

Paris, le 16 août 2005

Circulaire R/n° 6

Loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique. (publiée au journal officiel du 27 juillet 2005).

Cette loi s'articule autour de trois grands chapitres :

- l'égalité entre les hommes et les femmes et, la lutte contre les discriminations
- l'accès à la fonction publique des ressortissants communautaires
- la lutte contre la précarité

« Promotion de l'égalité entre les femmes et les hommes et lutte contre les discriminations »

La loi vise à poursuivre la transposition, pour la Fonction publique, de la directive communautaire 76/207/CEE sur l'égal accès à l'emploi des hommes et des femmes. Au motif de la mise en œuvre du principe d'égalité professionnelle entre hommes et femmes, la loi met fin à un certain nombre de dispositions relevant de la discrimination positive en faveur des femmes.

Les articles 1^{er}, 2, 3 et 4 modifient les règles existantes en matière de recrutement initial.

L'ARTICLE 1^{er} modifie l'article 8 de la loi n° 75-3 du 3 janvier 1975 qui rendait inopposables à certaines catégories de femmes les limites d'âge prévues pour l'accès aux emplois publics.

Ces dispositions étaient ouvertes

- 1) aux mères de trois enfants et plus,
- 2) aux veuves non remariées, aux femmes divorcées et non remariées,
- 3) aux femmes et hommes célibataires ayant au moins un enfant à charge,

se trouvant dans l'obligation de travailler.

L'article de la loi supprime la dérogation accordée aux seules femmes veuves, divorcées ou juridiquement séparées se trouvant dans l'obligation de travailler. Eu égard semble-t-il à « l'évolution des mœurs »...

Il étend aux pères de trois enfants ou plus le principe de non opposabilité des limites d'âge pour l'accès aux emplois publics.

Il prévoit également que la dérogation concernant jusqu'ici les hommes et les femmes célibataires ayant un enfant à charge soit désormais réservée aux personnes (femmes et hommes) élevant seules leur(s) enfant(s). Cette nouvelle rédaction écarte aussi la question difficile à prouver du concubinage et celle de l'obligation de travailler.

Cet article s'applique pour les concours ouverts à compter du 1^{er} décembre 2005.

L'ARTICLE 2 étend aux hommes la dérogation à la limite d'âge applicable pour le recrutement par concours de fonctionnaires de catégorie A en modifiant l'article 21 de la loi n°76-617 du 9 juillet 1976.

La limite d'âge pour le recrutement de fonctionnaires de catégorie A est portée à quarante cinq ans en faveur de toute personne, homme ou femme, élevant son enfant ou ayant élevé au moins un enfant.

Cet article s'applique pour les concours ouverts à compter du 1^{er} décembre 2005.

Nota : Attention ! La grande majorité des limites d'âge est supprimée par l'ordonnance n°2005-901 du 2 août 2005 (circulaire FGF à paraître). Les articles 1 et 2 ci-dessus ne concerneront donc plus que quelques corps pour lesquels une limite d'âge sera maintenue (catégorie active, scolarité d'au moins 2 ans notamment).

L'ARTICLE 3 porte sur l'obligation de remboursement par un fonctionnaire admis à la retraite en cas de non respect de l'engagement à servir l'État.

Cet article tire les conséquences de la suppression des limites d'âge applicables aux recrutements par concours internes dans les corps de la fonction publique de l'État (décret n° 90-709 du 1^{er} août 1990) mais aussi de l'allongement de la durée du travail induit par la réforme des retraites.

En conséquence, tout fonctionnaire accédant à un corps comportant une obligation de scolarité complétée par un engagement de servir l'État pendant une durée minimale, sera seulement tenu à une obligation de remboursement, dégressif en fonction de la durée d'engagement déjà accomplie, s'il fait valoir ses droits à la retraite avant d'avoir réalisé la totalité de son engagement de servir.

Sont exclus de cette obligation les fonctionnaires reconnus travailleurs handicapés et ceux radiés des cadres pour invalidité.

Cet article s'applique pour les fonctionnaires recrutés à compter du 1^{er} décembre 2005.

Un décret en Conseil d'Etat est attendu pour fixer les règles de dégressivité du remboursement.

