Paris, le 29 juillet 2019

OBSERVATIONS DU GOUVERNEMENT
sur la loi de transformation de la fonction publique

Le Conseil constitutionnel a été saisi d'un recours de plus de soixante députés contre la loi de transformation de la fonction publique. Ce recours appelle, de la part du Gouvernement, les observations suivantes.

***

1. Sur la compétence des commissions administratives paritaires (articles 1er, 10, 25 et 30)

1.1. Le huitième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 garantit la participation des travailleurs à « *la détermination collective des conditions de travail* » et à « *la gestion des entreprises* ». Il a été jugé que la formation du conseil académique compétente pour examiner les questions individuelles relatives au recrutement, à l'affectation et à la carrière des enseignants-chercheurs ne se prononçait pas sur la détermination collective des conditions de travail de ces personnels et ne relevait pas de cette disposition constitutionnelle (décision n° 2015-465 QPC du 24 avril 2015, cons. 6). En effet, « *si sont au nombre des « conditions de travail » les questions relatives à l'organisation et au fonctionnement de l'université, aux statuts des enseignants chercheurs et aux autres questions les intéressant collectivement, en revanche, tel n'est pas le cas des questions individuelles* » (commentaire aux Cahiers de cette décision, p. 8). Le Conseil d'Etat statuant au contentieux en a déduit que les commissions administratives paritaires, qui ne traitent que de questions individuelles, ne relèvent pas du champ d'application du huitième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 (CE, 8 février 2019, *Syndicat national des ingénieurs des travaux publics de l'Etat et des collectivités territoriales – Force Ouvrière*, n° 421021).

Par suite, les auteurs de la saisine ne peuvent utilement soutenir qu'en limitant la compétence des commissions administratives paritaires à l'examen de certaines décisions individuelles, la loi déférée aurait méconnu le principe de participation des travailleurs garanti par la Constitution.

Il y a lieu d'observer que l'article 9 de la loi n° 83-683 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, dans sa rédaction actuelle comme dans celle résultant de la loi déférée, garantit aux fonctionnaires un droit de participation, de niveau législatif, qui a une portée plus large que le huitième alinéa du préambule de la Constitution de 1946, notamment en ce qu'il inclut la consultation des commissions administratives paritaires. Il est loisible au législateur d'en redéfinir les contours, notamment en modifiant le champ de compétence de ces commissions.

1.2. En tout état de cause, la restriction du champ de compétence des commissions administratives paritaires, de même que leur réorganisation par catégories, et non plus par corps, poursuivent un objectif d'intérêt général tenant à la fluidification des parcours de carrière, à l'allègement des procédures administratives et à l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde des deniers publics. Il est ainsi mis fin à une situation insatisfaisante aussi bien pour les agents et leurs représentants que pour l'administration, dans laquelle les commissions administratives paritaires sont contraintes de multiplier et d'allonger les réunions de préparation et d'examen afin de rendre un avis souvent formel sur un nombre extrêmement élevé de décisions, dont des décisions favorables qui ne soulèvent aucune difficulté ni aucun débat sur le plan statutaire ou managérial.

Dans les domaines dans lesquels la consultation obligatoire de la commission administrative paritaire est supprimée, le législateur a de surcroît fait le choix, sans y être tenu par une exigence constitutionnelle, d'y substituer deux mécanismes qu'il a estimés plus protecteurs pour les fonctionnaires. D'une part, l'article 10 de la loi de transformation de la fonction publique créant ou modifiant les articles 14 bis de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, 30 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et 21 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière instaure le droit pour tout agent d'être assisté par un conseiller syndical dans l'exercice d'un recours administratif contre les décisions individuelles défavorables. D'autre part, la loi déférée généralise à l'ensemble de la fonction publique, dans les domaines de la mobilité, des promotions et de la valorisation des parcours professionnels, le dispositif des lignes directrices prévu pour l'Etat par le décret n° 2016-1969 du 28 décembre 2016 pris sur le fondement de l'article 60 de la loi du 11 janvier 1984.

Ces lignes directrices de gestion, édictées après avis du comité social compétent, poursuivent un triple objectif de performance, de transparence et de renouvellement du dialogue social. Sur le plan juridique, ces instruments dits de « droit souple », dépourvus de valeur réglementaire, constituent des « lignes directrices » au sens de la jurisprudence du Conseil d'Etat, qui ont formellement succédé aux directives dont le cadre juridique a été posé par la décision *Crédit Foncier de France* (CE, Section, 11 décembre 1970, n° 78880, au Recueil). A ce titre, elles fixent, dans un souci de cohérence de l'action administrative et de respect de l'égalité entre les agents publics, la méthode et les critères présidant à l'examen des demandes et à la prise des décisions administratives dans les matières couvertes, dans le respect des dispositions législatives et réglementaires applicables et sans pouvoir édicter aucune condition nouvelle (CE, Section, 4 février 2015, *Ministre de l'intérieur*, n° 383267-383268, au Recueil) ni empiéter sur le domaine statutaire. L'administration exerce son pouvoir d'appréciation dans le cadre de ces orientations générales, dont les agents sont en droit de se prévaloir. Il lui appartient en toute hypothèse de « *prendre en compte l'ensemble des circonstances pertinentes de la situation particulière qui lui* [est] *soumise* » (CE, 20 mars 2017, *Région Aquitaine – Limousin – Poitou – Charentes*, n° 401751, au Recueil) et elle conserve la faculté, au cas par cas, de s'écarter des lignes directrices pour des motifs d'intérêts général ou en considération de la particularité des situations qui lui sont soumises.

Les lignes directrices de gestion se distinguent ainsi des actes réglementaires par leur souplesse, indispensable à une gestion performante et individualisée des carrières des agents publics, dans le respect des dispositions législatives et réglementaires applicables et sous le contrôle du juge administratif.

1.3. En vertu de l'article 34 de la Constitution, le législateur est compétent pour fixer les règles relatives aux « *garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat* » et les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales.

