

Le statut des agents publics contractuels de l'État en Afrique noire francophone

Prudent SOGLOHOUN

Docteur en droit

Assistant de droit public

Université d'Abomey-Calavi (BENIN)

I- L'apparente différenciation

A- Des conditions particulières de recrutement

- 1- Le caractère limitatif des cas
- 2- La souplesse des modalités

B- Des exigences spéciales d'engagement

- 1- La signature d'un contrat
- 2- L'observation d'une période d'essai

II- La relative assimilation

A- Une intégration formelle au statut général

- 1- La fin d'une distinction classique
- 2- L'émergence d'un quasi-corps de fonctionnaires

B- Une similitude des garanties

- 1- La convergence des droits
- 2- Le parallélisme de la sécurité de l'emploi

« *Tout le statut de la Fonction Publique serait remis en cause si des agents contractuels étaient regardés comme des fonctionnaires titulaires, alors que leur caractéristique essentielle réside justement dans la précarité de leur emploi* »¹. Cette réflexion indique en quoi le statut des agents publics contractuels de l'État est censé être différent de celui des fonctionnaires en Afrique noire francophone comme ailleurs. En effet, considérés comme formant une « *Fonction publique "parallèle"* »², voire une « *sous-fonction publique* »³, les agents publics contractuels de l'État constituent une catégorie exceptionnelle de la fonction publique⁴ composée en principe d'agents publics permanents régis par un statut.

Dans son sens général, le terme "statut" désigne l'« *ensemble cohérent des règles applicables à une catégorie de personnes ou d'agents ou à une institution et qui en déterminent, pour l'essentiel, la condition et le régime juridiques* »⁵. Dans le droit de la fonction publique, le statut est l'« *ensemble de règles spécifiques, définies a priori et de façon unilatérale par l'autorité législative et/ou réglementaire, auxquelles sont soumises certaines catégories d'agents, à compter de leur entrée dans la fonction publique ou moyennant l'intervention d'une procédure particulière à cet effet* »⁶. Plus particulièrement, le statut indique l'« *ensemble des dispositions légales et réglementaires fixant la situation des fonctionnaires en ce qui concerne l'entrée au service, le déroulement de la carrière, les droits et obligations, la discipline et la sortie du service* »⁷.

Cette dernière définition laisse croire que seuls les fonctionnaires sont dans une situation statutaire. En réalité, si originairement, le statut est l'apanage des fonctionnaires, d'autres catégories d'agents publics non fonctionnaires sont de plus en plus soumises à des règles assez comparables au statut dans leur esprit et dans leur forme⁸. Le souci d'harmoniser

¹ COLIN (J.), « Fonctionnaires titulaires et agents temporaires ou contractuels de l'État », *R. A.*, n° 78, nov.-déc. 1960, p. 609.

² BERNARD-STEINDECKER (C.), « Le demi-échec de la réforme des agents non titulaires de la Fonction publique en France (1982-1986) », *R.F.S.P.*, n°2, 1990, p. 230.

³ DEVILLECHABROLE (V.) et al., « L'État patron bafoue les règles qu'il impose au privé », *Liaisons Sociales magazine*, n° 2, 2000, p. 14 ; MONIOLLE (C.), « Le "non-titulariat" dans la fonction publique de l'État : un phénomène inéluctable », *A.J.F.P.*, n° 2, 1998, p. 48 ; LACHAUME (J.-F.), « Evolution et permanence dans l'identification de l'agent public non statutaire », *C.J.E.G.*, n° 529, 1997, p. 35.

⁴ CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, t. 2, 15^e éd., Paris, Montchrestien, 2001, p. 7, définit la fonction publique comme « ... constituée par l'ensemble des personnels qui, occupant à titre professionnel un emploi salarié dans les services des personnes publiques, sont soumis à un statut de droit public ».

⁵ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd. mise à jour, Paris, PUF, 2014, p. 987.

⁶ BRETON (J.-M.), *Droit de la fonction publique des États d'Afrique francophone*, Paris, Edicef/Aupelf, 1990, p. 23.

⁷ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 988.

⁸ BRETON (J.-M.), *Droit de la fonction publique des États d'Afrique francophone*, op. cit., p. 54.

et d'uniformiser⁹ les dispositions qui régissent diverses catégories d'agents publics conduit, de plus en plus, à intégrer ces dispositions dans un document unique. Ce texte de portée générale, appelé statut général de la fonction publique, régit les catégories de personnels de la fonction publique rentrant dans son champ d'application. Sa vocation est en effet de régir la situation de la majeure partie des agents publics, qu'ils soient fonctionnaires ou non¹⁰. Il en résulte dès lors que l'insertion des dispositions qui régissent les agents publics contractuels de l'État au statut général de la fonction publique contribue à les placer également dans une situation statutaire légale et réglementaire.

Un agent public est une personne employée « *dans une activité liée au service public, où la fonction de l'employeur est assurée par l'État ou plus généralement la personne publique* »¹¹. Autrement dit, sauf dérogation législative, seuls les employés d'une personne publique sont susceptibles d'avoir la qualité d'agent public¹². Ce critère organique, quoique primordial, n'est pas suffisant pour définir l'agent public¹³. Il faut y ajouter le critère matériel qui réside dans la mission de service public administratif à laquelle il participe. Cette définition est également admise en Afrique noire francophone¹⁴. Certains statuts généraux de la fonction publique¹⁵ des États sous étude utilisent néanmoins le terme "agent de la fonction publique" qui a le même sens. Un agent contractuel est toute personne exerçant son emploi en vertu d'un contrat individuel. En France, la jurisprudence « Berkani » du Tribunal des conflits a précisé la nature des contrats qui lient les personnes travaillant dans un service public administratif à leur employeur. Elle indique que « *les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif sont des agents contractuels de droit public quel que soit leur emploi* »¹⁶. En d'autres termes, ceux qui travaillent pour le compte d'un service public à caractère industriel et commercial sont des agents contractuels

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ BRETON (J.-M.), *Droit de la fonction publique des États d'Afrique francophone*, op. cit., p. 58 ; voir aussi art. 1^{er} de la loi n° 2013-002 du 21 janvier 2013 portant Statut général de la Fonction publique togolaise.

¹¹ CAYLA (O.), « L'inexprimable nature de l'agent public », *Enquête [En ligne]*, 7 | 1999, mis en ligne le 15 juillet 2013, consulté le 30 mars 2014. URL://enquete.revues.org/1569 ; DOI : 10.4000/enquete.1569, p. 2.

¹² CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, op. cit., p. 25 ; voir aussi BRETON (J.-M.), *Droit de la fonction publique des États d'Afrique francophone*, op. cit., pp. 39-40.

¹³ CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, op. cit., p. 25

¹⁴ Voir par exemple la loi n°1/2005 du 4 février 2005 portant Statut général de la Fonction publique au Gabon qui l'utilise dans ce sens.

¹⁵ C'est le cas du Niger, voir la loi n° 2007-26 du 23 juillet 2007 portant Statut général de la Fonction publique de l'État au Niger, et du Burkina Faso, voir la loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la Fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina Faso ; voir aussi le Projet de loi portant Statut général de la Fonction publique au Bénin. Pour ce qui de la loi n° 2013-002 du 21 janvier 2013 portant Statut général de la Fonction publique togolaise, elle utilise les termes "agent de l'Etat" ou "agent" tout simplement.

¹⁶ TC 25 mars 1996, M. Berkani c/ Centre régional des œuvres universitaires et scolaires de Lyon, *R.F.D.A.*, n° 4, 1996, pp. 819-823, concl. Martin.

de droit privé. Ce critère, qui clarifie la situation juridique des agents contractuels¹⁷, conduit à exclure du champ de cette étude les agents contractuels de droit privé. Ainsi, un agent public contractuel est « *toute personne dont la situation administrative est régie par un contrat individuel, accepté et signé par lui, le liant à l'administration* »¹⁸ et exerçant pour le compte d'un service public administratif. Il fait partie de la grande famille des agents non titulaires¹⁹ de la fonction publique. Il est un agent non fonctionnaire²⁰ de l'administration.

En effet, c'est par un contrat, c'est-à-dire un acte qui suppose le consentement de deux ou plusieurs personnes, en l'occurrence l'autorité administrative et l'agent en question²¹, que l'agent public contractuel accède à la fonction publique. Au contraire, le fonctionnaire est intégré à la fonction publique en vertu de l'acte administratif unilatéral qu'est la nomination. Le statut qui détermine son accès à la fonction publique et l'exercice de son emploi est de source légale et réglementaire. Dès son entrée en fonction, le fonctionnaire est soumis à un ensemble de règles prédéterminées qui s'imposent à lui sans que son consentement soit requis²².

La fonction publique peut être conçue selon deux modèles²³ : l'un, le système de fonction publique ouverte, envisage la fonction publique comme instituant un métier révocable et précaire²⁴. Dans l'autre, le système de fonction publique fermée, la fonction

¹⁷ La jurisprudence « Berkani » a mis fin aux complexités énormes de la jurisprudence « Vingtain et Affortit » (C.E., sect. 4 juin 1954) dans laquelle le juge faisait la différence entre les contrats faisant participer le cocontractant à l'exécution d'un service public, mais de manière subsidiaire et les contrats ayant pour objet la participation directe à l'exécution du service public. Pour plus d'informations, lire entre autres : ALBERELLI-FRANCFORT (S.), « L'arrêt du tribunal des conflits Berkani : un revirement jurisprudentiel attendu », *Les Petites affiches*, 15 janvier 1997, pp. 19-23 ; GIRARDOT (T.-X.), « Les critères du contrat de droit public : analyse d'un revirement de jurisprudence », *Les Cahiers de la F.P.*, n° 146, mai 1996, pp. 21-24.

¹⁸ Voir art. 1^{er} de la loi n° 2013-002 du 21 janvier 2013 portant Statut général de la Fonction publique togolaise.

¹⁹ Le terme "non-titulaire" est plus utilisé en France ; il regroupe plusieurs catégories d'agents publics (contractuels, temporaires, auxiliaires, occasionnels, etc.). Ils sont ainsi nommés parce qu'à la différence des fonctionnaires, ils ne sont pas titularisés dans la fonction publique. Mais le Conseil d'État pense que cette appellation est « *une définition en creux qui leur ôte presque leur identité* », voir Conseil d'État, *Rapport public 2003, Perspectives pour la fonction publique*, Doc. fr., EDCE, n° 54, 2003, p. 339. C'est pourquoi POCHARD (M.), « Les agents contractuels ou la mauvaise conscience de la fonction publique », *Les Cahiers de la F. P.*, n° 213, juin 2002, p. 3, pense qu'il est « *...de bon ordre juridique de [les] qualifier de façon générale d'agents contractuels* ».

²⁰ Le fonctionnaire est « *toute personne placée à l'égard de l'administration dans une situation statutaire et réglementaire, nommée et titularisée dans un grade de la hiérarchie des emplois publics, ayant vocation, par application des règles d'avancement de fonctionnaire à occuper des emplois publics permanents* », voir art. 251 de la loi n° 2013-002 du 21 janvier 2013 portant Statut général de la Fonction publique togolaise.

²¹ C'est dire donc que la relation contractuelle suppose et répond « *à une logique foncièrement égalitariste* », voir CAYLA (O.), « L'inexprimable nature de l'agent public », *op. cit.*, p. 6.

²² Voir BRETON (J.-M.), *Droit de la fonction publique des États d'Afrique francophone*, *op. cit.*, p. 63 ; BERTHIER (L.), « L'obligation de résidence des agents publics », *R.D.P.*, n° 2, 2013, pp. 261-286.

²³ Voir, entre autres, DE FORGES (J.-M.), *Droit de la fonction publique*, 2^e éd., 1997, Paris, PUF, pp. 39 et s. ; AUBY (J.-M.), et al., *Droit de la fonction publique. État, Collectivités locales, Hôpitaux*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2012, pp. 11-13

²⁴ Cette conception de fonction publique fait appel au système d'emploi ; elle indique que la fonction publique est orientée uniquement vers l'emploi. Elle ne vise donc pas à assurer une carrière à l'agent public.

publique est conçue comme une carrière²⁵. Cette dernière approche, qui puise ses fondements dans le modèle français, s'est progressivement imposée dans les États d'Afrique noire francophone²⁶ qui regroupent les anciennes colonies françaises au sud du Sahara. Même si ce système de carrière, contrairement au système d'emploi, exclut *a priori* le recours aux agents publics contractuels, l'utilisation de ces agents publics dans les fonctions publiques, aussi bien en France²⁷ que dans les États d'Afrique noire francophone²⁸, n'est pas un fait nouveau. Toutefois, l'explosion de l'effectif des agents publics contractuels en France a eu lieu suite aux deux guerres mondiales²⁹. Il s'agissait alors de résorber le déficit en personnel pour faire face aux nouvelles missions de l'État en vue de satisfaire les besoins d'intérêt général.