L'ARTICLE 4 étend aux hommes la dérogation à la condition de diplôme actuellement prévue à l'article 2 de la loi n° 80-490 du 1^{er} juillet 1980, uniquement pour les femmes ayant au moins trois enfants et souhaitant passer un concours de la fonction publique.

Comme les précédents articles, l'article 4 édicte l'extension de cette dispense aux pères se trouvant dans une situation familiale semblable, c'est-à-dire ayant au moins trois enfants.

Cet article s'applique pour les concours ouverts à compter du 1^{er} décembre 2005.

L'ARTICLE 6 modifie les articles 6, 6bis, 6ter et 6 quinquies de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

Ces articles, relatifs aux discriminations et au harcèlement, comportaient quelques « asymétries ou omissions » que cette loi est censée corriger.

Son article 6 renforce et harmonise les dispositifs existants de protection des fonctionnaires victimes de discrimination ou de harcèlement, en précisant qu'aucune mesure concernant notamment le recrutement, la titularisation, la formation, la notation, la discipline, la promotion, l'affectation et la mutation ne saurait être prise à l'égard d'un fonctionnaire en prenant en considération le fait :

- qu'il ait subi ou refusé de subir des agissements contraires aux principes posés par les articles du statut contre les discriminations et le harcèlement,
- qu'il ait formulé un recours auprès d'un supérieur hiérarchique ou engagé une action en justice visant à faire respecter ces principes,
- qu'il ait témoigné d'agissements contraires à ces principes ou qu'il les ait relatés.

Cet article rend passible d'une sanction disciplinaire les fonctionnaires ayant enjoint de procéder à ces agissements. Il étend également l'application de l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 aux agents non titulaires.

À noter : la discrimination indirecte est désormais retenue au même rang que la discrimination directe. C'est la conséquence de la prise en compte de la jurisprudence communautaire. Celle-ci rappelle constamment que la discrimination se mesure par les résultats et non par l'intention. Pour elle toute mesure qui a pour effet d'écartier des travailleurs doit être reconnue comme discriminatoire. La FGF-FO se méfie d'une telle disposition, qui peut conduire à des effets pervers comme l'instauration de quotas au recrutement....

Pour autant, l'harmonisation n'a toujours pas été faite entre le secteur privé et la Fonction publique : harcèlement moral, congé de solidarité familiale... les droits des fonctionnaires sont très en retrait ! Il est « curieux » comme les pouvoirs publics omettent régulièrement d'intégrer les fonctionnaires lorsqu'ils décident de quelques avancées sociales....

LES ARTICLES 7, 8 et 9 alignent les droits des fonctionnaires à congés d'adoption sur ceux des assurés du régime général, et transposent la directive 2002/73/CEE du 23 septembre 2002 pour ce qui concerne le droit pour un fonctionnaire à retrouver son emploi à l'issue d'un congé de maternité, de paternité ou d'adoption.

La loi concerne les trois versants de la fonction publique.

Les dispositions de l'article 7 concernent les fonctionnaires de l'Etat. Elles ouvrent le droit au congé d'adoption indifféremment à la mère ou au père adoptif. Si les deux parents sont susceptibles de bénéficier de ce congé, ils peuvent décider que seul l'un des deux exerce ce droit, l'autre devant dès lors y renoncer. Ils peuvent également choisir de se partager la durée du congé. Dans ce cas, la durée du congé est majorée de la durée du congé de paternité (11 jours), et fractionnée.

En conséquence de la loi : le droit au congé de paternité en cas d'adoption est supprimé. En effet, l'allongement du congé d'adoption en cas de partage entre les deux parents tiendra désormais lieu de congé de paternité.

Pour ce qui concerne la réglementation de la situation des fonctionnaires à l'issue des congés de maternité, paternité ou d'adoption, le fonctionnaire devra être réaffecté de plein droit dans son ancien emploi. Si ce dernier ne peut lui être proposé, il devra être affecté dans un emploi équivalent et le plus proche de son dernier lieu de travail.

