

TABLE DES MATIÈRES

TOME I

PRÉFACE	11
SOMMAIRE	15
ABRÉVIATIONS ET MODES DE CITATION	17
INTRODUCTION.....	21

PREMIÈRE PARTIE

Une approche différenciée de la gestion de l'emploi précaire
L'emploi public comme l'emploi privé confronté à un besoin de flexibilité

TITRE I - Le choix du contrat à durée déterminée : un instrument commun de flexibilité	55
CHAPITRE I - Les facteurs du développement des contrats à durée déterminée	57
Section 1 - L'officialisation du contrat à durée déterminée comme mode de gestion souple des emplois privés et publics	59
§1. Des facteurs communs au droit du travail et au droit de la fonction publique :	59
A. La liberté contractuelle, un facteur propice à l'essor des contrats à durée déterminée.....	60
B. La flexibilité de l'emploi assurée par le contrat à durée déterminée	64
1. La flexibilité du recrutement par contrat à durée déterminée	64
2. La flexibilité de la rupture du contrat à durée déterminée.....	66
§2. Des facteurs propres liés à la structure de la fonction publique	67
A. Le contrat à durée déterminée, un remède aux rigidités statutaires dans les trois fonctions publiques.....	68
B. Le contrat à durée déterminée, une réponse adaptée aux besoins spécifiques des collectivités territoriales	70
1. Premier facteur de l'essor des agents contractuels locaux : le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales.....	71
2. Deuxième facteur de l'essor des agents contractuels locaux : les transferts de compétences dans le cadre de la décentralisation.....	73
3. Troisième facteur de l'essor des agents contractuels locaux : le facteur géographique.....	78
4. Quatrième facteur de l'essor des agents contractuels locaux : le facteur politique.....	81

Section 2 - L'inefficacité chronique des tentatives de résorption de l'emploi précaire.....	82
§1. Les plans de résorption de l'emploi précaire : un dispositif spécifique au droit de la fonction publique.....	82
A. Le mécanisme des plans de résorption de l'emploi précaire.....	83
B. L'utilité des plans de résorption de l'emploi précaire.....	84
1. Les plans de résorption de l'emploi précaire, un succédané de « requalification-sanction » du contrat à durée déterminée ?.....	85
2. Les plans de résorption de l'emploi précaire, une efficacité controversée.....	86
§2. Les méthodes insuffisantes de contrôle de gestion de l'emploi précaire.....	90
A. Le contrôle de légalité du préfet dans le cadre des collectivités territoriales : une efficacité discutée.....	90
1. Le mécanisme du contrôle de légalité.....	91
a) L'objet du contrôle de légalité.....	91
b) L'avantage offert par le contrôle de légalité au regard des mécanismes issus du droit du travail.....	94
c) La procédure du contrôle de légalité.....	95
2. L'efficacité limitée du contrôle de légalité du préfet.....	96
a) Les faiblesses constatées du contrôle de légalité.....	96
b) La rénovation nécessaire du contrôle de légalité.....	98
B. Le développement d'un contrôle de gestion de l'emploi précaire.....	101
1. La gestion prévisionnelle des effectifs, un nouvel instrument de lutte contre l'emploi précaire.....	101
2. Des contrôles de gestion de l'emploi précaire transformés en véritables contrôles de légalité.....	105
 CHAPITRE II - L'identification du besoin de recrutement par contrat à durée déterminée.....	 109
Section 1 - La gestion de besoins univoques par le contrat à durée déterminée.....	114
§1. Une gestion analogue des absences et des vacances d'emploi.....	115
A. Les conditions légales encadrant le recours au contrat à durée déterminée.....	116
1. Une interprétation plus souple en droit de la fonction publique.....	116
a) La définition plus large de la notion de « travailleur remplacé ».....	116
b) L'appréciation plus flexible des motifs du remplacement et de la notion de vacance d'emploi.....	124
2. Une gestion comparable des absences multiples.....	129
a) Les absences multiples et la pluriactivité.....	129
b) La notion de remplacements « en cascade ».....	133
B. Le contrat à durée déterminée de remplacement, un contrat d'exception à caractère obligatoire ?.....	134
1. Les conséquences du caractère subsidiaire des contrats à durée déterminée.....	136
a) L'absence d'emplois réservés aux travailleurs sous contrats à durée déterminée.....	136

