

## ***La question de l'application du droit de la fonction publique au sein des entités publiques marchandes***

L'expression « entité publique marchande » désigne ici les entreprises et organismes exerçant des activités économiques à caractère marchand et dotés de la personnalité juridique, soumis au contrôle d'une personne publique par le biais de son monopole ou de sa participation majoritaire au capital. Par rapport à la notion d'entreprise publique, la notion d'entité publique marchande est davantage centrée sur le caractère marchand des activités de l'entreprise. Ainsi, en France, une entité publique marchande peut être une société publique (nationale ou locale) ou un EPIC susceptible d'être transformé en société commerciale ; en Chine, sont concernées les sociétés publiques et les USP en cours de transformation en sociétés. Les personnels de ces entités publiques marchandes sont par principe soumis au régime du droit privé, sauf quelques exceptions (les dirigeants et comptables publics et, en France, les personnels d'un EPIC n'exerçant que des missions de SPA). Or le transfert, et plus précisément la conservation des personnels publics des établissements publics privatisés, entraîne l'existence d'agents de droit public au sein des entités publiques marchandes (I), ce qui met en question l'utilisation du critère organique quant à l'application du droit de la fonction publique (II).

### **I. L'existence d'agents publics au sein des entités publiques marchandes**

Il ne s'agit pas des positions prévues par le droit de la fonction publique telles que la mise à disposition et le détachement, mais du fait qu'une entité publique marchande peut recruter des agents publics. Les raisons d'une telle situation sont diverses. Il convient de distinguer les raisons d'exception, qui sont communément constatées tant par les autorités publiques que par l'opinion publique (A), de celles qui de fait, découlent d'un changement de circonstances (B).

#### **A. Les raisons d'exception**

Deux raisons d'exception sont admises : les employés soumis à un régime exorbitant du droit commun en raison de leur fonction (1) et la qualification administrative des missions de l'établissement employeur des agents (2).

## **1. Les employés soumis à un régime exorbitant du droit commun en raison de leur fonction**

Il s'agit d'une minorité d'agents qui sont en France des personnes chargées de la direction ou de la comptabilité si celle-ci est publique<sup>272</sup>, et en Chine les dirigeants et les responsables de la délégation du PCC au sein de la société publique. La subordination de ces emplois aux pouvoirs publics et, par conséquent, leur situation exorbitante du droit commun s'avèrent aisées à comprendre même dans une économie libérale. Ces représentants de l'État sont envoyés par celui-ci afin de mettre en œuvre sa volonté de manière directe et efficace. Situation compréhensible, mais qui véhicule l'image d'un État interventionniste à travers ce petit groupe d'agents publics, très minoritaire certes, mais emblématique et prédominant dans la gestion des affaires quotidiennes. C'est pourquoi en Chine, dès l'an 2000, le Conseil des affaires d'État, dans son programme « d'approfondissement de la réforme du système des cadres »<sup>273</sup>, a annoncé la perspective de supprimer les grades administratifs des dirigeants des entreprises nationales<sup>274</sup>. Cette politique, après une mise en place expérimentale à Shanghai par l'avis de la commission de contrôle des participations nationales de Shanghai du 4 septembre 2008 « sur l'approfondissement de la réforme des participations et des sociétés nationales de Shanghai »<sup>275</sup>, est réaffirmée par le même « programme » pour la décennie 2010 – 2020<sup>276</sup>.

## **2. La soumission des personnels au droit public par la qualification administrative de leurs missions**

En France, comme il a été montré *supra* à propos du lien entre la qualification de l'établissement et la nature de ses activités, le législateur ou le pouvoir réglementaire peut décider, chacun dans son champ de compétence, d'attribuer des missions de SPA à un EPIC. Or, la nature des activités de l'établissement, qui ne correspond pas à la qualification d'EPIC, a une conséquence sur le régime juridique appliqué au personnel de l'établissement. Le Conseil d'État, dans une décision du 13 novembre 1970, *Dame Conqui*, juge que l'EPIC en question « ne poursuit aucune action

---

272 Voir section 1 – I – A – 1 : Le régime juridique français des agents des EPIC.

273 " 深化干部人事制度改革纲要 ", Sheng-hua-gan-bu-ren-shi-zhi-du-gai-ge-gang-yao, bureau général du Conseil des affaires d'État, 23 juin 2000.

274 L'article 12, alinéa 2 dudit « programme » : « Supprimer les grades administratifs des dirigeants des entreprises nationales, établir des mesures relatives au traitement des dirigeants des entreprises nationales. » [取消国有企业和企业领导人员的行政级别, 研究制定国有企业领导人员享受有关待遇的相关办法。]

275 " 关于进一步推进上海国资国企改革发展的若干意见 ", Guan-yu-jin-yi-bu-tui-jin-shang-hai-guo-zi-guo-ai-gai-ge-fa-zhan-de-ruo-gan-yi-jian.

