



LOI MOBILITE

NOTE AUX ORGANISATIONS

La loi dite de mobilité, promulguée le 3 août dernier, est porteuse de graves atteintes aux principes du statut général et les organisations CGT de la Fonction publique ont annoncé leur intention d'en combattre l'application et d'en réclamer l'abrogation.

Poursuivant sa stratégie de passage en force, le Gouvernement a présenté au Conseil Supérieur de la Fonction Publique de l'Etat du 5 octobre dernier un projet de circulaire visant à dresser un état des mesures d'application immédiate et de celles qui nécessitent des décrets particuliers (c f. PJ 1).

Remis en séance à la session syndicale du 25 septembre, ce texte ne devait être présenté que pour information au Conseil Supérieur.

Devant le tollé des organisations syndicales et à la demande de la CGT et FO le cabinet du Ministre a concédé une réunion de concertation qui s'est tenue le 8 octobre. A cette occasion, les OS ont été invitées à exprimer leurs observations sur ce projet. Il n'est pas prévu de séance supplémentaire avant publication de la version définitive qui a vocation à s'appliquer aux 3 versants de la fonction publique.

Sans attendre la publication de cette dernière mouture, il semble utile pour préparer activement les résistances d'attirer l'attention des militants sur les mesures dites d'application immédiate.

En effet, le risque est grand que nombre de gestionnaires s'emparent rapidement des nouvelles possibilités qui leur sont offertes pour accélérer les restructurations en cours ou pallier les sous-effectifs par de nouvelles formes de précarité.

Au fur et à mesure de l'avancement des textes réglementaires, l'UGFF et la Fédération des Services Publics s'efforceront de mettre à disposition des fiches techniques permettant d'organiser au mieux les ripostes.

LOI MOBILITE

MESURES D'APPLICATION IMMEDIATES

(la numérotation renvoie aux chapitres du projet de circulaire)

1-DROITS A LA MOBILITE

Les articles 1 à 6 de la loi 2009-972 du 3 août 2009 sur la mobilité et les parcours professionnels dans la fonction publique traitent des questions de mises à disposition, de détachement, introduisent la possibilité d'une intégration directe en lieu et place d'un détachement, et établissent un quasi-droit à mobilité entre les trois fonctions publiques.

Pour l'essentiel, ces dispositions sont d'application directe et ne nécessitent pas de décret pour s'appliquer de droit. Seule l'ouverture réciproque des fonctions militaires et publiques civiles ainsi que la reconnaissance mutuelle des promotions obtenues en cas de détachement entrent en application au jour de publication du décret (cf PJ 2).

L'intégration directe pourra en particulier être utilisée en cas de transferts d'activité entre ministères, voire entre versants de la Fonction Publique.

De même, pour les agents en position normale d'activité au sein d'un autre ministère elle permettra de se passer de détachement. La CGT a insisté pour que cette solution n'ait pas de caractère obligatoire pour les agents souhaitant continuer à bénéficier de cette position après restructuration entre ministères en particulier. La réponse de la DGAFP sur le caractère toujours volontaire pour l'agent de l'intégration comme du détachement est juridiquement juste mais ne fait pas cas des éventuelles évolutions de doctrine des ministères d'emploi.

2-MESURES D'ACCOMPAGNEMENT DES MOBILITES

2-1 Remboursement de la mise à disposition des fonctionnaires de l'Etat

L'article 6 de la loi du 3 août permet de dispenser une collectivité territoriale ou un établissement hospitalier du remboursement de la moitié des sommes correspondant à la mise à disposition d'un fonctionnaire, cependant une durée d'un an. Il s'agit d'évidence d'une mesure destinée à inciter ces deux fonctions publiques à accueillir des agents de l'Etat notamment dans le cadre des restructurations de service.

2-2 Reprise des contrats des agents non titulaires dans le cadre des transferts d'activité

- La loi prévoit à ses articles 23 – 24 et 25 que, dans les cas de transfert d'activité, les personnels non titulaires participant à l'exercice des missions se voient automatiquement proposer un nouveau contrat par le reprenneur. Ceci concerne aussi bien les transferts publics/publics (décentralisation, passage à un EPA ou à un GIP administratif...) que ceux public/privé (privatisation concession de service public, transformation en EPIC) ou privé/public (réintégration de mission sous traitée ou exercée précédemment par une association, un EPIC ou un GIP industriel et commercial).

La première question qui se pose est la définition et le niveau de décision des actes générant de fait le transfert des personnels. La circulaire dans sa première mouture est muette sur le sujet. Toutefois, un projet de décret, qui instaure la possibilité de détachement de fonctionnaires titulaires auprès d'une entreprise privée à l'occasion de « transfert d'activités », vient préciser cette notion. Sont ainsi visés (article 5 du projet de décret) les « contrats soumis au code du marché public, contrats de partenariat ou contrats de délégations de service public, dès lors que ce contrat s'inscrit dans le cadre d'un transfert d'activité ». Demeure ouverte la question du transfert d'activité accessoire par rapport à l'activité principale d'une administration. En effet, contrairement à la directive européenne du 12 mars 2001 et à la jurisprudence de la cour de cassation le transfert pourrait être constaté même dans les cas de cession partielle d'activité.

Ainsi, la sous-traitance des activités de restauration, d'entretien, de gardiennage, de maintenance des systèmes informatiques, etc., peuvent constituer un transfert d'activité.

Ce principe, s'il était appliqué à la Fonction publique, permettrait ainsi de transférer à des entreprises privées les contractuels participant à ce type de mission (par ex agent Berkani, personnel des CROUS, contractuel sous CDD ou CDI, agent des EPA dérogatoire) sur simple passage d'un marché de service.

Par ailleurs, contrairement à ce qui s'applique dans le secteur privé et à ce qui est prévu par la directive européenne les contrats des intéressés ne sont pas repris de plein droit par le repreneur même dans les cas de transfert public/public alors qu'il n'existait pas, pour ce cas de figure, d'obstacle juridique majeur.

En effet, la loi du 3 août dispose d'une part que ce sont de nouveaux contrats qui sont proposés aux intéressés et d'autre part que les clauses substantielles du contrat de travail initial doivent être reprises « saufcondition général de rémunération et d'emploi des agents non titulaires au sein de l'organisme d'accueil ».

Autrement dit, les agents (ou les salariés) transférés n'ont aucune garantie de maintien de leurs acquis antérieur, ce qui est contraire au principe posé par la directive européenne (cf. fiche détaillée PJ 3) et nécessitera un suivi syndical de proximité.

Enfin, pour les intéressés qui refuseraient les propositions qui leur sont faites, la loi a prévu que « leur contrat prenne fin de plein droit ». Contrairement à ce qui est inscrit dans le projet de circulaire, il ne s'agit pas d'un licenciement mais d'une nouvelle forme de fin de contrat qui est ainsi introduite dans le code du travail. Cette disposition nouvelle fait planer de lourdes incertitudes sur les droits des intéressés notamment en matière de chômage.

3 – MESURES AYANT TRAIT AU RECRUTEMENT

3-1 Remplacement de fonctionnaire absent

Le 6ème de l'article 3 de la loi 84/16 a été modifié pour élargir dans la fonction publique de l'Etat les possibilités de recrutement de contractuels. Désormais, il est possible de recruter des CDD pour remplacer des agents absents ou exerçant temporairement un temps partiel ainsi que pour faire face « pour une durée maximale d'un an à la vacance d'un emploi qui ne peut immédiatement être pourvu ».

Concernant les remplacements, la circulaire, dans sa version actuelle, ne rappelle pas que les deux premiers alinéas du 6^{ème} de l'article 3 de la loi de 1984 n'ont pas été modifiés. Ceci signifie que les remplacements de fonctionnaires doivent toujours « dans la mesure où ils correspondent à un besoin prévisible et constant être assuré en faisant appel à d'autres fonctionnaires ».

En conséquence, l'obligation de motivation de CDD qui est rappelée dans la circulaire devrait comprendre non seulement le nom et la fonction de l'agent remplacé mais aussi le caractère imprévisible de l'absence. En l'occurrence l'exemple retenu, celui du congé maternité semble particulièrement mal choisi. Pour ce qui concerne les vacances d'emplois le flou entretenu laisse présager de toutes les dérives : succession de contrats d'un an sur un même emploi, recrutement sur des emplois non ouvert à la vacance ou au contraire maintien sur de longues durées des ouvertures de postes.

D'une manière plus générale, la banalisation des possibilités de recours aux CDD impose une vigilance accrue d'autant que l'article 28 de la loi mobilité, qui modifie l'article 4 de la loi 84-16 vise désormais à prévenir l'administration de requalification en CDI par la voie contentieuse. L'exigence d'une information régulière des instances paritaires sur le volume et la nature de tous les contrats précaires constituent une nécessité pour combattre les abus prévisibles de l'administration mais aussi pour organiser syndicalement les agents concernés.

3-2 L'INTERIM

Mesure phare de la loi mobilité le recours à l'intérim pour tous les cas où il est possible de recruter des CDD ne se voit consacrer qu'une demie page par le projet de circulaire. La rédaction de ce paragraphe peut en outre laisser penser que l'utilisation d'intérimaire pourrait être banalisée ce qui laisse augurer des velléités des gestionnaires dans certains secteurs.

La CGT conteste que cette mesure soit d'application immédiate car les dispositions du code du travail et de la directive européenne sur l'intérim concernant la consultation des représentants du personnel nécessitent, pour nous, une modification du décret portant compétence des instances paritaires (CTP et CHS).

Pour la DGAFP, l'article 21 de la loi du 3 août est d'application immédiate les instances paritaires possédant de facto les compétences dévolues dans le secteur privé au DS au CE et au CHSCT.

Toutefois, une circulaire complémentaire ouverte à la concertation est annoncée sur ce sujet précis.

S'agissant de simple marché de prestation de service, la question niveau de délégation de signature et donc de responsabilité pénale en cas d'infraction constitue une interrogation forte. La CGT demande que l'appel à des sociétés d'intérim ne puisse être fait que par une autorité ayant pouvoir de nomination.

Pour prévenir les ardeurs de certains chefs de service zélés, il est d'ores et déjà utile de faire connaître les mesures qui encadrent strictement le recours à l'intérim (PJ 4).

En effet, la plupart des dispositions prévues par le code du travail et par la directive 2008/104/CE du 19 novembre 2008 vont également s'appliquer au secteur public. Ainsi, le recours à des entreprises d'intérim en infraction aux dispositions strictement limitatives prévues au chapitre 1^{er} du titre V du livre II du code du travail constitue un délit passible de 3.750 euros d'amende et, en cas de récidive, d'un emprisonnement de 6 mois et de 7.500 euros d'amende et ce, pour chaque contrat irrégulier (articles L1254-1 à L 1254-12 du code du travail). Par ailleurs, le contrat passé ainsi irrégulièrement peut être requalifié en contrat à durée déterminée de 3 ans (L 1251-62 du code du travail) ou en contrat à durée indéterminée (L 1251-40) auprès de l'administration utilisatrice.

Les organisations syndicales représentatives peuvent exercer en justice toutes actions en faveur d'un salarié sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé (L 1251-59).

Les administrations qui voudraient recourir au travail temporaire doivent passer un contrat écrit, dénommé contrat de mise à disposition, avec une entreprise d'intérim au plus tard dans les 2 jours suivant la mise à disposition du travailleur (L 1251-42).

En application de l'article 8 de la directive 2008/104/CE, ces informations doivent être portées à la connaissance du CTP.

En outre, ces mêmes administrations doivent tenir sur tous les sites où sont employés des intérimaires, un registre de ces personnels (L 1221-13 et D 1221-23) qui est accessible aux représentants des personnels, aux membres du CHS et aux agents de l'inspection de travail. Ces mêmes agents de l'inspection du travail sont habilités à pénétrer dans tous les locaux où sont employés des intérimaires (L 8113-1) et à dresser un constat pour toute infraction au Code du travail commise par l'administration.

Pour ce qui concerne « les conditions essentielles d'emploi » des travailleurs intérimaires, celles-ci doivent être au moins celles qui leur seraient applicables s'ils étaient recrutés directement par l'administration (article 5/1 de la directive 2008/104/CE). La rémunération ne peut être inférieure aux emplois équivalents de la Fonction publique qu'après consultation des partenaires sociaux et seulement si le salarié sous CDI avec l'entreprise de travail intérimaire continue d'être rémunéré entre 2 missions (5/2 de la directive). Pendant la durée de la mission, c'est l'administration utilisatrice qui est responsable des conditions de travail de l'intérimaire et qui doit fournir les équipements de sécurité (L 1251-21 et 1251-23 du Code du travail). Enfin, lesdits salariés doivent avoir accès aux installations collectives, notamment les cantines.

3-3 Ouverture des concours internes aux ressortissants communautaires

L'Article 26 de la loi du 3 août consacre l'ouverture de tous les concours internes des 3 fonctions publiques aux ressortissants d'un Etat membre de l'Union Européenne ou de l'Espace Economique Européen « qui justifient d'une durée de service accomplie dans une administration, un organisme ou un établissement [] dont les missions sont comparables à celles des administrations et des établissements publics [...] équivalente à celle requise par les statuts particuliers pour l'accès aux corps considérés ».

Sans avoir à débattre ici du bien fondé d'une telle mesure qui constitue le prolongement des ouvertures antérieures de la fonction publique française aux ressortissants de l'UE, on peut souligner une des principales difficultés techniques de ce nouveau dispositif. Si le niveau de diplôme requis pour l'accès à certains emplois tout comme la mesure de l'ancienneté acquise dans des administrations d'autres Etats ne devraient pas poser trop de problèmes, il en est autrement pour les salariés employés dans des « organismes » dont les missions sont comparables. En effet, dans nombres de pays européens les missions dévolues en France à des administrations ou des établissements publics sont exercées par des organismes à but non lucratifs voire des entreprises privées dans le cadre de délégations, concessions, ou marchés publics.