b) La question de la concurrence entre le contrat à durée déterminée et la norme d'emploi.....	138
2. Le caractère obligatoire du contrat à durée déterminée de remplacement	142
a) Le caractère obligatoire du contrat à durée déterminée de remplacement privé	143
b) Le caractère obligatoire du contrat à durée déterminée de remplacement public.....	149
§2. Une définition et une délimitation différentes des motifs de recours au contrat à durée déterminée	150
A. Une conception différente de la notion de contrats saisonniers.....	150
1. Un critère commun : la périodicité de la saison.....	152
2. Un élément d'opposition : l'influence de la volonté de l'employeur sur la notion de saison.....	154
B. Les difficultés inhérentes à la « porosité » des différents motifs de recours	155
1. Un problème commun : le choix de gestion entre des notions imprécises.....	156
2. Un constat : des motifs de recours différents au soutien de besoins similaires	160
a) La recherche de compétences techniques au sein du secteur public.....	161
b) La recherche de compétences techniques au sein du secteur privé.....	163
Section 2 - La gestion de besoins spécifiques à la fonction publique : l'occupation des emplois « politisés »	166
§1. Les emplois « politisés », derniers symboles de la spécificité des contrats de droit public	168
A. Les emplois supérieurs de l'administration	169
1. Les emplois à la décision du Gouvernement	169
a) Le caractère non limitatif de la liste des emplois laissés à la décision du Gouvernement.....	170
b) La précarité du régime des agents contractuels occupant des emplois laissés à la décision du Gouvernement	171
2. Les emplois fonctionnels des collectivités territoriales.....	172
B. Le « statut » des collaborateurs de cabinet.....	173
§2. La place respective de la perte de confiance en droit de la fonction publique et en droit du travail	177
A. Le licenciement pour perte de confiance des agents publics occupant un emploi politisé : un régime dérogatoire propre au droit de la fonction publique.....	178
1. L'exclusion de la perte de confiance comme motif de licenciement en droit du travail	178
2. La validité du licenciement pour perte de confiance des seuls agents publics occupant un emploi politisé	179
B. Le rapprochement sensible du droit de la fonction publique et du droit du travail en matière de perte de confiance	181

1.	L'influence marquée du droit du travail dans l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'État relative au licenciement des salariés protégés	181
2.	La place cantonnée de la perte de confiance en droit du travail	183
a)	La confiance, un élément essentiel au contrat de travail	183
b)	La perte de confiance, un motif de licenciement réintroduit dans le contentieux relatif au licenciement du salarié pour des faits tirés de sa vie personnelle	186
	Conclusion du titre I	189
TITRE II - Le sort du contrat à durée déterminée : deux logiques opposées		191
CHAPITRE I - L'opposition quant à la notion de rupture avant terme du contrat		193
Section 1 - Les mécanismes différents de rupture avant terme du contrat		196
§1.	La place réservée aux modes de rupture des contrats de travail de droit commun	196
A.	La rupture anticipée du contrat à durée déterminée de droit privé : un régime dérogatoire aux modes de rupture du contrat de travail de droit commun	197
1.	La rupture d'un commun accord des contrats à durée déterminée publics et privés	199
a)	L'intérêt pratique discutable de la rupture d'un commun accord	199
b)	La distinction entre rupture amiable du contrat et transaction	199
2.	L'interprétation stricte de la force majeure	201
3.	La démission du salarié sous contrat à durée déterminée, une exception à la règle	207
a)	Le principe : l'interdiction de la démission et ses méfaits	207
b)	L'exception : la démission donnée à la suite d'une embauche sous contrat à durée indéterminée	210
B.	La rupture avant terme du contrat à durée déterminée de droit public : des modes de rupture voisins de ceux appliqués au contrat de travail de droit commun	211
1.	Première ressemblance : l'influence de l'âge de l'agent sur la rupture avant terme du contrat de droit public	212
a)	Les dispositifs d'aménagement du temps de travail en raison de l'âge de l'agent	212
b)	La mise à la retraite de l'agent contractuel de droit public	215
2.	Deuxième ressemblance : la reconnaissance de la démission comme mode de rupture avant terme du contrat de droit public	220
a)	Une condition commune au droit du travail et au droit de la fonction publique : la manifestation d'une volonté claire et non équivoque de démissionner	221
b)	Une condition propre au droit de la fonction publique : l'acceptation de la démission par l'administration publique ?	225
c)	Une conséquence commune de la démission du salarié et de l'agent public : la perte des droits attachés au contrat	231
3.	Troisième ressemblance : la proximité des motifs de licenciement relatifs à la personne de l'agent contractuel de droit public	233

