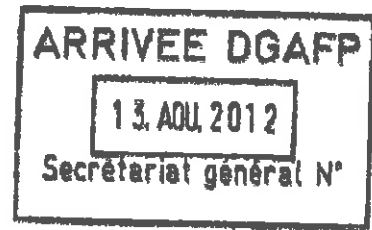




Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

MINISTÈRE DE L'INTÉRIEUR



Inspection Générale
de l'Administration

N° 12255/BA

Paris, le 8 AOUT 2012

**Le Chef du Service de l'Inspection Générale
de l'Administration**

à

**Monsieur le Directeur Général de l'Administration
de la Fonction Publique**

OBJET : Dérogations accordées à certains établissements publics administratifs en matière de recrutement d'agents non titulaires.

P. J. : 1.

Je vous prie de bien vouloir trouver ci-joint un exemplaire du rapport confidentiel relatif aux dérogations accordées à certains établissements publics administratifs en matière de recrutement d'agents non titulaires, établi conjointement par l'inspection générale de l'administration, le conseil général économique et financier et l'inspection générale des affaires sociales.

**La Secrétaire Générale
du Service de l'Inspection Générale
de l'Administration**

Françoise TAHÉRI

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100



Liberté • Égalité • Fraternité

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE,
DES FINANCES ET DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

MINISTÈRE DES AFFAIRES
SOCIALES ET DE LA SANTÉ

MINISTÈRE DE L'INTÉRIEUR

CONTRÔLE GÉNÉRAL
ÉCONOMIQUE ET FINANCIER

N° 111165

INSPECTION GÉNÉRALE
DES AFFAIRES SOCIALES

N° RM2012-105P

INSPECTION GÉNÉRALE
DE L'ADMINISTRATION

N° 12-055/11-094/01

CONFIDENTIEL

RAPPORT

SUR

LES DÉROGATIONS ACCORDÉES À CERTAINS ÉTABLISSEMENTS PUBLICS
ADMINISTRATIFS EN MATIÈRE DE RECRUTEMENT D'AGENTS NON TITULAIRES

- JUILLET 2012 -

**MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE,
DES FINANCES ET DU COMMERCE
EXTÉRIEUR**

**MINISTÈRE DES AFFAIRES
SOCIALES ET DE LA SANTÉ**

MINISTÈRE DE L'INTÉRIEUR

**CONTRÔLE GÉNÉRAL
ÉCONOMIQUE ET FINANCIER**

**INSPECTION GÉNÉRALE
DES AFFAIRES SOCIALES**

**INSPECTION GÉNÉRALE
DE L'ADMINISTRATION**

N° 111165

N° RM2012-105P

N° 12-055/11-094/01

CONFIDENTIEL

RAPPORT

SUR

**LES DÉROGATIONS ACCORDÉES À CERTAINS ÉTABLISSEMENTS PUBLICS
ADMINISTRATIFS EN MATIÈRE DE RECRUTEMENT D'AGENTS NON TITULAIRES**

Etabli par :

**Bernard ABATE
Contrôleur général**

**Michel RAYMOND
Inspecteur général
des affaires sociales**

**Pierre BOURGEOIS
Inspecteur de l'administration**

— JUILLET 2012 —

SYNTHÈSE

Saisis par les ministres chargés de la fonction publique, du budget, de l'intérieur, de la santé et des affaires sociales, l'inspection générale de l'administration, l'inspection générale des affaires sociales et le contrôle général économique et financier ont été chargés d'une mission relative aux dérogations accordées à certains établissements publics administratifs en matière de recrutement d'agents non titulaires destinés à occuper des emplois permanents.

Le principe d'une telle mission avait été arrêté dans le cadre des négociations conduites en 2011 avec les organisations syndicales représentatives à l'occasion des travaux préparatoires à ce qui est devenu entre-temps la loi du 12 mars 2012 et figurait dans le protocole signé le 31 mars 2011.

La lettre de mission définissait le champ et les objectifs des travaux demandés. Il s'agissait d'une part de dresser un état des lieux aussi complet que possible des dérogations en vigueur, qu'il s'agisse, à titre principal, des dérogations issues des dispositions de l'article 3-2 du statut général de la fonction publique ou, à titre complémentaire, de celles accordées sur une base sui generis par le législateur à certains établissements publics. Ce bilan devait constituer, d'autre part, une occasion d'examiner les modalités de recrutement et de gestion des agents recrutés dans ce cadre.

Sur la base de ce bilan, il était demandé aux rapporteurs de formuler toute proposition jugée utile en vue de faire évoluer, si nécessaire, le dispositif actuel, notamment au regard des réflexions en cours visant à favoriser la mobilité des agents publics.

La mission, constituée de quatre fonctionnaires désignés par le chef du service de l'inspection générale de l'administration, le chef du service de l'inspection générale des affaires sociales et par le chef du service du contrôle général économique et financier, a conduit ses travaux entre le mois de décembre 2011 et le mois de mai 2012.

La mission a rencontré certaines difficultés à obtenir de la part des tutelles des informations qui auraient utilement complété et affiné les constats effectués par les rapporteurs. Les éléments manquants, notamment les points de vue documentés qui avaient été demandés aux administrations centrales de tutelle afin d'enrichir la documentation dont les rapporteurs estimaient avoir besoin, demeureront utiles dans la perspective des travaux que les propositions faites dans le cadre du présent rapport ne manqueront pas d'appeler.

L'élaboration des parties consacrées au bilan et à l'analyse du dispositif, ou plus exactement, des dispositifs en vigueur en matière de dérogation a permis de dresser une représentation de ce qu'est devenu, en trente ans, le paysage des dérogations en matière de recrutement d'agents non titulaires par certains établissements publics de l'Etat.

A partir d'un « modèle » initial théoriquement très contraint par la loi et reposant sur des critères que le législateur avait tenté de définir aussi précisément que possible, de manière à éviter tout risque de dérive, une sorte de « nébuleuse » au périmètre fortement élargi s'est progressivement constitué.

En l'absence de normes prévues pour la gestion des contractuels, l'attraction du modèle de la fonction publique a été la plus forte. Il en est résulté, sans que l'on puisse parler de démarche toujours délibérée, la constitution progressive de « quasi-statuts » le plus souvent limités à un seul établissement dont la rigidité et le « coût » administratif ne le cèdent en rien aux statuts particuliers des fonctionnaires. Conséquence, et non des moindres, d'une telle évolution : les établissements publics ont fini par perdre, à travers ce mécanisme, tout ou partie du bénéfice attendu des dérogations : souplesse non seulement lors du recrutement initial mais également dans la gestion des agents tout au long de leur carrière. Dans le domaine des rémunérations, il n'a guère subsisté comme audace et comme imagination que celle consistant à défendre, en dépit des efforts conjugués de la direction générale de la fonction publique et de la direction du budget, le principe d'un avantage accordé aux établissements publics par rapport aux rémunérations versées aux agents exerçant en administration centrale. L'une des applications les plus couramment répandues de ce principe a consisté à faire détacher, comme contractuels, sur des emplois dérogatoires, des fonctionnaires pourtant réputés ne pas disposer des qualifications recherchées sur les dits emplois, puisque là-même était le motif juridique de la dérogation...

Pour les agents concernés, cette évolution générale s'est traduite par ailleurs par une très grande hétérogénéité des règles générales applicables, en matière d'évaluation professionnelle, de mobilité ou d'application de dispositifs de droit commun. Plus curieux encore, s'appuyant sur un relatif flou juridique des règles en vigueur, certains établissements publics ont, au fil du temps, pris le parti de s'aligner sur la pratique du recours systématique au CDD plutôt qu'au CDI. Ce faisant, ils ont en réalité contribué à rendre ténue, voire virtuelle, la frontière entre les dérogations « de droit commun » applicables à toute la fonction publique et la dérogation spécifique aux établissements publics.

Dans ces conditions, il n'est pas très étonnant de constater que la principale source de cohérence du régime dérogatoire - et les raisons éventuelles de le maintenir - se trouve en réalité du côté des motivations, explicites ou implicites, recueillies du côté des gestionnaires d'établissements. Les considérations de souplesse et de facilité arrivent en effet très largement en tête des arguments avancés par les gestionnaires. Si certains ne sont pas dénués de fondement, cette souplesse a un coût : celui qu'engendrent inéluctablement la stratification et l'enfermement de cette catégorie d'agents au sein de leur établissement dès lors que leur sont appliqués des régimes de carrière et de rémunération copiés sur ceux des fonctionnaires.

Beaucoup d'interlocuteurs en sont conscients et ont fait part aux rapporteurs de leurs interrogations. Sans condamner nécessairement en bloc le principe d'une dérogation, ils ont exprimé le souhait qu'un tel dispositif retrouve une certaine homogénéité, dans l'intérêt des agents comme dans celui des employeurs publics.

Pour y parvenir, la mission a tenté d'inventorier la « palette » des outils qui existent déjà ou qu'il conviendrait de créer.

A court terme, il est tout d'abord souhaitable d'encourager, dans les cas où cela est possible, le recours aux dispositifs « de droit commun » dont la loi du 12 mars 2012 a encore élargi les possibilités. Il conviendra, en parallèle, de faire revenir l'ensemble des établissements publics dérogatoires dans le périmètre du décret transversal relatif aux agents non titulaires (« décret de 1986 »), dans une démarche progressive d'abrogation des « quasi-statuts » dont le maintien n'est justifié ni juridiquement ni par des considérations de bonne gestion. A cette occasion, le principe de recours au CDI, assorti de périodes d'essai adaptées doit être réaffirmé comme étant la règle de recrutement pour les emplois permanents des établissements publics dérogatoires.

Après une nécessaire clarification juridique relative à la possibilité même, qui pose problème, de faire occuper des emplois dérogatoires par des fonctionnaires, il conviendra de faire en sorte, en cas de réponse positive, de substituer au mécanisme de détachement celui de la position normale d'activité.

Dans le domaine des rémunérations, la suppression des quasi-statuts devrait être une opportunité pour substituer au système, inadapté selon les rapporteurs, des grilles et indices calqués sur ceux de la fonction publique, des dispositifs reposant sur des référentiels de rémunération élaborés selon les règles communes de gouvernance des établissements publics, sans qu'il s'agisse, bien au contraire, d'exclure les tutelles. Afin de s'assurer que ces régimes de rémunération ne connaissent pas de dérive, ce qui est toujours un risque, la mission préconise la programmation ultérieure, de manière régulière, de missions spécifiques d'audit réalisées sous l'égide des comités d'audit des ministères de tutelle.

A ces mesures qui peuvent s'appliquer, avec un délai de mise en œuvre relativement rapide, au « stock » actuel des établissements publics dérogatoires, il conviendra naturellement de mettre en chantier des mesures pour l'avenir.

L'une des principales consistera à redonner à la dérogation la caractéristique qu'elle n'aurait jamais dû perdre : être une réponse ciblée et proportionnée à un besoin suffisamment précis pour pouvoir être évalué au regard de critères professionnels. Les rapporteurs, sur le fondement du constat partagé par la très grande majorité des personnes et des experts qu'elle a pu consulter, sont convaincus qu'il est nécessaire de saisir le législateur afin que celui-ci ait l'occasion d'améliorer la rédaction de l'actuel article 3-2° du statut général concernant les emplois du niveau de la catégorie A. Une proposition a été faite en ce sens.

Reposant sur des critères plus rigoureux et soumises à un réexamen périodique de leur utilité et de leur conformité à la règle de droit, les dérogations, dont l'existence même peut constituer, à un moment donné, une vraie souplesse pour les établissements publics, devraient, dans ce cadre rénové, retrouver la légitimité qu'elles ont assez largement perdue.

LISTE DES PROPOSITIONS

- PROPOSITION N°1 :	TOILETTER LE DÉCRET DE 1984 DE MANIÈRE À RÉACTUALISER LA LISTE DES EPA DÉROGATOIRES.	70
- PROPOSITION N°2 :	ENGAGER TRÈS RAPIDEMENT EN LIEN AVEC LES MINISTÈRES CONCERNÉS UNE DÉMARCHE TENDANT À ENCOURAGER L'APPLICATION DE L'ARTICLE 3 DE LA LOI DU 12 JANVIER 2012.	71
PROPOSITION N°3 :	CLARIFIER LES RÈGLES DE BUDGÉTISATION DU SUPPLÉMENT DE COÛT RÉSULTANT DE LA COTISATION AU CAS PENSION POUR LES FONCTIONNAIRES AFFECTÉS DANS LES EPA.	71
• PROPOSITION N°4 :	FAIRE DU DÉCRET DE 1986 LE CADRE UNIQUE DE GESTION DES NON TITULAIRES ET RESTREINDRE LES DÉROGATIONS À CE CADRE AU STRICT NÉCESSAIRE.	72
- PROPOSITION N°5 :	FAIRE DU CDI APRÈS PÉRIODE D'ESSAI LA RÈGLE DE RECRUTEMENT POUR POURVOIR LES EMPLOIS PERMANENTS DES ÉTABLISSEMENTS DÉROGATOIRES.	72
- PROPOSITION N°6 :	RECOURIR AU DROIT COMMUN DANS LE DOMAINE DES CONTRATS CONCLUS POUR POURVOIR DES BESOINS TEMPORAIRES.	73
• PROPOSITION N°7 :	INTERDIRE LE RECRUTEMENT SUR LA BASE DE L'ARTICLE 4 DE LA LOI 84-16 POUR POURVOIR DES EMPLOIS DÉROGATOIRES.	73
PROPOSITION N°8 :	TRANSPOSER AUX AGENTS DES EPA DÉROGATOIRE LES NOUVELLES GARANTIES OFFERTES AUX AGENTS NON TITULAIRES PAR LA LOI DU 12 MARS 2012 (PORTABILITÉ DU CDI ENTRE ÉTABLISSEMENTS ; MODE DE PRISE EN COMPTE DES SERVICES POUR ACCÉDER AU CDI).	73
• PROPOSITION N°9 :	INSCRIRE DANS LE DÉCRET DE 1986 LE PRINCIPE D'UNE PUBLICITÉ OBLIGATOIRE POUR L'ENSEMBLE DES EMPLOIS PERMANENTS.	75
• PROPOSITION N°10 :	CONSOLIDER, À TRAVERS UN TEXTE DE PORTÉE GÉNÉRALE, DES RÈGLES COMMUNES APPLICABLES PAR TOUS LES ÉTABLISSEMENTS EN MATIÈRE DE MODALITÉS DE SÉLECTION.	75
- PROPOSITION N°11 :	CRÉER DANS CHACUN DES MINISTÈRES UN FORUM DES MOBILITÉS À DESTINATION DES ÉTABLISSEMENTS AFIN D'INFORMER LES AGENTS SUR LES PROCÉDURES EXISTANTES ET SUR LES OFFRES D'EMPLOI.	76
- PROPOSITION N°12 :	CONSACRER UN VOLET DES CONFÉRENCES DE GRH, ORGANISÉES CHAQUE ANNÉE ENTRE LES MINISTÈRES ET LA DGAFF, À LA REVUE DES DISPOSITIONS PRISES POUR MIEUX GÉRER LES PARCOURS PROFESSIONNELS DES PERSONNELS DES ÉTABLISSEMENTS ET DES RÉSULTATS OBTENUS DANS CE DOMAINE.	76
• PROPOSITION N°13 :	RENDRE OBLIGATOIRE L'ÉVALUATION ANNUELLE DES AGENTS NON TITULAIRES EMPLOYÉS PAR LES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS, EN MODIFIANT L'ARTICLE 1-4 DU DÉCRET N° 86-83 DU 17 JANVIER 1986.	77
- PROPOSITION N°14 :	CLARIFIER LES CONDITIONS DANS LESQUELLES DES FONCTIONNAIRES POURRAIENT ÊTRE AFFECTÉS SUR LES EMPLOIS DÉROGATOIRES DES ÉTABLISSEMENTS.	78

PROPOSITION N°15 :	CLARIFIER LE CADRE JURIDIQUE ET LES CONDITIONS DU DÉTACHEMENT DE FONCTIONNAIRES SUR DES CONTRATS DES ÉTABLISSEMENTS DÉROGATOIRES.	78
- PROPOSITION N°16 :	RÉVISER PAR VOIE LÉGISLATIVE LA RÉDACTION DU 2° DE L'ARTICLE 3 DE LA LOI N° 84-16 DU 11 JANVIER 1984 POUR PRÉCISER LES CRITÈRES DE RECOURS À LA DÉROGATION POUR LES EMPLOIS DU NIVEAU DE CATÉGORIE A.	80
PROPOSITION N°17 :	ENCOURAGER LA DÉCONCENTRATION DE LA GESTION DES PERSONNELS FONCTIONNAIRES VERS LES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS EMPLOYEURS.	82
PROPOSITION N°18 :	ENCOURAGER LA FORMALISATION D'UN VÉRITABLE DIALOGUE DE GESTION ENTRE LES DRH DES MINISTÈRES ET LES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS.	82
PROPOSITION N°19 :	PRÉCISER PAR VOIE DE CIRCULAIRE LES NOTIONS D' « ABSENCE DE CORPS DE FONCTIONNAIRES », DE « NATURE DES FONCTIONS » ET DE « BESOINS DU SERVICE » POUR FACILITER ET HARMONISER L'APPLICATION DES DISPOSITIONS RELATIVES AU RECRUTEMENT DE CONTRACTUELS.	83
- PROPOSITION N°20 :	ENGAGER UNE RÉFLEXION SUR L'ÉLARGISSEMENT DU RECRUTEMENT À RAISON DE LA « NATURE DES FONCTIONS » POUR LES POSTES DU NIVEAU DE LA CATÉGORIE B VOIRE C.	83
- PROPOSITION N°21 :	OUVRIRE UNE NOUVELLE POSSIBILITÉ DE RECOURS AU CONTRAT POUR ASSURER DES MISSIONS SPÉCIFIQUES LIÉES À DES FINANCEMENTS NON PÉRENNES.	84
PROPOSITION N°22 :	ENGAGER DANS LES MEILLEURS DÉLAIS UNE RÉFLEXION AU SEIN DE CHAQUE MINISTÈRE POUR ÉTABLIR UNE REVUE DES DÉROGATIONS ET UN SCHÉMA D'ÉVOLUTION DE CES DERNIÈRES.	85
PROPOSITION N°23 :	FAIRE ÉVOLUER LES SYSTÈMES DE RÉMUNÉRATIONS DES CONTRACTUELS VERS UN RÉFÉRENTIEL PROPRE À CHAQUE ÉTABLISSEMENT MAIS CONFORME À UNE CIBLE COMMUNE.	86
PROPOSITION N°24 :	LES CONDITIONS D'EMPLOI ET DE RÉMUNÉRATION RELÈVERONT DE DÉCISIONS DE CHAQUE ÉTABLISSEMENT. CES DÉCISIONS SERONT ÉLABORÉES EN CONCERTATION AVEC LES REPRÉSENTANTS DES PERSONNELS DE L'ÉTABLISSEMENT.	87
PROPOSITION N°25 :	DEMANDER À CE QUE LES COMITÉS D'AUDIT MINISTÉRIELS INSCRIVENT PÉRIODIQUEMENT DANS LEURS PROGRAMMES ANNUELS DES AUDITS CIBLÉS SUR LES CONDITIONS D'EMBAUCHE ET DE RÉMUNÉRATION DES AGENTS NON TITULAIRES DANS LES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS QUI RELÈVENT DE LEUR TUTELLE.	88

INTRODUCTION

La structure générale de l'emploi public juxtapose de vastes ensembles reposant sur le système de fonction publique, et de plus petits organismes obéissant à des lois propres.

La volonté de prise en compte de caractéristiques spécifiques à certains de ces organismes a conduit les pouvoirs publics, à aménager, en vue d'une optimisation de la gestion des ressources humaines, certaines des règles applicables en matière d'emploi public. Parmi celles-ci, figure le principe selon lequel les emplois permanents de l'Etat et de ses établissements publics administratifs sont obligatoirement occupés par des fonctionnaires.

Les besoins d'un certain nombre d'établissements publics avaient été considérés au début des années 80 par le législateur comme justifiant l'inscription dans le statut de la fonction publique de la possibilité de déroger, sous certaines conditions, à cette règle fondamentale.

Trente ans après l'adoption des « lois Le Pors », un bilan s'imposait sans doute et c'est pour répondre aux questions soulevées à l'occasion des négociations organisées en 2011 entre l'Etat et les organisations syndicales représentatives que la présente mission interministérielle, confiée à l'inspection générale de l'administration, à l'inspection générale des affaires sociales et au contrôle général économique et financier, a été constituée¹.

Confrontés à un sujet peu exploré et encore plus rarement documenté, les rapporteurs se sont attachés à remettre en perspective l'état des lieux des dérogations accordées à certains établissements publics non seulement par rapport aux objectifs et aux principes d'origine mais également par rapport aux évolutions majeures qu'a connues la fonction publique depuis une décennie.

Afin de parvenir à démêler l'écheveau de situations particulières et de singularités propres à chacun des établissements, la mission a adopté une démarche consistant à évaluer tout d'abord si les principes juridiques fondamentaux organisant le mécanisme de dérogation avaient correctement résisté à la fois à la pratique des gestionnaires publics mais également à l'obsolescence plus ou moins inévitable engendrée par les fortes évolutions observées au cours des trois décennies passées (cf. infra partie Ième partie2 - et partie Ième partie4 -).

Elle a ensuite, à travers un questionnement nourri par des échanges avec les gestionnaires, tenté de comprendre comment avaient été organisés, sur le plan pratique, les modes de gestion propres à des agents non titulaires mais ayant, plus que d'autre, vocation à effectuer, au sein des établissements publics concernés, des parcours professionnels longs. Il était en effet nécessaire de déterminer si, fondamentalement, le mécanisme de dérogation n'avait pas, paradoxalement, contribué à créer, en quelque sorte, une « quatrième » fonction publique (cf. infra partie 6).

¹ La lettre de mission figure en annexe 1

A partir de ces constats, et avec un certain nombre de précautions rendues nécessaires par le contexte particulier dans lequel les travaux ont été conduits marqué, notamment, par une contribution insuffisamment documentée de la part des administrations centrales sollicitées, la mission a formulé plusieurs propositions de réforme qui sont présentées dans la dernière partie du rapport. Les membres de la mission sont convaincus qu'il ne serait pas réaliste d'imaginer, même à terme, la disparition pure et simple de la dérogation prévue pour certains établissements publics, et qui constitue sans doute un mécanisme de flexibilité utile dont l'intérêt conjoncturel peut ressurgir à n'importe quelle période.

Pour autant, de nombreux arguments plaident en faveur d'une réforme assez ambitieuse, qui peut être conduite en phases progressives, autour de quelques principes fondamentaux assez simples (cf. infra partie Ière partie 6).

Il s'agit tout d'abord de sortir du système généralisé des « quasi-statuts » propres à ces établissements publics, dont les effets en termes de bonne gestion des ressources humaines sont peu satisfaisants et qui, par ailleurs, privent parfois certains agents non titulaires du bénéfice de dispositions transversales qui gagneraient à être consolidées au sein d'un seul et unique dispositif réglementaire applicable à tous.

Par ailleurs, dans un contexte où l'économie des moyens employés, devrait être le premier des réflexes, le recours à un mécanisme dérogatoire ne devrait être envisagé qu'en dernier recours, notamment en ayant réellement épuisé toutes les possibilités offertes aux gestionnaires. La dérogation constitue en effet trop souvent une solution, sinon de confort, tout au moins de facilité, qui n'encourage pas les établissements publics et leurs tutelles à faire jouer les nombreuses possibilités qu'offre le statut général pour qu'un certain nombre d'emplois en jeu soient occupés par des fonctionnaires ou, le cas échéant, par des agents non titulaires à travers les autres dispositifs de droit commun dont le périmètre vient d'être redéfini par la loi de mars 2012.

Lorsque, malgré tout, il apparaîtra justifié de maintenir des dérogations particulières, la mission propose que cela soit fait au regard de critères plus précis et laissant moins de place à des interprétations nourries bien plus par des considérations d'opportunité que par une analyse objective des besoins en ressources humaines. Ceci nécessitera une intervention du législateur dont la mission précise qu'elle peut être organisée si nécessaire dans un deuxième temps sans que cela constitue un obstacle pour la mise en œuvre des autres mesures. Il serait néanmoins souhaitable que la cible soit définie assez tôt dans le processus de réforme, de manière à donner aux tutelles, aux établissements publics et aux agents concernés, une « feuille de route » claire et progressive.

1 - L'APPROCHE MÉTHODOLOGIQUE RETENUE PAR LA MISSION

Compte tenu de la très grande diversité des situations existantes et du nombre important d'établissements publics dérogatoires (plus d'une cinquantaine selon le recensement effectué à sa demande par la DGAFP), la mission a estimé nécessaire de concentrer son analyse sur un sous-ensemble plus restreint mais considéré comme représentatif des différentes configurations existantes. Ceci permettait cependant, comme le souhaitaient les commanditaires, de dégager une vision suffisamment complète du périmètre général.

En accord avec le cabinet du ministre de la Fonction Publique, n'ont été inclus dans le champ d'étude ni les établissements dont les personnels sont régis par le droit du travail, ni les établissements à statut spécifique (Caisse des dépôts et consignations, Pôle emploi...).

Cette option préalable validée, la mission a choisi de réaliser son étude à travers deux processus parallèles de consultations, la première à destination des ministères de tutelle, destinée à dégager les éléments transversaux de « doctrine » qu'on pu élaborer les administrations centrales concernées, la seconde ciblée sur un groupe d'établissements publics représentatifs. Le « panel » constitué représente, à travers 12 établissements, les principaux ministères concernés : Culture, Ecologie, Agriculture, Santé et, de manière plus marginale, Affaires sociales et Intérieur. Il rassemble des établissements de petite taille (une centaine d'agents) comme l'ANACT ou l'ANTS et des organismes employant plusieurs milliers de personnes, à implantation mono-site (qui sont les plus nombreux) ou à organisation territorialisée comme le CNPF.

Le « panel » retenu par la mission :

Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail (ANACT)

Agence de l'eau Seine Normandie

Centre national d'art et de culture Georges-Pompidou

Centre national de la propriété forestière (CNPF)

Etablissement public de la Bibliothèque nationale de France

Etablissement public du musée du Louvre

Institut géographique national (IGN)

Agence nationale des titres sécurisés (ANTS)

Agence de services et de paiement (ASP)

Agence pour la cohésion sociale et l'égalité des chances (ACSé)

La mission a également choisi d'étudier deux cas pouvant offrir des points de comparaison intéressants : la Réunion des Musées Nationaux (RMN) - EPIC- et l'institut national de la recherche agronomique (INRA) - EPST-

Pour ces établissements publics, la mission a élaboré un questionnaire commun², portant à la fois sur des aspects qualitatifs et ayant pour objectif de recueillir la vision du sujet telle qu'elle se présente aux responsables de ces établissements mais aussi sur quelques données indispensables à l'analyse, notamment en matière d'effectifs.

Parallèlement la mission a dressé un questionnaire de même nature aux ministères³. Elle se doit de souligner qu'une des limites méthodologiques majeures auxquelles elle a été

² Cf. modèle en annexe 2

³ Cf. modèle en annexe 3

confrontée tient au fait qu'aucune des administrations centrales de tutelle sollicitées ne lui a communiqué les réponses demandées et ce, malgré une ultime relance du cabinet du ministre de la fonction publique⁴.

Les rapporteurs ne peuvent que regretter de n'avoir pas pu disposer, de ce fait, des arguments ou points de vue des tutelles, autres que ceux communiqués lors des entretiens. Il n'a pas été possible, notamment, de vérifier l'existence d'une cohérence d'approche entre les établissements publics et leur tutelle, ce qui a rendu plus délicat le travail de proposition demandé à la mission.

Par ailleurs, le volet quantitatif de ces questionnaires aurait permis de consolider des données en matière d'emplois de non titulaires. En l'absence de ces éléments, certaines données n'ont pas été exploitées⁵.

Les contraintes de délais fixés à la mission et la lourdeur d'une telle opération, même sur un échantillon volontairement limité, ne permettaient pas par ailleurs d'envisager de pousser l'analyse sur la problématique des rémunérations très au-delà d'un examen à caractère essentiellement déclaratif des éléments communiqués par les établissements publics concernés. Il aurait fallu pour cela s'affranchir des restrictions que posent nécessairement les approches statistiques du sujet et procéder par contrôle aléatoire sur des dossiers individuels, ce qui, au regard des autres enjeux, apparaissait moins essentiel pour la réflexion⁶. Par ailleurs, comme le montre le rapport, la prédominance du système de « quasi-statut » dans les établissements publics revient à circonscrire la politique de rémunération dans un cadre réglementaire. Cette limite méthodologique explique cependant que la mission, sur la base de son analyse actuelle, n'a formulé que des orientations à caractère général sur ce sujet.

La mission a par ailleurs consulté un certain nombre de personnalités disposant, du fait de leurs fonctions actuelles ou passées, d'une connaissance approfondie des problématiques de fonction publique⁷.

Elle a enfin, conformément aux souhaits de ses commanditaires, recueilli les observations des organisations syndicales qui avaient été consultées lors de l'élaboration du protocole de mars 2011, que celles-ci aient ou non signé le protocole en question. Les rapporteurs soulignent que l'ensemble des organisations syndicales ont accepté de participer à cette consultation. Dans le souci de respecter le caractère très libre de ces entretiens, il a été convenu que, sauf demande expresse de nos interlocuteurs, il ne serait pas fait état de prises de positions identifiables sur des points particuliers⁸.

⁴ Le délai ultime de retour des questionnaires à la Mission avait été fixé au 6 avril 2012.

⁵ En particulier les consolidations d'effectifs de non titulaires dans les EP par grand secteur ministériel.

⁶ Au demeurant, la Mission souligne qu'elle n'a pas obtenu de la DGAFP les éléments statistiques demandés en matière de rémunération.

⁷ Cf. liste des personnes rencontrées, annexe 4.

⁸ Les rapporteurs ont choisi, pour les mêmes raisons, de synthétiser les points de vue recueillis lors des entretiens avec les interlocuteurs désignés pour représenter les établissements publics. La Mission a souhaité en effet exploiter de manière globale ces entretiens qui n'avaient pas pour objet de mettre en évidence les éventuelles discordances avec les tutelles. Les mentions relatives à un établissement public particulier, lorsqu'il en est fait usage, portent uniquement sur des éléments factuels et non sur des prises de position.

2 - UN CADRE JURIDIQUE AUX CONTOURS ÉVOLUTIFS ET DÉSORMAIS SOURCE DE CONFUSION

Aux termes de l'article 3 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, les emplois civils permanents des administrations sont pourvus par des fonctionnaires.

S'agissant de la fonction publique de l'Etat, les cas de recours au contrat sont encadrés par la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat et notamment ses articles 4 et 6. Ces dispositions, plusieurs fois modifiées depuis 1984 et, tout récemment, par la loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, restreignent le recours au contrat sur les emplois permanents à des cas limitativement énumérés (absence de corps de fonctionnaires, justification par la nature des missions ou le besoin du service pour les seuls emplois de catégorie A, fonctions à temps incomplet)⁹.

Les cas de recours pour répondre à un besoin temporaire sont également strictement encadrés par les articles 3 (dernier alinéa) et 6-2 (besoin occasionnel ou saisonnier). Quelques catégories d'emplois tout à fait spécifiques (professeurs associés des universités, assistants d'éducation, ouvriers d'Etat) listées aux articles 3 et 5 sont également hors du champ d'application du principe rappelé ci-dessus.

