

Article 26 : Favoriser la rupture conventionnelle de la relation de travail et droit à l'allocation de retour à l'emploi

1. ÉTAT DES LIEUX

Les données du rapport annuel sur l'état de la fonction publique de 2018²⁰⁶ rappellent que 18 % des 5,4 millions d'agents publics sont contractuels, soit près d'un agent public sur cinq. Plus précisément, le nombre d'agents contractuels représente respectivement 16,4 % (soit 397 125 agents), 18,9 % (356 806 agents) et 18,2 % (212 640) des effectifs total de la fonction publique de l'État, de la fonction publique territoriale et de la fonction publique hospitalière.

La rupture conventionnelle permet à un salarié en contrat à durée indéterminée (CDI) et à son employeur de convenir d'un commun accord des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie.²⁰⁷ Une convention de rupture élaborée entre l'employeur et le salarié définit les conditions de cette rupture, notamment le montant de « l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle » qui sera versée au salarié. Le montant, éventuellement négocié avec l'employeur, ne peut être inférieur au montant de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement.

Cette rupture amiable n'existe pas pour les agents publics, qu'ils soient contractuels ou fonctionnaires.

1.1. MOTIFS DE CESSATION DES FONCTIONS

En l'état actuel du droit de la fonction publique, il existe plusieurs motifs de cessation des fonctions.

- S'agissant des fonctionnaires, l'article 24 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires prévoit quatre motifs de cessation définitive de fonctions : (i) l'admission à la retraite, (ii) la démission, (iii) le licenciement, (iv) la révocation.

- S'agissant des contractuels, dans chacun des versants de la fonction publique un décret en Conseil d'Etat fixe ainsi les dispositions relatives à la carrière des agents contractuels de droit public :

- le décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 modifié relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'Etat pris pour l'application de l'article 7 de la

²⁰⁶ <https://www.fonction-publique.gouv.fr/rapport-annuel-sur-letat-de-la-fonction-publique-edition-2018>.

²⁰⁷ Article L. 1231-1, L. 1233-3, L. 1237-11 à L. 1237-16, L. 5421-1, L. 5422-1, R. 1237-3 du code du travail.

loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat ;

- le décret n° 88-145 du 15 février 1988 modifié pris pour l'application de l'article 136 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif aux agents contractuels de la fonction publique territoriale ;
- le décret n° 91-155 du 6 février 1991 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels des établissements mentionnés à l'article 2 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière.

Deux motifs de nature à mettre fin à un contrat à durée indéterminée (CDI) sont prévus : le licenciement ou la démission.

En ce qui concerne la procédure de démission d'un agent contractuel en CDI, cette dernière est prévue à l'article 46 du décret du 17 janvier 1986 susmentionné. S'agissant de la fonction publique territoriale, il s'agit de l'article 39 du décret du 15 février 1988 précité. Les dispositions applicables aux agents contractuels de la fonction publique hospitalière, prévues par le décret du 6 février 1991 et notamment l'article 45-1 relatif à la démission, sont similaires à celles de l'Etat.

L'agent contractuel informe son administration de son intention de démissionner par lettre recommandée. L'agent est tenu, dans ce cas, de respecter un préavis dont la durée est modulée, de huit jours au minimum à deux mois au maximum, en fonction de l'ancienneté des services dont il justifie auprès de son autorité d'emploi. S'agissant des agents contractuels qui s'abstiennent de reprendre leur emploi à l'issue d'un congé de maternité ou d'adoption, ceux-ci sont tenus de notifier leur intention quinze jours au moins avant le terme de ce congé.

En ce qui concerne les cas de licenciement pour un motif d'insuffisance professionnelle d'un agent contractuel en CDI et la procédure à respecter, ces derniers sont fixés par les articles 45-2 à 45-3 du décret susmentionné pour la fonction publique de l'Etat, les articles 39-2 et 39-3 du décret de 1988 précité pour la fonction publique territoriale et par les articles 39, 41-2 et 41-3 du décret de 1991 précité pour la fonction publique hospitalière.