276 Le programme « de l'approfondissement de la réforme du système des personnels de cadre de la décennie 2010 – 2020 », bureau général du Conseil des affaires d'État, 3 décembre 2009 [2010 - 2020 年深化干部人事制度改革纲要], 2010 – 2020 nian-Sheng-hua-gan-bu-ren-shi-zhi-du-gai-ge-gang-yao.

propre et se borne à réaliser les buts déterminés par l'État avec les moyens fournis par ce dernier » et qu'il « exerce, en réalité, une activité purement administrative ; que d'ailleurs le statut des agents de cet établissement, tel qu'il est fixé par le décret susvisé du 21 décembre 1961, leur applique des règles analogues à celles en vigueur pour les agents contractuels de l'État ; que lesdits agents, à l'exception de ceux d'entre eux qui ne participent pas à l'exécution même du service public [...] doivent, dès lors, être regardés comme unis à cet établissement par un lien administratif et que les litiges individuels les opposant à l'établissement relèvent de la compétence de la juridiction administrative »<sup>277</sup>. Cette solution a été réaffirmée par une jurisprudence ultérieure<sup>278</sup>. Le juge ne saurait, certes, faire échec à la volonté du législateur ; cependant, il applique le droit public aux agents d'un EPIC en fonction de la nature des activités qu'assure l'établissement ou, plus précisément, des missions dont l'agent est en charge. Cette solution correspond par ailleurs à l'esprit de la jurisprudence *Berkani* qui suppose l'application du droit public aux agents affectés à un service public administratif<sup>279</sup>, mais à condition, comme l'ajoute ultérieurement le Conseil d'État, que ce service soit assuré par une personne publique<sup>280</sup>. Or cette condition restrictive, sous l'impulsion du droit communautaire, a connu une application fâcheuse : le maintien de la situation de droit privé des employés travaillant pour le compte d'un service public administratif antérieurement assuré par une personne privée puis reprise par une personne publique<sup>281</sup>. Le législateur est intervenu, par l'article 20 de la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 « portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique » : il impose aux administrations de proposer un contrat de droit public aux employés transférés en reprenant les clauses substantielles de leurs contrats de travail et, en cas de refus de ces derniers, de procéder à leur licenciement<sup>282</sup>.

À cet égard, en Chine, les agents d'USP exerçant uniquement des missions à caractère administratif se trouvent dans une situation similaire. En effet, l'article 106 de la loi du 27 avril

---

277 CE., 13 novembre 1970, *Dame Conqui*, *op. cit.*.

278 CE., 4 juillet 1986, *Berger*, *op. cit.*.

279 TC., 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes, préfet du Rhône et autres c/ Conseil de prud'hommes de Lyon*, req. n° 03000, concl. Martin. Voir Pierre Boutelet, « Feu dame veuve Mazerand », *AJFP* juillet-août 1996, p. 8 ; « Jurisprudence Berkani : nouvelle contribution du Tribunal des conflits », *AJFP* mai-juin 1997, p. 16 ; Jean-François Lachaume, « Évolution et permanence dans l'identification de l'agent public non statutaire », *CJEG* 1997, p. 35 ; Charles Fortier, « La consolidation juridique du lien fonction publique – service public. Éléments pour une définition matérielle de l'agent public », *AJDA* 1999, p. 291 ; Pierre Bentolila, « Jurisprudence Berkani : ses effets collatéraux sur la problématique du service public », *AJFP* 2000, n° 2, p. 5.

280 CE., 19 juin 1996, *Syndicat général C. G. T. des personnels des affaires culturelles*, *Rec.*, p. 233.

281 CE., 22 octobre 2004, *Lamblin*, req. n° 255154 ; *AJDA* 2004, p. 2153, chron. Claire Landais et Frédéric Lénica.

282 Voir le commentaire d'Antoine Mazeaud sur cette disposition : « Reprise d'une entité économique par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif », *Dr. soc.* 2006, p. 383.

2005 « sur les agents publics » dispose que « les agents des unités de service public qualifiés par la loi ou par le pouvoir réglementaire comme exerçant la fonction de gestion des affaires publiques, excepté ceux affectés aux missions de gestion ou d'entretien de l'établissement, après autorisation, sont régis par le régime analogue à la présente loi »<sup>283</sup>. La « fonction de gestion des affaires publiques » désignée par cet article correspond à la « fonction administrative » au sens de la politique de catégorisation des USP<sup>284</sup>. Les USP chargées de missions administratives se distinguent des deux autres catégories d'USP par la nature de leurs missions et les agents d'USP de cette catégorie sont, aux termes de l'article 106 de la loi « sur les agents publics », soumis à un régime analogue à celui des agents publics.