a) L'inaptitude physique, un motif de licenciement des agents publics sous contrats à durée déterminée.....	236
b) De l'insuffisance professionnelle à la faute professionnelle.....	246
§2. L'ordre public social face à l'intérêt du service.....	251
A. Le régime dérogatoire de rupture des contrats à durée déterminée de droit privé fondé sur l'ordre public social	251
1. La nullité des clauses de rupture anticipée du contrat : une solution caractéristique des hésitations entre un régime d'ordre public absolu et fondamental et un régime d'ordre public social	252
2. L'irrecevabilité de la résiliation judiciaire du contrat de travail à durée déterminée : une manifestation d'un régime d'ordre public social.....	255
B. La recherche permanente de l'intérêt du service en droit de la fonction publique.....	258
1. Le licenciement dans l'intérêt du service.....	259
a) L'intérêt du service face à l'intérêt de l'entreprise.....	261
b) L'intérêt du service, une limite aux pouvoirs de l'administration sous le contrôle du juge	264
2. La procédure dérogatoire au droit disciplinaire d'abandon de poste ...	268
a) Les similitudes dans la notion d'abandon de poste	269
b) Le régime de l'abandon de poste, une prérogative de puissance publique justifiée dans l'intérêt du service ?	271
§3. De la réparation de la rupture avant terme injustifiée du contrat à la réintégration de l'agent public	275
A. L'appréciation par les juges de la réparation du préjudice subi du fait de la rupture avant terme injustifiée du contrat.....	275
1. L'opposition entre réparation forfaitaire minimale et liberté d'appréciation des juges administratifs.....	275
2. La question de la détermination de l'assiette de l'indemnisation	283
B. La réintégration à la suite d'une rupture avant terme du contrat : une sanction spécifique aux agents publics sous contrat à durée déterminée.....	285
1. La réintégration : une garantie théorique protectrice des intérêts des agents publics.....	288
2. La dérive entre l'approche théorique de la réintégration et la réalité pratique.....	290
a) Les obstacles à la réintégration de l'agent	290
b) La réintégration neutralisée par la possibilité offerte à l'administration d'évincer à nouveau l'agent réintégré.....	294
Section 2 - Les garanties protectrices équivalentes entourant la rupture avant terme du contrat	296
§1. Des mécanismes de garantie d'emploi attachés à la personne de l'agent public.....	296
A. Une garantie d'emploi propre au droit de la fonction publique : la protection des agents ayant vocation à être titularisés	296
B. Des garanties d'emplois inspirées du Code du travail : la prise en compte de l'état de santé des agents publics	299
§2. Des conditions de rupture avant terme des contrats encadrées par la procédure disciplinaire et le contrôle des juges	301

A.	L'application de la procédure disciplinaire à la rupture des contrats de droit privé et de droit public.....	301
1.	L'étendue du champ d'application de la procédure disciplinaire	301
2.	L'équivalence des garanties procédurales.....	304
B.	L'étendue comparable du contrôle des juges	310
1.	La violation de la légalité externe de la décision de rupture : une nullité sans indemnité.....	311
2.	Le contrôle de la légalité interne de la décision.....	314
CHAPITRE II - L'opposition quant à la sanction du contrat illicite.....		319
Section 1 - Deux logiques opposées quant à la sanction du contrat vicié.....		319
§1.	La nature de la sanction.....	319
A.	La requalification-sanction du contrat de travail face à la nullité du contrat de droit public.....	320
1.	Un fondement à l'opposition : la notion d'ordre public social	320
a)	Une opposition à nuancer par la proximité des sanctions	321
b)	Une opposition renforcée quant à la finalité des sanctions	326
2.	Un domaine d'application des différentes sanctions circonscrit aux vices substantiels du contrat	330
a)	Une conception extensive du domaine de la requalification-sanction du contrat de travail.....	330
b)	Une interprétation restrictive du domaine de la nullité du contrat de droit public	338
B.	L'opposition de conceptions quant aux pouvoirs d'appréciation du juge	346
1.	L'appréciation des juges quant au prononcé de la requalification ou de la nullité.....	346
a)	La présomption irréfragable de contrat à durée indéterminée face aux larges pouvoirs d'appréciation des juges administratifs.....	346
b)	La réception de la technique de la substitution de motifs par le droit	350
2.	L'appréciation des juges quant à la réparation du préjudice subi	355
a)	L'indemnité de requalification, une sanction inédite par rapport au droit de la fonction publique	357
b)	Les conséquences pratiques sur la relation de travail du prononcé de l'annulation ou de la requalification du contrat.....	361
c)	L'indemnisation des travailleurs au titre de la rupture du contrat requalifié ou de l'annulation du contrat	363
§2.	Le régime de la sanction	370
A.	L'opposition dans les détenteurs de l'action	370
1.	La requalification-sanction du contrat, une action « maîtrisée » par le salarié.....	371
a)	La maîtrise du déclenchement de l'action	371
b)	La « maîtrise » de la procédure par le salarié	376
2.	La nullité du contrat de recrutement de droit public, une action ouverte aux tiers	378
a)	La théorie dite des actes détachables du contrat.....	378
b)	La recevabilité du déféré préfectoral contre les contrats de recrutement des collectivités territoriales	380