Pour ce qui est des États d'Afrique noire francophone, le recours aux agents publics contractuels s'est développé au début des années 1990. En effet, les exigences des divers programmes d'ajustement structurel, auxquels ces États ont été soumis vers la fin des années 1980, ont conduit, non seulement à un gel de recrutement d'agents publics, mais aussi à la mise en place de programmes de départs volontaires de la fonction publique³⁰. L'objectif était « *le dégraissage de la machine "pléthorique" de l'appareil d'État* »³¹, dont la gestion était devenue trop lourde pour les finances de l'État. Dès lors, pour satisfaire ses besoins en main-d'œuvre, la puissance publique a été obligée de faire recours au contrat pour recruter des agents de divers ordres et de diverses appellations³². Mieux, dans certains pays comme le Bénin, même les communautés se sont senties obligées de recourir aux agents publics

²⁵ Cette conception fait appel à la notion de fonctionnaire. En effet, la fonction publique était originellement occupée par des fonctionnaires, agents de l'État nommés dans un emploi permanent, et titularisés dans un grade de la hiérarchie des corps de l'administration, voir, entre autres à ce propos, GUETTIER (C.), *Droit administratif*, 2^e éd., Paris, Montchrestien, 2000, p. 125 ; GAUDEMET (Y.), *Droit administratif*, 19^e éd., Paris, L.G.D.J., 2010, p. 406.

²⁶ BRETON (J.-M.), *Droit de la fonction publique des États d'Afrique francophone*, op. cit., p. 36 ; TIMSIT (G.), « Essai d'établissement d'un modèle de statut de la fonction publique des pays francophones en voie de développement », *R.I.S.A.*, n° 3, 1968, p. 203, fait remarquer, à cet effet, que c'est bien avant leur accession à l'indépendance, dans les années 1950, que ces États ont adopté le modèle français du statut de la fonction publique.

²⁷ Voir SAINT-JOURS (Y.), « Existe-t-il un contrat de travail de droit public ? », *Dr. soc.*, n° 2, février 1980, p. 187 ; sur le sens originel du régime contractuel, voir Conseil d'État, *Rapport public 2003, Perspectives pour la fonction publique*, Doc. fr., EDCE, n° 54, 2003, p. 339, note de bas de page n° 290.

²⁸ Voir CISSOKO (D.), *La fonction publique en Afrique noire. Le cas du Mali*, Thèse pour le doctorat d'État en droit, Université de Rouen, Octobre 1985, pp. 16 et s.

²⁹ Voir BODIGUEL (J.-L.), « Les agents non-titulaires en France », *R.I.S.A.*, « La fonction publique hors statut », n° 1, mars 1999, pp. 61 et s.

³⁰ Par rapport aux conséquences des programmes d'ajustement structurel sur la fonction publique en Afrique, lire avec intérêt, FOUPTHIM MOMO (C.), *Fonction publique et ajustement structurel en Afrique noire francophone : l'exemple du Cameroun*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Montesquieu-Bordeaux IV, Juillet 1999, 469 p. L'auteur affirme, entre autres, que le programme d'ajustement structurel était devenu une source internationale du droit de la fonction publique en Afrique, voir pp. 65 et s. ; lire aussi KONATE (L.) et DA MATHA SANT'ANNA (R.), « Ajustement structurel et rémunération des fonctionnaires au Burkina Faso. Les caractéristiques du début de la décennie 80 », *Cahiers de l'Université de Perpignan. Le droit de la fonction publique dans les pays d'Afrique de l'Ouest*, n° 6 et 7, 1989, pp. 231-268.

³¹ COPANS (J.), « Afrique noire : un État sans fonctionnaires ? », *Autrepart*, n° 20, 2001, p. 11.

³² Voir par exemple, pour le Bénin, l'article 99 du Décret n° 2008-377 du 24 juin 2008 portant régime juridique d'emploi des agents contractuels de l'État.

contractuels dans les services publics locaux³³. Cette situation, qui devait rester exceptionnelle³⁴, se développe. Or, le nombre croissant des agents publics contractuels indique qu'ils forment « *un maillon essentiel de la Fonction publique* »³⁵. C'est la raison pour laquelle leur situation a commencé à faire l'objet de réglementation³⁶. Autrement dit, le recours aux agents publics contractuels est de plus en plus juridiquement encadré³⁷.

Si en France, le défaut d'un statut a amené M. Pochard à faire observer que les agents publics contractuels constituent une « *mauvaise conscience pour la fonction publique* »³⁸, il en va autrement dans les États d'Afrique noire francophone. En effet, il est constaté de plus en plus une insertion des règles régissant les agents publics contractuels dans les récents statuts généraux de la fonction publique. Mieux, ces agents publics partagent certaines règles avec les fonctionnaires. Il s'observe donc un rapprochement des conditions des agents publics contractuels de celles des fonctionnaires. La même tendance est manifeste dans les textes existants ou en cours d'adoption³⁹ dans certains États dont le Burkina Faso, le Gabon, le Niger, le Togo, le Bénin. Ces États ont, non seulement adopté des règles spécifiques qui régissent les agents publics contractuels, mais aussi et surtout, ces règles sont intégrées pour la plupart dans des statuts généraux de la fonction publique. En cela, ils ont été retenus comme cadre géographique de la présente étude.

Par ailleurs, les agents publics contractuels sont employés par les structures de l'État central et par les collectivités locales⁴⁰. Mais il est question ici de ceux qui sont employés par l'État, c'est-à-dire les administrations centrales et déconcentrées de l'État, de même que les autorités administratives indépendantes. Cette restriction se justifie sur plusieurs points. D'abord, la situation juridique des agents publics contractuels de l'État est plus proche de

³³ Ces agents sont dits "enseignants communautaires" et "contractuels locaux", voir Décret n° 2008-377 du 24 juin 2008 portant régime juridique d'emploi des agents contractuels de l'État.

³⁴ PERRIN (B.), « Le recrutement des agents non titulaires des collectivités locales », *R.A.*, janv.-fév. 1991, p. 11, indique dans ce sens : « *Dans le cadre de la fonction publique, les agents titulaires constituent la règle, les agents non titulaires l'exception* ».

³⁵ BERNARD-STEINDECKER (C.), « Le demi-échec de la réforme des agents non titulaires de la Fonction publique en France (1982-1986) », *op. cit.*, p. 232.

³⁶ Pour GOW (J. I.) et SIMARD (F.), « Introduction », *R.I.S.A.*, « La fonction publique hors statut », n° 1, mars 1999, p. 9, une telle réglementation est la bienvenue, car la flexibilité de gestion qu'induit le recrutement de ces agents peut être une occasion pour augmenter le clientélisme ou recruter des employés selon leur affiliation politique ; ce qui constitue une perversion des principes traditionnels de la fonction publique selon DERLIEN (H.- U.), « Emploi non orthodoxe au sein du service public allemand », *R.I.S.A.*, « La fonction publique hors statut », n° 1, mars 1999, p. 23.

³⁷ Voir ; loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la Fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina Faso, la loi n° 2007-26 du 23 juillet 2007 portant Statut général de la Fonction publique de l'État au Niger, Décret n° 2008-377 du 24 juin 2008 portant régime juridique d'emploi des agents contractuels de l'État au Bénin.

³⁸ POCHARD (M.), « Les agents contractuels ou la mauvaise conscience de la fonction publique », *op. cit.*, p. 3.

³⁹ Voir Projet de loi portant Statut général de la Fonction publique au Bénin.

⁴⁰ Voir par exemple, à cet effet, le Projet de loi portant Statut général de la Fonction publique au Bénin.

celle des fonctionnaires. Ensuite, dans certains statuts généraux de la fonction publique, comme en France et dans les États africains, la tendance est à la distinction entre la fonction publique de l'État et la fonction publique territoriale⁴¹. Enfin, seules les règles régissant les agents publics contractuels de l'État sont intégrées à la plupart des statuts généraux de la fonction publique des États sous étude⁴².

Dans un tel contexte, une étude sur le statut des agents publics contractuels de l'État présente un triple intérêt. En premier lieu, sur le plan théorique, elle permet de se rendre compte que les agents publics contractuels de l'État intègrent désormais le statut général de la fonction publique et disposent, par conséquent, à l'instar des fonctionnaires, d'un ensemble cohérent de corps de règles qui gouvernent leur recrutement et leur parcours professionnel, autrement dit d'un statut formel. En deuxième lieu, sur le plan pédagogique, elle permet de comprendre qu'il n'existe plus réellement de différences fondamentales entre les deux catégories d'agents publics. En troisième lieu, sur le plan pratique, la présente étude offre l'occasion de s'avoir dans quelles circonstances et conditions, il faut prévoir et recruter des agents publics contractuels de l'État.

Dans les récents statuts généraux de la fonction publique des États sous étude, il apparaît un rapprochement entre les situations conditions juridiques respectives des fonctionnaires et des agents publics contractuels de l'Etat. Pourtant, les statuts généraux de la fonction publique des États sous étude indiquent que le recours aux agents publics contractuels doit se faire dans des circonstances exceptionnelles⁴³. Autrement dit, les agents publics contractuels constituent une spécificité de la fonction publique. Dès lors, la présente étude doit permettre d'apporter de réponses à certaines questions. D'abord, quelles sont les règles qui déterminent le recours aux agents publics contractuels et leur recrutement ? De ce point de vue, l'objectif est de voir si les règles qui gouvernent l'accès à l'emploi des agents publics contractuels présentent des spécificités. Ensuite, quelles sont les sources des dispositions qui leur sont applicables durant la durée de leur emploi ? Il s'agit de vérifier si les règles appliquées aux agents publics contractuels durant l'exercice de leur emploi ne relèvent pas plus des dispositions légales et réglementaires que des stipulations du contrat. Enfin, le

⁴¹ En France, il existe trois types de fonction publique : la fonction publique de l'Etat, la fonction publique territoriale et la fonction publique hospitalière ; voir aussi dans ce sens le Projet de loi portant statut général de la fonction publique au Bénin qui consacre dans sa troisième partie les dispositions particulières applicables aux personnels de la fonction publique territoriale ; voir aussi l'article 18 de la loi n°1/2005 du 4 février 2005 portant Statut général de la Fonction publique au Gabon qui liste les différentes composantes de la fonction publique au Gabon.

⁴² C'est le cas du Niger, du Burkina Faso, du Gabon et du Togo.

⁴³ Voir l'article 12 de la loi n°1/2005 du 4 février 2005 portant Statut général de la Fonction publique au Gabon ; art. 4, al. 3 de la loi n° 2007-26 du 23 juillet 2007 portant Statut général de la Fonction publique de l'État au Niger.

statut des agents publics contractuels de l'État fait-il d'eux des agents publics *sui generis* ? Il est question ici d'analyser dans quelle mesure les agents publics contractuels de l'État sont finalement différents des fonctionnaires, autrement dit s'ils sont des agents publics ayant juste « *franchi le seuil de la fonction publique par une "porte" contractuelle* »⁴⁴. En somme, il s'agit de montrer que le statut des agents publics contractuels de l'État ne constitue pas en réalité une spécificité de la fonction publique.

Une étude comparée des statuts des différents personnels de la fonction publique, particulièrement des dispositions qui fondent la situation juridique des agents publics contractuels permet de répondre à ces questions. Le statut des fonctionnaires sert de référence, car il peut être considéré comme le régime de droit commun de la fonction publique. Mieux, le contenu du statut des agents publics contractuels est largement inspiré par celui du droit commun de la fonction publique⁴⁵, et constitue, à bien des égards, un modèle attractif pour celui des agents publics contractuels⁴⁶.

Bien qu'elles soient de plus en plus intégrées au même statut général de la fonction publique, les règles régissant les fonctionnaires et celles des agents publics contractuels présentent une certaine différence. Mais, il s'agit d'une différenciation apparente (I), car dans le même temps, elles traduisent une assimilation relative (II).

I- L'apparente différenciation

L'un des principes généraux de la fonction publique veut que les missions de service public soient assurées par des agents permanents. En cela, le recours aux agents publics contractuels de l'État constitue une exception de la fonction publique. Dès lors, pour marquer les différences qui existent entre ces deux catégories d'agents publics, et montrer par là même le caractère singulier du recrutement des agents publics contractuels de l'État, les statuts généraux de la fonction publique énoncent les règles spécifiques qui doivent gouverner leur accès aux emplois publics. Aux conditions particulières devant régir le recrutement des agents publics contractuels de l'État (A), s'ajoutent des exigences spéciales à leur intégration dans la fonction publique (B).

⁴⁴ Pour reprendre l'heureuse formule de De SOTO (J.), « Les fonctionnaires contractuels », *L'évolution du droit public. Etudes offertes à Achille MESTRE*, Paris, Sirey, 1956, p. 495.

⁴⁵ MONIOLLE (C.), « L'effet attractif du fonctionnariat sur la situation des agents non titulaires », *A.J.D.A.*, 2011, p. 2395.

⁴⁶ *Ibidem*.

A- Des conditions particulières de recrutement

La place exceptionnelle qu'occupent les agents publics contractuels de l'État dans la fonction publique justifie la particularité des conditions juridiques qui fondent leur recrutement. Les statuts généraux de la fonction publique des États sous étude et les règles précises qui régissent les agents publics contractuels de l'État énumèrent limitativement les cas dans lesquels l'administration peut recourir à leurs services (1). Par ailleurs, les modalités de recrutement des agents publics contractuels de l'État dérogent au droit commun de la fonction publique et traduisent, de ce fait, une certaine souplesse (2).

1- Le caractère limitatif des cas

Comme le fait observer le professeur Breton, « *le recrutement aux emplois publics ne constitue pas une opération arbitraire, mais répond à la nécessité de pourvoir l'administration en personnels tant quantitativement que qualitativement* »⁴⁷. Cette remarque est encore plus vraie en ce qui concerne le recrutement des agents publics contractuels de l'État.