D'une part, si l'existence de commissions administratives paritaires au sein de l'Etat et de ses établissements publics, y compris les établissements publics de santé, leur mission générale consistant à émettre un avis simple sur certaines décisions individuelles relatives à la carrière des fonctionnaires et le principe de la désignation par voie d'élection des représentants du personnel en leur sein (CE, Section, 22 avril 1966, *Fédération nationale des syndicats de police de France et d'outre-mer et fédération des syndicats de police de France et d'outre-mer CFTC,* n° 59340-59505, au Recueil) sont au nombre des garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils de l'Etat au sens de l'article 34 de la Constitution, tel n'est pas le cas de la liste des décisions individuelles qui doivent obligatoirement être précédées de l'avis d'une commission administrative paritaire. Au demeurant, la loi elle-même prévoit la saisine obligatoire d'une telle commission préalablement aux décisions les plus sensibles pour la carrière du fonctionnaire, en matière de discipline, de licenciement, de mise en disponibilité et d'évaluation. Le décret en Conseil d'Etat auquel renvoie l'article 9 de la loi du 13 juillet 1983 dans sa rédaction résultant de la loi de transformation de la fonction publique maintiendra la consultation de la commission pour d'autres mesures défavorables comme le refus de titularisation, le licenciement des stagiaires, le refus de temps partiel, le refus d'octroi du congé de formation continue ou encore le refus d'accepter la démission.

D'autre part, l'article 34 de la Constitution n'impose pas davantage d'énumérer dans la loi les cas dans lesquelles les commissions administratives paritaires dans les collectivités territoriales devraient être obligatoirement consultées, dès lors que celles-ci rendent des avis simples, qui ne lient pas l'autorité locale. Au demeurant, la loi elle-même énumère un certain nombre de décisions dont l'incidence sur la carrière du fonctionnaire territorial lui a paru justifier la consultation d'une telle commission. Le pouvoir réglementaire pourra y ajouter d'autres cas de consultation obligatoire sans pouvoir affecter les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales.

Par conséquent, les dispositions critiquées ne sont entachées d'aucune incompétence négative.

1.4. Les dispositions de la loi déférée relatives aux commissions administratives paritaires ne méconnaissent ainsi aucune exigence constitutionnelle.

2. Sur les comités sociaux (article 3)

La fonction publique française compte actuellement plus de 22 000 instances représentatives du personnel, dont plus de 8000 comités techniques et plus de 9000 comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT). Les domaines de compétences respectifs de ces deux catégories d'instances sont partiellement redondants : à titre d'exemple, les comités techniques sont consultés sur l'organisation et le fonctionnement des services ainsi que sur les évolutions technologiques et de méthodes de travail des services et leur incidence sur les personnels, là où les CHSCT se prononcent sur les projets d'aménagement importants modifiant les conditions de travail et les projets importants d'introduction de nouvelles technologies, lorsqu'elles sont susceptibles d'avoir une incidence sur la santé et la sécurité des agents. L'articulation des travaux de ces instances est assurée par des mécanismes formels d'information réciproque et de saisine croisée qui aboutissent souvent à un double avis, aucune disposition ne permettant de réunir conjointement ces instances. Il en résulte un dialogue social fragmenté, excessivement lourd et sous-performant.

L'article 3 de la loi déférée a pour objectif d'y remédier en fusionnant les comités techniques et les CHSCT au sein des comités sociaux d'administration (pour l'Etat), des comités sociaux territoriaux (pour les collectivités territoriales) et des comités sociaux d'établissement (pour les établissements publics de santé) investis en substance des mêmes missions et des mêmes prérogatives, à l'instar de la création des comités sociaux et économiques dans le secteur privé par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social dans les entreprises et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales.

Cette dernière réforme n'a soulevé aucune objection de la part du Conseil constitutionnel, qui a jugé qu'il était « *loisible au législateur d'autoriser le Gouvernement à fusionner plusieurs instances représentatives du personnel* » (décision n° 2017-751 DC du 7 septembre 2017, paragr. 26) et que « *l'absence d'une instance représentative du personnel spécifiquement dédiée aux questions d'hygiène et de sécurité ne méconnaît pas le droit à la protection de la santé* » ni aucune autre exigence constitutionnelle, notamment le principe de participation (décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, paragr. 41 et 44).

Il en va de même des comités sociaux de l'administration, territoriaux et d'établissement. Il y a lieu d'observer à cet égard qu'en cas de compétence concurrente entre les comités techniques et les CHSCT, le Conseil d'Etat a jugé que la consultation des premiers dispensait de celle des seconds (CE, 2 juillet 2014, *Association autonome des parents d'élèves de l'école Emile Glay et Fédération Sud Education*, n° 367179-367190, au Recueil). Il s'en déduit qu'aucune règle n'impose, en l'état du droit, la consultation d'une formation spécialisée dans les domaines de la santé, de la sécurité et des conditions de travail sur l'ensemble des questions susceptibles d'intéresser ces matières.

Au demeurant, comme dans le secteur privé, la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel prévoit l'obligation de mettre en place une telle formation spécialisée pour les administrations ou établissements dont les effectifs sont au moins égaux à un seuil fixé par la loi (pour la fonction publique territoriale) ou par voie réglementaire (pour la fonction publique de l'Etat et la fonction publique hospitalière), et la possibilité de le faire en-deçà de ce seuil, notamment dans le cas de services dont les agents sont exposés à des risques professionnels particuliers. Il n'en résulte aucune atteinte au principe de participation des travailleurs, qui laisse au législateur d'importantes marges d'appréciation pour en fixer les modalités de mise en œuvre, en tenant compte des caractéristiques et contraintes particulières de chaque service.

3. Sur le recours aux agents contractuels (articles 16, 18, 19 et 21)

3.1. La loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel élargit le périmètre des emplois publics qui pourront être pourvus par des agents contractuels, par dérogation à la règle, maintenue à l'article 3 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, selon laquelle les emplois civils permanents ont vocation à être confiés à des fonctionnaires. S'agissant par exemple de la fonction publique de l'Etat, les articles 16 et 18 de la loi déférée ajoutent aux nombreuses hypothèses déjà prévues par le droit en vigueur (parmi lesquelles, notamment, les emplois supérieurs dont la nomination est laissée à la décision du Gouvernement, les fonctions insusceptibles d'être assurées par un corps de fonctionnaires, les emplois de catégorie A lorsque la nature des fonctions ou les besoins des services le justifient ou certains emplois à temps partiel), les emplois de direction de l'Etat, les emplois de catégorie B et C lorsque la nature des fonctions ou les besoins des services le justifient, les emplois ne requérant aucune formation statutaire préalable à la titularisation et les emplois des établissements publics de l'Etat.

Ces dispositions permettront de diversifier les viviers pour pourvoir aux postes d'encadrement supérieur et dirigeant de la fonction publique, d'offrir à l'administration une plus grande souplesse de recrutement à tous les niveaux pour adapter les profils à des besoins spécifiques ou en mutation rapide, d'offrir des débouchés attractifs et valorisants pour les agents contractuels en fonction ou qui seront recrutés, et de permettre à des salariés ou travailleurs indépendants du secteur privé de bénéficier d'une expérience administrative et de mettre leurs compétences au service de l'intérêt général.