Il résulte de cette comparaison franco-chinoise que la soumission des agents d'USP à un régime analogue à celui des agents publics administratifs, par la qualification administrative des activités des USP, est bien plus systématique que celle qui découle de la constatation par le juge français des activités de nature administrative des EPIC. Néanmoins, en Chine, la catégorie des USP de fonction administrative est, selon la politique de la réforme des USP, une catégorie vouée à disparaître comme l'autre catégorie d'USP dite industrielle et commerciale<sup>285</sup>. À ce titre, il serait aisé de comprendre la raison de la soumission des agents de cette catégorie d'USP à un régime analogue à celui des agents publics : lors de la dissolution d'une USP de fonction administrative ou de sa transformation en établissement administratif, ses agents seront facilement intégrés dans les corps de la fonction publique.

Hormis ces raisons d'exception qui sont tout de même marquées par un certain systématisme, les employés des entités publiques marchandes peuvent être soumis à un régime

---

283 " 法律、法规授权的具有公共事务管理职能的事业单位中除工勤人员以外的工作人员，经批准参照本法进行管理".

284 Voir chapitre I – section 1 – II – B – 1 : Les établissements publics susceptibles d'être transformés en sociétés anonymes.

285 Dans ce sens, voir tous les textes relatifs à la réforme des USP précités, notamment l'avis du Comité central du PCC et du Conseil des affaires d'État du 23 mars 2011 « promouvant la catégorisation des unités de service public » (*op. cit.*). S'agissant de la doctrine, voir notamment FAN Hengshan, *Réformes des unités de service public : expériences étrangères et recherche en Chine*, Beijing, Économie et Finance de Chine, 2004 [范恒山, 事业单位改革: 国际经验与中国探索, 北京, 中国财政经济出版社]; LI Wenzhao et DONG Keyong, « La réforme des unités de service public en Chine : conception et suggestions », *Presses universitaires de l'Université Renmin de Chine*, 2010, n° 5, p. 134 – 142 [李文钊、董克用, 中国事业单位改革: 理念与政策建议, 中国人民大学学报]; WU Zhilun, « La méthode de la catégorisation triptyque des unités de service public et le suggestions pour cette réforme », *CPA Administration et gestion en Chine – CPA commentaires*, 2003, n° 2 (n° 212), p. 12 – 13 [吴知论, 事业单位三分法及改革对策, CPA 中国行政管理 CPA 评论]; ZHUANG Xuying, « Étude sur le choix des modèles de la réforme des unités de service public », *Sciences sociales*, 2007, n° 4, p. 32 – 38 [庄序莹, 事业单位体制改革模式选择研究, 社会科学].

exorbitant du droit commun par l'intervention ponctuelle des pouvoirs publics à la suite de la transformation d'un établissement public à caractère administratif en entité publique marchande.

## **B. Les raisons liées au changement de circonstances : l'exemple des télécommunications**

Il s'agit plus précisément de la conservation des personnels publics après la transformation d'un établissement public à caractère administratif en établissement public à caractère marchand ou/puis en société commerciale. Cette question a déjà été abordée lors de l'étude sur la question du transfert des personnels d'un établissement public à caractère administratif à une entité publique marchande<sup>286</sup>. Il convient ici de l'illustrer par un exemple particulier qui a attiré l'attention en France (1) comme en Chine (2) : le domaine des télécommunications .

### **1. Les agents publics de France Télécom**

Comme le remarque Fabrice Melleray, « France Télécom offre, d'un point de vue organique comme d'un point de vue matériel, une illustration aussi significative que spectaculaire des évolutions du droit public économique et de l'actuel recul de l'État en tant qu'opérateur économique »<sup>287</sup>. En vue de l'ouverture d'une situation monopolistique à la concurrence, la loi du 2 juillet 1990<sup>288</sup> sépare les services de la poste et des télécommunications en créant deux EPIC : La Poste et France Télécom. Les personnels de France Télécom, de service d'une administration centrale à exploitant de SPA d'abord, puis EPIC et enfin société anonyme, ont conservé leur qualité d'agent public. Une telle situation n'est pas sans précédent, car avant la réforme du domaine des télécommunications, les personnels de la SEITA, de la Caisse nationale de Crédit agricole, du GIAT, de la CNP, et de l'Imprimerie nationale s'étaient déjà trouvés dans une situation similaire. Mais, cette fois-ci, il ne s'agissait pas d'un simple maintien du *statu quo* pour les agents recrutés avant la transformation, car jusqu'en 2002 France Télécom pouvait continuer à recruter des fonctionnaires pour assurer ses missions de service public. C'est pourquoi, avec l'avis du Conseil d'État du 18 novembre 1993<sup>289</sup>, certains auteurs ont pu imaginer l'hypothèse d'un corps de fonctionnaires d'État directement placé auprès d'une entité publique marchande et supposer que « la situation de fonctionnaires des agents de la nouvelle société n'était pas envisagée de façon

---

286 Voir section 1 – I – B – 1 – a : La conservation de la qualité d'agent public du personnel d'un établissement public à caractère administratif après sa transformation en établissement public à caractère marchand.

287 Fabrice Melleray, « Fonction publique et service public : le cas de France Télécom », *op. cit.*, p. 2079.

288 Loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 « relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications ».

