

N<sup>os</sup> 380616, 380678  
Commune Saint-Denis  
et Mme A...

1<sup>ère</sup> et 6<sup>ème</sup> sous-sections réunies  
Séance du 7 mars 2016  
Lecture du 30 mars 2016

## CONCLUSIONS

### M. Jean LESSI, rapporteur public

Mme B... A... travaille depuis 1982 pour la commune de Saint-Denis en qualité de psychologue. Depuis le 1er juillet 1994, elle liée à la collectivité par un contrat à durée indéterminée (CDI) dont l'économie générale doit être brièvement décrite<sup>1</sup>. Le contrat prévoit qu'elle exerce ses fonctions à raison de 109 heures 38 minutes mensuelles, soit l'équivalent d'un temps incomplet aux 2/3 ou 3/4 (selon que l'on prend pour référence 35 ou 39 heures) ; elle est rémunérée sur la base d'un taux horaire (95 francs à l'origine) ; le contrat garantit à Mme A... une rémunération intégrale si les heures prévues ne sont pas travaillées du fait de l'employeur.

Le nœud du problème est que Mme A..., pour le dire un peu schématiquement, estime avoir perçu certes toute la rémunération prévue par ce contrat mais rien que cette rémunération, pour un montant au total inférieur à celle versée à d'autres psychologues territoriaux de classe normale, titulaires ou contractuels, qui percevaient en outre divers accessoires de rémunération qu'elle n'a jamais perçus, en particulier l'indemnité de résidence, la NBI, ou une prime de risque « maison ».

Elle a ainsi demandé fin 2009 le versement des arriérés de ces divers accessoires de rémunération, avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 2005, c'est-à-dire au maximum de ce que permettait la prescription quadriennale. La commune, estimant que la nature du contrat, en particulier la rémunération sur la base d'un taux horaire et non d'un traitement indiciaire, faisait obstacle au bénéfice de ces divers accessoires, a refusé. Tout en contestant cette première décision de refus, Mme A... a décidé d'emprunter une autre voie, plus radicale – et faisant écho à la stratégie de défense de la commune – en demandant au maire la modification de son contrat afin de « bénéficier d'un véritable CDI sur la base d'un traitement indiciaire et non d'un traitement horaire ». Cette demande a généré un nouveau refus, lui aussi contesté.

Ce sont donc deux fers au feu que Mme A... a entretenus<sup>2</sup> : obtenir, à contrat constant, le bénéfice d'accessoires de rémunération jusque-là refusés ; obtenir la modification de son

---

<sup>1</sup> Ce recrutement a été fait en application d'une délibération du 30 juin 1994 approuvant une convention type applicable aux psychologues recrutés à temps non complet et rémunérés sur la base d'un temps non complet.

<sup>2</sup> Auparavant, Mme A... avait demandé sa titularisation. Mais les recours formés contre le refus de la titulariser ont été rejetés (CE, 9 mai 2011, *Mme A...*, n° 330594, inédite ; CE, 30 déc. 2014, *Mme A...*, n° 362257, inédite).

contrat pour lui ouvrir plus franchement droit au bénéfice de ces accessoires. La première stratégie n'a pas payé ni devant le tribunal administratif de Montreuil ni devant la cour administrative d'appel de Versailles qui s'est attachée aux caractéristiques du contrat. Mme A... se pourvoit en cassation sous le n° 380678. La deuxième stratégie s'est avérée plus efficace, puisque Mme A... a obtenu gain de cause devant le tribunal puis en appel. La commune se pourvoit à son tour en cassation sous le n° 380616. Vous joindrez les deux pourvois.

### **Nous commencerons par le pourvoi de la commune (n° 380616).**

Pour annuler le refus de modifier le contrat, la cour a considéré, d'une part, que Mme A..., recrutée sur un emploi permanent et non pour un acte déterminé, avait « improprement » reçu la qualité de vacataire et, d'autre part, que cette qualité avait « eu pour effet de lui faire percevoir une rémunération largement inférieure à celle versée aux psychologues territoriaux de classe normale employés sur un poste similaire au sien (...) et de la priver (...) des avantages indemnitaires » dont elle se prévalait. La cour en a déduit que « ces conditions d'emploi et de rémunération défavorables, qui ne correspondent pas à la réalité des missions exercées (...), ont conduit la commune à méconnaître le décret n° 88-145 du 15 février 1988 relatif aux agents non titulaires de la FPT, ainsi que « le principe d'égalité entre agents effectuant des tâches identiques ».