Au-delà de ces cas de recours limitativement prévus par la loi, le législateur a ouvert la possibilité, pour certains établissements publics à caractère administratif de l'Etat, de s'exonérer de l'application de cette règle. En application du 2° de l'article 3, certains emplois ou catégories d'emplois de ces établissements peuvent ne pas être assujettis à cette règle, dès lors qu'ils figurent, « *en raison du caractère particulier de leurs missions* » sur une liste établie par décret en Conseil d'Etat, après avis du Conseil supérieur de la fonction publique de l'Etat. Cette liste est annexée au décret n° 84-38 du 18 janvier 1984¹⁰.

Enfin, parallèlement à cette exception prévue par le statut général, des textes législatifs spécifiques peuvent autoriser, après avis du Conseil supérieur de la Fonction publique de l'Etat lorsqu'il s'agit de dispositions issues de projets de loi, un établissement public administratif à recruter des agents contractuels pour pourvoir certains de ses emplois.

⁹ Il est à noter que le champ de cette dérogation a été progressivement restreint, les dispositions initiales de la loi 84-16 prévoyaient en effet des possibilités de recours plus larges au contrat : « *Par dérogation au principe énoncé à l'article 3 du titre Ier du statut général, des emplois d'agents contractuels peuvent être recrutés au budget de chaque ministère ou établissement, lorsque la nature des fonctions ou les besoins des services le justifient, notamment lorsqu'il n'existe pas de corps de fonctionnaires susceptibles d'assurer les fonctions correspondantes ou lorsqu'il s'agit de fonctions nouvellement prises en charge par l'administration ou nécessitant des connaissances hautement spécialisées.* »

¹⁰ Dans la suite du rapport, il sera fait référence, par commodité, à l'expression « décret-liste » pour désigner ce texte.

2.1. L'ORIGINE DU DISPOSITIF DE DÉROGATION PRÉVUE PAR L'ARTICLE 3-2 DE LA LOI N° 84-16 DU 11 JANVIER 1984

Le dispositif dérogatoire actuellement en vigueur est issu de la refonte du statut général des fonctionnaires intervenue en 1982-1983 qui s'est accompagné d'une remise en ordre du champ d'application des dispositions statutaires et d'un vaste dispositif de titularisation des personnels non titulaires ou auxiliaires (dispositif dit « Le Pors »). A cette occasion, un examen de la situation des établissements publics ou assimilés exerçant des missions à caractère administratif avait été diligenté dans chaque ministère pour définir le champ d'application de ce dispositif de titularisation au terme duquel un grand nombre d'EPA ont intégré le droit commun de la fonction publique (c'est par exemple le cas des établissements de recherche).

Lors des débats parlementaires concernant la loi n° 83-481 du 11 juin 1983 portant statut général des fonctionnaires, le ministre chargé de la fonction publique avait dressé une typologie des établissements susceptibles d'être inscrits sur le décret liste :

- les établissements publics à caractère provisoire (appelés également établissements publics de préfiguration ou constructeurs), critère qui a justifié l'inscription initiale sur le décret- liste de l'établissement public du musée d'Orsay ou de l'établissement public du parc de la Villette ;
- les établissements publics employant des personnels dont les missions ne correspondent pas à des corps de fonctionnaires, critère ayant justifié l'inscription de l'Institut national de la consommation par exemple ;
- les établissements pour lesquels il est souhaitable de s'associer le concours de personnes ayant une compétence dans un secteur extérieur à l'administration, critère ayant notamment justifié l'inscription des caisses de sécurité sociale.

Les débats du Conseil supérieur de la fonction publique, réuni en juin 1983 sur le projet de décret qui deviendra le décret n° 84-38 précité, montrent qu'au-delà de cette typologie valable pour l'avenir, les motivations qui avaient justifié l'inscription sur la liste initiale étaient plus diversifiées notamment dans la mesure où l'un des enjeux de l'inscription sur la liste était de « faire obstacle » à la titularisation. Dans certains cas, il avait été tenu compte de l'existence d'une mission à caractère commercial (Centre Pompidou et Musée d'Orsay), d'une absence de mission de service public (personnels ouvriers des CROUS, finalement non retenus sur la liste initiale mais « réintroduits » en 1987) voire du souhait d'éviter des phénomènes de « tache d'huile » vers des secteurs relevant du droit privé (ANPE)...

Au total et après des débats assez vifs en CSFPE (ayant abouti à l'exclusion de plusieurs organismes de la liste initiale : CNOUS/CROUS, CNASEA, INPI notamment), une liste resserrée de 18 établissements dérogatoires (sur 265 EPA au total) représentant 14 500 emplois (sur 90 000 agents pour l'ensemble des EPA) avait été retenue. A la seule exception de l'ANACT, dérogatoire pour les seuls emplois de catégorie A, les 17 autres établissements bénéficiaient d'une dérogation pour l'ensemble de leurs emplois.

Dès l'origine du dispositif, on constate donc la coexistence d'établissements dérogatoires en raison de leur seule mission (sans qu'il soit nécessaire d'analyser les missions des agents) et d'un établissement dont l'inscription d'une partie des emplois est liée non à sa nature particulière mais aux fonctions de certains agents.

2.2. L'EXTENSION RÉGULIÈRE DU CHAMP DES EPA DÉROGATOIRES

Comme l'avait rappelé l'Assemblée Générale du Conseil d'Etat à l'occasion de l'examen en 1985 d'un décret modifiant le décret du 18 janvier 1984, le nombre d'établissements publics figurant sur la liste établie en 1984 n'avait pas de caractère définitif. Le gouvernement n'avait donc pas épuisé la compétence réglementaire que lui reconnaît l'article 3-2° de la loi du 11 janvier 1984 en prenant le décret n° 84-38 du 18 janvier 1984.

Ainsi, la liste prévue au 2° de l'article 3 de la loi du 11 janvier 1984 est par nature ouverte, le gouvernement pouvant à tout moment inscrire de nouveaux établissements mais en aussi en supprimer du fait :

- des évolutions juridiques affectant le statut des EPA inscrits (dissolution des établissements publics, ou transformation en EPIC, EPST etc.)¹¹
- des évolutions des corps de fonctionnaires aptes à assumer les missions dévolues à ces établissements publics.¹²

Au total, la liste a été modifiée à 41 reprises entre 1985 et 2011 et s'est considérablement allongée pour atteindre une cinquantaine d'établissements (y compris ceux qui avaient été initialement retirés en 1984). Au 31 décembre 1998, 55 établissements étaient inscrits sur la liste et représentaient (hors organismes de sécurité sociale et culture) au minimum 31 757 agents selon une enquête diligentée par la DGAFP, soit plus du double qu'en 1984 (dont près de 10 000 toutefois au seul titre de la dérogation accordée aux œuvres universitaires pour les personnels ouvriers).

Parallèlement à cette extension des dérogations, on a pu constater, durant cette période, une tendance à resserrer les dérogations sur les catégories d'emplois comportant des missions spécifiques ou pour lesquelles il n'existe pas de corps de fonctionnaires¹³. Ceci s'explique notamment par les réticences de plus en plus fortes des organisations syndicales lors de l'examen de ces décrets en CSFPE et par la doctrine de la DGAFP, assise sur la jurisprudence initiale du Conseil d'Etat (cf. infra 2.3.).

¹¹ Le décret n° 2003-454 du 15 mai 2003 a procédé au « toilettage » d'ensemble du décret du 18 janvier 1984, en retirant les EPA dissous ou transformés en d'autres structures, en retirant les inscriptions à vocation provisoire d'emplois d'établissements publics constructeurs dont les missions temporaires étaient achevées, en prenant acte du changement de la dénomination de certains établissements.

¹² Pour un exemple d'ajustement du décret liste du fait de la création de corps de fonctionnaires : l'inscription de l'Office national de l'eau et des milieux aquatiques, inscrit en 1986 pour tous ses emplois avait été restreinte en 2007 suite à la création des corps techniques du ministère de l'environnement. Les missions de surveillance des milieux aquatiques relevant désormais des corps créés, les emplois concourant à l'exercice de ces missions ont été retirés des emplois inscrits sur le décret du 18 janvier 1984, en même temps que les agents de l'ONEMA assurant ses missions étaient titularisés dans les corps concernés.

¹³ Conseil supérieur de la pêche en 1986, Musée du Louvre en 1985, BNF en 1990, ERAFP en 2009, ANR en 2010

Ces circonstances n'ont toutefois pas fait obstacle à des dérogations « complètes » y compris dans les années les plus récentes (Ecoles des Mines en 1993 ou plus récemment Ecole Polytechnique, dérogatoires de fait sinon de droit, pour l'ensemble de leurs emplois « scientifiques techniques et administratifs de recherche »).

2.3. LA PORTÉE DES DÉROGATIONS : DES AMBIGUITÉS CROISSANTES ALIMENTÉES PAR LA JURISPRUDENCE ET LA DOCTRINE

Les tensions évoquées ci-dessus ne sont guère surprenantes. En effet, dès le milieu des années 1980, la question de la justification des dérogations, objet central des débats au sein des instances consultatives, a fait apparaître l'ambiguïté relative des dispositions mêmes de l'article 3-2° et la difficulté à déterminer si le « point d'entrée » du raisonnement conduisant à ouvrir à un établissement public la possibilité de déroger se situait du côté des missions (attribut de l'employeur) ou des profils professionnels requis pour les accomplir (attribut des agents), voire encore reposait sur une combinaison de ces deux critères.

En se fondant sur une analyse littérale et sur la première version de la liste, la rédaction de l'article 3 ferait pencher assez nettement la balance du côté du premier critère : le « fait générateur » semble bien être le « caractère particulier [des] missions » de l'établissement, prévalant sur les missions des agents.

C'est cette interprétation qui aurait pu s'imposer, sur la base notamment d'un éclairage jurisprudentiel apporté par le juge administratif à l'occasion d'une première série de contentieux ouverts dès 1986.

Dans le cas du Centre national de la cinématographie, le Conseil d'Etat avait annulé l'inscription de cet établissement public au « décret-liste », au motif que les missions de celui-ci « ... par ailleurs assimilables à celles d'une direction d'administration centrale compétente à l'égard d'un secteur d'activité économique déterminé, ne [présentaient] aucun caractère particulier de nature à permettre une dérogation... »¹⁴.

Suivant la même logique, le juge administratif avait en revanche jugé légale la dérogation prévue pour la Caisse nationale des monuments historiques, la Réunion des musées nationaux et le Centre national d'art et de culture Georges-Pompidou¹⁵.

On notera, en complément de ces deux décisions, l'existence d'une décision plus tardive dans laquelle le Conseil d'Etat, confirme cette approche puisque, partant des missions de l'établissement public, le deuxième considérant indique « qu'ainsi le conseil supérieur de la pêche présente un caractère particulier au sens des dispositions précitées de la loi du 11 janvier 1984 et pouvait légalement figurer sur la liste annexée au décret du 18 janvier 1984 »¹⁶.

¹⁴ Conseil d'Etat, N° 77702 77985, 5 juillet 1989

¹⁵ Conseil d'Etat, n° 57430 57807, 5 juillet 1989. Le Conseil d'Etat avait motivé son arrêt en considérant qu' « Il résulte notamment des dispositions législatives et réglementaires qui définissent leurs missions respectives que les missions de la Caisse nationale des monuments historiques, de la Réunion des musées nationaux et du Centre national d'art et de culture Georges-Pompidou présentent un caractère particulier, en raison notamment de l'existence d'activités de nature artistique et commerciale que les établissements publics susmentionnés ont vocation à exercer. »

¹⁶ Conseil d'Etat, n° 78490, 30 novembre 1994

De ce premier « bloc » de jurisprudence, ressortent donc deux éléments importants : primauté donnée aux missions de l'établissement ayant un caractère particulier dans la « grille de lecture » permettant de juger licite une inscription dérogatoire mais latitude très grande des pouvoirs publics pour arrêter les catégories d'emplois dérogatoires, même si ces dernières ne présentent pas de lien direct avec les missions en question.

Toutefois, ces premiers contentieux n'avaient pas permis de résoudre une autre difficulté, elle aussi due à l'ambiguïté du dispositif législatif, et qui était relative à la question du champ des emplois concernés pour un établissement public dérogatoire. En effet, une fois considérée comme fondée l'inscription au « décret-liste », en se basant sur le critère nécessaire des missions particulières de l'établissement, pouvait-on et devait-on considérer que cette inscription avait pour effet de faire basculer l'ensemble des emplois dans le régime dérogatoire ?

La réponse a été apportée en deux temps à propos du même établissement public, l'Institut national de la propriété industrielle. Dans un premier arrêt, le Conseil d'Etat avait écarté toute interprétation visant à englober, pour un même établissement public, l'ensemble des emplois dans le groupe dérogatoire¹⁷. Le juge administratif avait d'une part considéré que le législateur avait « *entendu se référer à la notion de "catégorie" telle qu'elle figure à l'article 29 de cette même loi dont le dernier alinéa dispose que les fonctionnaires sont répartis en quatre catégories désignées dans l'ordre hiérarchique décroissant par les lettres A, B, C, D* » et d'autre part estimé légal de limiter la portée de la dérogation à un sous-ensemble des dites catégories¹⁸.

Quelques mois plus tard, le Conseil d'Etat adopte une position où apparaît une nuance non dénuée de portée. A l'occasion d'un second recours contentieux, c'est cette fois l'extension aux catégories précédemment exclues (C et D) qui est contestée. Revenant sur la question de la condition nécessaire comme élément déterminant du régime dérogatoire, le juge administratif prend soin de préciser dans sa décision que « *ces missions présentent pour toutes les catégories de personnel¹⁹, un caractère particulier, au sens des dispositions de la loi du 11 janvier 1984 en raison notamment de ce que les tâches dévolues à cet établissement public requièrent des connaissances spéciales en matière juridique, technique, commerciale et financière* »²⁰.

Parallèlement à cette évolution jurisprudentielle plutôt « libérale », la multiplication des dérogations consenties et de leurs motivations (répondre à des difficultés de recrutement de fonctionnaires, régler la situation de personnels issus de structures associatives ou privées, simple souhait d'autonomie de tel ou tel organisme par rapport à sa tutelle...) a nourri la contestation croissante des organisations syndicales et la crainte de voir s'élargir le champ des agents publics non soumis aux règles statutaires générales (cf. supra 2.2.). Ceci a conduit la DGAFP, à développer et à défendre tant bien que mal une interprétation « restrictive » des possibilités ouvertes par l'article 3-2.

¹⁷ Conseil d'Etat, n° 70725 70932, 10 juin 1992

¹⁸ En l'espèce, les auteurs du recours contestaient cette césure introduite au sein de l'établissement entre catégories d'agents, sur le fondement d'une rupture d'égalité mais ce moyen avait été écarté par le juge administratif.

¹⁹ Souligné par les rapporteurs.

²⁰ Conseil d'Etat, n° 93107 93132, 12 février 1993

Cette interprétation est notamment celle qui sous-tend la circulaire du Ministre de la fonction publique en date du 15 juillet 1999 qui explicite le caractère exceptionnel du recours au « décret-liste ». Cette circulaire rappelle bien sûr la nécessité du caractère particulier des missions de l'établissement mais aussi « *par voie de conséquence* » de la spécificité des fonctions concourant à ces missions « *qui doit être telle qu'elles ne seraient susceptibles d'être assurées par des fonctionnaires* », cette condition ne se limitant pas « *aux seuls fonctionnaires du ou des ministères de tutelle, mais (...) également aux corps de fonctionnaires des autres administrations, de l'Etat ou des deux autres fonctions publiques* ».

L'analyse des dossiers examinés par le CSFPE au cours des années 1990 et 2000 montre que la DGAFP s'est systématiquement attachée (sans pour autant être toujours suivie lors des arbitrages interministériels) à exiger que les dérogations soient le plus limitées possibles et ne portent que sur des fonctions ou métiers (et non des catégories d'emplois au sens statutaire du terme) spécifiques et listés de manière extrêmement détaillée. Cette interprétation des textes, plus stricte que la jurisprudence rappelée ci-dessus a d'ailleurs parfois été mise en cause lors de l'examen des projets de décret devant les sections administratives du Conseil d'Etat.

2.4. LA COHÉRENCE DU DISPOSITIF INITIAL A ÉTÉ LARGEMENT AFFAIBLIE PAR LA MULTIPLICATION DES DÉROGATIONS LÉGISLATIVES AD-HOC

A compter de la fin des années 1990, compte tenu des difficultés croissantes rencontrées pour obtenir une inscription sur le décret liste du fait de l'hostilité des organisations syndicales, de la doctrine considérée comme « stricte » de la DGAFP ou de décisions du juge administratif (cas du CNC dont l'inscription sur le décret liste avait été annulée par le Conseil d'Etat), des dispositions législatives spécifiques sont venues autoriser des établissements publics administratifs à déroger totalement ou partiellement au principe de l'occupation des emplois permanents par des fonctionnaires.

Ces dérogations sont désormais particulièrement nombreuses dans le domaine de la santé (huit agences sanitaires : AFSAPSS, Agence de biomédecine, INPES, Etablissement français du sang), des affaires sociales (6 organismes), de la culture (CNC, INRAP) et de l'environnement. Presque toutes ces dispositions ont été adoptées en cours de débat parlementaire et n'ont pas été soumises à l'avis du CSFPE. Au total environ 25 établissements publics bénéficient d'une dérogation de ce type.

Par rapport aux dérogations autorisées par le décret liste, ces dérogations législatives se caractérisent par une grande hétérogénéité quant à leur portée.

Ainsi les articles L. 5323-1 et suivants du code de la Santé, applicable à certaines agences sanitaires prévoient que « l'agence emploie des agents régis par les titres II, III ou IV du statut général des fonctionnaires ainsi que des personnels mentionnés aux 1° et 2° de l'article L. 6152-1, en position d'activité, de détachement ou de mise à disposition » mais qu'« elle emploie également des agents contractuels de droit public, avec lesquels elle peut conclure des contrats à durée déterminée ou indéterminée. Le conseil d'administration délibère sur un règlement fixant les conditions de leur gestion administrative et financière. »

Par ailleurs, ces dispositions sont complétées de la manière suivante : « l'établissement peut également faire appel à des agents contractuels de droit privé pour occuper des fonctions occasionnelles de caractère scientifique ou technique. Ces fonctions peuvent être exercées par des agents occupant par ailleurs à titre principal une activité professionnelle libérale. »

On voit donc cohabiter, en théorie du moins, des fonctionnaires en position d'activité, des contractuels en CDI ou en CDD, dont la situation est régie par un règlement pris après avis du conseil d'administration, et enfin des personnels occasionnels de droit privé.

Dans le même sens, s'agissant de l'EFS, l'article L. 1222-7 du Code de la santé publique prévoit que « le personnel de l'Etablissement français du sang comprend :

- 1° des agents régis par les titres II, III ou IV du statut général des fonctionnaires, des personnels mentionnés aux 1° et 2° de l'article L. 6152-1, ou des agents publics régis par des statuts particuliers, en position de détachement ou de mise à disposition ;
- 2° des personnels régis par le code du travail. »

D'autres dispositions sont plus proches du droit commun ou en tous cas plus homogènes puisque ne prévoyant que le recours à des personnels contractuels de droit public. S'agissant de l'INRAP par exemple, l'article L. 523-3 du code du patrimoine prévoit que : « les emplois permanents de l'établissement public sont pourvus par des agents contractuels. Le statut des personnels de l'établissement public est régi par le décret en Conseil d'Etat pris en application de l'article 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat et par un décret particulier ». Il en va de même du CNC : « Pour l'exercice de ses missions, le Centre national de la cinématographie peut recruter des agents non titulaires sur des contrats à durée indéterminée ».

Ces dérogations se caractérisent également par la très grande « liberté » qu'elles autorisent quant aux conditions d'emplois des personnels. Alors que les personnels des EPA inscrits sur le « décret-liste » sont en principe soumis au décret du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions applicables aux agents non titulaires de l'Etat (en application de son article 1°), ceux des établissements dérogatoires du fait de dispositions législatives spécifiques ne le sont pas de plein droit.

Il ressort de ce qui précède que les bases juridiques générales des dérogations accordées aux établissements publics, qu'il s'agisse du 2° de l'article 3 du statut ou de dispositions ad-hoc, n'ont en réalité jamais constitué un bloc cohérent permettant de gérer le régime dérogatoire selon des règles objectives. De ce fait, l'ensemble des établissements publics étudié par la mission était par construction destiné à constituer un groupe très hétérogène, ce que les constats réalisés plus finement à travers l'analyse de certains d'entre eux confirment (cf. infra 4), s'agissant notamment des raisons avancées pour motiver le recours aux dérogations.

2.5. LE SYSTÈME DE DÉROGATION EST RESTÉ FIGÉ ALORS QUE LE CONTEXTE JURIDIQUE GÉNÉRAL DE LA FONCTION PUBLIQUE A CONSIDÉRABLEMENT ÉVOLUÉ AU COURS DES DIX DERNIÈRES ANNÉES

Le dispositif dérogatoire autorisé par la loi n° 84-16 s'insérait à l'origine dans un système de fonction publique qui pouvait être, dans un certain nombre de cas considéré comme peu adapté aux particularités des établissements publics mais qui a, depuis, considérablement évolué.

Les corps de fonctionnaires étaient alors strictement ministériels, le passage de l'administration centrale aux services déconcentrés se faisait par détachement ; la mobilité par détachement d'un ministère à un autre était soumise aux dispositions de chaque statut particulier, souvent restrictives en la matière ; l'affectation des fonctionnaires d'un corps donné dans les établissements publics du même ministère de tutelle était très rarement prévue par ces mêmes statuts particuliers. Les missions de chacun des quelque 800 corps de fonctionnaires étaient enfin très précisément énumérées par ces mêmes textes statutaires.

Il convient également de souligner qu'avant la loi n° 2005-843 du 26 janvier 2005, portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, les agents contractuels recrutés sur la base de l'article 4 de la loi n° 84-16 n'avaient aucune perspective d'accès à un contrat à durée indéterminée, les seuls CDI existants (hors EPA dérogatoires) étant les bénéficiaires de la loi « Le Pors » n'ayant pas choisi la titularisation.

Ce paysage a évolué au cours des dernières années.

Un mouvement général de regroupement des corps de fonctionnaires a été entrepris à compter des années 1990, amplifié dans les années 2000 (suppression entre 2006 et 2009 de 270 corps notamment du fait de la fusion des corps de centrale et de services déconcentrés) et plus récemment dans le cadre de la RGPP (programme de fusion ambitieux – suppression de 150 corps d'ici 2015- et création des « corps interministériels à gestion ministérielle » sur la base de l'avis rendu par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat des 28 et 29 mai 2009). Ces regroupements se sont accompagnés d'un élargissement des missions des corps et d'une première série de mesures tendant à restreindre les obstacles au détachement.

Un assouplissement considérable des conditions de mobilité des fonctionnaires a été apporté. La loi n° 2009-972 du 3 août 2009 est venue lever les obstacles au détachement et à l'intégration des fonctionnaires en « écrasant » les dispositions contraires des statuts particuliers. Par ailleurs, la faculté d'affecter des fonctionnaires dans une autre administration que leur administration d'origine pour exercer des missions correspondant à leur grade a été introduite progressivement dans certains statuts particuliers (corps administratifs notamment) avant d'être généralisée par le décret n° 2008-370 du 18 avril 2008 organisant les conditions d'exercice des fonctions, en position d'activité, dans les administrations de l'Etat (décret dit « position normale d'activité » ou PNA). Cette affectation est bien évidemment possible entre administrations mais également entre administrations et établissements publics.

De plus, des modifications ont été apportées aux conditions de recrutement et d'emploi des agents contractuels : outre l'introduction, par la loi de 2005 précitée, du CDI au terme de six années de contrats successifs conclus sur le fondement de l'article 4 de la

loi n° 84-16, le décret de 1986 a été considérablement modifié pour notamment tenir compte de l'introduction du CDI dans la fonction publique : évaluation au moins tous les trois ans, nouvelles garanties en matière de mobilité (mise à disposition, congé de mobilité), soumission expresse des agents non titulaires à certains des droits et obligations des fonctionnaires, institution d'un entretien préalable au licenciement, généralisation des commissions consultatives paritaires....

Enfin, plus récemment, à la suite de l'accord conclu sur la sécurisation des parcours professionnels des agents contractuels, la loi du 12 mars 2012 est venue clarifier les cas de recours au contrat pour des besoins non permanents, autoriser, à titre expérimental, le recrutement direct en CDI sur le fondement de l'article 4-1 (absence de corps de fonctionnaires), assouplir les conditions d'accès au CDI et autoriser la « portabilité » des CDI au sein de chaque versant de la fonction publique (sans toutefois en faire un droit pour les agents).

Au total le régime dérogatoire décrit ci-dessus s'inscrit désormais dans un cadre juridique profondément renouvelé. Dans une large mesure, celui-ci a contribué à lever un grand nombre des obstacles dont l'existence pouvait constituer un handicap pour certains établissements publics.

Toutefois, comme le montre le résultat de l'enquête conduite par la mission, les modes de raisonnement et la pratique des gestionnaires n'ont évolué que de manière extrêmement marginale et la plupart des nouvelles possibilités sont demeurées peu, voire pas du tout utilisées (notamment l'absence de recours aux possibilités offertes par la PNA – cf. infra partie 4.2.2).

Il est donc naturel de s'interroger sur la pertinence et la justification de certaines dérogations consenties dans un contexte alors très différent et, à tout le moins, de chercher à redonner au système de dérogation un caractère contingent et évolutif qu'il a totalement perdu. Une amorce de mouvement dans cette direction peut d'ailleurs être observée avec la sortie de certains établissements du régime dérogatoire.

2.6. DES ÉVOLUTIONS RÉCENTES QUI MARQUENT UNE RUPTURE NOTABLE AVEC LES TENDANCES DES TROIS DERNIÈRES DÉCENNIES

Contrairement au phénomène continu d'extension du champ des dérogations constaté ci-dessus, plusieurs organismes « dérogatoires » sont rentrés ou vont rentrer dans le droit commun du statut général. Ainsi, la plupart des « offices agricoles », inscrits, s'agissant des EPA, sur le « décret-liste » ou autorisés par la loi à recruter des contractuels, (CNASEA/ AUP devenu ASP, France Agrimer, INAO et ODEADOM) ont, dans le contexte de profonde réorganisation initiée par la loi d'orientation agricole du 5 janvier 2006, renoncé à la dérogation dans un souci de rationalisation et de simplification de la gestion des personnels et privilégié le recours au statut de fonctionnaire pour favoriser la mobilité des agents.

L'ordonnance du 25 mars 2009 a ouvert aux agents de ces établissements, qui relevaient de différents quasi-statuts, la possibilité d'opter courant 2011 pour l'intégration dans les corps de fonctionnaires du ministère ou pour l'accès à un quasi statut unifié.

L'exercice de ce droit d'option s'est traduit par un choix massif en faveur de l'intégration dans la fonction publique.

Dans le même sens, la loi du 12 mars 2012 prévoit que les agents de l'ACSé et les agents non titulaires de droit public de l'ONF pourront bénéficier du dispositif d'accès à l'emploi titulaire qu'elle institue et supprime les dérogations législatives dont bénéficiaient ces établissements.

Cette même loi, dans son article 3, ouvre également aux EPA inscrits sur le « décret-liste » la possibilité de bénéficier du dispositif de titularisation dès lors que l'inscription sur la liste serait supprimée durant les quatre années prévues pour la mise en œuvre des recrutements réservés prévus pour permettre l'accès à l'emploi titulaire.

Sans préjuger de la mise en œuvre effective de cette disposition, ces évolutions tendent à montrer que le retour au « droit commun », longtemps considéré comme incompatible avec la particularité des missions des établissements concernés, n'apparaît plus comme une régression mais au contraire comme une solution permettant d'assurer une gestion plus cohérente et plus souple des personnels concernés.

Ces exemples conduisent à relativiser la portée de l'argument très général selon lequel les établissements publics, du fait de la spécificité de leurs missions, ne sauraient fonctionner sans régime dérogatoire. C'est la raison pour laquelle la mission propose, dans la partie consacrée aux propositions, d'en tirer un certain nombre de conséquences, notamment pour redonner au cadre juridique général, dont les faiblesses ont été exposées précédemment, une cohérence interne qu'il a très largement perdue en le resserrant autour de critères plus objectifs et plus restrictifs (cf. infra).

2.7. LES RÈGLES RELATIVES À L'AFFECTATION ET AU DÉTACHEMENT DES FONCTIONNAIRES SUR LES EMPLOIS « DÉROGATOIRES » DEMEURENT INCERTAINES

S'agissant tout d'abord du détachement, force est de constater que la pratique est d'autoriser le détachement de fonctionnaires sur les emplois dits dérogatoires en application de l'article 14 - 4° a/ du décret n° 85-986 du 16 septembre 1985 relatif au régime particulier de certaines positions des fonctionnaires de l'Etat, même s'il peut apparaître quelque peu paradoxal de recruter un fonctionnaire pour pourvoir un emploi dérogatoire dont les caractéristiques spécifiques ont justifié que précisément il ne soit pas pourvu par un fonctionnaire. La fréquence de cette pratique (notamment sur des emplois administratifs) pourrait d'ailleurs être analysée comme un élément tendant à démontrer que la dérogation consentie à l'établissement n'est en général pas justifiée par la particularité des missions de l'établissement et des emplois y concourant au regard de celles des titulaires.

Une question complémentaire tient à la conciliation des règles du détachement et des règles de recrutement et de rémunération définies par les textes spécifiques régissant la situation des personnels des établissements dérogatoires.

Si l'article 45 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 pose le principe selon lequel le fonctionnaire détaché est soumis aux règles régissant la fonction qu'il exerce par l'effet de son

détachement (et devrait donc conduire à l'application des règles du « quasi statut »), la pratique a en général été de ne pas les intégrer aux grilles de rémunérations applicables aux agents contractuels des établissements concernés et de privilégier, sur la base de circulaires du ministre en charge du Budget, la règle de majoration maximum de 15 % de la rémunération servie, règle désormais remplacée par les dispositions de la circulaire du 23 juillet 2010 dont l'application ne fait toutefois pas obstacle de manière absolue au classement des agents détachés sur contrat dans les grilles de rémunération des établissements. Ces règles mériteraient toutefois d'être stabilisées juridiquement puisqu'elles amènent dans certains cas à faire application de la circulaire en s'affranchissant de textes de nature réglementaires d'une portée juridique supérieure.

Enfin, la question de l'affectation de fonctionnaires sur les emplois considérés a été tranchée négativement par la « doctrine », la DGAFP considérant que les emplois dérogatoires ne pouvaient par définition être pourvus par des fonctionnaires en position d'activité, et ce, y compris après la généralisation en 2008 de la « position normale d'activité ». Si l'on peut parfaitement admettre la logique imparable du raisonnement, la portée pratique de cette position est plus discutable (recours au détachement souvent assorti d'un gain de rémunération rendant ensuite difficile le retour dans l'administration d'origine). Ce point, qui semble n'avoir jamais été traité par la jurisprudence, mériterait également d'être réexaminé.

3 - SI LA MAJEURE PARTIE DES PERSONNELS DES ÉTABLISSEMENTS DÉROGATOIRES SONT BIEN DES NON TITULAIRES, ILS NE REPRÉSENTENT EN RÉALITÉ QU'UNE FAIBLE PART DE L'EFFECTIF DE NON TITULAIRES DES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS ADMINISTRATIFS

Ayant rappelé (cf. supra 2.2.) que le périmètre initialement envisagé pour les établissements publics dérogatoires s'était fortement élargi, il convient d'examiner si ce phénomène s'est traduit par la constitution, au fil des ans, d'un « stock » significatifs d'emplois dérogatoires, rapporté à la masse plus générale d'agents non titulaires.

