

N° 365139
Mme S...

Section

Séance du 20 septembre 2013
Lecture du 25 septembre 2013

CONCLUSIONS

M. Damien BOTTEGHI, rapporteur public

L'étonnement n'est pas le sentiment que suscite la lecture des questions que vous devez trancher aujourd'hui. La collision entre les fonctionnaires titulaires et les agents bénéficiant d'un contrat à durée indéterminée (CDI) pour l'accès à l'emploi était attendue – et la rencontre pouvait difficilement être amicale.

La logique de ce type de contrat est *a priori* peu compatible avec la construction statutaire « à la française » qui repose sur un recrutement par concours et une logique de carrière. Et pourtant, étape par étape, en vue de leur assurer stabilité et sécurité de l'emploi, le législateur a pérennisé l'existence de contractuels à durée indéterminée et leur a accordé des garanties de plus en plus équivalentes à celles des fonctionnaires.

Bien que structurante, cette évolution est pleine d'ambiguïtés.

Ses raisons, d'abord, sont mal assumées : le CDI a souvent été présenté comme une obligation communautaire, résultant notamment de la directive 1999/70 CEE du 28 juin 1999 reprenant un accord-cadre sur le travail à durée déterminée¹. La Cour de justice de l'Union européenne a cependant dessiné une obligation beaucoup plus étroite (v. CJCE, 4 juillet 2006, C-212/04, *K. A...*, JCP A 2006, 1300, obs. D. Dubos²). En France, le débat sur la non-conformité du droit interne a beaucoup partagé mais vous avez fini par estimer que, durant la période intercalaire entre 2001³ et 2005, les modalités de recrutement dans la fonction publique excluaient de manière trop large la conclusion de CDI et n'étaient pas justifiées par des éléments suffisamment concrets et objectifs ; la méconnaissance de la directive était donc partielle (12 juin 2013, *Ville de Marseille*, n° 347406, aux T. et aux concl. d'E. Cortot-Boucher).

¹ V. Olivier Dubos, *La lutte contre la précarité dans la fonction publique : le législateur au-delà et en-deçà du droit communautaire*, AJDA, 2006, p. 2089.

² Seule une disposition qui ne justifie pas de manière spécifique l'utilisation de contrats à durée déterminée successifs « par l'existence de facteurs objectifs tenant aux particularités de l'activité concernée et aux conditions de son exercice » n'est pas compatible avec l'accord cadre et donc la directive.

³ Année de transposition de la directive.

Les implications de cette « CDIisation » de la fonction publique restent également floues, alors que l'apport progressif de garanties de carrière à des contractuels normalement recrutés pour occuper temporairement un emploi bouscule l'équilibre statutaire global. Cet alignement des garanties est par ailleurs contradictoire avec le non-dit initial du choix politique du contrat, censé apporter de la flexibilité à une fonction publique jugée trop rigide. Le législateur, soucieux de ménager les contraires, a ainsi préféré jusqu'à présent rester muet sur les causes de licenciement de ces agents en CDI⁴, tout en fixant quand même certaines conditions.

On ne s'étonnera donc guère qu'il revienne au juge de dénouer les nœuds, tâche délicate à laquelle vous invite aujourd'hui la cour administrative d'appel de Paris

* * *

Cette dernière vous soumet, par le biais d'une demande d'avis fondée sur l'article L. 111-3 du code de justice administrative (CJA) dont la recevabilité est certaine, deux interrogations : peut-il être mis fin au contrat à durée indéterminée d'un agent public au motif que l'administration entend le remplacer par un fonctionnaire titulaire ? Si ce motif est acceptable, l'employeur n'a-t-il toutefois pas l'obligation, avant de pouvoir procéder légalement au licenciement, de chercher à reclasser l'agent dans un autre emploi ?

La cour a souhaité vous interroger sur ces points à la faveur d'un contentieux opposant à l'éducation nationale un professeur contractuel d'une discipline rare (« tapisserie, couture, décor ») recruté en 1993 et en poste dans un collège parisien. Alors que son engagement a été converti en juillet 2006 en contrat à durée indéterminée, en application de la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005⁵, elle a été licenciée à compter de l'année scolaire 2007/2008. Si le motif affiché du licenciement était l'absence de besoin d'enseignant de sa spécialité, le motif réel du licenciement est plutôt, comme l'ont retenu les juges du fond, la priorité de recrutement du titulaire qui l'a remplacée à son poste.

* * *

Plusieurs juridictions du fond ont déjà décidé d'encadrer le licenciement des agents contractuels.

La cour administrative d'appel (CAA) de Marseille est la première à avoir offert à l'agent public en CDI une protection en cas de licenciement. Elle a reconnu un principe général du droit selon lequel « *lorsqu'elle supprime l'emploi d'un agent bénéficiaire d'un contrat à durée indéterminée, l'autorité administrative doit le reclasser et ne peut le licencier que si le reclassement s'avère impossible ou si l'agent refuse le reclassement qui lui est proposé* » (CAA Marseille, 30 mars 2010, *Mme L...*, n° 08MA01641, C+). Cette décision formalise plus nettement la position contenue dans un arrêt antérieur de trois semaines, mais à la formulation moins immédiate (CAA Marseille, 19 mars 2010, *Mme M...*, n° 08MA04753,

⁴ Des textes disposent parfois de règles précises, comme le statut du personnel administratif des chambres de commerce et d'industrie (art. 33).

⁵ portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique

en R. ; pour un éclairage sur la portée de la décision : L. Marcovici, AJDA 2010 p. 784, « *Des agents publics contractuels mieux protégés* »⁶. Le tribunal administratif de Nantes (18 mai 2011, n° 0705084, AJDA 2001. 1334, concl. T. Giraud) a suivi la même pente, de même que la cour de Paris (5 décembre 2011, *Ministre de l'Éducation nationale*, n° 10PA00703⁷).