Contrairement à ce qui est soutenu par les auteurs du recours, elles n'ont ni pour objet, ni pour effet d'ouvrir la « quasi-totalité » des emplois civils permanents de l'Etat aux agents contractuels. La part des emplois publics occupés par des agents non-titulaires, qui s'élevait à plus de 18 % au 31 décembre 2017, restera minoritaire et sera le fruit de la politique de recrutement des différents employeurs publics, sans qu'il y ait matière à fixer un quelconque objectif. A titre de comparaison, la proportion des agents contractuels dans la fonction publique s'élève à 60 % en Allemagne, 85 % en Italie, 92 % au Royaume-Uni et 99 % en Suède.

3.2. Le principe selon lequel les emplois permanents de la fonction publique sont pourvus par des fonctionnaires n'a pas valeur constitutionnelle et, en particulier, ne saurait constituer un principe fondamental reconnu par les lois de la République, faute de trouver une base textuelle dans une loi intervenue et appliquée sous un régime républicain antérieur à 1946.

Jusqu'en 1946, la qualification de fonctionnaire de **l'Etat** et le régime juridique qui lui est applicable demeurent incertains. Le lien juridique entre la collectivité publique et le fonctionnaire est alors souvent analysé comme un rapport contractuel, résultant d'un contrat *sui generis* ayant le caractère soit d'un mandat, soit d'un louage de services, soit d'un contrat de droit public ou de fonction publique (voir en ce sens CE, 7 août 1909, *Winkell*, au Recueil : « *qu'en se mettant en grève les agents préposés au service public, sous quelque dénomination que ce soit,* (...) *se placent eux-mêmes* (...) *en dehors de l'application des lois et règlements édictés dans le but de garantir l'exercice des droits résultant pour chacun d'eux du contrat de droit public qui les lie à l'administration* »). En outre, les administrations recouraient fréquemment à des agents liés à elles par un contrat de travail. Selon Luc Rouban (*Le statut des fonctionnaires comme enjeu socio-historique*, Revue française d'administration publique, 2009/4, n° 132), l'Etat employait 516 000 agents titulaires et 378 000 « contractuels » en 1946. Aucune loi ne fixait alors de cadre général au recrutement de fonctionnaires de préférence à des agents contractuels.

Le premier statut des fonctionnaires de l'Etat est contemporain de la Constitution du 27 octobre 1946. Il résulte de la loi n° 46-2294 du 19 octobre 1946 relative au statut général des fonctionnaires, publiée le 20 octobre 1946. Celle-ci définit les fonctionnaires de l'Etat comme « *les personnes qui, nommées dans un emploi permanent, ont été titularisées dans un grade de la hiérarchie des cadres d'une administration centrale de l'Etat, des services extérieurs en dépendant ou d'établissements publics de l'Etat* », pose à l'article 3 la règle selon laquelle « *l'accession aux différents emplois permanents* (...) *ne peut avoir lieu que dans les conditions prévues par le présent statut* », sous réserve des emplois supérieurs dont la nomination est laissée à la décision du Gouvernement, et prescrit à son article 141 l'édiction des statuts particuliers prévus à son article 2 dans les six mois suivant son entrée en vigueur. Ainsi, aucune loi mise en œuvre sous un régime républicain antérieur à 1946 n'a posé le principe selon lequel les emplois permanents des administrations devaient être occupés par des fonctionnaires.

La règle de l'occupation des emplois permanents des **collectivités territoriales** et des **établissements publics de santé** par des fonctionnaires, quant à elle, ne résulte que de la loi du 13 juillet 1983. La notion même de fonctionnaires territoriaux et hospitaliers n'était pas utilisée antérieurement, ce dont témoigne d'ailleurs la référence aux seuls fonctionnaires de l'Etat à l'article 34 de la Constitution de 1958.

Il y a lieu de rappeler que, réciproquement, aucun principe constitutionnel ne fait obstacle à ce que des fonctionnaires exercent, en position d'activité, des fonctions étrangères au service public (décision n° 2012-281 QPC du 12 octobre 2012, cons. 7 à 11). Selon le commentaire de cette décision aux Cahiers du Conseil constitutionnel, les textes établissant un lien explicite entre fonction publique et missions de service public sont pour l'essentiel postérieurs à 1946.

3.3. En matière d'emploi public, les exigences constitutionnelles fixées par l'article 6 de la Déclaration de 1789 n'ont pas pour effet d'imposer que tous les agents publics soient recrutés par concours ni d'interdire au législateur de diversifier les modes de recrutement pour tenir compte de la diversité des mérites (voir en ce sens le commentaire aux Cahiers de la décision n° 2012-656 DC du 24 octobre 2012, p. 8). Ainsi qu'il a été dit, près d'un million d'agents actuellement en fonction ont été recrutés par voie contractuelle.

Le respect du principe d'égal accès aux emplois publics impose en revanche que le recrutement des agents publics, notamment par voie contractuelle, s'effectue sur la base des « *vertus* » et des « *talents* ». Le I de l'article 32 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires prévoit d'ores et déjà que « *les agents contractuels sont recrutés après appréciation de leur capacité à exercer les fonctions à pourvoir* ». A titre confortatif, l'article 15 de la loi déférée rappelle que le recrutement des agents contractuels est précédé d'une publicité des vacances et créations d'emplois que l'administration décide de leur ouvrir et de procédures de sélection adaptées, définies par décret en Conseil d'Etat, permettant de garantir l'égal accès aux emplois publics. L'article 16 relatif aux emplois de direction impose également la définition de modalités de sélection permettant de garantir l'égal accès aux emplois publics. La circonstance avancée par la saisine selon laquelle la mise en œuvre de la loi pourrait donner lieu à des abus ou des dévoiements, notamment en ce que l'embauche d'agents contractuels pourrait obéir à des considérations étrangères aux mérites des candidats, est sans incidence sur sa conformité à la Constitution (décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, cons. 30 et 58). Il appartient aux juridictions saisies de sanctionner de tels agissements et d'en réparer les conséquences dommageables.