Le périmètre des organismes entrant dans le champ d'application de l'article 26 de la loi risque donc de devenir un véritable casse-tête d'autant que le rôle de la commission d'équivalence pour le classement des ressortissants de la communauté européenne créée par le décret 2002-759 du 2 mai 2002 va être profondément modifié. Cette commission était jusqu'à présent automatiquement saisie préalablement à tout détachement et, dans les cas de réussite aux concours de ressortissants étrangers pour apprécier la prise en compte des services accomplis dans un état membre de l'UE. Un projet de décret, soumis au conseil supérieur du 19 novembre prochain devrait rendre cette saisie facultative les administrations devant apprécier désormais elles-mêmes la nature et la durée des activités exercées précédemment par les candidats.

Se pose en outre la question de la discrimination des ressortissants français qui se trouvent dans des situations comparables. Par exemple, un salarié d'une association intervenant comme délégué d'une collectivité dans le domaine socio-culturel n'a pas aujourd'hui accès aux concours internes des corps d'éducateurs de la protection judiciaire de la jeunesse alors qu'un ressortissant de l'UE dans la même situation peut désormais se porter candidat à ces concours.

Cette discrimination ne manquera pas d'être sanctionnée par la Cour Européenne de justice si cette juridiction est saisie de contentieux ce qui porte en germe une ouverture très large de l'accès à ce type de concours qui n'aurait plus alors d'interne que le nom.

4-CUMUL D'ACTIVITE

L'article 33 de la loi mobilité, d'application immédiate, fait passer de 2 à 3 ans la possibilité de cumul pour création d'entreprise. Cette dérogation (toujours soumise à autorisation), est applicable à toutes les activités et à tous les agents quelque soit la quotité de travail. Il s'agit d'évidence d'une mesure destinée à encourager les départs volontaires.

L'article 34 quant à lui élargit les cas de dispense de demande d'autorisation de cumul aux agents titulaires, non titulaires ou salariés des EPIC occupant des emplois ou en exerçant des fonctions à temps incomplet d'une durée inférieure à 70 % de la durée du temps de travail. Auparavant, cette dispense n'était de droit que jusqu'à 50 % de la durée légale ou réglementaire. C'est la généralisation dans la fonction publique des emplois multiples pour percevoir un revenu décent qui est ainsi programmée. Autre nouveauté prévue : le cumul ne serait plus limité en quotité et pourrait même s'exercer pendant les heures de service pour les agents en horaire variable.

MINISTERE DU BUDGET, DES COMPTES PUBLICS
DE LA FONCTION PUBLIQUE ET DE LA REFORME
DE L'ETAT

Sous-direction
des politiques
interministérielles

Bureau
du statut général
et du dialogue social
B8

Dossier suivi par

Caroline
KRYKWINSKI
Téléphone
01 42 75 89 66
Télécopie
01 42 75 71 06
Mél
caroline.krykwinski
@fp.p.m.gouv.fr

Adresse
32, rue de Babylone
Paris 7^{ème}

Références
B8/ 09-

Paris, le

Le ministre du budget, des comptes
publics, de la fonction publique et de la
réforme de l'Etat

A

Mesdames et messieurs les ministres

Objet : Mise en œuvre de la loi n°2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique (LMPP)

PJ : Calendrier des décrets d'application

Adoptée par le Parlement le 23 juillet dernier, la loi relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique a été publiée au JO du 6 août 2009.

Elle contient des innovations de plusieurs ordres qui permettront, demain, de décloisonner les corps et les cadres d'emploi pour donner de l'effectivité au droit à la mobilité consacré par le statut général. Enrichie lors de son examen au Parlement, la loi comprend également plusieurs articles ayant vocation à moderniser les pratiques de recrutement et de gestion des ressources humaines dans la fonction publique.

Sa publication constitue à la fois un aboutissement et un point de départ.

Des dispositions essentielles du texte sont d'application directe et sont donc entrées en vigueur le lendemain de sa publication. D'autres dispositions appellent une déclinaison réglementaire et pourront être mises en œuvre dès la publication des décrets d'application.

L'objectif est de parvenir à une publication des textes liés à la mobilité d'ici la fin de l'année et au plus tard au premier trimestre 2010. Pour atteindre cet objectif, les concertations inter-services et inter-fonctions publiques seront conduites dans des délais assez contraints cet automne.

La présente circulaire vise à préciser les modalités d'application des principales dispositions de la loi. Elle est accompagnée d'un tableau récapitulatif de l'entrée en vigueur des principales dispositions.

I- LES DISPOSITIONS D'APPLICATION DIRECTE

Des mesures essentielles de la loi peuvent être mises en œuvre dès aujourd'hui.

Entrent dans cette catégorie les mesures visant à renforcer les droits à la mobilité des fonctionnaires (1°), certains des outils d'accompagnement à la mobilité (2°), les mesures ayant trait au recrutement dans la fonction publique (3°) et à l'assouplissement du régime de cumuls d'activités (4°).

1° Les nouveaux droits à la mobilité

1-1 L'assouplissement des conditions statutaires de détachement et d'intégration entre corps et cadres d'emplois de la fonction publique

L'article 13 *bis* de la loi du 13 juillet 1983, dans sa version modifiée par l'article 1^{er} de la LMPP, élargit notablement les possibilités de détachement et d'intégration entre corps et cadres d'emplois de la fonction publique.

D'une part, il pose le principe de **l'ouverture de l'ensemble des corps et cadres d'emplois au détachement, à l'intégration et à l'intégration directe, nonobstant l'absence de disposition ou toute disposition contraire prévue par les statuts particuliers.**

Autrement dit, l'absence de disposition sur le détachement, l'intégration ou l'intégration directe dans le statut particulier, de même que des dispositions de fermeture ne pourront être opposées à l'agent candidat à une mobilité dans le corps ou cadre d'emploi. Les statuts particuliers n'ont pas à être modifiés pour appliquer ces nouvelles dispositions, mais il conviendra de les toiletter le moment venu.

D'autre part, cet article **inscrit dans le statut général les conditions statutaires à respecter pour prononcer le détachement, suivi le cas échéant d'une intégration, et l'intégration directe.** Il écrase là encore toute disposition contraire prévue par les statuts particuliers.

Deux conditions cumulatives sont fixées dans la loi : les corps et cadres d'emplois doivent être d'une part de **même catégorie hiérarchique** et d'autre part de **niveau comparable**.

La catégorie hiérarchique d'appartenance du corps ou cadre d'emploi est définie dans le statut particulier. Pour les corps ne relevant pas de catégorie hiérarchique, par dérogation à l'article 29 de la loi du 11 janvier 1984, la loi prévoit que la mobilité, qu'elle soit « entrante » ou « sortante », doit s'accomplir entre corps ou cadres d'emplois de niveau comparable. Seul ce critère doit ainsi être pris en compte. Sont notamment concernés les corps sous statut spécial de la police nationale et de l'administration pénitentiaire et les corps de la Poste et de France Télécom.

La comparabilité des corps et cadres d'emplois, au sein d'une même catégorie hiérarchique, **s'apprécie au regard des conditions de recrutement** dans ces corps ou cadres d'emplois **et de la nature des missions** de ces mêmes corps ou cadres d'emplois telles qu'elles sont définies par les statuts particuliers.

Ces deux derniers critères sont, quant à eux, alternatifs et non cumulatifs : ainsi le détachement et l'intégration directe pourront être prononcés entre corps et cadres d'emplois dès lors qu'au moins un de ces deux critères sera satisfait.

Les conditions de recrutement regroupent à la fois :

- le niveau de qualification ou de formation requis pour l'accès au corps ou cadre d'emplois (brevet des collèges, baccalauréat, licence, master, doctorat, etc) ;

- et le mode de recrutement dans le corps ou cadre d'emplois (concours, période de stage, école d'application, etc).

Cette exigence ne fait toutefois pas obstacle au détachement ou à l'intégration directe d'un agent appartenant à un corps où les conditions de recrutement sont plus élevées ou plus restrictives que celles du corps ou cadre d'emplois d'accueil (par exemple, au détachement d'un agent relevant d'un corps qui recrute à bac+ 5 dans un corps qui recrute à bac+3).

Il convient de noter que ces nouvelles règles n'impactent pas l'accès aux professions réglementées qui demeure subordonné à la détention du titre ou du diplôme requis pour l'exercice des fonctions.

Les missions doivent être comparées au regard de leur nature, c'est-à-dire de ce qui les caractérise de manière générale, du type de fonctions auxquelles elles donnent accès et du type d'activités ou de responsabilités qui les sous-tendent (direction, encadrement, gestion, expertise, application, coordination, contrôle, exécution, etc), quelle que soit la filière professionnelle dans laquelle elles s'inscrivent (administrative, technique, sociale, etc.).

C'est à l'autorité de gestion du corps ou cadre d'emplois d'accueil qu'il reviendra d'apprécier, au cas par cas, la comparabilité du recrutement et des missions des corps et cadres d'emplois concernés, en liaison, le cas échéant, avec l'administration d'origine de l'agent. Elle pourra, comme aujourd'hui, lui demander communication de tous documents utiles à sa prise de décision.

Vous veillerez à interpréter de manière pragmatique ces critères pour assurer la pleine effectivité de ces dispositions nouvelles qui visent :

- d'une part, à encourager les mobilités inter-fonctions publiques, fussent-elles temporaires dans le cadre d'un détachement ou plus durables s'agissant de l'intégration directe,
- d'autre part, à faciliter les secondes carrières ou les processus de reconversion professionnelle au sein de chaque fonction publique ou entre elles.

En particulier, vous rechercherez la comparabilité et non la stricte équivalence des conditions de recrutement ou de la nature des missions des corps et cadres d'emplois.

L'inscription de ces critères de comparabilité dans la loi fait obstacle à l'édiction de nouveaux critères ou de critères alternatifs ou complémentaires par la voie réglementaire (notamment dans les statuts particuliers) ou par voie de circulaire. Ainsi, la structure de la grille indiciaire des corps et cadres d'emplois concernés ou la référence à un indice brut sommital ne pourra plus être évoquée en tant que tel pour refuser un accueil en détachement ou par la voie de l'intégration directe. Les dispositions des statuts particuliers prévoyant ce type de limitations ne peuvent plus être opposées à l'agent et seront supprimées le moment venu.

S'agissant du champ d'application, il convient de noter que **ces dispositions nouvelles ne s'appliquent pas aux corps qui comportent des attributions d'ordre juridictionnel**, c'est-à-dire au corps des conseillers de tribunaux administratifs et de cours administratives d'appel, aux membres du Conseil d'Etat, au corps des conseillers des chambres régionales des comptes et de la Cour des Comptes. Les modalités d'accès à ces corps sont en effet prévues par des dispositions législatives *ad hoc* qui ne sont pas remises en cause par la LMPP.

En revanche, ces dispositions **s'appliquent aux ressortissants communautaires candidats à un détachement**, suivi le cas échéant d'une intégration, dans la fonction publique française. Les décrets n°2002-759, n°2003- 672 et n°2004-449 relatifs à l'accueil en détachement de ressortissants communautaires dans chaque fonction publique seront toilettés en conséquence.

1-2 Le droit à intégration au-delà d'une période de cinq ans de détachement

Afin de favoriser la construction des parcours professionnels, la loi consacre un droit à l'intégration pour les fonctionnaires détachés au terme d'une durée de cinq ans.

Ce droit vaut pour les seuls cas de détachements dans un corps ou dans un cadre d'emplois. La période des cinq ans s'apprécie au regard de la durée totale de détachement dans le corps ou cadre d'emplois, auprès de la même autorité de nomination dans le corps ou cadre d'emploi, indépendamment, le cas échéant, du changement de fonctions exercées au cours de cette période.

Ce droit n'est opposable que si l'administration souhaite poursuivre la relation de travail avec l'agent au-delà de cette période. Elle devra ainsi obligatoirement lui proposer l'intégration au lieu du renouvellement de son détachement.

Toutefois, l'intégration peut, comme aujourd'hui, intervenir avant cette échéance si les deux parties le souhaitent, dans les conditions prévues par les statuts particuliers. Par ailleurs, l'intégration demeure subordonnée à l'accord du fonctionnaire : celui-ci peut préférer le renouvellement de son détachement s'il ne souhaite pas faire carrière dans son administration d'accueil.

Cette mesure rend impérative une gestion prévisionnelle des besoins de chaque corps ou cadre d'emploi, ainsi qu'un meilleur suivi des détachements au sein de chaque administration.

Elle s'applique aux détachements en cours lors de la publication de la loi.

Pour ces détachements, **l'appréciation de la durée de cinq ans et, le cas échéant, la proposition d'intégration doivent être établies au terme de la période de détachement en cours**, c'est-à-dire lorsque le fonctionnaire peut être « admis à poursuivre son détachement », **et non à la date de la publication de la loi.**

Autrement dit, deux mois avant la fin du détachement en cours, dans les conditions prévues dans les décrets « positions », vous veillerez à proposer une intégration et non le renouvellement de leur détachement aux fonctionnaires que vous avez accueillis depuis au moins cinq ans, si vous souhaitez qu'ils continuent d'exercer leurs fonctions dans votre administration.

Il convient de noter que ces dispositions s'appliquent aux ressortissants communautaires détachés dans un corps ou cadre d'emplois de la fonction publique française. Les décrets n°2002-759, n°2003-672 et n°2004-449 susmentionnés seront toilettés en conséquence.

1-3 Intégration directe entre corps et cadres d'emplois de même catégorie et de même niveau

L'intégration directe constitue une nouvelle modalité d'accès aux corps et cadres d'emplois de la fonction publique. Aux termes des articles 1^{er} et 2 de la LMPP, elle peut être prononcée entre corps et cadres d'emplois de même catégorie hiérarchique et de même niveau.

L'interprétation de ces critères est la même que celle formulée précédemment pour le détachement (cf. paragraphe 1-2 de la première partie).

L'intégration directe peut intervenir dans le cadre d'une procédure de recrutement formalisée (par exemple, comité de sélection) ou au cas par cas, selon les profils et les besoins de l'administration.

Elle est prononcée **par arrêté de l'autorité ayant pouvoir de nomination dans le corps** ou cadre d'emploi d'accueil, après accord de l'administration d'origine et du fonctionnaire.

Comme le détachement, l'intégration directe doit être **soumise à l'avis de la commission administrative paritaire compétente pour le corps ou cadre d'emplois d'accueil**.