La cour administrative de Lyon (15 décembre 2011, *M. E...*, n° 10LY02708, en R., AJDA 2011. 111, note E. Aubin)⁸ a été plus ambitieuse encore. Sa position couvre tous les agents contractuels, que la durée du contrat soit déterminée ou indéterminée. La cour a jugé, en formation collégiale élargie, « *qu'il résulte du principe général du droit dont s'inspirent tant les dispositions du code du travail relatives à la situation des salariés dont l'emploi est supprimé que les règles statutaires applicables dans ce cas aux fonctionnaires, qu'il appartient à l'employeur de chercher à reclasser dans un autre emploi le salarié dont l'emploi est supprimé et, en cas d'impossibilité, de prononcer, dans les conditions prévues pour l'intéressé, son licenciement ; que ce principe est applicable, en particulier, aux agents contractuels de droit public dès lors qu'ils occupent un emploi permanent, dans la limite de la durée de leur contrat* ».

* * *

Vous n'êtes pas appelés à approuver (ou à désapprouver) ces décisions en totalité. Les questions posées par la cour de Paris ont une portée plus étroite et ne nécessitent pas que vous procédiez au « grand soir des agents contractuels » en posant une exigence générale de reclassement (sauf, évidemment, en cas d'inaptitude professionnelle ou de faute).

Aujourd'hui, il s'agit de savoir qui, de l'agent titulaire ou du non-titulaire, a la priorité pour occuper un emploi dont la suppression n'est pas envisagée. C'est un problème d'accès à la ressource rare que constitue un emploi public permanent, centré sur le traitement des agents en CDI. Il faut dire que, s'agissant des agents en CDD, la difficulté est plutôt théorique : une administration attendra généralement la fin du contrat pour le remplacer par un titulaire, évitant un licenciement anticipé et les coûts qu'il peut engendrer.

Dans le cadre du présent avis, vous n'avez donc pas nécessairement à remettre en cause le principe selon lequel le licenciement des non titulaires est possible sans reclassement pour des motifs liés à la réorganisation du service lorsque celle-ci se traduit par une suppression d'emplois. Vous avez été soucieux de ménager cette souplesse en donnant aux administrations, sauf texte contraire⁹, une flexibilité réelle. Ainsi, « *une commune peut légalement, quel que soit l'état des finances communales, procéder à une suppression*

⁶ Il y est jugé qu'« *il résulte (des) dispositions de la loi du 26 juillet 2005, éclairées par leurs travaux préparatoires, qu'un agent recruté sur un emploi permanent pouvant légalement être confié à un agent contractuel (en...) durée indéterminée, (ce dernier) ne peut faire l'objet d'un licenciement que dans l'hypothèse où (...) son poste est supprimé et où son reclassement est impossible, ou pour des motifs liés à sa manière de servir ou à son aptitude à exercer ses fonctions* »

⁷ Arrêt selon lequel avant de licencier il faut étudier les « besoins d'enseignement sur l'ensemble de l'académie et non seulement dans le lycée », ce qui ressemble à une obligation de reclassement.

⁸ V. aussi : CAA de Lyon, 11 décembre 2012, *Ministre de l'éducation nationale*, n° 12LY00520.

⁹ V. 11 mars 1991, *D...*, n° 76774, aux T.

d'emploi par mesure d'économie » (17 octobre 1986, *Commune de Saint-Léger-en-Yvelines*, n° 74694, aux T.)¹⁰. Elle le peut aussi dans « *l'intérêt du service* » (v. 17 octobre 1984, *Mme J...*, p. 332).

Le maintien de cette jurisprudence est certainement la question la plus lourde d'enjeux pour la gestion des ressources humaines dans la fonction publique. On ne peut pas nier que la réponse que vous allez apporter aujourd'hui aura un impact sur une éventuelle évolution. Il ne nous semble cependant pas qu'elle la dicte nécessairement. L'hypothèse de la demande d'avis est le maintien d'un poste sans réorganisation de service ; c'est la priorité d'affectation, au titulaire ou à l'agent en CDI, qui est incertaine. On peut accepter une certaine sécurisation de l'agent en CDI dans ce cas sans induire à terme une obligation générale de reclassement en cas de réorganisation avec suppression de poste. Les motifs de licenciement sont distincts, ce qui peut justifier un traitement différent. Après tout, une obligation de reclassement existe actuellement en cas d'inaptitude physique mais non d'insuffisance professionnelle, soit deux motifs distincts de licenciement.

Le débat restera ouvert, si vous ne voulez pas tout trancher maintenant.

* * *

En l'état de la jurisprudence, le licenciement d'un agent régulièrement recruté bénéficiant d'un CDI est libre de toute justification particulière et de toute contrainte de reclassement si l'administration entend le remplacer par un fonctionnaire titulaire.

Pour vous, dès lors qu'un emploi n'est pas occupé par un agent titulaire ou stagiaire régulièrement nommé, cet emploi, fût-il exercé par un agent bénéficiant d'un CDI, doit être regardé comme vacant. L'agent doit donc libérer la place pour permettre la réintégration d'un fonctionnaire mis en disponibilité (24 janvier 1990, *Centre hospitalier général de Montmorency*, n° 67078, au R.). Il peut même être procédé au licenciement de l'agent contractuel dès l'engagement de la procédure de recrutement du fonctionnaire, quand bien même la procédure de recrutement prendrait des mois et n'aboutirait pas le cas échéant (19 février 2003, *B...*, n° 236230, aux T., concl. P. Collin).

Par ailleurs, vous considérez de manière générale qu'un agent contractuel n'ayant pas la qualité de fonctionnaire, aucune disposition législative ou réglementaire n'oblige l'administration à formuler en sa faveur une proposition de reclassement (17 juin 1992, *P...*, n° 112771, inédite ; 8 avril 1998, *I...*, n° 161959, inédite).

