



# 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 repreneur. 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 « sauf ....condition 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<sup>ème</sup> 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<sup>er</sup> 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.