De même, les conditions de classement dans le corps ou cadre d'emplois d'accueil sont identiques à celles applicables en détachement (équivalence de grade et échelon comportant un indice égal ou, à défaut, immédiatement supérieur à celui détenu dans le grade d'origine).

Comme pour les fonctionnaires intégrés après détachement, les services accomplis antérieurement par l'agent intégré directement sont assimilés à des services accomplis dans le corps ou cadre d'emplois d'accueil.

Les fonctionnaires intégrés directement concourent à l'avancement et à la promotion dans leur nouveau corps ou cadre d'emplois dans les mêmes conditions que les autres membres du corps ou cadre d'emplois.

Les décrets « positions » des trois fonctions publiques seront toilettés en conséquence.

Conformément au principe d'unicité de la carrière dans les trois fonctions publiques au regard de la retraite, **le nouveau dispositif n'affecte pas les droits à la retraite des agents, y compris dans le cadre d'une intégration dans un corps ou cadre d'emploi relevant d'une autre fonction publique**. La retraite reste en effet calculée comme aujourd'hui sur la base de l'ensemble de la durée de service dans les différentes fonctions publiques. Par exemple, la situation du fonctionnaire de l'Etat intégré dans un cadre d'emploi de la fonction publique territoriale avant 15 ans de services est couverte par l'article L 66 du code des pensions : « *Le fonctionnaire civil ou militaire qui, ayant quitté le service sans droit à pensions ou à solde de réforme, a été remis en activité, soit dans une administration publique, soit dans l'armée, soit dans une des administrations visées à l'article L5, bénéficie pour la retraite de la totalité des services qu'il a rendus tant à l'Etat qu'à ces administrations* ».

S'agissant du champ d'application, il convient de noter qu'en sont **exclus les corps de la fonction publique de l'Etat d'ores et déjà accessibles par voie d'accès direct** aux fonctionnaires de l'Etat de catégorie A et aux fonctionnaires internationaux dans les conditions prévues par l'article 24 de la loi du 11 janvier 1984 et le décret n°85-344 du 18 mars 1985. Sont concernés les corps figurant sur la liste annexée au décret précité (trésoriers payeurs généraux, inspection générale de l'administration, inspection générale des affaires sociales, etc).

Sur le fond, l'intégration directe **pourra être utilisée, plutôt que le détachement, pour l'exercice de mobilités longues ou pour l'accomplissement d'une seconde carrière ou d'une réorientation professionnelle**. Contrairement au détachement, elle emporte en effet radiation des cadres dans le corps ou cadre d'emploi d'origine et ne permet donc pas la réintégration de droit dans celui-ci. Si le retour dans le corps ou cadre d'emploi d'origine n'est pas a priori exclu, il ne pourra s'opérer que dans les conditions d'accès de droit commun : concours, détachement et désormais intégration directe.

Au sein de la fonction publique de l'Etat, elle **pourra également constituer le prolongement d'une affectation en position normale d'activité**, dans les conditions prévues par le décret n°2008-370 du 18 avril 2008, dès lors qu'il existe un corps d'accueil correspondant au corps d'origine.

L'intégration directe pourra également être utilisée, de préférence au détachement, pour assurer le transfert des fonctionnaires concernés par un transfert d'activités entre ministères, entre personnes publiques, voire entre fonctions publiques, dès lors qu'il existe des corps ou cadres d'emplois d'accueil comparables.

1-4 Le droit au départ en mobilité

Mesure emblématique de la loi, le **droit au départ en mobilité**, consacré à l'article 14 *bis* de la loi du 13 juillet 1983, **vaut pour toutes les demandes de mobilité déposées à compter du 7 août 2009** par des fonctionnaires ayant obtenu l'accord d'une administration ou d'un organisme d'accueil pour l'occupation d'un emploi en son sein.

Cette mobilité pourra prendre la forme d'une mutation (y compris d'une affectation en position normale d'activité pour les fonctionnaires de l'Etat dans les conditions prévues par le décret n°2008-370 du 18 avril 2008) ou d'un changement d'établissement (pour les fonctionnaires hospitaliers), d'un détachement, d'une intégration directe, d'une mise en disponibilité ou d'un placement en position hors cadre dans les conditions de droit commun.

Ce droit au départ n'est pas opposable, en revanche, aux cas de mutations prononcées dans le cadre d'un tableau périodique de mutation, c'est-à-dire dans le cadre d'un mouvement organisé suivant un principe de barème ou de saisonnalité, au sein des administrations de l'Etat.

J'appelle votre attention sur le fait que **ce droit au départ s'exerce dans le cadre des règles applicables pour chacune des positions statutaires**. A cet égard, il ne modifie pas l'équilibre construit par les lois statutaires et les décrets dits « positions » des trois fonctions publiques. Il ne remet pas en cause non plus les compétences, le cas échéant, des commissions administratives paritaires.

De même, s'agissant des mobilités dans le secteur privé, ce dispositif préserve les dispositions relatives au contrôle de déontologie telles que prévues par l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993 modifiée relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

Aussi, il vous appartient de déterminer la situation ou la position statutaire la plus adaptée au cas d'espèce. Sous réserve des exceptions prévues aujourd'hui par le statut général, en aucun cas, le détachement ne devient une position de droit.

Vous veillerez à **moduler de manière pragmatique la durée du préavis, fixée à 3 mois maximum par la loi**, sauf mesures dérogatoires prévues par les statuts particuliers, en tenant compte de l'intérêt du service, du parcours professionnel de l'agent et des motifs qui sous-tendent la demande de mobilité.

Vous veillerez sur ces deux derniers points à parvenir à un accord avec l'administration ou l'organisme d'accueil de l'agent.

Le refus opposé à une demande de mobilité doit rester exceptionnel.

Il ne pourra en aucun cas être fondé sur des considérations d'ordre général. Dès lors, vous veillerez à ne pas subordonner le départ d'un fonctionnaire à son remplacement. Seules des raisons objectives et particulières, tenant à la continuité du fonctionnement du service où il exerce ses fonctions, pourront lui être objectées pour justifier qu'il ne soit pas fait droit à sa demande au terme d'une durée de 3 mois de préavis. En cas de contentieux, il vous appartiendra de rapporter la preuve du caractère indispensable de sa présence dans vos services pour justifier qu'il ne soit pas autorisé à poursuivre sa carrière dans un autre cadre.

Pour tenir compte des contraintes particulières de certaines missions et/ou des besoins spécifiques de recrutement de certains corps ou cadres d'emploi, la loi a prévu la **possibilité de prévoir des règles plus restrictives dans les statuts particuliers** :

- d'une part, ces textes pourront fixer une durée de préavis supérieure à trois mois, dans la limite de six mois ;
- d'autre part, ils pourront imposer une durée minimale de services effectifs dans le corps ou cadre d'emploi ou auprès de l'administration où le fonctionnaire est

affecté pour la première fois après sa nomination dans le corps ou cadre d'emplois.

Là encore, ces dérogations doivent demeurer exceptionnelles pour assurer la pleine effectivité du droit à la mobilité reconnu à chaque fonctionnaire.

S'agissant des modalités pratiques de mise en œuvre de ce droit, je vous signale que l'accord de l'organisme d'accueil pourra prendre plusieurs formes suivant la nature de l'employeur considéré :

- une formalisation écrite de l'accord (lettre ou mèl) ainsi que la fiche de poste et le projet d'acte de nomination ou d'affectation s'il s'agit d'une administration publique,
- une promesse d'embauche s'il s'agit d'un employeur privé.

J'appelle votre attention sur le fait que le silence gardé pendant deux mois à compter de la réception de la demande de l'agent, accompagnée de ces pièces justificatives, vaut acceptation.

2° Mesures liées à l'accompagnement des mobilités

2-1 L'aménagement des règles de remboursement de la mise à disposition des fonctionnaires de l'Etat

Cette dérogation à la règle du remboursement des mises à disposition posée par la loi de modernisation de la fonction publique du 2 février 2007 vise à favoriser les mobilités des fonctionnaires de l'Etat vers les deux autres fonctions publiques.

Elle est limitée dans le temps et dans sa portée : le non remboursement **ne peut en effet durer plus d'un an et ne peut porter que sur la moitié au plus de la dépense de personnel** correspondante, c'est-à-dire de la rémunération de l'agent ainsi que des cotisations et contributions y afférentes.

Cette dérogation demeure facultative. **Elle peut s'appliquer aux situations de mise à disposition en cours.**

Lorsqu'il sera fait application de cette dérogation, vous veillerez à préciser dans la convention de mise à disposition l'étendue et la durée de cette dérogation, le cas échéant, par la voie d'un avenant.

2-2 La reprise des contrats des agents non titulaires dans le cadre des transferts d'activités

S'inspirant des dispositions de l'article 20 de la loi du 26 juillet 2005 relatives aux modalités de transfert d'activités entre des organismes privé et public, aujourd'hui codifiées à l'article L. 1224-3 du code du travail, la loi introduit deux nouveaux mécanismes de reprise des contrats des agents non titulaires concernés par des transferts d'activités.

L'article 14 ter de la loi du 13 juillet 1983, créé par l'article 23 de la loi, précise les modalités de reprise des agents non titulaires dans le cadre d'un transfert d'activités entre personnes morales de droit public : aux termes de cet article, la personne morale de droit public d'accueil est dans l'obligation de proposer un nouveau contrat de droit public aux agents non titulaires participant à l'exercice de l'activité transférée, qui reprend les clauses substantielles de leur ancien contrat. Font notamment partie des clauses substantielles d'un contrat les clauses relatives à sa durée et son objet, à la qualification, à l'ancienneté et à la rémunération.

Toutefois, **cette garantie s'exerce sous réserve des dispositions législatives et réglementaires transversales applicables aux agents non titulaires ainsi que des conditions générales de rémunération et d'emploi des agents non titulaires au sein**

de l'organisme d'accueil. Autrement dit, les clauses substantielles de l'ancien contrat ne seront reprises dans le nouveau contrat que pour autant qu'elles ne sont pas contraires aux dispositions législatives ou réglementaires en vigueur ou manifestement excessives par rapport aux règles générales applicables aux agents non titulaires au sein de la structure d'accueil ou, en l'absence de telles règles, aux conditions d'emploi des agents de qualification équivalente exerçant des fonctions analogues.

Il convient de noter que les agents transférés auprès d'une nouvelle personne publique en application de cet article le sont pour la durée du contrat dont ils sont titulaires.

Ainsi les bénéficiaires d'un CDI se voient proposer un nouveau CDI par l'administration d'accueil. En revanche, les agents en CDD ne sont transférés que pour la durée restant à courir de leur contrat. Le nouveau contrat sera donc d'une durée égale à celle qu'ils leur restaient à accomplir au sein de leur administration d'origine.

L'assimilation des services accomplis au sein de la personne publique d'origine vaut pour l'ouverture des droits à congés et à formation auprès de la personne publique d'accueil ainsi que pour la reconduction, le cas échéant, d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée.

Au terme de six années de contrats conclus pour l'exercice des mêmes fonctions, l'organisme d'accueil devra ainsi renouveler le contrat des agents en CDD en CDI s'il souhaite poursuivre la relation de travail avec eux.

Les agents transférés peuvent refuser le nouveau contrat qui leur est proposé par l'organisme d'accueil. Dans ce cas, leur ancien contrat prend fin de plein droit et il appartient à l'organisme d'accueil d'en tirer les conséquences en matière d'indemnisation.

J'appelle votre attention sur le fait que **cet article crée une nouvelle procédure de fin de contrat : il s'agit en effet d'un licenciement qui intervient automatiquement suite au refus de l'agent d'accepter le nouveau contrat qui lui est proposé** ; dans ce cas, seules les dispositions postérieures au licenciement sont applicables à ces agents : ainsi, il n'y a pas lieu de prévoir un entretien préalable ni la consultation, le cas échéant, de la commission consultative paritaire compétente ; pour les mêmes raisons, le licenciement n'a pas non plus à être motivé.

Ce licenciement doit être notifié à l'intéressé par l'organisme d'accueil dès lors que l'agent aura signifié son refus de manière expresse.

Il donne lieu à une indemnisation dans les conditions prévues par les dispositions réglementaires applicables à l'organisme d'origine (décrets transversaux relatifs aux agents non titulaires ou dispositions réglementaires particulières). Sont prises en compte dans le calcul du montant de cette indemnité les périodes d'emploi accomplies auprès de la personne morale d'origine.

Les agents ainsi licenciés bénéficient de l'assurance chômage dans la mesure où ils sont involontairement privés d'emploi. Conformément aux dispositions du code du travail, notamment de son article art. L.5424-1, les agents publics ont en effet droit à un revenu de remplacement, qui leur est attribué dans les mêmes conditions et selon les mêmes modalités qu'aux salariés du secteur privé.

Les règles d'indemnisation applicables sont donc fixées par le régime d'assurance chômage. En particulier, s'agissant du débiteur du versement des allocations chômage, il convient d'appliquer les règles de coordination prévues aux articles R.5424-2 et suivants du code du travail. Ainsi, la règle de la durée d'emploi la plus longue au cours de la période de référence s'applique pour la détermination de la charge de l'indemnisation (cf. circulaire du 28 février 1995 relative à l'indemnisation du chômage des agents du secteur public ; application des règles de coordination).

Compte tenu de ce qui précède, la charge de l'indemnisation incombera à l'employeur public d'origine, qui aura nécessairement employé l'intéressé, au cours de la période de référence prise en compte pour déterminer la condition d'affiliation, pour une durée plus longue que l'administration d'accueil.¹

L'article L.1224-3-1 du code du travail, créé par l'article 25 de la loi, précise les modalités de reprise des agents non titulaires dans le cadre d'un transfert d'activités entre une personne morale de droit public et une personne morale de droit privé ou une personne morale de droit public dans le cadre d'un service public industriel et commercial.

Ce nouveau cas vise à sécuriser juridiquement la reprise des contrats des agents non titulaires par l'organisme cessionnaire, lorsqu'il s'agit de poursuivre l'activité économique d'un service, entendu comme un ensemble organisé de moyens.