c) La recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les clauses réglementaires du contrat.....	380
d) L'ouverture aux tiers du recours pour excès de pouvoir contre les contrats de recrutement.....	381
B. L'opposition dans le régime procédural	385
1. Une procédure d'urgence ou procédure simplifiée en droit du travail	386
2. Des procédures administratives complexes	387
a) Le choix du contentieux, tributaire de la qualité du demandeur à l'action en droit administratif.....	387
b) Les lourdeurs de la procédure administrative.....	389
Section 2 - Deux logiques opposées quant à la régularisation du vice affectant le contrat.....	391
§1. Le « pouvoir » de régularisation refusé à l'employeur privé au nom de l'ordre public social.....	391
A. La régularisation interdite à l'employeur privé	392
1. L'interdiction de régulariser les vices originels relatifs à la formation du contrat.....	392
a) Le défaut de régularisation en présence d'un contrat verbal.....	392
b) Le défaut de régularisation en cas de violation des mentions obligatoires en matière de contrat à durée déterminée	393
2. Le défaut de régularisation en cas de poursuite du contrat au-delà de son terme	394
B. La régularisation suspendue à l'accord de volonté du salarié.....	395
1. La novation du contrat de travail.....	395
2. La confirmation du vice par le salarié.....	396
§2. Le « devoir » de régularisation imposé à l'employeur public en vertu du principe de légalité	398
A. Le champ d'application de la règle.....	399
1. L'employeur public, incité à régulariser	399
2. L'employeur public, contraint à régulariser par les juges	399
a) La compétence liée de l'administration pour tirer les conséquences de l'annulation d'un acte détachable du contrat de recrutement.....	400
b) Les moyens offerts aux juges administratifs pour contraindre l'administration à la régularisation.....	402
c) La compétence liée de l'administration pour tirer les conséquences sur le contrat de recrutement de l'annulation de la délibération préalable créant l'emploi contractuel	403
B. Les différentes techniques de régularisation des illégalités	404
1. La régularisation du vice par l'anéantissement du contrat	405
a) La liberté d'appréciation de l'administration.....	406
b) Le principe de sécurité juridique, une limite à la liberté de l'administration.....	408
2. La régularisation du vice par la survie du contrat verbal initial.....	410
a) Une régularisation par acte unilatéral de l'employeur	411
b) Une régularisation suspendue à l'accord de l'agent contractuel.....	413
Conclusion du titre II.....	414
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	417

TOME II

SECONDE PARTIE

Un rapprochement imposé dans la gestion de l'emploi précaire

*L'introduction de mécanismes contractuels**de droit du travail dans l'emploi public*