3.4. Le recours à des agents contractuels de droit public ne méconnaît en rien les principes d'égalité devant le service public, de neutralité du service public et de continuité de ce service. D'une part, ces principes s'appliquent quel que soit le statut de l'agent qui accomplit une mission de service public. D'autre part, le II de l'article 32 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 soumet ces agents contractuels à un ensemble d'obligations comparables à celles des fonctionnaires, notamment l'obligation de neutralité et celle de traiter de façon égale toutes les personnes, posées par l'article 25 de cette loi, et la règle selon laquelle l'agent doit consacrer l'intégralité de son activité professionnelle aux tâches qui lui sont confiées, qui figure à l'article 25 septies de la même loi. Enfin, le V de l'article 25 octies de cette même loi, tel que modifié par le d du 4° du I de l'article 34 de la loi de transformation de la fonction publique, instaure un contrôle préalable à la nomination sur des emplois dont le niveau hiérarchique ou la nature des fonctions le justifient, exercé par l'autorité hiérarchique, le cas échéant éclairée par l'avis du référent déontologue, voire de la Haute autorité de transparence de la vie publique si le doute n'a pu être levé, visant à s'assurer qu'il n'existe aucun risque déontologique et de conflit d'intérêts lié au recrutement dans l'administration de toute personne ayant exercé une activité privée au cours des trois années précédant sa prise de fonctions.

Aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle n'impose par ailleurs que les emplois publics relevant de fonctions dites « régaliennes », qu'il serait du reste malaisé de définir juridiquement, soient nécessairement occupés par des personnes ayant la qualité de fonctionnaire. Le Conseil constitutionnel a seulement réservé la question de savoir « *dans quelle mesure les sujétions inhérentes à l'exécution de certains services dits « régaliens » (justice, police, service pénitentiaire…) s'opposeraient à ce que les agents chargés de les assurer soient soumis à un régime de droit privé* » (commentaire aux Cahiers de la décision n° 2012-656 DC du 24 octobre 2012 p. 14). En outre, si certaines fonctions appellent la mise en œuvre de garanties appropriées permettant de respecter des exigences constitutionnelles, ces garanties peuvent être apportées par d'autres voies que les règles statutaires propres aux fonctionnaires. Il y a lieu de rappeler que, dès à présent, une part très significative des emplois militaires sont occupés par des agents non titulaires ; les emplois supérieurs à la décision du Gouvernement, comme les ambassadeurs et les directeurs d'administration centrale, peuvent d'ores et déjà être pourvus par des personnes n'ayant pas la qualité d'agent titulaire – 5,4 % des titulaires des emplois à la décision du Gouvernement ne sont pas fonctionnaires à l'heure actuelle. Des fonctions juridictionnelles sont d'ores et déjà exercées quotidiennement par des personnes n'ayant pas la qualité de fonctionnaire ou de magistrat, ni même d'agent public ; il en va ainsi, par exemple, des conseillers prud'homaux ou des personnalités qualifiées siégeant dans les formations de jugement de la Cour nationale du droit d'asile en vertu de l'article L. 732-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

3.5. Enfin, aucune incompétence négative ne peut être reprochée au législateur. S'il peut être soutenu que la règle de l'occupation des emplois permanents par des fonctionnaires et le principe des dérogations qui lui sont apportées constituent, dans la fonction publique d'Etat, des « *garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils* (...) *de l'Etat* » au sens de l'article 34 de la Constitution, les modalités de mise en œuvre de ces dérogations n'en relèvent pas. Ainsi :

- la loi déférée a pu renvoyer à un décret en Conseil d'Etat le soin de fixer la liste précise des emplois de direction de l'Etat qui pourront être confiés à des agents contractuels. C'est à un tel renvoi que procède l'article 6 quater de la loi du 13 juillet 1983 qui se réfère également aux « *autres emplois de direction de l'Etat* », notion qui figure dans plusieurs textes réglementaires, comme le décret n° 54-296 du 18 mars 1954 portant règlement d'administration publique et fixant les conditions d'accès à certains emplois de direction de l'administration centrale du ministère des finances. De même, l'article 25 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984, déclaré conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel (décision n° 2010-94 QPC du 28 janvier 2011), se borne à renvoyer à un décret en Conseil d'Etat le soin de fixer la liste des emplois supérieurs dont la nomination est laissée à la décision du Gouvernement ;

- le législateur a également pu renvoyer au pouvoir réglementaire le soin de fixer la liste des établissements publics locaux dont les caractéristiques et l'importance justifient que l'emploi de directeur soit ouvert aux agents contractuels, comme le fait d'ores et déjà l'article 47 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. La liste de ces établissements, qui est actuellement fixée par le décret n° 88-546 du 6 mai 1988, ne touche pas aux principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales au sens de l'article 34 de la Constitution ;

- la double référence à la « *nature des fonctions* » et aux « *besoins des services* » figure déjà dans les dispositions législatives en vigueur, et a fait l'objet de nombreux éclairages jurisprudentiels. La loi déférée illustre ces critères par deux hypothèses que sont la nécessité de compétences techniques spécialisées ou nouvelles et l'impossibilité de pourvoir l'emploi par un fonctionnaire répondant aux besoins dans le délai prévu par la procédure de recrutement. Il n'appartient pas au législateur, au titre des « garanties fondamentales » des fonctionnaires de l'Etat, de préciser davantage la nature des emplois relevant de cette dérogation. Il serait du reste très inopportun de figer dans la loi les catégories d'emplois éligibles, qui peuvent être amenés à évoluer rapidement ;

- la possibilité d'ouverture aux agents contractuels des emplois ne nécessitant pas une formation statutaire donnant lieu à titularisation dans un corps de fonctionnaires est également suffisamment définie. Elle renvoie à l'ensemble des dispositions législatives et, le plus souvent, réglementaires, à travers les statuts particuliers, qui imposent une période de formation aux fonctionnaires stagiaires avant leur titularisation. Tel est le cas, par exemple, de la scolarité à l'Ecole nationale d'administration, en vertu de l'ordonnance n° 45-2283 du 9 octobre 1945 relative à la formation, au recrutement et au statut de certaines catégories de fonctionnaires, ou à l'Ecole nationale supérieure de police, en vertu de l'article 9 du décret n° 2005-939 du 2 août 2005 portant statut particulier du corps de conception et de direction de la police nationale. Si, sous réserve de dispositions législatives spéciales, le pouvoir réglementaire est compétent pour créer et supprimer l'obligation de suivre une formation préalable à la titularisation, la suppression d'une formation statutaire à la seule fin de permettre le recrutement d'agents contractuels constituerait à l'évidence un détournement de pouvoir qui justifierait l'annulation d'une telle mesure par le juge administratif ;

- enfin, le législateur n'était pas tenu de définir les notions, qui sont dépourvues de caractère équivoque, d'accroissement « *temporaire* » et « *saisonnier* » d'activité, pas plus que le code du travail ne le fait. La Cour de cassation a précisé que le contrat saisonnier devait porter sur des « *tâches normalement appelées à se répéter chaque année à des dates à peu près fixes, en fonction du rythme des saisons ou des modes de vie collectifs* » (Cass. Soc., 26 avril 2017, n° 16-15282). Les dispositions litigieuses s'interprètent dans un sens analogue.