La commune critique soutient d'abord que la cour a commis une erreur de droit et dénaturé les pièces du dossier en jugeant que Mme A... ne pouvait pas légalement être employée comme une vacataire. La commune soutient que l'intéressée n'exerçait pas des missions revêtant un caractère « permanent », au sens de l'art. 3 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 relative à la FPT, et qu'elle ne pouvait donc être soumise au régime du décret du 15 février 1988 – lequel ne s'applique pas aux vacataires. Mais nous passerons vite sur ce moyen, qui n'est pas sérieux<sup>3</sup>. En l'espèce il est manifeste que le besoin couvert par Mme A... était permanent.

Le deuxième moyen de la commune est tiré de l'erreur de droit commise par la cour en se fondant sur la circonstance que la qualité de vacataire « improprement » donnée à Mme A... avait eu pour effet de lui faire percevoir une rémunération « largement inférieure » aux psychologues territoriaux de classe normale titulaires d'une ancienneté comparable. Or, selon la commune, il n'existe aucune obligation de traiter de manière identique les titulaires et les contractuels<sup>4</sup>. Mais il nous semble que le moyen fait dire à l'arrêt attaqué plus qu'il ne dit : la

---

<sup>3</sup> Nous avons des doutes sur l'intérêt de ce débat. La commune, qui a toujours assumé avoir embauché Mme A... sur un CDI, n'a jamais soutenu, jusqu'à son pourvoi, que l'intéressée remplissait les conditions d'emploi d'un vacataire. Certes, ce contrat présente une similarité avec la vacance, à savoir la rémunération sur une base horaire. Mais cela ne suffit pas. C'est la cour qui a pris l'initiative d'assimiler ce contrat à une vacance, pour le regarder aussitôt comme illégal dès lors que Mme A... n'en remplissait pas les conditions... Mais ce détour par la qualité de vacataire n'est pas contesté en cassation car, pour inutile que soit la prise de position de la cour, elle n'est pas erronée. Sur le fond du débat, vous avez certes jugé que la seule circonstance qu'un agent ait été recruté plusieurs fois, au cours de différentes années, pour exécuter des actes déterminés, n'exclut pas qu'il puisse être regardé comme un vacataire, dont le recrutement vise à répondre ponctuellement à un besoin de l'administration (CE, 11 févr. 2013, Mme C..., n° 347145, aux Tables). Mais telle n'était pas la situation de Mme A...

<sup>4</sup> En l'absence de dispositions législatives ou réglementaires spécifiques relatives au niveau de rémunération des non titulaires, l'autorité compétente dispose d'une large marge d'appréciation, en tenant notamment compte des

cour a relevé l'ampleur du décrochage de rémunération, sans juger que tout différentiel serait, dès le premier centime d'euro, illégal. Le moyen nous semble manquer en fait<sup>5</sup>.

**Le troisième moyen de la commune est le plus délicat.** La cour a jugé que le calcul de la rémunération sur la base d'un taux horaire appliqué au nombre d'heures effectuées était contraire au décret du 15 février 1988. La cour soutient qu'elle a ce faisant commis une erreur de droit, ce décret ne faisant selon elle pas obstacle à un tel mode de rémunération. La commune ajoute que la cour a commis une autre erreur de droit, et dénaturé les pièces du dossier, en jugeant contraire à ce même décret, ainsi qu'au principe d'égalité, l'impossibilité pour Mme A... de bénéficier des avantages indemnitaires ouverts en principe aux non titulaires<sup>6</sup>.

**La cour a certainement commis une erreur de droit :** le décret du 15 février 1988 relatif aux agents non titulaires de la fonction publique territoriale ne s'oppose pas à une rémunération sur un taux horaire pour la simple et bonne raison qu'il ne prévoit absolument rien de précis en matière de rémunération, si ce n'est l'obligation d'un réexamen périodique, au minimum tous les trois ans, de la rémunération des agents employés à durée indéterminée (art. 1-2).