Plusieurs circonstances limitativement définies autorisent l'État à faire recours aux agents publics contractuels. Au Bénin, c'est le cas, lorsqu'il est à la recherche d'agents publics pouvant occuper « *des emplois publics temporaires* »⁴⁸ ou « *des emplois comportant un service à temps partiel* »⁴⁹. Le législateur burkinabè se veut plus précis à cet égard, quand il indique que les agents publics contractuels de l'État sont ceux ayant vocation à occuper « *...les emplois non permanents destinés à la réalisation d'activités extraordinaires ou conjoncturelles des administrations centrales ou déconcentrées de l'État* »⁵⁰. En outre, au Bénin, l'État peut également recourir aux agents publics contractuels « *lorsqu'il y a nécessité de pourvoir à des emplois publics permanents vacants de la fonction publique alors même que les plans et programmes ne permettent pas le recrutement dans l'immédiat, d'agents permanents de l'État* »⁵¹. Autrement dit, le recours aux agents publics contractuels de l'État peut être motivé par des problèmes d'ordre économique.

⁴⁷ BRETON (J.-M.), *Droit de la fonction publique des États d'Afrique francophone*, op. cit., p. 78.

⁴⁸ Art. 3, al. 5 du Décret n° 2008-377 du 24 juin 2008 portant régime juridique d'emploi des agents contractuels de l'Etat au Bénin ; voir aussi art. 148, al. 2 de la loi n° 2007-26 du 23 juillet 2007 portant Statut général de la Fonction publique de l'État au Niger.

⁴⁹ Art. 3, al. 6 du Décret n° 2008-377 du 24 juin 2008 portant régime juridique d'emploi des agents contractuels de l'Etat au Bénin.

⁵⁰ Art. 172, al. 2 de loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la Fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina Faso.

⁵¹ Art. 3, al. 2 du Décret n° 2008-377 du 24 juin 2008 portant régime juridique d'emploi des agents contractuels de l'Etat au Bénin.

De plus, l'administration peut solliciter les services des agents publics contractuels de l'État « *lorsqu'il n'existe pas de corps d'agents permanents de l'État (...) susceptibles d'assurer les fonctions correspondant au profil des emplois publics à pourvoir* »⁵². C'est aussi le cas au Niger, où le recours à un agent public contractuel de l'État pour occuper un emploi au sein de l'administration est justifié par le fait qu'il « *n'existe pas de fonctionnaire susceptible d'avoir les qualifications nécessaires pour l'occuper* »⁵³. Dans ce cas, il doit être fait « *un appel dûment justifié à des éléments présentant, seuls, une haute valeur scientifique ou une compétence reconnue* »⁵⁴. Le recours aux agents publics contractuels de l'État est donc perçu comme le recours à une certaine qualité de main-d'œuvre qui n'est pas disponible au sein de son personnel permanent, autrement dit, à une expertise. Il en résulte dès lors que « *la technique contractuelle permet à l'administration de bénéficier des compétences du secteur privé* »⁵⁵. Elle lui permet « *d'attirer dans le secteur public des agents de haute qualification technique* »⁵⁶. Cette condition correspond à la conception originelle du terme contractuel qui était réservé « *à des personnes dont l'administration s'attachait la collaboration en raison de leur expérience et de leur qualification...* »⁵⁷. Par ailleurs, le législateur togolais indique que les agents publics contractuels de l'État recrutés « *...sont déployés dans les secteurs prioritaires de développement, notamment social, sanitaire, éducatif et de production et concurrentiel* »⁵⁸. À travers ces cas restrictifs, il apparaît que le recours aux agents publics contractuels de l'État n'est pas arbitraire ; il obéit à des circonstances qui le justifient⁵⁹.

Toutefois, le nombre de plus en plus élevé des agents publics contractuels de l'État amène légitimement à s'interroger sur ce qu'il reste d'exceptionnel à leur recrutement. En effet, statistiquement, les agents publics contractuels de l'État forment une proportion

⁵² Art. 3, al. 1 du Décret n° 2008-377 du 24 juin 2008 portant régime juridique d'emploi des agents contractuels de l'État au Bénin.

⁵³ Art. 4, al. 4 de la loi n° 2007-26 du 23 juillet 2007 portant Statut général de la Fonction publique de l'État au Niger.

⁵⁴ Art. 148, al. 2 de la loi n° 2007-26 du 23 juillet 2007 portant Statut général de la Fonction publique de l'État au Niger.

⁵⁵ MONIOLLE (C.), *Les agents non titulaires de la fonction publique de l'État : entre précarité et pérennité*, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 121 ; voir aussi MONIOLLE (C.), « Le "non-titulariat" dans la fonction publique de l'État : un phénomène inéluctable », *op. cit.*, p. 47.

⁵⁶ TIMSIT (G.), « Essai d'établissement d'un modèle de statut de la fonction publique des pays francophones en voie de développement », *op. cit.*, p. 207.

⁵⁷ Conseil d'État, *Rapport public 2003, Perspectives pour la fonction publique*, Doc. fr., EDCE, n° 54, 2003, p. 339, note de bas de page n° 290.

⁵⁸ Art. 257 de la loi n° 2013-002 du 21 janvier 2013 portant Statut général de la Fonction publique togolaise.

⁵⁹ Voir art. 11 de la loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la Fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina Faso.

importante des agents de la fonction publique⁶⁰. Depuis la fin des années 80, leur nombre « *est allé crescendo dans de nombreux pays africains ...* »⁶¹. On note en effet un recours laxiste aux agents publics contractuels de l'État. Ce recours, de plus en plus massif, permet plutôt à l'État de combler son déficit en personnel quand il est confronté à des problèmes économiques⁶². En d'autres termes, il « *constitue un moyen d'échapper au cadre rigide des règles de la fonction publique par un recrutement rapide, des licenciements faciles, une rémunération libérée des contraintes de l'échelle indiciaire* »⁶³. C'est donc la preuve que le recrutement des agents publics contractuels de l'État est plutôt mû par la flexibilité et la « *souplesse de gestion* »⁶⁴ qu'il induit.

De ce point de vue, il n'a rien de spécifique, mais plutôt il sert à contourner les règles du droit commun de la fonction publique, et permettre ainsi à l'administration de pouvoir assurer la continuité du service public. Autrement dit, les agents publics contractuels de l'État permettent plutôt à l'administration d'adapter ses ressources humaines à ses besoins, en vue de satisfaire l'intérêt général. Le professeur Jean-François Lachaume indique à cet effet que les agents publics contractuels « *sont les fils ... incontournables des principes d'adaptabilité*

⁶⁰ DE (Y.), « Les réformes de la fonction publique en Afrique », in *Etudes et documents, La réforme administrative en Afrique. État des lieux, bilan, et perspectives*, CAFRAD, n° 15, 2010, p. 38. Au Bénin, en 2011, sur un effectif total de 65697 agents publics civils, les agents contractuels de l'État étaient 34450, voir *Etude sur le système de rémunération dans la fonction publique au Bénin*, Rapport de synthèse, présenté le 28 septembre 2012 par Consortium Alafia Group et Afrique Conseil, disponible sur <http://larepubliquedubenin.nlabassade.org/binaries/content/assets/postenweb/b/benin/ambassade-des-pays-bas-a-cotonou/secteur-prive/rapport-synthese-etude-sur-le-systeme-de-remuneration-dans-la-fonction-publique-au-benin.pdf>, p. 20, consulté le 07 mai 2014. En juillet et octobre 2014, le Bénin a procédé au recrutement de plus de 10000 agents publics contractuels de l'État de diverses catégories dans différents secteurs de la fonction publique. En 2006, au Niger, les enseignants contractuels représentaient plus de 68 pour cent des effectifs du personnel enseignant ; dans le domaine de la santé, ils constituaient 20 pour cent des effectifs, voir à cet effet, OUMAROU (M.), *Le dialogue social dans l'administration publique des pays Membres de l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA)*, Genève, Bureau international du Travail, 2007, p. 7, disponible à l'adresse http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/-lab_admin/documents/publication/wcms_113982.pdf, consulté le 07 mai 2014 ; HENRY (J.-P.) et GALLAY (C.), « Le statut de la Fonction publique au Burkina Faso », *Cahiers de l'Université de Perpignan. Le droit de la fonction publique dans les pays d'Afrique de l'Ouest*, n° 6 et 7, 1989, p. 178, font remarquer que le développement de l'administration du Burkina Faso s'est réalisé en grande partie par la multiplication du nombre des personnels hors statut. Ainsi, en 1986, « *près de six mille agents publics sur un total d'environ trente mille se trouvaient en situation contractuelle* ».

⁶¹ DE (Y.), « Les réformes de la fonction publique en Afrique », in *Etudes et documents, La réforme administrative en Afrique. État des lieux, bilan, et perspectives*, op. cit., p. 38.

⁶² Art. 3, al. 2 du Décret n° 2008-377 du 24 juin 2008 portant régime juridique d'emploi des agents contractuels de l'État au Bénin. Au Burkina Faso, par exemple, le système contractuel présente « *l'avantage d'effectuer une épargne annuelle de 750 millions de francs CFA sur les dépenses du personnel par rapport au système* » du fonctionnariat, voir, à cet effet, Ministère de la Fonction Publique et de la Modernisation de l'Administration, *Éléments d'une stratégie visant à introduire une fonction publique à régime de gestion dualiste (carrière et emplois)*, Ouagadougou, 1995, p. 14, cité par BADO (L.), « *Réflexions sur une Fonction Publique de Structure Semi-Ouverte ou Semi-Fermée pour le Burkina Faso* », op. cit., p. 6.

⁶³ DEBBASCH (C.), COLIN (F.), *Administration publique*, 6^e éd., Paris, Economica, 2005, p. 648 ; voir aussi BERNARD-STEINDECKER (C.), « *Le demi-échec de la réforme des agents non titulaires de la Fonction publique en France (1982-1986)* », op. cit., p. 232.

⁶⁴ BERNARD-STEINDECKER (C.), « *Le demi-échec de la réforme des agents non titulaires de la Fonction publique en France (1982-1986)* », op. cit., p. 232 ; DAÏOGLU (H.), *La gestion de l'emploi précaire dans la fonction publique : Vers une logique d'emploi privé*, Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2009, p. 64.

et de continuité du service public »⁶⁵. Il apparaît ainsi que le recours aux agents publics contractuels de l'État ne répond plus rigoureusement aux critères définis. Il devient dès lors banal, tout en intervenant suivant des modalités qui traduisent une certaine souplesse.

2- La souplesse des modalités

Les modalités d'accès des agents publics contractuels de l'État aux emplois publics traduisent des dérogations par rapport au droit commun de la fonction publique. Celles-ci concernent notamment les modes et les conditions d'accès. Pour ce qui est des modes, les statuts généraux de la fonction publique des États sous étude indiquent clairement que le mode commun d'accès à la fonction publique est le concours⁶⁶, et qu'il ne peut déroger à cette règle que de manière exceptionnelle⁶⁷. Toutefois, le concours peut s'avérer « *une procédure trop longue ou difficile à mettre en œuvre, ou redondante* »⁶⁸, parce que « *par nature, fortement encadrée* »⁶⁹. Dès lors, des dérogations sont possibles et la loi autorise à recourir à d'autres modes pour recruter des agents publics contractuels de l'État. Ces modes sont divers et variés. Ils témoignent du caractère particulier du régime juridique de ces agents publics. Aussi peut-on noter deux formules différentes quant à l'accès des agents publics contractuels de l'État aux emplois publics. La première formule est celle qui consiste à maintenir le concours, mais à le coupler avec d'autres modes de recrutement. C'est le cas au Burkina Faso où, à côté des concours directs⁷⁰, l'accès aux emplois de contractuel public de l'État se fait également, soit par sélections sur dossiers, soit par la combinaison des deux modes dans le cas où certains emplois l'exigent⁷¹. Au Bénin, les agents publics contractuels de l'État peuvent

⁶⁵ Voir AUBY (J.-B.), BRAIBANT (G.) et LACHAUME (J.-F.), « Les agents publics contractuels après l'arrêt « Berkani ». Entretien sur les conséquences de la récente extension jurisprudentielle », *D.A.*, 1997, Chron. 18, p. 8.

⁶⁶ Le concours est « *le mode de recrutement par lequel des candidats sélectionnés sont soumis à des épreuves à l'issue desquelles ceux reconnus aptes sont classés par ordre de mérite par un jury et déclarés admis, dans la limite des emplois à pourvoir* », voir art. 12, al. 1 de la loi n° 2007-26 du 23 juillet 2007 portant Statut général de la Fonction publique de l'État au Niger.

⁶⁷ Art. 12 de la loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la Fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina Faso ; art. 12, al. 1 de la loi n° 2007-26 du 23 juillet 2007 portant Statut général de la Fonction publique de l'État au Niger ; art. 41 de la loi n° 2013-002 du 21 janvier 2013 portant statut général de la fonction publique togolaise et l'art. 108 de la loi n°1/2005 du 4 février 2005 portant Statut général de la Fonction publique au Gabon.

⁶⁸ COLIN (F.), *Droit de la fonction publique*, 3^e éd., Paris, Lextenso éditions, 2014, p. 103 ; voir aussi LAVIGNE (S.), « La porte entrouverte au recrutement des contractuels par les collectivités locales », *A.J.F.P.*, n° 2, 1998, p. 51.

