

N° 392792

Mme B...

2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> chambres réunies

Séance du 27 février 2017

Lecture du 20 mars 2017

Mentionné aux Tables du Recueil.

## CONCLUSIONS

**M. Xavier DOMINO, rapporteur public**

**Le parcours de Mme B..., agent contractuel pendant près de 11 ans dans les services de la commune de Neuilly-sur-Seine, et finalement non renouvelée alors qu'elle était placée en congé « grave maladie » est, à bien des égards l'exemple exact du mauvais exemple de recours abusif par une collectivité à l'emploi contractuel, que la législation européenne puis nationale ont entendu juguler en les prévenant et en les sanctionnant.**

A compter de son recrutement en qualité de rédacteur le 12 janvier 1999, Mme B... a constamment vu ses contrats renouvelés, d'année en année jusqu'à ce qu'en décembre 2010, la commune ne lui annonce qu'elle n'avait pas l'intention de conclure un treizième contrat à compter de janvier 2011.

Après avoir occupé pendant huit ans des fonctions de rédacteur à la direction des services techniques, elle a occupé un poste de rédacteur à la direction des affaires culturelles en 2007, puis d'assistante de gestion auprès de la direction, à compter de 2009. Après son placement en congé maladie, Mme B... a été remplacée à son poste par un agent titulaire de la commune. Elle a tenté d'obtenir de la juridiction administrative l'annulation de la décision de ne pas renouveler son contrat, qu'elle a voulu faire requalifier en CDI mais ce fut en vain, tant devant le TA de Cergy-Pontoise, que devant la CAA de Versailles qui ont rejeté ses recours. La voici devant vous.

### **1. Quelques rappels sont nécessaires avant que d'aborder le litige.**

**1.1 La loi encadre, vous le savez, de longue date le recours aux contractuels dans la fonction publique**, qui est une dérogation au principe, issu de l'article 3 de la loi du 13 juillet 1983, selon lequel les emplois civils permanents des collectivités locales et de leurs établissements publics sont occupés par des fonctionnaires.

**L'article 3 de la loi du 26 janvier 1984 autorise ainsi le recrutement d'agents non titulaires lorsqu'il s'agit d'assurer le remplacement momentané de titulaires occupant un emploi permanent ou de faire face à un besoin saisonnier ou occasionnel.** Ce sont les

hypothèses visées aux premier et deuxième alinéas de l'article, dans lesquelles le recrutement d'un agent contractuel n'a pas pour objet de faire face à un besoin permanent.

**Ce même article autorise en outre ce type de recrutement dans des hypothèses où il s'agit de faire face à un besoin permanent, hypothèses qui sont énumérées de manière limitative aux quatrième, cinquième et sixième alinéas de l'article.** Sont visés les recrutements sur des emplois permanents, d'une part, lorsqu'il n'existe pas de cadre d'emplois de fonctionnaires susceptible d'assurer les fonctions correspondantes ; d'autre part, pour les emplois de catégorie A, lorsque la nature des fonctions ou les besoins du service le justifient ; enfin, dans les communes de moins de 1 000 habitants, lorsqu'il s'agit de pourvoir des emplois à temps non complet pour lesquels la durée de travail n'excède pas la moitié de celle des agents publics à temps complet ou de pourvoir l'emploi de secrétaire de mairie quelle que soit la durée du temps de travail.

**1.2. Par ailleurs, depuis l'intervention de la loi du 26 juillet 2005, prise pour la transposition d'une directive du 28 juin 1999, les septième et huitième alinéas de l'article 3 prévoient en outre que, les agents recrutés conformément aux quatrième, cinquième et sixième alinéas sont engagés par des contrats à durée déterminée, d'une durée maximale de trois ans, qui sont renouvelables, la durée des contrats successifs ne pouvant toutefois pas excéder six ans.**

**Si, à l'issue de cette période maximale de six ans, ces contrats sont reconduits, ils ne peuvent l'être que pour une durée indéterminée – c'est ce qu'on appelle la « CDIisation » des contractuels.**

**La loi du 26 juillet 2005 a également prévu des mesures à l'égard des agents sous contrat à la date de son entrée en vigueur, qui figurent à son article 15.** D'une part cet article prévoit à son I les modalités selon lesquelles les dispositions permanentes s'appliquent aux contrats en cours. D'autre part, il édicte à son II des modalités particulières plus favorables pour les agents contractuels âgés de plus de cinquante ans, avec pour ces derniers, à certaines conditions, une transformation automatique de leur contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée dès la publication de la loi.