**Mais nous pensons que vous pourrez confirmer l'arrêt en substituant sur ce point un autre motif d'illégalité de ces modalités de rémunération, au regard de ce qu'implique l'article 136 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 relative à la fonction publique territoriale.**

Selon cet article, propre à la fonction publique territoriale, « les agents non titulaires recrutés pour exercer les fonctions mentionnées [à l'article] 3 de la présente loi (...) [c'est-à-dire sur des emplois permanents] sont régis notamment par les mêmes dispositions que celles auxquelles sont soumis les fonctionnaires en application des articles (...) 20 du titre Ier du

---

fonctions confiées à l'agent et de la qualification requise pour les exercer (CE, 30 déc. 2013, *Mme D...*, n° 348057, aux Tables)

<sup>5</sup> En outre, il n'est pas absolument certain que la cour ait comparé la rémunération de Mme A... et celle de titulaires : elle fait seulement référence aux « psychologues territoriaux de classe normale ». Certes, cette expression, très connotée « titulaire », vise a priori un grade au sein du cadre d'emploi des psychologues territoriaux, dont le statut fixé par un décret n°92-853 du 28 août 1992. Mais on ne peut exclure que la cour ait entendu viser les agents contractuels dont la rémunération était fixée par référence à ces titulaires-là – car c'était finalement le but ultime de Mme A... elle-même. En tout état de cause, même si l'on considère que la cour s'est référée à la situation des titulaires, elle n'a pas exigé une stricte identité, mais sanctionné un décrochage excessif. Or ce raisonnement ne nous semble pas erroné en droit, bien que vous ne l'ayez jamais consacré *expressis verbis*. Vous avez jugé que la rémunération des agents territoriaux non titulaires ne devait pas présenter de « disproportion manifeste » avec celle des agents titulaires de la fonction publique d'Etat exerçant des fonctions analogues (CE, 29 déc. 2000, *Région Nord-Pas-de-Calais*, n° 171377, aux Tables, en l'absence de correspondance étroite avec un emploi de la FPE) – mais il s'agissait de tirer les conséquences du principe de parité. Par ailleurs, vous avez indiqué, dans un avis du 28 juil. 1995, *Préfet du Val-d'Oise* (n° 168605, au Recueil) que la rémunération des agents non titulaires recrutés pour remplacer un titulaire devait tenir « compte, principalement, de la rémunération accordée aux titulaires qu'ils remplacent ». Ces deux situations ne sont pas comparables. Mais nous trouvons de bon sens que la rémunération d'un titulaire occupant un poste équivalent, titulaire d'un grade et d'un échelon auxquels sont associés un indice procédant d'une certaine objectivation du juste niveau de rémunération due, soit une référence pertinente.

<sup>6</sup> Elle rappelle que certains textes excluent expressément de leur bénéfice les agents rétribués sur un taux horaire (par ex les art. 9 et 10 du D du 24 octobre 1985 pour l'indemnité de résidence et le supplément familial de traitement), et qu'en tout état de cause les agents au taux horaire tels que Mme A..., recrutés à temps incomplet en raison des besoins du service, sont dans une situation spécifique.

statut général (...)»<sup>7</sup>. L'article 136 prévoit donc l'application de l'article 20 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983. Or, selon cet article 20, bien connu, « les fonctionnaires ont droit après service fait, à une rémunération comprenant le traitement, l'indemnité de résidence, le supplément familial de traitement ainsi que les indemnités instituées par un texte législatif et réglementaire (...) ».