* * *

Trois mouvements peuvent vous conduire à réfléchir à nouveau frais.

¹⁰ Un licenciement peut être « *commandé par la nécessité de redresser la situation (d'un établissement public) qui s'était sérieusement dégradé* » (CAA Bordeaux, 21 octobre 2004, n° 00 BX01393).

1. – Le premier est le caractère durable d'un recrutement de fonction publique sur des contrats à durée indéterminée. Ce qui était acceptable pour un petit nombre ne l'est peut-être plus à grande échelle.

1.1. – Par la loi du 26 juillet 2005, le législateur a assis l'existence, dans les trois fonctions publiques, d'une catégorie spécifique d'agents disposant de CDI. Le chapitre III de cette loi, intitulé « *Lutte contre la précarité* », limite le recours à des CDD successifs. Tout CDD ne doit désormais pas excéder la durée de trois ans et la durée cumulée ne peut dépasser six ans. Au terme de ce délai, l'administration ne peut engager l'agent que sur la base d'un CDI¹¹. En outre, un passage automatique en CDI est réservé aux agents âgés de plus de cinquante ans, en fonction ou bénéficiant d'un congé au moment de la loi et justifiant d'une durée de services effectifs supérieure à six ans au cours des huit dernières années (II de l'article 13).

Cette loi n'a toutefois pas pour effet de généraliser les CDI sur les emplois permanents. Cette forme de contrat n'est possible que dans le cadre des exceptions à l'article 3 du titre Ier du statut général, ouvertes pour la fonction publique d'Etat notamment par l'article 4 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 – les agents contractuels peuvent surtout être recrutés lorsqu'il n'existe pas de corps de fonctionnaires susceptibles d'assurer les fonctions correspondantes pour des emplois du niveau de catégorie A (1°) et lorsque la nature des fonctions ou les besoins des services le justifient (2°). La règle est un peu différente pour la fonction publique territoriale (art. 3 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984), tandis que dans la fonction publique hospitalière le recrutement sur contrat, et notamment sur CDI, est plus largement ouvert (v. article 9 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986)¹².

1.2. – La loi n° 2012-347 du 12 mars 2012, dite Loi « Sauvadet », qui retranscrit un protocole d'accord signé avec les organisations syndicales, est allée plus loin.

Elle renforce nettement la présence du CDI en assouplissant, dans les trois fonctions publiques, les modalités de calcul des 6 ans. Est prise en compte la durée de « *services publics effectifs, accomplis auprès du même département ministériel, de la même autorité publique ou du même établissement public, au moins égale à six années* » (art. 8) – pour la fonction publique territoriale, il s'agit de la même « *collectivité ou du même établissement public* » (art. 21)¹³. Le changement d'approche est notable et amplifie l'impact qui avait été plutôt réduit après 2005 en raison de la rigueur des critères.

Par ailleurs, l'article 36 de la loi ouvre à titre expérimental, jusqu'au 13 mars 2016, la possibilité de recruter un agent directement en CDI au sein de l'Etat s'il n'existe pas de corps de fonctionnaire.

Quant à l'article 41, il introduit dans la loi du 26 janvier 1984 plusieurs nouvelles dérogations au principe selon lequel les emplois civils permanents sont occupés par des

¹¹ nouvel art. 12 de la loi du 11 janvier 1984, pour l'Etat, article 3 de la loi du 26 janvier 1984, pour les collectivités territoriales, et article 9 de la loi du 9 janvier 1986, pour les établissements hospitaliers

¹² Il a toujours existé des législations particulières (v. par ex. art. 34 et 35 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 concernant les « berkaniens »).

¹³ La condition est dans les deux cas plus souple pour les agents âgés d'au moins 55 ans.

fonctionnaires. Un agent contractuel peut désormais être recruté sur un emploi permanent pour assurer le remplacement d'un titulaire (art. 3-1) ou faire face à une vacance temporaire d'emploi dans l'attente du recrutement d'un fonctionnaire (art. 3-2). Il peut surtout être recruté pour occuper de manière permanente un emploi permanent, dans des hypothèses classiques telles que l'absence de corps de fonctionnaires correspondant ou, pour les emplois de catégorie A, quand les besoins des services ou la nature des fonctions le justifient, sous réserve qu'aucun fonctionnaire ne puisse être recruté (nouvel art. 3-3).

Est également marquant le fait que la loi de 2012 choisit, pour résorber l'emploi précaire, de faire coexister des mesures classiques de titularisation sur titres et un dispositif de « CDIisation ». L'administration est ainsi obligée de transformer en CDI les CDD d'agents qui remplissent deux conditions relatives à la fois au fondement de leur contrat et à leur ancienneté (art. 8, 21 et 30). Ceux-ci ne seront pas titularisés mais disposeront, dans l'esprit du législateur, d'un statut non précaire équivalent. Ainsi, la loi de 2012, loin de chercher à résorber le personnel contractuel comme les précédentes lois de lutte contre la précarité dans la fonction publique, utilise le CDI comme un outil de résorption de la précarité¹⁴.

Les lois de 2005 et 2012 assoient donc une « CDIisation » de la fonction publique.

1.3. – Quel que soit l'avis que chacun peut avoir de cette évolution, controversée car elle créerait un « statut-bis », il faut reconnaître que la donne a changé.

Vous ne pouvez notamment plus considérer que le statut s'oppose à un recrutement d'un agent public pour une durée indéterminée, comme vous l'avez fait en 1999 (27 octobre 1999, B..., n° 178412, au R., concl. J-H Stahl). La Section a alors reconnu que les lois de 1983, 1984 et 1986 avaient introduit des règles nouvelles plus strictes qu'avant et qu'il fallait arrêter de requalifier des contrats de recrutement d'agents publics signés postérieurement à ces lois en contrats à durée indéterminée, cette catégorie ne pouvant plus exister. Ce faisant, il a été mis fin à la jurisprudence *Mme G...* (Sect., 14 novembre 1980, au R., concl. JF Théry) qui, afin d'assurer aux agents publics une protection équivalente à celle des salariés privés, requalifiait en contrat à durée indéterminée les contrats conclus pour un an avec une clause de renouvellement par tacite reconduction¹⁵.