Le licenciement d'un agent recruté en CDI peut intervenir en cas de :

- faute disciplinaire ;
- insuffisance professionnelle ou pour inaptitude physique ;
- suppression du besoin ou de l'emploi qui a justifié le recrutement de l'agent ;
- transformation du besoin ou de l'emploi qui a justifié le recrutement, lorsque l'adaptation de l'agent au nouveau besoin n'est pas possible ;
- recrutement d'un fonctionnaire lorsqu'il s'agit de pourvoir un emploi soumis à la règle énoncée à l'article 3 de la loi n° 83-364 du 13 juillet 1983 ;

- refus par l'agent d'une modification d'un élément substantiel du contrat proposée dans les conditions prévues à l'article 45-4 du décret de 1986 précité et à l'article 39-4 du décret de 1988 précité pour la fonction publique territoriale ;
- impossibilité de réemploi de l'agent, dans les conditions prévues à l'article 32 du décret de 1986 précité, l'article 39-5 du décret de 1988 précité pour la fonction publique territoriale et l'article 30 du décret de 1991 précité pour la fonction publique hospitalière, à l'issue d'un congé sans rémunération ;
- incompatibilité du comportement de l'agent occupant un emploi participant à des missions de souveraineté de l'Etat ou relevant de la sécurité ou de la défense, avec l'exercice de ses fonctions, dans les conditions prévues au IV de l'article L. 114-1 du code de la sécurité intérieure et aux articles 45-6 et 45-7 du décret de 1986 précité.

Le licenciement ne peut intervenir qu'à l'issue d'un entretien préalable et de la consultation de la commission consultative paritaire. La décision de licenciement est notifiée à l'intéressé par une lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par lettre en main propre contre décharge. Cette lettre précise le ou les motifs du licenciement et la date à laquelle celle-ci doit intervenir, compte tenu des droits à congés annuels restant à courir et de la durée du préavis.

1.2. VERSEMENT D'UNE INDEMNITÉ

Une indemnité de licenciement est attribuée. Elle n'est versée que lorsque le contrat ou l'engagement a été confirmé après une éventuelle période d'essai. Elle n'est pas due si l'agent est licencié au cours ou à l'expiration de cette période. Le licenciement peut intervenir lorsque l'agent, physiquement apte n'a pu être réintégré, dans les conditions prévues à l'article 32 du décret du 17 janvier 1986 et à l'article 30 du décret du 6 février 1991, à l'issue d'un congé sans rémunération (article 45-3 du décret du 17 janvier 1986 et article 41-3 du décret 6 février 1991). Dans cette dernière hypothèse, l'indemnité de licenciement est versée à l'agent à l'issue du congé.

Par ailleurs, l'indemnité de licenciement est aussi versée lorsque le licenciement est prononcé pour inaptitude physique.

Enfin, l'indemnité de licenciement est également due à l'agent licencié dans le cadre d'un transfert d'activité d'une personne morale de droit public employant des agents contractuels de droit public vers, d'une part, une autre personne publique dans le cadre d'un service public administratif prévu par l'article 14 *ter* de la loi n° 83-364 du 13 juillet 1983 et, d'autre part, vers une personne morale de droit privé ou un organisme de droit public gérant un service public industriel et commercial dans les conditions prévues au dernier alinéa de l'article L. 1224-3-1 du code du travail.

En revanche, cette indemnité n'est pas servie si l'agent contractuel :

- démissionne ;
- est fonctionnaire détaché sur un emploi de contractuel de droit public ;
- retrouve un emploi dans le secteur public ;
- est licencié à titre de sanction disciplinaire ;
- a atteint l'âge d'ouverture du droit à pension de retraite mentionné à l'article L. 161-17-2 du code de la sécurité sociale et justifie de la durée d'assurance, tous régimes de retraite de base confondus, exigée pour obtenir la liquidation d'une retraite au taux plein du régime général de la sécurité sociale ;
- est reclassé selon les dispositions fixées au c) du 3° de l'article 17 ou au III de l'article 45-5 du décret du 17 janvier 1986 pour les agents contractuels de l'Etat, et au IV de l'article 17-1 ou au 1er alinéa de l'article 41-7 du décret du 6 février 1991 pour les agents contractuels de la fonction publique hospitalière ;
- accepte une modification de son contrat dans les conditions fixées à l'article 45-4 du décret du 17 janvier 1986 et à l'article 41-4 du décret du 6 février 1991 précité ;
- ne bénéficie pas du renouvellement du titre de séjour, est déchu de ses droits civiques ou est interdit d'exercer un emploi public prononcée par décision de justice sur le fondement de l'article 131-26 du code pénal (article 45-1 du décret du 17 janvier 1986 et 41-1 du décret du 6 février 1991).