TITRE I - La contractualisation de la fonction publique par adaptation au droit communautaire.....	431
CHAPITRE I - l'encadrement des successions de contrats publics à durée déterminée sous l'influence du droit communautaire.....	433
Section 1 - Une adaptation nécessaire de la fonction publique française aux exigences communautaires.....	435
§1. Le droit de la fonction publique française confronté au droit communautaire.....	435
A. La « banalisation » de l'emploi public sous l'influence du droit communautaire.....	435
1. Les administrations assimilées à de véritables entreprises au sens du droit communautaire.....	435
a) Une définition extensive des « entreprises » en droit communautaire.....	436
b) Une définition stricte des « emplois dans l'administration publique » en droit communautaire.....	439
2. Les agents publics assimilés à des travailleurs au sens du droit communautaire.....	443
B. Les prescriptions de la directive 1999/70/CEE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre européen sur le travail à durée déterminée.....	445
1. Première prescription : un recours au contrat à durée déterminée justifié par des « raisons objectives ».....	446
2. Deuxième prescription : une limitation du nombre des renouvellements exceptionnelle en droit de la fonction publique.....	447
3. Troisième prescription : une exigence dénuée de portée : les durées maximales fixées au contrat.....	449
§2. La condamnation par le droit communautaire des pratiques administratives en matière de successions de contrats.....	451
A. Le sort des successions autorisées de contrats.....	452
1. Les conditions de validité de la succession de contrats.....	452
2. L'emploi permanent, une limite aux successions de contrats ?.....	455
a) L'emploi permanent, une notion commune aux contours indéterminés.....	456
b) Le champ d'application des règles relatives à l'occupation des emplois permanents.....	462
B. La condamnation du mécanisme de requalification-sanction du contrat par la jurisprudence Bayeux.....	474
1. Les conséquences de la mise en œuvre d'une clause de tacite reconduction.....	474

a)	La requalification en contrat à durée indéterminée du contrat à durée déterminée comportant une clause de tacite reconduction avant la jurisprudence Bayeux	476
b)	La naissance d'un nouveau contrat à durée déterminée du fait de la mise en œuvre de la clause de tacite reconduction en vertu de la jurisprudence Bayeux	479
2.	La portée de la jurisprudence Bayeux sur la question de la poursuite du contrat à l'arrivée de son terme	483
a)	Une interprétation différente de la poursuite du contrat au-delà de son terme	484
b)	Une conception différente des pouvoirs d'appréciation des juges	490
C.	La précarité des agents contractuels de droit public, une situation non-conforme au droit communautaire	494
1.	La décision de non-renouvellement du contrat à durée déterminée de droit public	495
2.	Les droits de l'agent public sous contrat à durée déterminée au terme de son contrat	499
	Section 2 - Une adaptation réalisée à travers le prisme du droit du travail	502
§1.	Un encadrement de la durée des contrats renouvelés satisfaisant	505
A.	L'introduction d'une limitation maximale de durée aux contrats renouvelés	505
B.	La « publicisation » d'un mécanisme issu du droit du travail : la requalification-sanction du contrat	507
1.	Le défaut de transformation automatique de la nature du contrat	508
2.	La requalification automatique des contrats : une mesure d'exception à destination des agents âgés de plus de cinquante ans	510
C.	Le champ d'application circonscrit de la réforme	512
1.	L'exclusion du cadre de la loi de contrats d'un type particulier	512
a)	L'exclusion des collaborateurs de cabinet des autorités territoriales	512
b)	L'exclusion des agents contractuels de la fonction publique de l'État recrutés dans le cadre d'un programme de formation, d'insertion ou de réinsertion professionnelle	513
2.	Le champ d'application du contrat à durée indéterminée circonscrit aux agents contractuels occupant des emplois permanents	513
§2.	Un retour des contrats à durée indéterminée critiquable	515
A.	Une adaptation au-delà des exigences communautaires	515
1.	Les précisions apportées par la jurisprudence Adeneler de la Cour de justice des Communautés européennes	516
2.	Les incidences sur le droit de la fonction publique française des précisions apportées par la Cour de justice des Communautés européennes	518
B.	Une adaptation en deçà des exigences communautaires	519
1.	Les insuffisances de la loi dans l'appréciation de la notion de « contrats successifs »	520
2.	Les dérives envisageables	523