Deux visions complémentaires permettent, au mieux, d'approcher les ordres de grandeur en jeu mais la mission n'a pas pu, en raison des limites rappelées dans la présentation de sa méthodologie, recueillir des données suffisamment robustes pour pouvoir se faire une idée aussi précise qu'elle l'aurait souhaité. La première consiste à raisonner sur la masse globale des emplois dérogatoires, pour lesquelles la DGAFP avait été sollicitée. La seconde est issue des données individuelles obtenues auprès des établissements publics du « panel » interrogé par la mission.

3.1. LES DONNÉES RECUEILLIES AUPRÈS DE LA DGAFP SEMBLENT CONFIRMER QUE LA PART DES NON TITULAIRES EST GLOBALEMENT UN PEU PLUS IMPORTANTE DANS LES EPA DÉROGATOIRES

Tableau n° 1 :

EPA : EFFECTIFS PHYSIQUES ET PART DES NON-TITULAIRES			
EPA (rapport 2010-2011 -données 2009-)		DONT ÉTABLISSEMENTS DÉROGATOIRES (fichier DGAFP)	
Effectif total	Non titulaires	Effectif total	Non titulaires
348 716	229 365	102 612	81 311
	66%		79%

sur EPA = 60%

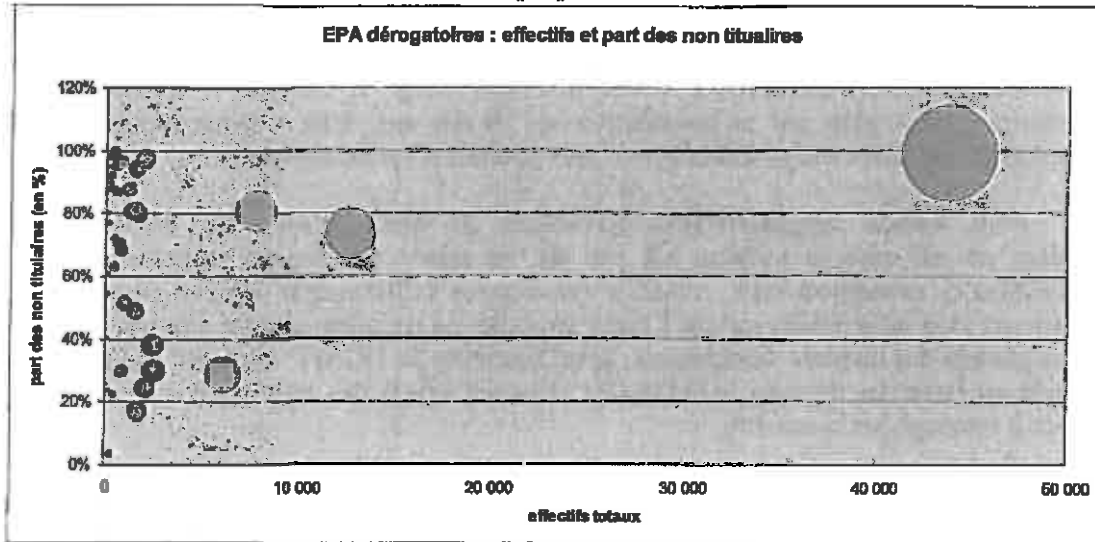
Selon les données transmises à la mission par la DGAFP, 79% des personnels des établissements dérogatoires sont non titulaires. Au nombre de 81 311²¹, ces agents ne représentent pourtant qu'une faible part de l'effectif de non titulaires de l'ensemble des EPA, évalué par le dernier rapport annuel sur l'état de la fonction publique à 229 365. Le régime des dérogations ne semble donc pas être la cause principale de l'emploi de non titulaires.

S'agissant des établissements dérogatoires (cf. en annexe 4 le recensement de leurs effectifs), seuls concernés par les travaux de la mission, le plus grand nombre d'entre eux emploient une forte majorité de non titulaires. Sur 58 établissements, une dizaine seulement emploient une majorité de titulaires. Ce constat recoupe le fait que la plupart des dérogations ont été complètes ou presque complètes.

²¹ Les éléments communiqués au Parlement dans le cadre de l'examen du projet de loi relatif à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique faisaient état d'un nombre d'agents relevant des établissements publics dérogatoires évalué à 54 299, soit très inférieur à ce chiffre. La mission a toutefois pris le parti de se baser sur le chiffre communiqué par la DGAFP.

Deux établissements comptent pour plus de la moitié du chiffre globale de non titulaires : Pôle Emploi (désormais soumis au droit du travail) et les CROUS. Une fois mis de côté ces cas, il ressort que le type le plus répandu de l'établissement public dérogatoire est une petite structure ne dépassant pas quelques centaines ou milliers d'agents.

Graphique n° 1 :



3.2. UNE « CARTOGRAPHIE » BASÉE SUR LA TAILLE, LA PROPORTION DE NON-TITULAIRES ET LA PROPORTION DE CDI PERMET DE DÉGAGER SCHEMATIQUEMENT TROIS GROUPES D'ÉTABLISSEMENTS

Il est relativement malaisé d'identifier une véritable « classification » des établissements publics dérogatoires, faute de disposer de critères suffisamment probants et surtout communs à des structures qui présentent des singularités fortes. La mission a cependant considéré que deux éléments au moins pouvaient être utilisés, parmi les données fournis par la DGAFP. Il s'agit d'une part du pourcentage d'agents non titulaires au sein de chaque établissement et d'autre part du taux de recours au contrat à durée indéterminée. Il semblait en effet assez logique de s'attendre à observer une assez grande cohérence entre les deux mesures, surtout en raison de la forte prévalence de dérogations « totales » (c'est-à-dire portant sur l'ensemble des catégories) et du fait qu'il s'agit d'emplois permanents.

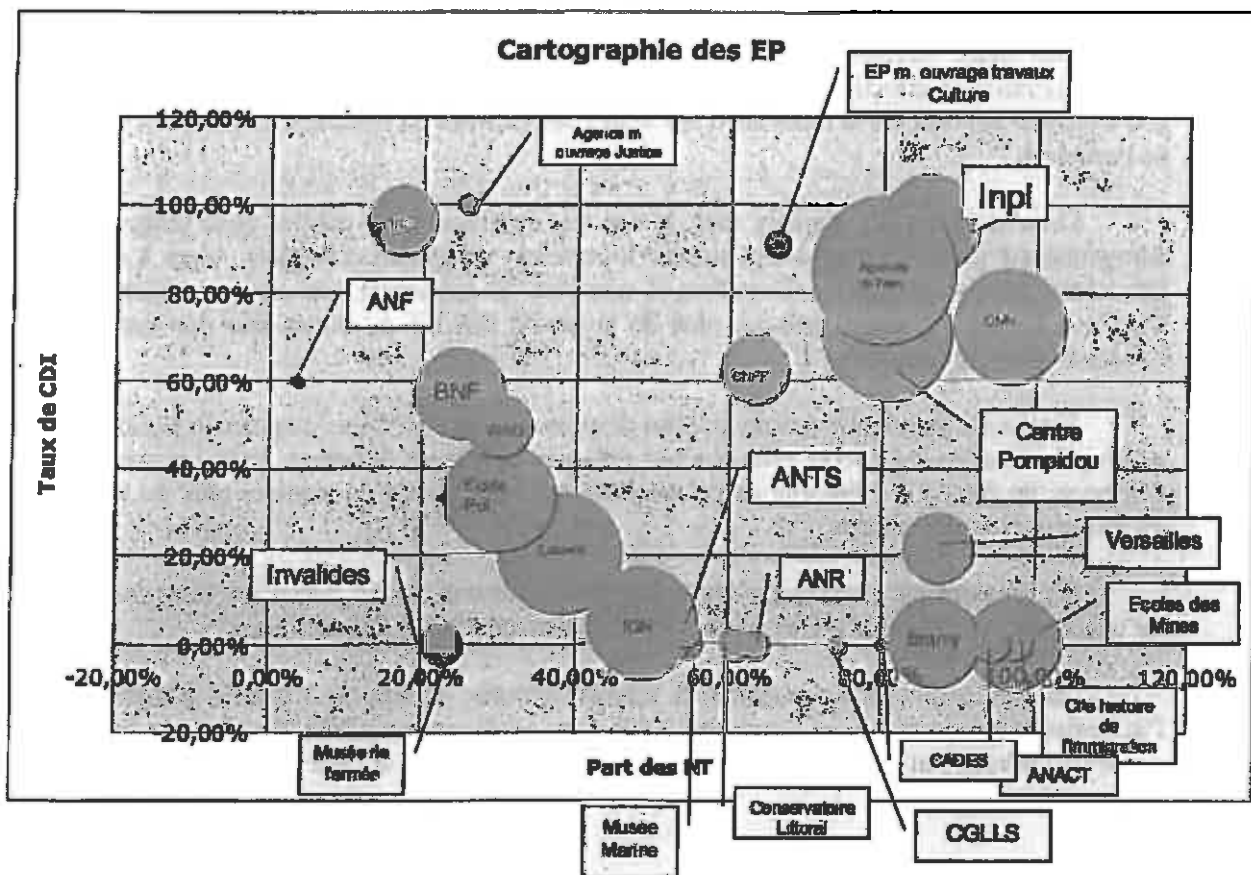
La « carte » qui en résulte fait au contraire apparaître l'existence de « blocs » assez éloignés.

- On trouve en effet tout d'abord, dans la partie supérieure droite, un groupe d'établissements plutôt de taille importante²², qui se caractérisent à la fois par un taux de non-titulaires très important (supérieur à 60%) et qui recourent très majoritairement voire exclusivement au CDI.

²² La taille du « point » qui matérialise l'établissement est proportionnelle au nombre d'agents non titulaires employés par celui-ci.

- Un second « bloc », plus dispersé, dans la partie inférieure droite regroupe, lui, des établissements publics où, a contrario, l'existence d'un fort taux de non titulaires se conjugue avec des taux de recours au CDI très faibles.
- Un troisième ensemble, sur la partie gauche du graphique, regroupe des établissements publics dérogatoires pour une partie de leurs emplois. Les taux de recours aux agents non titulaires sont inférieurs à 60% mais les taux de CDI sont peu homogènes, de presque zéro à presque 100%.

Graphique n° 2 : Cartographie des établissements publics



3.3. A UN NIVEAU PLUS FIN, DANS CERTAINS ÉTABLISSEMENTS PUBLICS DÉROGATOIRES, LES AGENTS NON-TITULAIRES RECRUTÉS AU TITRE DE L'INSCRIPTION SUR LE DÉCRET-LISTE NE REPRÉSENTENT EN RÉALITÉ QU'UNE FAIBLE PART DES EFFECTIFS

La mission a demandé aux établissements publics retenus dans son échantillon de fournir une ventilation aussi précise que possible des effectifs d'agents non-titulaires, en isolant ceux qui relevaient *stricto-sensu* des dispositions dérogatoires, c'est-à-dire de l'article 3 du Titre II.

Ces éléments, confrontés avec ceux communiqués par la DGAFP font apparaître une coexistence assez largement répandue au sein des établissements publics concernés de personnels relevant effectivement du cadre juridique dérogatoire particulier avec des agents non-titulaires recrutés sur le fondement des autres dispositions dérogatoires, notamment celles de l'article 4.

Cette situation est normale dans le cas des établissements publics pour lesquels la dérogation est partielle, c'est-à-dire limitée à certaines catégories d'emplois, voire à des « spécialités professionnelles ». Toutefois, il convient de remarquer que cette configuration n'est pas la plus répandue, puisque plus de la moitié des EP du décret-liste dérogent sur l'ensemble de leurs emplois.

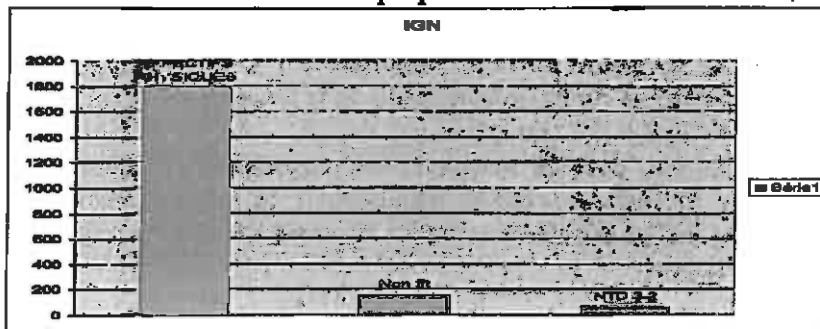
S'agissant des établissements publics dérogatoires au titre d'une disposition législative ad-hoc, la situation est encore plus confuse puisque, la plupart du temps, la loi se contente d'énoncer un droit à l'embauche de contractuels qui sera exercé de manière plus ou moins intensive par l'établissement.

Il en ressort que la catégorie des dérogations au titre du décret-liste n'est, bien souvent, qu'une sous-catégorie plus ou moins cohérente de l'ensemble des non-titulaires.

La figure ci-dessous présente, à titre d'exemple, le cas de l'Institut national de l'information géographique et forestière (IGN). Cet établissement public illustre assez bien le cas d'une dérogation restreinte puisqu'elle ne porte que sur une liste de métiers dans des domaines bien précis²³.

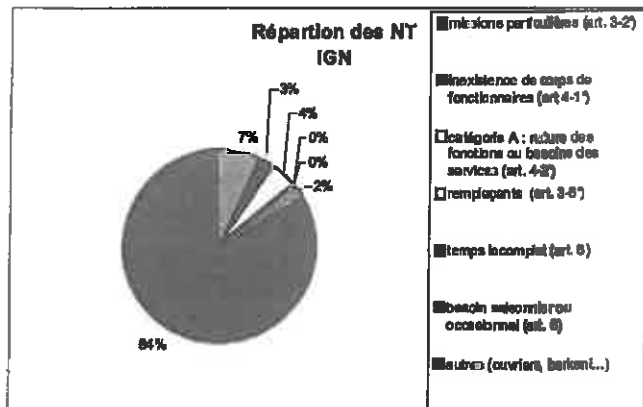
²³ Ces métiers sont liés au secteur commercial, mercatique et communication, au secteur aéronautique, aux NTIC et au droit des affaires. Les rapporteurs précisent qu'il existe un écart, non expliqué, entre les données communiquées par l'établissement dans le cadre de l'enquête sur le volume global des effectifs (1787 selon l'IGN, 1554 selon la DGAFP). S'agissant du sous-total « agents non-titulaires », l'IGN se caractérise par la présence d'un volume important d'agents classés dans la catégorie « autres » qui regroupe notamment les ouvriers et les agents « berkaniens », qui représentent 763 personnes sur un total de 916. Là encore, les données de l'établissement diffèrent de celles de la DGAFP qui comptabilise, elle, un total de 755 non titulaires. Les rapporteurs ont pris le parti, sur le graphique présenté ci-dessous, de s'en tenir au chiffre détaillé de l'IGN, mais en excluant les 763 qui ne rentrent par directement dans le périmètre du rapport.

Graphique n° 3 :



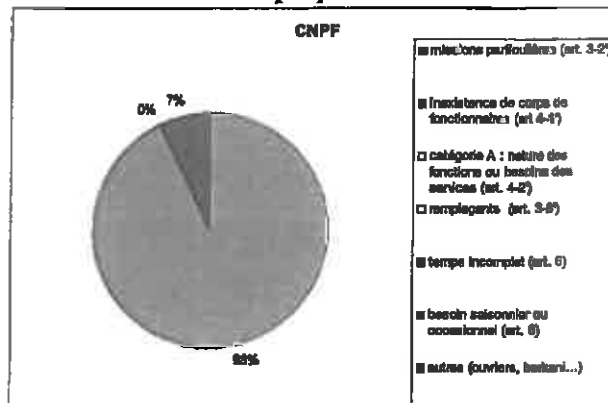
La répartition par catégorie de dérogation indique, pour ce même établissement, des ratios très voisins entre la catégorie de contractuels « décret-liste » et les deux catégories de dérogations les plus courantes, celles de l'article 4

Graphique n° 4 :



Un second exemple permet de mettre en évidence que la typologie est très différente dans le cas d'un établissement public dérogatoire sur l'ensemble de ses emplois, comme c'est le cas pour le Centre national de la propriété forestière. Dans ce cas, la quasi-totalité des agents non-titulaires relèvent du dispositif « décret-liste ».

Graphique n° 5 :



On notera cependant que, dans cette configuration, la catégorie « décret-liste » a en quelque sorte « absorbé » les autres, notamment celles de l'article 4. Mais ceci ne signifie pas que, en l'absence d'une dérogation étendue, l'établissement public en question n'aurait pas pu recourir aux autres possibilités ouvertes par le statut de la fonction publique.

deux | Au demeurant, rien, dans la rédaction des dispositions législatives générales, ne semble interdire à un établissement public administratif de recourir concomitamment à la dérogation de l'article 3-2° et à celles de l'article 4, même s'il n'est pas certain que telle ait été l'intention du législateur.

La justification opérationnelle réelle d'une telle pratique est, quant à elle, tout aussi compliquée à établir. Dans leurs réponses au questionnaire adressé par la mission et lors des échanges avec les rapporteurs, les gestionnaires sollicités font apparaître que, bien souvent, la frontière entre les catégories dérogatoires est, pour eux, relativement abstraite.

4 - LA REVUE D'UN PANEL D'ÉTABLISSEMENTS DÉROGATOIRES FAIT APPARAÎTRE DES JUSTIFICATIONS DU RECOURS À LA DÉROGATION TRÈS VARIÉES

La mission a passé en revue, dans les établissements choisis comme échantillon, les justifications données aux dérogations. Il est apparu que la justification par les missions particulières exercées, seule mentionnée par le statut général, recouvre en réalité d'autres motifs : volonté d'échange avec le privé, autonomie de gestion, compétences spécifiques requises, ancienneté du système contractuel dans l'organisme... Il est apparu en outre qu'une série d'autres justifications tenait aux avantages supposés du mode de gestion des contractuels par rapport à celui des corps de fonctionnaires.

4.1. LA JUSTIFICATION PAR DES MISSIONS PARTICULIÈRES, TRÈS SOUVENT INVOQUÉE, N'EST PAS TOUJOURS FONDÉE

Ayant mis en lumière en première analyse la relative ambiguïté qui est celle du cadre juridique général ouvrant la possibilité d'un régime dérogatoire pour les établissements publics, la mission a cherché à comprendre de quelle manière les gestionnaires et leurs tutelles avaient, de leur côté, appréhendé les critères à prendre en compte.

Les réponses obtenues sont assez diversifiées mais, dans leur diversité, elles convergent toutefois au moins sur un point : une certaine confusion s'est installée dans la pratique entre des critères relatifs aux missions des établissements et ceux ayant trait aux besoins professionnels des recruteurs. Elles montrent également qu'existent aussi, dans quelques cas, des motivations, presque des stratégies, nourries par la volonté de favoriser une certaine « perméabilité » avec le marché du travail privé. La dérogation devient alors un élément de facilitation auquel les établissements estiment qu'il leur serait difficile, voire impossible, de renoncer.

4.1.1. Les cas où les missions exercées par les établissements publics diffèrent nettement de celles exercées par d'autres administrations sont en réalité limités

Les rapporteurs avaient retenu, parmi leur panel, certains établissements publics bénéficiant d'une dérogation totale (c'est-à-dire sur l'ensemble de leurs emplois), de manière à pouvoir déterminer s'il était de possible de dégager un critère simple et objectif lié à la nature des missions. On peut admettre en effet, au moins intellectuellement, qu'un établissement public chargé de missions dont il n'existe aucun autre exemple parmi les administrations traditionnelles, peut avoir plus naturellement vocation à entrer dans le champ dérogatoire²⁴.

Ces cas sont en réalité peu nombreux et la mission a d'ailleurs relevé que les ministères de tutelle se montraient assez restrictifs sur l'usage d'un tel critère.

²⁴ Au demeurant, cette « lecture » avait été utilisée par le juge administratif à l'occasion du contentieux ouvert sur le CNC (cf. supra 2.3.).

Parmi les dérogations complètes ou presque complètes des établissements placés sous sa tutelle, le ministère de la Culture considère, entre autres, que le cas de l'INRAP (archéologie) constitue un bon exemple d'établissement public dont la spécificité lui paraît peu contestable.

Un exemple d'établissement public totalement dérogatoire : l'institut national de recherche et d'archéologie préventives (INRAP).

L'INRAP est dérogatoire pour l'ensemble de ses emplois (2 142 ETPT dont 1 740 CDI et 389 CDD). L'essentiel des agents exercent des missions d'archéologie (scientifiques et techniques) ; seules 400 personnes sont affectées à des tâches administratives ou logistiques. L'établissement, créé en 2002, ne recrute que des agents non-titulaires.

L'INRAP a été créé par voie législative à partir de l'Afan, qui était une association loi 1901. Les contrats privés des salariés de cette association avaient été, dans ce cadre, transformés en contrat de droit public. Si la titularisation avait pu être envisagée à l'époque, elle a été écartée en opportunité, aucune filière existante ne permettant d'intégrer l'ensemble des fonctions exercées.

Toutefois, de manière générale, la question de savoir si le recrutement de contractuels se justifie mieux pour des fonctions déterminées (dérogations de droit commun) que pour l'ensemble d'une mission (art 3-2) ne peut pas être totalement écartée, même dans ce type de cas.

Plusieurs représentants des organisations syndicales auditionnées considèrent notamment que les fonctions support des établissements dérogatoires pourraient parfaitement être assurées par des fonctionnaires. On peut par exemple s'interroger sur le fait de savoir en quoi le fait de recourir à des fonctionnaires ayant acquis, par leur formation initiale ou à l'occasion de précédentes fonctions des compétences en matière de gestion budgétaire ou de marchés publics serait inimaginable même lorsque l'établissement public recruteur intervient sur des missions très atypiques²⁵.

La mission a noté, parmi les arguments à rebours des établissements et de leurs tutelles, qu'un souci d'homogénéité de la gestion et de « préservation » du climat social justifierait néanmoins l'emploi de contractuels également pour ces fonctions. En outre, dans certains cas, les fonctionnaires employés pour les fonctions support supporteraient un écart important de rémunération en leur défaveur. La mission entend cet argument mais note toutefois que de nombreux fonctionnaires détachés le sont sur des contrats ad hoc et non avec des rémunérations conformes au système de gestion de l'établissement.

4.1.2. Dans plusieurs cas, la motivation de l'administration a davantage été de recourir à des professions présentes dans le secteur privé, afin de favoriser les échanges avec celui-ci

Le panel retenu par la mission a fait apparaître, parmi les motivations justifiant le recours aux dérogations, un critère qui ne faisait pas partie de ceux appréhendés par le législateur. Dans plusieurs situations analysées, il ressort en effet que les gestionnaires d'établissements ainsi que leur tutelle estiment souhaitable de pouvoir favoriser une certaine « perméabilité » avec le secteur privé, parce que ce dernier constitue le vivier naturel des

²⁵ De fait, la démonstration par l'absurde est quasiment apportée par la fréquence élevée du recours à des détachements sur contrat ... de fonctionnaires (cf. infra 1ème partie 4.2.2).

compétences ou parce qu'il constitue, par la suite, des débouchés professionnels naturels pour des agents non titulaires.

Plus marginalement, mais ces configurations méritent également d'être citées, certains établissements publics soit, sont issus d'anciennes structures associatives dont les collaborateurs étaient régis par le code du travail (cas de l'INRAP évoqué dans la section précédente ou encore de l'ATIH) soit, ont absorbé de telles structures (cas du CNPF, cf. encadré ci-dessous). Existe également le cas où l'établissement public constitue une « tête de réseau » essentiellement composé de structures associatives, comme l'ANACT.

Deux exemples de situation « hybride » : le Centre National de la Propriété Forestière (CNPF) et l'ATIH

Le CNPF se définit comme étant chargé d'une mission d'incitation et d'aide des propriétaires privés à la mise en valeur de leurs forêts. Les représentants de l'établissement public estiment que cette mission est essentiellement différente de celle de l'ONF et se rapprocherait davantage de la logique des chambres des métiers. Le choix, opéré dès 1963, de recourir à des contractuels reflète ce rôle. Les compétences recherchées, ainsi que la volonté d'ancrer les agents dans des logiques de mobilité potentielle avec des employeurs privés avaient donc conduit à prévoir une dérogation large. Le CNPF met aussi en avant le fait que les collectivités territoriales, co-financeurs du centre, seraient réticentes à rémunérer indirectement des fonctionnaires.

La structure actuelle du CNPF résulte du regroupement en 2009 des anciens centres régionaux qui existaient depuis 1963. Les structures régionales sont dérogatoires depuis l'origine du décret-liste. L'établissement emploie 475 agents, dont 365 sous plafond d'emploi. Le CNPF a absorbé en 2009 une petite association et emploie donc également des contractuels sous le régime du code du travail (35,2 ETP).

Le cas de l'ATIH (111 personnes dont 81 A+, 93 en CDI et 11 détachés - essentiellement des praticiens hospitaliers et des médecins conseil de l'assurance maladie qui ne pourraient être en PNA - relève aussi en partie de la proximité avec les métiers du secteur privé. Le recours à la dérogation est justifié par la nature des missions de l'établissement qui requièrent une très forte spécialisation dans les domaines de l'informatique, de la médecine et des techniques quantitatives. La faible part des personnels non spécialisés (9) fait que la question de l'affectation de fonctionnaires ne s'est jamais posée. L'autre facteur explicatif est que l'agence s'est créée à partir de diverses structures dont certaines qui avaient la forme d'associations : le recours au CDI a favorisé leur intégration dans la nouvelle structure.

L'argument de « perméabilité » avec le secteur privé est en partie relayé par les ministères de tutelle mais, là encore, il est difficile de le détacher complètement de considérations d'opportunité. Ainsi, le ministère de l'Agriculture estime justifiée la dérogation globale du CNPF : l'éclatement territorial du centre et la spécificité de ses missions semblent rendre très difficile le recrutement de fonctionnaires, même s'il reconnaît que des considérations d'ordre plus « politique » ont pu déterminer le choix de la dérogation (relations avec les propriétaires forestiers privés).

Le CNPF estime que les mobilités de ses agents, au delà des mobilités internes par mouvements géographiques entre ex centres régionaux, se font avec le secteur privé, essentiellement pour des agents expérimentés qui peuvent trouver des débouchés valorisant chez les professionnels de la filière.

Le choix du statut dérogatoire pour l'ensemble des catégories d'emplois de l'ANACT, créée par la loi en 1993 sous les auspices du paritarisme, a été dicté par la volonté de lui donner les moyens de recruter des agents issus en grande partie du secteur privé. Les profils et

expériences souhaitées pour ses travaux de recherche sont plus facilement disponibles chez des personnes ayant elles-mêmes travaillé dans le secteur privé.

La structure générale regroupe l'ANACT proprement dite qui est une petite entité (84 agents) et le réseau des ARACT qui sont des associations loi de 1901 où se retrouve la logique de paritarisme (le réseau représentant 300 personnes environ). De par leur personnalité juridique les ARACT recrutent sous le régime du code du travail.

4.1.3. Le plus souvent cependant la justification des dérogations par les missions exercées ne paraît pas valide

Si les configurations exposées précédemment font apparaître des motivations qui présentent incontestablement une certaine cohérence, et ont en outre en commun le fait que les missions « cœur » de l'établissement, mobilisant la plus grande partie des effectifs, peuvent être considérées comme très différentes de celles d'une administration, le panel examiné par les rapporteurs montre tout de même qu'elles sont assez marginales.

En effet le critère lié au caractère propre des missions est assez fragile, voire contestable dès lors que la même mission est considérée comme justifiant une dérogation dans certains établissements et pas dans d'autres, alors même qu'il s'agit d'établissements exerçant, si l'on peut dire, la même « activité ».

La mission, par exemple, constate qu'il n'existe pas, s'agissant de « l'activité musée », très présente dans le champ dérogatoire, de cohérence de doctrine. Dans le périmètre relevant du ministère de la Culture, coexistent de nombreux cas de dérogations globales ou quasi globales qui paraissent justifiées essentiellement par un simple souhait d'autonomie : Centre Pompidou, Centre des monuments nationaux, Branly, à côté d'établissements qui sont non dérogatoires (Orsay) ou très partiellement dérogatoires (Le Louvre).

Dans tous les cas, il est très difficile de comprendre en quoi les fonctions exercées diffèrent et encore plus difficile de déterminer en quoi elles justifient une dérogation. De plus, ces établissements recourent largement à des fonctionnaires de l'Etat affectés (500 surveillants au Centre des monuments nationaux) ou détachés (une trentaine à Branly dont une quinzaine de conservateurs).

Le cas du Centre Pompidou.

A la création du centre (loi du 13 juillet 1975) a été prévue une dérogation globale au principe de l'occupation des emplois permanent par des fonctionnaires, dérogation instituée par le décret-liste. Ceci résultait de la volonté de donner au centre une pleine autonomie de gestion par rapport au ministère de la Culture, dans un contexte de rivalité avec les structures traditionnelles du ministère. Un quasi statut de contractuels, calqué sur la fonction publique, a été édicté par la décision interministérielle du 26 mars 1976. L'établissement emploie 31 fonctionnaires, tous détachés sur contrat, et 1 399 contractuels (environ un millier d'ETPT).

Les missions de Pompidou, qui gère notamment les collections du musée national d'art moderne, ne sont pas complètement différentes de celles des grands musées ou de la BNF, qui ne dérogent pas, ou très partiellement, à l'emploi de fonctionnaires. Le référentiel des métiers du Centre mentionne pour quasiment tous les métiers, sauf pour l'encadrement de proximité (groupe II), un ou plusieurs corps de fonctionnaires de référence : conservateur / conservateur général du patrimoine, ingénieur de recherche, ingénieur d'études, ingénieur des services culturels, assistant ingénieur, attaché territorial de conservation du patrimoine, technicien d'art, chef de travaux d'art, conservateur de bibliothèques, bibliothécaire, bibliothécaire adjoint spécialisé, chargé d'études documentaire, secrétaire de documentation, adjoint technique, technicien des services culturels, secrétaire administratif, technicien de recherche, adjoint technique d'accueil, de surveillance et de magasinage, secrétaire administratif, attaché d'administration, administrateur civil, adjoint administratif, magasinier de bibliothèque, conducteur automobile, infirmier.

Un indice du caractère très relatif du critère par les missions est que, au sein d'un établissement jouissant d'une dérogation, une même mission est souvent exercée à la fois par des fonctionnaires et par des contractuels.

Le cas de la BNF illustre un grand écart entre le contenu, en principe limité, de sa dérogation et l'usage réel qui en est fait.

La BNF emploie quelques dizaines de contractuels issus de l'établissement constructeur, qui bénéficiait alors d'une dérogation globale. Hormis cette catégorie, la BNF ne fait pas usage de la dérogation prévue par le décret (emplois des catégories A, B et C des services commerciaux et d'édition, des services de la communication et des services d'organisation des expositions, à l'exception des chefs de service). Selon les interlocuteurs de la mission, il est difficile de faire coexister un recrutement en CDI pour ces missions et des recrutements en CDD pour les autres fonctions. La BNF préfère donc n'utiliser que les dérogations de droit commun : nature des fonctions et service à temps incomplet. Mais elle le fait pour un volume très important d'emplois et restreint en outre de ce fait la possibilité d'accès direct au CDI.

L'établissement BNF employait, en 2011, 2 387 ETPT dont 1 556 fonctionnaires (1 505 fonctionnaires affectés, 20 détachés dans les corps des bibliothèques, 3 MAD et 28 fonctionnaires hospitaliers ou territoriaux détachés dans les corps) et 832 contractuels, dont 286 CDD et 546 CDI, (dont 25 fonctionnaires Etat et 5 fonctionnaires hospitaliers ou territoriaux). Le bilan social 2010 recense 2 414 agents dont 354 fonctionnaires des corps Culture, 1 225 fonctionnaires des corps Education nationale, 639 non titulaires (catégorie A 393, B 224, C 21) et 195 non titulaires à temps incomplet.