**De cette passerelle jetée par l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984 entre les modalités de rémunération des titulaires et des non titulaires de la fonction publique territoriale, nous tirons deux déductions, dont une au moins est heurtée par le contrat de Mme A....**

La première, c'est que la partie principale de la rémunération d'un agent non titulaire recruté sur le fondement de l'article 3 de cette loi doit être constituée d'un « traitement ». Or il nous semble que la notion de traitement est définie de manière précise par l'article 2 du décret n°85-1148 du 24 octobre 1985 relatif à la rémunération des personnels civils et militaires de l'Etat, des personnels des collectivités territoriales et des personnels des établissements publics d'hospitalisation. Selon ces dispositions, « les traitements (...) des personnels mentionnés à l'article 1er du présent décret sont calculés en multipliant le centième de la valeur du traitement fixée à l'article 3 (...) par l'indice majoré correspondant à leur grade ou emploi, et échelon ». **Autrement dit, lorsque les textes imposent une rémunération sous la forme de traitement, il nous semble que ce terme doit être synonyme de « traitement indiciaire » : il suppose de définir la partie principale de la rémunération par référence à un indice.** Nous ne voulons pas dire que tout agent public doit être rémunéré par référence à un indice, mais de le juger lorsque les textes imposent comme en l'espèce que sa rémunération prenne la forme d'un « traitement », mot qui a un sens.

Or le produit du nombre d'heures réellement travaillées par un taux horaire ne saurait être assimilé, ni équivaloir, à un tel « traitement indiciaire ». Certes, le contrat de Mme A... n'est pas réductible à cette simple multiplication, dès lors qu'il fixe un nombre d'heures mensuelles et une garantie de rémunération à ce niveau, sauf service non fait. Mais la cour n'a pas tenu compte de cette garantie dans sa description du contrat, souverainement faite dans les termes suivants : « le contrat (...) a fixé sa rémunération sur la base d'un taux horaire appliqué au nombre d'heures de travail effectuées ». Et cette lecture n'est pas arguée de dénaturation.

Un autre argument plaide pour lire la notion de traitement comme exigeant une référence indiciaire, et comme excluant une rémunération sur une base purement horaire : c'est le souci de tenir compte de ce que de nombreux textes opèrent une distinction entre les rémunérations calculées sur une base indiciaire et celles reposant sur des taux horaires. Pour prendre deux exemples sur lesquels nous reviendrons, tel est le cas de l'article 10 du décret du 24 octobre 1985, qui réserve le bénéfice du supplément familial de traitement – lui-même calculé par rapport à l'indice de référence – aux agents « dont la rémunération est fixée par référence aux traitements des fonctionnaires ou évolue en fonction des variations de ces traitements, à l'exclusion des agents rétribués sur un taux horaire ou à la vacation ». De

<sup>7</sup> Le texte se poursuit : « Les agents contractuels (...) dont la titularisation n'a pas été prononcée continuent à être employés dans les conditions prévues par la législation et la réglementation applicables ou suivant les stipulations [de leur contrat] en tant qu'elles ne dérogent pas à ces dispositions légales ou réglementaires ».

même, l'article 9 du même décret réserve l'indemnité de résidence aux agents occupant un « emploi auquel est directement attaché un indice de la fonction publique », situation que vous avez interprétée comme celles des agents dont la rémunération est calculée « en fonction d'un indice » (CE, 25 mai 1992, *Union fédérale équipement CFDT et autres*, n° 91389, aux Tables)<sup>8</sup>. C'était d'ailleurs l'un des enjeux du cas d'espèce, le mode de rémunération de Mme A..., sur un taux horaire et non indiciaire, lui ayant opposé pour lui refuser le SFT et l'IR.

La solution proposée **ne miroiterait pas avec votre jurisprudence antérieure**. Vous avez il est vrai déjà jugé qu'aucun texte n'interdit à l'administration « de calculer la rémunération de ses agents contractuels, même employés dans des conditions correspondant à un emploi permanent, en fonction d'un taux de vacation horaires » (CE, 5<sup>ème</sup> SSJS, 16 mars 2011, *M. E...*, n° 322206, inédite). Mais ce précédent était relatif à un agent non titulaire de l'Etat, pour lequel il n'y a pas d'équivalent de l'article 136. Précisons que l'exigence d'un traitement indiciaire correspond à la doctrine de la plupart des centres départementaux de gestion de la fonction publique territoriale.