⁶⁹ GLASER (E.), « La situation des agents publics contractuels », concl. CE, Sect., 31 déc. 2008, M. Cavallo, req. n° 283256, *R.F.D.A.*, janv.-fév. 2009, p. 96.

⁷⁰ Ces concours directs sont uniquement ouverts « *aux candidats titulaires de certains titres, diplômes ou de leurs équivalents et/ou de qualifications professionnelles exigées* », voir art. 179, al. 2 de la loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la Fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina Faso.

⁷¹ Voir art. 179, al. 1 de la loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la Fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina Faso.

également être recrutés sur concours, sur titre et sur test de sélection ou après sélection de dossier parmi les titulaires de la qualification professionnelle exigée⁷². C'est le même constat au Niger, où les spécificités de certains emplois contractuels de l'État peuvent conduire à recourir à un recrutement sur titre ou sur simple appel⁷³. Le recrutement sur titre y est fait pour les fonctions qui auraient un caractère temporaire ou pour lesquelles les candidats seraient en nombre insuffisant, tandis que l'obligation de recruter « *des éléments présentant, seuls, une haute valeur scientifique ou une compétence reconnue* »⁷⁴ justifie le recours à l'appel. De même, le recrutement peut se faire sur titre pour les emplois réservés aux personnes handicapées⁷⁵.

La deuxième formule consiste à exclure le concours et à mettre en œuvre un mode de recrutement singulier. C'est le cas au Togo, où le mode de recrutement des agents publics contractuels est « *exclusivement* » l'appel à concurrence⁷⁶. L'appel à concurrence et le dépouillement des offres sont organisés par une structure du ministère en charge de la gestion des agents publics contractuels⁷⁷. Le Gabon a aussi adopté la même formule : le recrutement des agents publics contractuels de l'État y « *est prononcé par l'organe de décision compétent, après avis d'une commission ou d'un jury de recrutement formé à parité de représentants de l'administration et de représentants des agents publics syndiqués et non syndiqués* »⁷⁸. Le jury ou la commission de recrutement en question « *établit une liste classant par ordre de mérite les candidats déclarés aptes à occuper l'emploi concerné* »⁷⁹. Même si les dispositions ne sont pas explicites, on peut comprendre, d'une part, que le mode d'accès des agents publics contractuels de l'État à la fonction publique est rarement le concours⁸⁰ et, d'autre part, qu'il peut être un test de sélection, un appel, une étude de dossier, etc. Plus singulier est le fait que le président de la République puisse nommer des agents publics contractuels à certains « *emplois supérieurs, civils et militaires de l'État, en particulier, les ambassadeurs et les envoyés extraordinaires ainsi que les officiers supérieurs et généraux* » conformément à l'article 20 de la Constitution⁸¹. Il apparaît, à travers ces modes singuliers de recrutement, que

⁷² Art. 17 du Décret n° 2008-377 du 24 juin 2008 portant régime juridique d'emploi des agents contractuels de l'État au Bénin.

⁷³ Art. 148, al. 2 de la loi n° 2007-26 du 23 juillet 2007 portant Statut général de la Fonction publique de l'État au Niger.

⁷⁴ Art. 148, al. 2 de la loi n° 2007-26 du 23 juillet 2007 portant Statut général de la Fonction publique de l'État au Niger.

⁷⁵ Art. 148, al. 2 de la loi n° 2007-26 du 23 juillet 2007 portant Statut général de la Fonction publique de l'État au Niger.

⁷⁶ Art. 255 de la loi n° 2013-002 du 21 janvier 2013 portant Statut général de la Fonction publique togolaise.

⁷⁷ Voir art. 254 de la loi n° 2013-002 du 21 janvier 2013 portant Statut général de la Fonction publique togolaise.

⁷⁸ Voir art. 157 de la loi la loi n°1/2005 du 4 février 2005 portant Statut général de la Fonction publique.

⁷⁹ Art. 158 de la loi la loi n°1/2005 du 4 février 2005 portant Statut général de la Fonction publique.

⁸⁰ Ceci d'autant que le même statut précise en son article 108 : « *Le recrutement des agents publics permanents se fait sur concours ou exceptionnellement sur titre, conformément aux dispositions prévues par les différents statuts particuliers* ».

⁸¹ Art. 168 de la loi la loi n°1/2005 du 4 février 2005 portant Statut général de la Fonction publique au Gabon.

le régime des agents publics contractuels fait naître des procédures de « *recrutement personnalisé* »⁸².

Il existe généralement deux conditions d'accès aux emplois publics : la nationalité et l'âge. Elles connaissent aussi des dérogations pour le recrutement des agents publics contractuels de l'État⁸³. Deux catégories d'États peuvent être distinguées de ce point de vue. La première est celle des États qui adoptent des conditions dérogatoires larges. On peut y ranger le Burkina Faso, où l'administration publique peut recruter des candidats de nationalité burkinabè âgés de plus de trente-sept ans⁸⁴, les trente-sept ans étant l'âge limite pour accéder aux emplois publics permanents⁸⁵. Par ailleurs, les candidats de nationalité étrangère peuvent être recrutés⁸⁶. C'est la même option au Bénin, où l'agent public contractuel de l'État peut avoir au-delà de 40 ans, l'âge limite admis pour les emplois permanents. Il doit juste avoir 18 ans⁸⁷. Ici encore, il peut être un expatrié détenteur d'un permis de travail⁸⁸.

La seconde catégorie regroupe les États qui posent des conditions plus restrictives. On y retrouve le Niger, où la dérogation porte exclusivement sur l'âge : l'agent public contractuel de l'État doit être âgé au minimum de 18 ans et au maximum de 60 ans⁸⁹. En revanche, au Gabon, la dérogation porte sur la nationalité, à condition que l'emploi à pourvoir n'implique pas des prérogatives de puissance publique⁹⁰.

Il en résulte que le concours et la nationalité qui constituent les principales conditions pour l'accès à la fonction publique perdent de leur force pour le recrutement des agents publics contractuels de l'État⁹¹. La spécificité du recrutement de ces agents publics contractuels qui justifie cette souplesse est confirmée par les exigences spéciales posées à leur engagement dans la fonction publique.

⁸² Selon l'expression de WOLIKOW (J.), « Fonctionnaires et salariés : différences, convergences », *A.J.F.P.*, juil.-août 2010, p. 172.

⁸³ Cependant, le Togo ne fait pas de dérogation sur les conditions d'accès des agents publics contractuels à la fonction publique, voir art. 251 et s. de la loi n° 2013-002 du 21 janvier 2013 portant Statut général de la Fonction publique togolaise.

⁸⁴ Art. 11, al. a de la loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la Fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina Faso.

⁸⁵ Art. 10, al. e de la loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la Fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina Faso.

⁸⁶ Art. 11, al. b de la loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la Fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina Faso.

⁸⁷ Art. 19, al. 1 du Décret n° 2008-377 du 24 juin 2008 portant régime juridique d'emploi des agents contractuels de l'État au Bénin.

⁸⁸ Art. 19, al. 2 du Décret n° 2008-377 du 24 juin 2008 portant régime juridique d'emploi des agents contractuels de l'État au Bénin.

⁸⁹ Art. 148, al. 3 de la loi n° 2007-26 du 23 juillet 2007 portant Statut général de la Fonction publique de l'État au Niger.

⁹⁰ Art. 155 de la loi la loi n°1/2005 du 4 février 2005 portant Statut général de la Fonction publique au Gabon.

⁹¹ FITTE-DUVAL (A.), « Mutation et paradoxes de l'égalité dans la fonction publique », *A.J.F.P.*, janv.-fév. 2006, p. 11, pense que ces procédures dérogatoires constituent une menace de dilution des fondements de la fonction publique.

B- Des exigences spéciales d'engagement

Avant son engagement et son intégration dans la fonction publique, l'agent au service de la puissance publique est assujéti à des formalités qui, soit marquent solennellement son entrée dans la fonction publique, soit l'amènent à faire la preuve de sa capacité à tenir le poste pour lequel il est recruté. La spécificité du statut des agents publics contractuels de l'État a conduit les différents législateurs des États sous étude à poser deux types d'exigences pour leur intégration dans la fonction publique : il s'agit de la signature d'un contrat (1) et de l'observation d'une période d'essai (2).

1- La signature d'un contrat

Le contrat d'engagement signé par les agents publics contractuels à leur entrée en fonction appartient à la catégorie des contrats administratifs⁹². Il est soumis au régime de droit public⁹³, et relève, par conséquent, de la compétence du juge administratif. Le contrat est de forme écrite⁹⁴ ; il doit être dûment signé par les deux parties. Ce qui exclut le contrat verbal. Il doit contenir certains éléments qui, certes divergent selon les États, mais permettent d'identifier, entre autres, l'emploi concerné, les attributions du poste, le titulaire ainsi que ses droits et obligations, etc⁹⁵. En outre, le contrat est individuel⁹⁶ voire personnalisé⁹⁷.

Il apparaît que le contrat constitue la base juridique de l'engagement de l'agent public contractuel de l'État. Contrairement aux fonctionnaires qui sont régis par un statut, la situation des agents publics contractuels de l'État est déterminée par les stipulations du contrat. L'agent

⁹² Art. 150, al. 2 de la loi n° 2007-26 du 23 juillet 2007 portant Statut général de la Fonction publique de l'État au Niger.

Le contrat administratif obéit à deux critères cumulatifs : le premier critère est la présence d'une personne publique, partie au contrat. Le deuxième critère est alternatif : soit le contrat comporte des clauses exorbitantes du droit commun, soit il a pour objet l'exécution même du service public.

⁹³ Art. 24 du Décret n° 2008-377 du 24 juin 2008 portant régime juridique d'emploi des agents contractuels de l'État au Bénin ; le même régime qui est repris dans le Projet de loi portant Statut général de la Fonction publique, voir art. 265 dudit Projet. Le même régime s'applique également au Burkina Faso et au Gabon, même si cela ne transparaît pas clairement, voir l'art. 7 de la loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la Fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina Faso et l'art. 12 de la loi n°1/2005 du 4 février 2005 portant Statut général de la Fonction publique au Gabon.

⁹⁴ Voir par exemple, les art. 181 et 182 de la loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la Fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina Faso ; art. 150 de la loi n° 2007-26 du 23 juillet 2007 portant Statut général de la Fonction publique de l'État au Niger.

⁹⁵ Art. 180 de la loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la Fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina Faso ; art. 151 de la loi n° 2007-26 du 23 juillet 2007 portant Statut général de la Fonction publique de l'État au Niger ; art. 24 à 27 du Décret n° 2008-377 du 24 juin 2008 portant régime juridique d'emploi des agents contractuels de l'État au Bénin ; art. 160 de la loi la loi n°1/2005 du 4 février 2005 portant Statut général de la Fonction publique au Gabon ; art. 256 de la loi n° 2013-002 du 21 janvier 2013 portant Statut général de la Fonction publique togolaise.

⁹⁶ Art. 150 de la loi n° 2007-26 du 23 juillet 2007 portant Statut général de la Fonction publique de l'État au Niger.

⁹⁷ Art. 256 de la loi n° 2013-002 du 21 janvier 2013 portant Statut général de la Fonction publique togolaise.

public contractuel de l'État se trouve dès lors, pour ainsi dire, dans un « *vêtement sur mesure tandis que l'agent nommé serait dans un vêtement de prêt-à-porter* »⁹⁸.

Cependant, la question légitime qu'on est en droit de se poser est de savoir la portée du contrat pour les agents publics, objets de la présente étude. Le contrat joue un rôle important à plusieurs étapes du parcours professionnel de l'agent public contractuel de l'État. D'abord, il constitue sa porte d'entrée dans la fonction publique. Il est l'acte d'engagement qui matérialise son recrutement⁹⁹. Dès lors, « *...le recrutement prend effet dès la signature du contrat d'engagement par l'organe de décision et par le candidat retenu* »¹⁰⁰. Au Bénin, la procédure de signature du contrat peut être aussi engagée après la prise de service de l'intéressé¹⁰¹. Dans ce cas, on doit convenir que la prise de service ne saurait être valide, car l'échange de consentement entre l'agent public contractuel de l'État et l'administration, ou du moins l'accord de volontés des deux parties, constitue le point de départ et le socle de leur relation juridique¹⁰². La signature du contrat donne ainsi sens et garantie à l'acte de prise de service de l'agent recruté¹⁰³.

Ensuite, cette importance reconnue à l'accord de volontés se manifeste également sur plusieurs autres points, notamment en cas de modification ou de rupture du contrat, où les agents publics contractuels de l'État peuvent contester toute modification substantielle du contrat en cours d'exécution¹⁰⁴. Cette possibilité qui leur est offerte « *manifeste l'assise pleinement conventionnelle de leur situation juridique* »¹⁰⁵.

Enfin, l'échange de consentement est aussi déterminant à l'occasion du renouvellement du contrat. Mais, le formalisme initial n'est plus exigé. En conséquence, le renouvellement est tacite au Niger et le contrat se transforme en contrat à durée indéterminée,

⁹⁸ SCELLE (G.), repris par MELLERAY (F.), *Droit de la Fonction publique*, Paris, Economica, 2013, p. 151.

⁹⁹ Voir art. 24 du Décret n° 2008-377 du 24 juin 2008 portant régime juridique d'emploi des agents contractuels de l'État au Bénin.