L'établissement emploie un nombre important de contractuels sur des fonctions pourvues simultanément par des fonctionnaires, au niveau A (53 chargés de collections contractuels par exemple pour 172 fonctionnaires) mais aussi au niveau B et C (49 gestionnaires administratifs contractuels pour 48 fonctionnaires par exemple). Cette situation semble s'expliquer d'une part par le besoin de recourir à des spécialistes issus du privé concurrentiellement à l'emploi de fonctionnaires, d'autre part par l'absence de candidatures de fonctionnaires ou par des commodités de gestion.

4.1.4. Ces constats ont conduit l'administration à décider dans certains cas le retour au droit commun

La mission a pu constater, notamment dans le cadre des entretiens « transversaux » avec les représentants de certains ministères de tutelle et avec les organisations syndicales que le caractère instable de ces critères était assez largement admis. Dans un certain nombre de situations, un consensus semble s'être dégagé pour tenter de remettre des établissements publics dans le strict domaine du droit commun. Plusieurs opérations de cette nature ont été conduites au cours de la période récente.

Deux exemples de « sortie » du régime dérogatoire au ministère de l'agriculture

Au ministère de l'agriculture, la suppression des dérogations globales ou quasi globales dont bénéficiaient les offices agricoles a accompagné la restructuration de ce secteur à compter de 2006 : fusion du CNASEA et de l'AUP devenus l'ASP, constitution de France Agrimer. L'ensemble des offices (y compris l'ONIC qui disposait de corps propres de fonctionnaires) a désormais rejoint le droit commun statutaire, les agents, relevant de différents quasi statuts ayant eu la possibilité d'opter courant 2011 pour l'intégration dans les corps de fonctionnaires du ministère ou pour l'accès à un quasi statut unifié en extinction. Les organismes fusionnés ne peuvent désormais recruter des agents non titulaires que sur la base du droit commun du statut général.

De même, le ministère a opté pour la suppression de la dérogation partielle accordée à l'ONF, par une disposition de la loi du 12 mars 2012. L'ONF (EPIC) employait trois catégories d'agents : des fonctionnaires (5 700 dont 900 « affectés » -IPEF/ LAE- et 4 900 relevant des corps propres de l'établissement), des agents relevant du droit du travail (ouvriers forestiers sous convention collective : 3 000 personnes) et enfin des contractuels « dérogatoires » accueillis sur des missions informatiques et scientifiques (350 agents en CDI de droit public, massivement en catégorie A ou A+) : ces derniers emplois ne sont plus considérés comme dérogatoires.

De manière générale, le ministère de l'agriculture, sur la base de ces chantiers de restructuration ayant porté sur un assez grand nombre d'agents, estime que, pour l'avenir, il serait probablement plus pertinent de fonder les dérogations sur la notion de métiers, et si possible par une approche transversale et non plus par établissement²⁶.

Il y a là, selon la mission, une réflexion intéressante, dont elle s'est inspirée en partie pour élaborer certaines propositions d'évolution qui sont présentées par la suite (cf. notamment infra 6.2.1.).

Malgré tout, dans d'autres cas pour lesquels la justification par les missions n'est pas davantage évidente, c'est essentiellement l'ancienneté des situations contractuelles qui a dissuadé l'administration de les remettre en cause.

Les rapporteurs ne mésestiment pas la difficulté que pourraient rencontrer certains des établissements publics dérogatoires dans la perspective d'une sortie du régime actuel. C'est la raison pour laquelle les propositions d'évolution devront, selon eux, tenir malgré tout compte de certaines situations particulières où il n'apparaît pas de manière évidente que les inconvénients, réels, du régime dérogatoire, seraient plus importants que l'avantage, relatif, d'un retour au droit commun.

²⁶ Il s'agirait donc, selon nos interlocuteurs, de privilégier une approche strictement fonctionnelle, commune si possible à l'ensemble des personnes morales relevant du titre II du statut général.

Deux cas de structures dérogatoires « historiques »

Le CNOUS et les CROUS

La dérogation du CNOUS et des CROUS porte sur les personnels ouvriers chargés des missions de restauration, d'hébergement et des services généraux (8 183 ETP). Ces personnels étaient initialement soumis au droit du travail. Lors du passage à un régime de droit public, en 1987, la titularisation a été refusée nonobstant l'existence de corps de fonctionnaires assurant la même mission (TOS). Le CNOUS et les CROUS emploient par ailleurs des personnels fonctionnaires affectés pour les fonctions administratives et techniques (corps du MEN et du MESR).

Les agences de l'eau

Les agences de l'eau sont issues de structures anciennes (création en 1966 à la suite de la loi de 1964 sur la lutte contre la pollution des eaux). Elles ont progressivement évolué de très petites structures à des établissements plus importants.

L'inscription au décret-liste semble avoir été motivée autant par l'existence de niveaux de rémunération plus avantageux que ceux des fonctionnaires que par une analyse fondée sur le particularisme des métiers. La dérogation a de ce fait permis le maintien d'un régime financièrement attractif.

L'Agence de l'eau Seine-Normandie, la plus grande, emploie 491 agents (donnée 2010) représentant 480,5 ETP. Les emplois permanents représentent une part très importante du total (467 ETP dont 426 agents contractuels). Les emplois non-permanents sont marginaux (13 ETP, en CDD).

4.1.5. La mission estime que le critère plus fin des compétences, voire des spécialités professionnelles requises par les missions des établissements est plus opérationnel que le critère trop général des missions ou des types de fonctions assurées

La spécificité des fonctions, qui ne seraient pas susceptibles d'être assurées par des fonctionnaires, est de fait utilisée par beaucoup d'établissements dérogatoires. Ce type de motivation - qui coïncide avec celui prévu dans le droit commun pour le recrutement de non titulaires à durée déterminée, dans la catégorie A, justifié par la nature des fonctions ou les besoins des services - paraît souvent mieux justifié, dans les établissements dérogatoires, que la nature des missions.

Jusqu'où est-il nécessaire d'aller dans la finesse de ce critère ? Les travaux de la DGAFP se réfèrent à une distinction entre les fonctions classiques de l'administration (administratives, techniques, ouvrières) et les fonctions spéciales pour lesquelles un corps de fonctionnaire n'a pas toujours été constitué, les dérogations n'étant a priori justifiées que dans ce domaine. Cette grille d'analyse semble utiliser des mailles trop larges. Des cas fréquents de recours à des contractuels sont l'emploi de juristes spécialisés, d'informaticiens spécialisés, d'ingénieurs en bâtiment spécialisés, de spécialistes du patrimoine : ces fonctions sont cependant exercées également par des fonctionnaires. Le motif du recours à un contractuel est alors une spécialité, plus étroite que la fonction.

L'IGN est dérogatoire pour les catégories A, B, C du secteur commercial, mercatique et communication, A et B du secteur aéronautique, A du secteur NTIC et juriste expert en droit des affaires. Cet établissement est représentatif des situations dans lesquelles une dérogation a été faite au titre des missions alors que la réalité du besoin relève de la nature fine des compétences requises.

Les dérogations ont été consenties en deux étapes. D'abord pour pourvoir les emplois commerciaux afin de pouvoir recruter des agents formés dans les écoles de commerce, en l'absence de compétence (et d'appétence) des fonctionnaires de l'établissement et du ministère pour ces fonctions. Elles ont ensuite été étendues à la mercatique et aux catégories B et C ainsi qu'aux mécaniciens aéronautiques (les pilotes étant recrutés sur la base d'une disposition du code de l'aviation civile). Le choix d'inscrire ces postes au décret liste (alors même qu'il aurait été possible de recruter sur la base de l'absence de corps ou de la nature des fonctions s'agissant de la catégorie A) a été influencé par le fait que le contrôle financier a toujours exercé un contrôle très attentif des motifs de recrutement (obligation de faire un appel préalable aux fonctionnaires, republication des postes au terme de trois ans...). Il exerce d'ailleurs toujours un contrôle vigilant du bien fondé du recours au recrutement sur la base des dérogations. L'inscription sur le décret liste a constitué un vecteur de « sécurisation » de la situation des personnels concernés.

L'établissement emploie 1658 personnes dont 755 ouvriers d'Etat, 4 personnels contractuels « aéronautiques » (pilotes) et 146 autres contractuels. Les autres agents sont des fonctionnaires de l'Etat et de corps propres.

Les cas d'inscriptions plus récentes au « décret liste » montrent toutefois que, là encore, le maniement des critères liés aux spécialités reste encore perfectible. Mais il convient tout de même, selon les rapporteurs, de saluer cet effort de rigueur. L'exemple de l'ANTS, retenu dans le « panel » de la mission est, de ce point de vue, assez riche en enseignements dans la mesure où il constitue un cas de dérogation restreinte à des « filières métier » bien particulières.

L'ANTS, EPA créé en 2007 assume, pour le compte de l'Etat, les missions liées à la fabrication des titres réglementaires (cartes d'identité, passeports, titres de séjour, permis de conduire, cartes grises). A ce titre, il a notamment la responsabilité du développement et du maintien en conditions opérationnelles des systèmes d'information correspondants.

L'ANTS a été inscrite sur la liste des EPA dérogatoires (annexe au décret 84-38 du 18 janvier 1984) dès sa création. Il s'agit d'une dérogation catégorielle portant sur deux domaines d'emplois :

- Emplois requérant des compétences spécialisées dans les domaines des technologies et des systèmes d'information indispensables à la conception et à la gestion des titres sécurisés (catégories A et B) ;
- Emplois de catégorie C liés à des fonctions de téléopérateur ou d'assistance informatique, technique et administrative au sein du centre d'appels.

Le régime dérogatoire représente plus de 50% des emplois de cet EPA de petite taille (plafond d'emploi de 120 ETPT).

Aux yeux de l'établissement, le régime dérogatoire apparaît comme justifié pour la première catégorie (informaticiens) dans la mesure où l'ANTS travaille essentiellement par grands projets informatiques successifs (passeport biométrique, SIV etc.) pour lesquels des profils spécialisés avec des compétences de haut niveau immédiatement mobilisables est nécessaire. Le ministère de tutelle dispose certes d'un corps de fonctionnaires SIC mais ce vivier est jugé trop étroit au regard des besoins de l'agence et au demeurant le ministère recourt lui-même largement à des contractuels. A la création de l'agence, des contractuels en CDI du ministère lui ont été transférés. Aujourd'hui il ne recrute plus qu'en CDD. Seuls les emplois équivalents à la catégorie A sont visés. Le recrutement en CDD ne semble pas gêner l'agence qui se coule dans les usages d'un secteur professionnel où la mobilité choisie est forte.

S'agissant de la seconde catégorie, la nature même des fonctions de téléopérateur se concilie assez mal avec une idée de carrière dans un métier qui attire surtout des personnes en début de parcours professionnels, pour qui il s'agit d'une activité transitoire, ou d'une phase de reconversion²⁷. Par ailleurs, le niveau d'activité connaît des variations importantes selon les cycles propres des différents projets concernés. Combinées, ces deux caractéristiques conduisent à considérer que ces emplois sont qualifiés de manière inappropriée « d'emplois permanents », ce qui pose la question même du fondement de la dérogation sur cette catégorie. L'ANTS n'a donc recruté qu'en CDD sur ces emplois. Les premiers renouvellements ont été faits pour trois ans. Désormais les renouvellements ne sont plus consentis que pour un ou deux ans, considérant qu'il serait antinomique de pérenniser des personnels dans des fonctions considérées comme essentiellement non permanentes.

4.2. LES AVANTAGES QUE PROCURERAIT LA GESTION DE CONTRACTUELS SONT ASSEZ LARGEMENT MIS EN AVANT, MAIS L'ARGUMENTATION QUI LES ÉTAYE REPOSE SUR DES POSTULATS DONT LA SOLIDITÉ EST PARFOIS CONTESTABLE

L'examen de ce qui précède met en évidence que la justification des dérogations, lorsqu'elle est strictement évaluée à l'aune des critères liés aux missions des établissements publics ou aux métiers, ne restitue qu'une partie des raisons pour lesquels les gestionnaires considèrent que, sauf exception, le régime dérogatoire conserve à leurs yeux de réels avantages.

Parmi ces derniers, il en est un certain nombre qui n'avaient pas été identifiés par le législateur et qui sont par conséquent étrangers à la réglementation en vigueur. Ils n'en jouent pas moins un rôle essentiel et la mission a considéré qu'il était indispensable de les intégrer dans ses travaux. On peut considérer qu'il s'agit là d'avantages dérivés ou secondaires du recours aux contractuels mais la fréquence avec laquelle ils ont été évoqués par nos interlocuteurs montre qu'il s'agit bien d'éléments structurants dans la démarche et la stratégie des gestionnaires. Ils peuvent de ce fait constituer, dans le cadre d'une future réforme, des éléments qu'il conviendra de prendre en considération si l'on veut éviter qu'ils ne deviennent autant de points de résistance ou de blocage.

4.2.1. Les établissements font valoir, non sans fondement, la difficulté à pourvoir au moins certains types de postes par appel aux corps de fonctionnaires

La mission s'est attachée à déterminer si l'introduction récente d'une série d'améliorations destinées à encourager et à faciliter les démarches de mobilité au sein des trois fonctions publiques avait, même modestement, pu modifier les conditions générales de recrutement par les établissements publics dérogatoires.

Ces améliorations, notamment celles résultant de la loi « mobilité » de 2009, auraient pu en effet se traduire par la levée d'un certain nombre d'obstacles à l'affectation, sur certains emplois de ces établissements publics, de fonctionnaires provenant soit des ministères de tutelle, soit d'autres administrations. Les éléments restitués par les établissements publics et les tutelles, sollicités par la mission, indiquent que les changements, de ce point de vue, ont

²⁷ Cette activité pose par ailleurs une vraie question de fond : peut-on réellement parler de spécialisation (qui donc justifierait une dérogation) dans le cas d'une activité qui, en tout cas dans le secteur privé où elle s'est beaucoup développée, se caractérise par un turn-over très important et où, en règle générale, les salariés ne souhaitent pas faire carrière ?

été infimes. Il est certes incontestable que la relative étroitesse du socle d'emplois que représentent ces établissements publics dérogatoires ne puisse de toutes manières que générer un flux quantitativement très faible de mouvements. Toutefois, de manière assez convergente, les interlocuteurs de la mission mettent en avant un constat de statu quo dans le domaine des mobilités.

Les gestionnaires d'établissements publics rencontrés continuent donc, à une très large majorité, à estimer que, fondamentalement, l'un des bénéfices de la dérogation est de leur permettre de résoudre, surtout dans le cas où celle-ci est globale ou quasi-globale, les difficultés liées à l'absence ou à la faiblesse des flux de candidatures qu'ils seraient susceptibles de recueillir de la part de fonctionnaires.

La mission ne disposait pas, dans le cadre de ses travaux, d'éléments permettant d'objectiver complètement cette situation²⁸. Il est par ailleurs impossible, faute d'une étude ad-hoc, d'identifier et d'analyser finement les éléments qui peuvent dissuader des fonctionnaires de faire acte de candidature auprès d'établissements publics, alors que dans bien des cas ce n'est pas la nature des fonctions qui constitue un obstacle.

Ainsi, à titre d'illustration, la BNF emploie plusieurs centaines de contractuels dans des filières spécialisées : bâtiment, informatique, juriste... Les fonctions publiques territoriales et hospitalières ainsi que les universités permettraient théoriquement de pourvoir une partie de ces emplois. C'est très rarement le cas notamment parce que, selon les interlocuteurs de la BNF, ces agents bénéficieraient d'avantages en nature (logement, voiture...) qu'elle ne peut offrir.

Avec quelques nuances, ce constat est repris par les tutelles. La direction de l'eau et de la biodiversité constate par exemple régulièrement que certains emplois de catégories B/C ne parviendraient pas à être pourvus à l'ONEMA en raison de l'absence de candidatures de fonctionnaires.

4.2.2. Lorsqu'il est toutefois fait appel à des fonctionnaires, le mécanisme très contestable du détachement sur contrat continue à prévaloir dans beaucoup de cas, au détriment de l'affectation

Le constat peu encourageant qui se dégage ci-dessus ne doit cependant pas conduire à penser que les établissements publics dérogatoires constitueraient des « terra incognita » pour les fonctionnaires.

Le « panel » se révèle une nouvelle fois très précieux car, il révèle qu'en réalité, le recours à des fonctionnaires ne relève pas de l'aléa statistique. Mais, dans l'immense majorité des situations rencontrées, les établissements, au lieu de s'appuyer sur des dispositions de droit commun (ce qui semblerait logique, s'agissant de fonctionnaires), en optant pour le régime de la « position normale d'activité », choisissent d'accueillir ces agents sous le régime des contractuels (selon la pratique du « détachement sur contrat »).

²⁸ Il ne semble pas, en tout cas, que cette situation puisse être uniquement imputable à une absence de volonté de la part des recruteurs. L'analyse des processus de publicité des postes montre que dans la très grande majorité des cas, les établissements publics recourent aux moyens permettant de toucher le public des fonctionnaires (bourses de l'emploi, intranet ministériels etc.), visiblement sans grand succès.

Certes, comme l'a relevé la mission s'agissant des emplois dérogatoires, la doctrine de la Fonction publique semble continuer à proscrire l'affectation de fonctionnaires, suivant un raisonnement qui semble cependant assez contestable et qui devrait, selon les rapporteurs, faire l'objet d'un examen critique approfondi (cf. notamment infra 7.1.4.)²⁹.

Toutefois, au-delà de cette considération juridique, l'intérêt des fonctionnaires (gains de détachement) et des établissements (le détachement est assimilé à un « CDD ») continuent à se conjuguer pour faire perdurer ces situations s'agissant des emplois non dérogatoires.

Un grand nombre de représentants des organisations syndicales et certains représentants des tutelles soulignent le caractère assez peu cohérent de cette pratique avec l'esprit même du dispositif de dérogation : il paraît en effet paradoxal d'affirmer que la dérogation est justifiée, par exemple par l'absence de corps susceptibles de couvrir des besoins dans un domaine donné et de considérer qu'un fonctionnaire, par définition rattaché à un corps, remplit les critères professionnels lui permettant d'être embauché sur un contrat. Les rapporteurs partagent ce scepticisme.

Les grands principes de la « PNA³⁰ »

Un agent est en « position normale d'activité » lorsqu'il est affecté dans un poste dont les fonctions correspondent aux missions définies dans son statut. Nonobstant les dispositions du statut particulier relatives aux services dans lesquels ces missions peuvent être exercées, le décret 2008-370 autorise l'affectation dans l'ensemble des administrations et EPA dès lors que les missions sont bien celles qui correspondent au grade détenu par l'agent.

Un fonctionnaire ne peut prétendre à être affecté que sur des emplois dont les fonctions correspondent à celles qu'il a vocation à exercer du fait de son grade.

C'est l'administration d'affectation qui rémunère l'agent. Les primes et indemnités demeurent celles afférentes à son corps, mais la modulation est effectuée par l'administration affectataire. L'agent peut, en outre, percevoir les indemnités prévues pour l'emploi qu'il occupe (indemnité de régisseur, NBI par exemple.)

x S'agissant de la PNA, l'une des dispositions introduites en 2008 concernait directement les établissements publics et visait précisément à ouvrir de manière très large le régime de la PNA aux fonctionnaires affectés dans les établissements publics³¹.

Dans la pratique, cette possibilité, manifestement encore peu connue des gestionnaires, n'a pas suscité, dans le cas des établissements publics interrogés par la mission, un intérêt très marqué.

Du côté des tutelles, la mission n'a relevé qu'un seul cas où ce sujet a été intégré dans les réflexions sur la GRH. Au ministère de l'écologie, la direction de l'eau et de la biodiversité indique avoir réussi à mettre en place quelques cas de PNA récemment. Elle

²⁹ Au Centre Pompidou, par exemple, les 31 fonctionnaires sont tous détachés sur contrat. Il est considéré que cette solution découle automatiquement de la dérogation générale de l'établissement. En revanche il y a discussion sur les gains de détachement.

³⁰ Extraits de la fiche de présentation de la DGAFP – avril 2009. Le régime de PNA a été généralisé dans le cadre du décret n° 2008-370 du 18 avril 2008 organisant les conditions d'exercice des fonctions, en position d'activité, dans les administrations de l'Etat.

³¹ Article 1^{er} : « Les fonctionnaires de l'Etat ont vocation à exercer les fonctions afférentes à leur grade dans les services d'un ministère et, nonobstant toute disposition statutaire contraire :

1° Dans les établissements publics placés sous la tutelle de ce ministère ;

2° Dans les services et établissements publics de l'Etat relevant d'autres départements ministériels... »

estime que cela devrait être un mode de gestion normal entre administration centrale et établissements³².

Le dispositif de PNA heurte en réalité de plein fouet deux considérations auxquelles sont attachés non seulement les établissements publics mais également les fonctionnaires intéressés. Ces facteurs se conjuguent pour faire de l'affectation un repoussoir : le souhait de l'établissement d'accueil de maîtriser la durée de présence du fonctionnaire accueilli (le détachement a toujours une durée limitée), là où la PNA est considérée comme étant totalement à la discrétion de l'administration de tutelle mais aussi le souhait de l'agent détaché de bénéficier d'un gain de rémunération³³. Les administrations d'accueil au demeurant ne jugent pas toujours illégitime un gain de rémunération, qu'il passe ou non par l'établissement d'un contrat, comme élément d'incitation à la mobilité.

Il faut souligner que ceci n'est pas dénué d'inconvénients : le retour au ministère des fonctionnaires précédemment détachés continue à poser problème, les agents souhaitant alors conserver leur niveau de rémunération.

La mission a pu noter que ce sujet provoquait un certain embarras. Les établissements publics ne veulent pas perdre l'avantage compétitif que leur procurerait le mécanisme du détachement sur contrat et qui, il convient de le souligner, profite essentiellement aux fonctionnaires des catégories A.

Quelques exemples de recours aux détachements sur contrat

Au CNPF, les cas de recours à des fonctionnaires sont circonscrits aux emplois de direction, pour lesquels il peut être fait appel soit à des agents contractuels par promotion interne, soit à des détachements de fonctionnaires sur contrat.

La BNF indique que le détachement sur contrat de fonctionnaires du ministère de la Culture était fréquent dans le passé. Ces situations auraient été progressivement résorbées à la BNF, résorption facilitée par la création de cinq emplois fonctionnels de DG et de directeur (culminant de B bis à E). Le tableau des effectifs pour 2011 mentionne cependant 25 titulaires Etat détachés sur contrat.

L'ANTS emploie des fonctionnaires, peu nombreux, sous un régime de détachement sur contrat. Ceci concerne essentiellement les fonctions d'informaticiens et quelques emplois administratifs.

4.2.3. Une plus grande déconcentration de la gestion des corps entre les mains des établissements pourrait remédier au moins en partie à la faible attractivité de cette gestion aux yeux des agents comme à ceux des établissements employeurs

Pour la mission, ces appréhensions sont sans doute compréhensibles mais il convient d'examiner s'il n'existe pas des moyens d'atténuer fortement les inconvénients mis en avant dans de tels cas.

³² Du côté des établissements publics du « panel », seul l'IGN indique accueillir désormais uniquement des fonctionnaires en position d'activité (seuls les agents de l'agence comptable sont détachés).

³³ Il est en effet encore assez largement fait usage, dans le cadre des détachements sur contrat à la pratique dite « des 15% » qui consiste à établir la rémunération d'un fonctionnaire détaché sur contrat sur la base de sa rémunération d'origine majorée de 15%. Cette pratique est théoriquement en voie d'extinction, et en principe, ce gain n'est plus accepté par les contrôleurs budgétaires.

Ceci supposerait de modifier les procédures de gestion collective (examen des affectations, des promotions, des modulations indemnitaires...), ce à quoi les administrations centrales paraissent peu préparées. Ces changements soulèvent à la fois des difficultés réglementaires lourdes (organisation des CAP) et des difficultés d'évolution dans la posture des directions de personnel qui devraient passer d'un rôle d'administration directe à un rôle de prescripteur de règles.

Ainsi, le ministère de l'Agriculture se caractérise par une très forte centralisation de la gestion de ses fonctionnaires, tous gérés par l'administration centrale. Seuls les actes de proximité et la préparation de la paye sont délégués aux établissements. Il n'envisage pas, malgré l'accueil de 3170 nouveaux fonctionnaires issus des établissements revenus au droit commun, d'aller au-delà en termes de déconcentration. Il admet cependant que l'intégration des personnels des offices dans les corps du ministère pose des difficultés nouvelles telles que l'intégration dans le régime indemnitaire du ministère (structuration des PFR par exemple), ou la transposition des obligations de mobilité pour bénéficier d'un avancement, en vigueur dans les corps du ministère.

Au ministère de la Culture deux régimes d'affectation dans les établissements existent : la délégation de la gestion de proximité et de la paye (Le Louvre) et la gestion complète par le ministère (Orsay).

Selon le ministère, aucun des deux régimes ne présenterait de dysfonctionnement évident, la principale difficulté reconnue résidant dans les vacances frictionnelles occasionnées par les congés de maladie.

Tel n'est pas le sentiment de certains représentants d'établissements qui indiquent que venir en affectation simple dans un établissement a longtemps été perçu comme particulièrement pénalisant sur le plan indemnitaire (les établissements bénéficiaient du régime indemnitaire, inférieur, des services déconcentrés) et de la carrière (les promotions étaient plus faciles à la centrale et surtout à la direction administrative).

4.2.4. Les modalités de recrutement des contractuels conservent aux yeux des établissements des avantages certains

Dans les cas où existent des corps de fonctionnaires susceptibles de pourvoir aux fonctions recherchées, les établissements mettent néanmoins parfois en avant des motifs d'opportunité pour recourir à des contractuels :

- la possibilité de cibler une spécialité et un niveau d'expérience ;
- la possibilité de choisir un candidat au sein d'un vivier plus large que celui procuré par la gestion d'un corps ;
- la possibilité de gérer eux-mêmes le calendrier des recrutements sans dépendre des mouvements organisés par le ministère.

Ce raisonnement est assez bien illustré dans le cas de l'ASP. Les gestionnaires craignent qu'après l'intégration des personnels dans les corps du ministère de l'Agriculture, la gestion des corps ne soit moins performante que celle de l'ex-CNASEA. Le recrutement initial par concours, avec les contraintes qu'il impose, n'est pas considéré comme offrant les

mêmes avantages que le recrutement de contractuels qui permet de cibler sur des agents expérimentés. De plus, la gestion des ressources humaines assurée directement par l'établissement permettrait de promouvoir plus rapidement les meilleurs éléments et il n'est pas certain qu'une gestion, considérée comme plus lointaine, des corps du ministère permette d'atteindre la même qualité.

A ces réserves près, les viviers nécessaires pour les fonctions de l'agence, notamment en informaticiens et en spécialistes de la maîtrise d'ouvrage existent théoriquement dans les corps du ministère (affectations et primo recrutements), ainsi que dans les autres ministères et la FPT (détachements).

4.2.5. La possibilité de recruter directement en CDI grâce au régime dérogatoire est mise en avant par certains mais cette pratique est loin d'être générale

Un argument fort pouvait sembler s'imposer, pour tous les établissements publics, comme constituant un véritable « avantage compétitif » en tant qu'acteur du marché du travail : la possibilité de recrutement direct en contrat à durée indéterminée puisque, contrairement aux autres régimes dérogatoires, le régime de l'article 3-2° laisse toute latitude en la matière³⁴.

De fait, un certain nombre d'établissements publics le mettent en avant comme l'un des principaux facteurs d'attractivité.

Parmi les établissements publics échantillonnés, deux ont confirmé recourir au CDI dès le recrutement : l'Agence de l'eau Seine-Normandie et le Centre National de la Propriété Forestière. Du point de vue de la mission, cette première configuration est incontestablement la plus cohérente avec l'esprit du dispositif dérogatoire propre aux EP et avec l'objectif poursuivi qui est de pourvoir aux emplois permanents.

Quelques cas d'EPA dérogatoires qui recourent au CDI

Le quasi-statut du CNPF prévoit, pour les agents de la filière spécialisée forêt, qui représentent le groupe principal, un recrutement en CDI. Le CNPF estime qu'il s'agit d'un élément essentiel permettant d'attirer dans de bonnes conditions des agents de qualité qui auront vocation soit à poursuivre leur carrière au sein de l'établissement, soit à « essaimer » vers des employeurs privés.

A l'Agence de l'eau Seine Normandie, l'établissement recrute directement en CDI, estimant cette pratique cohérente avec le principe des emplois permanents. La contrepartie de cet « engagement » long d'entrée de jeu est la fixation de périodes d'essai longues. Dans son rôle de tutelle, la direction de l'eau et de la biodiversité s'efforce de limiter le recours au CDD par les EP dérogatoires.

Pour l'ATIH, le fait de pouvoir offrir un CDI dès l'origine est un facteur d'attractivité fort compte tenu du caractère « concurrentiel » des métiers recherchés alors même que les rémunérations offertes ne sont pas très élevées par rapport à ce qu'offrent les structures privées.

³⁴ Comme cela est précisé dans la suite du rapport, la nature du contrat initial résulte le plus souvent d'une disposition explicite du « quasi-statut » propre à l'établissement. C'est le cas par exemple pour le CNPF : l'article 1^{er} du décret n° 2009-547 du 15 mai 2009 fixant les dispositions particulières applicables aux agents contractuels de droit public des centres régionaux de la propriété forestière et du Centre national de la propriété forestière précise que le texte s'applique « aux agents...recrutés par contrat de droit public à durée indéterminée... ».

Cependant beaucoup d'établissements recrutent initialement en CDD nonobstant la faculté qui leur est donnée de recruter en CDI. Ils utilisent le CDD comme une période d'essai.

Lors des entretiens que la mission a eu avec les interlocuteurs représentant ces établissements, les raisons ayant conduit à instaurer cette pratique sont apparus multiples et souvent mélangées mais peuvent se regrouper en trois catégories :

- le souhait de ne pas diverger du régime « de droit commun » des contractuels (compris comme étant celui de l'article 4 du Titre II), dans la mesure où le recours à cette autre dérogation est fréquent. Il s'agirait donc d'une mesure d'harmonisation interne à l'établissement et il serait en outre délicat d'expliquer aux CDD « de droit commun » pourquoi certains contractuels auraient droit à une sorte de « traitement de faveur » ;
- la conviction, exprimée plus ou moins ouvertement, que le CDD initial permet mieux de « tester » les qualités professionnelles des personnels recrutés, avant de basculer vers un CDI. Dit autrement, le CDD (en général de trois ans) serait en réalité une « super-période d'essai » ;
- l'espoir, ce faisant, que les acteurs intervenant dans le processus de validation des embauches, notamment les contrôleurs financiers, se montreront moins sourcilieux, le CDD étant présumé moins « engageant » pour l'avenir³⁵.

Trois exemples de « gestion par les CDD »

La BNF préfère recruter en CDD pour garder une certaine « maîtrise » des contrats. Dans le contexte de fonction publique où elle se situe, rompre un CDI équivaut à révoquer un fonctionnaire. Le recrutement en CDD ne constitue pas une gêne sensible pour attirer les candidats dès lors que l'usage établi équivaut à un recrutement en CDI par étapes et non à une durée plafond au terme de laquelle l'emploi serait systématiquement offert à un fonctionnaire. D'une certaine manière, le premier CDD est davantage conçu comme une sorte de « super période d'essai » qui bénéficie à l'employeur, avec l'adhésion tacite des personnes recrutées.