**La deuxième déduction que nous faisons de l'article 136, au-delà du bénéfice d'un « traitement », est que les agents non titulaires recrutés sur le fondement de l'article 3 ont en principe droit à une certaine structure de rémunération, incluant a minima l'indemnité de résidence et le supplément familial de traitement**, mais aussi, le cas échéant, les indemnités instituées par un texte législatif et réglementaire – vous avez déjà jugé que le contrat d'un agent non titulaire de la FPT ne saurait le priver de la vocation aux indemnités « instituées par un texte législatif et réglementaire » (29 déc. 2000, *Région Nord-Pas-de-Calais*, préc.).

Certes, vous pourriez en l'espèce considérer que si le contrat de Madame A... ne prévoit pas le bénéfice de ces deux accessoires de rémunération, il ne les exclut pas expressément. Mais la cour a souverainement interprété le contrat comme prévoyant à titre exclusif, en guise de rémunération, la multiplication du taux horaire indiqué par le nombre d'heures travaillées. Dans ces conditions, l'article 136 était méconnu pour cette autre raison également.

**Nous vous proposons donc, sous ce premier numéro, de rejeter le pourvoi de la commune au bénéfice de la substitution de motifs que nous vous proposons, fondée sur la contrariété entre la rémunération de Mme A... sur une base horaire et l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984 – motif invoqué devant les juges du fond (requête devant le TA).**

**Venons-en à présent au pourvoi de Mme A... (n° 380678) contre l'arrêt par lequel la cour a refusé d'annuler le refus de lui verser les arriérés de divers éléments de rémunération**. Seuls sont critiqués en cassation les motifs par lesquels la cour a rejeté au fond les conclusions relatives à quatre accessoires – (le SFT, l'IR, et deux indemnités « maison » de la commune de Saint-Denis).

**La première série de moyens de cassation vise un chapeau commun à l'ensemble des accessoires concernés, dans lequel la cour a jugé qu'en ne faisant pas bénéficier Mme A... des mêmes primes et indemnités que ses collègues dont la rémunération est**

---

<sup>8</sup> Ou « directement attachée à un indice de la fonction publique » (CE, 24 juin 2005, *Ministre de l'équipement, des transports, de l'aménagement, du territoire, du tourisme et de la mer c/ Mme S...*, n° 276321, aux Tables).

**calculée par référence à un traitement indiciaire, la commune n'a pas commis d'illégalité, dès lors que Mme A..., dont la rémunération est calculée sur la base d'un taux horaire, est placée, de ce seul fait, dans une situation différente<sup>9</sup>.**

Il est exact qu'on a le sentiment d'une contradiction entre les deux arrêts. Dans l'un, la cour juge que le mode de rémunération retenu pour Mme A... est illégal<sup>10</sup>, et se fonde sur cette illégalité pour annuler la décision du maire refusant de régulariser son contrat. Dans l'autre arrêt, ce mode de rémunération sur une base horaire est l'un des pivots sur lesquels la cour s'appuie pour rejeter les conclusions de Mme A... tendant au bénéfice de certains accessoires : non seulement dans les énonciations communes à tous les accessoires, dont nous venons de vous parler, mais aussi dans les motifs rejetant les conclusions concernant le SFT et l'IR. Bref, dans un cas, la cour relève l'illégalité du contrat pour ce qu'il est ; dans l'autre, elle le prend tel qu'il est.

**Nous pensons que la cour a commis une erreur de droit<sup>11</sup>.** Devant elle, Mme A... se prévalait, parmi d'autres considérations, de l'illégalité du contrat – en tout cas, clairement, du caractère injustifié du refus de modifier son contrat (mémoire complémentaire, pp. 13 et 14), critique qui, dans le contexte du double appel pendant devant la cour, avait évidemment un sens bien précis, même si Mme A... ne reprenait pas, loin s'en faut, – et l'on peut le regretter pour la clarté du débat – l'intégralité de l'argumentation qu'elle avait développée dans l'autre instance. Or la cour, alors même qu'elle relevait dans son arrêt du même jour que ce contrat était illégal et justifiait l'annulation du refus de le modifier, n'a pas repris ce constat dans l'arrêt ici attaqué. Plus encore, elle ne nous semble pas avoir recherché, comme elle y était invitée, si les stipulations du contrat relatives à la rémunération de Mme A... étaient illégales.