Il trouvera à s'appliquer, notamment, dans le cadre d'une délégation de service public, d'un marché public ou d'un contrat de partenariat. Dans ce cas, le cahier des charges précisera l'obligation légale de reprise des agents concernés, afin de permettre aux candidats éventuels de prendre connaissance des conséquences juridiques et financières d'un tel transfert.

L'organisme d'accueil est en effet tenu de proposer un nouveau contrat aux agents non titulaires participant à l'exercice de l'activité transférée. Ce nouveau contrat est régi par le code du travail et reprend les clauses substantielles de l'ancien contrat (durée, rémunération, ancienneté, etc) qui correspondent aux clauses essentielles du contrat telles qu'elles sont définies par le code du travail.

En cas de refus du nouveau contrat proposé, le contrat initial de l'agent prend fin dans les mêmes conditions que celles évoquées précédemment : il appartient ainsi à l'organisme privé ou à l'organisme public gérant le service public à caractère industriel ou commercial de notifier le licenciement à l'intéressé et de prendre en charge son indemnisation.

L'indemnité de licenciement est calculée selon les règles transversales applicables aux agents non titulaires dans la fonction publique concernée et non selon les règles du code du travail, selon la procédure explicitée pour la mise en œuvre d'un transfert en application de l'article 14 *ter* de la loi du 13 juillet 1983. Les périodes d'emploi exercées au sein de l'ancien employeur sont prises en compte pour le calcul de cette indemnité.

Les agents ainsi licenciés bénéficient de l'assurance chômage dans la mesure où ils sont involontairement privés d'emploi, selon les règles de coordination des régimes d'assurance-chômage prévues aux articles R5424-2 à R5424-5 du code du travail. La charge de l'indemnisation incombera, à l'employeur public d'origine s'il est en auto-assurance, qui aura nécessairement employé l'intéressé, au cours de la période de référence prise en compte pour déterminer la condition d'affiliation, pour une durée plus longue que la personne morale d'accueil. Si l'employeur d'origine avait adhéré au régime d'assurance chômage, la charge de l'indemnisation incomberait au régime d'assurance chômage.

Enfin, il convient de noter que **l'article 24 de la loi harmonise la rédaction des trois dispositifs de transfert d'activités s'agissant des conséquences du refus par l'agent transféré du nouveau contrat qui lui est proposé.**

Pour les agents transférés d'un organisme privé vers une personne morale de droit public gérant un service public administratif, en application de l'article L1224-3 du code du travail, c'est la personne publique d'accueil qui devra notifier à l'agent son licenciement et

¹ Sur ce point, il convient de noter que si l'employeur d'origine avait adhéré au régime d'assurance chômage (pour ceux, listés à l'article L.5424-2 du code du travail, qui ont cette possibilité), la charge de l'indemnisation incomberait au régime d'assurance chômage.

prendre en charge son indemnisation. J'appelle votre attention sur le fait que, **s'agissant de cette indemnisation, ce sont alors les règles prévues par le code du travail et par le contrat initial de l'agent qui s'appliqueront et non les règles transversales applicables aux agents non titulaires de la fonction publique.**

L'ensemble de ces dispositions est applicable directement, sans qu'il y ait lieu de prévoir de dispositions réglementaires ad hoc.

En particulier, il n'est pas nécessaire de prévoir par décret ou arrêté les modalités d'application de ces dispositions à un cas d'espèce dans la mesure où la reprise des contrats peut intervenir en gestion, sur le fondement de ces dispositions. En conséquence, chaque fois que vous aurez à mettre en œuvre un transfert d'activités, vous n'aurez pas à prévoir de dispositions spéciales - législatives ou réglementaires – pour assurer le transfert des agents non titulaires concernés.

Vous veillerez à consulter les comités techniques paritaires compétents quant aux modalités générales de transfert de ces personnels ; en revanche, les commissions consultatives paritaires n'ont pas à être saisies des cas individuels.

3° Les mesures ayant trait au recrutement

3-1 L'harmonisation des conditions de remplacement des fonctionnaires par des agents non titulaires

L'article 20 de la LMPP harmonise les modalités de remplacement des fonctionnaires momentanément absents par des agents non titulaires dans les trois fonctions publiques.

S'agissant de la fonction publique de l'Etat, l'article 3 de la loi du 11 janvier 1984 autorise désormais le recrutement d'un agent non titulaire pour assurer le remplacement d'un fonctionnaire autorisé à exercer ses fonctions à temps partiel ou momentanément indisponible (en raison d'un congé, de l'accomplissement du service civil ou national ou encore de la participation à des activités d'une réserve) ou **pour faire face temporairement et pour une durée maximale d'un an à la vacance d'un emploi** qui ne peut être immédiatement pourvu (par exemple, dans l'attente de l'affectation de personnels en cours de formation). **Cette disposition était d'ores et déjà applicable dans les fonctions publiques territoriale et hospitalière.**

Les agents recrutés sur ce fondement seront régis par les dispositions transversales applicables aux agents non titulaires de la fonction publique de l'Etat. Le décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 sera toiletté en conséquence.

Ces agents bénéficient d'un contrat à durée déterminée dont la durée est celle de l'absence du fonctionnaire (par exemple, celle du congé de maternité) ou de la vacance de l'emploi (dans la limite d'une durée maximale d'un an). Vous veillerez ainsi à préciser dans le contrat le motif pour lequel ces agents sont recrutés ainsi que la durée prévisionnelle du contrat.

S'agissant de la fonction publique territoriale, l'article 3 de la loi du 26 janvier 1984 est modifié pour prendre en compte ces mêmes cas de recours. En particulier, **il sera désormais possible pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics de recruter un agent non titulaire pour remplacer un fonctionnaire en congé de présence parentale ou participant à des activités de réserve.** Par ailleurs, la loi précise que dans ces situations, il est possible de faire appel aux centres de gestion de la fonction publique territoriale : ceux-ci peuvent en effet mettre des agents titulaires ou non titulaires à disposition des collectivités et des établissements qui le demandent.

3-2 Le recours à l'intérim

L'article 21 de la loi autorise le recours à l'intérim dans les trois fonctions publiques. Dans la fonction publique territoriale, celui-ci est subordonné à l'impossibilité pour les centres de gestion d'assurer la mission de remplacement évoquée ci-dessus (§3-1).

Les cas de recours sont fixés de manière exhaustive par la loi. Il s'agit pour les personnes publiques de faire face soit au remplacement d'un agent momentanément absent dans les cas évoqués précédemment (congés, participation à l'activité d'une réserve, etc), soit à la vacance temporaire d'un emploi qui ne peut être immédiatement pourvu, soit à un accroissement temporaire d'activité, soit à un besoin occasionnel ou saisonnier.

Dans toutes ces situations, l'administration aura le choix entre recruter un agent non titulaire ou faire appel à une entreprise de travail temporaire. Il lui appartient, au regard de la nature de son besoin, d'identifier la procédure RH la plus pertinente.

En cas de recours à l'intérim, elle devra se conformer aux mêmes règles que celles applicables aux entreprises privées, sous réserve des dispositions particulières introduites par la loi dans le code du travail pour tenir compte de la spécificité des employeurs publics (section 6 du chapitre 1er du titre V du livre II de la première partie du code du travail).

J'appelle votre attention sur le fait que le recours à l'intérim est une prestation de service et non un recrutement à proprement parler. Il n'y a en effet aucun lien contractuel entre le salarié intérimaire et la personne publique.

Cette mesure fera l'objet d'une circulaire d'application qui précisera notamment le contenu des contrats qui lient la personne publique et l'entreprise de travail temporaire, ainsi que leurs compétences respectives quant à la gestion du salarié.

3-3 L'ouverture des concours internes aux ressortissants communautaires

L'article 26 de la loi consacre l'ouverture des concours internes aux ressortissants communautaires, dans le sillage de la loi du 26 juillet 2005 portant diverses dispositions de transposition au droit communautaire qui leur a ouvert l'accès à tous les corps, cadres d'emplois et emplois de la fonction publique.

Ceux-ci pourront désormais se présenter aux concours internes dans les mêmes conditions que les candidats issus des administrations françaises, en faisant valoir les services accomplis notamment dans l'administration de leur Etat membre d'origine.

Plus précisément, pourront être pris en compte pour le calcul de la durée de services exigée par les statuts particuliers et ensuite, le cas échéant, pour le classement dans le corps ou cadre d'emplois d'accueil, tous les services accomplis :

- dans une administration, un organisme ou un établissement d'un Etat membre de la Communauté européenne ou d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen autres que la France
- dont les missions sont comparables à celles des administrations et des établissements publics dans lesquels les fonctionnaires exercent leurs fonctions.

Le cas échéant, les ressortissants communautaires devront également justifier d'une formation équivalente à celle requise par les statuts particuliers.

Les concours internes étant déjà largement professionnalisés, cette mesure permettra de mieux prendre en compte les qualifications et le passé professionnel des ressortissants communautaires.

Il n'y a pas lieu de modifier les statuts particuliers pour qu'elle entre pleinement en vigueur. Elle est donc applicable depuis le 7 août dernier à tous les concours internes organisés dans les trois fonctions publiques.

Il appartient à l'autorité organisatrice du concours de préciser dans l'avis de concours, comme pour les concours externes, que le concours est désormais ouvert aux ressortissants communautaires et de mentionner la dérogation prévue à l'article 5 *bis* de la loi du 13 juillet 1983 s'agissant de l'accès aux emplois de souveraineté.

Il lui incombe ensuite de vérifier, en lien le cas échéant avec l'administration ou les administrations d'origine de l'agent, que celui-ci remplit les conditions d'ancienneté de service et, le cas échéant, de formation pour se présenter au concours.

Le cas échéant, le classement de l'agent dans le corps ou cadre d'emplois d'accueil devra être établi selon les règles prévues par les décrets fixant, pour chacune des fonctions publiques, les dispositions générales relatives à la situation et aux modalités de classement des ressortissants des Etats membres de la communauté européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen.

Afin d'accompagner les gestionnaires dans la mise en oeuvre de cette réforme, la compétence de la commission d'équivalence pour le classement des ressortissants des Etats membres de l'Union européenne, créée par le décret n°2002-759 du 2 mai 2002, sera élargie à l'appréciation de l'équivalence des services publics accomplis par les candidats communautaires au regard de la durée de services requise par les statuts particuliers. Cette réforme sera l'occasion de substituer une saisine facultative de la commission à la saisine obligatoire actuellement prévue par les textes, afin que désormais lui soient soumis les seuls dossiers complexes pour lesquels son expertise offre une réelle plus value aux administrations.

3-4 La suppression des limites d'âges pour les concours de la fonction publique

L'article 27 de la LMPP supprime la possibilité de prévoir par décret des conditions d'âge pour le recrutement par voie de concours dans des corps, cadres d'emplois ou emplois de la fonction publique, lorsque l'accès à ceux-ci est subordonné à l'accomplissement d'une période de scolarité préalable d'une durée au moins égale à deux ans.

Les derniers textes statutaires prévoyant de telles conditions d'âge seront toilettés en conséquence (par exemple, pour les concours d'entrée à l'ENA).

3-5 La poursuite du dispositif d'accompagnement des mobilités des fonctionnaires de La Poste

L'article 29-5 de la loi n°90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et à France Télécom a mis en place un dispositif de détachement – intégration spécifique, limité dans le temps, pour permettre aux fonctionnaires de La Poste qui le souhaitent de poursuivre leur carrière dans les corps et cadres d'emplois des trois fonctions publiques.

L'article 39 de la LMPP proroge ce dispositif de mobilité exceptionnel pour une durée de trois ans, jusqu'au 31 décembre 2013, afin d'en favoriser la montée en puissance. Cette mesure ne requiert pas la modification des décrets n° 2008-58, 2008-59 et 2008-60 pris pour l'application de l'article 29-5 de la loi du 2 juillet 1990 précitée dans chacune des fonctions publiques, pour entrer en vigueur.

4° L'assouplissement du régime de cumuls d'activités

4-1 La prolongation de la durée du cumul pour la création ou la reprise d'une entreprise

La loi de modernisation de la fonction publique du 2 février 2007 a ouvert la possibilité aux fonctionnaires et agents non titulaires des trois fonctions publiques de cumuler temporairement leur emploi public et une activité de création ou de reprise d'entreprise.

La durée de cette dérogation au principe général de non cumul prévu par l'article 25 de la loi du 11 juillet 1983 **est désormais fixée à deux ans, renouvelable une fois pour une durée d'un an**, au lieu d'un an renouvelable pour une durée d'un an auparavant.

Elle est **applicable aux situations de cumul en cours** qui peuvent ainsi prétendre au renouvellement de leur cumul pour une durée d'un an **ainsi qu'à toutes les demandes de cumuls formulées à compter du 7 août dernier**.

Cette extension vise à sécuriser le projet professionnel des agents candidats à la création ou à la reprise d'une entreprise avant leur départ temporaire ou définitif vers le secteur privé. Le cas échéant, vous pourrez moduler la durée de ce cumul en fonction du projet de l'agent.

4-2 L'assouplissement des conditions de cumul des agents à temps incomplet ou non complet

L'article 34 de la loi harmonise les conditions de cumul d'activités des **agents employés pour une durée comprise entre le mi-temps et 70% de la durée légale du travail** avec celle des agents employés pour une durée inférieure.

Ces agents bénéficient désormais du régime de cumul simplifié prévu au chapitre III du décret n°2007-658 du 2 mai 2007 relatif au cumul d'activités des fonctionnaires, des agents non titulaires de droit public et des ouvriers des établissements industriels de l'Etat.

Ils peuvent ainsi exercer une activité privée lucrative ou bien une ou plusieurs activités publiques, quel que soit l'objet de ces activités, après en avoir préalablement informé l'administration dont ils relèvent.

Ces dispositions sont applicables depuis le 7 août.

II- LES DISPOSITIONS NECESSITANT L'INTERVENTION D'UN DECRET D'APPLICATION OU LA MODIFICATION DE STATUTS PARTICULIERS

Entrent dans cette catégorie certaines mesures ayant trait au développement des mobilités dans la fonction publique, celles ayant vocation à moderniser les pratiques d'évaluation et d'avancement ainsi que celles permettant de simplifier la gestion des RH.