CHAPITRE II - L'assimilation des collectivités publiques « repreneuses » à des entreprises au sens communautaire.....	527
Section 1 - Une conception restrictive du principe de continuité des contrats	531
§1. L'exclusion de l'ensemble des agents publics	532
A. Le défaut de cadre légal propre au transfert des agents publics	532
1. Inapplication des dispositions du Code du travail relatives au transfert d'activités aux agents publics.....	532
2. Les palliatifs légaux et conventionnels au défaut d'application des dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail	534
B. Une situation précaire conforme au droit communautaire.....	535
1. Assimilation de certaines administrations à des entreprises	536
2. Exclusion des agents publics de la catégorie des travailleurs	538
§2. Les difficultés soulevées par le transfert de salariés à l'administration.....	541
A. La situation des salariés des associations para-administratives.....	541
1. L'exclusion de ces salariés du cadre de l'article L. 1224-1 du Code du travail.....	541
a) Le montage juridique des associations transparentes ou para-administratives	542
b) L'exclusion de la collectivité publique comme entreprise « repreneuse »	545
2. Des palliatifs légaux et jurisprudentiels assurant le transfert des salariés des associations para-administratives.....	546
a) L'encadrement du remembrement du service public local par le législateur	546
b) La recherche du véritable employeur par les juges	548
B. L'abandon de l'interprétation stricte de la condition relative au maintien de l'identité de l'entité économique transférée	552
1. L'inadaptation de la conception française de la notion de maintien de l'identité de l'entité économique transférée.....	552
a) Une conception trop rigide fondée sur la distinction entre service public administratif et service public à caractère industriel et commercial.....	552
b) Une distinction entre service public administratif et service public à caractère industriel et commercial condamnée par la jurisprudence Mayeur en matière de transfert d'activité.....	558
2. La révision de la conception française des transferts d'activités de service public par l'appropriation des mécanismes issus du Code du travail.....	561
a) Un changement de méthode : la disparition du critère tiré du service public administratif par la jurisprudence Hamon du 25 juin 2002 de la Cour de cassation.....	562
b) Une technique d'appropriation des mécanismes du Code du travail par l'article 20 de la loi du 26 juillet 2005	564
Section 2 - Une nouvelle « lecture » du transfert d'activité vers le secteur public : une rupture de logique avec le droit du travail	570
§1. Un contrat de droit public proposé au salarié : une conception différente du principe de continuité du contrat de travail	572
A. Le défaut de transformation automatique de la nature privée du	

contrat.....	572
1. La solution jurisprudentielle antérieure confortée par la loi du 26 juillet 2005.....	573
2. L'appréciation critique : une proposition de contrat de droit public opportune.....	575
a) Une solution pratique.....	576
b) Une solution cohérente.....	576
c) Une solution conforme au droit.....	577
B. L'impossibilité de maintenir les contrats de travail de droit privé.....	579
1. L'abandon de l'option offerte à la collectivité publique « repreneuse » entre un contrat de droit public ou privé.....	579
2. L'obligation de proposer un contrat de droit public au salarié transféré.....	582
a) Une obligation superflue en cas de refus du repreneur de conserver les salariés transférés.....	582
a) Une obligation indispensable en cas de maintien du salarié transféré au service de la collectivité publique.....	584
§2. Une « reprise conditionnée du contenu du contrat » : le droit au maintien des clauses substantielles du contrat de droit privé.....	587
A. Le maintien de la clause relative à la durée indéterminée du contrat : une amélioration sensible de la situation précaire du salarié transféré.....	589
1. La précarité du salarié transféré sous contrat à durée indéterminée avant l'intervention du législateur du 26 juillet 2005.....	589
a) La précarité du salarié transféré au regard du Statut général de la fonction publique.....	589
b) La précarité du salarié transféré au regard de la jurisprudence antérieure à la loi du 26 juillet 2005.....	590
2. L'amélioration du statut du salarié précaire transféré par la loi du 26 juillet 2005.....	593
B. Le maintien des autres clauses substantielles du contrat du salarié transféré : une évolution à parfaire.....	594
1. L'énoncé d'une règle inachevée : le maintien des clauses substantielles du contrat de droit privé transféré au secteur public.....	594
2. Les exceptions à la règle du maintien des clauses substantielles du contrat de droit privé transféré au secteur public.....	598
3. Le maintien de la rémunération du salarié transféré : une difficulté majeure en suspens.....	600
a) Première exception au maintien de la rémunération : la présence de « dispositions légales ou réglementaires » contraires au maintien de la rémunération.....	600
b) Deuxième exception au maintien de la rémunération : la présence de « conditions générales de rémunération » susceptibles de faire obstacle au maintien de la rémunération.....	601
§3. Un transfert « conditionnel » du contrat : la reconnaissance d'un droit d'opposition au transfert du salarié.....	605
A. L'accord nécessaire du salarié à son transfert à une personne publique dans le cadre d'un service public à caractère administratif.....	605

