

La MALD: un nouvel outil d'externalisation opérationnel

La mise à la disposition de personnels civils et militaires dans les contrats de la défense

La parution du récent décret n°2010-1109 du 21 septembre 2010 rend désormais opérationnel le dispositif introduit par l'article 43 de la loi du 3 août 2009.

Le décret retient une terminologie, qui bien qu'elle heurte l'orthodoxie grammaticale, permet de distinguer le nouveau régime d'autres régimes statutaires concernant la mise à disposition (article 41 de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 modifiée) et la disponibilité (article 51 de la loi du 11 janvier 1984 précitée). Le nouveau décret permet en effet la mise à la disposition (d'où les initiales MALD sous lesquelles ce nouveau régime se fera rapidement connaître) de fonctionnaires, d'agents non titulaires de droit public, d'ouvriers de l'Etat et de militaires dans le cadre des contrats conclus par le ministère de la défense avec des organismes de droit privé, à charge pour l'Etat d'en assumer le coût par le remboursement de la rémunération à son cocontractant.

Ce nouvel outil d'externalisation est ainsi applicable aux marchés publics, aux contrats de partenariat, aux marchés passés par des établissements publics sous tutelle en vertu de l'ordonnance du 6 juin 2005 modifiée et aux conventions de délégation de service public. Les contrats de sous-traitance ne sont pas visés mais on peut penser qu'ils le seront en l'état du projet de loi sur la reconversion des militaires actuellement soumis au Sénat. Selon le décret, les organismes de droit privé visés sont les sociétés privées, les filiales d'une société nationale mais aussi les établissements publics dont les marchés sont régis par l'ordonnance du 6 juin 2005.

Le principe du volontariat, celui du maintien du statut public ou militaire et d'un droit au retour sont en outre affirmés par le décret, ce qui devrait rendre le dispositif attractif. Toutefois, il est étonnant de relever le silence sur l'articulation avec le contrat d'externalisation.

Le principe du volontariat

La mise à la disposition ne pourra être prononcée par décision du ministre qu'après l'accord écrit du personnel civil ou militaire concerné. Il en va de même de la convention de mise à la disposition à conclure entre le ministre et l'organisme d'accueil qui pourra au surplus porter sur un ou plusieurs agents : leur accord écrit devra être recueilli avant signature sur la nature des activités confiées et leurs conditions d'emploi. La durée de la mise à la disposition est calée sur celle du contrat (le cas échéant par périodes discontinues pour les militaires), à l'exception des personnels civils et militaires sous contrat pour lesquels la durée correspondra à celle de la période d'engagement restant à courir avec la possibilité de se voir proposer à l'issue de la période de mise à la disposition un contrat régi par le code du travail.

Le maintien du statut public ou militaire

Le maintien en « position d'activité » est confirmé ; les dispositions statutaires et réglementaires demeurant applicables sous réserve des dispositions particulières prévues par le décret. L'agent mis à la disposition se voit en outre garantir le bénéfice d'un emploi au moins équivalent à celui que l'intéressé aurait vocation à occuper en fonction de son grade, de sa catégorie ou de son groupe et de sa qualification. Il continuera par ailleurs de percevoir l'ensemble des éléments de sa rémunération. Une convention entre l'organisme d'accueil et le ministère et annexée au contrat conclu avec l'organisme devra fixer le montant du remboursement et les modalités de sa révision. Ce montant devra être égal à la somme du salaire, des majorations de salaire et des cotisations et contributions y afférentes dus par l'organisme d'accueil pour l'emploi d'un salarié occupant un poste comparable avec une qualification professionnelle et une ancienneté équivalentes ; chose qui ne sera pas aisée à obtenir en fonction des conventions collectives applicables à l'organisme d'accueil.

Le ministre de la défense demeurera compétent pour les actes de gestion et d'administration sous réserve des conditions de travail qui devront être fixées par l'organisme d'accueil au même titre que les congés et permissions. Le ministre assurera également l'évaluation ou le pouvoir de notation sur la base d'un rapport établi par l'organisme d'accueil après un entretien individuel. Il disposera également du pouvoir disciplinaire sur saisine, le cas échéant, de l'organisme d'accueil.

Les garanties d'un droit au retour

A l'échéance ou résiliation du contrat, l'agent devra être réemployé, le cas échéant en surnombre, dans un emploi tenant compte notamment de son grade, sa catégorie ou son groupe et sa qualification. La mise à la disposition pourra prendre fin par décision du ministre sur demande du ministère ou de l'agent. S'il n'est pas possible de le réemployer immédiatement, l'agent sera réintégré en surnombre lors d'une mise à la disposition supérieure à dix-huit mois ou, à défaut, placé en disponibilité ou en congé sans rémunération jusqu'à ce qu'intervienne son réemploi dans l'un des trois premiers emplois vacants correspondant à son grade, catégorie, groupe et qualification. S'agissant d'un militaire, il devra être affecté à un emploi de son grade. Si ce dernier demande qu'il soit mis fin à la mise à la disposition sans affectation immédiatement possible, il sera alors placé en congé pour convenances personnelles non rémunéré jusqu'à ce qu'intervienne une affectation dans un emploi de son grade dans un délai maximum de trois mois.

La mise en œuvre de la mise à la disposition dans le cadre des contrats de la défense

Rien n'est dit cependant sur le lien juridique avec le contrat d'externalisation confié par le ministère à un tiers. Or, la donne « ressources humaines » et son coût associés à l'externalisation d'une activité devront pourtant être pris en compte dès l'évaluation préalable requise pour les projets complexes d'externalisation du ministère. La négociation des conventions de mise à la disposition et du contrat devrait en outre se faire en parallèle et en totale transparence à l'égard des

intéressés mais aussi des candidats à l'attribution du contrat, sauf à compromettre son équilibre financier lors de l'attribution en violation des règles de la commande publique.

Cela supposera la consultation des instances représentatives concernées en amont pour éviter la censure du juge administratif lors de la signature du contrat (TA Paris, 12 mars 2008, *UNSA-Education*, req.0702363) et au besoin lors du dialogue compétitif en fonction de l'évolution des propositions tout en respectant la confidentialité des offres. Une attention particulière devra en outre être portée à la rédaction des clauses pour délimiter les responsabilités du ministère et celles du cocontractant dans le cadre de l'exécution des prestations au même titre que la responsabilité civile en cas de dommage causé à un tiers, au regard notamment de la frontière entre les « conditions d'emploi » à définir dans la convention de mise à la disposition et les « conditions de travail » à fixer par l'organisme d'accueil, par ailleurs cocontractant du ministère.

Ainsi, la bonne mise en œuvre de la passation des contrats de la défense au même titre que l'attractivité du nouveau dispositif devraient résider dans une évaluation préalable concertée pour mener à bien un « dialogue tripartite » et définir ainsi les contours des prestations externalisées et les responsabilités encourues voire le partage de risques associés.

Toutefois, il conviendra de prendre garde à la disparité des dispositions statutaires et réglementaires et aux droits attachés au grade, à la catégorie, au groupe ainsi qu'à la qualification qui pourraient rendre l'exercice délicat pour l'Etat comme pour les candidats à l'externalisation. En définitive, ce nouveau régime apporte une pierre importante, sinon décisive, à l'environnement législatif et réglementaire de l'externalisation au ministère de la défense à l'heure où elle s'apprête à franchir une nouvelle étape.

Pour plus d'informations, vous pouvez contacter:

Matthieu de Varax

Tel: +33 1 53 53 43 43

Anoly Saypharath

Tel: +33 1 53 53 43 43