4. Sur le Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche (article 33)

Cet article modifie l'organisation et le fonctionnement du Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche (CNESER) statuant en matière disciplinaire. Les auteurs de la saisine soutiennent qu'en confiant la présidence de cette juridiction à un conseiller d'Etat désigné par le vice-président du Conseil d'Etat, et non plus à un professeur des universités élu par les enseignants-chercheurs membres de la juridiction, la loi déférée méconnaîtrait le principe d'indépendance des enseignants-chercheurs.

Si le principe d'indépendance des enseignants-chercheurs implique que les professeurs et maîtres de conférences soient associés au choix de leurs pairs, il n'impose pas que toutes les personnes intervenant dans la procédure de sélection soient elles-mêmes des enseignants-chercheurs d'un grade au moins égal à celui de l'emploi à pourvoir (décision n° 2010-20/21 QPC du 6 août 2010, cons. 6). *A fortiori*, ce principe n'implique nullement que la formation disciplinaire du CNESER, qui constitue une juridiction administrative spécialisée, statuant en droit, soit composée exclusivement d'enseignants-chercheurs, ni que son président ait cette qualité. Ce principe n'impose d'ailleurs pas l'existence d'une juridiction spécialisée composée

d'enseignants-chercheurs pour connaître des litiges relatifs à la carrière de ces agents. En l'état du droit, la plupart de ces litiges sont portés devant les juridictions administratives de droit commun. La thèse des auteurs de la saisine reviendrait à interdire au Conseil d'Etat, dont les formations de jugement ne comprennent pas d'enseignants-chercheurs en activité, de connaître en cassation des recours contre les décisions du CNESER et, en cas de cassation et de règlement de l'affaire au fond, de se prononcer sur le bien-fondé d'une sanction disciplinaire infligée à un enseignant-chercheur, comme il le fait aujourd'hui.

En tout état de cause, la formation disciplinaire du CNESER ne comprendra, aux termes de l'article L. 232-3 du code de l'éducation dans sa rédaction résultant de la loi déférée, que des enseignants-chercheurs d'un rang égal ou supérieur à celui de l'agent mis en cause, hormis son président. Cette composition n'est pas inédite : l'article L. 952-22 du même code prévoit déjà que les membres du personnel enseignant et hospitalier sont soumis à une juridiction disciplinaire unique qui peut être présidée par un conseiller d'Etat, et qui est composée pour moitié de membres élus par les personnes intéressées et pour moitié de membres nommés par les ministres compétents.

Le grief invoqué ne pourra donc qu'être écarté.

5. Sur l'encadrement du droit de grève dans certains services publics locaux (article 56)

5.1. Cet article a pour objet de prolonger, d'assortir de garanties légales appropriées et d'inscrire dans un cadre négocié avec les organisations syndicales représentatives les restrictions au droit de grève que les collectivités territoriales sont d'ores et déjà en droit d'y apporter par voie unilatérale pour assurer le respect des exigences constitutionnelles de continuité du service public et de sauvegarde de l'ordre public.

Le juge administratif considère de longue date qu'en l'absence de la législation complète du droit de grève annoncée par la Constitution, il appartient au chef de service, agissant en vertu des pouvoirs généraux d'organisation des services placés sous son autorité, de déterminer les limitations devant être apportées au droit de grève en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public (CE, Assemblée, 7 juillet 1950, *Dehaene*, n° 01645, au Recueil ; CE, 11 juin 2010, *Syndicat SUD RATP*, n° 333262, aux Tables du Recueil). L'autorité administrative responsable du bon fonctionnement d'un service public peut ainsi fixer elle-même, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, la nature et l'étendue de ces limitations pour les services dont l'organisation lui incombe (CE, Assemblée, 12 avril 2013, *Fédération Force Ouvrière Energie et Mines et autres*, n° 329570 et a., au Recueil). Ainsi, « *il appartient toujours au maire, responsable du fonctionnement des services communaux, de prévoir, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, la nature et l'étendue des limites qui doivent être apportées au droit de grève en vue d'éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre et de la sécurité publique* » (CE, 9 juillet 1965, *Pouzenc*, n° 58778-58779, au Recueil).

A ce titre, il a notamment été admis que le maire d'une commune impose à ses agents affectés à la gestion d'équipements sportifs d'exercer leur droit de grève dès la prise de service, afin de prévenir les troubles à l'ordre public susceptibles de résulter d'une cessation du service en cours d'exécution et, implicitement mais nécessairement, qu'un préavis de 48 heures leur soit imposé avant de participer à la grève (CE, 6 juillet 2016, *Syndicat CGT des cadres et techniciens parisiens des services publics territoriaux et autres*, n° 390031, aux Tables du Recueil, confirmant la décision CE, 29 décembre 2006, *SNCF*, n° 286294, au Recueil). L'autorité administrative peut aussi, pour assurer la continuité du service public,

recourir à un personnel d'appoint, qui peut être constitué d'agents contractuels de droit public recrutés dans les conditions prévues par les lois statutaires voire des salariés de droit privé si l'urgence l'exige (CE, Assemblée, 18 janvier 1980, *Syndicat CFDT des Postes et télécommunications du Haut-Rhin*, n° 07636, au Recueil).

Dans le cadre du renvoi à la loi auquel procède le septième alinéa du préambule de la Constitution de 1946, le législateur est compétent pour opérer « *la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève est un moyen, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève peut être de nature à porter atteinte* » (décision n° 2015-507 QPC du 11 décembre 2015, cons. 6). Il peut prévoir soit des limitations, soit des réglementations du droit de grève :

- d'une part, il peut limiter le droit de grève en interdisant aux « *agents dont la présence est indispensable pour assurer le fonctionnement des éléments du service* [public] *dont l'interruption porterait atteinte aux besoins essentiels du pays* » de faire usage de ce droit (décisions n° 79-105 DC du 25 juillet 1979 et n° 86-217 DC du 18 septembre 1986). Le Conseil constitutionnel a admis une interdiction du droit de grève pour une partie des gérants de stations-services des collectivités d'outre-mer dans lesquelles le prix des produits pétroliers est réglementé, dans le cadre d'un plan de prévention des ruptures d'approvisionnement, alors même qu'il ne s'agissait pas d'un service public (décision n° 2015-507 QPC précédemment mentionnée) ;

- d'autre part, il peut réglementer l'exercice du droit de grève afin de garantir la continuité du service public (mêmes décisions), la protection de la santé et de la sécurité des personnes et des biens, et plus généralement la préservation de l'ordre public, objectif de valeur constitutionnelle (décision n° 2012-650 DC du 15 mars 2012, cons. 7).