1.	Ordre public de protection en droit de la fonction publique : une solution conforme au droit communautaire	606
2.	Ordre public de direction en droit du travail : une adaptation nécessaire au droit communautaire	607
B.	Le licenciement du salarié opposé au transfert : l'application d'un droit du travail « introuvable » par la personne publique	610
1.	Un défaut d'assimilation du refus du transfert à une démission	610
a)	Les incertitudes soulevées par la loi du 26 juillet 2005	611
b)	La justification doctrinale fondée sur le bouleversement de l'économie du contrat	614
2.	Une « anomalie » inconnue du droit du travail : le « licenciement » d'un salarié, sous contrat à durée déterminée, opposé au transfert	615
a)	La terminologie « généraliste » de la loi est « inappropriée » à la rupture spécifique d'un contrat à durée déterminée en droit du travail	616
b)	Quel régime appliquer à la rupture anticipée du contrat à durée déterminée de droit privé ?	617
3.	Quelle est la nature du licenciement du salarié transféré et son régime indemnitaire ?	618
a)	La recherche épineuse d'un motif de licenciement	619
b)	La confrontation du régime indemnitaire du licenciement du salarié opposé au transfert à celui du salarié transféré puis licencié par la collectivité publique « repreneuse »	623
	Conclusion du titre I	626
TITRE II - La contractualisation de la fonction publique, menace de perte de son identité		629
CHAPITRE I La remise en cause du système de carrière au profit du système de l'emploi		631
Section 1 - L'équilibre statutaire de la fonction publique ébranlé par la loi du 26 juillet 2005		632
§1.	La disparition de notre système de fonction publique de carrière ?	632
A.	Un glissement manifeste de notre système de carrière vers le système de l'emploi	633
1.	La distinction entre le système de carrière et le système de l'emploi	633
2.	Les dérives manifestes de la fonction publique française vers le système de l'emploi	634
a)	Trois atteintes caractérisées, portées par la loi du 26 juillet 2005, au système de carrière	634
b)	Une évolution dans la mouvance du droit communautaire	639
B.	Une « déstructuration » de la fonction publique source de difficultés de gestion	644
1.	La recherche d'un statut adapté aux agents publics sous contrats à durée indéterminée	645
2.	L'éclatement de la collectivité de travail dans le secteur public : les difficultés à venir tirées du principe d'égalité de traitement	649

a) L'égalité de traitement entre agents sous contrat à durée indéterminée et fonctionnaires : l'impossible comparaison.....	651
b) L'égalité de traitement entre agents sous contrat à durée déterminée et agents sous contrat à durée indéterminée : la différence tenant à l'évolution de carrière	654
§2. La survie de notre système de fonction publique de carrière	656
A. Les précédents identifiés de contrats à durée indéterminée au sein de la fonction publique.....	657
B. La ratio legis : la reconnaissance de droits subjectifs au profit des agents précaires.....	660
1. La volonté manifeste du législateur de 2005 de maintenir un certain équilibre statutaire.....	660
2. L'émergence de droits subjectifs au profit des agents contractuels.....	662
Section 2 - La loi du 26 juillet 2005 : une réforme timide riche de potentialités.....	664
§1. L'abandon souhaité de la jurisprudence <i>Bayeux</i> en matière de succession de contrats : vers une requalification en contrat à durée indéterminée de droit public.....	664
A. Un revirement de jurisprudence conforme à l'objectif poursuivi par le législateur.....	665
B. Une requalification en contrat à durée indéterminée de droit public d'une nature distincte de la requalification-sanction du contrat de travail de droit privé	667
§2. Le retour souhaitable de la jurisprudence <i>Thoury</i> en matière de qualification du contrat verbal de droit public : vers une réintroduction de la présomption de contrat à durée indéterminée.....	670
A. L'évolution jurisprudentielle antérieure à la loi du 26 juillet 2005 sur la qualification du contrat verbal : de la jurisprudence <i>Thoury</i> à la jurisprudence <i>Bayeux</i>	670
1. Une présomption de contrat à durée indéterminée de droit public posée par la jurisprudence <i>Thoury</i>	671
2. Une présomption de contrat à durée indéterminée de droit public remise en cause par la jurisprudence <i>Bayeux</i>	674
B. Les arguments en faveur de l'application de la jurisprudence <i>Thoury</i> sur la qualification du contrat verbal	675
1. Les arguments tirés de la jurisprudence antérieure à la loi du 26 juillet 2005	675
2. Les arguments de sécurité juridique.....	678
 CHAPITRE II - L'hybridation de la fonction publique dans le cadre des politiques de l'emploi.....	683
Section 1 - Les atteintes portées au Statut général de la fonction publique.....	693
§1. L'intégration de contrats de droit privé sur des emplois permanents de l'administration.....	694
A. La « privatisation » de la fonction publique par l'intégration de salariés de droit privé.....	694
1. La qualification légale : une dérogation à la jurisprudence Berkani	695