En ce qui concerne le montant de l'indemnité de licenciement, cette dernière est, sous réserve de ne pas excéder douze fois la rémunération de base, égale :

- pour chacune des douze premières années de services, à la moitié de la rémunération de base ;
- pour chacune des années suivantes, au tiers de la rémunération de base.

Dans la fonction publique de l'Etat et la fonction publique hospitalière, l'indemnité est versée en une seule fois par l'administration. Dans la fonction publique territoriale, les conditions de versements et les modalités de calcul de cette indemnité, qui sont définies par le décret de 1988 précité, sont similaires à celles prévues dans la fonction publique de l'Etat.

Dans la fonction publique de l'Etat, une indemnité de départ volontaire (IDV) peut être allouée aux agents civils (titulaires et contractuels en CDI) qui démissionnent de la fonction publique à la suite d'une restructuration ou pour créer ou reprendre une entreprise. Elle représente un montant maximal de 24 mois de rémunération brute. Pour en bénéficier, ces agents doivent en outre être à 2 ans ou plus de l'âge d'ouverture des droits (AOD) à pension en cas de restructuration et 5 ans en cas de création ou reprise d'entreprise.

Dans la fonction publique territoriale, une indemnité de départ volontaire peut être allouée aux agents publics (titulaires et contractuels en CDI) qui démissionnent à la suite d'une restructuration, pour créer ou reprendre une entreprise ou pour mener à bien un projet

personnel. Elle doit faire l'objet d'une délibération de l'organe délibérant de la collectivité qui fixe notamment les conditions d'attribution de l'indemnité dans la limite d'un plafond correspondant au double de la rémunération brute annuelle perçue par l'agent au cours de l'année civile précédant celle du dépôt de sa demande de démission.

Dans la fonction publique hospitalière, cette indemnité de départ volontaire peut également être allouée aux fonctionnaires et agents contractuels en CDI démissionnaires mais uniquement dans le cadre d'une opération de réorganisation de l'établissement. Cette IDV peut représenter un montant variant de 12 à 26 mois de rémunération avec un plafond ne pouvant excéder 45 734,71 € brut.

1.3. LES DROITS À CHÔMAGE

En ce qui concerne les droits à chômage, les agents publics (fonctionnaires, militaires, agents contractuels de droit public, ouvriers de l'Etat...) relèvent, d'un régime d'auto-assurance, c'est-à-dire dont la charge financière et la gestion (en régie ou par délégation à Pôle emploi) incombent à leur employeur.

Pour le versant territorial, les collectivités et leurs établissements publics ont, par ailleurs, la possibilité d'adhérer au régime d'assurance chômage (RAC) pour leurs agents contractuels de droit public, en vertu des dispositions de l'article L. 5424-2 du code du travail. Les cotisations d'assurance chômage sont versées aux Urssaf par l'employeur public et l'indemnisation du chômage du demandeur d'emploi est alors prise en charge par Pôle emploi (et non plus directement par l'employeur territorial). A ce jour, près de 60 % des collectivités de toutes tailles ont fait ce choix.²⁰⁸

Le droit à l'allocation d'aide au retour à l'emploi (ARE) des agents publics bénéficiant du régime d'auto-assurance est actuellement prévu à l'article L. 5424-1 du code du travail. Ont droit à ce revenu de remplacement les agents publics involontairement privés d'emploi, aptes au travail et recherchant un emploi. Cette condition de perte involontaire d'emploi est également prévue pour les militaires à l'article L. 4123-7 du code de la défense.

La condition de « privation involontaire d'emploi » recouvre principalement le licenciement ou les procédures assimilées (révocation, radiation des cadres d'office suite à une condamnation pénale entraînant une privation des droits civiques) et la non-réintégration après une période de mobilité. Il existe également des situations assimilées à une perte involontaire d'emploi : c'est le cas de certaines démissions considérées comme légitimes.²⁰⁹

²⁰⁸ Source : synthèse des bilans sociaux de la fonction publique territoriale 2015.

²⁰⁹ Dans le secteur privé, sont assimilés les quinze cas de démissions légitimes recensés par l'accord d'application n° 14 du 14 avril 2017 pris pour l'application des articles 2, 4e) et 26§1^{er} b) du règlement général annexé à la convention d'assurance chômage du 14 avril 2017 (notamment démission pour suivre un ascendant, un conjoint ou un enfant handicapé admis dans une structure d'accueil éloignée). Dans le secteur public, aux termes de la jurisprudence administrative, il appartient à la seule autorité administrative compétente d'apprécier, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, si les motifs de cette démission permettent, en l'espèce, d'assimiler celle-ci à une perte involontaire d'emploi.