Au Centre Pompidou, le quasi statut prévoit l'engagement en CDI ou en CDD de trois ans renouvelable deux fois par période d'un an pour au maximum un tiers de l'effectif de l'établissement. Depuis 4 ans, les recrutements au niveau maîtrise et encadrement se font en CDD, ce qui ne diminue pas pour le moment l'attractivité de l'établissement. Le basculement en CDI est fait souvent au bout de 3 ans. Le centre emploie en outre des « vacataires » et des intermittents du spectacle, notamment pour ses expositions (un peu plus d'une centaine d'ETPT).

Le cas de l'ANACT est le plus singulier puisque le principe de recours initial au CDD est explicitement inscrit dans le texte qui fonde le « quasi-statut »³⁶. Le régime de recrutement initial se singularise par la fixation à 5 ans de la durée du premier contrat (CDD), pouvant être enchaîné par une succession de 2 fois 3 ans. Ce régime « 5-3-3 » est, selon les interlocuteurs rencontrés, issu de la volonté initiale de se caler sur une durée considérée comme cohérente avec la durée des missions d'étude et de recherche qui constituent le cœur de métier de l'ANACT. La compatibilité d'un tel dispositif avec la directive 1999/70/CE est loin d'être assurée³⁷.

³⁵ Le raisonnement peut valoir du côté des relations avec la tutelle, mais de manière moins prononcée.

³⁶ « Les agents du niveau de la catégorie A visés au 1 de l'article 2 sont placés sous contrat à durée déterminée de cinq ans, renouvelables pour une ou plusieurs périodes de 3 ans par reconduction expresse. » cf. art. 7 du décret n° 97-410 du 25 avril 1997.

³⁷ S'agissant des employeurs publics, la jurisprudence de la CJUE n'a, jusqu'à présent, jamais conclu à l'existence d'une obligation, pour les Etats-membres, de rendre obligatoire le passage en CDI en cas d'abus de CDD successifs mais à la condition expresse que la réglementation nationale « comporte une autre mesure effective destinée à éviter et, le cas échéant, à sanctionner une utilisation abusive de contrats à durée déterminée successifs par un employeur relevant du secteur public. » - Cf. notamment l'arrêt C-53/04 du 7 septembre 2006.

La mission s'interroge sur l'usage fait du CDD alors que le recours au CDI dès l'origine serait plus conforme à l'esprit du régime dérogatoire de l'article 3-2° qui a été conçu en vue de pourvoir à des emplois permanents.

De plus, le concept de « super période d'essai » n'est pas exempt de critiques et les organisations syndicales estiment qu'il y a là une pratique qui est peut-être excessive.

La mission a estimé, sur cette question du CDI, qu'une évolution de la pratique était nécessaire et elle a formulé des propositions en ce sens (cf. infra 6.1).

4.2.6. Le moindre coût des contractuels est un motif parfois mis en avant

De manière plus marginale, quelques situations font apparaître l'existence d'une justification par les coûts, qu'il est difficile de confirmer ou d'infirmier.

Dans le cas, évoqué plus haut, où un retour au droit commun a été décidé pour certains établissements, il est toutefois possible de disposer de quelques éléments, grâce aux points de comparaison que les établissements publics concernés ont pu communiquer.

Depuis l'ordonnance de 2009, l'ASP et France Agrimer, résultant de la fusion d'établissements dérogatoires, sont devenus des EPA non dérogatoires. Le choix ouvert aux contractuels d'intégrer un corps de fonctionnaire ou un quasi statut unifié résiduel est jugé coûteux : chacun choisit la solution la plus favorable à son cas. La résultante des choix est donc nécessairement globalement plus coûteuse que la situation antérieure en rémunérations nettes.

S'ajoute le surcoût de cotisation retraite demandée aux établissements pour leurs fonctionnaires que ceux-ci soient affectés ou détachés. Le taux de la contribution employeur au Compte d'affectation spéciale « pensions » (CAS) s'élevait en 2011 à 68,59% à comparer à un taux de cotisation employeur « vieillesse » du régime général de 9,90% complété par un taux IRCANTEC de 3,3% en dessous du plafond de la sécurité sociale ou 11,7% au dessus de ce plafond soit un « surcoût » lié à l'emploi de fonctionnaires variant entre 55,3 % et 46,9%.

La direction de l'eau et de la biodiversité a, pour sa part, estimé qu'une titularisation des contractuels de l'ONEMA aboutirait à un surcoût de 27%.

4.2.7. Le régime dérogatoire permet d'échapper à l'impossibilité de recruter en CDD de plus de 10 mois en catégorie B et C dans le régime de droit commun

L'ASP, comme France Agrimer, comportent un volume important d'activités résultant de conventions avec l'Union européenne ou avec des collectivités locales et financées par elles, notamment pour le contrôle de la PAC. Ces conventions ont des durées limitées. Les établissements et leurs contrôleurs considèrent que les emplois nécessaires à l'exécution des conventions, financés par des ressources propres, ne sont pas des emplois permanents.

Une partie des activités conventionnelles peut être exercée par des agents à cheval sur des activités pérennes que le ministère de l'agriculture se propose de recruter dans le corps des techniciens. Cette ressource rencontre comme limite le plafond d'emploi des établissements : les emplois nécessaires aux conventions sont hors plafond.

Une autre partie des activités, liée à des pics, est confiée à des agents recrutés sur contrats saisonniers.

Le plus gros du besoin, correspondant à des contrôleurs de terrain du niveau de la catégorie B pour des missions de 1 à 5 ans, doit être satisfait par des contrats temporaires.

Au CNASEA le quasi statut ne limitait pas à 10 mois la durée des contrats pour cette fonction (il les plafonnait en revanche à 15% de l'emploi total). Soumise désormais au droit commun l'ASP recrute des agents pour 10 mois, ne renouvelle pas leur contrat, leur paye le chômage et les réembauche au bout de deux mois, dans l'attente d'une solution qu'elle demande.

A France Agrimer, dans le passé, les recrutements étaient faits en CDD limités à 3 ans au titre des besoins du service. Cette solution a été jugée illégale puisque réservée à la catégorie A et remplacée par des contrats de remplacement, d'une durée d'un an. Un nouvel appel à candidature de titulaires est fait au bout d'un an. Constatant l'insuccès de l'appel, un nouveau contrat d'un an est passé. Se succèdent ainsi, sans limite, des contrats d'un an.

La Commission européenne, de son côté, reproche à la France de faire effectuer les contrôles par des agents dont le turn-over est important, qui ne capitalisent pas suffisamment d'expérience.

Deux voies de solution ont été examinées avec les contrôleurs :

- ouvrir à la catégorie B les contrats de CDD de 2 fois 3 ans lorsque la nature des fonctions ou les besoins du service le justifient ;
- autoriser des contrats temporaires pour satisfaire à l'exécution d'une activité confiée par un financeur externe, dans la limite de la durée de la convention passée avec ce partenaire.

Une préférence est exprimée pour la seconde solution qui correspond exactement à la nature du problème à résoudre.

La loi du 12 mars 2012 va, d'une certaine manière, aggraver les inconvénients du régime actuel : les contrats de remplacement seront limités à un an dans la limite de deux ans et les contrats pour surcroît temporaire d'activité seront limités à 12 mois sur 18.

5 - LA GESTION DES CONTRACTUELS

La mission s'est attachée à analyser les règles de gestion applicables aux personnels des établissements sous régime dérogatoire en analysant notamment le cadre général, les dispositions relatives au recrutement et les règles régissant les parcours professionnels (rémunération, déroulement de carrière et parcours professionnels).

5.1. LA RÉGLEMENTATION GÉNÉRALE APPLICABLE : UNE COMPLEXITÉ QUI SEMBLE PEU JUSTIFIÉE ET QUI EST SOURCE DE CONFUSION

L'esprit du régime dérogatoire consenti par l'article 3 du Titre II du statut de la fonction publique peut-être raisonnablement qualifié de « libéral », comme le montre l'examen des dispositions fondamentales.

L'établissement public, une fois inscrit sur le décret-liste peut théoriquement, pour tout ou partie de ses emplois, arrêter des règles de gestion avec une souplesse d'autant plus grande que très peu de normes supérieures sont susceptibles de restreindre ses marges de manœuvre.

Contrairement en effet au cas de recrutement sur le fondement des dispositions de l'article 4 pour lequel des dispositions réglementaires particulières s'imposent à l'employeur public³⁸, la liberté offerte aux établissements publics par le dispositif dérogatoire est très large, sous réserve de respect des principes fondamentaux applicables en matière d'emploi public, notamment l'article 6 de la déclaration des Droits de l'homme et du citoyen. Elle est, du moins en théorie, totale pour les EP dérogatoires en vertu de dispositions législatives spécifiques et qui, par conséquent, ne relèvent pas automatiquement du décret de 1986 précité. Dans les faits, le modèle qui prévaut désormais est celui du quasi statut établi par décret en Conseil d'Etat, partiellement articulé avec le décret de 1986 précité et déclinant, en matière de carrière et de rémunération un modèle étroitement inspiré des règles qui prévalent pour les fonctionnaires titulaires.

5.1.1. Le recours au décret en Conseil d'Etat pour élaborer des « quasi-statuts » s'est rapidement imposé, sans que cette pratique résulte d'une nécessité juridique impérieuse

Dès l'origine, le décret du 17 janvier 1986 (article 1°) a été rendu applicable pour l'essentiel de ses dispositions, aux EPA inscrits sur le «décret-liste». Ce texte détermine les conditions générales d'emploi des agents non titulaires et notamment leurs droits « sociaux » (congés, discipline, fin de contrat...). Il ne trouve toutefois pas à s'appliquer de droit aux établissements dérogatoires du fait de dispositions législatives spécifiques.

En théorie, et sans préjudice du respect de ces règles générales du décret de 1986 pour les seuls EP inscrits sur le décret liste, les établissements publics concernés sont notamment

³⁸ Décret n° 86-83 du 17 janvier 1986

libres de fixer comme ils l'entendent les conditions de rémunération lors de l'embauche et leurs évolutions ultérieures, les modalités éventuelles de classement des emplois, et plus généralement toutes dispositions pouvant faire l'objet de la négociation contractuelle dans le respect des principes généraux du droit.

Loins de s'être emparés de cette relative souplesse, les établissements publics dérogatoires y compris les établissements bénéficiant d'une dérogation législative, ont massivement plébiscité le recours au décret en Conseil d'Etat pour définir les conditions d'emploi de leurs personnels dans des conditions qui, en réalité, recréent des systèmes de gestion proches de ceux qui prévalent pour les fonctionnaires, ce que le Conseil d'Etat avait déjà mis en évidence dans son étude de 2003 sur la fonction publique :

« dans les établissements publics à régime dérogatoire qui peuvent recruter des contractuels à durée indéterminée, la tendance est, à peine la souplesse du recours aux contractuels acquise, de bâtir un statut largement inspiré du statut des titulaires. »³⁹

Parmi les établissements de l'échantillon étudié par la mission, seuls deux organismes (le CNOUS et le Centre Pompidou) ont eu recours à une décision de l'exécutif de l'établissement pour régir les conditions d'emplois des personnels. Le « quasi-statut » de l'ANACT est un décret simple. Tous les autres ont eu recours au décret en Conseil d'Etat.

Cette situation ne peut être imputée à une totale incertitude dans laquelle aurait été laissée le pouvoir réglementaire, ayant conduit celui-ci, par prudence et souci de sécurité juridique, à consolider des quasi-statuts, dans la mesure où, au fil des années, plusieurs principes essentiels ont été dégagés à travers la jurisprudence administrative et que des réponses précises ont été apportées sur les questions les plus importantes.

Le Conseil d'Etat avait été saisi en 1997 d'une demande d'avis, portant sur 9 questions relatives au domaine des agents contractuels, dont certaines portaient plus particulièrement sur le régime des EPA dérogatoires⁴⁰. La question n° 8 portait sur la nécessité ou pas de recourir à des cadres « quasi-statutaires » pour régir les perspectives de carrière, les rémunérations et les modalités de promotion d'une catégorie à l'autre.

Dans son avis, le Conseil d'Etat a confirmé qu' *« Aucun principe n'impose au Gouvernement de fixer, par voie réglementaire, toutes les conditions de rémunération d'agents contractuels ainsi que les règles d'évolution de ces rémunérations »*.

Tout en précisant que *« La circonstance que le régime applicable à certaines catégories d'agents contractuels est défini par des textes de caractère réglementaire ne fait pas obstacle à ce que, dans le silence de ces textes, certains éléments de la situation de ces agents soient fixés par des stipulations de leurs contrats »*.

Il a également rappelé qu' *« aucun principe général du droit [n'impose] de faire bénéficier les agents non titulaires de règles équivalentes à celles applicables aux fonctionnaires »*.

³⁹ Conseil d'Etat « Réflexions sur la fonction publique » - rapport 2003

⁴⁰ Avis n° 359964 du 30 janvier 1997 - Assemblée générale (Section des finances)

Dans le même avis, le Conseil d'Etat mettait d'ailleurs en garde le pouvoir réglementaire contre le risque juridique que présenterait la transposition à l'identique des règles de gestion applicables aux fonctionnaires à des personnels non titulaires.⁴¹

5.1.2. Ce recours systématique à un système de quasi statut et la référence généralisée au décret de 1986 ne se traduit pas, au contraire, par un paysage juridique homogène

Dans la totalité des cas examinés par la mission, l'application ou l'« accrochage » au décret du 17 janvier 1986 a été constaté.

En dépit de cette situation, la mission a été amenée à constater qu'en réalité, ce décret ne s'applique que partiellement aux établissements concernés et qu'il en résulte une situation peu satisfaisante tant du point de vue de l'ordonnancement juridique que de la situation des agents concernés.

Les dispositions transversales de ce texte, considérablement enrichies depuis l'origine, notamment en 2007, s'articulent donc avec celles prévues par les dispositions de même niveau applicables à chaque établissement. Les modifications de ce texte sont normalement directement applicables aux EPA inscrits sur le décret liste sauf lorsque, établies par décret en Conseil d'Etat, les dispositions propres à ces établissements prévoient des dispositions spécifiques. Or la mission a constaté que l'« accrochage » au décret de 1986 consistait dans un nombre de cas non négligeable, non pas en un renvoi général à ce texte, mais à la l'application partielle de ces dispositions et l'édiction de règles spécifiques, légèrement adaptées. Il en résulte donc une application très partielle aux établissements concernés des modifications ou dispositions nouvelles introduites au fil du temps dans le décret de 1986, les dispositions propres des quasi-statuts n'ayant que très rarement été actualisées en conséquence.

Cette situation ne pose pas de difficultés de principe, le Conseil d'Etat, dans son avis du 30 janvier 1997 précité, ayant rappelé que si le gouvernement avait pu légalement faire usage de son pouvoir réglementaire autonome pour étendre le décret de 1986 aux personnels de ces établissements, il pouvait également user de ce pouvoir pour fixer par un texte de même niveau des règles différentes pour un ou plusieurs établissements publics.

Dans le même sens, la Haute Assemblée a confirmé que le Gouvernement pouvait étendre par décret simple tout ou partie des règles définies par ce décret à d'autres catégories d'agents que celles définies à l'article 1° de ce texte. C'est sur cette base que les décrets, décisions ou délibérations régissant la situation des personnels de nombre d'établissements dérogatoires de par la loi font application de certaines des dispositions du décret tout en s'en écartant le cas échéant pour d'autres.

Si cette situation ne pose pas de problème d'ordre juridique, elle ne semble toutefois pas satisfaisante du point de vue de la situation des personnels et plus largement de la gestion

⁴¹ « le pouvoir réglementaire ne pourrait, sans méconnaître l'habilitation reçue du législateur, transposer purement et simplement aux contractuels des règles statutaires qui, élaborées pour des corps de fonctionnaires de carrière recrutés en principe sur concours, ne sont, par construction, pas adaptés à la spécificité des conditions d'emploi d'agents contractuels recrutés dans le cadre et pour les besoins définis par le législateur. »

publique. La multiplication de règles spécifiques, la reprise dans des décrets en conseil d'Etat ou des décrets simples pour certains EPA dérogatoires de par la loi d'une partie seulement des dispositions du décret de 1986, conduit à faire coexister, sans justifications autres que la sédimentation progressive des textes, des régimes distincts selon les établissements, des dispositions obsolètes ou lacunaires, des dérogations peu justifiées au texte de 1986. Il en résulte une situation de relative opacité pour les gestionnaires et les agents concernés, des incertitudes quant au droit applicable et une complexité injustifiée de l'ordonnancement juridique.

5.1.3. Cette situation soulève des difficultés particulièrement sensibles en ce qui concerne les conditions de recrutement des personnels contractuels

Dès l'origine, l'article 8 du décret du 17 janvier 1986, applicable aux EPA inscrits sur la liste du décret 84-38, prévoyait la possibilité (mais non l'obligation) de recourir *ab initio* au contrat à durée indéterminée pour pourvoir les emplois dérogatoires à caractère permanent. L'article 9 de ce même décret prévoit pour sa part la possibilité de fixer une période d'essai dont la durée peut être modulée en fonction de la durée du contrat. S'agissant des postes présentant de par leur nature un caractère temporaire, ce même article 8 prévoit que les contrats conclus à ce titre doivent fixer la date à laquelle ils prennent fin. Si à l'issue de cette première période, le contrat temporaire est renouvelé, il est réputé être à durée indéterminée sauf disposition réglementaire ou stipulation expresse du contrat contraire. Il est à noter que ces dispositions ne sont pas en revanche applicables de droit aux EPA bénéficiant d'une disposition législative.

Outre ces dispositions générales les dispositions propres à chaque établissement dérogatoires sont venues préciser, adapter ou instituer des règles spécifiques.

Cette situation soulève trois questions importantes auxquelles ni la jurisprudence, ni la doctrine n'ont, semble-t-il, apporté de réponse tranchée.

S'agissant des emplois permanents, le recrutement *ab initio* sur CDD, pouvant parfois être renouvelés pour des durées plus longues que celles qui, s'agissant des agents recrutés dans les conditions de droit commun, ouvriraient droit, depuis la loi de 2005 à un CDI, semble contestable tant du point de vue des droits des agents qu'au regard du droit communautaire et des modalités selon lesquelles la France l'a transposé. En effet même si, s'agissant des employeurs publics, la jurisprudence de la CJUE n'a, jusqu'à présent, jamais conclu à l'existence d'une obligation, pour les Etats-membres, de rendre obligatoire le passage en CDI en cas d'abus de CDD successifs, elle a posé comme condition expresse que la réglementation nationale « comporte une autre mesure effective destinée à éviter et, le cas échéant, à sanctionner une utilisation abusive de contrats à durée déterminée successifs par un employeur relevant du secteur public. » (Cf. notamment l'arrêt C-53/04 du 7 septembre 2006).

S'agissant du recrutement de contractuels pour répondre à des besoins temporaires, la question se pose de savoir, alors même que les établissements inscrits sur le décret n°84-38 le sont à raison de leurs emplois permanents, s'il est pertinent que ces établissements se soient souvent dotés de règles propres, dérogeant aux règles prévues par les articles 3 et 6 de la loi 84-16. On pourrait en effet penser que les emplois listés dans le décret liste ne concernent que

des emplois permanents de ces structures et que si ces dernières doivent faire face à un besoin temporaire (remplacement, accroissement temporaire ou saisonnier d'activité), elles recrutent leurs contractuels sur le fondement de l'article 6 alinéa 2 de l'actuelle loi 84-16 (6^{sexies} de la loi 84-16 modifiée). C'est, semble-t-il, la solution retenue par le Conseil d'Etat dans la décision n° 269725 du 27 juillet 2005 qui précise que si l'OMI (dérogatoire en vertu d'une habilitation législative et non du décret liste toutefois) est autorisé à recruter des agents contractuels pour pourvoir ses emplois permanents en CDI, cela ne lui interdit pas de recruter des agents contractuels en CDD en application des dispositions des articles 4 et 6 de la loi n° 84-16 pour faire face à un accroissement temporaire d'activité.

Là aussi, la multiplication de règles particulières (cf infra), dont on comprend mal la justification est source de confusion. Il faut d'ailleurs noter qu'elle aboutit à priver les agents recrutés sur ces bases des droits dont ils bénéficieraient dans le cadre de la loi du 12 mars 2012 s'ils avaient été recrutés dans les conditions de droit commun (accès au CDI et le cas échéant à l'emploi titulaire notamment).

Enfin, la possibilité de « cumuler » les cas de recours au contrat pour pourvoir des emplois permanents est également source d'interrogations. La mission (cf. infra) a constaté que nombre des établissements rencontrés utilisaient les dispositions de l'article 4 pour pourvoir certains de leurs emplois, alors même que ceux-ci relevaient du champ de la dérogation, l'objectif semblant être de s'affranchir de la règle du recrutement en CDI lorsqu'elle est prévue par le « quasi-statut » et/ou des règles de rémunération prévues pour les personnels contractuels de l'établissement. La question de la légalité de ces pratiques est délicate et semble se poser de manière différente selon le type de dérogation.

En première analyse, on pourrait considérer que les emplois permanents, inscrits sur le décret liste, ne semblent pas pouvoir (sauf disposition réglementaire explicite) être pourvus par des contractuels au titre de l'article 4-2° : en effet les emplois de l'article 3 (dont 3-2°) sont des emplois qui, de par leur nature particulière, ne sont pas soumis à la règle de l'article 3 titre I.

En revanche les emplois de l'article 4 qui sont pourvus "par dérogation au principe énoncé à l'article 3 du titre Ier du statut général" sont des emplois qui, a priori, sont soumis au principe de l'article 3 du titre I et doivent être pourvus par des fonctionnaires mais qui, du fait de circonstances particulières, peuvent ne pas l'être. Autrement dit, un emploi inscrit sur le décret liste vacant devrait être pourvu par un contractuel et ce recours au contrat n'a à être justifié ni par la nature des missions ni par le besoin du service ni par l'absence de corps de fonctionnaires.

S'agissant des emplois permanents des EP dérogatoires du fait d'une disposition législative, l'analyse doit tenir compte de la portée de la dérogation, très variable selon les établissements.

Si la dérogation est rédigée dans des termes similaires à ceux de l'article 3-2° permettant de considérer qu'un EP est autorisé à recruter des contractuels pour pourvoir tous ses emplois (ou une partie d'entre eux) par des contractuels (sans que ces emplois soient soumis au principe de l'article 3 titre I), le même raisonnement que ci-dessus peut être tenu. Chaque recrutement opéré sur ces emplois n'a pas à être justifié par la nature des missions ou le besoin du service, puisque le législateur a habilité l'autorité compétente à pourvoir ces

emplois par des contractuels. Les recrutements dans ces établissements s'effectuent donc sur le fondement de la dérogation législative et non pas de l'article 4-2°. En revanche, si la dérogation législative est moins explicite concernant la possibilité de soustraire les emplois au principe de l'article 3 titre I, la réponse est moins claire et ne peut être stabilisée qu'au cas par cas.

Dans tous les cas toutefois, il convient de se référer aux textes propres à l'établissement et de considérer que dès lors que ces textes régissent l'ensemble des emplois permanents « dérogatoires » pourvus par contrat, il n'est pas possible de s'en affranchir en utilisant les cas de recours de droit commun. Ce cadre juridique devrait être rapidement clarifié.

5.1.4. Les règles des « quasi-statuts » différant des règles générales posées par le décret de 1986 ne paraissent que rarement justifiées

Une fois constatée cette prédominance du modèle de quasi-statut, la mission s'est en effet attachée à analyser les dérogations apportées par ces textes aux règles du décret de 1986⁴².

Cette analyse montre que les principaux ajustements portent sur les points suivants :

- édicition de règles « déontologiques » spécifiques ou au contraire reprises du statut général des fonctionnaires (régime de cumul, rappel de certains droits et obligations, règles de protection fonctionnelle...) dont on perçoit difficilement l'intérêt par rapport au cadre général applicable aux agents non titulaires ;
- adaptation à la marge des règles disciplinaires (modification apportées à l'échelle des sanctions de droit commun) ;
- définition des règles relatives à la notation ou à l'évaluation (le plus souvent annuelle) et introduction dans la majorité des cas de dispositifs de réduction d'ancienneté en fonction de la valeur professionnelle ;
- adaptation du régime des congés et autorisations d'absence mais surtout des dispositifs de mobilité (définition du régime de mise à disposition, dérogations – souvent dans un sens plus favorable- au régime du congé non rémunéré et aux modalités de prise en compte dans l'ancienneté et de réintégration après congé) ;
- définition des conditions de représentation des personnels au sein d'organismes paritaires (commissions consultatives appelées à intervenir sur les situations individuelles) ;
- introduction, parfois mais plus rarement, de dispositifs spécifiques de calcul de l'indemnité de licenciement ou de dispositions relatives aux droits à formation.

Il est difficile de faire la part des dispositions spécifiques des quasi statuts qui relèvent du « décalage » chronologique entre leur élaboration et les compléments qui ont été apportés au décret de 1986 (notamment en 2007, cf supra) en matière de mobilité et de déontologie notamment. On peut bien sûr comprendre la nécessité de fixer le cadre de l'évaluation des personnels en CDI (fréquence annuelle, prise en compte dans la carrière...). Les dérogations en matière de discipline, de règles déontologiques, de représentation des personnels et même

⁴² La synthèse de cette analyse est présentée en annexe 6.

de mobilité paraissent nettement moins justifiées. Il en résulte en effet une complexité peu satisfaisante du cadre juridique.

L'un des aspects les plus étonnants des quasi-statuts est la très grande diversité des conditions instituées quant au recrutement des agents contractuels. S'ils prévoient en général que les emplois permanents des établissements sont pourvus par des agents en CDI, ils comportent le plus souvent des dispositions permettant en outre le recrutement d'agents en CDD à raison de la nature des fonctions et des besoins du service : c'est le cas par exemple du statut commun des agences sanitaires (décret 2003-224 du 7 mars 2003), des agences de l'eau (12 mois maximum), de l'INPI et de l'OFII (contrats de 3 ans renouvelables dans la limite de 6 ans)...

En général, les conditions dans lesquelles sont pourvus les besoins temporaires ou occasionnels sont également prévues par les quasi-statuts : ainsi le décret 2007-1327 relatif aux personnels du CNC prévoit la possibilité de conclure des contrats à durée déterminée de 10 mois maximum pour assurer des remplacements ou de 18 mois pour répondre à un accroissement d'activité. Des dispositions similaires existent pour l'INRAP (10 mois maximum). Dans le même sens, s'agissant des agences de l'eau (décret 2007-832), des contrats de 12 mois renouvelables dans la limite de trois ans peuvent être conclus pour répondre à des besoins occasionnels ou saisonniers.

On ne peut qu'être frappé par l'absence totale de cohérence et de lisibilité de ces dispositions.

Elles aboutissent à créer, à côté des contractuels en CDI « dérogatoires », des catégories de personnels recrutés sur des bases juridiques très hétérogènes, selon des règles qui ne semblent pas répondre à une logique particulière et qui constituent des catégories « sui generis » d'agents non titulaires auxquelles ne sont pas applicables les règles de droit commun de la loi statutaire. Ces agents sont ainsi, par exemple, privés du bénéfice des dispositions de la loi du 12 mars 2012 (accès au CDI notamment) parce qu'ils n'ont pas été recrutés sur la base des articles 4 et 6 de la loi 84-16. Ils seront également, pour la même raison, exclus du champ des nouvelles dispositions relatives à l'accès au CDI prévues par cette même loi.

Cette situation est critiquable du point de vue des droits des agents mais également du fait de la très grande complexité juridique qu'elle induit. La mission considère qu'il n'y a aucune justification pour que les établissements dérogatoires ne soient pas soumis au droit commun en ce qui concerne le recrutement d'agents non titulaires pour répondre à des besoins temporaires ou occasionnels.

Dans le même sens, la coexistence d'un recrutement en CDD et en CDI sur les emplois permanents sans que des critères précis ne viennent encadrer le recours à l'un ou l'autre type de contrat n'est pas non plus satisfaisante. Là aussi, les garanties apportées aux CDD sur emplois permanents par la loi de 2005 (accès au CDI) et celle de 2012 (assouplissement des conditions d'accès au CDI) ne sont pas applicables aux personnels en CDD.

5.2. LE RECRUTEMENT DES CONTRACTUELS : UNE SITUATION INÉGALEMENT SATISFAISANTE EN MATIÈRE DE RESPECT DES RÈGLES FONDAMENTALES AVEC CERTAINES BONNES PRATIQUES QUI POURRAIENT ÊTRE ÉTENDUES

S'agissant des conditions générales de recrutement des agents contractuels dans les établissements publics dérogatoires, la mission a porté une attention particulière à la manière dont celles-ci permettraient de garantir le respect du principe fondamental d'égalité d'admissibilité aux emplois publics⁴³.

En effet, même s'il existe des différences notables entre la manière dont a été organisé le recrutement d'agents non titulaires dans les cas observés par la mission et les modalités propres au recrutement de fonctionnaires, il n'en demeure pas moins que les pouvoirs publics sont tenus de veiller au strict respect de ce principe. Pour être réellement opérant, ce dernier nécessite que soient réunies au moins deux conditions essentielles : d'une part une publicité aussi large que possible de l'existence des postes ouverts aux recrutements, de manière à ne pas créer de phénomène d'évitement qui empêcherait des candidats aptes à postuler aux emplois en questions et d'autre part des procédures de recrutement équitables garantissant un examen objectif des mérites professionnels.

La manière dont ces conditions sont effectivement remplies est assez largement variable selon les configurations étudiées.

En matière de publicité, les pratiques n'apparaissent pas homogènes, chaque établissement tentant de s'adapter à la fois à la réalité du segment du marché du travail qui semble le plus susceptible de répondre à son besoin mais également de s'appuyer, avec un succès inégal, sur les canaux de communication de son ministère de tutelle ou, plus rarement, des dispositifs interministériels.

Au CNPF, les vacances d'emplois font l'objet d'une publication en interne (bourse de l'emploi en ligne) préalable destinée à susciter les candidatures au titre de la mobilité interne. En l'absence de candidatures, la publication est étendue en externe (site internet du CNPF) et ministère de tutelle.

A l'ATIH, le décret de 2003 prévoit une obligation de publication des postes vacants qui sont mis en ligne sur un site commun à l'ensemble des agences. On recourt également à l'APEC et aux médias spécialisés notamment pour l'informatique. L'agence n'a jamais réussi à se connecter à la BIEP
A l'ANACT, les vacances d'emplois font l'objet de publications au sein du réseau ANACT/ARACT ainsi qu'à destination de Pôle Emploi. Il n'y a pas de recours à la BIEP.
A l'Agence de l'eau Seine Normandie, les vacances d'emplois font l'objet de publications dans les forums d'emploi du ministère de tutelle + BIEP.
A la BNF, les offres sont systématiquement diffusées en interne (Bourse de l'emploi), sur le site BNF et sur la BIEP ainsi que dans les médias appropriés pour les emplois les plus pointus.
A l'IGN, la procédure (à l'exception des mécaniciens aéronautiques où le recrutement se fait « par le bouche à oreille ») est très transparente (publication en interne, puis BIEP et site du ministère, puis en cas d'échec, Pôle emploi et gazette des communes).

⁴³ Ce principe à valeur constitutionnelle résulte de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

S'agissant des modalités de sélection lors du recrutement, la taille de l'établissement et le flux plus ou moins important de recrutements annuels qui en découle expliquent la disparité des méthodes utilisées, depuis les techniques d'entretien jusqu'à l'organisation de procédures sélectives assez proches de concours tels qu'ils sont la règle dans la fonction publique, avec diverses gradations intermédiaires. Les garanties apportées sont inégales.