¹⁰⁰ Art. 159 de la loi n°1/2005 du 4 février 2005 portant Statut général de la Fonction publique au Gabon.

¹⁰¹ Art. 22 du Décret n° 2008-377 du 24 juin 2008 portant régime juridique d'emploi des agents contractuels de l'État au Bénin.

¹⁰² Par rapport à la place de l'accord de volontés dans le contrat administratif, voir, entre autres, RAINAUD (J.-M.), « Le contrat administratif : volonté des parties ou loi de service public ? », *R.D.P.*, sept.-oct., 1985, pp. 1183-1204.

¹⁰³ PIQUEMAL (M.), « Essai sur le critère de détermination des agents contractuels de droit public », *Dr. ouvr.*, Déc. 1980, p. 436, indique à cet effet qu'« *en cas d'engagement, tant que le contrat n'est pas signé, il n'est pas agent de l'administration* ». L'alinéa 7 de l'art. 19 du Décret n° 2008-377 du 24 juin 2008 portant régime juridique d'emploi des agents contractuels de l'État au Bénin illustre bien cet état de fait : « *nul ne peut être recruté en qualité d'agent contractuel ...s'il n'a manifesté par écrit son accord relativement aux clauses du contrat* ».

¹⁰⁴ Voir les art. 169 et 170 de la loi n° 2007-26 du 23 juillet 2007 portant Statut général de la Fonction publique de l'État au Niger ; art. 199 à 203 de la loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la Fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina Faso.

¹⁰⁵ MACAIRE (S.), « L'assise conventionnelle de la situation juridique des agents non titulaires », *A.J.F.P.*, juil.-août 2008, p. 212.

lorsqu'à l'expiration de la période de renouvellement, aucune des parties ne manifeste sa volonté d'y mettre fin¹⁰⁶.

Pour autant, l'on ne saurait exagérer la portée du contrat. En réalité, le constat qui se dégage de l'analyse des différents statuts généraux des États sous étude est que la plupart des dispositions qui régissent les agents publics contractuels de l'État sont contenues dans lesdits statuts ; autrement dit, elles sont d'origine législative et réglementaire. Mieux, ces statuts énoncent le contenu des contrats auxquels sont soumis les agents publics contractuels de l'État. En conséquence, si la modification du contrat, pour des raisons qui ne relèvent pas des nécessités du service, c'est-à-dire de l'intérêt général, peut poser problème, il n'en va pas de même de la modification des dispositions législatives et réglementaires qui régissent les agents publics contractuels de l'État. Toute modification leur est applicable, quelle qu'en soit la raison, et surtout si elle présente un caractère d'ordre public¹⁰⁷, car « *la puissance publique reste toujours libre de modifier les dispositions statutaires qui régissent les agents des services publics, même contractuels, dans l'intérêt et pour les besoins du service* »¹⁰⁸. C'est dire donc que, malgré sa portée juridique certaine, le contrat ne représente qu'une des bases de la situation de l'agent public contractuel de l'État, et que ce dernier est plutôt dans une situation quasi-statutaire ou quasi-contractuelle¹⁰⁹. Autrement dit, le contrat a une portée juridique limitée sur la situation des agents publics contractuels de l'État et « *apparaît finalement comme attributif d'une situation légale et réglementaire* »¹¹⁰.

Par conséquent, parler d'agents publics contractuels de l'État en nommant ainsi les agents publics recrutés sur contrat est trompeur, car en réalité, le contrat s'assimile plus à un acte unilatéral¹¹¹, à l'instar de l'acte de nomination du fonctionnaire. Au mieux, il peut être rangé dans la catégorie des contrats d'adhésion¹¹², parce que ne présentant pas au fond une

¹⁰⁶ Voir art. 152 de la loi n° 2007-26 du 23 juillet 2007 portant Statut général de la Fonction publique de l'État au Niger.

¹⁰⁷ Voir dans ce sens DE LAUBADERE (A.), MODERNE (F.), DELVOLVE (P.), *Traité des contrats administratifs*, t. 1, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1983, pp. 356-357, n° 298.

¹⁰⁸ Voir CE, Sect. 24 avril 1964, *Syndicat national des médecins des établissements pénitentiaires* ; voir aussi CE, 3 décembre 2001, *Vesque*, cité par GLASER (E.), « La situation des agents publics contractuels », *op. cit.*, p. 92.

¹⁰⁹ Voir aussi, dans ce sens, MELLERAY (F.), « Nouvelle illustration de la situation « quasi-réglementaire » des agents publics contractuels », *D.A.*, mars 2009, pp. 29-30.

¹¹⁰ De LAUBADERE (A.), GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif*, t. 5, *La fonction publique*, 12^e éd., Paris, L.G.D.J., 2000, pp. 42-43 ; DE LAUBADERE (A.), MODERNE (F.), DELVOLVE (P.), *Traité des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 84, n° 54, v. aussi n° 294-298.

¹¹¹ Dans ses conclusions sur l'arrêt M^{me} Rabut du Conseil d'État du 25 mai 1979, M. Genevois soulignait : « *L'aspect proprement contractuel de ces contrats est illusoire dans la mesure où le contenu du contrat est le plus souvent prédéterminé par des dispositions réglementaires qui s'imposent aux parties. Derrière le contrat, il y a en fait un statut qui se dessine...* ».

¹¹² Voir aussi à cet effet, POCHARD (M.), « La place donnée au contrat dans l'organisation de la fonction publique », *A.J.D.A.*, 2009, p. 993 ; sur la notion de « contrats d'adhésion » en droit administratif, voir DE LAUBADERE (A.), MODERNE (F.), DELVOLVE (P.), *Traité des contrats administratifs*, *op. cit.*, pp. 67 et s.

situation « *modelée par le débat des parties* »¹¹³. En effet, le contrat ne contient que les dispositions particulières qui dérivent des dispositions générales indiquées par les statuts généraux des États sous étude. On peut donc être d'accord avec le professeur Gaudemet, quand il indique que « *comme tous les agents publics, les contractuels sont pour l'essentiel, dans une situation légale et réglementaire à l'égard du service qui les emploie... [car]...le contrat signé au moment de l'entrée en fonctions n'est guère qu'un « acte-référence », déclenchant l'application d'un régime statutaire prédéfini* »¹¹⁴. L'auteur dénie ainsi toute « *originalité* »¹¹⁵ au recrutement de ces agents. Après la signature du contrat, les agents publics contractuels de l'Etat sont également astreints à l'observation d'une période d'essai.

2- L'observation d'une période d'essai

L'observation d'une période d'essai par les agents publics contractuels de l'État est une exigence commune aux statuts généraux de la fonction publique des États sous étude¹¹⁶. Elle est d'une durée variable. Dans certains États, sa durée dépend des catégories d'agents, voire de la durée du contrat¹¹⁷. Au Burkina Faso et au Niger, elle est la même pour les différentes catégories d'agents : pour les agents occupant les emplois supérieurs, elle est de trois mois ; pour ceux occupant les emplois de niveau intermédiaire, elle est de deux mois ; ceux exerçant un emploi de niveau moyen sont astreints à une période d'essai d'un mois¹¹⁸. Au Burkina Faso, pour le personnel payé à l'heure ou à la journée, la durée de la période d'essai est de 8 jours¹¹⁹. De plus, le caractère obligatoire de la période d'essai et de sa durée fait que toute absence de l'agent contractuel recruté durant plus de cinq jours ouvrables, au cours de ladite période, pour cause de maladie ou d'accident dûment constatée est suspensive

¹¹³ Pour reprendre l'heureuse formule de Gaston JEZE, cité par BRIMO (A.), « Le fonctionnaire contractuel », *R.D.P.*, 1944, p. 115.

¹¹⁴ GAUDEMET (Y.), Existe-t-il une « catégorie » d'agents publics contractuels de l'Administration ? (sur le degré d'originalité de recrutement par contrat dans la fonction publique), *A.J.D.A.*, 1977, p. 617.

¹¹⁵ *Idem*, p. 618

¹¹⁶ De tous les États sous étude, seul le Togo n'a pas fait mention d'une période d'essai. Elle pourrait être prévue par le décret d'application du statut qui indique en son article 259 : « *Le décret d'application du présent statut général précise les modalités pratiques de la contractualisation dans la fonction publique et institue les outils ainsi que les documents d'administration et gestion des contractuels* ».

¹¹⁷ Au Gabon, la durée de la période d'essai n'est pas précisée, mais dépend de la durée du contrat. Le statut renvoie ainsi aux textes particuliers régissant les différents agents, voir art. 162 de la loi n°1/2005 du 4 février 2005 portant Statut général de la Fonction publique au Gabon.

¹¹⁸ Voir art. 184 la loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la Fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina Faso et art. 154 de la loi n° 2007-26 du 23 juillet 2007 portant Statut général de la Fonction publique de l'État au Niger.

¹¹⁹ Art. 184 la loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la Fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina Faso.

de l'essai¹²⁰. En outre, au Burkina Faso, la durée de la période d'essai peut connaître un renouvellement en cas d'essai non satisfaisant¹²¹. Au Niger et au Burkina Faso, la période d'essai peut prendre fin avant le terme prévu en cas de décès, de résiliation du contrat ou de la démission de l'agent public contractuel¹²². À ces trois conditions, le législateur burkinabé ajoute l'accord des parties et le licenciement¹²³.

Le Bénin est l'État de l'échantillon qui a prévu des périodes d'essai plus longues : la durée est de six mois pour les agents des catégories A et B, tandis que ceux des catégories C et D sont contraints à une période de trois mois¹²⁴. De plus, la période d'essai peut être également renouvelée une fois, comme au Burkina Faso, au cas où l'essai ne se révélerait pas concluant¹²⁵. L'exigence d'une période d'essai assortie de délai et de contraintes est la preuve de son importance.

La période d'essai se situe entre le recrutement des agents publics contractuels de l'État et la confirmation du contrat¹²⁶. Aussi apparaît t-elle comme une période de test pratique pour l'agent nouvellement recruté. Ce dernier est mis à l'épreuve pour « *faire la preuve de sa capacité à occuper le poste de travail pour lequel il a été recruté* »¹²⁷. C'est la raison pour laquelle, il lui est offert au Burkina Faso et au Bénin une seconde chance, en prorogeant d'une durée égale ladite période en cas d'essai non satisfaisant.

On comprend dès lors que la période d'essai emporte plusieurs conséquences pour l'agent public contractuel de l'État. La première conséquence est la possibilité de rupture précoce du contrat. À l'issue de la période d'essai, l'agent est soit confirmé dans son emploi, soit licencié¹²⁸. La deuxième conséquence est que la période d'essai constitue celle au cours

¹²⁰ Art. 186 de la loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la Fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina Faso.

¹²¹ Art. 185 de la loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la Fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina Faso.

¹²² Art. 155 de la loi n° 2007-26 du 23 juillet 2007 portant Statut général de la Fonction publique de l'État au Niger.

¹²³ Art. 187 de la loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la Fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina Faso.

¹²⁴ Art. 28 du Décret n° 2008-377 du 24 juin 2008 portant régime juridique d'emploi des agents contractuels de l'État au Bénin.

¹²⁵ Voir art. 29 et 30 du Décret n° 2008-377 du 24 juin 2008 portant régime juridique d'emploi des agents contractuels de l'État au Bénin. L'article 29 énonce les critères d'évaluation de la période d'essai. Ce sont : la connaissance professionnelle, la culture générale, l'efficacité, le sens du service public, l'assiduité, le soin, la ponctualité et la rapidité dans l'exécution des tâches. L'appréciation est faite par le supérieur hiérarchique direct de l'agent recruté.

¹²⁶ Voir art. 184 la loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la Fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina Faso, art. 154 de la loi n° 2007-26 du 23 juillet 2007 portant Statut général de la Fonction publique de l'État au Niger, art. 161 de la loi n°1/2005 du 4 février 2005 portant Statut général de la Fonction publique au Gabon et 28 du Décret n° 2008-377 du 24 juin 2008 portant régime juridique d'emploi des agents contractuels de l'État au Bénin (cette période d'essai est toutefois supprimé dans le projet de loi portant Statut général de la Fonction publique).

¹²⁷ Art. 161 de la loi n°1/2005 du 4 février 2005 portant Statut général de la Fonction publique au Gabon.

¹²⁸ Art. 162 de la loi n°1/2005 du 4 février 2005 portant statut général de la Fonction publique au Gabon.

de laquelle les parties peuvent rompre le contrat sans préavis ni indemnité. C'est notamment le cas au Burkina Faso¹²⁹. Au Bénin, la période d'essai correspond à la durée de préavis que l'État se doit de respecter lorsqu'il décide d'une rupture unilatérale du contrat, sauf si la rupture résulte d'une faute grave¹³⁰. De la même manière, l'administration ou l'agent public contractuel de l'État recruté peut se délier des liens contractuels sans avoir à justifier sa décision¹³¹.