1° Les dispositions nécessitant l'intervention d'un décret d'application

1-1 Ouverture réciproque des fonctions publiques civile et militaire

La loi consacre l'ouverture des corps, cadres d'emplois et emplois de la fonction publique aux militaires par la voie du détachement, suivi le cas échéant d'une intégration, et prévoit réciproquement l'accès des fonctionnaires civils par cette même voie aux corps militaires. **Le recours à l'intégration directe pour l'exercice de ce type de mobilités n'est pas prévu.**

Ce faisant, la loi élargit notablement les possibilités de mobilité professionnelle des militaires dans la fonction publique civile. Aujourd'hui, cet accès s'inscrit dans des procédures de recrutement encadrées par le code de la défense et limitées, s'agissant des effectifs concernés :

a) L'article L.4138-8 prévoit la position de détachement pour les militaires. Il est complété de l'article R.4138-35 qui précise que le militaire peut être détaché auprès d'une autre administration. Jusqu'à aujourd'hui, cette voie d'accès était peu utilisée car il fallait qu'elle soit préalablement prévue par le statut particulier du corps ou cadre d'emploi d'accueil. La LMPP lève cet obstacle juridique et renvoie à un décret cadre le soin de préciser les modalités d'accueil en détachement des militaires dans les trois fonctions publiques.

b) Les articles L.4139-1, L.4139-2 et L.4139-3, précisent les modalités d'accès par voie de détachement à des corps ou cadres d'emplois de fonctionnaires dans trois situations particulières : après réussite à un concours de droit commun, par candidature à un emploi contingenté (initialement prévue par la loi n° 70-2 du 2 janvier 1970), par la voie des emplois réservés.

Ces dispositifs particuliers ne sont pas remis en cause par la LMPP.

Par ailleurs, la loi offre la possibilité aux fonctionnaires des trois fonctions publiques d'être détachés et le cas échéant intégrés dans des corps militaires. Il s'agit d'une véritable innovation permettant de décloisonner les administrations, cet accès étant aujourd'hui très marginal (fonctionnaires détachés au sein des services de trésorerie des armées et de la poste interarmées en application de l'article L.4144-1 du code de la défense).

C'est pourquoi, dans les deux cas, **cette ouverture est subordonnée à la publication de décrets en Conseil d'Etat.**

Quatre décrets sont prévus en pratique :

- un décret fixant pour chaque fonction publique les modalités d'accueil des militaires en leur sein ;
- un décret fixant les modalités d'accueil des fonctionnaires civils des trois fonctions publiques dans les corps militaires.

Ces décrets préciseront plus particulièrement :

- les modalités de comparaison des niveaux des corps et grades militaires avec ceux des fonctionnaires civils,
- les procédures de classement,
- la prise en compte des services antérieurs.

La publication de ces décrets qui nécessitent la consultation préalable de chaque Conseil supérieur de la fonction publique devrait intervenir au cours du premier semestre 2010.

1-2 Reconnaissance mutuelle des promotions obtenues en position de détachement

L'article 5 de la LMPP aménage le principe de la double carrière propre à la situation de détachement de manière à ce que les avancements obtenus dans un corps ou un cadre d'emploi lors de cette période puissent, le cas échéant, être pris en compte dans l'autre corps ou cadre d'emploi.

Concrètement le principe du plus favorable s'applique : en cas de réintégration dans le corps d'origine, de renouvellement de détachement ou d'intégration dans le corps d'accueil, l'agent est reclassé au grade et à l'échelon qui lui sont le plus favorables.

Ce reclassement est opéré indépendamment de la procédure d'avancement de grade dans le corps ou cadre d'emplois, c'est-à-dire qu'il n'est pas nécessaire de promouvoir l'agent pour qu'il puisse en bénéficier. **En conséquence, ce reclassement dans le grade d'avancement n'a pas à être pris en compte dans le nombre des promotions prévues au titre de l'année au cours de laquelle il intervient.**

Cette mesure vaut pour les seuls détachements entre corps et cadres d'emplois de la fonction publique. Elle n'est pas applicable en cas de détachement pour l'occupation d'emplois relevant de statuts d'emplois ni pour les détachements dits « sur contrat ».

Sa mise en œuvre nécessite la modification des décrets relatifs aux positions statutaires dans les trois fonctions publiques. Il convient en effet de préciser de manière transversale dans ces textes les modalités de classement lors d'un détachement qui figurent aujourd'hui dans les statuts particuliers. De même, seront indiquées les modalités d'application du principe du plus favorable lorsque les corps ou cadres d'emplois

ne disposent pas de la même architecture ainsi que les règles de reprise des réductions d'ancienneté.

Le principe du plus favorable sera effectif dès publication de ces décrets modificatifs. Les réintégrations, les renouvellements de détachement et les intégrations prononcés à compter de cette date devront ainsi tenir compte des avancements acquis au cours des détachements en cours.

1-3 Indemnité d'accompagnement à la mobilité pour les fonctionnaires de l'Etat

L'article 64 *bis* de la loi du 11 janvier 1984 garantit aux fonctionnaires de l'Etat le bénéfice de leur plafond indemnitaire en cas de mobilité dans la fonction publique en raison d'une opération de restructuration.

Le cas échéant, les fonctionnaires concernés pourront recevoir une indemnité d'accompagnement à la mobilité, versée par leur administration d'accueil, pour compenser le différentiel de plafonds des régimes indemnitaires entre l'administration d'origine et l'administration d'accueil.

Un décret simple précisera les modalités de constatation des différentiels de plafonds indemnitaires (régimes indemnitaires pris en compte, périodes de référence), définira les restructurations entrant dans le champ d'application du mécanisme et détaillera le régime social et fiscal applicable ainsi que les autres questions liées à la mise en œuvre de l'indemnité d'accompagnement à la mobilité. Sa publication doit intervenir au cours du second semestre 2009.

1-4 Situation de réorientation professionnelle pour les fonctionnaires de l'Etat

L'article 7 de la LMPP crée un dispositif nouveau de réorientation professionnelle pour les fonctionnaires de l'Etat dont l'emploi est susceptible d'être supprimé dans le cadre d'une opération de restructuration.

Au cours de cette période, le fonctionnaire demeure en position d'activité et continue d'exercer ses missions jusqu'à la suppression effective de son emploi. L'administration est tenue de lui proposer toute offre d'emploi correspondant à son grade et de lui offrir un accompagnement individualisé pour favoriser son accès à un nouvel emploi. **Le dispositif repose sur un projet personnalisé d'évolution professionnelle, défini en lien avec l'agent, qui précise les obligations incombant aux deux parties.** Il n'est pas limité dans le temps, mais prend fin lorsque l'agent accède à un nouvel emploi.

Un décret en Conseil d'Etat précisera prochainement les conditions d'application de cette nouvelle modalité de la position d'activité. Il fixera notamment le contenu du projet personnalisé d'évolution professionnelle, les obligations incombant à l'administration au cours de cette période, la nature et la durée des missions pouvant être confiées au fonctionnaire en réorientation professionnelle ainsi que les modalités de mise en disponibilité d'office.

Dans la mesure où elle détermine un processus d'accompagnement très exigeant pour l'administration, la situation de réorientation professionnelle n'a pas vocation à s'appliquer à tous les fonctionnaires de l'Etat concernés par une opération de restructuration.

Il conviendra au contraire de cibler son utilisation sur les personnels dont la ré-affectation sur un emploi vacant de votre administration n'est pas envisageable, soit parce qu'il n'y a pas d'emploi correspondant au grade de l'agent susceptible d'être vacant à court terme, soit parce que l'agent a besoin d'une formation longue ou d'une période de professionnalisation ou de reconversion pour l'accès à un nouvel emploi.

Je vous rappelle en outre que **la loi encadre la nature des offres d'emplois susceptibles d'être proposées aux agents en situation de réorientation**

professionnelle : celles-ci devront correspondre au grade de l'agent et à son projet personnalisé et tenir compte de sa situation de famille ainsi que de son lieu de résidence habituel. D'autre part, la loi leur garantit à ces agents **une priorité de mutation** pour les emplois correspondant à leur projet personnalisé.

Dans ces conditions, le recours à la mise en disponibilité d'office ou le cas échéant à la mise à la retraite d'office ne peut être qu'exceptionnel. Il ne pourra intervenir que dès lors que l'agent aura refusé successivement au moins trois emplois publics correspondant aux critères ci-dessus mentionnés et après avis de la commission administrative paritaire compétente.

1-5 Création du cumul d'emplois à temps non complet

L'article 14 de la LMPP crée un dispositif expérimental de cumuls d'emplois à temps non complet pour les fonctionnaires relevant des trois fonctions publiques. A cet effet, la possibilité pour les fonctionnaires d'être nommés sur des emplois à temps non complet, aujourd'hui uniquement mise en œuvre dans la fonction publique territoriale, est étendue aux fonctionnaires de l'Etat et aux fonctionnaires hospitaliers. La durée de l'expérimentation est fixée à cinq ans à compter de la promulgation de la loi, soit jusqu'au 6 août 2014.

Plusieurs décrets en Conseil d'Etat sont nécessaires pour donner toute son effectivité à ce nouveau type de cumuls :

- deux décrets *ad hoc* préciseront, respectivement pour la fonction publique de l'Etat et pour la fonction publique hospitalière, les règles de nomination et de gestion des fonctionnaires sur des emplois à temps non complet ainsi que les règles de cumuls de ces emplois, avec le cas échéant, des emplois d'autres fonctions publiques ;
- le décret n°91-298 du 20 mars 1991 portant dispositions statutaires applicables aux fonctionnaires territoriaux nommés dans des emplois permanents à temps non complet sera modifié pour tenir compte des possibilités nouvelles de cumuls introduites, à titre expérimental, par la LMPP.

1-6 Renforcement du contrôle de déontologie

L'article 87 de la loi n°93-122 du 29 janvier 1993 précitée, modifié par l'article 17 de la LMPP, prévoit de nouvelles règles de saisine de la commission de déontologie :

- d'une part, la saisine de cette commission devient obligatoire pour tous les membres des cabinets ministériels et les collaborateurs du Président de la République candidats à une mobilité vers le secteur privé ;
- d'autre part, la commission devra être systématiquement informée préalablement au départ des collaborateurs de cabinet des autorités territoriales vers le secteur privé ;
- enfin, la commission pourra s'autosaisir dans certains cas.

Le décret n°2007-611 du 26 avril 2007 sera modifié prochainement pour préciser les modalités d'application de ces dispositions.

Ces nouvelles mesures entreront en vigueur au lendemain de la publication de ce texte.

1-7 La dématérialisation du dossier individuel

L'article 18 de la loi du 13 juillet 1983, modifié par l'article 29 de la LMPP, prévoit la possibilité de gérer sur support électronique le dossier du fonctionnaire. Il va de soi que cette disposition peut également être mise en œuvre pour le dossier des agents non titulaires.

Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la CNIL, précisera les modalités d'application de cet article. Ce texte déterminera les règles essentielles auxquelles devront se conformer les projets de dématérialisation des administrations, avec le double objectif :

- de maintenir pour les agents le niveau de garantie offert par le dossier individuel tenu sur support papier,
- d'assurer l'interopérabilité et la pérennité des outils et des organisations qui seront choisis par les administrations.

Seront notamment fixées les règles d'accès et de tenue du dossier ainsi que la nomenclature des pièces nécessaires à la gestion et au suivi de la carrière des agents.

Les conditions techniques de la dématérialisation devront, quant à elles, être prévues dans le cahier des charges des administrations candidates.

Pour être effective, la mesure devra en effet s'intégrer dans le chantier de déploiement des systèmes d'information en ressources humaines dans les administrations et de mise en œuvre de l'Opérateur National de la Paie (ONP).

1-8 La généralisation de l'entretien professionnel

L'article 35 de la LMPP prévoit la prolongation de l'expérimentation de l'entretien professionnel dans la fonction publique de l'Etat jusqu'en 2011 inclus ainsi que la suppression de la notation à compter du 1er janvier 2012.

Dès l'année de référence 2012, c'est en effet l'article 55 de la loi du 11 janvier 1984, modifié par cet article, qui s'appliquera. Cet article pose le principe d'un entretien professionnel annuel, conduit par le supérieur hiérarchique direct, pour tous les fonctionnaires de l'Etat. Par dérogation, il sera possible de prévoir le maintien de la notation pour certains corps ; cette dérogation devra être justifiée et les statuts particuliers devront le prévoir expressément.

Le décret n°2007-1365 du 17 septembre 2007 portant application de l'article 55 bis de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat sera toiletté en conséquence.

Au 1^{er} juin 2009, onze départements ministériels étaient d'ores et déjà engagés dans l'expérimentation de l'entretien professionnel, soit pour la totalité de leurs corps, soit pour certains d'entre eux.

J'invite les ministères qui n'ont pas encore basculé totalement dans le champ de l'expérimentation et ceux qui n'y sont pas encore rentrés à le faire rapidement de manière à être prêts pour l'échéance de 2012. Un recensement doit également être entrepris au sein de chaque ministère pour identifier les corps qui aujourd'hui soit ne sont pas notés, soit ne sont pas évalués soit ne bénéficient ni d'une notation ni d'une évaluation.

Vous veillerez à me communiquer au plus vite les résultats de ce recensement pour votre ministère et les établissements publics qui en dépendent ainsi que la liste des corps pour lesquels vous souhaitez maintenir un système de notation.

S'agissant de la fonction publique territoriale, l'article 15 de la LMPP prévoit l'expérimentation de l'entretien professionnel, en lieu et place de la notation, **au titre des années de référence 2008, 2009 et 2010.** S'inspirant du dispositif mis en œuvre dans la fonction publique de l'Etat, un décret en Conseil d'Etat précisera les modalités d'application de cet entretien.

L'article 35 de la LMPP modifie par ailleurs la durée de l'expérimentation **dans la fonction publique hospitalière**. Prévues par la loi de modernisation de la fonction publique, cette expérimentation n'a pas encore débuté en pratique, en l'absence de décret d'application. La loi prévoit désormais que cette expérimentation intervient **au titre des années 2009, 2010 et 2011**. Un décret en Conseil d'Etat, assorti d'un arrêté comportant un modèle de compte rendu d'entretien sera pris pour permettre l'application de cette expérimentation aux personnels de catégorie A de la fonction publique hospitalière en 2010 dans l'ensemble des établissements publics de santé. Les personnels des catégories B et C seront concernés à compter de 2011.