5.2. L'article 7-2 introduit dans la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale par l'article 56 de la loi déférée organise la continuité de certains services publics locaux limitativement énumérés par l'élaboration négociée d'un dispositif consistant, en premier lieu, à définir les prestations minimales nécessaires à la satisfaction des besoins essentiels des usagers et à la préservation de l'ordre public ; en deuxième lieu, à identifier les services, les fonctions et le nombre d'agents dont la présence est indispensable pour assurer ces prestations minimales ; en troisième lieu, à définir de manière anticipée les modalités d'organisation du service pendant les périodes de grève, incluant des solutions palliatives comme la réaffectation de personnels disponibles ou l'embauche d'agents non titulaires ; et, enfin, à imposer aux agents affectés sur les fonctions identifiées dans l'accord instaurant ce dispositif ou dans la délibération de l'organe délibérant de la collectivité des obligations déclaratives permettant d'offrir la visibilité nécessaire, d'une part, à l'administration, pour mettre en place, s'il en est besoin, les solutions alternatives envisagées dans l'accord ou la décision institutive, et, d'autre part, aux usagers du service public, afin qu'ils puissent prendre leurs dispositions, le cas échéant, s'il s'avère finalement impossible d'ouvrir le service.

Ce dispositif ne garantit pas aux usagers un droit à un service minimum en toutes circonstances ni ne contraint des agents publics territoriaux qui souhaiteraient exercer leur droit de grève à y renoncer. Seule une disposition législative expresse, qui fait défaut ici, pourrait apporter une telle restriction à l'exercice de ce droit. Ainsi, en aucun cas l'article 7-2 nouveau de la loi du 26 janvier 1984 n'ouvre la possibilité aux autorités locales, au-delà des prérogatives qui leur sont déjà reconnues en la matière par les dispositions en vigueur, de réquisitionner les agents qui souhaiteraient exercer leur droit de grève, dont il convient de rappeler que, contrairement à ce qui est soutenu, il constitue un droit individuel s'exerçant dans un cadre collectif (voir ainsi Cass. Soc., 12 janvier 1999, n° 96-45717, au Bulletin,

jugeant que les salariés sont « *seuls titulaires du droit de grève* »). C'est la raison pour laquelle le II de l'article 7-2, qui impose aux agents occupant les fonctions identifiées comme indispensables au fonctionnement du service minimal de déclarer leur intention de participer à la grève au moins 48 heures avant d'exercer ce droit, ne met en place aucun mécanisme d'opposition administrative à une telle déclaration, et son IV n'institue aucune sanction disciplinaire à l'encontre d'un agent qui, bien que faisant partie des effectifs identifiés comme indispensables à la continuité du service, déciderait de participer au mouvement de grève. Ainsi qu'il a été rappelé précédemment, l'autorité territoriale dispose d'autres solutions pour délivrer les prestations minimales définies dans l'accord ou la délibération institutive, notamment en redéployant des effectifs d'autres services ou, exceptionnellement, en recourant à des agents non titulaires. Les dispositions critiquées n'apportent donc pas de limitation au droit de grève au sens de la jurisprudence constitutionnelle, mais ont seulement pour objet d'en réglementer l'exercice.

5.3. Sont seuls concernés les services publics énumérés au I de l'article 7-2, à savoir la collecte et le traitement des ordures ménagères, le transport public de personnes, l'aide aux personnes âgées et handicapées, l'accueil des enfants de moins de trois ans, l'accueil périscolaire et la restauration collective et scolaire. Un très grand nombre de services publics locaux sont donc exclus du champ d'application de ce dispositif. Il y a lieu d'observer que le Conseil constitutionnel a déjà admis des réglementations comparables du droit de grève dans le transport terrestre et aérien de voyageurs ainsi que dans les structures de petite enfance et les écoles maternelles, dont le bon fonctionnement a une incidence quotidienne et significative sur la vie des citoyens.

Au sein de ces services, seuls les agents participant directement à leur exécution et qui sont « *indispensables* » à la délivrance des prestations minimales, c'est-à-dire ceux dont la cessation des fonctions porterait nécessairement atteinte à l'ordre public, notamment à la santé publique, ou ne permettrait plus de pourvoir aux « *besoins essentiels des usagers de ces services* », sont susceptibles d'être assujettis aux obligations prévues par la loi. Contrairement à ce qui est soutenu, ces notions sont définies avec une précision suffisante. L'Etat n'a nullement le monopole de l'ordre public et les « *besoins essentiels des usagers du service public* » sont ceux auxquels il ne peut être pourvu autrement que par la fourniture du service et dont la non-satisfaction entraînerait des conséquences importantes pour les usagers du service public. Il ne saurait être exigé du législateur qu'il détermine de manière plus précise les catégories d'agents concernés : celles-ci doivent être définies au cas par cas, en fonction des réalités locales et en concertation avec les organisations syndicales, sous le contrôle du juge administratif qui veille d'ores et déjà à ce que les restrictions au droit de grève apportées par les autorités administratives soient justifiées et proportionnées aux considérations d'intérêt général qui les motivent. Dans tous les cas, seuls les agents dont la présence détermine directement l'offre de services peuvent être soumis aux obligations prévues par l'article 7-2 (décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007, cons. 29).

Il y a lieu de rappeler plus largement, en réponse au grief d'incompétence négative, qu'« *il est loisible au législateur de renvoyer au décret ou de confier à la convention collective le soin de préciser les modalités d'application des règles fixées par lui pour l'exercice du droit de grève* » (décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007, cons. 7) et que le Conseil constitutionnel a déjà admis la conformité à la Constitution d'une disposition qui soumettait à des obligations analogues les agents « *dont l'absence est de nature à affecter directement la réalisation des vols* » s'agissant du transport aérien de passagers (décision n° 2012-650 DC, cons. 3) et celle d'une disposition qui renvoyait à un accord collectif le soin de recenser, par métier, fonction et niveau de compétence ou de qualification, les catégories d'agents « *indispensables* » à l'exécution du service (décision n° 2007-556 DC, cons. 28).