La période d'essai de l'agent public contractuel est comparable à la période de stage probatoire exigée du fonctionnaire stagiaire¹³². Les dissemblances se situent à trois niveaux : d'abord, les deux périodes portent des qualifications différentes: elle est appelée période probatoire pour le fonctionnaire stagiaire, alors qu'elle est une période d'essai pour l'agent public contractuel de l'État. Ensuite, la période de stage du fonctionnaire stagiaire est d'une durée fixe pour ce qui est de la période : elle est généralement d'un an¹³³, tandis que la durée de la période d'essai est variable pour l'agent public contractuel. Enfin, durant la période probatoire, il ne s'observe pas de rupture de la relation de travail, alors que la période d'essai est celle par excellence de rupture du contrat. Cependant, au Niger, la résiliation du contrat en période d'essai ne peut intervenir que dans les cas de faute grave de l'agent public contractuel de l'État, d'insuffisance professionnelle notoire, d'inaptitude physique et ou mentale dûment constatée ou de faits antérieurs qui, s'ils avaient été connus, auraient fait obstacle au recrutement¹³⁴. En d'autres termes, l'État ne saurait se délier de ses engagements sans en avoir donné les raisons. Cette option du législateur nigérien indique que la relation juridique établie par la signature du contrat est déjà fonctionnelle durant la période d'essai. De plus, elle offre une certaine garantie à l'agent recruté, en ce sens que celui-ci ne saurait voir son contrat rompu ou résilié de manière abusive ; toute résiliation devant, par conséquent, être motivée.

Les ressemblances peuvent également être observées sur trois points. En premier lieu, la finalité du stage probatoire est « *de confirmer les aptitudes techniques, intellectuelles ou*

¹²⁹ Art. 185 la loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la Fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina Faso.

¹³⁰ Voir art. 28, al. 2 et 42 du Décret n° 2008-377 du 24 juin 2008 portant régime juridique d'emploi des agents contractuels de l'État au Bénin.

¹³¹ Voir art. 31, al. 1 du Décret n° 2008-377 du 24 juin 2008 portant régime juridique d'emploi des agents contractuels de l'État au Bénin.

¹³² Elle est également une période d'essai ayant « *pour objet de confirmer les aptitudes morales et professionnelles de l'agent recruté pour l'accomplissement d'une carrière Administrative et de le former à la pratique des emplois, à la connaissance de l'administration et aux exigences du service public* », voir art. 54 de la loi n° 2007-26 du 23 juillet 2007 portant Statut général de la Fonction publique de l'État au Niger.

¹³³ Voir par exemple, art. 40, al. 4 de la loi n° 2007-26 du 23 juillet 2007 portant Statut général de la Fonction publique de l'État au Niger.

¹³⁴ Art. 154 de la loi n° 2007-26 du 23 juillet 2007 portant Statut général de la Fonction publique de l'État au Niger.

morales à l'accomplissement d'une carrière administrative »¹³⁵. De même, la période d'essai de l'agent public contractuel de l'État a pour objet de s'assurer qu'il peut tenir le poste pour lequel il est recruté. C'est la raison pour laquelle, en deuxième lieu, un renouvellement de la période est fait dans un cas comme dans l'autre. La durée est prorogée d'une durée égale, si le stage ou l'essai n'est pas satisfaisant¹³⁶. En troisième lieu, l'issue du stage ou de d'essai est pratiquement la même pour les deux catégories d'agent. Le fonctionnaire stagiaire peut être également licencié ou titularisé¹³⁷. L'agent public contractuel est également licencié ou confirmé à son poste.

Les conditions de recrutement et les exigences d'engagement de l'agent public contractuel de l'État font penser à une différenciation par rapport au fonctionnaire. En réalité, cette différenciation est plus apparente que réelle. Du reste, d'autres données confirment une relative assimilation entre l'agent public contractuel de l'État et le fonctionnaire.

II- La relative assimilation

La spécificité supposée des agents publics contractuels de l'État devrait justifier un cadre juridique particulier dans lequel ces derniers exercent leur emploi. Par ailleurs, le système d'emploi dans lequel ils évoluent veut qu'ils soient appelés à un métier et non à une carrière. Cependant, il faut reconnaître que les agents publics contractuels de l'État sont au service de l'intérêt général. Mieux, ils constituent un maillon important des personnels de la fonction publique. Aussi sont-ils formellement intégrés au statut général de la fonction publique des États sous étude (A). En outre, durant leur parcours professionnels, ils bénéficient pratiquement des mêmes garanties que les fonctionnaires (B).

A- Une intégration formelle au statut général

Le régime juridique d'emploi des agents publics contractuels de l'État est désormais intégré au statut général de la fonction publique. Tout en opérant une distinction entre les règles spécifiques, soit aux fonctionnaires, soit aux agents publics contractuels de l'État, les statuts généraux de la fonction publique des États sous étude consacrent aux deux catégories de personnel des dispositions communes. L'intégration des règles régissant les deux catégories d'agents publics permet de se rendre compte, non seulement de la fin d'une

¹³⁵ Voir art. 54, al. 1 de la loi n° 2013-002 du 21 janvier 2013 portant Statut général de la Fonction publique togolaise.

¹³⁶ Voir art. 71 la loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la Fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina Faso.

¹³⁷ Voir par exemple, art. 59 de la loi n° 2013-002 du 21 janvier 2013 portant Statut général de la Fonction publique togolaise.

distinction classique qui existait entre eux (1), mais aussi de l'émergence d'un quasi-corps de fonctionnaires (2).

1- La fin d'une distinction classique

Les agents publics, recrutés sur contrat, étaient considérés comme de simples collaborateurs de la fonction publique soumis dans le meilleur des cas à des textes particuliers hors du statut général de la fonction publique. En revanche, les fonctionnaires sont soumis à un régime statutaire, légal et règlementaire. La fonction publique a été ainsi le monopole des agents permanents, autrement dit des fonctionnaires, considérés, de ce fait même, comme formant une caste¹³⁸.

Ce clivage qui a prévalu autrefois dans la fonction publique entre différentes catégories d'agents travaillant tous dans l'intérêt général est fondé sur les sources de la situation juridique des uns et des autres. Concernant cette distinction aussi bien formelle que matérielle, trois formules différentes peuvent ont jalonné l'histoire de la fonction publique des États sous étude¹³⁹. La première formule a distingué formellement le régime applicable aux agents publics contractuels de l'État du statut général. Dans ce cas, le régime des agents publics contractuels relève soit du droit commun du travail, soit de textes particuliers. C'est le cas au Niger, au Gabon, etc.

En ce qui concerne la deuxième formule, elle a consisté en la suppression du régime contractuel au profit d'une unification générale du régime juridique des personnels de l'administration. Cette unification est soit conçue dans une acceptation extensive, en englobant dans le nouveau statut général tous les agents publics et assimilés sous le vocable d'agents permanents de l'État, soit demeurée dans une approche exclusive, en supprimant la catégorie des agents publics contractuels et assimilés. C'est le cas du Bénin et du Togo. Il en résulte que le statut de la fonction publique était défini par rapport aux fonctionnaires. Aussi sont-ils qualifiés par le professeur Hauriou de « *citoyens spéciaux* »¹⁴⁰.

La troisième formule, quant à elle, établit une distinction matérielle et formelle des deux régimes juridiques mais inclut désormais le régime d'emploi des agents publics contractuels de l'État au sein d'un statut général unifié¹⁴¹. Cette dernière option est de plus en

¹³⁸ BADO (L.), « Réflexions sur une Fonction Publique de Structure Semi-Ouverte ou Semi-Fermée pour le Burkina Faso », *op. cit.*, p. 13.

¹³⁹ Voir BRETON (J.-M.), *Droit de la fonction publique des États d'Afrique francophone*, *op. cit.*, pp. 64-65.

¹⁴⁰ HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif, et de droit public*, 12^e éd., Paris, Sirey, 1933, p. 744.

¹⁴¹ Pour plus d'informations à cet effet, voir BRETON (J.-M.), *Droit de la fonction publique des États d'Afrique francophone*, *op. cit.*, pp. 64 et s.

plus la plus répandue. C'est le cas des États de l'échantillon sous étude¹⁴². Son mérite est, non seulement de soustraire les agents publics contractuels de l'État au régime de droit commun, mais aussi de les soumettre au même statut que les fonctionnaires dans les limites de ce qui intéresse les uns et les autres. Mieux, elle participe à réduire sensiblement la distinction classique entre agents publics contractuels de l'État et fonctionnaires.

En conséquence, le statut général de la fonction publique n'est plus uniquement consacré aux fonctionnaires. Les agents publics contractuels de l'État y trouvent une bonne place. Ils constituent ainsi une catégorie à part entière d'agents publics comme les stagiaires qui sont des fonctionnaires en devenir, car ayant vocation à être titularisés à la fin de leur stage.

C'est dire que désormais, les statuts généraux de la fonction publique des États sous étude de la fonction intègrent trois catégories d'agents : les stagiaires, les fonctionnaires et les agents publics contractuels de l'État¹⁴³. Il apparaît que le rapprochement ou l'intégration dans un même texte des dispositions qui régissent ces deux dernières catégories d'agents atténue les différences autrefois patentes qui existaient entre elles. Dès lors, les agents publics contractuels ne sont plus, comme l'a fait observer le professeur Lachaume, des « *filis naturels* »¹⁴⁴ de la fonction publique; ils en sont plutôt, à l'instar des fonctionnaires, des fils légitimes. L'importance de leur nombre a fini par faire vaciller l'ordre et la hiérarchie établie entre les fonctionnaires et eux¹⁴⁵. Ainsi, malgré leur statut qui se veut, à certains égards, dérogoire des règles générales de la fonction publique, l'étanchéité de principe entre les fonctionnaires et eux¹⁴⁶ devient étriquée.

En accordant cette reconnaissance statutaire aux agents publics contractuels, les législateurs des États sous étude ont suivi le conseil de M. Pochard qui indique que « *...le statut [...] ne doit pas être une armature lourde qui cloue au sol, mais un vêtement ample et souple permettant à la fonction publique de se mouvoir utilement et efficacement au service des causes dont elle a la charge* »¹⁴⁷. La réduction sensible de cette distinction entre agents publics contractuels de l'État et fonctionnaires, qui vient donc estomper l'hégémonie du

¹⁴² Le Statut général de la Fonction publique du Bénin est encore à l'étape de projet.

¹⁴³ Voir art. 8 de la loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la Fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina Faso ; art. 9 de la loi n° 2007-26 du 23 juillet 2007 portant Statut général de la Fonction Publique de l'État au Niger.

¹⁴⁴ Voir AUBY (J.-B.), BRAIBANT (G.) et LACHAUME (J.-F.), « Les agents publics contractuels après l'arrêt « Berkani ». Entretien sur les conséquences de la récente extension jurisprudentielle », *op.cit.*, p. 8.

¹⁴⁵ BERNARD-STEINDECKER (C.), « Le demi-échec de la réforme des agents non titulaires de la Fonction publique en France (1982-1986) », *op. cit.*, p. 236.

¹⁴⁶ Conseil d'État, *Rapport public 2003, Perspectives pour la fonction publique*, Doc. fr., EDCE, n° 54, 2003, p. 289.

¹⁴⁷ Voir *J.C.P. adm.*, n° 29, 15 juillet 2003, p. 972, n° 1671.

fonctionnaire¹⁴⁸, permet à la fonction publique de disposer d'un statut qui lui donne plus de marge dans la gestion de son personnel. En réalité, le constat peut être fait que les dispositions statutaires en faveur des agents publics contractuels de l'État font plutôt émerger un quasi-corps de fonctionnaires.

2- L'émergence d'un quasi-corps de fonctionnaires

Les récents statuts généraux de la fonction publique des États sous étude ont apporté un bouleversement dans la fonction publique des États concernés. En effet, en intégrant formellement les agents publics contractuels de l'État au statut général de la fonction publique, les législateurs leur confèrent une « *légitimité consubstantielle au titre de fonctionnaire* »¹⁴⁹. La consécration statutaire qui est ainsi conférée à leur situation juridique les rapproche davantage des fonctionnaires. Dans la même optique, certains emplois permanents peuvent être occupés par des agents publics contractuels de l'État. Ainsi en est-il, par exemple, au Burkina Faso¹⁵⁰. C'est dire donc que ces agents publics contractuels peuvent, en toute logique, faire une carrière complète au sein de l'administration.

Il en découle que le statut des agents publics contractuels de l'État, non seulement s'inspire fortement de celui des fonctionnaires, mais il s'en rapproche davantage. Aussi, est-ce la raison pour laquelle, la plupart des législateurs des États sous étude avertissent que les agents publics contractuels de l'État « *ne peuvent se prévaloir de la qualité de fonctionnaire, quelle que soit la nature de l'emploi occupé* »¹⁵¹. Dès lors, ils ne peuvent bénéficier des dispositions relatives aux fonctionnaires¹⁵². Autrement dit, même l'occupation d'un emploi permanent ne leur donne aucun droit à titularisation dans un grade de la hiérarchie des corps de la fonction publique régis par le statut des agents permanents de l'État¹⁵³.

Cette précision, malgré son caractère discriminatoire, qui installe une inégalité de conditions dans le même statut général de la fonction publique, est la preuve de la création par

¹⁴⁸ BERNARD-STEINDECKER (C.), « Le demi-échec de la réforme des agents non titulaires de la Fonction publique en France (1982-1986) », *op. cit.*, p. 236.

¹⁴⁹ *Idem*, p. 235.

¹⁵⁰ Art. 172 de la loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la Fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina Faso ; voir aussi l'al. 2 de l'art. 267 du Projet de loi portant Statut général de la Fonction publique au Bénin.

¹⁵¹ Voir art. 173 de la loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la Fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina-Faso.