« Ouverture de la Fonction publique aux ressortissants communautaires et mobilité des agents »

L'ARTICLE 10 de la loi illustre le principe communautaire de la libre circulation des travailleurs en même temps qu'il prend acte de la jurisprudence de la Cour de Justice des communautés européennes dite « Burdaud ». Alors que jusque là les statuts particuliers des corps devaient prévoir l'accueil des ressortissant communautaires, il y a désormais renversement de la problématique : les statuts particuliers sont réputés tous « ouverts ». Toutefois des limitations peuvent être posées si les attributions ne sont pas séparables de la souveraineté ou comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État ou des autres collectivités publiques.

L'ARTICLE 11 de la loi n'a qu'un lointain rapport avec la transposition d'une directive européenne. Il instaure la position d'accueil en détachement comme de droit commun dans tous les corps et cadres d'emplois sous la seule réserve de la détention d'un titre ou diplôme quand celle-ci est exigée par le statut particulier et du respect des conditions prévues par ledit statut pour le détachement.

Le nouvel ARTICLE 13 bis ainsi créé dans la loi du 1983 s'analyse, pour FO, comme un coin enfoncé dans la spécificité des statuts particuliers au prétexte de faciliter la mobilité professionnelle, et une étape supplémentaire franchie pour la Fonction publique de l'État vers la mise en place de cadres statutaires.

« Lutte contre la précarité »

Sur le volet « CDD/CDI » de cette loi, la FGF-FO a eu l'occasion de faire connaître sa position en diffusant de nombreux documents (articles, tracts, circulaires), en bataillant ferme dans toutes les instances paritaires et en intervenant auprès des parlementaires. Mais aucun des amendements présentés par la FGF-FO, n'a été retenu lors des étapes successives qui ont abouti à l'adoption de cette loi.

La nouveauté de la loi par rapport au dispositif actuel régissant les non-titulaires dans la Fonction publique de l'État consiste à limiter la durée des contrats à 6 ans et, le cas échéant, au-delà de cette période, à les poursuivre en contrat à durée indéterminée.

Il est important de rappeler que :

- cette transformation n'a aucun caractère automatique,
- à l'issue des 2 X 3 ans, ou des 6 X 1 an (ou de toute autre combinaison) le contrat peut ne pas être renouvelé (cf. 1^{er} paragraphe du 2^{ème} alinéa de l'article 13 : « **Si, à l'issue de la période maximale de 6 ans mentionnée à l'alinéa précédent, ces contrats sont reconduits, ils ne peuvent l'être que par décision expresse et pour une durée indéterminée** ».
- seuls les agents âgés de plus de 50 ans peuvent bénéficier d'une transformation « automatique » de leur CDD en CDI. Toutefois, cette transformation reste soumise à plusieurs conditions ; dont celle de justifier d'une durée de services effectifs au moins égale à six ans au cours des huit dernières années.

La FGF-FO reste plus que jamais convaincue que cette interprétation - plus que transposition - de la directive de 1999 sur les CDD/CDI dans la fonction publique est non seulement très restrictive pour les agents, mais aussi et surtout très « flexible » pour les employeurs, et qu'elle ouvre la voie à la mise en place d'une fonction publique d'emploi, sans pour autant résoudre le problème majeur de la précarité.

Cette appréciation est d'ailleurs partagée par d'autres acteurs, dont des juristes et/ou des hauts-fonctionnaires. Citons pour mémoire :

La réaction de Marcel Pochard, Conseiller d'Etat et ancien Directeur Général de l'Administration et de la Fonction Publique, dans un éditorial de l'AJDA (Actualité Juridique de Droit Administratif » qui est sans ambiguïté à cet égard : « *le vrai devenir du contractuel appelé à rester dans la fonction publique, ce n'est pas le CDI, mais le statut* ».

De même, dans un très récent éditorial de la même revue intitulé « *Les derniers des mohicans* », Marie-Christine de Montecler, rédacteur en chef, met l'accent sur l'aggravation des situations de précarité dans la fonction publique, compte-tenu de l'effet conjugué de mesures telles que le « PACTE », l'écrasement du bas de la grille indiciaire par la fusion des échelles 2 et 3 et la présente transposition ».

Pour la FGF-FO, la voie à suivre pour une « déprécarisation » digne de ce nom n'est pas celle de la poursuite – d'ailleurs soumise à conditions – du contrat pour une durée indéterminée, mais la pérennisation de l'emploi par la titularisation des personnels dans la Fonction publique et la création des emplois statutaires nécessaires.