Ce qui vous a guidés en 1999 est le fait qu'il résultait du statut, comme le disait J-H Stahl, que « *les emplois permanents des administrations doivent (...) être occupés par des fonctionnaires qui sont les seuls agents publics à bénéficier, de par la loi, d'une certaine forme de stabilité statutaire* ». Cette dernière affirmation n'est précisément plus exacte dans sa généralité. Le bénéfice du CDI vise, dans l'intention du législateur, à assurer une stabilité statutaire à des agents dont l'engagement avec l'administration est assez ancien ou qui ont un certain âge et qui ont fait preuve de leur expérience et de leur compétence. Et, nous vous l'avons dit, pour la fonction publique territoriale, des contractuels peuvent désormais occuper de manière permanente des emplois permanents.

¹⁴ Comme le dit D. Jean-Pierre (« *la loi du 12 mars 2012 et la consécration du dualisme statutaire dans la fonction publique* », Semaine juridique n° 36, 10 septembre 2012, 2290), la loi « *œuvre aussi à la reconstitution d'un vivier d'agents en CDI* ».

¹⁵ Ce faisant, le Conseil avait épousé la jurisprudence de la Cour de la cassation selon laquelle le jeu de la clause de tacite reconduction rendait indéterminée la durée du contrat, et ce dès l'origine (v. entre autres : 10 juin 1983, *Ville de Béziers*, p. 242).

De même que la novation du statut vous a conduits à restreindre en 1999 une jurisprudence antérieure protectrice de l'agent public, les novations législatives de 2005 et 2012 peuvent légitimement vous conduire à réexaminer vos positions actuelles.

2. – Un réexamen peut être possible en raison d'un mouvement parallèle : l'effacement continu pour les contractuels à durée indéterminée de la logique d'emploi au profit d'une prise en charge de leur carrière.

Les apports du décret n° 2007-1829 du 24 décembre 2007 modifiant le décret n° 88-145 du 15 février 1988¹⁶ sont déterminants. Il a instauré pour les bénéficiaires de CDI des obligations d'évaluation et de réexamen de leur rémunération tous les trois ans (art. 3). Plus caractéristique encore, une mise à disposition est possible (art. 18) : l'agent non titulaire à durée indéterminée peut continuer à percevoir sa rémunération et exercer pour une autre administration de l'Etat ou un de ses établissements. Dans ce cas, il est, selon le décret, « *réputé occuper son emploi* », ce qui est contradictoire avec l'idée de la vacance de poste.

L'agent bénéficiant d'un CDI peut également exercer une mobilité. Le nouvel article 33-2 du décret de 1988 lui ouvre la possibilité d'un congé sans rémunération pour une durée de 3 ans, renouvelable une fois. A l'issue du congé, l'agent a droit à être réemployé sur l'emploi ou l'occupation précédente dans la mesure permise par le service (art. 32) ou un « *emploi ou occupation similaire assorti d'une rémunération équivalente* » (art. 32). Cette obligation de reclassement vaut pour tout réemploi à l'issue du congé¹⁷.

Ces réformes s'éloignent très nettement de la logique d'emploi qui singularise normalement le non-titulaire – logique qui suppose une absence d'évolution de la situation professionnelle de l'agent et la soumission à de multiples recrutements. Elles assurent à l'agent bénéficiant d'un CDI, une fois recruté, une progression de carrière qui n'est guère différente de celle assurée aux fonctionnaires. Comme l'analyse très finement D. Jean-Pierre (« *La loi du 12 mars 2012 et la consécration du dualisme statutaire dans la fonction publique* », Semaine juridique n° 36, 10 septembre 2012, 2290) : « *on assiste (...) depuis quelques années à une fonction publique où, à côté de la distinction classique entre fonctionnaires et agents non titulaires en CDD, se met en place une troisième catégorie d'agents, ni fonctionnaires, ni agents recrutés à titre temporaire* ».

3. – Un dernier mouvement doit être pris en considération : celui de votre propre jurisprudence.

3.1. – Historiquement, la protection des agents contractuels doit beaucoup à votre œuvre. Vous avez continûment veillé à leur assurer des garanties équivalentes à celles des salariés de droit privé, dans la mesure compatible avec l'intérêt du service public. Sans appliquer directement le code du travail, vous vous êtes fondés sur ses dispositions, ainsi que

¹⁶ pris pour l'application de l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984.

¹⁷ Le décret de 2007 impose aussi la création dans toutes les administrations de l'Etat et de ses établissements publics d'une ou plusieurs commissions consultatives paritaires comprenant un nombre égal de représentants de l'administration et des agents non titulaires. Elles jouent à l'égard de ces agents le rôle que les commissions administratives paritaires jouent pour les titulaires.

sur les règles statutaires applicables aux fonctionnaires, pour reconnaître des principes généraux du droit – la marque la plus particulière du pouvoir prétorien du juge et de sa fonction prescriptive.

Vous avez affirmé que l'interdiction de licencier une femme enceinte s'appliquait aux femmes employées dans les services publics (Ass., 8 juin 1973, *Mme P...*, p. 406, aux concl. de Mme Grévisse, AJDA 1973, p. 587, chron. D. Léger et M. Boyon), que tout agent contractuel a droit à un minimum de rémunération (Sect., 23 avril 1982, *Ville de Toulouse c/ Mme A...*, p. 151, concl. contraires D. Labetoulle) et que le préavis de licenciement ne peut être tenu pour accompli pendant un congé maladie (12 juin 1987, *Ministre de l'éducation nationale c/ Mme S...*, n° 67629, aux T.). Vous avez ensuite exigé de l'administration, lorsqu'il a été médicalement constaté qu'un salarié se trouve atteint d'une manière définitive d'une inaptitude physique à occuper son emploi, de le reclasser dans un autre emploi (2 octobre 2002, *CCI de Meurthe-et-Moselle*, n° 227868, au R., aux concl. contraires D. Piveteau ; 26 février 2007, *Agence nationale pour l'emploi (ANPE)*, n° 276863, aux T.)¹⁸.