¹⁵² Art. 173 de la loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la Fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina Faso ; voir aussi l'art. 4, al. 1 du Décret n° 2008-377 du 24 juin 2008 portant régime juridique d'emploi des agents contractuels de l'État au Bénin.

¹⁵³ Art. 4, al. 2 du Décret n° 2008-377 du 24 juin 2008 portant régime juridique d'emploi des agents contractuels de l'État au Bénin ; art. 4 al. 5 la loi n° 2007-26 du 23 juillet 2007 portant Statut général de la Fonction publique de l'État au Niger.

les législateurs des États sous étude d'une nouvelle catégorie d'agents publics. Mais ceux-ci ne constituent pas une catégorie entièrement à part. Ils bénéficient en effet de certaines dispositions communes avec les fonctionnaires. C'est dire que les agents publics contractuels, bien que n'étant pas des fonctionnaires, s'en rapprochent tout de même. Ils correspondent ainsi à ceux que le Doyen Hauriou qualifiait de « *demi fonctionnaires* »¹⁵⁴.

Par ailleurs, les agents publics contractuels de l'État sont recrutés dans les divers secteurs et services de l'administration publique. Ils sont classés dans des catégories subdivisées en échelles à l'instar des fonctionnaires. Aussi, peut-on distinguer, par exemple, cinq catégories au Burkina Faso¹⁵⁵, quatre catégories au Bénin¹⁵⁶ et trois catégories au Niger¹⁵⁷. Ces différentes catégories correspondent à une classification des agents de rang supérieur et de rang inférieur. Les échelles correspondent, à leur tour, aux niveaux de qualifications, de titres ou de diplômes exigés des candidats aux emplois de contractuels et à l'importance de l'emploi occupé dans la hiérarchie administrative.

L'intégration dans un texte unifié des diverses règles régissant la fonction publique tend à sécuriser l'agent public contractuel de l'État dans son parcours professionnel et garantir, par voie de conséquence, le bon fonctionnement du service public. En soumettant les agents publics contractuels de l'État à des dispositions contenues dans le statut général de la fonction publique, on en arrive à la conclusion qu'ils ne constituent plus le « *tiers exclu* »¹⁵⁸ ou le « *parent pauvre* »¹⁵⁹ de la fonction publique. Mieux, cette intégration au statut général de la fonction publique n'est pas que purement formelle. Les agents publics contractuels de l'État bénéficient d'importantes garanties autrefois reconnues uniquement aux fonctionnaires.

B- Une similitude des garanties

Le droit de la fonction publique répond au souci de garantir, non seulement la protection des agents publics, mais aussi la continuité du service public. L'objectif est de pouvoir assurer la satisfaction de l'intérêt général. C'est dans cette optique que les législateurs des États sous étude tendent à accorder à tous les agents publics pratiquement les mêmes

¹⁵⁴ Voir en ce sens M. HAURIOU, *notes de jurisprudence de 1892 à 1923*, Sirey, 1931, cité par PEIFFER (F.), *Les agents contractuels de la Fonction publique territoriale*, Mémoire Master II Recherche, Université Paul Verlaine, 2007-2008, p. 40.

¹⁵⁵ Voir art. 174 et 175 de la loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la Fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina Faso.

¹⁵⁶ Voir les articles 5 et s. du Décret n° 2008-377 du 24 juin 2008 portant régime juridique d'emploi des agents contractuels de l'État au Bénin, 268 et s. du Projet de loi portant Statut général de la Fonction publique au Bénin.

¹⁵⁷ Voir art. 146 et 147 de la loi n° 2007-26 du 23 juillet 2007 portant Statut général de la Fonction publique de l'État au Niger.

¹⁵⁸ DOCKES (E.), « L'agent public non statutaire et le Code du travail », *A.J.F.P.*, n° 4, 1997, p. 1.

¹⁵⁹ KAMBOU (G. B.), « Le système contractuel dans le nouveau droit de la fonction publique étatique au Burkina Faso », *Revue burkinabé de droit*, n° 42, 2002, p. 79.

garanties. En effet, les agents publics contractuels de l'État sont assujettis aux droits de portée générale, c'est-à-dire ceux qu'ils partagent avec les fonctionnaires en tant qu'agents publics d'une part, et à des droits particuliers, c'est-à-dire ceux liés au contrat d'autre part. On note ainsi une convergence des droits (1). Mieux, d'autres garanties leur sont octroyées en vue d'assurer la pérennisation de leur relation de travail, et leur donner, à l'instar des fonctionnaires, la sécurité de l'emploi (2).

1- La convergence des droits

Les droits reconnus aux agents publics contractuels de l'État sont pratiquement les mêmes dans les États sous étude. Ils sont particulièrement importants et visent à « *conserver un certain attrait aux fonctions publiques, en équilibrant les sujétions, parfois contraignantes* »¹⁶⁰. On peut les classer en trois catégories. D'abord les droits proprement dits, ensuite les libertés et enfin la protection fonctionnelle.

Les droits visés ici sont les prérogatives reconnues à l'agent public par les dispositions communes des statuts généraux de la fonction publique des États sous étude. Ils sont de plusieurs ordres et régissent la vie professionnelle des agents publics. Ainsi, les agents publics contractuels de l'État ont le droit de recours en cas de décision administrative faisant grief¹⁶¹, le droit à des autorisations d'absence¹⁶² et à des congés¹⁶³. Ils ont aussi droit à la communication de leurs notes et appréciations d'évaluation¹⁶⁴, et celui de prendre connaissance de leur dossier et d'en recevoir copie à leurs frais¹⁶⁵. Les agents publics contractuels de l'État ont également droit à une rémunération après service fait¹⁶⁶. Au Togo, cette rémunération est particulière, en ce sens qu'elle est incitative et attractive. Elle est

¹⁶⁰ BRETON (J.-M.), *Droit de la fonction publique des États d'Afrique francophone*, op. cit., p. 145.

¹⁶¹ Art. 18 de la loi n° 2007-26 du 23 juillet 2007 portant Statut général de la Fonction publique de l'État au Niger ; art. 49 de la loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la Fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina Faso ; art. 63 de la loi n°1/2005 du 4 février 2005 portant Statut général de la Fonction publique au Gabon.

¹⁶² Art. 33 et 34 de la loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la Fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina Faso.

¹⁶³ Art. 29 de la loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina Faso ; Art. 61 de la loi n°1/2005 du 4 février 2005 portant Statut général de la Fonction publique au Gabon ; art 37 de la loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la Fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina Faso ; Art. 41 de la loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina Faso.

¹⁶⁴ Art. 57 de la loi n°1/2005 du 4 février 2005 portant Statut général de la Fonction publique au Gabon.

¹⁶⁵ Art. 59 de la loi n°1/2005 du 4 février 2005 portant Statut général de la Fonction publique au Gabon.

¹⁶⁶ Art. 27 de la loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la Fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina Faso.

supérieure, au moins de 10% à la rémunération du fonctionnaire de niveau correspondant¹⁶⁷. Cet état de choses paraît remarquable. En effet, on note, non seulement une convergence des droits reconnus aux fonctionnaires et aux agents publics contractuels de l'État, mais en matière de rémunération, la situation de ces derniers est meilleure à celle des fonctionnaires. C'est dire que sous certains aspects, la situation des agents publics contractuels de l'État paraît moins précaire qu'on aurait pu le croire. Par ailleurs, en tant qu'agents publics, les agents publics contractuels de l'État bénéficient également, entre autres, d'un droit aux promotions¹⁶⁸ et à une pension de retraite¹⁶⁹ après cessation définitive des fonctions.

Les libertés publiques des agents publics sont des prérogatives qui leur sont reconnues en tant que citoyens. Elles ont un fondement constitutionnel. En conséquence, la participation au service public n'a en principe pas d'effet réducteur ou discriminatoire sur leur jouissance, car la qualité de citoyen l'emporte sur celle d'agent public¹⁷⁰. Toutefois, les exigences du service public font naître à la charge des agents publics des obligations qui restreignent ces libertés. Les libertés publiques sont individuelles ou collectives. Elles sont, entre autres la liberté d'opinion et de la liberté d'expression¹⁷¹, la liberté d'association, la liberté syndicale¹⁷² et le droit de grève¹⁷³.

Les protections accordées aux agents publics contractuels de l'État sont celles que l'administration assure aux agents publics en vertu de leur fonction. Ainsi, en tant qu'agent de l'administration publique et œuvrant pour l'intérêt général, l'agent public contractuel de l'État bénéficie de la part de l'administration d'un « véritable droit à la protection »¹⁷⁴. C'est une obligation de protection est imposée à l'administration, en ce sens qu'elle est tenue, non seulement tenue d'assurer la protection, mais aussi de réparer les conséquences dommageables issues des actes des agents. Cette protection recouvre plusieurs formes. La première est celle due à l'occasion des fautes commises dans l'exercice des fonctions¹⁷⁵. La

¹⁶⁷ Art. 258 de la loi n° 2013-002 du 21 janvier 2013 portant Statut général de la Fonction publique togolaise.

¹⁶⁸ Art. 43 de la loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la Fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina Faso.

¹⁶⁹ Art. 42 de la loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la Fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina Faso.

¹⁷⁰ BRETON (J.-M.), *Droit de la fonction publique des Etats d'Afrique francophone*, op. cit., p. 164.

¹⁷¹ Art. 14, al. 3 de la loi n° 2007-26 du 23 juillet 2007 portant Statut général de la Fonction publique de l'État au Niger ; art. 53 de la loi n°1/2005 du 4 février 2005 portant Statut général de la Fonction publique au Gabon.

¹⁷² Art. 14, al. 2 de la loi n° 2007-26 du 23 juillet 2007 portant Statut général de la Fonction publique de l'État au Niger.

¹⁷³ Art. 15 de la loi n° 2007-26 du 23 juillet 2007 portant Statut général de la Fonction publique de l'État au Niger.

¹⁷⁴ BRETON (J.-M.), « La protection fonctionnelle des agents de l'administration », *A.J.D.A.*, 1991, p. 172.

¹⁷⁵ Voir art. 16 de la loi n° 2007-26 du 23 juillet 2007 portant Statut général de la Fonction publique de l'État au Niger ; Art. 56 de la loi n°1/2005 du 4 février 2005 portant Statut général de la Fonction publique au Gabon ; art. 47 de la loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la Fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina Faso.

deuxième protection est celle due à l'agent public, conformément aux règles fixées par la loi pénale et les lois spéciales, contre les menaces, attaques, outrages, injures ou diffamations dont il peut être l'objet dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions¹⁷⁶.

En définitive, en accordant pratiquement les mêmes droits aux fonctionnaires et aux agents publics contractuels de l'État, les divers législateurs des États sous étude tendent à faire comprendre que malgré la « *situation contractuelle statutaire* »¹⁷⁷ de ces derniers, il n'y a presque pas de différences fondamentales entre les deux catégories d'agents publics. Ce même constat peut être également fait en ce qui concerne la sécurité de l'emploi.

2- Le parallélisme de la sécurité de l'emploi

Ainsi que l'indique le professeur Hamon : « *Le statut général des fonctionnaires est fondé sur la garantie de l'emploi et la plupart de ses règles s'articulent autour de la notion de carrière. C'est donc un modèle qui n'est pas très bien adapté à la situation des agents contractuels car ceux-ci ne possèdent pas la garantie de l'emploi, et ils n'ont pas toujours vocation à faire une carrière dans l'administration* »¹⁷⁸. Or, dans les statuts généraux de la fonction publique des États sous étude, et contrairement à ce que laisse penser leur appellation, les agents publics contractuels jouissent de deux garanties qui autorisent à affirmer qu'ils bénéficient de la sécurité de l'emploi. Il s'agit du contrat à durée indéterminée qu'ils peuvent avoir et de la possibilité de titularisation qui leur est reconnue.

Le législateur burkinabè l'affirme clairement : « *tout engagement a lieu en principe pour une durée indéterminée* »¹⁷⁹. En conséquence, même si la durée du contrat était au départ déterminée, à cause du caractère temporaire de l'emploi, le fait pour l'agent public contractuel de l'État de continuer ses services au delà de la durée prévue donne une durée indéterminée au contrat¹⁸⁰. C'est la même option qui est prise par son homologue nigérien, quand il énonce le principe que tout engagement a lieu pour une durée déterminée renouvelable une seule fois. Par conséquent, à l'expiration de cette période de renouvellement, et lorsqu'aucune des

¹⁷⁶ Art. 17 de la loi n° 2007-26 du 23 juillet 2007 portant Statut général de la Fonction publique de l'État au Niger ; art. 46 de la loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la Fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina Faso ; art. 56 de la loi n°1/2005 du 4 février 2005 portant Statut général de la Fonction publique au Gabon.

¹⁷⁷ Pour reprendre l'heureuse formule de SAINT-JOURS (Y.), « Existe-t-il un contrat de travail de droit public ? », *op. cit.*, p. 193.

¹⁷⁸ HAMON (F.) « Les contractuels : de quel droit ? Réflexions sur la situation des agents contractuels du secteur public », *Dr. soc.*, n° 12, déc. 1989, p. 818.

¹⁷⁹ Art. 182 de la loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la Fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina Faso.

¹⁸⁰ Art. 182 de la loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la Fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina Faso.

parties ne manifeste sa volonté de mettre fin au contrat, il devient un contrat à durée indéterminée¹⁸¹.