2° Les mesures impliquant la modification ou l'édiction de statuts particuliers

2-1 Création de corps interministériels

L'article 10 de la loi du 11 janvier 1984, modifié par l'article 19 de la LMPP, favorise la création de corps interministériels ou communs à plusieurs ministères ou à plusieurs établissements publics.

Il prévoit en effet que les statuts particuliers pourront déroger, après avis du Conseil supérieur de la fonction publique de l'Etat, aux dispositions du statut général qui ne correspondraient pas aux besoins propres à l'organisation de la gestion de ces corps, notamment pour concilier un cadre statutaire unique et la pleine responsabilité des ministères et établissements publics en matière de GRH.

Les statuts particuliers qui dérogeront au statut général en application de ces nouvelles dispositions feront l'objet d'un décret en Conseil d'Etat.

Cette mesure trouvera tout particulièrement à s'appliquer dans le cadre du plan de fusion de corps que je vous ai annoncé.

2-2 L'accès aux grades supérieurs des corps de catégorie A et B dans les fonctions publiques de l'Etat et hospitalière

L'article 13 de la loi du 13 juillet 1983, complété par l'article 22 de la LMPP, prévoit la possibilité d'accéder désormais aux grades supérieurs des corps et cadres d'emplois par voie de concours ou de promotion interne, et non plus seulement par la voie de l'avancement.

Cette mesure concerne potentiellement tous les corps de catégorie A et B de la fonction publique de l'Etat et de la fonction publique hospitalière. Cet accès est en effet d'ores et déjà ouvert aux corps de catégorie C ainsi qu'à tous les cadres d'emplois de la fonction publique territoriale.

Les modalités d'application de cette disposition seront précisées au cas par cas, dans chaque statut particulier.

Cette mesure trouvera à s'appliquer dans le cadre statutaire du nouvel espace statutaire de la catégorie B qui prévoit que le grade intermédiaire sera à la fois un grade d'avancement et de recrutement. Je vous précise à cet effet que le décret fixant les dispositions statutaires communes aux corps relevant du nouvel espace statutaire de la catégorie B de la fonction publique de l'Etat devrait être publié en octobre prochain.

2-3 La dispense de consultation du Conseil d'Etat ou de la délibération en conseil des ministres pour certains textes statutaires

En ce qui concerne la fonction publique de l'Etat, l'article 8 de la loi du 11 janvier 1984, a été substantiellement modifié par l'article 31 de la LMPP.

Il prévoit la possibilité de modifier les statuts particuliers par décret simple et non plus par un décret en Conseil d'Etat dès lors qu'il s'agit d'y intégrer des dispositions statutaires communes à plusieurs corps et ne fait plus obligation de délibérer en Conseil des ministres les statuts des corps comportant des emplois auxquels il est pourvu en cette formation ainsi que les corps mentionnés au premier alinéa de l'article 2 de l'ordonnance n°58-1136 du 28 novembre 1958 relative aux nominations aux emplois civils et militaires de l'État.

a) Désormais, l'introduction dans un statut particulier de dispositions statutaires, qui auront déjà été prises par décret en Conseil d'État, interviendra par décret simple.

Il conviendra cependant de veiller à ce qu'aucune autre disposition spécifique ne soit introduite à cette occasion dans le statut particulier.

Cette procédure pourra être mise en œuvre dès les prochaines modifications des statuts particuliers.

b) Du fait de la suppression de la deuxième phrase de l'article 8 dans sa rédaction antérieure à la LMPP, les statuts qui ont été, avant leur publication, délibérés en Conseil des ministres pourront désormais être modifiés sans satisfaire à cette obligation.

De même, les futurs décrets portant statuts particuliers des corps, qui étaient autrefois concernés par cette obligation, n'auront plus à connaître de délibération en Conseil des ministres.

S'agissant de la fonction publique territoriale, l'article 6 de la loi du 26 janvier 1984, modifié par le même article, prévoit désormais que **l'échelonnement indiciaire applicable aux cadres d'emplois et emplois de la fonction publique territoriale est fixé par décret et non plus par décret en Conseil d'Etat**, à l'instar des dispositions applicables dans la fonction publique de l'Etat. Ce principe vaut pour tous les décrets existants.

Document

Annexe – Modalités d'application des principales dispositions de la loi

Article LMP	Objet de la disposition	Application directe	Décret d'application	Statut particulier
Article 1er	Assouplissement des conditions statutaires de détachement et d'intégration	X		
	Droit à intégration au-delà de 5 ans de détachement	X		
Article 2	Intégration directe	X		
Article 3	Ouverture réciproque de la fonction publique civile et de la fonction militaire		X	
Article 4	Droit au départ en mobilité	X		
Article 5	Reconnaissance mutuelle des promotions obtenues en cas de détachement		X	
Article 6	Remboursement partiel des MAD de fonctionnaires de l'Etat	X		
	Indemnité d'accompagnement à la mobilité		X	
Article 7	Réorientation professionnelle		X	
Article 14	Cumul d'emploi à temps non complet dans les trois fonctions publiques		X	
Article 15	Expérimentation de l'entretien professionnel dans la fonction publique territoriale		X	
Article 17	Modalités d'application des nouvelles règles de saisine de la commission de déontologie		X	
Article 19	Corps interministériels			X
Article 20	Harmonisation cas de recours aux agents non titulaires	X		
Article 21	Recours à l'intérim	X		
Article 22	Accès aux grades supérieurs des corps par concours ou promotion interne			X
Article 23	Reprise des contrats ANT dans le cadre de transferts publics-publics	X		
Article 24	Reprise des contrats ANT dans le cadre de transferts privés-publics	X		
Article 25	Reprise des contrats ANT dans le cadre de transferts publics-privés	X		
Article 26	Ouverture des concours internes aux ressortissants communautaires	X		
Article 27	Suppression des limites d'âges aux concours	X		
Article 29	Dématérialisation du dossier du fonctionnaire		X	
Article 31	Dispense de consultation du CE pour certains textes statutaires			X
Article 33	Extension de la durée du cumul pour création ou reprise d'entreprise	X		
Article 34	Assouplissement des conditions de cumul d'activités pour les agents à temps incomplet	X		
Article 35	Extension de l'expérimentation de l'entretien professionnel dans la FPE et la FPH		X	
Article 39	Poursuite du dispositif de mobilité exceptionnel des fonctionnaires de la Poste	X		



ANNEXE 2

Loi mobilité : détachement et intégration directe

Les dispositions d'application directe évoquées par la circulaire

Pour l'essentiel ces dispositions sont d'application directe et ne nécessitent pas de décret pour s'appliquer de droit. Seule l'ouverture réciproque des fonctions militaires et publiques civiles ainsi que la reconnaissance mutuelle des promotions obtenues en cas de détachement entrent en application au jour de publication du décret.

La loi pose le principe de l'ouverture de tous les corps et cadres d'emplois au détachement et à l'intégration directe. Les corps doivent être de même catégorie hiérarchique ou de niveau comparable (pour la Poste et France-Telecom, la police, la pénitentiaire).

La comparabilité des corps et cadres d'emplois au sein d'une même catégorie hiérarchique se fait, soit par les conditions de recrutement (niveau de qualification, concours, stage, école d'application), soit par la nature des missions. Un corps recrutant à Bac+5 acceptera par exemple un détachement d'un corps recrutant à Bac+3 pour autant que la nature des missions soit comparable.

Ces dispositions s'appliquent en cas d'intégration directe.

Les observations de la CGT ont porté sur la nécessité d'avoir une harmonisation interministérielle réelle des dispositifs. L'ouverture très large, qui permet par exemple des détachements entre corps d'un indice sommital inférieur à corps d'un indice sommital supérieur, nécessite que la même interprétation soit faite d'un ministère à l'autre, sous peine de rupture d'égalité de traitement entre fonctionnaires.

Ce sera l'autorité de gestion du corps ou cadre d'emploi d'accueil qui jugera de ces conditions.

La DGAFP a convenu qu'il existait des sujets de doctrine et que des clés de lecture complémentaires seront transmises aux ministères, avec un cadrage complémentaire dans un deuxième temps pour éviter les situations trop hétéroclites entre ministères. Une réunion avec les organisations syndicales sur les questions de comparabilité des emplois sera convoquée dans quelques mois.

Le délai de 5 ans générant une proposition d'intégration par l'administration d'accueil s'applique aux détachements en cours depuis leur début, une éventuelle période de mise à disposition étant prise en compte.

Comme pour les détachements la CAP sera consultée pour les intégrations directes.

Le quasi droit à mobilité (une non-réponse vaudra acceptation après deux mois) vaudra pour toutes les demandes de mobilité (hors tableau périodique de mutation), affectations en position normale d'activité compris.

Les refus de départ pour raison de service sont présentés par la DGAFP comme devant être exceptionnels, et non subordonnés au remplacement de l'agent.

La DGAFP produira à destination des employeurs publics un mémento plus précis sur les différences entre positions statutaires.

Le décret présenté en section syndicale

Le décret présenté en section syndicale du CSFPE le 9 novembre 2009, modifiant le décret 85-986 « positions » des fonctionnaires d'Etat, est donc un décret qui toilette pour des raisons de cohérence de rédaction le décret précédent. A l'exception de 2 dispositions dont l'application dépend de sa publication.

En premier lieu, le décret établit en son article 10 la reconnaissance mutuelle des progressions de carrière. En cas de renouvellement de détachement, la progression de carrière dans le corps d'origine est prise en compte. En cas de réintégration la progression de carrière dans le corps de détachement est prise en compte. La même logique s'applique en cas d'intégration.

En deuxième lieu une nouvelle disposition non prévue par la loi est introduite. Un nouveau cas de détachement est créé pour les fonctionnaires d'Etat. En cas de transfert d'activité au privé, les fonctionnaires pourront être détachés auprès de l'entreprise privée bénéficiaire de la privatisation (nouveau c) de l'article 14 du décret du 85-986.

Et ce si les entreprises sont liées à l'administration :

- par un contrat relevant du code des marchés publics
- par un contrat de partenariat public-privé (ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004)
- par une délégation de service public

C'est un article « privatisation » qui est introduit. Les explications de la DGAFP ont d'ailleurs eu le mérite de la clarté : un des fondements de la loi mobilité est la perspective des transferts d'activité vers le privé, l'article 25 prévoit d'ailleurs la reprise des contractuels par les entreprises en cas de privatisation, l'article sur le détachement de fonctionnaires est dans la même logique. Des dispositions de même type existent pour les fonctions publiques hospitalière et territoriale.

Même si le détachement ne peut s'effectuer contre la décision de l'agent concerné, les situations de restructuration sont de fait plus complexes, les problèmes de reclassement sur place s'aggravant avec la mise en place de la RGPP. Nous ne sommes à l'évidence pas dans le cadre de détachements volontaires.

Cette disposition donne la possibilité à l'Etat de s'exonérer de dispositifs de reclassement ou de mises à disposition parfois lourds qu'il a du mettre en place pour de précédentes privatisations de missions.



DOC CGT – ANNEXE 3

Article 23, 24 et 25 de la loi du 3 août 2009 SITUATION DES CONTRACTUELS DANS LES CAS DE TRANSFERTS D'ACTIVITES

La directive européenne du 12 mars 2001 (JOCE du 22 mars 2001) reprend les dispositions communautaires des directives du 14 février 1977 et 29 juin 1998 concernant le transfert des salariés en cas de modification de la situation juridique d'un employeur. Elle précise qu'en cas de transfert total ou partiel « *d'une entité économique maintenant son activité en vue de la poursuite d'une activité économique que celle-ci soit essentielle ou accessoire* » tous les contrats de travail à durée déterminée ou indéterminée sont transférés, dans leurs clauses substantielles, au repreneur.

Dans le droit français, de telles dispositions sont prévues pour les entreprises ou organismes de droit privé par l'article L 1224-1 du code du travail (ancien L 122-12). Pour les services publics à caractère industriel et commercial (EPIC, société d'économie mixte, GIP industrielle et commerciale) la cour de cassation a, de longue date, jugé que l'article L 122-12 s'appliquait que ce soit dans les cas d'externalisation (création de filiale, par ex.) ou dans les cas de réinternalisation auprès d'un autre SPIC par exemple reprise d'une concession de service public en régie industrielle et commerciale ou transfert d'une association par-administrative dans un EPIC.

Cependant, il a été jugé que la cession de tâche sans relation directe avec la fonction économique principale (par exemple entretien des locaux, restauration collective etc.) n'entraînait pas l'application de l'article L 122-12. Ce n'est que lorsque les missions exercées ne peuvent être dissociées de l'activité dominante que le repreneur sous traitant ou prestataire de service doit reprendre les contrats de travail des agents effectuant la mission transférée ou concédée. Cette réserve est de fait contournée par la loi du 3 août qui est susceptible de s'appliquer à tous les types de transfert.

Pour les services publics à caractère administratif, le statut général ne prévoyait jusqu'à récemment, aucune disposition particulière, les situations des fonctionnaires étant traitées par le statut général incluant aujourd'hui la position de réorientation professionnelle et bientôt le détachement. Pour les non titulaires à durée déterminée ou indéterminée, aucune disposition n'existait ce tant pour les cas « *descendants* » (externalisation) que pour les cas « *montants* » (réintégration de missions au sein d'un service public administratif) ou pour les transferts entre 2 entités juridiques publiques (service vers EPA, Etat vers territoriale).

Pour la Fonction publique de l'Etat, chaque évolution faisait ainsi l'objet de dispositions législatives particulières qui traitaient (ou ne traitaient pas) de la situation des contractuels.

En 2000, la cour de justice européenne a jugé (affaire 175/99 CJCE 26 septembre 2000) que la directive européenne prévoyant la reprise des salariés s'appliquait dans tous les cas de transfert d'activité économique peu importe le caractère administratif de l'une ou l'autre des parties.