Ce même souci de protection des agents contractuels avait déjà commandé l'arrêt *Mme Guilley*. Vous aviez repris à votre compte la jurisprudence favorable aux salariés de la Cour de la cassation selon laquelle le jeu de la clause de tacite reconduction rendait indéterminée la durée du contrat, et ce dès l'origine (v. entre autres : 10 juin 1983, *Ville de Béziers*, p. 242).

3.2. – La jurisprudence a par ailleurs limité la portée conventionnelle du contrat de l'agent public et progressivement assimilé son régime à celui d'un fonctionnaire.

3.2.1. – Après avoir abandonné l'idée, résultant de l'arrêt *Winkell* du 7 août 1909 (p. 826) mais effacée progressivement sous le feu de la critique doctrinale, que tous les agents travaillant pour une personne publique disposaient d'un « *contrat de fonction publique* », vous avez raisonné en partant de l'idée que tant les titulaires que les non titulaires étaient dans une situation légale et réglementaire. Comme le disait le Pdt Genevois dans ses conclusions sur l'arrêt de Section du 25 mai 1979 *Mme R...*, n°s 06436 06437, p. 231, « *derrière le contrat, il y a en fait un statut qui se dessine* » – la plupart des clauses contractuelles sont ainsi déterminées par des règles impératives qui tiennent en échec la volonté des parties¹⁹.

3.2.2. – Vous avez pour autant estimé, par une formule impressionnante mais en réalité assez trompeuse, que le contrat de recrutement d'un agent public lui « *crée des droits* » (Sect., *C...*, 31 décembre 2008, n° 283256, p. 481).

¹⁸ Récemment, il a été fait recours à un principe général du droit pour régler le champ de la protection fonctionnelle du fonctionnaire (Section, 8 juin 2011, *F...*, au R. p. 270, n° 312700).

¹⁹ Ce qui a conduit la doctrine à parler de « *contrat d'adhésion de droit public* » (D. Ruzié, Les agents des personnes publiques et les salariés en droit français : LGDJ, 1960, p. 52) ou de « *contrat attributif (...) d'une situation légale et réglementaire* » (Traité des contrats administratifs, Laubadère et autres, p. 84, § 54). V. aussi Pr. Gaudemet, « *Existe-t-il une catégorie d'agents publics contractuels de l'administration ?* », AJDA, 12/1977, p. 614 et s.). C'est cette forte particularité, traduisant la « *nature particulière des liens qui unissent les collectivités publiques à leurs agents non titulaires* », qui a notamment justifié l'ouverture aux tiers de la voie du recours en annulation des contrats de recrutement d'agents publics, dans toutes ses stipulations (Sect., 30 octobre 1998, *Ville de Lisleux*, Leb. p. 375, ccl. J-H Stahl).

Cette formule entendait avant tout exclure la voie de l'action en nullité du contrat, qui aurait privé de tout droit un agent dont le contrat serait entaché d'une irrégularité. Vous n'avez pas voulu que l'agent recruté illégalement du fait de l'administration soit dépourvu de toute protection et que son contrat soit réputé de nul effet. La décision va toutefois au-delà, puisqu'elle fait très explicitement référence à la jurisprudence *Ternon* (Ass., 26 octobre 2001, Rec. p. 497 avec concl. F. Séners, RFDA 2002 p. 77 concl. F. Séners, AJDA 2001 p. 1037 chr. M. Guyomar et P. Collin) applicable au retrait des actes unilatéraux et visant à garantir la sécurité des situations juridiques (v. par *a contrario*, sur la possibilité de retirer un contrat illégal dans un délai de quatre mois : 21 novembre 2012, *Région Languedoc-Roussillon*, n° 329903, aux T.). Comme le résumait parfaitement E. Crépey dans ses conclusions sur cette dernière affaire, par la décision n° 283256 C..., « vous avez définitivement dissipé ce que le président Genevois (...) avait déjà appelé « l'illusion » de l'aspect contractuel du contrat de fonction publique (...–... une) illusion (...qui...) avait (...) été largement éventée par un puissant mouvement fait à la fois d'innovations jurisprudentielles et d'enrichissement des textes législatifs et réglementaires encadrant, en la matière, la liberté contractuelle au point de ne lui laisser qu'une place « interstitielle ».

Mais alors, si les clauses du contrat sont déterminées par des règles d'ordre public auxquelles il ne peut être dérogé, quel est donc ce droit que crée le contrat ? C'est l'ambiguïté de la formule de la décision n° 283256 C..., qui a été l'objet de beaucoup de discussions.

La décision de recruter est certainement acquise, mais cela ne fait aucun doute depuis au moins 1971 (2 avril 1971, T..., Leb. p. 923 ; 13 novembre 1981, T..., concl. Labetoulle). E. Glaser considérait dans ses conclusions que les stipulations mêmes créaient des droits. Mais vous avez eu soin ensuite de préciser que l'agent ne peut toujours pas prétendre à la mise en œuvre de stipulations contractuelles illégales (v., pour une confirmation après *Cavallo* : 30 mai 2012, *Mme D...*, n° 343039 aux T.). Vous n'avez ainsi pas remis en cause la longue jurisprudence imposant l'application des règles statutaires pour le calcul des indemnités de licenciement ou le délai de préavis, etc... (1^{er} octobre 2001, *Commune des Angles et Régie autonome des sports et loisirs de la commune des Angles*, T p. 793 ; 14 juin 2004, *M. L...*, p. 252 ; 12 décembre 2008, C..., n° 296099, aux T. ; v. après *Cavallo*, pour la durée du préavis de licenciement : 15 juin 2012, *Etablissement public local de l'enseignement agricole de Lavaur*, n° 335398, aux T. ; 30 janvier 2012, C..., n° 342355, aux T. ; 6 février 2013, *Mme C...*, n° 347622).