Le Centre Pompidou estime que, dans le passé, ses recrutements ne présentaient pas de garantie de qualité et de professionnalisme. Le centre a recherché les moyens de garantir une meilleure qualité par plusieurs moyens :

- Définition précise des postes et des compétences requises au moyen d'un répertoire des métiers.
- Instauration d'une procédure de recrutement comportant un double crible, celui du service employeur et celui de la DRH.
- Recours partiel à un cabinet de recrutement. Passage devant un jury pour les agents postés, avec constitution d'une liste d'aptitude.

Il n'y a pas de recrutement en dehors des procédures définies.

A l'INRAP, le décret n°2002-450 prévoit un certain nombre de dispositions au nombre desquelles l'existence de commissions de recrutement composées notamment de membres extérieurs et un avis du conseil scientifique pour les recrutements des personnels scientifiques.

A l'ATIH, après présélection des candidatures, en principe, les entretiens de recrutement, tenus par les responsables opérationnels, ont lieu en présence de la DRH. Ce n'est toutefois pas toujours le cas. A l'ANACT, une procédure basée sur des entretiens successifs a été mise en place, avec un critère-cible de 7/8 personnes entendues pour un poste, de manière à garantir un choix fondé sur les critères de mérite. Cette procédure fait intervenir a minima le manager recruteur et la DRH. Sur certains niveaux d'emplois elle comporte l'établissement d'une liste restreinte, le choix final étant arrêté au niveau directeur. Il peut être fait appel à un appui extérieur (cabinet de recrutement) pour des profils managers.

A l'Agence de l'eau Seine Normandie, un mécanisme de jury central (pour les équivalents cat. A) a été mis en place, avec participation systématique du DRH ou de son représentant.

Au CNOUS et dans les CROUS les dispositions sont complètement calées sur les fonctionnaires (sans concours en E3 puis concours). Il existe une obligation de déclaration des vacances (et une bourse d'emploi interne au réseau des œuvres).

A la BNF, les décisions sont prises de manière collégiale et toujours validées par la DRH (le directeur ou le chef du département du personnel). Dans la direction métier, trois entretiens successifs ou groupés sont pratiqués pour tous les recrutements pointus (chef de service, chef de département et directeur). Il peut exceptionnellement être fait recours à un « jury » si la décision apparaît difficile pour certains profils techniques.

A l'IGN, les candidats sont auditionnés par le recruteur « opérationnel » et la DRH.

5.3. LA RÉMUNÉRATION ET LA CARRIÈRE DES CONTRACTUELS

5.3.1. A quelques exceptions près le modèle d'organisation de la fonction publique a exercé son attraction sur la gestion des contractuels

- classement des fonctions au regard du niveau de diplôme ;
- carrières à l'ancienneté, souvent plus linéaires encore que dans la fonction publique (avancement continu sur un espace équivalent à un corps) ;
- indexation sur le point fonction publique ;
- rareté des éléments de rémunération variables (plus forte que dans la fonction publique...).

Dans certains cas, il s'agit d'un décalque complet.

Au CNOUS et dans les CROUS prévaut une grille d'indices (indexée) calée sur celle des fonctionnaires. La grille est plus favorable à partir de l'échelle 5 (avancement d'échelon plus rapide, existence d'une échelle 7).

A l'IGN, les contractuels « de droit commun » sont rattachés à une grille calquée sur celle des fonctionnaires. Ils sont indicés (indice des fonctionnaires+primes). Leur situation est réexaminée tous les trois ans (ils peuvent bénéficier -et de fait bénéficient- à cette occasion d'une revalorisation égale à celle des fonctionnaires auxquels ils sont assimilés).

Pour les fonctions dérogatoires, la référence est celle du marché mais l'établissement impose une décote (pouvant aller jusqu'à 10% par rapport aux prix du marché pour les communicants par exemple). Les rémunérations sont ensuite converties en points d'indice FP. Les contractuels sont notés tous les ans et cette note détermine une augmentation maximale de la rémunération de l'ordre de 0,5% par an. Par ailleurs, ils peuvent bénéficier d'une augmentation liée à une évolution des fonctions. Dans les faits, cette augmentation s'assimile très largement à une mesure d'ancienneté.

Dans d'autres établissements, le modèle de la fonction publique est utilisé mais avec des échelles de rémunérations spécifiques.

Le statut des contractuels du CNPF est directement inspiré de celui des fonctionnaires. Classement en groupes fonction du diplôme, salaires indicés sur le point fonction publique, avancements d'échelon à l'ancienneté. Les évolutions vers des « grades » supérieurs se font au choix. Un système de modulation de la rémunération a toutefois été mis en place.

Le statut des contractuels du Centre Pompidou décalque entièrement la Fonction Publique : classement en groupes fonction du diplôme, salaires indicés sur le point fonction publique, avancements d'échelon à l'ancienneté. Les mesures individuelles ne consistent qu'en réductions d'ancienneté d'échelon ou saut exceptionnel et changement de groupe après inscription à un tableau d'avancement sous condition d'ancienneté.

Une évolution vers un système de rémunération fondé sur la cotation des emplois a été envisagée en 2000. L'établissement y a renoncé devant la forte opposition des personnels. Lorsque l'établissement a entrepris de définir finement les postes (référentiel métiers sur le modèle de ce qui a été fait à la BNF), il a dû préciser que ce travail n'irait pas jusqu'à la cotation.

L'INRAP est doté d'un quasi statut qui classe les agents par filière et catégorie. Au sein de chaque catégorie le déroulement de carrière est organisé selon le même principe que pour les titulaires sur la base d'avancements d'échelon. Les règles de classement au moment du recrutement au sein des catégories y sont fixées également. Seuls les personnels en hors-filière et hors-catégorie (cadres supérieurs) sont classés librement au sein d'un espace indiciaire fixé par décret. Le statut prévoit 4 catégories (une catégorie « petit B » ; une catégorie B, une catégorie « petit A type assistants ingénieurs » et une catégorie A correspondant en gros au premier grade des attachés).

Les évolutions salariales sont fonction de l'ancienneté pour l'ensemble des agents à l'exception des hors-filière et hors-catégorie (sur décision du directeur général). Il n'y a pas de grade au sein des catégories. Les agents y déroulent une carrière linéaire à l'ancienneté qui assure une progression indiciaire (indexée sur le point Fonction Publique) sur 20 ans environ. Il existe un système type « promotion de corps » qui permet de passer à la catégorie supérieure. Les promotions sont décidées en fonction de l'ancienneté et de l'âge pour 50%, des mérites pour 50% (en principe mais en fait l'ancienneté prévaut dans ce cas également).

A l'AFSAPS, les situations paraissent assurer une sécurité d'emploi comparable à celle de la fonction publique et de larges possibilités de promotions.

A l'ATIH, s'applique le quasi statut des agences sanitaires avec une grille pour 3 catégories (B, A, A+), un avancement d'échelon à l'ancienneté (très rapide : tous les ans en début de carrière), un avancement de classe (= avancement de grade) après avis de la commission paritaire de catégorie.

A l'ANACT, le statut des contractuels est proche de celui des fonctionnaires. La fixation de la rémunération initiale est fonction à la fois de la valorisation de l'expérience acquise et du niveau de rémunération antérieure.

A l'Agence de l'eau Seine Normandie également, le statut des contractuels est proche de celui des fonctionnaires. Le recrutement se fait en principe en « pied de corps ». Une petite marge de modulation lors de l'embauche était historiquement pratiquée (de 15%, exceptionnellement 20% sur des métiers « en tension » comme les informaticiens). Cette pratique semble désormais remise en cause par le contrôle financier.

Les rémunérations comportent rarement des éléments variables et pour des montants réduits.

Au CNOUS et dans les CROUS, il existe un régime indemnitaire calé sur celui des fonctionnaires de catégorie C administrative de l'établissement (c'est-à-dire du ministère). Une modulation limitée a lieu en juin et en novembre.

Au Centre Pompidou, la part variable prévue par le cadre de référence du ministère de la culture n'existe pas sauf pour l'encadrement supérieur (groupe IV et HE) : 0 à 10% du traitement. Une prime de résultat collective vient d'être introduite pour traduire en retour financier les économies d'emplois.

A l'INRAP, il n'y a aucun élément d'individualisation. Il existait une prime de charges administratives exceptionnelle modulable pour les administratifs. A la suite d'un conflit social elle a été uniformisée (450 euros par an pour tous). Les autres primes sont exclusivement liées à des sujétions particulières et objectives.

A l'ATIH, deux primes sont attribuées : une « bonification indiciaire » attribuée aux agents qui accèdent à l'échelon exceptionnel de leur classe (1% de la masse salariale), une prime d'encadrement liée à une cotation des postes (3 niveaux) avec une part fixe et une part variable (faible) et qui représente au total un treizième mois, en lien avec une évaluation annuelle (5 objectifs quantifiés).

A l'ANACT, le régime indemnitaire peut atteindre jusqu'à 10% de la rémunération sociale.

5.3.2. Les ministères favorisent l'importation du modèle de la Fonction Publique en le pratiquant pour leurs propres contractuels

Ainsi, le ministère de l'Agriculture a institué trois cadres de gestion harmonisés pour ses propres contractuels : informaticiens, pour lesquels la référence est le marché du travail, enseignement, autres contractuels pour lesquels le cadre de gestion est un peu moins favorable que celui des fonctionnaires du ministère. Il se satisfait de la situation dans laquelle les établissements ont tous des quasi-statuts instaurant des grilles statutaires. Toutes sont indicées et indexées sur le point fonction publique.

Le ministère de la Culture poursuit une politique de double alignement des contractuels des établissements sur les contractuels du ministère et de l'ensemble des contractuels sur la situation des fonctionnaires.

Il a, dans ce but, édicté en 2009 un cadre de gestion qui s'applique directement au ministère et vers lequel les établissements sont invités à converger. Les niveaux de rémunération constatés aujourd'hui sont inégaux : supérieurs à ceux du ministère au CNC, inférieurs à Pompidou par exemple⁴⁴. Ce cadre définit cinq groupes calqués sur les niveaux des corps de fonctionnaires. Les rémunérations définies sont indicées ; elles correspondent à

⁴⁴ Selon le ministère, en moyenne les contractuels des établissements (y compris EPIC) génèrent un GVT positif de 2,4 % alors que celui du ministère s'établit à 1,7%.

la somme des traitements et des moyennes des régimes indemnitaires pour les corps de fonctionnaires équivalents. Des échelons d'avancement et leur durée sont définis dans le même esprit.

Une part variable non reconductible est prévue pour attribuer de manière optionnelle une rémunération supérieure aux moyennes. Elle est plafonnée de 2% pour les C à 12% pour les A+.

La question de savoir quelle est la logique d'un système d'alignement sur les fonctionnaires s'agissant de fonctions pour lesquelles il est censé ne pas exister de corps de fonctionnaire susceptible de les pourvoir n'obtient pas de réponse. Une réponse implicite semble être que dans beaucoup de cas (hormis l'INRAP et le CNC), la justification des dérogations ne résidait pas dans l'inexistence de corps de fonctionnaires mais dans le souhait d'autonomie de l'établissement. Dès lors la comparaison avec les fonctionnaires est parfaitement opérante.

Selon le ministère, à l'exception des écoles d'architecture, des écoles d'art et des conservatoires qui pratiquent des rémunérations individualisées, les établissements ont des systèmes « statutaires » dans lesquels le classement des agents est fait selon une grille à large maille fondée exclusivement sur les niveaux de recrutement. Aucun établissement ne pratique une cotation des fonctions ni une évolution individualisée des rémunérations (cette assertion s'avère inexacte au moins s'agissant de la BNF qui a coté 40 emplois types pour les répartir en 7 classes au sein desquelles les avancements se font pour partie à l'ancienneté et pour partie en fonction des évaluations individuelles).

5.3.3. Peu d'établissements s'en distinguent en aménageant une cotation des fonctions, des avancements individualisés et des éléments variables

A la BNF depuis 2005, tous les postes type servant d'emplois-repères (environ 112) ont été cotés avec une méthode critérielle (5 critères : technicité, compétences relationnelles, autonomie, responsabilité d'encadrement, responsabilité sur des enjeux de qualité, de notoriété...). Les emplois sont donc positionnés finement selon le niveau des fonctions exercées et non selon le niveau de diplôme attendu. Les 2600 agents de l'établissement sont rattachés à un emploi repère, qu'ils soient fonctionnaires ou contractuels. En régime de croisière, les emplois sont rattachés par assimilation. Rarement, un type d'emploi nouveau nécessite une nouvelle cotation.

Pour les fonctionnaires, la cotation n'a pas d'incidence directe mais elle peut être prise en compte par exemple dans les décisions d'avancement.

Pour les contractuels, les emplois repères sont regroupés en 7 groupes disposant chacun d'un espace indiciaire défini par un minimum et un maximum (groupe 1 : 280-480, groupe 7 : 900-1820). Les bornes indiciaires sont établies par référence aux carrières des fonctionnaires présents dans l'établissement après prise en compte des régimes indemnitaires. Un avantage par rapport aux corps de fonctionnaire est la carrière linéaire au sein des groupes (par exemple tout l'espace du B type).

L'indice (fonction publique) est la seule composante de la rémunération des contractuels. L'avancement d'un contractuel se déroule de l'indice minimum de son groupe (ou de son indice de recrutement si son expérience et son âge justifient un indice plus élevé) à l'indice plafond. Le rythme d'avancement est défini par tranche indiciaire (de 18 mois à 36 mois pour la tranche la plus élevée). Le niveau d'avancement comporte une part fixe (de 12 à 30 points) et une part modulable (de 0-8 points à 0-50 points). Pour le groupe 7 (directeurs, délégués, cadres supérieurs des filières spécialisées), l'avancement est entièrement modulable. La part fixe peut être réduite en cas de comportement déficient et supprimé en cas de sanction disciplinaire (les critères ont été précisés en CTP). La modulation de la part variable tient compte des résultats, des compétences et de l'élargissement des fonctions et responsabilités.

A la question de savoir pourquoi les rémunérations sont alignées sur les fonctionnaires plutôt que sur le marché du travail s'agissant de fonctions pour lesquelles il est censé ne pas exister de corps de fonctionnaire susceptibles de les pourvoir, la DRH apporte deux réponses :

- la référence fonction publique joue bien là où l'emploi public est abondant : de fait les corps des bibliothèques et les corps Culture occupent une place dominante à la BNF. Plus profondément, la référence aux métiers des bibliothèques est suffisamment structurante pour l'ensemble de l'établissement. En 2010, sur 2635 emplois du référentiel métiers, 800 appartenaient à la famille « Accueil, surveillance, magasinage » et 739 à la famille « Conservation et documentation » ;
- un compromis est fait quand les rémunérations du marché risqueraient de trop s'écarter de ce référentiel. Les emplois spécialisés du bâtiment et de l'informatique par exemple sont de fait surcotés par rapport à des emplois de bibliothèque ou d'administration, à niveau de responsabilité équivalent.

Pour la gestion de ses personnels contractuels, l'ANTS différencie les deux catégories dérogatoires :

- embauches au niveau du SMIC pour les téléopérateurs, le cas des superviseurs étant traité spécifiquement ;
- pour les informaticiens, embauche sur la base du salaire précédent, après négociation + part variable dans la limite de 8% du fixe. Les salaires sont indicés (fonction publique). Les évolutions sont individuelles, à l'occasion du renouvellement des CDD.

5.3.4. La mission n'a pas recueilli d'indice selon lequel l'évolution des rémunérations dans les établissements dérogatoires serait aujourd'hui plus dynamique que celle des fonctionnaires de l'Etat

Un certain nombre d'organismes de l'échantillon étudié sont soumis à l'examen de la CIASSP. Pour ces organismes l'évolution constatée de la RMPP en 2010 est inférieure à celle de la fonction publique de l'Etat, évaluée à 3,5%. Cette comparaison est à prendre avec précaution compte tenu des différences de méthodes dans le calcul :

ORGANISME	Effectifs totaux (en ETPT)	CDI droit public	CDD droit public	Fonctionnaires affectés	Secrétariat droit privé	Système de rémunération	RMP 2018/2009	Dont mesures individuelles automatiques	Dont mesures générales	Dont mesures individuelles liées aux résultats
INRAP	2 142	1 741	389			Cumul statut indicé point FP	2,00%	1,30%	0,23%	-0,02%
ASP	2 688	1 851	477	288	28	Cumul statut (indiqué point FP) et corps MAP	1,88%	0,83%	0,36%	0,23%
FRANCE AGRIMER	1 423	963	174	285	18	Cumul statut (indiqué point FP) et corps MAP	2,36%	0,60%	0,35%	0,15%
CNAC GP	1 084	1 019	85			Cumul statut indicé point FP	2,25%	1,34%	0,25%	0,41%
INPI	720	785	25			Cumul statut (indiqué point FP)	1,61%	0,45%	0,78%	0,43%

SOURCE: CGEVI CLASSP

A contrario, le ministère de la Culture estime que le GVT positif de ses établissements s'établit en moyenne à 2,4% alors que celui du ministère est de 1,7%.

A contrario également, la mission observe que les quasi-statuts de contractuels aménagent souvent des carrières plus linéaires que celles des corps de fonctionnaires. Tout l'espace indiciaire correspondant à une catégorie de la fonction publique peut ainsi être parcouru à l'ancienneté ou au choix là où les corps de fonctionnaires comportent en général des différenciations de grades dont l'accès est subordonné à des concours ou examens. Cette situation laisse supposer l'existence de déroulés de carrières plus favorables et plus rapides pour les contractuels des quasi-statuts.

5.4. LES PARCOURS PROFESSIONNELS DES CONTRACTUELS : UNE MOBILITÉ TRÈS FAIBLE ET DES PARCOURS PROFESSIONNELS LIMITÉS

Le constat issu des entretiens menés par la mission tant avec les établissements qu'avec les ministères de tutelle est celui d'un certain « isolement » des personnels concernés qui se traduit par la faiblesse de la mobilité et, par voie de conséquence, des parcours professionnels limités qui conduisent parfois à une véritable « sclérose » de la gestion des ressources humaines. D'une manière générale, les contractuels d'un établissement semblent coupés à la fois des autres administrations, qu'il s'agisse du ministère de tutelle ou des autres établissements publics mais également du marché du travail. Ils ne bénéficient pas de la liberté de mouvement qu'autorise l'appartenance à un corps de fonctionnaires ayant une large assise et leur statut de contractuel ne les incite pas à risquer de perdre la garantie de l'emploi « de fait » qu'offrent les règles de gestion qui leur sont applicables au sein de chaque établissement.

Cette situation est généralisée mais la mission a constaté des cas de figure variés.

Certains établissements constatent une certaine mobilité vers le secteur privé alors que les échanges avec les autres administrations de l'Etat et des collectivités territoriales sont absents. C'est par exemple le cas du réseau des CROUS qui ne constatent aucune mobilité vers les collectivités locales alors même que leurs agents exercent des métiers très proches de celles des personnels ouvriers et de service des établissements scolaires désormais gérés par les régions et les départements. Les mobilités se font plutôt vers le privé notamment via des créations d'entreprise. En revanche, la mobilité géographique interne au réseau est importante notamment en début de carrière. Dans le même sens le CNPF constate une certaine ouverture

vers le privé qui se traduit par quelques mouvements vers les structures forestières privées, le plus souvent dans le même bassin d'emploi qu'au sein du réseau territorial de l'établissement.

D'autres établissements constatent une mobilité plus marquée au « siège » parisien, soit vers le privé soit, plus marginalement, vers le reste de l'administration que dans les implantations sur le reste du territoire (exemple de l'INRAP).

S'agissant des établissements publics en « réseau » et dont les personnels sont régis par le même quasi statut (Agences de l'Eau, Agences sanitaires), la mobilité entre établissements paraît également très limitée et les dispositions « statutaires » communes ne semblent pas être un facteur favorable à son développement.

La situation paraît en revanche plus contrastée dans les grands établissements culturels. Ainsi le Centre Pompidou fait le constat que le recrutement par voie interne a été favorisé par la « culture maison » qui consiste à commencer comme agent d'accueil et à « monter » ensuite dans la hiérarchie des emplois. Ce phénomène contribue à l'absence de renouvellement d'autant que les agents n'ont pas tendance à quitter l'établissement. Le Centre estime que l'absence de possibilité de mobilité « sécurisée », c'est-à-dire avec une garantie de retour dans l'établissement, renforce cette réticence alors même que la plupart des métiers sont très comparables à ceux des autres musées. En revanche, à la BNF, la mobilité externe des contractuels (vers d'autres établissements comme vers les entreprises) est sensible à la conjoncture. Assez forte en période de croissance de l'emploi (les spécialités exercées à la BNF sont aisément valorisées ailleurs), faible en période de ralentissement.

Enfin dans l'ensemble des établissements, se séparer d'un agent incompetent est quasiment impossible. Les seuls licenciements ont pour cause des motifs disciplinaires ou l'invalidité. Certains établissements estiment que l'introduction d'un système inspiré du mécanisme de rupture conventionnelle du Code du travail faciliterait la gestion des départs, de même que la clarification des motifs du licenciement (notamment en cas de suppression d'emplois).

Les ministères de tutelle sont conscients de ces difficultés sans toutefois s'être toujours donné les moyens d'y remédier.

Ainsi, le ministère de l'Agriculture ne dispose pas d'outil de mobilité inter-établissements ou entre le ministère et les établissements. Le nouveau statut unifié des offices agricoles devrait toutefois favoriser une certaine transversalité des parcours des contractuels ayant optés pour ce cadre juridique.

Le ministère de la Culture estime que les cas les plus « anciens », comme celui de Pompidou, font ressortir un cantonnement des personnels au sein de l'établissement : la génération recrutée à la création de l'établissement vieillit avec lui. L'autonomie souhaitée a comme contrepartie une absence de mobilité contre laquelle il est très difficile de lutter alors même que les parcours alternés entre ministère et établissements sont assez fréquents.

Les ministères soulignent que la portabilité des contrats entre établissements, telle qu'introduite par la loi de 2012 pourrait favoriser des parcours plus fluides. Ils rappellent également que le mode de décompte des plafonds d'emploi (les mises à disposition sortantes

« décomptent » le plafond d'emploi) constitue un obstacle sérieux au développement de la mobilité.

Au total, la mission ne peut que constater que le relatif « isolement » des personnels au sein de chaque établissement, la faible surface de gestion de la plupart des structures concernées ne semblent pas offrir un cadre très favorable à l'implantation d'une politique des ressources humaines dynamique. Cet état de fait est aggravé par l'absence de sentiment d'appartenance des personnels à un ensemble ministériel au sein duquel ils pourraient développer un parcours professionnel plus diversifié. Ceci est bien sûr encore plus vrai pour les personnels de catégorie B et C qui ne peuvent espérer être recrutés sur des emplois permanents ni conserver le caractère indéterminé de leur contrat dès lors qu'ils rejoindraient un établissement non dérogatoire ou un ministère.

5.5. UNE PRISE EN COMPTE GLOBALEMENT LIMITÉE DE LA SITUATION DE CES PERSONNELS DANS LA GESTION DES RESSOURCES HUMAINES DES MINISTÈRES DE TUTELLE

A l'issue des entretiens menés avec les DRH ou directions techniques des ministères de tutelle et avec les établissements, et à l'exception notable du ministère de la culture, les services RH des ministères semblent peu impliqués dans le pilotage des questions liées à la gestion des personnels des établissements dérogatoires et ceci de façon d'autant plus marquée que le champ des dérogations est large. La mission n'a pu constater, hors ministère de la culture, aucune politique structurée visant à intégrer ces personnels à la politique RH des ministères qui reste avant tout centrée sur la seule gestion des fonctionnaires et contractuels du ministère. Il est vrai que ce constat doit intégrer le très faible taux de réponse au questionnaire adressé par la mission aux ministères de tutelle. Mais cette absence de réponse, qui résulte soit d'un désintérêt pour le sujet traité, soit d'une incapacité à documenter cette enquête, jointe à la fin de non recevoir opposée à certaines demandes de rendez-vous de la mission, est en elle-même très significative. La tutelle est financière et technique mais ne comporte pas de dimension RH. Il est d'ailleurs significatif que les documents de contractualisation entre l'Etat et les opérateurs concernés ne comportent en général aucun objectif en matière de ressources humaines.

L'ensemble des établissements rencontrés souligne enfin les difficultés et les délais rencontrés pour faire évoluer ou actualiser les textes réglementaires les concernant, ces derniers n'étant sans doute pas considérés comme prioritaires par la tutelle.

Dans le même sens, aucune procédure formalisant un « dialogue de gestion » régulier entre l'administration centrale et les opérateurs en matière de GRH n'a été identifiée. Ceci contribue à accentuer les insuffisances en matière de mobilité et de déroulement des parcours de carrière des agents des EP dérogatoires soulignées ci-dessus. Ainsi par exemple, la publication des postes vacants ou les politiques de mobilité menées par les ministères ne concernent pas les établissements.

Aucune forme de mutualisation de fonctions « support » n'a pu être identifiée, y compris lorsque les établissements en cause constituent des « réseaux » (à l'exception bien sûr du réseau des CROUS, piloté par le CNOUS). En conséquence, chaque établissement a

développé ses propres fonctions support, ses propres systèmes d'information et le cas échéant de paye... Il en résulte à n'en pas douter des « déséconomies d'échelle » non négligeables même si leur quantification est difficile. S'il n'est pas anormal qu'un établissement employant plusieurs milliers d'agents contractuels « dérogatoires » (CNOUS/CROUS, INRAP...) dispose de ses propres outils de gestion RH et de ses propres fonctions de soutien, il est plus contestable que des établissements comptant quelques centaines d'agents ne puissent s'intégrer dans un dispositif de mutualisation animé par les tutelles, permettant des gains de productivité sur des fonctions « standard » (paye, contentieux, indemnisation du chômage, fonctions informatiques...). Ces remarques, qui excèdent le champ de réflexion imparti à la mission pour rejoindre des problématiques plus larges d'organisation des services de l'Etat, sont toutefois révélatrices d'une certaine confusion entre le choix de déconcentrer fonctionnellement une mission ou une politique à un opérateur et la nécessité de doter ce dernier d'une « autonomie » en matière de fonctionnement, et notamment de GRH, dans des conditions qui paraissent peu optimales en terme de gestion publique.

1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100

6- LES AXES DE RÉFORME : UNE REMISE EN ORDRE RAPIDE EST INDISPENSABLE MAIS NE DISPENSE PAS DE REVISITER LE SYSTÈME DES DÉROGATIONS DE MANIÈRE PLUS FONDAMENTALE

A l'issue de l'analyse dont les principales conclusions ont été exposées dans les parties précédentes, la mission a envisagé différents scénarios en les confrontant aux objectifs essentiels qui lui semblaient devoir être poursuivis : permettre aux établissements publics concernés de continuer à mettre en œuvre les politiques publiques dont ils sont chargés, dans des conditions satisfaisantes de gestion, préserver la cohérence d'ensemble du dispositif de fonction publique dans l'esprit de la loi du 12 mars 2012 et du protocole d'accord de 2011 et améliorer les conditions générales d'emploi des agents non titulaires dans les établissements publics concernés.

Au regard de ces critères, la mission a choisi d'écarter deux scénarios qui apparaissaient, sinon extrêmes, tout au moins porteurs de bouleversements, et dont les avantages réels auraient probablement été vite neutralisés par des difficultés non négligeables.

Les rapporteurs ont tout d'abord estimé comme peu crédible le scénario consistant à préconiser un abandon pur et simple de la dérogation prévue par l'article 3-2°, qui aurait pu éventuellement se concevoir dans la mesure où la promulgation récente de la loi du 12 mars 2012 ouvre un champ nouveau de possibilités pour les employeurs publics, qui rend l'intérêt de cette dérogation moins substantiel. A supposer qu'une telle orientation soit prise, la mission estime qu'un tel régime de « prohibition » serait très vite rendu inefficace. La multiplication des dérogations législatives ad-hoc accordées au fil des ans à certains établissements publics suffit amplement à le démontrer.

Une seconde voie aurait pu être ouverte, consistant à maintenir le régime de dérogation mais en l'assortissant d'un recours obligatoire au régime du code du travail. L'exemple d'un certain nombre d'établissements publics dérogatoires, notamment ceux opérant dans le champ des affaires sociales démontre en effet que ce modèle présente le mérite d'une certaine cohérence et que ses « performances » relatives par rapport aux établissements utilisant des contrats publics peuvent être considérées comme satisfaisantes.

La mission ne l'a finalement pas retenue, essentiellement en raison de l'inexistence d'un consensus entre les principaux acteurs concernés. Peu de représentants d'établissements publics interrogés ont manifesté un intérêt réel pour la formule, certains mettant en avant la difficulté technique que représenterait la nécessité de devoir gérer des personnels relevant du droit du travail. Les organisations syndicales représentatives sollicitées par la mission ont par ailleurs, de manière assez convergente, exprimé de fortes réticences face à une telle évolution. Enfin, en l'absence de réponse écrite de leur part, aucune position commune n'était réellement susceptible de se dégager des réponses partielles apportées oralement par les représentants des différents ministères de tutelle sur ce sujet.

Indépendamment du statu quo, que la mission estime non souhaitable en raison des difficultés observées, restait donc un champ de réforme plus limité, mais non dénué d'intérêt, consistant à conserver la possibilité d'un régime dérogatoire propre aux établissements publics, leur permettant de garder le bénéfice d'une certaine souplesse dans leur recrutement tout en l'encadrant par des règles plus strictes de manière à encourager le

recours aux dispositifs de droit commun et à circonscrire l'usage de la dérogation à des besoins très précis.

Ce nouveau cadre devra conduire nécessairement à un réexamen de la pertinence des dérogations en vigueur, en fonction de quelques critères sur lesquels la mission propose de s'appuyer.

De manière concomitante, un chantier d'harmonisation des conditions générales applicables aux agents non titulaires devrait être lancé, afin de mettre un terme à la multiplication des « quasi-statuts » et de garantir sur l'ensemble des établissements publics concernés des conditions identiques d'égal accès aux emplois, dans des conditions de transparence irréprochables.

Enfin, la mission préconise un ensemble de mesures destinées à améliorer la gestion des ressources humaines de ces établissements publics, en encourageant les mobilités intra - et inter - établissements ainsi que, lorsque cela est justifié par la nature des fonctions, l'affectation de fonctionnaires en position normale d'activité.

6.1. UNE PREMIÈRE SÉRIE DE PROPOSITIONS DEVRAIT PERMETTRE, SANS REMETTRE EN CAUSE LE PAYSAGE ACTUEL DES DÉROGATIONS, DE REMÉDIER A PLUSIEURS DES DIFFICULTÉS CONSTATÉES

Ces propositions, dont la mise en œuvre relève pour l'essentiel de mesures réglementaires, portent essentiellement sur les conditions d'emploi des agents des établissements dérogatoires. S'agissant du « paysage » des dérogations, elles s'insèrent dans le cadre législatif actuel, tel qu'il résulte notamment de la loi du 12 mars 2012.

6.1.1. Limiter le recours aux dérogations

A cadre juridique inchangé, deux mesures peuvent être proposées.

La première consiste, a minima, à procéder à un toilettage du décret 84-38, très largement obsolète dans la mesure où il n'a pas été actualisé régulièrement, pour prendre en compte les multiples modifications intervenues au cours des dernières années : suppression ou fusion d'établissements, transformation en EPIC ou en établissements « sui generis » ; modifications d'intitulé etc...

Proposition n°1 : Toilettage le décret de 1984 de manière à réactualiser la liste des EPA dérogatoires.

La seconde mesure devrait porter sur l'utilisation de la faculté ouverte par l'article 3 de la loi du 12 janvier 2012 pour favoriser le retour au droit commun pour les établissements qui ont d'ores et déjà massivement recours à des fonctionnaires affectés et marginalement à des emplois « couverts » par la dérogation.