En l'absence de disposition législative générale se sont donc les juges qui ont apprécié au cas par cas la situation des agents. Pour les reprises de mission administrative par une société privée (cas descendant), la cour de cassation a ainsi jugé que ne s'agissant pas d'activité économique, l'article L122-12 ne s'appliquait pas.

Un autre problème se posait pour les salariés de droit privé recrutés sous contrat à durée indéterminée lorsque l'activité était reprise par un service public administratif de droit commun (cas montant), c'est-à-dire ne pouvant recruter que des fonctionnaires titulaires pour l'accomplissement des missions permanentes à temps complet. Le transfert d'un contrat de travail de droit privé étant impossible en l'absence de mesures législatives spécifiques la reprise des contrats de travail entraînait de facto le licenciement des intéressés, sauf disposition législative prévoyant l'intégration dans un corps ou un cadre d'emploi.

Ces problèmes considérés comme marginaux ont pris une toute autre ampleur avec le vote de la loi Raffarin de décentralisation, puis avec l'accélération des restructurations dans la Fonction publique car de plus en plus de contractuels se sont tournés vers les tribunaux.

Pour régler ces situations, la loi du 21 janvier 2007 a traité des cas de reprise par un service public administratif d'activités exercées antérieurement pour une entité économique privée (I) en ajoutant un article L 1224-3 au code du travail. Cet article a été complété par l'article 24 de la loi « *mobilité* » du 3 août 2009.

L'article 25 de la loi mobilité a réglé également les cas où l'activité d'une entité employant des contractuels de droit public est reprise par une entreprise ou un organisme de droit privé en ajoutant un article L 1224-3-1 du code du travail (II).

Enfin l'article 23 de la loi mobilité traite les cas de transfert d'activités entre 2 personnes morales de droit administratif en ajoutant un article 14 ter à la loi du 13 juillet 1983 portant statut général (III).

Ces 3 dispositions législatives ne constituent pas réellement des mesures de transposition de la directive européenne, en partie du fait des spécificités du droit administratif français. Elles offrent surtout aux administrations des instruments juridiques permettant de traiter la situation des contractuels dans le cadre des restructurations. Elles ne se substituent pas aux mesures législatives antérieures qui ont pu régler des cas particuliers et ne font pas non plus obstacle à de nouvelle loi qui traiterait de cas spécifique. Elles dérogent largement à la jurisprudence de la cour européenne ce qui pourra être utilisé devant les juridictions françaises en cas de contentieux.

I – Reprise d’activité par un service public administratif

Dans les cas de transfert de sociétés ou organismes privés, vers l’Etat, les collectivités territoriales ou leurs établissements publics à caractère administratif doivent aujourd’hui proposer aux salariés concernés un contrat administratif de manière dérogatoire au statut général. Ce contrat peut être à durée indéterminée si l’intéressé était précédemment sous CDI. Dans le cas d’un CDD ce contrat prend fin au terme prévu initialement et ne peut être reconduit que dans les cas et conditions prévus par le statut général.

Contrairement à ce qui est prévu par l’article L 1224-1 pour les reprises d’activité privé/privé il n’y a pas transfert des contrats de travail vers le nouvel employeur. De plus, si le contrat proposé doit reprendre les clauses substantielles du contrat dont les salariés sont titulaires, les conditions générales de rémunération et d’emploi ne doivent pas être contraires aux dispositions « *législatives ou générales* » applicables aux contractuels de l’administration d’accueil. Les intéressés pourront ainsi, pour leur contrat administratif, se voir proposer des conditions nettement plus défavorables que celles dont ils bénéficiaient antérieurement en fonction des conventions collectives, des accords d’entreprises applicables à leur employeur d’origine ou de dispositions particulières de leur contrat de travail.

Ainsi, le Conseil d’Etat a jugé (299 307 du 21 mai 2007) que la rémunération proposée par le contrat administratif pouvait être inférieure à ce que le salarié percevrait initialement si cette dernière excédait « *les règles générales que la personne publique a, le cas échéant, fixé pour la rémunération de ses agents titulaires* ». La même limite est vraisemblablement posée pour la durée du travail qui, en application du décret d’avant 2000, modifié, ne saurait, sauf dérogation prévu par le dit décret, être inférieure à 1607 heures annuelles.

Cette absence de transfert du contrat pose aussi la question de la reprise d’ancienneté. Cette dernière qui doit être prise en compte pour le calcul de la rémunération, notamment dans les cas où existent des grilles indiciaires dans l’administration d’accueil, n’est pas nécessairement prise en compte pour l’accès au concours interne.

De même subsistent des incertitudes en ce qui concerne d’autres dispositions collectives éventuellement applicables chez l’employeur d’origine notamment en matière de protection sociale complémentaire (mutuelle, prévoyance, retraite complémentaire...).

In fine, en l’absence de transfert de l’intégralité des dispositions du contrat de travail, les clauses substantielles se résument, à la qualification, la fonction et le lieu de travail et aux éventuelles dispositions annexes fixées par le contrat, tel un logement de fonction.

Dans la rédaction de l’article L 1224-3 antérieur à la loi du 3 août 2009, contrairement aux dispositions applicables au secteur privé par l’article L1224-1 du code du travail, les salariés qui refusaient le contrat administratif n’étaient pas considérés comme démissionnaire, la loi du 25 juillet 2005 prévoyant qu’ils étaient licenciés, ceci permettait aux intéressés de percevoir des indemnités de licenciement et de chômage. Cette disposition, a été modifiée subtilement, par l’article 23 de la loi de mobilité qui dispose que « *le contrat prend fin de plein droit* », mais que l’administration reprenneuse « *applique les dispositions relatives aux agents licenciés prévues par le droit du travail et par leur contrat* ».

La nouvelle rédaction de l'article L 1224-3 pose d'abord la question des droits aux indemnités de chômage. La notion de « fin de contrat de plein droit » ne figure pas dans la liste limitative des cas de perte involontaire d'emploi ouvrant droit aux indemnités journalières prévues sur la convention UNEDIC. Cependant le fait que l'administration repreneuse « *applique les dispositions relatives aux agents licenciés* » pourrait laisser entendre qu'il s'agit d'une démission légitime et que cette dernière doit malgré tout versée aux intéressés des indemnités journalières équivalentes à celles dues dans les cas de licenciement. Si tel était le cas, ceci serait paradoxal car l'employeur principal de droit privé, cotisait aux ASSEDIC.

Par ailleurs, la rédaction initiale de cet alinéa permettait en outre de faire valoir devant le juge de droit commun (prud'hommes et cour d'appel sociale) le caractère économique (restructuration) du licenciement. Désormais le refus d'un contrat administratif ne constitue plus un licenciement et ce sera au juge administratif d'apprécier les litiges notamment concernant d'éventuelles indemnités pour perte d'emploi.

II – Reprise d'activité d'une personne publique administrative par une personne morale de droit privé

Créé par l'article 25 de la loi mobilité, l'article L 1224-3-1 du code du travail traite désormais la situation des contractuels de droit public concernée par des mesures de privatisation, d'externalisation et de transfert de mission à un EPIC ou un GIP. Contrairement à la voix « montante », ces mesures s'appliquent à toutes les activités et non au seul transfert d'entité économique ce qui ouvre la porte à des transferts partiels.

Il est en outre difficile de savoir si c'est de manière consciente ou inconsciente que le législateur a étendu l'application de cet article à toutes les missions publiques. En tout état de cause, il est désormais possible de rétrocéder à des employeurs privés des contractuels de droit public participant à des missions purement administratives contrairement aux décisions antérieures du Conseil d'Etat.

Comme dans le cas précédent et contrairement aux dispositions de l'article L 1224-1, il n'y a pas transfert du contrat de travail mais « *proposition* » d'un nouveau contrat de droit privé aux agents concernés. Dans ce cas de figure, il n'y a pas de limitation des conditions de rémunération ou de règle générale d'emploi, ce qui signifie que les intéressés doivent, a minima, conserver les clauses substantielles de leur contrat antérieur mais aussi bénéficier des éventuelles avantages prévus par les accords de branches ou d'entreprises applicables au repreneur.

L'absence de reprise du contrat pose les mêmes problèmes que dans les cas de l'article L 1224-3. En cas de licenciement ultérieur, l'ancienneté du salarié pourra s'apprécier à la date du transfert et non à la date du 1^{er} recrutement.

Par ailleurs, cet article instaure dans le code de travail un nouveau type de fin de contrat; l'agent public qui refuse le contrat de droit privé n'est pas licencié par son administration mais son « *contrat prend fin de plein droit* » et c'est le repreneur de droit privé avec lequel il n'a aucun lien contractuel qui « *applique les dispositions de droit public relatives aux agents licenciés* ».

Les agents placés dans cette situation ne pourront donc faire valoir ni une modification substantielle du contrat de travail ni un licenciement pour motif économique, disposition prévue par le code du travail, et qui sont nettement plus favorable que celle applicable au licenciement dans le secteur public.

De plus, les éventuels litiges ne seront pas examinés par le TA alors même qu'il s'agit de l'application de disposition de droit public.

Enfin, il n'est pas certain que les intéressés puissent percevoir des indemnités de chômage. En effet, les ASSEDIC ne verseront pas d'indemnité journalière car l'employeur principal, avant la perte d'emploi, était une personne publique à caractère administratif. On voit mal comment une entreprise privée, pourrait appliquer « *les dispositions de droit public relatives aux agents licenciés* » et verser, sur ses fonds propres des indemnités journalières en lieu et place d'une administration à un salarié avec lequel elle n'a jamais eu de lien contractuel.

Dans l'état actuel des textes, l'enjeu est de faire reconnaître, a minima, qu'il s'agit d'une démission légitime.

III – Transfert d'activité entre 2 personnes morales de droit public à caractère administratif :

Les contractuels de droit public étant recrutés par une entité juridique précise et pour une fonction déterminée strictement encadrée par la loi, théoriquement il n'existe pas de difficulté pour transférer leurs contrats si l'activité de leur employeur est reprise par une autre personne de droit public à caractère administratif.

Pourtant, en infraction aux dispositions de la directive européenne, ce n'est pas cette solution qui a été retenue par l'article 23 de la loi du 3 août 2009. En effet, là encore, la collectivité reprenneuse doit proposer un nouveau contrat aux intéressés qui sont libres d'accepter ou de refuser.

Toutefois, contrairement à ce qui a été prévu par les transferts publics/privés ou privés/publics dans ce cas de figure, les services accomplis dans l'administration de départ sont assimilés à des services accomplis dans l'administration d'accueil, ce qui, théoriquement devrait régler toutes les questions relatives à l'ancienneté.

Le nouveau contrat doit reprendre les clauses substantielles du contrat d'origine « *sauf disposition législative ou réglementaire aux conditions générales de rémunération et d'emploi des agents non titulaires de la personne publique [d'accueil] contraire* ».

Ainsi d'éventuels acquis sectoriels (grille indiciaire, temps de travail, protection sociale complémentaire) peuvent se voir opposés, une simple « *condition générale de rémunération ou d'emploi* » fixée par exemple par le conseil d'administration d'un EPA.

Concernant le droit à chômage, les mêmes questions se posent pour les cas I et II. Si l'agent non titulaire refuse le contrat proposé par l'administration d'accueil, c'est cette dernière qui devra lui verser des indemnités équivalentes à celles auxquelles il pourrait prévaloir dans un cas de licenciement. La question de l'indemnisation du chômage est posée dans les mêmes termes puisque, dans ce cas de figure « *le contrat prend fin de plein droit* » ce qui, a priori exclue la possibilité de versement d'indemnité journalière du fait des règles UNEDIC.

Si la formule « applique les dispositions applicables aux agents licenciés » englobe les indemnités de chômage, la collectivité ou l'établissement d'accueil devront assurer les paiements à des agents qui n'auront jamais travaillés par leur compte !

Le principal risque qui existe à l'occasion du transfert d'activité entre deux entités administratives et que la structure d'accueil exploite cette nouvelle possibilité pour déroger au statut général. Il sera en effet facile, par simple modification de l'objet du contrat des agents transférés de recourir à des non titulaires pour pourvoir des besoins permanents devant être assurés par des fonctionnaires titulaires.



DOC CGT - ANNEXE 4

ARTICLE 21 DE LA LOI DU 3 AOUT 2009

RECOURS A L'INTERIM

L'utilisation de travailleurs intérimaires pour répondre aux besoins temporaires d'une administration était jusqu'en aout dernier proscrit par le conseil d'Etat en application « du principe général selon lequel l'exécution du service public administratif est confié à des agents publics » (CE 18 janvier 1977, CFDT contre ministère des PTT). Depuis cette jurisprudence les tribunaux administratifs ont, à de nombreuses reprises, réaffirmé que le recrutement direct ou indirect de salariés de droit privé par une administration portait atteinte aux compétences du juge administratif et donc aux principes constitutionnels de dualité des juridictions.

Malgré cette jurisprudence constante des EPA, notamment dans le secteur hospitalier, on fait parfois appel à des sociétés d'intérim pour répondre à des besoins occasionnels voire même dans certains cas à des besoins permanents. Cet état de fait a servi de principal argument au gouvernement pour justifier l'article 21 de la loi de mobilité. Sur le fond du sujet, rien ne justifiait une telle mesure car les administrations disposaient déjà de possibilités très étendues de recours à des emplois précaires pour accomplir des missions ponctuelles. En effet les conditions de recrutement sous CDD sont notoirement moins encadrées en droit public qu'en droit privé (vacation, CDD de trois ans, impossibilité de requalification contentieuse en CDI pour la majeure partie des cas, absence de sanction pénale en cas d'utilisation abusive, non paiement d'une prime de précarité...).

Il ne fait donc aucun doute que c'est la pression des entreprises d'intérim demandeuses depuis des années de l'ouverture de ce nouveau marché juteux, qui est à l'origine de cet article 21.

Par ailleurs, l'intérêt de cette mesure pour l'Etat et les collectivités territoriales se trouve, non pas dans des économies budgétaires (un marché d'intérim est 2 fois plus coûteux qu'un recrutement de CDD), mais dans l'abandon de leurs responsabilités d'employeur. Au lieu d'engager un nouveau plan de titularisation, il leur est possible de se débarrasser du problème en renvoyant la gestion de dizaines de milliers d'agents précaires à des entreprises privées qui sont connues pour se comporter comme des parfaits exploitateurs.