Or, et c'est là que réside selon nous l'erreur de droit, **nous pensons que l'illégalité de telles stipulations les rendait inopposables à Mme A..., au sens où elles ne sauraient faire obstacle au bénéfice d'éléments de rémunération garantis par les textes.**

---

<sup>9</sup> Il est soutenu que la cour, en se fondant sur les stipulations du contrat prévoyant une rémunération sur une base horaire, a ce faisant méconnu l'autorité de la chose jugée par son arrêt du même jour dans lequel elle déclarait illégales ces mêmes stipulations. A supposer que la cour ne soit pas liée par son propre arrêt, il est soutenu qu'elle a en tout état de cause commis une erreur de droit en se fondant sur des stipulations illégales, donc inopposables.

<sup>10</sup> Non pas pour le motif initialement retenu mais, désormais, si vous nous suivez, pour le motif substitué, lui-même revêtu de l'autorité de chose jugée (sur l'étendue de cette chose jugée, tributaire de celle de l'arrêt ainsi réformé : CE, Sect., 20 sept. 2005, *Commune de Beausoleil*, n° 258873, au Recueil).

<sup>11</sup> Nous ne sommes par certain en revanche que la cour ait méconnu sa propre autorité de chose jugée. D'une part, sauf à revenir sur une jurisprudence aussi débattue (cf. F. Melleray, AJDA 2004 p.138) que constante (CE, 3 juill. 1996, *Ministre de l'équipement, du logement, des transports et du tourisme c/Société ABC Ingeneering*, n° 112171, au Recueil p. 259 ; CE, 30 sept. 1998, *Diallo*, aux Tables ; CE, 26 janv. 2007, *Commune de Neuville-sur-Escout*, n° 297969, aux Tables) et selon nous justifiée (v. les concl. de J. Boucher sur CE, 3 juil. 2009, T..., n° 291855, aux Tables), les constats d'illégalité par voie d'exception ne sont pas revêtus de l'autorité absolue de chose jugée (sauf à réserver le cas, qui est celui de l'espèce, de l'annulation du refus d'abroger ou de modifier fondée sur l'illégalité de l'acte). D'autre part, plusieurs obstacles se dressent sur le chemin de l'invocation d'une autorité relative. Non pas tant l'absence d'invocation expresse devant la cour, formalité impossible compte tenu de la simultanéité des arrêts. Mais surtout la différence de cause et plus encore d'objet (CE, sect., 26 janv. 1962, *Demoiselle Launay*, au Recueil p. 69) entre une demande d'annulation pour excès de pouvoir du refus de modifier un contrat (CE, Sect., 25 mai 1979, *Mme R...*, n°s 06436 et 06437, au Recueil p. 230) et un plein contentieux tendant au versement de sommes d'argent – même si nous aurions eu une certaine sympathie pour un effort d'assouplissement des catégories en l'espèce...

Nous avons hésité à vous proposer cette solution.

Vous pourriez en effet être tentés de **faire primer l'idée que le contrat est la « loi des parties » tant qu'il n'a pas été modifié et que, si l'agent maintenu dans une situation illégale a le droit à en obtenir la régularisation, il n'a pas droit à des accessoires de rémunération auxquels sont contrat, tel qu'il est, ne lui ouvre pas droit**<sup>12</sup>. La seule chose que pourrait demander cet agent, c'est la réparation du préjudice lié à sa perte de rémunération subie en raison de cette illégalité. Vous avez par exemple admis de réparer le préjudice subi par un vacataire auquel a été illégalement refusée la régularisation de sa situation administrative par la conclusion d'un contrat, préjudice consistant dans le différentiel de rémunération entre ce à quoi il aurait dû avoir droit et les rémunérations effectivement perçues (CE, 23 févr. 2001, *Mme F...*, n° 194919, aux Tables ; v. aussi CE, 23 févr. 2001, *Mme G...*, n° 194920, inédite ; CE, 15 juil. 2004, *Mme H...*, n° 138543, au Recueil)<sup>13</sup>.