Dans tous les autres cas (perte volontaire d'emploi – en cas de démission, d'abandon de poste ou de refus de renouveler un contrat à durée déterminée sans motif légitime ; absence de perte d'emploi – cas de l'exclusion temporaire de fonctions), les agents n'ont pas droit à l'ARE.

La condition de perte involontaire d'emploi était, avant l'intervention de la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel, prévue à l'article L. 5421-1 du code du travail, qui est commun au régime d'assurance chômage et aux régimes d'auto-assurance chômage. Cette loi a toutefois modifié le champ d'application du régime d'assurance chômage en ouvrant le droit à l'ARE aux salariés du secteur privé démissionnaires et aux travailleurs indépendants à compter du 1^{er} janvier 2019.

Désormais, pour le régime d'assurance chômage applicable aux salariés du secteur privé, c'est l'article L. 5422-1 du code du travail qui fixe les cas d'ouverture du droit à chômage.²¹⁰

Pour les agents publics, l'ouverture de l'ARE reste limitée aux cas de privation involontaire d'emploi ou aux pertes d'emploi assimilées à une privation involontaire : concernant les militaires, c'est toujours l'article L. 4123-7 du code de la défense, qui n'a pas été modifié par la loi du 5 septembre 2018, qui définit ce champ d'application ; s'agissant des agents publics civils, c'est l'article 244 de la loi de finances pour 2019 qui définit ce champ à compter du 1^{er} janvier 2019.

2. NÉCESSITÉ DE LÉGIFÉRER ET OBJECTIFS POURSUIVIS

2.1 NÉCESSITÉ DE LÉGIFÉRER

Le gouvernement a annoncé, lors du comité interministériel de la transformation publique (CITP) du 1^{er} février 2018, sa volonté d'organiser tout au long de l'année 2018 une large concertation avec les représentants des agents publics des trois versants de la fonction publique et les employeurs publics portant sur quatre leviers majeurs de refondation du « contrat social avec les agents publics ». Le deuxième des quatre chantiers prioritaires pour la fonction publique présentés lors du CITP a porté sur l'amélioration et le développement du recours aux agents contractuels dans l'emploi public.²¹¹

La mise en place d'un dispositif de rupture conventionnelle a été évoquée lors du cycle de concertation avec les organisations syndicales. En effet, les outils statutaires ne permettent pas suffisamment d'inciter les agents qui le souhaitent à quitter la fonction publique et à les accompagner dans leur projet de mobilité ou de reconversion.

²¹⁰ D'une part : privation involontaire d'emploi ou assimilée, rupture conventionnelle au sens du code du travail, rupture d'un commun accord dans le cadre d'un accord collectif au sens du code du travail ; d'autre part : privation volontaire d'emploi résultant d'une démission au sens du code du travail pour les travailleurs satisfaisant à des conditions d'activité antérieure spécifiques poursuivant un projet réel et sérieux de reconversion professionnel nécessitant le suivi d'une formation ou un projet de de création ou reprise d'entreprise (article L. 5422-1 du code du travail).

²¹¹ <https://www.gouvernement.fr/comite-interministeriel-de-la-transformation-publique-les-premieres-mesures>.

Alors que les dispositions relatives aux droits et obligations des fonctionnaires relèvent, en application de l'article 34 de la Constitution, de la compétence du législateur, celles relatives aux agents contractuels relèvent du pouvoir réglementaire.

L'expérimentation de la rupture conventionnelle pour les fonctionnaires relève de l'article 34 de la Constitution. Par ailleurs, s'agissant des contractuels recrutés en CDI et des ouvriers de l'Etat, le principe de la rupture conventionnelle est institué au niveau législatif par parallélisme avec le droit du travail (article L. 1237-11 du code du travail).

Dans la mesure où la protection des chômeurs constitue une exigence constitutionnelle au sens du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et où le champ d'application actuel du régime d'auto-assurance chômage des agents publics civils et militaires est fixé par la loi (à l'instar du champ d'application du régime d'assurance chômage), il revient au législateur de procéder à cette extension.