La loi du 12 mars 2012 offre, on l'a vu, durant une période de 4 ans à compter de son entrée en vigueur, la possibilité pour les établissements inscrits sur la liste du décret 84-38, de bénéficier des dispositions permettant l'accès des contractuels à l'emploi titulaire à condition de renoncer à la dérogation. Elle prévoit également, pour les agents qui ne feraient pas le choix de se présenter aux recrutements réservés dans les corps de fonctionnaires, le maintien du bénéfice de leur quasi statut.

Il convient de souligner d'une part que ces dispositions ne concernent pas les établissements dérogatoires en application d'une disposition législative spécifique et d'autre part, que la titularisation dans les corps de fonctionnaires risque, dans un certain nombre de cas, d'être jugée peu attractive par les personnels concernés compte tenu des conditions de reclassement (titularisation limitée aux premiers grades des corps de fonctionnaires) et des niveaux de rémunération servis dans certains des établissements concernés.

La possibilité ouverte par cette même loi de recruter directement en CDI en l'absence de corps de fonctionnaires et le recours assez souple au CDD susceptible de déboucher au terme de 6 ans sur un CDI en catégorie A devrait en effet permettre de répondre à des besoins ponctuels. La loi prévoyant également le maintien des dispositions applicables actuellement aux agents contractuels qui ne choisiraient pas de candidater aux sélections professionnelles ouvertes pour accéder aux corps de fonctionnaires, permettant dans tous les cas de gérer la transition entre l'ancien et le nouveau système.

Il est à noter qu'une réflexion sur les conditions de prise en charge de la cotisation patronale au compte d'affectation spéciale « Pensions » par les établissements qui s'engageraient dans cette voie apparaît indispensable. Le financement de cette contribution sur la « substance » des établissements sans modification de la subvention pour charge de service public serait en effet dissuasif.

Proposition n°2 : Engager très rapidement en lien avec les ministères concernés une démarche tendant à encourager l'application de l'article 3 de la loi du 12 janvier 2012.

Proposition n°3 : Clarifier les règles de budgétisation du supplément de coût résultant de la cotisation au CAS pension pour les fonctionnaires affectés dans les EPA.

6.1.2. Harmoniser au maximum le cadre juridique applicable aux personnels contractuels employés par les établissements dérogatoires, qu'ils soient recrutés pour pourvoir des besoins permanents ou temporaires

Compte tenu du constat de la complexité juridique et de la diversité souvent non justifiée des dispositions relatives aux conditions d'emploi des personnels, l'objectif prioritaire consiste à privilégier l'application des dispositions du décret de 1986 à l'ensemble des personnels concernés. Il s'agit d'écarter les dérogations et adaptations inutiles, source d'opacité pour les agents quant à leurs droits et devoirs et de complexité juridique pour les gestionnaires. Il s'agit en outre, de manière plus indirecte, de faire prévaloir l'appartenance à l'ensemble des agents contractuels de l'Etat et de ses établissements publics sur l'« isolement » actuel des personnels concernés au sein de « sous-ensembles » restreints, générateur de rigidités et de « sclérose ».

La révision prochaine du décret de 1986, destinée notamment à mettre en œuvre certaines des dispositions du protocole d'accord du 31 mars 2011 et de la loi du 12 mars 2012 fournirait une excellente occasion pour franchir une première étape en ce sens.

Plusieurs propositions doivent permettre d'y parvenir.

On peut tout d'abord modifier l'article premier du décret pour prévoir son application à l'ensemble des établissements dérogatoires, y compris ceux autorisés par la loi à recourir à des agents non titulaires sur emplois permanents. Si nécessaire, et compte tenu du nombre finalement réduit d'établissements concernés, une liste pourrait être annexée au décret.

*As fait
5m avec
de nous*

Proposition n°4 : Faire du décret de 1986 le cadre unique de gestion des non titulaires et restreindre les dérogations à ce cadre au strict nécessaire.

Il est ensuite possible de modifier l'article 8 du décret du 17 janvier 1987 pour prévoir explicitement que les contrats conclus pour occuper des emplois permanents ne peuvent être conclus qu'en CDI à l'issue d'une période d'essai qui ne peut excéder un an.

Les rapporteurs estiment qu'il serait souhaitable de clarifier, dans le cas des établissements publics dérogatoires, la question de la nature du contrat conclu entre l'employeur public et l'agent non titulaire. Comme cela a été analysé plus haut, la coexistence d'établissements publics dérogatoires recrutant les uns en contrat à durée indéterminée, les autres à durée déterminées alors qu'il s'agit bien, essentiellement, de pourvoir à des emplois permanents, ne va pas dans le sens de la cohérence recherchée sur la question générale des non titulaires et constitue même dans certains cas un élément de rupture d'égalité entre ces mêmes agents.

Même si la jurisprudence actuelle de la Cour de Justice de l'Union Européenne continue de ménager, dans le cas des emplois publics, une certaine souplesse dans le recours au contrat à durée déterminée, la mission estime cependant souhaitable de donner plus qu'une incitation aux établissements publics concernés à limiter au maximum les cas de recours au CDD.

Les rapporteurs suggèrent par conséquent d'assortir la rédaction future du 2° de l'article 3 dont les grandes lignes sont présentées plus loin (cf. infra 6.2.1) d'une disposition contraignante imposant le CDI dès le recrutement.

Associée à cette mesure, la mission propose, dans le cadre de la révision générale proposée en matière de dispositions transversales applicables à tous les agents non titulaires des établissements publics dérogatoires, de normaliser des périodes d'essais adaptées aux emplois concernées.

Proposition n°5 : Faire du CDI après période d'essai la règle de recrutement pour pourvoir les emplois permanents des établissements dérogatoires.

Dans le même sens, l'article 8 serait également modifié pour renvoyer explicitement aux dispositions de droit commun en ce qui concerne les conditions de recrutement pour répondre à des besoins temporaires (remplacement, vacance d'emploi, surcroît temporaire ou saisonnier d'activité).

Proposition n°6 : Recourir au droit commun dans le domaine des contrats conclus pour pourvoir des besoins temporaires.

Une circulaire devrait explicitement préciser que les emplois couverts par une dérogation législative ou réglementaire ne peuvent être pourvus en recourant aux dispositions de l'article 4 (CDD de 3 ans renouvelables) afin d'éviter les situations contestables (« cumul » des cas de recours) qui ont été identifiées dans le cadre des travaux de la mission.

Proposition n°7 : Interdire le recrutement sur la base de l'article 4 de la loi 84-16 pour pourvoir des emplois dérogatoires.

Enfin, les « droits » nouveaux reconnus par la loi du 12 mars 2012 aux agents non titulaires (« portabilité » du CDI au sein de la fonction publique de l'Etat mais également nouvelles conditions d'appréciation de l'ancienneté auprès d'un même employeur pour accéder à un CDI après des contrats conclus pour occuper des besoins temporaires) devraient également être transposés aux personnels recrutés sur des emplois relevant des établissements dérogatoires.

Proposition n°8 : Transposer aux agents des EPA dérogatoire les nouvelles garanties offertes aux agents non titulaires par la loi du 12 mars 2012 (portabilité du CDI entre établissements ; mode de prise en compte des services pour accéder au CDI).

S'agissant de la mise en œuvre de cette première série de propositions deux options sont concevables en fonction des résultats des concertations interministérielles qui devront être organisées.

Il est possible d'envisager une application immédiate de ces nouvelles dispositions et plus généralement de l'ensemble des dispositions du décret de 86, qui compte tenu de la faible portée des adaptations figurant actuellement dans les quasi statuts, ne paraît pas de nature à bouleverser l'économie actuelle de la gestion des personnels concernés. Ne subsisteraient donc des quasi-statuts que les dispositions relatives aux règles de classement, de rémunération et de carrière des personnels ou encore de règles liées à la nationalité (exemple des missions de police des agents de l'ONEMA et de l'ONCFS, réservées à des nationaux), les dispositions générales de droit commun (congrés, mobilités, droits et obligations, droits sociaux, droit à la formation, gestion des fins de contrats, conditions de réemploi...) s'appliquant immédiatement aux nouveaux contrats. Une expertise juridique complémentaire est toutefois nécessaire pour vérifier que les textes d'organisation des établissements ne font pas obstacles à cette évolution « transversale » et immédiate des règles régissant les contractuels, notamment pour les établissements dérogatoires du fait de dispositions législatives spéciales. En première analyse toutefois, la mission n'a pas identifié ce type de difficulté.

Il est également envisageable d'opter pour une application plus progressive passant par la révision de chaque quasi statut sur une période à déterminer (de l'ordre de 3 ans) permettant le cas échéant de préserver les dérogations au droit commun qui paraîtraient indispensables (mais que la mission n'a pas réussi, au terme de ses travaux à identifier).

Ces deux approches peuvent d'ailleurs être conciliées (application automatique du décret de 1986 au terme d'une période de deux ou trois ans, permettant de faire l'inventaire des dispositions des quasi-statuts appelées à disparaître ou au contraire à perdurer).

Cette première série de mesures de nature réglementaire, qui semblent dans leur principe peu contestables et sont d'ailleurs peu contestées par les établissements et les ministères rencontrés, permettrait de régler la question de la base juridique fragile de certains « quasi statuts » et dans un certain nombre de cas, de sécuriser et de « moderniser » assez substantiellement les règles de gestion des personnels des EPA dérogatoires tout en assurant pour l'avenir l'application « en temps réel » des modifications apportées au droit des non titulaires. Elle présenterait en outre un avantage non négligeable en termes de simplicité et de lisibilité de l'ordonnancement juridique par rapport à la situation actuelle.

6.1.3. Dans le prolongement des dispositions de l'accord du 31 mars 2011, les conditions de gestion des personnels en CDI pourraient être rapprochées des « standards » de la GRH

Ces propositions excèdent par la force des choses le champ d'investigation et donc de proposition de la mission puisqu'elles concernent l'ensemble des agents non titulaires. Il serait toutefois souhaitable que, s'agissant au moins des agents en CDI, les règles de gestion individuelles soient alignées au maximum sur celles qui prévalent désormais pour la plupart des fonctionnaires. De ce point de vue les questions liées au recrutement, à la mobilité et à la rémunération doivent être prioritairement abordées.

6.1.3.1. Le recrutement

La revue des établissements choisis comme échantillon a montré que l'égalité d'accès aux emplois des établissements est généralement mais pas toujours protégée par un minimum de procédures de publicité et de sélection.

La mission constate la tendance, par mimétisme avec la fonction publique, à inscrire de manière plus ou moins détaillée dans le texte réglementaire créant un « quasi-statut » des règles particulières encadrant le recrutement. La logique poursuivie consiste à encadrer le pouvoir général conféré au directeur de l'établissement en matière de recrutement, qui constituerait le principal point de référence en l'absence de toute disposition transversale⁴⁵. Ce procédé va dans le bon sens.

La part très importante prise par l'emploi de non titulaires dans l'emploi public impose de fixer des normes obligatoires. L'égal accès aux emplois publics est en effet un principe de niveau constitutionnel (« *Tous les citoyens étant égaux [aux yeux de la loi], sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* »). La disposition du statut général prévoyant que les « emplois permanents », notamment de l'Etat, sont occupés par des fonctionnaires recrutés par concours, *sauf les exceptions prévues par la loi*, n'épuise pas l'application de ce principe. Des modalités adaptées au cas des contractuels pourraient être définies et inscrites dans un décret d'application générale (décret de 1986 précité).

⁴⁵ Aucune norme législative ni réglementaire ne prévoit en effet de disposition spécifique en matière de procédure de recrutement d'agent non titulaire, sans pour autant qu'on puisse en déduire l'existence d'une incompétence négative du législateur ou du pouvoir réglementaire.

Deux questions sont à traiter :

1) La publicité des recrutements.

Proposition n°9 : Inscrire dans le décret de 1986 le principe d'une publicité obligatoire pour l'ensemble des emplois permanents.

Les modalités pourraient être précisées par une instruction propre à chaque ministère : supports adaptés aux publics visés, délais...

Au minimum, il conviendrait de mettre systématiquement les postes vacants des établissements en ligne sur les bourses d'emplois des ministères de tutelle et sur la bourse interministérielle de l'emploi public (BIEP).

2) La procédure de sélection garantissant un examen équitable des candidatures.

Proposition n°10 : Consolider, à travers un texte de portée générale, des règles communes applicables par tous les établissements en matière de modalités de sélection.

Une norme, de niveau à définir (décret ou circulaire), pourrait prévoir que chaque établissement adopte des dispositions permanentes fixant des modalités de recrutement adaptées à chaque type d'emploi. Une gradation pourrait être prévue d'autant plus contraignante que les recrutements sont nombreux et/ou concernent des emplois de niveau élevé.

Trois niveaux de contrainte pourraient être prévus :

- au minimum, l'exigence d'un double visa, celui de l'employeur direct et celui du directeur en charge du personnel ;
- au niveau intermédiaire, l'exigence d'une délibération au sein d'un comité idoine ;
- au niveau de contrainte supérieure, l'exigence d'un examen des candidatures par ce comité.

La norme devrait prévoir que le respect de cette procédure, ainsi que celui de la publicité préalable soient traçables et auditables. A cette fin les procédures suivies devraient être versées au dossier du candidat recruté.

6.1.3.2. La mobilité des agents et les parcours professionnels

Au-delà de la mesure évoquée ci-dessus pour permettre la portabilité des CDI entre EP dérogatoires, des mesures favorables à la mobilité des agents concernés pourraient être encouragées.

Une clarification des dispositifs de « mobilité » offerts aux agents contractuels pourrait également être envisagée notamment pour mieux garantir les conditions de réintégration à l'issue d'une mise à disposition ou d'un congé de mobilité, plusieurs établissements ayant émis des réserves sur l'applicabilité de ces dispositions sans que la mission ait été en mesure d'analyser de manière approfondie ce point. De même une clarification du traitement des congés mobilité au regard des plafonds d'emploi semblerait utile.

Mais sur ce sujet les dispositifs juridiques ne constituent qu'une partie de la solution. L'évolution des pratiques est tout autant essentielle. Les ministères de tutelle pourraient être appelés à favoriser la mobilité entre établissements en créant des outils d'information spécialisés.

Proposition n°11 : Créer dans chacun des ministères un forum des mobilités à destination des établissements afin d'informer les agents sur les procédures existantes et sur les offres d'emploi.

De manière générale, il convient que les ministères prennent mieux en compte la situation des personnels des établissements placés sous leur tutelle. Cette question devrait faire l'objet d'un dialogue régulier avec chaque établissement.

Proposition n°12 : Consacrer un volet des conférences de GRH, organisées chaque année entre les ministères et la DGAFP, à la revue des dispositions prises pour mieux gérer les parcours professionnels des personnels des établissements et des résultats obtenus dans ce domaine.

6.1.3.3. Toujours à cadre législatif constant, une amélioration progressive des dispositions relatives à la rémunération et à la carrière pourrait être engagée à l'occasion de la révision au fil de l'eau des quasi statuts

Il conviendrait d'apprécier quels éléments de la réforme plus profonde proposée plus loin peuvent être anticipés.

L'instauration de rémunérations liées précisément aux emplois occupés par les contractuels et non plus à leur niveau de recrutement sur le modèle des corps de fonctionnaires, suppose une refonte complète du mode de gestion, la définition précise et la cotation des emplois.

A cadre constant, des évolutions dans cette direction pourraient être réalisées, sur le modèle de celles qui sont en cours dans la fonction publique, par exemple en établissant un lien entre des éléments de la rémunération et la fonction occupées ainsi que les résultats obtenus par l'agent. De ce point de vue, les régimes indemnitaires servis aux agents des EPA dérogatoires doivent être revus pour intégrer une possibilité de modulation en fonction des résultats des agents.

En toute hypothèse la totale « linéarité » des parcours au sein des quasi-statuts pour chaque catégorie hiérarchique, très souvent rencontrée, doit être systématiquement remise en cause de manière à permettre une prise en compte des mérites des agents dans le déroulement de leur parcours professionnel et les mécanismes d'avancement et de promotion.

Une homogénéisation des conditions générales d'évaluation des agents non titulaires employés par les établissements publics dérogatoires apparaît d'autant plus nécessaire que l'évaluation doit être amenée à constituer l'un des éléments essentiels du dispositif de rémunération, sur la base des propositions présentées ci-dessus.

Dans ce domaine, la mission préconise, pour l'ensemble des établissements publics dérogatoires, un mécanisme obligatoire d'évaluation annuelle.

Les dispositifs de quasi-statuts actuellement en place prévoient en effet, comme on l'a vu, des règles très variables en la matière. Beaucoup d'établissements publics s'en tiennent à la règle a minima du décret de 1986⁴⁶, qui apparaît en décalage avec la pratique, désormais assez universelle, qu'il s'agisse du secteur public ou du secteur privé, de l'entretien annuel.

Les rapporteurs ont certes relevé que certains d'entre eux ont déjà inscrit dans leurs règles un tel entretien. Il conviendrait bien entendu que cette bonne pratique soit généralisée et rendue obligatoire. Cela a d'autant plus de sens que les agents concernés, embauchés sur des emplois permanents sont destinés à effectuer des carrières relativement longues. Toutefois, même lorsque ce dispositif existe déjà, l'exercice d'évaluation se traduit généralement par le recours à un mécanisme de notation chiffrée. Ces modalités ont été abandonnées dans les autres secteurs de la fonction publique. Il conviendrait donc de faire évoluer l'ensemble des établissements publics vers le système des entretiens professionnels annuels.

Par ailleurs, même si cela ne constitue par nécessairement le principal facteur, le fait de pouvoir disposer d'entretiens annuels peut aider les agents concernés à accéder plus facilement à une mobilité.

Suivant la logique générale retenue pour tout ce qui concerne les dispositions à caractère transversal, la mission recommande d'inscrire ce principe dans une future version remaniée du décret de 1986, rendu applicable à l'ensemble des établissements publics.

Proposition n°13 : Rendre obligatoire l'évaluation annuelle des agents non titulaires employés par les établissements publics, en modifiant l'article 1-4 du décret n° 86-83 du 17 janvier 1986.

6.1.4. Les règles régissant l'affectation et le détachement des fonctionnaires sur les emplois « dérogatoires » doivent être revistées

S'agissant de l'affectation des fonctionnaires sur les emplois dérogatoires des établissements inscrits sur le décret liste et de ceux qui, bénéficiant d'une dérogation législative n'autorisant pas l'affectation, la position de doctrine retenue par la DGAFP (affectation impossible du fait même que les emplois considérés sont « dérogatoires ») s'entend du point de vue logique.

Elle ne semble toutefois pas totalement étayée en droit dans la mesure où aucune disposition législative ne la confirme explicitement. Par ailleurs le développement de la position normale d'activité, destinée à favoriser la mobilité des fonctionnaires, est venue modifier le paysage juridique.

La mission estime que l'affectation de fonctionnaires sur les emplois dérogatoires serait une mesure bienvenue dans la mesure où elle contribuerait à « désenclaver » les établissements concernés, à fluidifier les allers retours entre ministères et établissements et entre établissements.

⁴⁶ La seule obligation qui est faite à l'employeur public est d'une évaluation au moins tous les trois ans.

L'alternative actuellement utilisée, le détachement, ne paraît pas totalement satisfaisante pour deux raisons : elle est plus complexe à mettre en œuvre et elle induit dans la majorité des cas des « gains de détachement » qui rendent difficile le retour vers l'administration d'origine. La mission suggère qu'une demande d'avis soit adressée à la Haute Assemblée pour s'assurer de la régularité de l'affectation de fonctionnaires sur les emplois dérogatoires à cadre législatif constant.

Proposition n°14 : Clarifier les conditions dans lesquelles des fonctionnaires pourraient être affectés sur les emplois dérogatoires des établissements.

S'agissant du détachement, les règles figurant dans la circulaire de la direction du budget en date du 23 juillet 2010 sont en elles-mêmes peu contestables du point de vue des principes et des objectifs poursuivis (donner des repères aux gestionnaires et aux contrôleurs financiers ; limiter les gains de détachement excessifs ou au contraire prévenir une « dégradation » de la rémunération du fait de la perte du bénéfice des avancements d'échelon...).

L'articulation de ces règles avec les dispositions relatives au classement et à la rémunération des agents contractuels des établissements, telles qu'elles figurent dans les quasi-statuts mérite toutefois d'être clarifiée juridiquement.

Dès lors que l'emploi occupé en détachement par le fonctionnaire est couvert par ces dispositions (ce qui sera encore plus fréquent si la proposition consistant à rendre impossible le « cumul » pour un même emploi du recours à l'article 4 de la loi 84-16 et du recrutement « dérogatoire » est retenue), on peut légitimement s'interroger sur la régularité de la fixation de règles différentes dans le contrat de recrutement, l'établissement ne pouvant au cas par cas s'affranchir du cadre réglementaire qu'il s'est lui-même imposé ou qui ont été fixées par ses tutelles par un décret. Si cette faculté devait être préservée, ce qui ne paraît pas souhaitable à la mission, il serait sans doute indispensable de lui donner une base juridique plus solide qu'actuellement et donc de le prévoir explicitement dans le décret « positions statutaires » cité plus haut.

Proposition n°15 : Clarifier le cadre juridique et les conditions du détachement de fonctionnaires sur des contrats des établissements dérogatoires.

6.2. DES RÉFORMES PLUS PROFONDES POURRAIENT ÊTRE ENGAGÉES

6.2.1. Une révision pour l'avenir du régime des dérogations permanentes est indispensable afin de restreindre au strict nécessaire le recours à des recrutements de non titulaires

La mission a mis en évidence, dans son analyse du dispositif existant, l'existence de plusieurs ambiguïtés dans le bloc formé par les textes fondamentaux qui régissent les dispositifs dérogatoires, que ni la jurisprudence ni la doctrine administrative n'ont été en mesure de faire complètement disparaître.

Il convient, selon les rapporteurs, d'y remédier, afin que l'usage des dérogations, dont ils admettent l'utilité dans certains cas, redevienne une solution pragmatique et proportionnée

à des enjeux réels et non, comme cela est trop souvent le cas, une sorte de « privilège » historique contribuant à figer des situations acquises parfois dans un contexte qui n'a plus rien à voir avec le paysage administratif actuel.

Quelques principes simples devraient guider ce premier axe de la réforme. Il s'agit tout d'abord de considérer que le besoin de recourir à des agents non titulaires doit s'apprécier, de manière cumulative, par la combinaison de deux critères que le législateur n'avait pas, en 1984, mis sur le même plan.

Le premier critère à prendre en considération est celui des qualifications professionnelles dont le concours est considéré comme indispensable à la poursuite, par les établissements publics, des objectifs qui leur sont assignés. Les rapporteurs sont convaincus que le raisonnement par catégorie d'emplois, calqué sur le modèle de la fonction publique (A,B,C) ne peut pas constituer une grille de lecture satisfaisante. Il convient d'y substituer, selon eux, une analyse par métiers et par qualifications professionnelles. Procéder ainsi rendrait plus pertinente la comparaison avec les corps de fonctionnaires, permettant notamment de vérifier l'inexistence des dites qualifications professionnelles au sein de ces corps⁴⁷.

Le second critère serait celui des missions spécifiques de l'établissement, au sens où elles sont déterminées par les textes créant ou régissant ces établissements. Là encore, il s'agira de considérer non pas le « caractère particulier » de l'établissement, car dans ce cas, chaque établissement public serait en mesure, peu ou prou, de se dire particulier, mais bien la nature particulière des missions ou éléments de politique publique que seul cet établissement public a à conduire.

Selon les rapporteurs, c'est donc la création d'un lien obligatoire entre mission(s) spécifique(s) de l'établissement et qualifications professionnelles particulières nécessaires à leur accomplissement qui doit fonder, en droit, le recours à la dérogation.

Cependant les considérations tenant à la bonne gestion des personnels doivent aussi être intégrées. Dès lors que le recours à la dérogation s'avère nécessaire pour la majorité d'entre eux, il peut être justifié d'étendre le recrutement par contrat à la totalité des personnels.

Exemple de rédaction qui pourrait se substituer au 2° de l'article 3 actuel⁴⁸

L. n° 84-16, 11 janvier 1984, art. 3...

2° Les emplois de certains établissements publics qui requièrent des qualifications professionnelles particulières indispensables à l'exercice des missions spécifiques dévolues à ces établissements.

Les agents occupant ces emplois sont recrutés par contrat à durée indéterminée⁴⁹.

⁴⁷ Il s'agit également, suivant cette logique, de s'assurer que les besoins exprimés par l'établissement public, ne peuvent pas être satisfaits en recourant à la dérogation « de droit commun » résultant de l'article 4 du statut.

⁴⁸ Cette rédaction est proposée, à titre strictement indicatif, par la mission, pour servir essentiellement d'élément de réflexion et n'a pas la prétention d'épuiser toutes les difficultés de légistique qui pourraient se présenter.

⁴⁹ Les rapporteurs se sont interrogés sur la question de savoir si cette disposition relative au CDI ne relèverait pas en réalité du domaine réglementaire. Si tel était le cas, elle pourrait figurer soit dans le décret d'application de l'article 3 (« décret-liste ») soit dans le décret de 1986. Il reviendra à l'administration chargée le cas échéant de préparer le projet de réforme de s'assurer le moment venu que ce cas classique de détermination du champ des articles 34 et 37 de la Constitution soit expertisé plus finement. A toutes fins utiles, les rapporteurs relèvent que les dispositions de même nature relative aux autres dérogations (article 4) sont inscrites dans la loi.

Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis du Conseil supérieur de la fonction publique, arrête, pour chaque établissement public concerné, les emplois pouvant être occupés par des agents non titulaires ainsi que la durée pendant laquelle il peut être procédé à leur recrutement.

[disposition transitoire]

Les contrats à durée déterminée conclus au titre des dispositions du 2° de l'article 3 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 avant la promulgation de la présente loi ne peuvent être renouvelés que pour une période indéterminée.

La mission préconise en outre que soit plus encadrée dans le temps l'usage de celle-ci. Le cadre juridique actuel consiste en effet à raisonner sur une dérogation « à durée illimitée », ce qui ne paraît pas cohérent avec un principe de juste proportionnalité. En effet, sur une période de quelques années, les critères énoncés peuvent ne plus être remplis, par exemple si l'évolution par ailleurs des corps de fonctionnaires se traduit par l'apparition de compétences nouvelles susceptibles de modifier l'offre. Il est donc proposé que la limite temporelle pendant laquelle la dérogation est accordée puisse également être fixée *ex ante*, au moment où la dérogation est accordée. La mission suggère de respecter l'esprit du dispositif actuel, en renvoyant la fixation de la durée à la partie réglementaire, c'est-à-dire au décret liste⁵⁰, de manière à laisser une certaine souplesse au Gouvernement pour « piloter » de manière plus fine la dérogation dans le temps, en l'adaptant au mieux des particularités de chaque établissement concerné.

Si cette logique est retenue, la mission considère en outre que l'examen des demandes de dérogation par les instances ayant à en connaître (notamment le Conseil supérieur de la fonction publique) sera plus pertinent. Outre les questions relatives aux particularités des emplois, il serait ainsi possible de mieux cadrer la dérogation, notamment lorsqu'il s'agit de besoins correspondants aux cas de création d'un établissement public « temporaire⁵¹ ».

Par ailleurs, le fait d'obliger les ministères de tutelle à se soumettre à un « examen de passage » périodique pour renouveler le cas échéant la dérogation constituerait un stimulant nécessaire pour qu'un mécanisme d'évaluation plus substantiel (pouvant figurer au bilan social de l'établissement) devienne un élément de routine dans le pilotage des établissements publics.

Il convient de souligner que cette mesure nécessitera une intervention du législateur.

Proposition n°16 : Réviser par voie législative la rédaction du 2° de l'article 3 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 pour préciser les critères de recours à la dérogation pour les emplois du niveau d catégorie A.

⁵⁰ La mission n'a pas été en mesure, à ce stade, de vérifier que cette répartition ne présente pas de risque d'incompétence négative du législateur.

⁵¹ Cf. le cas de la BNF dans sa période d'établissement public « bâtisseur ».

6.2.2. Afin de favoriser le retour au droit commun, la gestion des corps de fonctionnaires doit évoluer ainsi que les conditions d'emploi des non titulaires

6.2.2.1. La gestion des corps de fonctionnaires

Au terme de son analyse, la mission considère que le retour au droit commun, par la voie des dispositions rappelées ci-dessus (article 3 de la loi du 12 mars 2012) ou défini dans un autre cadre (dispositif législatif ad hoc...) serait grandement facilité si, parallèlement à l'affectation de fonctionnaires dans les établissements concernés, des mesures d'accompagnement, destinées à garantir aux établissements une autonomie de gestion et les moyens de faire face à des missions parfois spécifiques, étaient mises en œuvre.

La mission s'est intéressée, au-delà de son périmètre strict d'investigation, aux modes de fonctionnement des EPA non dérogatoires ou très partiellement dérogatoires. Elle a constaté l'existence de modèles variés : existence de corps propres à l'établissement (Météo France, INRA), affectation de fonctionnaires gérés et payés par le Ministère de tutelle (Musée d'Orsay), affectation de fonctionnaires payés par l'établissement avec une « délégation de gestion » permettant de conférer à l'établissement certains pouvoirs de gestion (Musée du Louvre et BNF)...

D'une manière générale, et à l'exception du modèle des établissements publics scientifiques et techniques (EPST) qui se caractérise par des corps propres, regroupant à chaque niveau hiérarchique l'ensemble des agents quelque soit leur filière, et relevant toutefois de dispositions statutaires communes à l'ensemble des EPST ainsi que par des pouvoirs de gestion très largement confiés aux établissements, les EP employant des fonctionnaires affectés semblent très rarement bénéficier d'une réelle déconcentration, à leur profit, des actes de gestion importants. Cette situation, qui ne fait d'ailleurs que traduire la faible déconcentration de la gestion dans l'ensemble de la fonction publique, est sans doute un facteur explicatif non négligeable du recours aux dérogations.

Il n'est évidemment pas envisageable de préconiser la création de corps propres aux établissements. Une telle solution serait non seulement contraire à la politique engagée depuis plusieurs années pour réduire le nombre de corps de fonctionnaires mais elle irait également à l'encontre des objectifs de décloisonnement et d'élargissement des espaces de gestion dont la nécessité a été soulignée ci-dessus.

La mission préconise donc que soient systématiquement explorées les conditions dans lesquelles l'affectation de fonctionnaires dans les établissements pourrait être accompagnée d'une réelle déconcentration des actes de gestion au profit des opérateurs.

De ce point de vue l'avis rendu par l'Assemblée Générale du Conseil d'Etat les 29 et 30 mars 2009 semble ouvrir des perspectives intéressantes. Il confirme en effet que, pour les fonctionnaires d'un même corps, les actes de gestion peuvent être délégués selon une géométrie différente selon que ces agents sont affectés dans les services du ministère ou dans un établissement public. Il est donc juridiquement possible de déléguer très largement les pouvoirs de gestion des agents (y compris le recrutement initial, le pouvoir disciplinaire...) à l'exécutif d'un établissement tout en retenant ces pouvoirs au niveau du ministre pour les

agents des services du ministère. Cette possibilité de délégation est toutefois limitée, s'agissant des actes impliquant une appréciation et une comparaison des mérites des agents, par la règle dégagée par le Conseil d'Etat dans son avis du 7 juin 1990 qui conditionne cette délégation à l'existence d'un effectif de 50 agents du corps concerné au niveau où s'effectue cette appréciation.

Proposition n°17 : Encourager la déconcentration de la gestion des personnels fonctionnaires vers les établissements publics employeurs.