2.	La « privatisation » de la fonction publique conforme au droit communautaire.....	698
B.	La « contractualisation » de la fonction publique par l'occupation des emplois permanents de l'administration par des salariés sous contrat.....	700
1.	La possibilité de conclure des contrats emplois-solidarité sur des emplois permanents	700
2.	L'extension de cette règle à l'ensemble des contrats aidés	704
§2.	La titularisation sans concours de jeunes recrutés sous contrat de Pacte de droit public.....	706
A.	Un dispositif inspiré du contrat de professionnalisation.....	708
1.	Des ressemblances marquées en faveur de l'insertion professionnelle des jeunes	709
a)	Une proximité des publics visés.....	710
b)	Un objet commun : l'acquisition d'une qualification professionnelle	712
2.	Des différences profondes entre contrat de Pacte et les contrats d'insertion et de formation de droit privé	722
a)	Une opposition de conceptions en matière de dédit-formation....	722
b)	Une opposition de logiques quant à la stabilité contractuelle nécessaire à l'objectif de formation	723
B.	Une intégration facilitée des jeunes dans la fonction publique.....	730
1.	Une nouvelle exception à la règle du recrutement par concours.....	731
2.	Un mécanisme inspiré de celui applicable aux travailleurs handicapés	733
Section 2 -	Les difficultés d'application du principe de séparation des pouvoirs en matière de contrats aidés	738
§1.	Les difficultés quant à la détermination du juge compétent	738
A.	La complexité liée à la présence d'une convention entre l'État et l'employeur.....	738
1.	Le contentieux relatif à la signature de la convention	739
2.	Le contentieux relatif aux divergences de contenu : l'articulation de la convention administrative et du contrat de droit privé.....	741
a)	L'opposabilité de la convention-cadre par le salarié dans ses rapports contractuels avec l'employeur	741
b)	L'inopposabilité de la convention-cadre au salarié tiers à celle-ci	743
c)	Une solution remise en cause du fait de la qualité de « partie à la convention » du bénéficiaire d'un contrat d'avenir ?	744
3.	Le contentieux relatif à la légalité de la convention administrative....	746
B.	La répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction....	747
1.	Une compétence « éclatée » entre les deux ordres de juridiction	747
2.	Une répartition des compétences, source de complexité.....	749
§2.	Les problèmes liés à la requalification des contrats irréguliers.....	751
A.	Un contentieux particulier : la sanction du vice de formation du contrat d'apprentissage	752
1.	Première étape de l'évolution : la nullité du contrat d'apprentissage ..	752
2.	Deuxième étape de l'évolution : la requalification-sanction du contrat d'apprentissage.....	753

3. Dernière étape de l'évolution : le retour de la nullité du contrat d'apprentissage.....	755
B. Un contentieux généralisé : la requalification des contrats emplois-solidarité conclus par des associations « relais » par l'Avis Joly et Padroza du Conseil d'État	756
1. La détermination de l'employeur véritable.....	758
2. La requalification du contrat de droit privé irrégulier en contrat de droit public à durée déterminée.....	761
3. La résistance de la Cour de cassation à la solution du Conseil d'État	763
Section 3 - Les difficultés de gestion des salariés des collectivités publiques.....	766
§1. L'application du principe d'égalité de traitement aux salariés des administrations	767
§2. La question de la représentation des agents de droit privé des collectivités publiques.....	770
Conclusion du titre 2	773
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	775
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	777
BIBLIOGRAPHIE	779
INDEX ALPHABÉTIQUE.....	857
TABLE DES MATIÈRES	871