289 Conseil d'État, ass., avis n° 355255, 18 novembre 1993.

transitoire »<sup>290</sup>. Ainsi coexisteraient, au sein d'une société anonyme, des agents de droit public et des salariés de droit privé.

Toutefois, cette situation de coexistence d'agents publics et de salariés de droit privé ne devait être que transitoire. En effet, bien que la transition soit longue — le dernier fonctionnaire doit quitter l'entreprise en 2036 —, depuis le 1er janvier 2002 France Télécom ne peut plus recruter de fonctionnaires. Afin de limiter de l'existence d'agents publics, l'article 29-3 de la loi du 2 juillet 1990 prévoit que les fonctionnaires de France Télécom peuvent intégrer les trois fonctions publiques (d'État, territoriale et hospitalière) jusqu'au 31 décembre 2009. Dans le même sens, un décret est intervenu pour aménager les modalités de détachement des fonctionnaires de France Télécom dans la fonction publique de l'État<sup>291</sup>. En outre, la possibilité de renoncer au statut de fonctionnaire en acceptant un contrat de travail est offerte à tous les fonctionnaires de France Télécom. Enfin au niveau jurisprudentiel, le Conseil constitutionnel, déniait l'existence d'un principe constitutionnel<sup>292</sup> qui aurait constitué le socle du lien entre les corps de fonctionnaires et les missions de service public au sens de l'avis du 18 novembre 1993 du Conseil d'État, rend peu probable l'hypothèse selon laquelle une société anonyme pourrait recruter durablement des agents publics sur le seul fondement de ses missions de service public<sup>293</sup>.

Une telle situation transitoire a également eu lieu en Chine lors de la réforme du service des télécommunications.

---

290 Charles Fortier, « La consolidation juridique du lien fonction publique – service public. Éléments pour une définition matérielle de l'agent public », *op. cit.*, p. 293.

291 Décret n° 2003-1038 du 30 octobre 2003 « relatif aux modalités particulières de détachement des fonctionnaires de France Télécom dans les corps de fonctionnaires de l'État et de ses établissements publics ».

292 Décision du Conseil constitutionnel, 12 octobre 2012, n° 2012-281-QPC, *Syndicat de Défense des fonctionnaires*, Commentaire sur le site du Conseil constitutionnel : [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2012281QPCccc\\_281qpc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2012281QPCccc_281qpc.pdf) ; *AJFP* 2013, « La vocation du fonctionnaire au service public n'est pas un principe constitutionnel », p. 5, commentaire Stéphane Buffa, obs. Christophe Geslot ; *AJDA* 2013, p. 584, note Agnès Roblot-Troizier.

293 Voir partie II – titre II – chapitre II – section 2 – I : La remise en cause de la corrélation entre l'exercice des missions de service public et le fonctionnaire en France. S'agissant de la doctrine, voir Lucien Rapp, « La privatisation de France Télécom : de "l'exemple français" à "l'exemple culturelle" », *CJEG* 1994, n° spéc., p. 358 ; Laurent Richer, « Le statut des agents de France Télécom », *AJDA* 1994, p. 465 ; Charles Fortier, « La consolidation juridique du lien fonction publique – service public. Éléments pour une définition matérielle de l'agent public », *op. cit.* ; Fabrice Melleray, « Fonction publique et service public : le cas de France Télécom », *op. cit.*, p. 2078 ; Gérard Quiot, « De l'inconstitutionnalité de la loi du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom », *AJDA* 2005, p. 813 ; Stéphane Buffa, commentaire sur QPC du 12 octobre 2012 n° 2012-281, « La vocation du fonctionnaire au service public n'est pas un principe constitutionnel », *AJFP* 2013, p. 5.

## 2. Les agents publics de *China Telecom*

L'attribution de la personnalité morale d'entreprise, le 27 avril 1995, à l'office exécutif du ministère des postes et télécommunications (supprimé en 1998) pourrait s'analyser comme l'acte fondateur de la création de la société *China Telecom*. Le nom officiel pour cette personne morale d'entreprise était « Direction générale des postes et télécommunications de Chine »<sup>294</sup>. Toutefois, il s'agissait davantage d'un établissement administratif doté de la personnalité morale d'entreprise (de droit privé) que d'une entreprise jouissant de prérogatives de puissance publique. L'acquisition de la personnalité morale d'entreprise n'avait logiquement pas de conséquence sur le statut du personnel de l'établissement car ses agents exerçaient toujours des missions de régulation et de contrôle du service des télécommunications, missions à caractère administratif. Personne ne doutait que cette situation allait basculer tandis que le sort des quelque 300 000 agents posait une question sérieuse s'agissant de la transformation de l'établissement en société anonyme. Notre recherche est freinée par l'opacité de l'administration chinoise de l'époque car aucun texte ne dévoile les procédés de l'opération de transfert du personnel. Nous devons nous contenter d'une analyse empirique découlant de l'observation des faits.