2.2 OBJECTIF POURSUIVI

La mise en place de la rupture conventionnelle s'inscrit dans l'objectif, plus général, du Gouvernement qui vise à favoriser la fluidité des carrières entre l'emploi public et le secteur privé tout en renforçant les garanties relatives au recrutement et aux conditions d'emploi des agents contractuels. Il s'inscrit également dans le cadre des plans de départs volontaires. Ce dispositif tend ainsi à permettre à l'agent contractuel qui souhaiterait prolonger sa carrière dans le secteur privé de mettre un terme à son contrat sans avoir à démissionner.

Par ailleurs, dans la fonction publique de l'Etat, ce nouveau mode de fin de contrat qu'est la rupture conventionnelle, constitue pour l'employeur une contrepartie à la possibilité d'ouvrir le primo-recrutement en CDI.

En ce qui concerne le volet « chômage » de la présente mesure, l'objectif est d'étendre le régime d'auto-assurance chômage des agents publics civils aux cas de privation d'emploi résultant d'une rupture conventionnelle ou d'une démission donnant droit à indemnité de départ volontaire au titre d'une restructuration. L'objectif poursuivi est d'accompagner les démarches volontaires de départ de la fonction publique avec une garantie supplémentaire pour les agents concernés.

3. OPTIONS ENVISAGÉES ET DISPOSITIF RETENU

3.1. ÉCONOMIE GÉNÉRALE DU DISPOSITIF

3.1.1. Expérimentation d'une rupture conventionnelle pour les fonctionnaires dans les trois versants de la fonction publique

Le présent article prévoit d'appliquer le dispositif d'une rupture conventionnelle pour les fonctionnaires dans les trois versants de la fonction publique, à titre expérimental, pendant six ans, à compter du 1^{er} janvier 2020 jusqu'au 31 décembre 2025.

Il s'agit d'un cas supplémentaire de cessation définitive de fonctions qui entraîne radiation des cadres et perte de la qualité du fonctionnaire. La rupture conventionnelle ne concernera ni les fonctionnaires stagiaires, ni les fonctionnaires détachés sur contrat, ni les fonctionnaires ayant atteint l'âge d'ouverture du droit à une pension de retraite mentionné à l'article L. 161 17-2 du code de la sécurité sociale et justifiant de la durée d'assurance, tous régimes de retraite de base confondus, nécessaire pour obtenir le pourcentage maximum de pension. Les personnels ayant un départ anticipé avec ou sans taux plein pourront bénéficier de la rupture conventionnelle.

Ce dispositif prévoit, par ailleurs, un remboursement en cas de retour dans l'emploi public postérieurement à la conclusion d'une rupture conventionnelle sous certaines conditions. Le fonctionnaire qui aura perçu une indemnité de rupture conventionnelle sera tenu de rembourser cette somme s'il est recruté dans les trois années postérieurement à la rupture conventionnelle pour occuper un emploi au sein de l'administration avec laquelle il a convenu d'une rupture conventionnelle.

Le domaine d'application de cette clause de remboursement diffère selon que la collectivité publique avec laquelle l'agent contractuel a convenu d'une rupture conventionnelle est une administration de l'Etat ou de ses établissements publics, une autorité territoriale, un établissement public de santé, social ou médico-social.

Ainsi, pour la fonction publique de l'Etat, le fonctionnaire qui a convenu d'une rupture conventionnelle avec une administration de l'Etat ou l'un de ses établissements publics devra rembourser à l'Etat les sommes perçues s'il est recruté, dans les trois années postérieurement à la rupture conventionnelle, pour occuper un emploi au sein de la fonction publique de l'Etat.

Pour la fonction publique territoriale, le fonctionnaire qui a convenu d'une rupture conventionnelle avec une autorité territoriale devra lui rembourser les sommes perçues s'il est recruté par cette autorité territoriale ou par un établissement public en relevant ou auquel appartient la collectivité territoriale. Cette mesure a pour effet d'éviter qu'un agent perçoive l'indemnité de la part d'une commune, par exemple, puis reprenne une relation de travail avec l'établissement public de coopération intercommunale auquel appartient cette même

commune. En revanche, le fonctionnaire pourra occuper un emploi dans une collectivité différente.

Pour la fonction publique hospitalière, cette clause de remboursement ne s'applique qu'à l'égard de l'établissement avec lequel le fonctionnaire a convenu d'une rupture conventionnelle.