En réalité, la portée du droit acquis semble plutôt tenir au droit de l'agent de voir sa situation régularisée ou, à défaut, d'être reclassé sur un emploi de niveau équivalent ou tout autre emploi – c'est cette forte obligation de reclassement qui distingue la décision n° la décision n° 283256 C....

Sûrement cette obligation de reclassement est-elle dérivée de l'irrégularité initiale, qui ne permet pas de laisser l'agent occuper son emploi. Sûrement aussi a-t-elle été posée pour protéger l'agent public face à son employeur en évitant de le priver de tout droit. Il n'empêche qu'en droit, vous avez posé l'obligation par parallèle avec l'exigence faite à l'administration de placer ses fonctionnaires dans une position régulière au regard du statut (Assemblée, 11 juillet 1975, *Ministre de l'éducation nationale c/ Dame S...*, p. 424 avec conclusions R. Denoix de Saint Marc ; Section, 6 novembre 2002, *G...*, p. 376, RFDA

2003.984 conclusions J.-H. Stahl). Surtout, en pratique, le droit d'« être recruté » garanti par la décision n° 283256 C..., comme le résume une décision du 10 février 2010 *Union des CCI du Massif central* (n° 314145 et s., aux T.), revient à garantir à l'agent public un emploi auprès de l'administration qui l'a recruté – et non nécessairement l'emploi pour lequel il a été initialement recruté.

Comme l'ont noté plusieurs commentateurs, à commencer par ceux que l'on dit autorisés (S.-J. Liéber et D. Botteghi, « *le retour du fonctionnaire contractuel ?* », AJDA 2009 p. 146), la décision n° 283256 C... fait en réalité des non-titulaires une catégorie particulière d'agents, qualifiés de « *fonctionnaires non statutaires* ». Ils entrent au service du public par une porte qui n'est pas celle du concours ou de l'examen, mais, une fois cette porte franchie, ils disposent de droits guère éloignés de ceux du fonctionnaire...

3.2.3. – Si les enjeux peuvent être dissociés – dans la décision n° 283256 C..., la protection de l'agent irrégulièrement recruté, ici la stabilité de l'agent en contrat à durée indéterminée – cette décision, compte tenu de sa logique et de son inspiration, indique une direction.

D'une part, affirmer qu'un recrutement par contrat crée des droits au profit de son bénéficiaire mais que le poste qu'il occupe doit être regardé comme vacant relève de l'acrobatie. La fiction de la vacance juridique sur laquelle se fonde votre jurisprudence, qui était déjà provocatrice, ne tient plus. Et si le poste n'est pas vacant et que la personne qui l'occupe a un droit à cet emploi, voire peut-être à un autre emploi, comment continuer à justifier un « licenciement sec » ?

D'autre part, le rapprochement du traitement des agents bénéficiant d'un contrat irrégulier et des agents disposant d'un contrat régulier est problématique. Pour ceux dont le contrat est irrégulier, selon la décision n° 283256 C..., il est nécessaire avant de procéder à leur licenciement de les reclasser, sur tout poste disponible, même de niveau inférieur. Pour ceux disposant d'un contrat régulier, en revanche, le licenciement est libre de toute contrainte. La jurisprudence semble donc mieux traiter l'agent irrégulièrement recruté, même pour une durée déterminée, que l'agent disposant en toute légalité d'un CDI.

* * *

A nos yeux, l'action combinée du législateur et de votre jurisprudence doit vous conduire à apporter à l'agent bénéficiant d'un CDI une garantie afin d'éviter un « licenciement sec » contradictoire avec la stabilité de l'emploi et les garanties de carrière dont le législateur a entendu le faire bénéficier. Il faut trouver un équilibre entre l'actuelle précarité de leur situation qui ne les différencie guère des autres contractuels et une stabilité de l'emploi qui serait équivalente à celle des titulaires.

Vous pourriez toutefois considérer que toute évolution relève du législateur et que la jurisprudence est mal outillée pour intervenir. Avec un tel raisonnement, cependant, vous n'auriez jamais, depuis *Dame Peynet*, marqué votre souci d'aiguiller le droit en matière de fonction publique. Vous n'avez pas hésité à poser des exigences, y compris de reclassement, malgré la difficulté à régler les modalités pratiques d'application (v. les conclusions contraires

du Pdt Labetoulle sur la décision *Ville de Toulouse*). On n'oubliera pas que, s'agissant des salariés, c'est dans le silence de la loi que la Cour de cassation a jugé qu'un licenciement économique ne peut avoir de motif réel et sérieux que si, au préalable, l'employeur a tenté de reclasser le salarié (Cass. soc., 25 février 1992, RJS 4/92, n° 420 ; 8 avril 1992, Dr. Soc. 1992, 626, RJS 5/92, n° 598). Dans un premier temps, la loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 s'est bornée à hisser au niveau législatif cette obligation générale de reclassement avant que, dix ans plus tard seulement, par la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002, l'étendue et les conditions de ce reclassement aient été précisées.

Il s'agit là d'une dynamique classique entre l'administration et son juge. Votre décision n'a pas vocation à régler toutes les questions liées à un éventuel reclassement (périmètre, définition des emplois, nombre de propositions, délai). Elle aiguille les autorités compétentes qui pourront intervenir pour préciser, ajuster ou assurer la mise en œuvre d'une obligation générale, en complément de la jurisprudence.