Il convient donc de suivre les étapes de la création de *China Telecom* après l'acquisition de la personnalité morale d'entreprise par la Direction générale des postes et télécommunications. Quelques mois avant sa transformation en société anonyme à responsabilité limitée, *China Telecom* se voit ôter des services la téléphonie mobile au profit de la société *China Mobile*, dont la création est autorisée par le Conseil des affaires d'État le 7 décembre 1999<sup>295</sup> et effective le 20 avril 2000. Cette scission a eu pour conséquence de séparer environ un tiers des effectifs de l'ancienne Direction générale des postes et télécommunications, lesquels sont comme leurs collègues visés par le programme « de la création de la société *China Telecom* » et le « statut de la société *China Telecom* », proposés par le ministère de l'information et des industries informatiques et par la commission de l'économie et du commerce. Vu l'avis général du 2 janvier 1999 du Bureau général du Conseil des affaires d'État « sur les procédés de la séparation des entreprises non financières des établissements administratifs et le programme de sa mise en place »<sup>296</sup>, le Conseil des affaires d'État

---

294 " 中国邮电电信总局 ", Zhong-guo-you-dian-dian-xin-zong-ju.

295 Conseil des affaires d'État, le 7 décembre 1999, notification n° 1999 – 143, réponse du Conseil des affaires d'État « aux questions relatives à la création de la société *China Mobile* » [ 国务院关于组建中国移动通信集团公司有关问题的批复 ].

296 " 中央党政机关非金融类企业脱钩的总体处理意见和具体实施方案 ", Zhong-yang-dang-zheng-ji-guan-fei-jin-rong-lei-qi-ye-tuo-gou-de-zong-ti-chu-li-yi-jian-he-ju-ti-shi-shi-fang-an.

a validé, par une notification du 13 janvier 2000<sup>297</sup>, ces deux textes ministériels. Le 17 mai 2000, la création de la société *China Telecom* s'accompagne de deux événements : la séparation des services des postes des services des télécommunications, d'une part ; et celle entre les fonctions de régulation et de contrôle du service de télécommunications et les missions de prestation de service, d'autre part. La Direction générale des postes et télécommunications est supprimée ; les fonctions de régulation et de contrôle des postes et des télécommunications sont redistribuées au sein du gouvernement entre les ministères ; et *China Telecom*, société anonyme à responsabilité limitée, se borne à fournir la prestation du service des télécommunications, en particulier le service de téléphonie fixe.

Or, dans le même temps, *China Telecom* et *China Mobile* ont hérité de la quasi-totalité du personnel de la Direction générale des postes et télécommunications, même si une partie non négligeable d'agents ont été mutés dans les différents offices des ministères notamment pour y assurer les missions de régulation et de contrôle des services des postes et des télécommunications. Le reste du personnel, sauf les agents de la direction, c'est-à-dire les agents d'opération ou d'exécution, se trouvent face à un changement de statut : agents publics de l'État, ils deviennent salariés de droit privé, car aucun texte ne permet de conserver le statut public des employés de la société *China Telecom*. Si la situation publique du personnel de la haute direction est compréhensible dans la mesure où elle permet à l'État de contrôler la société de manière plus efficace, la coexistence d'agents publics et de salariés de droit privé pour les mêmes missions n'est pas envisageable pour les réformistes au pouvoir. Cette situation ambivalente et complexe, pour les initiateurs de la réforme qui sont largement influencés par la théorie de la nouvelle gestion publique, aurait constitué un inconvénient majeur pour le fonctionnement de la nouvelle société et aurait exposé la réforme à l'échec.

Le même souci a été appréhendé en France lors de la réforme des télécommunications en 1996. Jacques Chevalier a souligné avec justesse que « l'existence d'une masse de fonctionnaires, soumis à un statut dérogatoire au droit commun, risque d'être rapidement considérée comme un boulet, interdisant à l'opérateur de faire preuve de la flexibilité imposée par la concurrence. D'un point de vue psychologique, la dualité des statuts d'agents faisant le même métier sera sans nul doute la source de tensions internes, en brisant l'unité du corps social de l'entreprise »<sup>298</sup>. Cette

---

297 Conseil des affaires d'État, le 13 janvier 2000, notification n° 2000-6, réponse du Conseil des affaires d'État « aux questions relatives à la création de la société *China Telecom* » [国务院关于组建中国电信集团公司有关问题的批复].

298 Jacques Chevalier, « La nouvelle réforme des télécommunications : ruptures et continuités », *RFDA* 1996, p. 944. Voir également Herbert Maisl, « La nouvelle réglementation des télécommunications », *AJDA* 1996, p. 762.

observation, tout à fait valable dans le contexte chinois, constitue une des raisons pour lesquelles l'existence des agents publics au sein de la société *China Telecom* n'a été qu'un phénomène éphémère, disparu avant l'adoption de la loi sur les agents publics.