Toutefois, le législateur en ouvrant la possibilité de recours à l'intérim aux administrations, a du tenir compte de la jurisprudence du Conseil d'Etat et c'est pourquoi il a prévu que ce serait le Tribunal administratif et non les juges de droit commun qui aurait à examiner les litiges entre le salarié intérimaire et l'administration utilisatrice.

Il n'a également pas pu être fait abstraction de la Directive européenne 2008/104 du 19 novembre 2008 relative au travail temporaire ni à la jurisprudence de la cour européenne de justice sur l'égalité de traitement entre travailleur. C'est pourquoi les règles applicables dans la Fonction publique ne dérogent que partiellement aux règles de droit commun la plupart des dispositions prévues par le code du travail (livre II, titre IV, chapitre Ier) s'appliquant désormais au cas de l'intérim par une administration.

I – CAS DE RECOURS

Les administrations peuvent faire appel à des entreprises intérimaires dans 4 cas limitatifs.

I – 1. Remplacement d'un salarié absent : congés maladie, congés parental, passage provisoire à temps partiel, participation à des activités de service national. Ces conditions peuvent être contestées de façon objective même si la notion de « passage provisoire » retenue par le temps partiel est sujette à interprétation.

Dans ce cas de figure, le contrat d'intérim peut être d'une durée maximale (renouvellement inclus) de 18 mois portée à 24 mois pour les missions à l'étranger. Outre les clauses habituelles, les marchés de service et les contrats de travail devront faire figurer le nom et la nature de l'emploi de l'agent absent. Pour faire obstacle aux abus, il est possible d'imposer à l'administration le 6eme alinéa de l'article 3 de la loi 84-16 qui dispose toujours que les remplacements de fonctionnaires doivent être assurés par d'autres fonctionnaires « dans le mesure où ils correspondent à un besoin prévisible et constant ».

Tel est le cas notamment des congés maladie longue durée, des temps partiels annuels ou des congés annuels....

I - 2. Vacances temporaire d'un emploi qui ne peut être immédiatement pourvu. Dans ce cas de figure le contrat, renouvellements inclus, est d'une durée maximale de 9 mois s'il s'agit d'attendre la venue d'un agent déjà nommé et d'une durée de 12 mois si le poste n'est pas encore pourvu. De toute évidence les abus risquent d'être nombreux. Il conviendra d'être particulièrement vigilant sur les déclarations de vacances de poste et sur la conclusion de nouveau contrat au-delà de la durée de 12 mois. Les durées maximales prévues doivent en effet s'appliquer aux emplois en question et non aux contrats des salariés ou à la durée des marchés.

I-3. Accroissement temporaire d'activité

Comme pour le 1/1 la durée maximale de la mission d'intérim (renouvellement compris) est fixée à 18 mois en France et 24 mois pour l'étranger.

La notion d'accroissement temporaire d'activité n'existait pas jusqu'ici dans la fonction publique et il s'agit donc là d'une extension des cas de recours à l'emploi précaire. S'agissant d'une disposition inscrite dans le code du travail, elle renvoie explicitement à la directive issue de l'accord national interprofessionnel du 22 mars 1990 transcrit dans le droit positif par la loi du 12 juillet 1990. Sans rentrer dans le détail de l'abondante jurisprudence, on peut rappeler que l'accroissement temporaire d'activité correspond à des « augmentations accidentelles ou cycliques de la charge de travail » qui ne peuvent « être absorbées par les effectifs habituels ».

Cette notion est particulièrement floue et les juges de droit commun ont ainsi estimé que pouvait constituer un accroissement temporaire d'activité un surcroît de travail lié à la rentrée scolaire, une surcharge dans les services comptables au moment du bilan, l'accroissement monétaire lié à des retards accumulés etc....

Dès l'adoption de la loi du 3 août 2009, le pôle emploi (EPA) a fait appel, sur ce motif, à des entreprises d'intérim. Toutefois les juges considèrent de façon constante qu'une activité doit être « inhabituelle et précisément limitée dans le temps » pour être qualifiée d'accroissement temporaire.

Par ailleurs au titre de l'accord interprofessionnel de 1990, entrent dans la catégorie de l'accroissement temporaire d'activité, les tâches occasionnelles c'est-à-dire celles qui ne correspondent pas à l'activité normale d'une entreprise, tout comme les commandes exceptionnelles à l'étranger et les travaux urgents nécessitent des mesures de sécurité.

I-4. Besoin occasionnel ou saisonnier

Comme pour le 1/1 et le 1/3, les contrats de mission ne peuvent (renouvellement inclus) dépasser 18 mois en France et 24 mois à l'étranger.

Cette notion figurerait déjà à l'article 6 – 2^{ème} alinéa de la loi 84/16. Comme il vient d'être dit, le besoin occasionnel est inclus dans l'accroissement temporaire d'activité et son rajout au 4^{ème} de l'article L1251-60 du code du travail est redondant avec le 3^{ème}.

Concernant le travail saisonnier, le règlement CEE 1408/71 le définit comme un travail qui dépend du rythme de saison et qui se répète automatiquement chaque année. La Cour de cassation a, sur ce principe, jugé que, pour entrer dans cette qualification, une activité devait se répéter régulièrement en fonction du rythme des saisons et non en fonction de la seule volonté de l'employeur. Ainsi un accroissement périodique de production alors qu'une société fabrique des produits en toutes saisons ne constituent pas une activité saisonnière.

I-5. Interdiction

Tous recours à l'intérim, hors des cas ci-dessus, est illégal et le législateur a insisté sur le caractère délictueux d'un tel recours lorsqu'il s'agit :

- De pourvoir durablement un poste permanent ;
- De remplacer directement ou indirectement un salarié gréviste ;
- De faire appel à un médecin du travail en intérim ;
- De postes interdits aux intérimaires ;
- D'un poste ayant fait l'objet d'un licenciement pour motif économique avant un délai de 6 mois, lorsque la mission a pour raison l'accroissement temporaire de l'activité (le recours au travail temporaire reste cependant possible lorsque la mission ne dépasse pas 3 mois).

La capacité à faire respecter ces conditions limitatives de recours à l'intérim constitue un enjeu majeur pour le mouvement syndical. Il s'agit en effet de dissuader les gestionnaires de recourir à cette forme moderne d'esclavage en leur démontrant les risques personnels qu'ils encourent (cf. sanctions pénales) du fait de caractère non sécurisé du point de vue juridique de l'emploi d'intérimaire.

II – CONDITION D'UTILISATION

Le contrat de mise à disposition rédigé par l'entreprise de travail temporaire, sur la base des informations transmises par l'administration, doit être conclu dans le délai de deux jours ouvrables suivant la mise à disposition du salarié intérimaire.

Le contrat de mise à disposition établi pour chaque salarié comporte : (article L.1251-43 du code du travail)

1° Le motif pour lequel est fait appel au salarié temporaire. Cette mention est assortie de justifications précises dont, notamment, dans les cas de remplacement prévus aux 1°, 4° et 5° de l'article L.1251-6, le nom et la qualification de la personne remplacée ou à remplacer ;

2° Le terme de la mission ;

3° Le cas échéant, la clause prévoyant la possibilité de modifier le terme de la mission dans les conditions prévues aux articles L.1251-30 et L. 1251-31. Cette disposition s'applique également à l'avenant prévoyant le renouvellement du contrat de mise à disposition ;

4° les caractéristiques particulières du poste de travail à pourvoir et, notamment si celui-ci figure sur la liste des postes présentant des risques particuliers pour la santé ou la sécurité des salariés prévue à l'article L.4154-2, la qualification professionnelle exigée, le lieu de la mission et l'horaire ;

5° la nature des équipements de protection individuelle que le salarié utilise. Il précise, le cas échéant, si ceux-ci sont fournis par l'entreprise de travail temporaire ;

6° le montant de la rémunération avec ses différentes composantes, y compris, s'il en existe, les primes et accessoires de salaire que percevrait dans l'entreprise utilisatrice, après période d'essai, un salarié de qualification professionnelle équivalente occupant le même poste de travail.

L'administration utilisatrice doit en outre s'assurer que l'entreprise de travail temporaire :

- Dispose d'une garantie financière ;
- Est en règle au regard du recouvrement de ses cotisations sociales.

Par ailleurs, s'agissant d'un marché public de prestation de service, l'administration utilisatrice doit s'assurer que l'entreprise de travail est en conformité avec la législation concernant les instances représentatives du personnel.

Le contrat de mise à disposition et le marché de service qui le précède constitue des documents administratifs communicables au titre de la loi 1978. Les organisations syndicales peuvent donc y avoir accès à l'exception des éléments relatifs à la protection de la concurrence (secret industriel, prix du marché...).

III – Information et consultation des représentants du personnel

Sur ce sujet la loi du 3 août n'a prévu aucune dérogation par rapport au droit général du travail et les dispositions de la directive CEE 2008/104 du 19 novembre 2008 comme celles du code du travail s'appliquent donc de plein droit.

L'article 8 de la directive impose que « l'entreprise utilisatrice doit fournir des informations appropriées sur le recours des travailleurs intérimaires en son sein lors de la transmission d'informations sur la situation de l'emploi dans l'entreprise aux instances représentatives des travailleurs instituées conformément à la législation communautaire et nationale ».

Au titre du code du travail les représentants du personnel doivent être consultés préalablement à tout recours à l'intérim dans les cas suivants :

- Remplacement d'un agent dont le départ définitif précède la suppression de poste,
- Recours pour une durée inférieure à 3 mois pour une tâche correspondant au poste supprimé pour motif économique dans les 6 mois qui précède,
- Recours à un intérimaire pour une commande à l'exportation d'une durée supérieure à 6 mois.

Par ailleurs, l'utilisateur doit porter la liste des travailleurs intérimaires sur un registre du personnel accessible aux représentants syndicaux et à l'inspection du travail. Cette liste doit être affichée sur les lieux de travail des intérimaires et ces derniers sont pris en compte dans les effectifs de l'utilisateur au prorata du temps passé ce tant pour le calcul des droits syndicaux que pour les seuils requis pour les élections professionnelles.

Pour la fonction publique ces dispositions sont d'application directe même si les textes sur les CTP les CHS ou les sections syndicales ne prévoient pas actuellement de disposition concernant l'intérim.

Les inspecteurs et contrôleurs du travail ont un droit d'entrée dans tout établissement où sont employés des intérimaires. Ils sont habilités à se faire présenter tout document permettant de vérifier la régularité de l'emploi du personnel intérimaire.

IV – SANCTION

Concernant les sanctions prévues en cas de recours abusif à l'intérim, les dispositions du code du travail n'ont pas non plus été modifiées par la loi du 3 août 2009.

Par ailleurs, dans une affaire de prêts de main d'œuvre illicite, la cour de cassation a eu l'occasion de rappeler qu'en ce qui concerne la responsabilité pénale de l'utilisateur, peu importe que ce dernier soit agent de l'administration. Autrement dit, les gestionnaires administratifs ayant recours de manière abusive à l'intérim pourront voir leur responsabilité personnelle être engagée du point de vue pénale.

IV-1. Sanction pénale

Le fait d'avoir recours à la main-d'œuvre temporaire dans des situations autres que celles énoncées par la loi ou sans avoir conclu un contrat de mise à disposition conforme aux prescriptions légales est pénalement sanctionné d'une amende de 3 750 euros et en cas de récidive d'une amende de 7 500 euros et (ou) d'un emprisonnement de 6 mois (c. trav., art. L. 1254-1). Le tribunal peut ordonner l'affichage et la publication du jugement (c. trav., art. L. 1254-12).

La sanction s'attache au fait :

- D'avoir recouru à un salarié temporaire pour une mission n'entrant pas dans la définition donnée par la loi ;
- De n'avoir pas respecté la durée maximale ;
- D'avoir méconnu l'interdiction se rapportant aux conflits collectifs et aux travaux soumis à une surveillance médicale spéciale ;
- De ne pas avoir respecté les prescriptions de l'article L. 1251-9) restreignant le recours au travail temporaire en cas de suppression de poste pour motif économique ;
- De ne pas avoir respecté le délai de carence prévu par l'article L 1251-36, en cas de missions successives ;
- De n'avoir pas conclu dans le délai prévu à l'article L.1251-42 un contrat écrit de mise à disposition ;
- D'avoir omis de communiquer dans le contrat de mise à disposition, l'ensemble des éléments de rémunération conformément au 6^{ème} de l'article.

Les mentions volontairement inexacts des contrats de mise à disposition, résultant des 1° à 5° de l'article L 1251-43, ne sont plus des délits, mais des infractions qui pourront faire l'objet de poursuites contraventionnelles.

IV-2 Sanction civile

L'utilisateur qui a recours à un travailleur temporaire en violation caractérisée des articles L 1251-5 à 1251-7, L 1251-10 à L 1251-12 (cas légal d'utilisation de l'intérim), L 1251-30 et L1251-35 (durée maximale de la mission) peut se voir opposer par le salarié les droits attachés à un contrat à durée indéterminée prenant effet au premier jour de la mission.

Par ailleurs, l'article L 1251-62, introduit par la loi du 3 août 2009, prévoit que si l'administration continue d'employer un salarié intérimaire après la fin de sa mission sans avoir conclu avec lui de contrat ou sans nouveau contrat de mise à disposition ce dernier est réputé sous contrat à durée déterminée de 3 ans auprès de l'utilisateur. Cette disposition est restrictive par rapport au droit général qui dispose qu'un contrat non écrit est réputé à durée indéterminée.

IV-3. Capacité à agir des organisations syndicales

L'article L1253-16 du code du travail précise que :

Les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise utilisatrice ou dans le groupement peuvent exercer en justice les actions civiles nées en vertu des dispositions du présent chapitre en faveur des salariés du groupement.

Elles peuvent exercer ces actions sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé pourvu que celui-ci ait été averti et n'ait pas déclaré s'y opposer. Le salarié peut toujours intervenir à l'instance engagée par le syndicat.