**Par des décisions *Département du Nord* (Cf. CE, 23 décembre 2011, *Département du Nord*, n° 334584, T. pp. 721-990-1097) et *Mme F...* (CE, 14 octobre 2015, *Mme F...*, n° 374745, B), que le renouvellement de contrat régi par le I de l'article 15 de cette loi ne peut concerner que les titulaires de contrats entrant dans les catégories énoncées aux quatrième, cinquième et sixième alinéas de l'article 3 de la loi du 26 janvier 1984, la circonstance que l'emploi en cause revête un caractère complet ou non étant en revanche indifférente. Autrement dit, vous avez jugé que les agents en cours de CDD pouvaient prétendre à une CDIisation dans les mêmes hypothèses que pour les agents employés en CDD à compter de l'entrée en vigueur de la loi.**

**Il résulte donc de loi telle qu'interprétée par votre jurisprudence que la CDIisation des contractuels de la fonction publique n'était, – entre 2005 et 2012, date à laquelle la loi a été modifiée, mais cela ne nous occupe pas aujourd'hui –, limitée seulement à certaines catégorie d'agents : les emplois dans les petites communes, les emplois de catégorie A, et les emplois pour lesquels aucun corps ou care d'emplois 'existe.**

**1.3 Cette loi a en tendu transposer la transposition de la directive 1999/70/CE, qui se donnait pour objectif de mieux encadrer le recours aux contrats à durée déterminée directive, qui devait être transposée avant le 10 juillet 2001, a donné force contraignante à l'accord-cadre conclu le 8 mars 1999 entre les partenaires sociaux européens sur le travail à durée déterminée.** Cet accord affirme que les contrats à durée indéterminée sont la forme générale des relations de travail mais admet que les contrats de travail à durée déterminée sont une caractéristique de l'emploi dans certains secteurs, occupations et activités qui peut convenir à la fois aux travailleurs et aux employeurs, et souligne la nécessité de prévenir les abus auxquels peut conduire l'utilisation de ces contrats. Les mesures destinées à prévenir ces abus sont fixées par la clause 5 de l'accord, qui impose aux Etats membres d'introduire une ou plusieurs des trois séries de mesures suivantes dans leur législation interne : soit des mesures prévoyant les raisons objectives justifiant le renouvellement des contrats à durée déterminée, soit des mesures fixant la durée maximum totale de contrats à durée déterminée successifs, soit des mesures limitant le nombre de ces renouvellements.

Dans sa jurisprudence, émailée notamment par les importantes décisions du 4 juillet 2006 *Adeneler e.a.*, aff. C-212/04, Rec. p. I-6057, du 23 avril 2009, *Angelidaki e.a.*, C-378/07 à C-380/07, et du 26 janvier 2012, *Küçük*, aff. C-586/10 la CJUE a jugé qu'il appartenait aux Etats membres de vérifier concrètement que le recours à des CDD dans le but affiché de satisfaire des besoins provisoires comme le remplacement d'autres agents par examen n'était pas utilisé, en fait, pour satisfaire des besoins permanents et durables. Autrement dit, il faut non seulement que le droit national prévoit un encadrement du recours aux CDD mais encore qu'in concreto, les abus soient sanctionnés.

Par une récente décision *Mme J...* (CE, 20 mars 2015, n° 371664, aux Tables), vous avez fait écho à ces exigences en jugeant que si le renouvellement de contrats à durée déterminée afin de pourvoir au remplacement temporaire d'agents indisponibles répond, en principe, à une raison objective, exigée par la directive pour permettre que le renouvellement des CDD soit regardé comme abusif, y compris lorsque l'employeur est conduit à procéder à des remplacements temporaires de manière récurrente, voire permanente, et alors même que les besoins en personnel de remplacement pourraient être couverts par le recrutement d'agents sous contrats à durée indéterminée, **c'est sous réserve qu'un examen global des circonstances dans lesquelles les contrats ont été renouvelés ne révèle pas, eu égard notamment à la nature des fonctions exercées par l'agent, au type d'organisme qui l'emploie, ainsi qu'au nombre et à la durée cumulée des contrats en cause, un abus.**

**Reste la question de savoir si le droit de l'Union exige que la sanction d'un recours abusif aux DD soit nécessairement une CDIisation. Et cela ne nous semble pas être le cas, contrairement à ce qui est soutenu par le pourvoi, qui exige de vous une interprétation de la loi conforme au droit de l'UE, ou à défaut un renvoi préjudiciel.**