L'exemple du domaine des télécommunications montre que le transfert du personnel public d'un établissement public à une entité publique marchande qui reprend les activités de celui-ci pose des questions substantielles sur l'utilisation du critère organique quant à l'application du droit de la fonction publique. Si dans la pratique, le critère organique est parfois remis en cause par l'existence transitoire des fonctionnaires au sein des sociétés commerciales, cette exception n'est pas suffisamment puissante pour estomper le caractère prioritaire de l'utilisation du critère organique.

## **II. La question de l'utilisation du critère organique pour l'application du droit de la fonction publique**

Le critère organique, en vue de la détermination du régime juridique applicable aux agents, se réfère à la présence ou non d'une personne morale de droit public. Mais, celle-ci n'a jamais suffi pour déclencher l'application du droit de la fonction publique. Ainsi, en France, la majorité des personnels des EPIC, personnes morales de droit public, est soumise à un régime de droit privé tandis qu'en Chine, les agents d'USP, excepté ceux des USP à caractère administratif, sont exclus de l'application du statut des agents publics<sup>299</sup>. Or, l'existence d'agents publics au sein d'entités publiques marchandes et notamment de sociétés commerciales montre que le droit de la fonction publique peut être appliqué au personnel d'une personne morale de droit privé. Ce phénomène, illustré par la conservation du statut des agents publics au sein des établissements publics transformés en entités publiques marchandes en France, interroge la pertinence du critère organique (A) alors que les réformes en Chine viennent renforcer son maintien ou, plus exactement, établir la concordance entre la nature organique et celle du régime du personnel (B).

### **A. La question de la pertinence du critère organique en France**

S'agissant de la question de l'application du régime juridique, public ou privé, et de celle de la répartition des compétences juridictionnelles, l'intérêt du critère organique relève de l'évidence. Toutefois ce critère, pour simple et opérationnel qu'il soit, n'a jamais suffi pour l'application du droit public et s'éclipse parfois au profit du critère de la nature du service. Ainsi Léon Duguit désigne le fonctionnaire comme « l'agent qui participe d'une façon permanente et normale au fonctionnement

---

299 Article 106 de la loi du 27 avril 2005 « sur les agents publics ».

d'un service public »<sup>300</sup>. Découle de cette notion de « collaboration permanente à un service public »<sup>301</sup> le critère de la participation directe à un service public administratif, dégagé par le commissaire du gouvernement Chardeau à l'occasion des affaires *Affortit* et *Vingtain* pour déterminer la qualité d'agent public. Bien que la jurisprudence *Berkani* ait opéré une simplification en abandonnant la « participation directe à l'exécution du service », le caractère administratif du service public reste toujours l'élément fondamental du critère de détermination. Or, comme le souligne Jean-François Lachaume, « l'expression service public administratif n'est plus, depuis l'arrêt *Caisse primaire Aide et protection*<sup>302</sup>, synonyme de service public géré par une personne publique »<sup>303</sup>. Il se pouvait donc que le Tribunal des conflits sous-entende que « les personnels non statutaires sont des agents de droit public sans que leur employeur soit nécessairement une personne publique, dès lors qu'ils sont affectés à un service public administratif »<sup>304</sup>. Autrement dit, les employés d'une personne privée gestionnaire d'un service public administratif seraient soumis au droit public, seraient des agents publics.

À cet égard, le Conseil d'État a cependant eu l'occasion de remédier à l'oubli du juge des conflits en précisant que les rapports entre une personne morale de droit privé chargée de l'exécution d'un service public et les agents qu'elle recrute pour son compte « ne peuvent être que des rapports de droit privé »<sup>305</sup>. La nature de la personne gestionnaire du service public, élément organique, est donc clairement prise en compte.

C'est aussi bien le cas s'agissant de la situation inversée où, comme l'a montré l'exemple de la réforme des télécommunications, la situation de droit public des agents transférés d'un établissement public à caractère administratif à une entité publique marchande est maintenue. En effet, selon le Conseil d'État, il existe une continuité entre l'administration d'État et l'exploitant public, puis entre l'établissement public et la société publique. Cette « continuité formelle », écrit Charles Fortier, « suffit à permettre le recrutement de fonctionnaires de l'État, par une autorité

---

300 Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. III, Ancienne Librairie Fontemoing, E. de Boccard, 2<sup>ème</sup> éd., 1921, p. 6.

301 Expression citée par le commissaire du gouvernement Chardeau dans ses conclusions sur les affaires *Affortit* et *Vingtain*, *Rec.* p. 342 – 347.

302 CE., 13 mai 1938, *Rec.*, p. 417

303 Jean-François Lachaume, « Évolution et permanence dans l'identification de l'agent public non statutaire », *op. cit.*, p. 43. Passage cité par Charles Fortier, « La consolidation juridique du lien fonction publique – service public. Éléments pour une définition matérielle de l'agent public », *op. cit.*, p. 296.

304 Charles Fortier, « La consolidation juridique du lien fonction publique – service public. Éléments pour une définition matérielle de l'agent public », *op. cit.*, p. 296.