* * *

La voie privilégiée jusqu'à présent par les juges du fond est une obligation de rechercher un reclassement. Il faut pourtant s'arrêter d'abord à la première question : la légalité même du motif de licenciement.

1. – Accepter qu'il soit mis fin à un contrat à durée indéterminée pour un motif autre que la faute, l'insuffisance professionnelle ou l'inaptitude n'a rien d'évident. On peut considérer que la logique d'emploi des agents contractuels s'oppose à un licenciement au seul motif que la place doit être occupée par un titulaire. L'agent ayant été recruté sur un emploi spécifique en raison de ses compétences propres ou de besoins particuliers, la garantie qu'il tire de son contrat peut être celle d'occuper cet emploi, pour une durée déterminée ou, quand la loi l'autorise, une durée indéterminée. Dans une logique d'emploi, si le contrat crée le droit d'être recruté, il en résulte la garantie d'occuper l'emploi pour lequel le recrutement a eu lieu.

Cependant, bien que la fiction de la vacance de poste ne soit plus concevable, il paraît impossible de garantir à l'agent contractuel en CDI une telle stabilité de l'emploi. Ce serait d'abord une protection plus forte que celle du fonctionnaire, lequel, sauf s'il est magistrat, peut être déplacé dans l'intérêt du service. Dès lors qu'un agent public, comme un fonctionnaire, est dans une situation statutaire et réglementaire, l'exigence de mobilité du dernier doit valoir aussi pour le premier. A la différence d'un salarié, l'agent public n'est en effet pas « propriétaire » de son emploi. On a vu d'ailleurs à quel point les évolutions récentes éloignent le traitement du contractuel d'une pure logique d'emploi pour épouser celle de la carrière. Une telle garantie d'emploi serait enfin assez fondamentalement contraire à l'article 3 du titre Ier du statut qui continue à poser qu'en principe les emplois civils permanents des personnes publiques sont occupés par des fonctionnaires²⁰.

La construction même de la fonction publique « à la française » suppose donc une priorité d'emploi de l'agent titulaire. Le droit que garantit le contrat n'est pas celui d'occuper

²⁰ L'article 3-3, 2° de la loi du 26 janvier 1984 précise ainsi, depuis mars 2012 que le recrutement n'est possible que « sous réserve qu'aucun fonctionnaire n'ait pu être recruté ».

de manière indéterminée l'emploi de recrutement. Si un fonctionnaire titulaire est appelé à occuper l'emploi, il est prioritaire.

Ceci dit, comme l'expliquent autant le ministre de l'éducation nationale que le Premier ministre, les administrations s'attachent en pratique à éviter ce genre de situations – c'est pourquoi nous disions au début qu'il fallait relativiser la portée des questions posées aujourd'hui. Dans certains cas, le remplacement est inévitable, notamment quand il n'existe pas d'autre poste vacant (comme dans le cas d'espèce) ou que l'agent est resté sur un même poste sur une trop longue durée – dans ce cas, une mutation dans l'intérêt du service doit être possible comme pour un fonctionnaire. Dans de nombreux cas, en revanche, un remplacement peut être évité. Le Premier ministre considère d'ailleurs que l'article 3 de la loi du 13 juillet 1983 ne saurait être interprété comme justifiant à lui seul et dans tous les cas le remplacement d'un agent contractuel comme un fonctionnaire. Cette position reviendrait à exiger de l'administration qu'elle prouve dans le cas particulier n'avoir eu d'autres solutions que d'assurer le remplacement d'un non-titulaire par un titulaire – en justifiant par exemple de l'absence de tout autre emploi disponible. Le motif du licenciement serait légal à la condition que l'employeur prouve ne pas avoir pu éviter le remplacement. Une telle obligation serait toutefois particulièrement difficile à mettre en œuvre et surtout à contrôler par le juge ; elle inverse aussi un peu trop l'ordre des choses : il faudrait pour ainsi dire que l'administration justifie avoir pu reclasser le fonctionnaire titulaire sur un autre emploi avant de pouvoir licencier un agent contractuel ... Nous ne vous proposons pas de raffiner ainsi le contrôle de légalité du motif.

2. – Nous pensons plutôt que c'est au stade de la recherche de reclassement, et non de la légalité du motif de licenciement, que la garantie doit se trouver. Si l'administration décide de remplacer un agent en CDI par un titulaire, elle doit au préalable rechercher à le reclasser.

2.1. – Cette obligation procédurale nous paraît constituer un meilleur équilibre entre la (relative) précarité des CDD et la sécurité des titulaires, pour trois raisons.

La première est que le législateur a déjà reconnu, implicitement mais nécessairement, un droit au reclassement puisque l'article 49 de la loi de 2012 prévoit que « *les décrets qui fixent les dispositions générales applicables aux agents non-titulaires (...) prévoient également les motifs de licenciement, les obligations de reclassement et les règles de procédure applicables en cas de fin de contrat* ». Si les décrets d'application de cette loi n'ont encore été pris, l'obligation est là. Elle est en harmonie avec la jurisprudence du Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne et la pratique d'autres Etats membres – même si la comparaison n'est pas facile puisque dans de nombreux pays, comme en Allemagne, des règles proches du droit du travail s'appliquent. Le tribunal de Luxembourg, appelé à connaître d'une structure statutaire très similaire à la France, estime ainsi que le CDI se caractérise par la stabilité de l'emploi qui, si elle n'est pas comparable à la garantie de l'emploi des fonctionnaires, le distingue de façon essentielle, sous l'angle de la sécurité de l'emploi, des contrats à durée déterminée. Par suite, le motif de licenciement n'est valable que si l'employeur a examiné si l'intéressé ne peut pas être réaffecté à un autre poste existant ou devant être prochainement créé (9 déc. 2010, aff. F-87/08, *Schuerings/ETF* et *Vandeuere/ETF*, aff. F-87/08).