Car on voit aussi la limite d'une démarche de la nature de celle empruntée par Mme A... : en demandant à bénéficier de l'ajout à son socle de rémunération – en lui-même illégalement agencé – de divers accessoires, il existe un risque d'effet d'aubaine, dès lors qu'on ne peut exclure que sa rémunération au taux horaire ait été conçue dès le départ comme « solde de tout compte », et calibrer pour équivaloir au bénéfice de ces diverses indemnités. Autant il paraît normal d'admettre de s'interroger sur un éventuel préjudice lié au niveau global de rémunération, autant l'on peut hésiter à admettre, à contrat constant, le bénéfice d'accessoires supplémentaires, qui pourrait revenir dans certains cas à permettre à l'agent de toucher deux fois les mêmes sommes.

Mais nous pensons que, **si Mme A... aurait pu procéder de la sorte, une deuxième approche, la sienne, consistant à ce que les stipulations illégales faisant obstacle au bénéfice d'avantages prévus par les textes soient écartées, est également possible.**

Vous avez jugé que l'agent ne saurait prétendre à la mise en œuvre des stipulations illégales de son contrat, limitant ainsi la portée du caractère créateur de droits d'un contrat de recrutement (CE, 30 mai 2012, *Mme I...*, n° 343039, aux Tables, posant une limite au caractère créateur de droits d'un contrat de recrutement en jugeant que l'agent ne saurait ; v. aussi CE, 10 févr. 2010, *Union des chambres de commerce et d'industrie du Massif Central et autres*, n° 314145, aux Tables).

Nous ne voyons pas de bonne raison, au moins dans la configuration qui est celle de l'espèce, de ne pas admettre une forme de symétrie en interdisant à l'administration de s'abriter derrière certaines stipulations pour refuser certains avantages. **De manière plus générale, les stipulations irrégulières d'un contrat ne sauraient faire obstacle à l'application des dispositions d'ordre public des textes législatifs et réglementaires en vigueur** (CE, 1<sup>er</sup> oct. 2001, *Commune des Angles et Régie autonome des sports et loisirs de la*

---

<sup>12</sup> Il s'agirait en quelque sorte d'appliquer une logique « indemnitaire » et non « du traitement », si l'on reprend les termes appliqués à la jurisprudence sur l'indemnisation de l'éviction illégale du service d'agents, titulaires ou contractuels d'ailleurs (en cas d'annulation de la mesure d'éviction, CE, Assemblée, 7 avril 1933, Deberles, n° 4711, p. 439 ; en cas de constat par voie d'exception de l'illégalité de l'éviction, CE, 22 sept. 2014, *Mme J...*, n° 365199, aux Tables). Illustrant cette distinction, CE 2 nov. 2005, *Mme M...*, n° 263059, au Recueil.

<sup>13</sup> v. aussi CE, 15 févr. 1984, *Ministre des affaires étrangères c/ K...*, n° 27640, aux Tables : application immédiate de nouvelles modalités de calcul des émoluments aux titulaires, et modification des contrats des non titulaires.

*commune des Angles*, aux Tables, n° 221037, p. 793 ; CE, 14 juin 2004, *L...*, n° 250695, au Recueil). Ce n'est que dans le respect de ces dispositions que le contrat est réellement la « loi des parties ». Et les dispositions déjà mentionnées, des articles 20 et 136 des lois du 13 juillet 1983 et 26 janvier 1984, ou du décret du 24 octobre 1985, sont bien entendu « d'ordre public » - la plupart des textes étant d'ailleurs peu ou prou d'ordre public s'agissant de ces contrats d'une nature contractuelle très mesurée...

Quant au risque d'effet d'aubaine, il nous semble pouvoir être relativisé. **Nous ne voyons pas ce qui empêcherait le juge de plein contentieux, y compris le juge de plein contentieux objectif de type Lafage (recours contre une décision à objet pécuniaire) d'opérer une forme de compensation<sup>14</sup>**, si la collectivité publique démontre devant lui que les accessoires dont l'agent demande le bénéfice avaient d'ores et déjà été intégrés, d'une manière ou d'une autre, à la rémunération initiale - question relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond.