305 CE., 19 juin 1996, *Syndicat général C. G. T. des personnels des affaires culturelles*, *Rec.*, p. 233.

subordonnée », en l'occurrence le président de France Télécom nommé par décret en Conseil des ministres<sup>306</sup>. La qualité de personne publique n'est certes pas nécessaire pour l'application du droit public au personnel d'une entité publique marchande ; mais cette « continuité formelle » signifie bien la présence de l'État dans la gestion du personnel concerné.

En dépit de la remise en cause du lien entre la qualité d'agent public et une personne publique, le critère organique est donc tout de même recherché et constitue toujours un des critères prioritaires pour la détermination du droit applicable aux agents du service public. Cette recherche est davantage illustrée par les mesures de privatisation des établissements administratifs et USP en Chine.

## **B. La recherche du critère organique dans les réformes de privatisation en Chine**

La recherche du critère organique par les réformes de privatisation se manifeste, d'une part, par la volonté d'éviter la conservation du statut d'agents publics du personnel transféré (1) et d'autre part, par la transformation des USP à caractère administratif en établissements administratifs (2).

### **1. La volonté d'éviter l'existence d'agents publics au sein d'une société commerciale**

L'un des objectifs de la politique de privatisation en Chine est d'établir une concordance entre la nature organique des entités de l'État (établissements administratifs, USP et sociétés nationales) et les activités qu'elles assurent : dès lors, le rôle de l'État est redéfini et clarifié. Les établissements administratifs et USP chargés des missions de nature marchande doivent être transformés en sociétés commerciales, tandis que certaines USP chargées de missions de nature purement administrative doivent être requalifiées d'établissements administratifs.

Comme il a été montré dans la section précédente, lors du transfert du personnel d'un établissement administratif ou d'une USP à une société commerciale, les autorités chinoises s'efforcent d'éviter la conservation du statut d'agent public pour le personnel transféré. Le régime de pension est conservé pour les agents mis à la retraite avant et, pour ceux qui ont accepté la retraite anticipée, lors de la transformation. En revanche, la plupart des agents en activité, hormis les dirigeants et les principaux responsables de la délégation du PCC, sont soit mutés dans d'autres établissements, soit mis en disponibilité et gérés par les offices du ministère des ressources

---

306 Charles Fortier, « La consolidation juridique du lien fonction publique – service public. Éléments pour une définition matérielle de l'agent public », *op. cit.*, p. 294. *S. H.*, voir Laurent Richer, « Le statut des agents de France Télécom », *AJDA* 1994, p. 465.

humaines et de la sécurité sociale en attente d'une éventuelle conclusion de contrat de travail, soit, enfin, licenciés après leur refus du contrat proposé ou pour raison économique. Somme toute, la conservation des agents publics ou d'USP au sein d'une société commerciale ne peut être qu'une situation éphémère et ponctuelle. Tout est fait pour que l'application du droit de la fonction publique, du régime des personnel des USP et du droit du travail respectent l'identité organique des établissements administratifs, USP et sociétés commerciales.

Si la transformation des établissements administratifs en sociétés n'est pas anodine, la réforme de la catégorisation, puis de la requalification des USP est au cœur de la politique de la réforme générale de l'État et constitue une action publique d'ampleur<sup>307</sup>. Or, la réforme de la catégorisation des USP consiste aussi, en une partie certes limitée, à transformer les USP à caractère administratif en établissements administratifs. Cette opération, n'étant évidemment pas une mesure de privatisation, n'en conforte pas moins le maintien du critère organique pour l'application du droit de la fonction publique.

## **2. Le renforcement du critère organique par la transformation des USP à caractère administratif en établissements administratifs**

Avant la réforme, les agents d'USP, bien que soumis à de nombreux statuts particuliers, étaient tout de même réunis dans une même catégorie d'employés d'État régis par un régime analogue à celui des fonctionnaires. La loi sur les agents publics de 2005, donnant un statut législatif aux agents publics, exclut explicitement les agents d'USP de son champ d'application<sup>308</sup>. Dès lors, seuls les agents des USP assignées à la « fonction de gestion des affaires publiques »<sup>309</sup> sont régis par des règles analogues à celles du statut des agents publics, exceptés ceux affectés aux missions d'entretien ou de gestion quotidienne de l'établissement. À cet égard, la catégorisation des USP, définissant les natures des USP en fonction de celles des activités dont elles sont chargées, consiste à transformer les USP à caractère administratif (caractère correspondant au sens ressortant

---

307 La politique consiste à transformer les USP à caractère administratif en établissements administratifs et les USP à caractère marchand en sociétés commerciales. Or, les deux courants de transformation sont disproportionnés l'un par rapport à l'autre. Ainsi, les USP en voie d'être transformées en sociétés commerciales sont notamment celles dont le financement est entièrement indépendant de l'État (voir chapitre I – section 1 – II – B – 1 : Les établissements publics susceptibles d'être transformés en sociétés anonymes). Environ 20 % des quelque 1300 000 USP entrent dans cette catégorie (voir FAN Hengshan, *Réformes des unités de service public : expériences étrangères et recherche en Chine, op. cit.*, p. 16). L'étendue des USP à caractère administratif reste indéterminée à cause du caractère purement fonctionnel du critère de détermination.