Dès lors que les établissements ne disposeraient pas de l'effectif suffisant pour bénéficier d'une déconcentration de cette catégorie d'actes, la mission préconise à tout le moins qu'une « charte » ou un document retraçant les engagements réciproques des parties soit systématiquement conclu entre la DRH du ministère et les opérateurs concernés pour mettre en place des règles de gestion assurant à l'établissement que ses propositions (avancement de grade, réductions d'ancienneté ou promotion de corps notamment) soient prises en compte et respectées lors de l'établissement des tableaux d'avancement ou listes d'aptitudes au niveau de l'ensemble du ministère.

Dans le même sens, un dialogue de gestion devrait être formalisé pour assurer la fluidité des échanges entre établissement et administration centrale pour l'ensemble des processus de gestion RH (recrutement, affectation, mobilité....).

Proposition n°18 : Encourager la formalisation d'un véritable dialogue de gestion entre les DRH des ministères et les établissements publics.

6.2.2.2. Le régime de droit commun d'emploi des non titulaires

Au-delà des règles relatives à la gestion de fonctionnaires affectés dans les EPA concernés, la mission considère que les règles de droit commun de recrutement sur contrat devraient sans doute être adaptées pour permettre aux établissements qui reviendraient dans le droit commun d'exercer leurs missions dans de bonnes conditions.

6.2.2.2.1. L'absence de corps de fonctionnaires, la nature des fonctions et les besoins du service

La possibilité, ouverte à titre expérimental pour quatre ans, de recruter directement en CDI sur des fonctions pour lesquelles il n'existe pas de corps de fonctionnaires constitue une première avancée pour concilier la spécificité de certaines missions et l'application du droit commun.

Il serait d'ailleurs souhaitable qu'une interprétation univoque de la notion d'« absence de corps de fonctionnaires » soit donnée pour assurer une application homogène d'un dispositif qui aujourd'hui relève d'une analyse au cas par cas, manifestement très variable selon les ministères, les établissements et les contrôleurs financiers.

Dans le même sens d'ailleurs, une interprétation du sens à donner à l'actuel article 4-2 de la loi 84-16 serait également bienvenue (définition de la « nature des fonctions » et du « besoin du service »), la mission ayant constaté que la lecture de cette disposition est également sujette à des interprétations variées allant de l'absence totale de justification (le

contrat en catégorie A étant utilisé comme un mode de recrutement de droit commun) à un contrôle tatillon de la nature des fonctions et des dispositions prises pour pourvoir le poste par un fonctionnaire.

Proposition n°19 : Préciser par voie de circulaire les notions d' « absence de corps de fonctionnaires », de « nature des fonctions » et de « besoins du service » pour faciliter et harmoniser l'application des dispositions relatives au recrutement de contractuels.

Ces évolutions ne paraissant toutefois pas suffisantes pour satisfaire les besoins des établissements. Deux situations doivent en particulier être traitées si l'on souhaite que les établissements envisagent l'abandon des dérogations dont ils bénéficient.

6.2.2.2.2. Les catégories B et C

Il s'agit tout d'abord du recrutement de contractuels en catégorie B et C. Il ressort clairement des entretiens tenus pas la mission que des besoins ponctuels ou plus structurels existent pour des fonctions à caractère technique spécifiques.

Ces besoins se justifient notamment par la faible mobilité géographique et fonctionnelle des agents titulaires de catégorie B. S'agissant des catégories C, on peut considérer que la possibilité de recruter sans concours dans la plupart des corps règle la difficulté.

Dans l'hypothèse où les établissements reviendraient au droit commun, l'impossibilité de recruter des agents contractuels de catégorie B les incitera à faire usage, de manière juridiquement contestable, des contrats à caractère temporaire (actuellement contrats de 10 mois sur 12, auxquels se substitueront prochainement des contrats de 6 mois sur 12 (accroissement saisonnier d'activité) ou de 12 mois sur 18 (surcroît temporaire d'activité) ou du recrutement sur emploi vacant non pourvu (deux ans maximum). Or ces pratiques sont contestables tant du point de vue des droits des agents (« précarité », absence de perspective d'accès au CDI) que du point de vue des finances publiques (indemnisation du chômage des agents concernés se cumulant avec la rémunération de celui qui leur succède sur le poste).

Conformément d'ailleurs à l'accord du 10 mars 2011, une réflexion doit être engagée pour étudier les conditions dans lesquelles un élargissement du recours au contrat « deux fois trois ans » en catégorie B à raison de la nature des fonctions. Cette réflexion pourrait d'ailleurs être limitée au moins dans un premier temps aux seuls établissements qui opteraient pour le retour au droit commun et « au cas par cas » à raison de leurs missions.

Proposition n°20 : Engager une réflexion sur l'élargissement du recrutement à raison de la « nature des fonctions » pour les postes du niveau de la catégorie B voire C.

6.2.2.2.3. Les recrutements sur ressources propres

La seconde difficulté (qui rejoint d'ailleurs partiellement le point précédent) est relative à la situation des personnels recrutés sur « ressources propres » des établissements, pour concourir à des tâches à caractère non pérenne. Il s'agit par exemple des personnels recrutés par l'ASP pour la gestion des fonds structurels.

La difficulté est double : elle a trait tout d'abord au décompte des plafonds d'emplois puisque les recrutements opérés sur ressources propres ne peuvent être considérés comme « hors plafond » (en application des circulaires budgétaires relatives au plafond d'emploi des opérateurs du ...) que s'ils ont un caractère temporaire. Le recrutement de fonctionnaires sur ces emplois aboutirait à « consommer » les plafonds et à dépasser, toutes choses égales par ailleurs, les plafonds autorisés par le Parlement.

Elle est liée ensuite au caractère non pérenne des missions en cause qui incite les employeurs, pour des raisons de nature budgétaire, à ne pas se lier par un CDI ou un recrutement de contractuel. Semble également s'y ajouter une difficulté spécifique pour les missions d'assistance technique, la Commission européenne ne semblant pas accepter que des rémunérations de personnels permanents puissent être prises en compte dans les contreparties nationales des fonds structurels. Ce point mérite toutefois d'être expertisé.

La mission estime que ces différentes raisons sont de nature à favoriser des détournements de la règle de droit ou à inciter les établissements à souhaiter le maintien des dérogations. Elle préconise donc qu'une possibilité de recours au contrat pour assurer ce type de missions, étroitement encadrée et limitée dans le temps (six ans maximum) soit ouverte.

Proposition n°21 : Ouvrir une nouvelle possibilité de recours au contrat pour assurer des missions spécifiques liées à des financements non pérennes.

6.2.3. Une révision du paysage actuel des dérogations est indispensable

Les propositions ci-dessus devraient au moins en théorie permettre à la majorité des établissements actuellement dérogatoires de revenir au droit commun. La mission est toutefois consciente des difficultés inhérentes à une telle évolution, liées notamment à la situation parfois plus favorable (en termes de conditions de rémunération) que celle des fonctionnaires qui prévaut dans certains établissements ainsi qu'aux craintes que peut susciter pour les dirigeants des établissements concernés l'abandon de l'autonomie réelle ou supposée liée à la dérogation. Une telle démarche sera donc nécessairement progressive, concertée avec les personnels concernés et appuyée sur des critères réalistes.

La mission préconise d'examiner prioritairement la justification du maintien des dérogations des « petits » établissements (moins de 500 agents) qui sont ceux dont la situation est la plus critique du point de vue de la gestion des ressources humaines (faible mobilité, phénomènes de « sclérose », coûts de gestion élevés...). Dans le même sens, la priorité pourrait porter sur les établissements qui ne recourent que pour une part minoritaire de leurs emplois à des agents contractuels. Elle considère en revanche que la question des établissements de grande taille (plus de 2000 agents) dont plus de 90% des personnels relèvent de la dérogation et qui disposent ainsi d'une « surface de gestion » suffisante est moins problématique à moyen terme.

Au-delà des critères liés à la taille des établissements et à l'ampleur de la dérogation, l'un des critères à privilégier est également bien sûr l'existence d'une proximité des métiers entre l'établissement et son ou ses ministères de tutelle. Même si les évolutions intervenues pour favoriser la mobilité des fonctionnaires ouvrent, en théorie tout au moins, toutes les

facilités pour privilégier l'affectation de fonctionnaires, il est toutefois indispensable pour le bon fonctionnement de ces structures, que ces établissements puissent s'appuyer sur un « vivier » de fonctionnaires identifié et géré de manière à intégrer leurs besoins par un interlocuteur (DRH) unique dans le cadre d'un dialogue de gestion formalisé.

La mission préconise donc que chaque ministère réalise, dans un délai très rapide une analyse de la situation prévalant dans les établissements placés sous sa tutelle et propose, avant la fin de l'année 2012, au ministère de la fonction publique un schéma d'évolution des dérogations existantes. Dans un certain nombre de cas, la question du passage du statut d'EPA à celui d'EPIC pourrait aussi être examinée.

Proposition n°22 : Engager dans les meilleurs délais une réflexion au sein de chaque ministère pour établir une revue des dérogations et un schéma d'évolution de ces dernières.

6.2.4. S'agissant des établissements qui resteront dérogatoires, une profonde révision du mode de gestion des contractuels est nécessaire

6.2.4.1. Les rémunérations

La revue effectuée par la mission a fait ressortir les raisons mais aussi les inconvénients importants de la tendance suivie par la majorité des ministères et des établissements consistant à calquer les carrières et les rémunérations des contractuels sur celles des fonctionnaires.

Les raisons tiennent à deux avantages :

- ainsi les rémunérations des contractuels peuvent être cantonnées à des niveaux non supérieurs à ceux des fonctionnaires de « niveau » équivalent ;
- les évolutions individuelles peuvent être gérées avec les mêmes méthodes, connues des services, que celles de la fonction publique.

Ces avantages ne paraissent pas déterminants :

- le plafonnement par référence aux fonctionnaires connaît des failles : lorsque les références du marché du travail s'imposent, les cadres sont tordus ou ignorés⁵² ; l'idée du ~~plafonnement par référence~~ peut être conservée en règle générale mais sans entraîner un décalque des carrières ;
- à un moment où la gestion des fonctionnaires intègre de plus en plus des éléments d'appréciation des fonctions et des contributions individuelles, il est possible de demander aux services gestionnaires des non titulaires de développer pour ces derniers également d'autres méthodes.

⁵² S'agissant par exemple de la prise en compte de l'expérience professionnelle antérieure au moment du recrutement : la mission a constaté l'existence, dans la plupart des « quasi-statuts », de dispositions, parfois très avantageuses, permettant de reconstituer la carrière antérieurement effectuée par l'agent, dans le secteur public ou dans le secteur privé. Il s'agit là d'un mécanisme dont l'intérêt n'est pas contestable, mais qui s'écarte significativement de ce qui est pratiqué pour les fonctionnaires : les reconstitutions de carrière pour les agents titulaires recrutés sur concours sont souvent très symboliques et dépassent rarement 4 ans alors que certains quasi-statuts permettent d'octroyer jusqu'à 12 ans de reconstitution.

Les inconvénients des quasi-statuts ne sont pas acceptables :

- les contractuels ainsi gérés ont le sentiment d'appartenir à une quasi fonction publique qui les dissuade de conserver un lien avec le marché du travail ; comme ils ne bénéficient pas non plus des mouvements possibles au sein des corps, ils se retrouvent enfermés dans un isolat ;
- si les situations qui motivent les dérogations ne sont pas de nature à justifier l'emploi de fonctionnaires mais obligent à recourir à des compétences issues du marché du travail, l'administration doit faire l'effort de gérer ces compétences selon des modalités différentes, tenant ouverts les canaux de circulation avec ce marché.

Les systèmes fondés sur des grilles statutaires à l'ancienneté figent la hiérarchie des rémunérations en fonction d'un niveau de recrutement. Les entreprises les remplacent aujourd'hui, en tout cas pour les cadres, par des systèmes de cotation qui aménagent des espaces de rémunération plus étroits permettant de fonder la rémunération sur un facteur objectif, le type d'emploi occupé. Le second avantage est de permettre une individualisation tant au moment du recrutement que tout au long de la carrière, en intégrant l'expérience acquise et la contribution apportée à l'organisme. Souvent un troisième étage de rémunération est ajouté avec des parts variables non reconductibles, pour reconnaître les résultats obtenus pendant une période donnée. A défaut, les mesures individuelles cumulent les deux aspects.

Pour être adapté aux administrations, ce système nécessite un bornage soigneux des espaces de cotation, de manière cohérente avec les principes arrêtés dans le protocole du 31 mars 2011⁵³.

Un changement de système, s'il est décidé, prendra du temps et ne pourra être que progressif. Les chances de parvenir à un modèle cohérent et équilibré seront d'autant plus grandes que le « durcissement » des critères de dérogation que la mission propose aura été mis en œuvre.

Proposition n°23 : Faire évoluer les systèmes de rémunérations des contractuels vers un référentiel propre à chaque établissement mais conforme à une cible commune.

La cible peut être ainsi dessinée :

- classifications : interdiction des classifications sur le modèle des corps, par référence au niveau de diplôme ; exigence de définition d'emplois précis, cartographiés, cotés et associés à des espaces de rémunération comportant une borne supérieure qui tienne compte à la fois de la comparaison avec les rémunérations des fonctionnaires et, seulement si nécessaire, de la comparaison avec le marché du travail ;
- carrières : individualisation des salaires tant au moment du recrutement que tout au long de la carrière, pour intégrer l'expérience acquise et la contribution apportée à l'organisme. Interdiction des carrières complètement à l'ancienneté (prime d'ancienneté seulement possible pour les personnels non cadres). Evaluations et évolutions salariales individualisées ;
- interdiction de l'indexation sur le point fonction publique ;
- introduction d'éléments de rémunération variables pour les cadres.

⁵³ Cf. Axe 3, b)

L'élaboration des nouveaux systèmes devrait, selon les rapporteurs, relever des établissements publics, dans le cadre des règles de gouvernance qui leur sont propres. Il pourrait s'agir par exemple d'une délibération dont l'adoption serait précédée d'une négociation avec les personnels et qui définirait un cadre de rémunération auquel chaque contrat individuel ferait obligatoirement référence.

6.2.4.2. La gouvernance des conditions d'emploi et de rémunération

Dès lors que les personnels contractuels ne seront plus régis par des quasi-statuts fixés par décret, une gouvernance adaptée doit être aménagée.

Proposition n°24 : Les conditions d'emploi et de rémunération relèveront de décisions de chaque établissement. Ces décisions seront élaborées en concertation avec les représentants des personnels de l'établissement.

L'entrée en vigueur de ces décisions nécessitera des mécanismes de transition, dans la mesure où le système de « quasi-statut » est actuellement prédominant. La définition d'un délai « d'opting out⁵⁴ » pour les agents non titulaires sous « quasi statut » pourrait être nécessaire. Elle serait naturellement couplée à la prise d'un décret d'abrogation du « quasi-statut ».

S'agissant de la gouvernance, il conviendra de veiller à ce que la conformité aux principes énoncés ci-dessus ainsi que la soutenabilité budgétaire fassent l'objet d'une vérification par la tutelle ministérielle et par la tutelle budgétaire. Tous les outils de contrôle doivent être mobilisés à cette fin (contrôle et audit internes, contrôle financier...).

Les contrats d'objectifs conclus entre l'établissement et l'Etat devraient comporter obligatoirement, selon la mission, un chapitre relatif aux conditions d'emploi et de rémunération des personnels afin de donner une bonne visibilité à l'exercice effectif de la tutelle sur ce sujet, non seulement au regard des objectifs fixés en termes de plafond d'emploi et de masse salariale mais également afin de mesurer l'adaptation des mesures propres à l'établissement aux besoins qualitatifs en ressources humaines.

Les bilans de contrat d'objectif constitueront par ailleurs l'un des éléments que devra produire l'établissement public à l'appui des demandes de réexamen périodique des dérogations, dont la mission préconise qu'elles deviennent obligatoires.

Les personnels seront associés au nécessaire contrôle interne du traitement équitable des situations individuelles, au moment du recrutement comme en cours de carrière, au moyen d'outils tels que la transparence des cotations de postes, le suivi statistique, la traçabilité et la possibilité d'évocation des décisions individuelles.

S'agissant du contrôle ex-post, la mission recommande la mise en place régulière de missions de contrôle effectuées par les différents services de contrôle et d'audit ministériels⁵⁵. Ces missions seraient en effet parfaitement cohérentes avec les démarches de mise en place

⁵⁴ Chaque agent disposerait individuellement du droit de renoncer au nouveau mécanisme et de garder le bénéfice de son contrat.

⁵⁵ Cf. axe 2, point d) du protocole du 31 mars 2011.

des audits internes ministériels, dans la mesure où l'existence de plusieurs risques est avérée : risque juridique (non-respect des dispositions en matière d'emploi d'agents non titulaires), risque de dérive des rémunérations dans certains cas⁵⁶. Il reviendrait à chaque ministère, en coordination avec la fonction publique, de planifier régulièrement de tels audits des établissements publics placés sous sa tutelle. L'exploitation des résultats de ces audits et le suivi des actions correctrices resteraient naturellement à la charge de chaque ministère.

Proposition n°25 : Demander à ce que les comités ministériels d'audit inscrivent périodiquement dans leurs programmes annuels des audits ciblés sur les conditions d'embauche et de rémunération des agents non titulaires dans les établissements publics qui relèvent de leur tutelle.

⁵⁶ De telles missions seraient en outre seules à même de sortir de l'opacité qui règne actuellement sur ce sujet des rémunérations et dont les rapporteurs ont pu mesurer la persistance puisqu'ils n'ont pu obtenir aucune donnée chiffrée de la DGAFP dans le cadre de leurs présents travaux.

CONCLUSION

A l'issue de leurs travaux, les rapporteurs ont pu mesurer l'étendue des difficultés que rencontrent aujourd'hui les établissements publics et leurs gestionnaires s'agissant de cette question des recrutements dérogatoires. Ils ont également relevé à quel point le dispositif actuel, reposant sur des postulats qui ont parfois mal résisté à l'épreuve du temps, est à la fois critiqué, souvent pour de bonnes raisons, mais également implicitement défendu, par défaut plus que par conviction.

La mission, tout en essayant de faire la part des choses parmi les raisons qui auraient pu la conduire, par prudence, à se contenter de ne proposer que quelques améliorations marginales, a choisi de proposer une réforme dont elle mesure bien le caractère ambitieux et qui sera nécessairement délicate et longue à mettre en œuvre. Cette orientation lui a été en quelque sorte dictée par une analyse aussi fouillée que possible, mais dont les auteurs du rapport ont fortement regretté qu'elle n'ait pas pu intégrer les apports des ministères de tutelle qui ont choisi, trahissant peut-être tout simplement un manque de vision stratégique sur ce sujet, de rester en retrait des travaux conduits depuis le début de l'année 2012.

Elle est également le fruit de très nombreux échanges avec différents interlocuteurs au cours desquels se sont progressivement dégagés les principes généraux à partir desquels ont été formulées les recommandations que les rapporteurs ont élaborées.

De ces échanges, confrontés à leur propre analyse, les membres de la mission ont acquis la conviction qu'un statu quo, certes tentant dans la mesure où le dispositif de dérogation accordé à certains établissements publics a eu d'une part une utilité en tant qu'instrument de gestion et n'a pas, d'autre part, créé des difficultés d'une exceptionnelle gravité, n'était pas défendable.

Il importe, en effet, pour les auteurs du rapport, de ne pas faire des établissements publics, dont le nombre, le périmètre d'action et les moyens humains sont autant de paramètres qui peuvent fortement évoluer en fonction des besoins de l'action publique, une sorte de « quatrième fonction publique » qui n'oserait pas dire son nom, obéissant à des logiques de moins en moins conciliables avec l'effort, renouvelé récemment dans l'esprit du protocole du 31 mars 2011 et de la loi du 12 mars 2012, en vue de redonner une certaine cohérence au cadre de l'emploi public et, notamment, aux conditions générales de recours aux agents non titulaires.

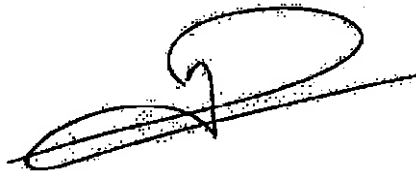
Il ne s'agit pas, pour la mission, de blâmer par principe l'existence d'un dispositif dérogatoire auquel, au demeurant, le législateur a régulièrement renouvelé le « quitus » de la loi. Il importe en revanche que, ce faisant, ne soient pas constitués et pérennisés des groupes, parfois importants, d'agents qui se retrouvent, le plus souvent malgré eux, enfermés dans une relation exclusive avec un seul et même employeur public qui n'est pas nécessairement à même de leur offrir une gestion de carrière aussi ouverte que souhaitable.

Dans un contexte général où les contraintes financières qui pèsent sur l'Etat viennent s'ajouter à celles, permanentes, des gestionnaires de ressources humaines, l'exigence minimale doit être celle d'une fluidité aussi grande que possible soit entre établissements publics, administrations centrales et, lorsque cela est possible, avec les autres « versants » de la fonction publique, soit avec le marché du travail. C'est pourquoi la réforme du dispositif dérogatoire est tout autant affaire de conditions générales d'emploi des agents relevant de dispositions spécifiques que de réflexion sur le périmètre et les motivations mêmes des dérogations.

Les rapporteurs se sont efforcés de conserver cette ligne directrice à travers l'ensemble de leurs propositions, qu'elles aient vocation à être mises en œuvre à brève échéance ou à un horizon plus lointain. Bien entendu, elles seront sans doute, dans leur détail, discutées, critiquées ou amendées, mais si elles ont permis aux différentes parties intéressées de disposer d'une « boîte à outils » aussi complète que possible pour faire évoluer le dispositif actuel, les membres de la mission auront le sentiment d'avoir apporté la contribution attendue.



Bernard ABATE,
Contrôleur général



Michel RAYMOND,
Inspecteur général
des affaires sociales



Pierre BOURGEOIS,
Inspecteur de l'administration
de 1^{ère} classe

TABLE DES MATIÈRES

Synthèse	5
Liste des propositions.....	9
Introduction.....	11
1 - L'APPROCHE MÉTHODOLOGIQUE RETENUE PAR LA MISSION.....	13
2 - UN CADRE JURIDIQUE AUX CONTOURS ÉVOLUTIFS ET DÉSORMAIS SOURCE DE CONFUSION.....	15
2.1. <i>L'origine du dispositif de dérogation prévue par l'article 3-2 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984</i>	<i>16</i>
2.2. <i>L'extension régulière du champ des EPA dérogatoires.....</i>	<i>17</i>
2.3. <i>La portée des dérogations : des ambiguïtés croissantes alimentées par la jurisprudence et la doctrine.....</i>	<i>18</i>
2.4. <i>La cohérence du dispositif initial a été largement affaiblie par la multiplication des dérogations législatives ad-hoc</i>	<i>20</i>
2.5. <i>Le système de dérogation est resté figé alors que le contexte juridique général de la fonction publique a considérablement évolué au cours des dix dernières années.....</i>	<i>22</i>
2.6. <i>Des évolutions récentes qui marquent une rupture notable avec les tendances des trois dernières décennies.....</i>	<i>23</i>
2.7. <i>Les règles relatives à l'affectation et au détachement des fonctionnaires sur les emplois « dérogatoires » demeurent incertaines.....</i>	<i>24</i>
3 - SI LA MAJEURE PARTIE DES PERSONNELS DES ÉTABLISSEMENTS DÉROGATOIRES SONT BIEN DES NON TITULAIRES, ILS NE REPRÉSENTENT EN RÉALITÉ QU'UNE FAIBLE PART DE L'EFFECTIF DE NON TITULAIRES DES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS ADMINISTRATIFS	27
3.1. <i>Les données recueillies auprès de la DGAFP semblent confirmer que la part des non titulaires est globalement un peu plus importante dans les EPA dérogatoires.....</i>	<i>27</i>
3.2. <i>Une « cartographie » basée sur la taille, la proportion de non-titulaires et la proportion de CDI permet de dégager schématiquement trois groupes d'établissements.....</i>	<i>28</i>
3.3. <i>A un niveau plus fin, dans certains établissements publics dérogatoires, les agents non-titulaires recrutés au titre de l'inscription sur le décret-liste ne représentent en réalité qu'une faible part des effectifs.....</i>	<i>30</i>
4 - LA REVUE D'UN PANEL D'ÉTABLISSEMENTS DÉROGATOIRES FAIT APPARAÎTRE DES JUSTIFICATIONS DU RECOURS À LA DÉROGATION TRÈS VARIÉES	33
4.1. <i>La justification par des missions particulières, très souvent invoquée, n'est pas toujours fondée.....</i>	<i>33</i>
4.1.1. <i>Les cas où les missions exercées par les établissements publics diffèrent nettement de celles exercées par d'autres administrations sont en réalité limités</i>	<i>33</i>
4.1.2. <i>Dans plusieurs cas, la motivation de l'administration a davantage été de recourir à des professions présentes dans le secteur privé, afin de favoriser les échanges avec celui-ci</i>	<i>34</i>
4.1.3. <i>Le plus souvent cependant la justification des dérogations par les missions exercées ne paraît pas valide</i>	<i>36</i>
4.1.4. <i>Ces constats ont conduit l'administration à décider dans certains cas le retour au droit commun.....</i>	<i>38</i>
4.1.5. <i>La mission estime que le critère plus fin des compétences, voire des spécialités professionnelles requises par les missions des établissements est plus opérationnel que le critère trop général des missions ou des types de fonctions assurées</i>	<i>39</i>
4.2. <i>Les avantages que procurerait la gestion de contractuels sont assez largement mis en avant, mais l'argumentation qui les étaye repose sur des postulats dont la solidité est parfois contestable.....</i>	<i>41</i>

4.2.1.	Les établissements font valoir, non sans fondement, la difficulté à pourvoir au moins certains types de postes par appel aux corps de fonctionnaires.....	41
4.2.2.	Lorsqu'il est toutefois fait appel à des fonctionnaires, le mécanisme très contestable du détachement sur contrat continue à prévaloir dans beaucoup de cas, au détriment de l'affectation.....	42
4.2.3.	Une plus grande déconcentration de la gestion des corps entre les mains des établissements pourrait remédier au moins en partie à la faible attractivité de cette gestion aux yeux des agents comme à ceux des établissements employeurs	44
4.2.4.	Les modalités de recrutement des contractuels conservent aux yeux des établissements des avantages certains	45
4.2.5.	La possibilité de recruter directement en CDI grâce au régime dérogatoire est mise en avant par certains mais cette pratique est loin d'être générale.....	46
4.2.6.	Le moindre coût des contractuels est un motif parfois mis en avant.....	48
4.2.7.	Le régime dérogatoire permet d'échapper à l'impossibilité de recruter en CDD de plus de 10 mois en catégorie B et C dans le régime de droit commun.....	48
5 - LA GESTION DES CONTRACTUELS.....		51
5.1.	<i>La réglementation générale applicable : une complexité qui semble peu justifiée et qui est source de confusion</i>	<i>51</i>
5.1.1.	Le recours au décret en Conseil d'Etat pour élaborer des « quasi-statuts » s'est rapidement imposé, sans que cette pratique résulte d'une nécessité juridique impérieuse	51
5.1.2.	Ce recours systématique à un système de quasi statut et la référence généralisée au décret de 1986 ne se traduit pas, au contraire, par un paysage juridique homogène	53
5.1.3.	Cette situation soulève des difficultés particulièrement sensibles en ce qui concerne les conditions de recrutement des personnels contractuels.....	54
5.1.4.	Les règles des « quasi-statuts » différant des règles générales posées par le décret de 1986 ne paraissent que rarement justifiées.	56
5.2.	<i>Le recrutement des contractuels : une situation inégalement satisfaisante en matière de respect des règles fondamentales avec certaines bonnes pratiques qui pourraient être étendues</i>	<i>58.</i>
5.3.	<i>La rémunération et la carrière des contractuels.....</i>	<i>59</i>
5.3.1.	A quelques exceptions près le modèle d'organisation de la fonction publique a exercé son attraction sur la gestion des contractuels.....	59
5.3.2.	Les ministères favorisent l'importation du modèle de la Fonction Publique en le pratiquant pour leurs propres contractuels	61
5.3.3.	Peu d'établissements s'en distinguent en aménageant une cotation des fonctions, des avancements individualisés et des éléments variables.	62
5.3.4.	La mission n'a pas recueilli d'indice selon lequel l'évolution des rémunérations dans les établissements dérogatoires serait aujourd'hui plus dynamique que celle des fonctionnaires de l'Etat.....	63
5.4.	<i>Les parcours professionnels des contractuels : une mobilité très faible et des parcours professionnels limités.....</i>	<i>64</i>
5.5.	<i>Une prise en compte globalement limitée de la situation de ces personnels dans la gestion des ressources humaines des ministères de tutelle.</i>	<i>66</i>
6 - LES AXES DE RÉFORME : UNE REMISE EN ORDRE RAPIDE EST INDISPENSABLE MAIS NE DISPENSE PAS DE REVISITER LE SYSTÈME DES DÉROGATIONS DE MANIÈRE PLUS FONDAMENTALE		69
6.1.	<i>Une première série de propositions devrait permettre, sans remettre en cause le paysage actuel des dérogations, de remédier à plusieurs des difficultés constatées.</i>	<i>70</i>
6.1.1.	Limiter le recours aux dérogations.....	70
6.1.2.	Harmoniser au maximum le cadre juridique applicable aux personnels contractuels employés par les établissements dérogatoires, qu'ils soient recrutés pour pourvoir des besoins permanents ou temporaires.	71
6.1.3.	Dans le prolongement des dispositions de l'accord du 31 mars 2011, les conditions de gestion des personnels en CDI pourraient être rapprochées des « standards » de la GRE	74
6.1.3.1.	Le recrutement.....	74
6.1.3.2.	La mobilité des agents et les parcours professionnels.....	75
6.1.3.3.	Toujours à cadre législatif constant, une amélioration progressive des dispositions relatives à la rémunération et à la carrière pourrait être engagée à l'occasion de la révision au fil de l'eau des quasi statuts	76
6.1.4.	Les règles régissant l'affectation et le détachement des fonctionnaires sur les emplois « dérogatoires » doivent être révisées.....	77

6.2. Des réformes plus profondes pourraient être engagées.....	78
6.2.1. Une révision pour l'avenir du régime des dérogations permanentes est indispensable afin de restreindre au strict nécessaire le recours à des recrutements de non titulaires	78
6.2.2. Afin de favoriser le retour au droit commun, la gestion des corps de fonctionnaires doit évoluer ainsi que les conditions d'emploi des non titulaires.....	81
6.2.2.1. La gestion des corps de fonctionnaires	81
6.2.2.2. Le régime de droit commun d'emploi des non titulaires	82
6.2.3. Une révision du paysage actuel des dérogations est indispensable.....	84
6.2.4. S'agissant des établissements qui resteront dérogatoires, une profonde révision du mode de gestion des contractuels est nécessaire.....	85
6.2.4.1. Les rémunérations	85
6.2.4.2. La gouvernance des conditions d'emploi et de rémunération.....	87
Conclusion	89
Table des matières.....	91
Annexes.....	95
Liste des annexes.....	97
Annexe 1 : Lettre de mission.....	99
Annexe 2 : Mission interministérielle sur les dérogations accordées à certains établissements publics administratifs en matière de recrutement d'agents non titulaires pour occuper des emplois permanents	103
Annexe 3 : Mission interministérielle sur les dérogations accordées à certains établissements publics administratifs en matière de recrutement d'agents non titulaires pour occuper des emplois permanents	109
Annexe 4 : Liste des personnes rencontrées ou consultées.....	117
Annexe 5 : Etablissements dérogatoires.....	121
Annexe 6 : Textes de références.....	137

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100