Cependant, le contrat à durée indéterminée n'est qu'une « *sécurisation minimale* »¹⁸², car il peut faire l'objet de suspension ou de rupture de la part de l'autorité administrative. Toutefois, il comporte « *un ensemble de garanties, notamment en cas de licenciement* »¹⁸³. Dans ce cadre, le législateur burkinabè prévoit que le licenciement d'un agent public contractuel de l'État sous contrat à durée indéterminée, intervenant dans le cadre de suppression d'emploi, et résultant d'une réduction d'activité ou d'une réorganisation des services, ne peut être prononcé qu'après épuisement des procédures de reconversion et de redéploiement de l'agent concerné¹⁸⁴. Autrement dit, dans le cas d'un contrat à durée indéterminée, le « *caractère pérenne de la relation de travail* »¹⁸⁵ est recherché et privilégié. Le contrat à durée indéterminée constitue donc une possibilité de pérenniser la relation de travail entre l'administration et les agents publics contractuels de l'État. Or, cette possibilité de pérennisation de la relation de travail dans la fonction publique est normalement réservée aux fonctionnaires qui seuls, en principe, bénéficient d'un droit de faire carrière¹⁸⁶. M^{me} Moniolle pense à juste titre que parmi les agents publics contractuels, ceux qui bénéficient d'un contrat « *pour une durée indéterminée peuvent être considérés comme étant dans une situation stable* ». ¹⁸⁷.

Cette institution au profit des agents publics contractuels de l'État d'un contrat à durée indéterminée, qui privilégie « *la stabilité et la sécurité des relations contractuelles* »¹⁸⁸, est mue par l'idée d'avoir des agents publics « *dont la stabilité de l'emploi public et les garanties de l'emploi favorisent leur contribution au bien public* »¹⁸⁹. C'est sûrement la raison pour laquelle il leur est aussi reconnu la possibilité de se faire titulariser.

¹⁸¹ Art. 152 de la loi n° 2007-26 du 23 juillet 2007 portant Statut général de la Fonction publique de l'État au Niger.

¹⁸² Doc. Sénat n° 60, note de page 21, cité par MELLERAY (F.), « La sécurisation des parcours professionnels des agents contractuels de la fonction publique », *A.J.D.A.*, 2012, p. 1098 ; voir aussi SOYKURT-MACAIRE (S.), « La loi du 12 mars 2012 relative à l'accès des agents contractuels de la fonction publique à l'emploi titulaire », *A.J.F.P.*, 2012, p. 178.

¹⁸³ HAMON (F.) « Les contractuels : de quel droit ? Réflexions sur la situation des agents contractuels du secteur public », *op. cit.*, p. 816.

¹⁸⁴ Art. 214 de la loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la Fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina Faso.

¹⁸⁵ MONIOLLE (C.), « L'effet attractif du fonctionariat sur la situation des agents non titulaires », *op. cit.*, p. 2395.

¹⁸⁶ FITTE-DUVAL (A.), « Mutation et paradoxes de l'égalité dans la fonction publique », *op. cit.*, p. 8.

¹⁸⁷ MONIOLLE (C.), *Les agents non titulaires de la fonction publique de l'Etat : entre précarité et pérennité*, *op. cit.*, p. 18.

¹⁸⁸ JEAN-PIERRE (D.), « Les incidents de « carrière » des agents en CDI : de la suppression de poste à la concurrence des fonctionnaires », *J.C.P. Adm.*, n° 28, juill. 2010, p. 32, n° 2232.

¹⁸⁹ SAINT-JOURS (Y.), « La situation juridique des personnels employés dans les services publics », *Dr. ouvr.*, avril 2008, p. 190.

La titularisation est l'un des critères formels qui permettent de distinguer le fonctionnaire des autres catégories d'agents publics¹⁹⁰. Elle est « *sans doute l'acte administratif le plus important en droit de la fonction publique, puisqu'elle transforme l'agent public (...) en fonctionnaire* »¹⁹¹. En cela, elle est le « *procédé de pérennisation de la relation de travail* »¹⁹². Certains législateurs des États sous étude reconnaissent aux agents publics contractuels de l'État la possibilité d'intégrer pleinement la fonction publique et de devenir par là-même des fonctionnaires. Deux catégories d'États peuvent être distinguées : la première est celle des États qui reconnaissent ce droit à tous les agents publics contractuels de l'État. C'est le cas du Niger, où ces agents « *peuvent accéder aux emplois de fonctionnaire par voie de concours d'accès direct* »¹⁹³, et au Togo, même si cette reconnaissance est exprimée de manière indirecte : « *Les contractuels [...] qui participent aux concours directs de recrutement dans la Fonction publique ne peuvent pas, en cas de succès, se prévaloir des avantages acquis dans leurs contrats individuels* »¹⁹⁴.

La deuxième catégorie concerne les États où la reconnaissance de titularisation connaît une certaine restriction. C'est le cas du Burkina Faso, où ce sont uniquement « *les agents contractuels de nationalité burkinabè occupant un emploi permanent [qui] peuvent accéder aux emplois de fonctionnaire par voie de concours ou examen professionnels* »¹⁹⁵. Autrement dit, les agents publics contractuels de l'État qui occupent des emplois temporaires ne sauraient bénéficier de la possibilité de titularisation.

Cette précision donnée par le législateur burkinabè est justifiable, en ce sens que, non seulement les emplois temporaires sont appelés à disparaître, mais aussi, et par le même raisonnement, les emplois permanents doivent être occupés en permanence. Cette condition, quoique restrictive, correspond tout de même au principe général selon lequel, les emplois permanents doivent être occupés par des agents permanents et seuls les emplois temporaires ou occasionnels doivent être occupés par des agents publics contractuels.

Les conditions exigées des agents publics contractuels de l'État pour pouvoir être titularisés sont de trois ordres. La première concerne la nationalité. Les législateurs nigérien et

¹⁹⁰ RUZIE (D.), « Vers le renouveau du droit de la fonction publique ? », *D.*, 1959, p. 87 ; LACHAUME (J.-F.), *Droit de la fonction publique*, 3 éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 15.

¹⁹¹ COLIN (F.), *Droit de la fonction publique*, op. cit., p. 118.

¹⁹² DUBOIS (L.), « L'intrusion du CDI dans le droit de la fonction publique ou de l'art de transposer les directives communautaires », *Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean GICQUEL*, Paris, Montchrestien, Lextenso éditions, 2008, P. 181 ; Voir aussi MELLERAY (F.), « La sécurisation des parcours professionnels des agents contractuels de la fonction publique », op. cit., pp. 1095-1099.

¹⁹³ Art. 50 de la loi n° 2007-26 du 23 juillet 2007 portant Statut général de la Fonction publique de l'État au Niger.

¹⁹⁴ Art. 252, al. 3 de la loi n° 2013-002 du 21 janvier 2013 portant Statut général de la Fonction publique togolaise.

¹⁹⁵ Art. 177 de la loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la Fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina Faso.

burkinabè indiquent à cet effet que seuls ceux ayant la nationalité requise peuvent accéder aux emplois de fonctionnaire¹⁹⁶. Pour ce qui est du législateur togolais, il faut se référer aux conditions requises pour être agent public contractuel de l'État pour se rendre à l'évidence que ce dernier n'admet également que les agents de nationalité togolaise à un emploi de fonctionnaire¹⁹⁷.

La deuxième condition est le type d'emploi occupé par l'agent public contractuel de l'État. L'emploi doit être permanent. Seul le législateur burkinabè en fait cas¹⁹⁸.

La troisième condition est le concours. Les législateurs des États sous étude indiquent que l'accès aux emplois de fonctionnaire par les agents publics contractuels de l'État doit se faire par voie de concours direct¹⁹⁹. Cependant, le législateur burkinabè les autorise également à intégrer le statut des fonctionnaires par la voie des examens professionnels²⁰⁰.

Les garanties offertes aux agents publics contractuels de l'État en termes de sécurité de l'emploi ou de carrière constituent donc la preuve qu'ils sont, comme l'indique M. Ruzié, des « *fonctionnaires en puissance* »²⁰¹.

*

**

Au terme de cette étude, il apparaît qu'en intégrant les agents publics contractuels de l'État dans le statut général de la fonction publique, et en les soumettant, par ailleurs, à des dispositions communes avec les fonctionnaires, les divers législateurs des États sous étude leur confèrent une légitimité autrefois reconnue uniquement aux fonctionnaires. On peut, en conséquence, tirer la conclusion qu'il n'existe pratiquement plus de différences entre ces deux catégories d'agents publics de l'État.

En outre, dès lors que la situation des agents publics contractuels de l'État se rapproche de celle des fonctionnaires, l'intérêt que leur embauche présente pour

¹⁹⁶ Voir art. 50 de la loi n° 2007-26 du 23 juillet 2007 portant Statut général de la Fonction publique de l'État au Niger et 177 de la loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina Faso.

¹⁹⁷ Voir Art. 251, al. 2 de la loi n° 2013-002 du 21 janvier 2013 portant Statut général de la Fonction publique togolaise.

¹⁹⁸ Voir art. 177 de la loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la Fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina Faso.

¹⁹⁹ Voir art. 50 de la loi n° 2007-26 du 23 juillet 2007 portant Statut général de la Fonction publique de l'État au Niger, 177 de la loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la Fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina Faso et art. 252, al. 3 de la loi n° 2013-002 du 21 janvier 2013 portant Statut général de la Fonction publique togolaise.

²⁰⁰ Art. 177 de la loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la Fonction publique (modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005) au Burkina Faso.

²⁰¹ Pour reprendre la formule de RUZIE (D.), *Les agents des personnes publiques et les salariés en droit français. Etude comparative de leur condition juridique*, Paris, L.G.D.J., 1960, p. 37.

l'administration s'amenuise²⁰². Il convient alors de se demander pourquoi l'État continue de recruter des agents publics dits contractuels, car, en définitive, avec les récents statuts généraux de la fonction publique des États sous étude, on peut affirmer qu'il n'existe pas réellement d'agents publics contractuels de l'État. Pour être qualifiés ainsi, ces agents publics doivent être effectivement et uniquement recrutés par contrat ; mieux, la dimension contractuelle de la relation de travail doit être aussi maintenue, sinon renforcée²⁰³. Or, il apparaît que le régime des contrats que ces agents signent est en grande partie « essentiellement statutaire et réglementaire »²⁰⁴, ou du moins, ce qui en reste de contractuel « est seulement interstitiel »²⁰⁵. La notion d'agent public contractuel de l'État apparaît dès lors comme une « création inutile » et « une qualification artificielle »²⁰⁶.

Toutefois, loin de stigmatiser un tel statut des agents publics contractuels de l'État qui présente, somme toute, un visage humain du point de vue social, et qui par ailleurs, offre une certaine souplesse à la fonction publique, lui permettant de s'adapter eu égard aux nécessités de service public²⁰⁷, il est plutôt à craindre qu'il serve de base à une mauvaise gestion des ressources humaines de la fonction publique.

Le recours abusif aux agents publics contractuels de l'État est le fruit de « considérations managériales qui renouvellent la problématique d'une gestion prévisionnelle défailante ou impossible »²⁰⁸ des ressources humaines de la fonction publique. De plus, il constitue un prétexte pour contourner le droit commun de la fonction publique²⁰⁹. Dans le même temps, il faut reconnaître, avec le professeur Lachaume, que les agents publics contractuels sont « incontournables et nécessaires »²¹⁰. Dès lors, il importe de se demander s'il n'est pas plus indiqué et d'ailleurs plus bénéfique de revenir à la conception originelle du régime contractuel, c'est-à-dire à une définition plus restreinte des agents publics contractuels, qui fait de ces agents, qui ne doivent être que des cadres supérieurs, des collaborateurs de la fonction publique et rien de plus.

²⁰² BERNARD-STEINDECKER (C.), « Le demi-échec de la réforme des agents non titulaires de la Fonction publique en France (1982-1986) », *op. cit.*, p. 236.

²⁰³ MONIOLLE (C.), « L'essentiel sur le protocole d'accord du 31 mars 2011 portant sécurisation des parcours professionnels des agents publics contractuels », *A.J.F.P.*, juill.-août 2011, p. 242.

²⁰⁴ Pour reprendre les mots de POCHARD (M.), « La place donnée au contrat dans l'organisation de la fonction publique », *op. cit.*, p. 993.

²⁰⁵ Selon les mots de GLASER (E.), « La situation des agents publics contractuels », *op. cit.*, p. 95.

²⁰⁶ COLIN (J.), « Fonctionnaires titulaires et agents temporaires ou contractuels de l'État », *op. cit.*, p. 609.

²⁰⁷ BRIMO (A.), « Le fonctionnaire contractuel », *op. cit.*, p. 107.

²⁰⁸ FITTE-DUVAL (A.), « Contrat à durée indéterminée dans la fonction publique : les risques d'une transposition inadaptée », *A.J.F.P.*, janv.-fév. 2007, p. 8.

²⁰⁹ Voir aussi POCHARD (M.), « La place donnée au contrat dans l'organisation de la fonction publique », *op. cit.*, p. 993.

²¹⁰ Voir AUBY (J.-B.), BRAIBANT (G.) et LACHAUME (J.-F.), « Les agents publics contractuels après l'arrêt « Berkani ». Entretien sur les conséquences de la récente extension jurisprudentielle », *op. cit.*, p. 9.