Dans la décision *Adeneler* précitée, la CJUE a rappelé que « l'accord cadre n'édicte pas une obligation générale des Etats-membres de prévoir la transformation en CDI des CDD », mais exige que la procédure nationale ne rende pas « pratiquement impossible ou

excessivement difficile l'exercice des droits conférés aux particuliers par le droit de l'Union « aux fins de respecter le principe d'effectivité. Puis elle a dit pour droit que l'accord cadre et la directive « doit être interprété en ce sens que, pour autant que l'ordre juridique interne de l'État membre concerné ne comporte pas, dans le secteur considéré, d'autre mesure effective pour éviter et, le cas échéant, sanctionner l'utilisation abusive de contrats à durée déterminée successifs, ledit accord-cadre fait obstacle à l'application d'une réglementation nationale qui interdit d'une façon absolue, dans le seul secteur public, de transformer en un contrat de travail à durée indéterminée une succession de contrats à durée déterminée qui, en fait, ont eu pour objet de couvrir des « besoins permanents et durables » de l'employeur et doivent être considérés comme abusifs. » Dans ses motifs, la CJUE précise « que lorsqu'une telle utilisation abusive a néanmoins eu lieu, une mesure présentant des garanties effectives et équivalentes de protection des travailleurs doit pouvoir être appliquée pour sanctionner dûment cet abus et effacer les conséquences de la violation du droit communautaire. [...] Si ladite juridiction devait constater que tel n'est pas le cas, il y aurait lieu de conclure que l'accord-cadre s'oppose à l'application de cette réglementation nationale. »

**Contrairement à ce que soutient le pourvoir, la requalification ne s'impose donc que si aucune autre mesure ne permet de rendre effective la prévention des l'usage abusif des CDD. Ce qui pose la question de savoir à quelles conditions une simple indemnisation du préjudice subi est conforme aux exigences du droit de l'UE.**

A ce sujet, la CJUE a eu l'occasion de se pencher sur un litige italien (CJUE 12 décembre 2013, *Rocco Papalia c/ commune di Aosta*, c-50/13) dans le quel elle a dit pour droit que « l'accord-cadre doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose aux mesures prévues par une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, qui, en cas de recours abusif par un employeur public à des contrats de travail à durée déterminée successifs, prévoit seulement le droit pour le travailleur concerné d'obtenir la réparation du préjudice qu'il estime avoir subi de ce fait, à l'exclusion de toute transformation de la relation de travail à durée déterminée en une relation de travail à durée indéterminée, lorsque le droit à cette réparation est subordonné à l'obligation pour ce travailleur d'apporter la preuve qu'il a dû renoncer à de meilleures opportunités d'emploi, si cette obligation a pour effet de rendre impossible en pratique ou excessivement difficile l'exercice par ledit travailleur des droits conférés par le droit de l'Union »/.

Votre jurisprudence a clairement précisé, à propos des dispositions jumelles relatives à la fonction publique hospitalière qu' « elles ne font pas obstacle à ce qu'un renouvellement abusif de contrats à durée déterminée ouvre à l'agent concerné un droit à l'indemnisation du préjudice qu'il subit lors de l'interruption de la relation d'emploi, évalué en fonction des avantages financiers auxquels il aurait pu prétendre en cas de licenciement s'il avait été employé dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée ». Et vous en avez déduit qu' « elles ne méconnaissent donc pas, en elles-mêmes, les objectifs poursuivis par la directive. » (c'est la décision *Mme J...*, n° 371664, précitée).

Cette importante décision est parfaitement transposable à notre hypothèse.

## **2. On peut en venir au litige.**

Si on oublie les petites communes, dont Neuilly ne fait pas partie, et les emplois de catégorie A, qui ne correspondent pas au cas de Mme B..., seuls les agents exerçant des fonctions pour lesquelles il n'existe pas de cadres d'emplois pouvait alors être CDIés au bout de 6 ans, ce qui n'est pas le cas des emplois occupés par Mme B... .

**Autrement dit, en réalité, au bout de 6 ans, Mme B... était non CDIable, et non renouvelable en CDD.**

Devant la cour, Mme B... soutenait qu'elle entrait dans le champ du I de l'article 15 de la loi, car elle occupait un emploi permanent ou bien que, si cette loi devait être interprétée différemment, était contraire au droit de l'UE. Mais Mme B... ne soutenait pas entrer dans les prévisions des quatrième, cinquième et sixième alinéa de l'article 3 de la loi du 26 janvier 1984 alors pourtant que, comme on vient de le dire, c'est une condition sine qua non dégagée par votre jurisprudence pour pouvoir bénéficier de la CDIation prévue par le I de l'article 15 de la loi de 2005. En cassation, elle soutient que la cour a oublié de répondre à son argumentation ou commis une erreur de droit en écartant ses moyens.