**Si vous admettez cette seconde approche, la cour aurait donc dû s'abstenir de se fonder sur ces stipulations illégales relatives à la structure de la rémunération de Mme A... ou, à tout le moins, rechercher si elles devaient être regardées comme inopposables** – et conclure qu'elles l'étaient, compte tenu du motif d'illégalité que nous vous proposons de relever en réponse au premier pourvoi. Cette erreur de droit, qui frappe un motif transversal de l'arrêt, nous semble de nature à entraîner la cassation totale de l'arrêt attaqué.

Si vous souhaitiez, comme la cour, raisonner accessoire par accessoire, alors cette erreur entraîne nécessairement la cassation concernant l'indemnité de résidence – puisque la cour s'est fondée sur la circonstance que la rémunération de Mme A... n'était pas calculée « en fonction d'un indice » pour lui refuser le bénéfice de l'indemnité de résidence, et qu'elle était calculée sur une base horaire pour lui refuser celui du SFT. Le sort des deux autres indemnités « maison » en cause pourrait davantage prêter à hésitation<sup>15</sup>.

**Mais par les motifs précédents, nous concluons à titre principal :**

---

<sup>14</sup> Pour l'absence de compensation, dans une configuration bien différente : CE, 8 juil. 1992, *Ministre de l'équipement, du logement, des transports et de la mer*, n° 121561, aux Tables.

<sup>15</sup> La cour a jugé que Mme A... n'avait pas droit à l'indemnité de risque et de sujétions spéciales instituée par une délibération du conseil municipale du 20 mai 2010, et bénéficiant aux « agents appartenant aux cadres d'emploi de psychologues territoriaux, titulaires ou non ». La notion d'appartenance à un cadre d'emploi a peu de sens, par elle-même, pour un non titulaire. Pour lui en donner, il faudrait étendre le bénéfice de cette indemnité aux agents occupant un emploi équivalent, et tel est le cas pour Mme A..., qu'on a du mal à distinguer d'un titulaire appartenant au cadre d'emplois des psychologues territoriaux fixé par un décret n°92-853 du 28 août 1992. Nous serions donc plutôt d'avis que la cour a inexactement qualifié les faits de l'espèce.

Nous sommes plus hésitant concernant le régime indemnitaire prévu par une délibération du 25 février 1993 au bénéfice des « agents contractuels dont l'emploi a été créé par référence à un grade des filières sanitaire et sociale ». Encore une fois, il faut interpréter cette notion d'emploi « créé par référence à un grade » d'une filière. Il ne s'agit pas exactement de la notion d'emploi « défini par référence » à un autre emploi, que vous avez fréquemment maniée pour l'application des textes relatif à l'intégration dans la fonction publique territoriale, en tenant compte du niveau indiciaire de rémunération, du niveau de recrutement, des caractéristiques de l'emploi, du niveau de responsabilités (v. les concl. de J.-H. Stahl sur CE, 8 janv. 1997, *Syndicat CFDT Interco des Bouches-du-Rhône*, n° 120951, aux Tables), où vous vous êtes éloignés d'une approche littérale de la délibération créant l'emploi ou des termes du contrat d'engagement. La référence à un « grade » est plus précise. Mais nous aurions tendance à considérer que l'emploi de Mme A... a bien été créé par référence au cadre d'emplois de psychologue territoriaux de classe normale.

**- au rejet du pourvoi présenté pour la commune de Saint-Denis sous le n° 380616 ;**

**- à l'annulation de l'autre arrêt en tant qu'il rejette les conclusions de Mme A... tendant à la condamnation de la commune à lui verser les arriérés qu'elle estime lui être dus au titre du supplément familial de traitement, de l'indemnité de résidence, du régime indemnitaire créé par la délibération du 25 février 1993 ainsi que de l'indemnité de risques et de sujétions spéciales prévue par la délibération du 20 mai 2010 ;**

**- au renvoi de l'affaire, dans la mesure de la cassation ainsi prononcée ;**

**- à la mise à la charge de la commune d'une somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, au titre de ces deux instances, et au rejet des conclusions présentées pour elle commune à ce même titre.**