Dans les trois versants, l'agent dispose d'un délai de deux années pour rembourser l'indemnité perçue.

Durant le processus de la rupture conventionnelle ou en cas de refus d'une proposition de rupture conventionnelle, le fonctionnaire pourra se faire assister par un conseiller désigné par une organisation syndicale représentative de son choix.

Les modalités d'application de la rupture conventionnelle, notamment concernant l'organisation de la procédure, seront définies par un décret en Conseil d'État.

Une évaluation de l'expérimentation sera présentée au Parlement un an avant son terme. Elle portera notamment sur le nombre de fonctionnaires couverts par ce dispositif et son coût global.

3.1.2. Le principe de la rupture conventionnelle appliquée aux contractuels des trois versants de la fonction publique et aux ouvriers de l'Etat

S'agissant des contractuels recrutés par contrat à durée indéterminée relevant des trois versants de la fonction publique ainsi que des ouvriers de l'Etat, le principe de la rupture conventionnelle est inscrit dans le présent article. Les modalités d'application de la rupture conventionnelle et notamment l'organisation de la procédure seront définies par un décret en Conseil d'Etat.

3.1.3. Les droits à chômage

Le volet « chômage » du présent article étend le régime d'auto-assurance chômage des agents publics civils aux cas de privation d'emploi résultant d'une rupture conventionnelle ou d'une démission donnant droit à indemnité de départ volontaire au titre d'une restructuration, mesure qui sera prise par décret. De cette façon, il rapproche le régime d'auto-assurance chômage de la fonction publique du régime d'assurance chômage.

Dans un souci d'intelligibilité de la loi, le présent article rassemble, dans une disposition unique, tous les cas d'ouverture du droit à l'ARE : ainsi, outre les trois nouveaux cas mentionnés ci-dessus, sont repris les cas de perte involontaire d'emploi ou assimilés à une privation involontaire d'emploi mentionnés à l'article 244 de la loi de finances pour 2019 ainsi que celui de la démission d'ouvrier de l'Etat du ministère de la défense donnant lieu à la perception d'une indemnité de départ volontaire dans le cadre d'une restructuration ou d'une réorganisation prévu au III de l'article 150 de la loi n° 2008-1425 du 27 décembre 2008 de finances pour 2009. Ces deux dispositions sont abrogées en conséquence.

Il est renvoyé au décret en Conseil d'Etat pour fixer les conditions d'application de ce droit « chômage » et notamment les modalités de détermination de la rémunération de référence servant au calcul de l'ARE.

Ce décret aura pour objet de fixer les modalités du régime d'auto-assurance de la fonction publique : précision des cas d'ouverture, procédure d'attribution de l'ARE, assiette de calcul de l'ARE...

Actuellement, la situation de ces agents est réglée par deux circulaires de 2011 et 2012²¹² et par les interprétations successives de la juridiction administrative. Cet état du droit aboutit à une situation complexe pour les employeurs, à un manque de sécurité juridique pour ceux-ci et pour les agents et à une faible lisibilité du droit applicable pour les agents. Le décret en Conseil d'Etat permettra ainsi de préciser les modalités du régime d'auto-assurance.

3.2. EXPLICATION DES CHOIX OPÉRÉS

Concernant le volet « chômage », l'option choisie a été préférée à une modification directe du code du travail dès lors que cette dernière solution présenterait l'inconvénient de ne cibler que la fonction publique à l'exclusion des autres régimes d'auto-assurance chômage, sauf à prévoir une disposition de même ordre pour ces régimes parapublics qui n'aurait toutefois pas sa place dans une loi dédiée à la fonction publique.

Une autre option, qui aurait consisté à introduire au premier alinéa de l'article L. 5424-1 du code du travail une référence aux règles d'ouverture du droit de l'ARE au régime d'assurance chômage (visa de l'article L. 5422-1 du même code), a été écartée afin d'éviter que les droits à chômage des agents relevant d'employeurs publics en auto-assurance dépendent des évolutions conventionnelles du régime d'assurance chômage, à la négociation desquelles ces employeurs ne participent pas.

4. ANALYSE DES IMPACTS DES DISPOSITIONS ENVISAGÉES

4.1. IMPACTS JURIDIQUES

La rupture conventionnelle concerne l'ensemble des collectivités publiques des trois versants de la fonction publique. Ce nouveau dispositif ne s'applique pas aux établissements publics à caractère industriel et commercial dans la mesure où l'article 2 de la loi n° 83-634 dispose que « dans les services et les établissements publics à caractère industriel ou commercial, la loi n° 83-634 ne s'applique qu'aux agents qui ont la qualité de fonctionnaire ».