Il n'est pas totalement évident, il est vrai, de bien comprendre en première lecture le raisonnement que les juges d'appel ont entendu tenir.

La clé nous semble pourtant être dans le premier motif de la cour sur le fond du litige. La cour a jugé que « les contrats passés à l'époque des faits par les collectivités et établissements publics territoriaux en vue de recruter des agents non-titulaires devaient, sauf disposition législative spéciale contraire, être conclus pour une durée déterminée et ne pouvaient être renouvelés que par reconduction expresse ; que, dans ces conditions, la circonstance que Mme B..., qui ne soutient pas avoir été engagée sur le fondement des quatrième, cinquième ou sixième alinéas de l'article 3 de la loi du 26 janvier 1984, a été recrutée depuis le 12 janvier 1999 par engagements à durée déterminée n'est pas de nature à transformer en contrat à durée indéterminée son dernier engagement à durée déterminée qui a pris fin le 11 janvier 2011 alors même que les fonctions qu'elle exerçait correspondraient à un emploi permanent ; ». Ce faisant, la cour, croyons-nous, écarté le moyen tiré de ce que Mme B... devait être régularisée en vertu du I de l'article 15 de la loi de 2005, même si elle aurait pu prendre la peine de citer ou de mentionner cette disposition dans son arrêt. Ensuite, la cour Le moyen d'insuffisance de motivation ne tient donc pas, et reste donc un seul débat d'erreur de droit.

La cour a ensuite jugé « que la circonstance, à la supposer établie, que son recrutement n'aurait pas été conforme aux dispositions de l'article 3 de la loi du 26 janvier 1984 est sans incidence sur la légalité du refus de renouveler son contrat et n'est pas, par elle-même, de nature à transformer en contrat à durée indéterminée son dernier engagement ; », ce qui n'est pas faux puisque la loi ne permettait pas la CDIation de Mme B.... ; puis elle a jugé que la loi française ainsi interprétée et appliquée n'était pas contraire au droit de l'UE.

**Il nous semble que dans son arrêt, la cour a correctement interprété la loi française**, qui interdisait en effet de continuer d'embaucher en CDD des agents tels que Mme B... après 6 ans de CDD.

Oui mais alors que faire des agents qui, comme Mme B... ont continué d'être embauchés après 6 ans de CDD, et ont été abusivement employés sur de tels fondements ? La réponse du droit français n'est pas la CDisation, mais en revanche, l'indemnisation est possible. Or Mme B... a toujours demandé sa seule CDisation, jamais une indemnisation.

**Cet état du droit est-il contraire au droit de l'UE ? Pour les raisons qu'on a dites et au bénéfice du raisonnement tenu dans la décision *Mme J...*, n° 371664, précitée, et qui se translatent sans difficultés de la fonction publique hospitalière à la fonction publique territoriale, il nous semble que non.**

Dans ces conditions, nous pensons que vous pourrez écarter le moyen d'erreur de droit du pourvoi sans avoir à poser une question préjudicielle.

**Le résultat en apparence paradoxal est donc que, après 6 ans de procédure, Mme B..., dont il est incontestable à nos yeux qu'elle a été la victime de recours abusifs aux CDD de la part de la commune de Neuilly, est la perdante de ce litige.** Cela tient, on l'a dit à ce qu'elle n'a jamais demandé, devant la juridiction administrative, que la requalification de son dernier CDD en CDI, et pas d'indemnisation. Il nous semble que, eu égard aux circonstances particulières de l'espèce, qui tiennent notamment au caractère très récent de la décision *Mme J...* clarifiant cette question de l'indemnisation, qui est intervenue après l'arrêt de la cour, et au regard tant de l'exigence de pleine effectivité du droit de l'Union que de la nécessité de trouver une issue équitable au litige, il ne serait pas impossible de convaincre les juges du fond de ce que la voie indemnitaire reste en l'espèce ouverte.

**Et par ces motifs, nous concluons au rejet du pourvoi** et à ce que dans les circonstances de l'espèce, les conclusions présentées en défense par la commune au titre des frais d'avocat soient rejetées.