La seconde raison est qu'en pratique, cet effort de reclassement a souvent lieu, la plupart des gestionnaires s'attachant à éviter un licenciement « sec » dans le cas où un titulaire doit prendre la place. Le Premier ministre, en cohérence avec sa position sur le motif de licenciement, prend d'ailleurs nettement position dans le sens d'une telle recherche de reclassement. Il estime qu'en l'absence même de règle juridique, il appartient à l'administration de rechercher si des postes comparables en termes de qualification, de rémunération ou de responsabilité peuvent être proposés.

La dernière raison est que le droit au reclassement du non-titulaire n'est pas équivalent au droit à l'emploi du titulaire. Ce n'est qu'une obligation de moyens, et non l'assurance d'un résultat. L'employeur n'est pas tenu de reclasser, mais de proposer ou de rechercher un reclassement, l'accord de l'intéressé étant nécessaire. Cet exercice est certainement un des plus délicats parmi ceux qu'exige la direction des ressources humaines, mais il fait partie du paysage depuis plusieurs décennies, à la fois dans le secteur privé en raison de l'impulsion volontariste de la Cour de cassation et dans le secteur public. Par ailleurs, encore une fois, l'exigence de proposer un reclassement pourra être précisée par les autorités compétentes.

2.2. – Restent deux points à éclairer.

2.2.1. – D'abord le champ et l'étendue du reclassement.

A notre sens, à la différence de la solution adoptée dans la décision n° 283256 C..., le reclassement doit être proposé sur un emploi de niveau équivalent, et non sur tout autre emploi même inférieur. Ce champ est certes plus réduit que celui qui existe pour les salariés – selon l'article L. 321-4-1 du code du travail, le reclassement dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi porte sur « *des emplois relevant de la même catégorie d'emplois ou équivalents à ceux (... que les salariés) occupent ou, sous réserve de l'accord exprès des salariés concernés, sur des emplois de catégorie inférieure* ». Mais il correspond mieux à la logique d'emploi qui est à l'origine du recours à des contractuels dans la fonction publique²¹ ; c'est en raison de compétences spécifiques que souvent le recrutement d'un contractuel a lieu. Il faut garder ce lien avec l'emploi. Par emploi de niveau équivalent, nous entendons exiger de l'administration qu'elle s'attache à maintenir la situation professionnelle de l'agent ; les postes proposés doivent notamment être en rapport avec la qualification et le rang hiérarchique du salarié (v. Cass. soc., 24 septembre 2008, *Société Gitec Travail Temporaire*, n° 07-42200 ; Bull. civ. V, n° 178 ; RJS 2008, n° 1176) – ou, comme dit le Premier ministre, équivalents en termes de qualification, de rémunération ou de responsabilité.

La contrainte réelle de l'obligation de reclassement dépend par ailleurs avant tout de son étendue. Si le reclassement doit avoir lieu au sein de l'Etat, l'obligation de moyen peut se transformer en garantie d'emploi, sauf pour les agents recrutés pour une spécialité ou une compétence rares – tandis que dans une collectivité territoriale, en fonction de sa taille, les chances de reclassement seront faibles. Un champ de reclassement plus étroit pourrait égaliser

²¹ V., au cas où un texte pose une obligation de reclassement sur un poste inférieur, 1^{er} août 2013, *M. D...*, n° 357852, à mentionner aux tables.

le traitement entre fonctions publiques et mieux assurer l'équilibre entre précarité et garantie. Vous pourriez par exemple, en allant dans le sens de la loi de 2012 qui retient le « *département ministériel* » comme champ d'appréciation des droits à un CDI au sein de l'Etat (art. 6 bis de la loi du 11 janvier 1984), limiter à un tel département l'obligation de rechercher un poste. Même si cette notion est sujette à interprétation, elle présenterait l'avantage de ne pas mieux garantir les droits des agents de l'Etat que ceux des autres personnes publiques. Vous pouvez aussi bien vous borner à poser le principe du reclassement, à charge ensuite pour les autorités compétentes et la jurisprudence de définir plus avant son champ. C'est cette voie de précaution qu'avait empruntée la Cour de cassation à l'origine ; ce n'est qu'après plusieurs années que l'obligation précise s'est dessinée, par la jurisprudence puis par la loi (v. *supra*).

2.2.2 – La toute dernière interrogation est strictement juridique.

Pour imposer ce nouveau droit en l'absence de texte législatif ou réglementaire, les juges du fond ont opté pour la reconnaissance d'un principe général du droit. Ce choix soulève inmanquablement la question lancinante du bon usage des principes généraux du droit, marques d'une histoire et dont l'utilité présente peut être contestée. Pour notre part, nous trouvons toujours cette technique juridique justifiée si des justifications objectives et transparentes viennent à son appui et dès lors que le législateur peut toujours intervenir en conséquence. En l'espèce, il serait possible, à nos yeux, de s'appuyer autant sur les règles de droit commun relatives au contrat à durée indéterminée du code du travail (nt. l'article L. 1233-4) que sur les principes applicables à la fonction publique.

Il nous semble pour autant que, pour la question qui se pose aujourd'hui, l'obligation de reclassement découle avant tout du droit que l'agent contractuel tire de son contrat d'occuper de manière indéterminée un emploi ou, à défaut, en raison de la priorité d'accès du titulaire, un emploi équivalent. Dans la décision n° 283256 C..., en partant de la prémisse selon laquelle l'agent public tire du contrat le droit d'être recruté, vous avez conclu, sans détour par un principe général du droit, à l'obligation de reclassement, une conséquence nécessaire du droit ouvert par le contrat. La logique nous paraît très similaire ici. Nous vous invitons à vous inscrire dans cette lignée et à estimer que l'obligation est dérivée du contrat à durée indéterminée lui-même.

Et par ces motifs nous concluons à ce que vous répondiez à la demande d'avis dans le sens des observations qui précèdent.