²¹² Circulaire DGEFP/DGAFF/DGCL/DGOS/Direction du budget du 21 février 2011 relative à l'indemnisation du chômage des agents du secteur public et circulaire DGEFP/DGAFF/DGCL/DGOS/Direction du budget n° 2012-01 du 3 janvier 2012 relative à l'indemnisation du chômage des agents du secteur public.

La présente mesure constitue la base légale d'un décret en Conseil d'Etat qui définira les conditions d'ouverture du droit à l'ARE ainsi que les modalités de calcul et d'attribution de l'ARE (en conformité avec les articles L. 5422-2 et L. 5422-3 du code du travail auxquels renvoie l'article L. 5424-1 du même code).

Pour les employeurs publics en auto-assurance ayant délégué à Pôle emploi la gestion de l'indemnisation du chômage de leurs anciens agents, les documents conventionnels procédant à cette délégation (conventions de délégation de gestion) devront être modifiés à l'aune de ces nouveaux textes.

4.2. IMPACTS ÉCONOMIQUES, FINANCIERS ET BUDGÉTAIRES

S'agissant de la rupture conventionnelle, l'indemnité ne rentre pas dans le champ de l'exemption de l'assiette des cotisations sociales du régime général prévue à l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale, ni dans celui de l'exonération fiscale prévue à l'article 80 *duodecies* du code général des impôts. Elle ne donnera donc pas lieu à une exonération d'impôt sur le revenu et de cotisations sociales.

S'agissant des droits à chômage, le coût actuel de la protection chômage des agents publics demeure difficile à estimer. Pour les ministères ayant délégué la gestion de l'indemnisation du chômage de leurs anciens agents (sept ministères en 2017), le coût de la prise en charge par Pôle emploi de l'indemnisation du chômage refacturé aux ministères s'élevait à plus de 278 millions d'euros en 2017²¹³. Tous agents publics confondus, Pôle emploi compte 682 conventions de délégation avec des employeurs publics, ayant donné lieu à plus de 44 millions euros versés auprès d'un peu plus de 54 000 personnes en moyenne par mois cette année.

Plusieurs impacts financiers peuvent être distingués :

- le coût lié à l'ouverture des droits à chômage en cas de rupture conventionnelle ;
- le coût lié à l'extension du droit à chômage en cas de démission avec perception d'une IDV, dans le cadre d'une restructuration.

Deux hypothèses ont été posées quant au coût unitaire du chômage.

D'une part, le salaire de référence est estimé sur la base des salaires bruts mensuels moyens dans la fonction publique par versant en 2016. Le montant de l'ARE est effectivement déterminé en fonction du salaire de référence de l'agent, qui comprend les rémunérations habituelles trouvant leur contrepartie dans l'exécution normale du contrat de travail et perçues par l'agent au cours d'une période douze mois travaillés avant la date de cessation de la relation de travail. Certes, cette méthode présente l'inconvénient de toute moyenne mais

²¹³ Source : statistiques communiquées par Pôle Emploi Services.

neutralise les difficultés d'interprétation quant à la détermination exacte de l'assiette du salaire de référence dans la fonction publique.

D'autre part, ces estimations sont basées sur une ARE brute équivalant à 60 % du salaire brut de référence mensuel en moyenne²¹⁴. En effet, l'employeur détermine le montant de l'indemnisation en comparant le montant le plus favorable entre, d'une part, 40,4 % du salaire journalier de référence auxquels s'ajoutent 11,92 euros de partie fixe et, d'autre part, 57 % de ce salaire. Si les deux résultats sont inférieurs au minimum de l'allocation journalière (29,06 euros) alors ce minimum est versé. Ces calculs dépendant de la situation de chaque agent, seule une moyenne permet de faire des estimations pertinentes.

Les calculs suivants constituent donc des estimations hautes.