5.4. Selon la loi déférée, la définition du dispositif de continuité doit en principe résulter d'un accord conclu entre l'autorité territoriale et les organisations syndicales représentatives, approuvé par l'assemblée délibérante de la collectivité afin de lui conférer un caractère réglementaire. L'organe délibérant ne peut se substituer aux partenaires conventionnels qu'en l'absence d'accord conclu dans un délai d'un an après l'engagement des négociations. Ce recours prioritaire à l'accord permet de conjuguer au mieux les exigences des septième et huitième alinéas du préambule de la Constitution de 1946. En outre, la compétence de l'assemblée délibérante pour approuver l'accord ou, à défaut d'accord, pour instaurer unilatéralement le dispositif, constitue une garantie supplémentaire au regard de la compétence exclusive actuellement reconnue à l'autorité exécutive locale.

Contrairement à ce qui est soutenu, les conditions de négociation et de validité de l'accord prévu par ces dispositions sont définies par la loi :

- d'une part, sont appelées à la négociation les organisations syndicales disposant d'au moins un siège dans les organismes consultatifs au sein desquels s'exerce la participation des fonctionnaires. Le législateur s'est, ce faisant, référé aux dispositions du III de l'article 8 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, qui précise que l'instance représentative de référence est déterminée en fonction de l'objet et du niveau de la négociation. En l'occurrence, la représentativité syndicale pour la négociation et la conclusion des accords relatifs à l'exercice du droit de grève s'appréciera au niveau des comités sociaux territoriaux, compétents en matière d'organisation et de fonctionnement des services ;

- d'autre part, les conditions de validité des accords prévus par l'article 56 de la loi déférée sont celles qui résultent du IV du même article 8 bis selon lesquelles : « *Un accord est valide s'il est signé par une ou plusieurs organisations syndicales de fonctionnaires ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés en faveur des organisations habilitées à négocier lors des dernières élections professionnelles organisées au niveau auquel l'accord est négocié* ».

La circonstance que la fixation des conditions d'exercice du droit de grève au niveau local aboutit à ce que celles-ci puissent varier d'une collectivité territoriale à une autre ne méconnaît à l'évidence aucune exigence constitutionnelle. La décentralisation des compétences implique la diversité des régimes applicables aux services publics locaux, en fonction des caractéristiques particulières de chaque collectivité et des choix politiques effectués. D'ores et déjà, chaque collectivité territoriale est compétente pour encadrer le droit de grève de ses agents, dans le cadre fixé par la jurisprudence administrative, ce dont découlent nécessairement des disparités locales. Loin de créer ou d'accentuer ces disparités, l'article 56 les réduit en fixant un cadre général homogène applicable à l'ensemble des collectivités territoriales en charge des services publics visés au I de l'article 7-2.

5.5. Les dispositions critiquées imposent à chaque agent relevant du dispositif de déclarer son intention de faire grève au plus tard 48 heures avant d'y prendre part. Ce délai de prévenance individuel est indispensable au fonctionnement du dispositif, pour les raisons indiquées au point 5.2. La loi organise en outre l'information de la collectivité en cas de renonciation ou de reprise du service, dans le même but. Ces limitations ont été admises à de nombreuses reprises par le Conseil constitutionnel, dès lors qu'elles étaient nécessaires à la continuité du service public (voir notamment les décisions n° 2007-556 DC du 16 août 2007, n° 2008-569 DC du 7 août 2008 et n° 2012-650 DC du 15 mars 2012, cons. 7 à 10) et, ainsi qu'il a été rappelé précédemment, par le Conseil d'Etat, sur le fondement du pouvoir d'organisation des services dont disposent les chefs de services.

5.6. Le III de l'article 7-2 de la loi du 26 janvier 1984 issu de l'article 56 de la loi déférée entérine la possibilité pour une collectivité territoriale d'exiger des agents ayant déclaré leur intention de participer à la grève qu'ils exercent ce droit dès leur prise de service et jusqu'à son terme. Il s'agit seulement d'interdire à l'agent d'interrompre son travail en cours de service, et en aucun cas de lui imposer d'exercer son droit de grève dès sa première prise de service suivant le déclenchement d'une grève. L'agent peut tout à fait rejoindre une grève ultérieurement, mais doit alors le faire au début d'une période de travail et pour toute la durée de cette période. Ainsi que l'indiquent les travaux préparatoires de la loi, le législateur a, ce faisant, entendu mettre fin à des pratiques de grève perlée constatées dans certaines collectivités et consacrer dans la loi la possibilité reconnue aux chefs de service par les décisions du Conseil d'Etat du 29 décembre 2006 et du 6 juillet 2016 citées au point 5.1.

La loi déférée subordonne cette limitation au risque de « *désordre manifeste* » dans l'exécution du service, c'est-à-dire aux perturbations qui résulteraient vraisemblablement de l'interruption soudaine du service en cours d'exécution, comme celles qui accompagnent la fermeture inopinée d'une ligne de bus et l'évacuation des usagers de ce service sur la voie publique, ou celles qui résulteraient à l'évidence de l'absence de repas servis aux enfants accueillis dans les crèches et les écoles. Il s'agit, comme l'autorise la jurisprudence constitutionnelle, d'éviter un usage abusif du droit de grève.

5.7. Le IV de l'article 7-2 de la loi du 26 janvier 1984 introduit par l'article 56 de la loi déférée limite les sanctions disciplinaires à trois hypothèses : celle d'un agent qui n'a pas déclaré son intention de participer à la grève ; celle de l'agent qui, de façon répétée, a omis d'informer son employeur de son intention de renoncer à participer à la grève ou de reprendre son service ; et celle de l'agent interrompant sa participation au service en cours d'exécution dans le cas prévu au III du même article.

Le Conseil constitutionnel a déjà admis le principe de sanctions disciplinaires dans les deux premières hypothèses dans la mesure où elles ont vocation à conforter l'efficacité du dispositif de déclaration préalable afin de faciliter la réaffectation des personnels disponibles et d'assurer la fiabilité des déclarations (décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007, cons. 29 ; décision n° 2012-650 DC du 15 mars 2012, cons. 8 à 10). Il est tout aussi nécessaire, pour garantir l'effectivité de l'interdiction d'interrompre la participation du service en cours d'exécution lorsqu'il en résulterait un désordre manifeste, de réprimer disciplinairement de tels abus du droit de grève, qui portent un lourd préjudice aux usagers du service public.