308 Il convient de préciser que l'article 106 de ladite loi ne prévoit, au moins formellement, qu'un régime analogue à celui des agents publics pour les agents des USP à caractère administratif, mais non pas l'application directe du statut des agents publics.

309 " 管理公共事务的职能 ", article 106 de la loi sur les agents publics de 2005, *op. cit.*.

de l'expression « fonction de gestion des affaires publiques ») en établissements administratifs. Une fois la transformation effectuée, il suffirait de soumettre directement et, cette fois, officiellement, les agents de l'ancienne USP au statut prévu par la loi « sur les agents public ». Ainsi, la transformation d'une USP à caractère administratif en établissement administratif aurait pour effet de rétablir le lien entre la nature des activités de l'établissement (qui conditionne celle des missions de ses agents) et son statut juridique d'une part, et la concordance entre ce statut juridique de l'établissement et le régime juridique de son personnel d'autre part.

## ***Conclusion du chapitre II***

Le régime juridique des personnels des services publics est tributaire de la nature de l'établissement auquel ces personnels sont affectés d'une part, et de la nature de la fonction qu'assure cet établissement d'autre part. La privatisation des services publics, passant par la transformation des établissements publics à caractère administratif en entités publiques marchandes, suppose logiquement le changement de régime juridique du personnel de l'établissement transformé, du droit public au droit privé. Même si parfois le statut public du personnel transféré peut être provisoirement conservé, la tendance à diminuer la gestion publique est patente. Il est vrai qu'au travers d'une telle situation exceptionnelle, le critère organique est susceptible d'être mis en cause quant à l'application du droit de la fonction publique. Toutefois, un tel malaise circonstanciel ne suffit pas à annihiler l'importance de ce critère dans la détermination du régime juridique des personnels de l'État. La concordance entre régime juridique du personnel et nature du service reste très imparfaite malgré les incidences de la privatisation.

## Conclusion du titre I

Les mesures de privatisation en France et en Chine, modifiant l'organisation institutionnelle des services publics, exercent des impacts significatifs sur l'application du droit de la fonction publique. À travers notre démonstration et par une observation empirique de la réalité, il est aisé de constater un processus de « dépublicisation » des personnels des établissements, comme conséquence des politiques de privatisation des services publics déclenchées dans les deux pays à partir des années 1990.

Dans ce courant général, les méthodes française et chinoise relatives au transfert du personnel d'un établissement public à une entité publique publique marchande divergent quelque peu. La raison de cette divergence repose sur la différence entre les approches française et chinoise de la notion d'entité publique marchande. Plus précisément, les personnels des EPIC français et ceux des USP chinoises sont soumis à des régimes juridiques de nature différente malgré l'identité similaire de ces deux sortes d'établissements publics tant au niveau organique que concernant la nature de leurs activités. Le personnel d'un EPIC, personne publique et gestionnaire d'un service public industriel et commercial, est soumis au droit du travail tandis que le personnel d'une USP, personne morale d'USP et chargée de missions d'intérêt public, est régi par des règles de nature quasi-publique. C'est pourquoi en France la plupart des problèmes se posent, quant au choix du régime juridique du personnel, lors de la transformation d'un EPA en EPIC ; alors qu'en Chine, les personnels des USP, comme les USP elles-mêmes, constituent une catégorie à part entière qui se distingue tant des agents publics au sens de la loi du 27 avril 2005, que des salariés régis par le droit du travail. Certes, la politique de catégorisation des USP, consistant à répartir leurs personnels en fonction de la nature de leurs activités, aboutira d'une part à intégrer les agents des USP de fonction administrative à la fonction publique, et d'autre part à soumettre les agents des USP de nature marchande au droit du travail. Mais il reste tout de même un noyau dur composé des personnels des USP d'intérêt public. Leur situation juridique reste intermédiaire entre le public et le privé.

Ces services et leurs personnels se trouvent sur les frontières entre deux sphères théoriquement distinctes si l'on oppose l'intérêt général à l'intérêt particulier et le régime exorbitant au régime du droit commun, mais confondues en réalité dans la mesure où la privatisation, tout comme la nationalisation, peut ajuster ces frontières — parfois les déplacer de façon significative — en fonction des besoins réels et circonstanciels. Or, la privatisation n'est pas la seule manifestation du recul de l'administration publique dans la gestion des services publics. Les

pouvoirs publics peuvent faire intervenir des opérateurs privés pour assurer la gestion de certains services sans changer leur nature publique. Il s'agit d'une gestion indirecte de ces services publics par le biais de leur externalisation.