Tableau : Coût unitaire mensuel moyen estimé de l'ARE par versant de la fonction publique et par catégorie hiérarchique (en euros)

Fonction publique concernée	Statut d'emploi	Catégorie hiérarchique	Salaire brut mensuel en 2016	Estimation du coût mensuel de l'ARE
Fonction publique de l'Etat	Fonctionnaires	Catégorie A	3 526	2 116
		Catégorie B	2 945	1 767
		Catégorie C	2 355	1 413
	Contractuels		2 579	1 547
Fonction publique territoriale	Fonctionnaires	Catégorie A	3 961	2 377
		Catégorie B	2 805	1 683
		Catégorie C	2 117	1 270
	Contractuels		2 071	1 243
Fonction publique hospitalière	Fonctionnaires	Catégorie A	3 100	1 860
		Catégorie B	2 841	1 705
		Catégorie C	2 169	1 301
	Contractuels		1 984	1 190

Source : *Exploitation des données du rapport sur l'état de la fonction publique et les rémunérations annexé au projet de loi de finances pour 2019*

Le nombre à venir de ruptures conventionnelles, qui constitue un nouveau cas de sortie de la fonction publique, est impossible à estimer. Le nombre total de démissions, en particulier, n'est pas connu. De plus, toutes les démissions ne donneraient pas forcément lieu à substitution par une rupture conventionnelle.

S'agissant des démissions accompagnées d'une indemnité de départ volontaire (IDV) dans le cadre d'une restructuration de service, leur nombre total n'est pas connu s'agissant des établissements hospitaliers et des collectivités territoriales et leurs établissements ainsi que de certains opérateurs de l'Etat. S'agissant de l'Etat, il a été recensé 745 bénéficiaires de l'IDV

²¹⁴ Source : site de l'Unédic.

en 2017. La réforme du dispositif dans un contexte de restructurations importantes devrait le rendre plus attractif.

Le tableau suivant présente, sur la base d'une hypothèse de hausse sensible du nombre de bénéficiaires, une estimation du coût de l'ouverture du droit à l'ARE pour les bénéficiaires d'une IDV au sein de l'Etat et de ses opérateurs payés à façon :

		Année de démission des agents		
		2020	2021	2022
Nombre d'agents démissionnaires		1 500	2 000	2 500
Coût ARE (M€)	2020	16,3	32,7	16,3
	2021	0	21,8	43,6
	2022	0	0	27,2
Total (M€)		16,3	54,5	87,1

Le coût cumulé entre 2020 et 2022 de 157,9 M€ sera plus que compensé par l'économie pérenne de masse salariale générée par les départs des agents.

4.3. IMPACTS SUR LES ADMINISTRATIONS

Ces impacts ne peuvent être évalués car ils dépendront de la manière dont les agents et les administrations s'empareront de ce nouveau dispositif.

Cette évolution va conduire à une gestion beaucoup plus individualisée des recrutements et des fins de contrat, et en conséquence à l'acquisition de nouveaux savoir-faire dans les directions des ressources humaines. Celles-ci devront en particulier se spécialiser et s'organiser pour mettre en place des nouvelles procédures de négociation avec les agents et garantir que le consentement de l'agent n'a pas été vicié.

5. CONSULTATIONS MENÉES

Dès lors que l'instauration d'une rupture conventionnelle est un dispositif qui concerne les trois versants de la fonction publique il ne nécessite, au titre de la consultation préalable obligatoire des instances supérieures du dialogue social, que la seule consultation du Conseil commun de la fonction publique (CCFP) conformément au 2° de l'article 2 du décret n° 2012-148 du 30 janvier 2012 modifié relatif au Conseil commun de la fonction publique.

Par ailleurs, et conformément au I de l'article L. 1212-2 du code général des collectivités territoriales, les mesures envisagées ont été soumises à l'avis du Conseil national d'évaluation des normes (CNEN).

6. MODALITÉS DE MISE EN ŒUVRE

6.1. APPLICATION DANS LE TEMPS

Ces dispositions ont vocation à s'appliquer à compter de la publication des dispositions réglementaires prises pour leur application et pourront concerner les contrats en cours.

6.2. TEXTES D'APPLICATION

Les modalités de mise en œuvre de ce nouveau dispositif seront déclinées dans des décrets en Conseil d'Etat spécifiques à chacun des versants de la fonction publique. Y seront notamment précisés l'organisation de la procédure de manière à ce que la liberté du consentement des parties soit garantie.

Les montants minimal et maximal de l'indemnité de la rupture conventionnelle seront fixés dans des décrets simples.

Le volet « chômage » de la présente mesure sera mis en œuvre par décret en Conseil d'Etat.