5.8. Il résulte de ce qui précède que les dispositions critiquées ne sont pas disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi par le législateur et ne méconnaissent aucune exigence constitutionnelle, notamment le septième alinéa du préambule de la Constitution de 1946.

5.9. Enfin, bien que le recours dont est saisi le Conseil constitutionnel ne soulève pas ce grief, il y a lieu de préciser que les dispositions de l'article 56 ont été régulièrement introduites dans la loi déférée.

Elles sont d'abord en lien avec celles de l'article 5 du projet de loi initial qui habilitent le Gouvernement à prendre par ordonnance toute mesure relevant du domaine de la loi afin de favoriser la conclusion d'accords négociés dans la fonction publique, notamment au niveau local. L'objet même et la portée propre de l'article 56, ainsi qu'il a été rappelé au point 5.1, ne consistent pas à créer des limitations nouvelles au droit de grève que les collectivités territoriales ne seraient pas déjà en mesure d'instaurer par voie réglementaire unilatérale en l'état du droit, mais, lorsqu'elles souhaitent mettre en place le dispositif prévu par la loi, de les obliger à définir prioritairement les conditions d'exercice du droit de grève dans certains services publics locaux en concertation étroite avec les organisations syndicales représentatives, par voie d'accord majoritaire approuvé par l'assemblée délibérante. Pour la même raison, ces dispositions sont liées à l'article 1er du projet de loi initial, qui garantit le droit des fonctionnaires de participer à l'organisation et au fonctionnement des services publics, et à l'article 3 du projet de loi initial qui crée les comités sociaux territoriaux, compétents en la matière.

L'article 56 entretient également un lien avec l'article 18 du projet de loi initial qui supprime les régimes dérogatoires à la durée légale du travail dans la fonction publique territoriale. Ces deux articles modifient l'organisation du travail dans les services publics locaux afin d'en garantir la continuité et la qualité.

La censure de ces dispositions aboutirait à supprimer l'exigence d'un dialogue social préalable à la mise en place des restrictions au droit de grève prévues par la loi, l'intervention de l'assemblée délibérante de la collectivité et les garanties qui entourent le mécanisme déclaratif des agents grévistes dans les services publics locaux concernés, en laissant à l'autorité territoriale, comme c'est le cas aujourd'hui, le soin de restreindre l'exercice du droit de grève unilatéralement, au cas par cas et sans encadrement législatif autre que celui qui résulte, le cas échéant, des articles L. 2512-1 à L. 2512-5 du code du travail.

6. Sur le détachement d'office en cas d'externalisation de l'activité (article 76)

6.1. L'article 28 de la loi déférée a pour objet d'apporter aux fonctionnaires affectés à un service dont l'exécution est confiée à une entreprise la garantie qu'ils pourront continuer à y exercer les mêmes fonctions. Il prévoit que ces fonctionnaires seront détachés d'office au sein de l'entreprise et encadre leurs conditions de travail et d'emploi, qui figureront dans leur contrat de travail. Les dispositions critiquées étendent ainsi aux fonctionnaires les dispositions qui prévoient que les personnes publiques ou privées auxquelles est confié un service auparavant assuré par une personne publique sont tenues d'employer les agents contractuels de droit public affecté au service qui leur est confié, en vertu de l'article 14 ter de la loi du 13 juillet 1983 et de l'article L. 1224-3-1 du code du travail, qui résultent des articles 23 et 25 de la loi n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique.

6.2. Contrairement à ce que soutiennent les auteurs du recours, aucune règle ni aucun principe constitutionnel ne fait obstacle à ce qu'un fonctionnaire fasse l'objet d'un détachement d'office, c'est-à-dire en l'absence de demande de sa part. Ce mécanisme est au demeurant plus protecteur pour l'agent que celui de la disponibilité d'office, qui le prive de ses droits à avancement et de ses droits à la retraite au titre de son emploi d'origine, et qui ne se heurte lui-même à aucune exigence constitutionnelle.

Si le mécanisme mis en place par les dispositions critiquées implique la conclusion d'un contrat de travail entre le fonctionnaire et l'employeur privé, ce contrat est la conséquence mécanique du détachement, au sein d'une entité régie par le droit du travail, du fonctionnaire, dont il convient de rappeler qu'il est placé dans une situation statutaire et réglementaire en vertu de l'article 4 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983. Les dispositions critiquées ne portent donc pas atteinte à la liberté contractuelle.

En tout état de cause, la jurisprudence constitutionnelle admet les atteintes à la liberté contractuelle lorsqu'elles sont justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi (voir notamment la décision n° 2018-769 DC du 4 septembre 2018, paragr. 50). En l'occurrence, le mécanisme critiqué a pour but d'assurer la continuité du service public et correspond à l'intérêt même de l'agent détaché, qui peut continuer à exercer les mêmes fonctions auprès d'un nouvel employeur, avec une rémunération minimale garantie dans les conditions fixées au II de l'article 14 quater nouveau. En outre, il peut demander à tout moment à ce qu'il soit mis fin à son détachement, en vertu du III du même article, ce qui lui permettrait alors de réintégrer un emploi vacant de son grade. Il n'appartient pas au législateur, dont la compétence est limitée à la détermination des règles relatives aux garanties fondamentales des fonctionnaires de l'Etat et aux principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales, de fixer les modalités procédurales selon lesquelles pourra être formulée une demande d'interruption du détachement par le fonctionnaire intéressé. Le pouvoir réglementaire y pourvoira sous le contrôle du juge administratif.

6.3. Ces dispositions ne méconnaissent pas davantage la liberté contractuelle des employeurs privés amenés à assurer l'exécution du service qui leur est confié. Outre qu'ils n'en ignorent rien lorsqu'ils se portent librement candidats pour assurer le service que la collectivité souhaite externaliser, cette obligation est justifiée par la nécessité d'assurer la continuité du service public. Ces employeurs peuvent en outre licencier ces fonctionnaires dans les conditions prévues par le code du travail, ce qui implique la cessation de leur détachement et leur réintégration au sein de l'administration dans les conditions décrites au point 6.2.

***

Pour l'ensemble de ces raisons, le Gouvernement est d'avis qu'aucun des griefs articulés par les auteurs du recours n'est de nature à justifier la censure des dispositions de la loi déférée. Aussi estime-t-il que le Conseil constitutionnel devra rejeter ce recours.