

N° 387373

Mme B...

3^{ème} et 8^{ème} chambres réunies

Séance du 25 mai 2016

Lecture du 13 juin 2016

CONCLUSIONS

M. Vincent DAUMAS, rapporteur public

La présente affaire, sous des dehors modestes, pose une question très pure. Il s'agit de savoir si un employeur public peut satisfaire son obligation de reclassement à l'égard d'un agent non titulaire recruté dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée (CDI) en procédant à ce reclassement par le biais d'un contrat à durée déterminée (CDD), sans être tenu de chercher, au préalable, à maintenir à l'agent le bénéfice de la durée indéterminée de son contrat.

Mme A... B..., épouse C..., a été recrutée par la ville de Paris en tant qu'assistante maternelle par un CDI conclu le 29 août 2003. Suite à un accident de service, elle a été reconnue travailleur handicapé. Et en 2011, après que son état de santé s'est dégradé, elle a été déclarée inapte à exercer les fonctions d'assistante maternelle. Une tentative de reclassement sur un poste d'adjoint administratif a échoué. Par arrêté du 25 janvier 2012, le maire de Paris a finalement prononcé son licenciement pour inaptitude physique. Mais cet arrêté a été suspendu, à la demande de Mme B..., par le juge des référés du tribunal administratif de Paris.

Afin d'exécuter la décision du juge des référés, le maire de Paris a mis fin au CDI de Mme B..., par arrêté du 3 octobre 2012 prenant effet au 15 octobre, tout en signant avec cette dernière un CDD prenant effet à cette même date, la recrutant en qualité d'animatrice pour une durée de 10 mois. Mme B... a contesté ce nouvel arrêté ainsi que son CDD devant le tribunal administratif de Paris. Celui-ci, après avoir joint ces conclusions à celles par lesquelles Mme B... demandait l'annulation du premier arrêté, celui du 25 janvier 2012, a fait droit à l'ensemble de ses demandes.

La cour administrative d'appel de Paris, saisie par la ville, a partiellement remis en cause la solution. Elle a d'abord confirmé l'annulation de l'arrêté du 25 janvier 2012, celui licenciant Mme B... pour inaptitude physique. Elle a ensuite considéré que la conclusion d'un CDD sur un poste d'animatrice avait nécessairement mis fin au précédent contrat conclu pour une durée indéterminée, sans que cette rupture du CDI puisse s'analyser comme un licenciement. Enfin, elle a jugé que la ville avait à bon droit conclu un CDD pour engager Mme B... sur un nouveau poste d'animatrice. Au terme de ce raisonnement, la cour a rejeté les conclusions présentées par Mme B... à l'encontre de l'arrêté du 3 octobre 2012 et du contrat conclu le 15 octobre suivant.

Mme B... se pourvoit en cassation en faisant porter sa critique sur le dernier temps du raisonnement suivi par la cour. On discerne, dans ses écritures, un moyen tiré de ce que la cour administrative d'appel a commis une erreur de droit en omettant de vérifier si un poste susceptible de lui être proposé pour une durée indéterminée était disponible et avait fait l'objet de recherches de la part de la ville de Paris.

1. L'examen du bien-fondé de ce moyen implique un retour sur votre jurisprudence relative à l'obligation de reclassement de ses agents qui pèse, dans certaines situations, sur l'employeur public.

Rappelons que, dans le silence des textes, vous avez tout d'abord consacré, en tant que principe général du droit (PGD), l'obligation pour l'employeur de reclasser un salarié atteint d'une inaptitude physique définitive à occuper son emploi et, en cas d'impossibilité, de prononcer, dans le respect des garanties applicables, son licenciement (CE 2 octobre 2002, Chambre de commerce et d'industrie de Meurthe-et-Moselle, n° 227868, au Recueil). Il s'agissait avant tout, pour reprendre les termes utilisés par Denis Piveteau dans ses conclusions, d'apporter une réponse à la situation d'« apesanteur juridique » dans laquelle pouvaient se retrouver les agents non titulaires de droit public en cas d'inaptitude physique, « ni effectivement à [leur] poste, ni effectivement licencié[s] ».

C'est dans cet état de la jurisprudence qu'est intervenue la loi du 12 mars 2012 relative, notamment, à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique¹. Son article 49 confie au pouvoir réglementaire le soin de prévoir, au sein des décrets qui fixent les dispositions générales applicables aux agents non titulaires, les obligations de reclassement auxquelles sont soumis les employeurs publics.

Avant que les décrets en cause n'interviennent, vous avez dû apporter de nouvelles précisions sur l'étendue de ces obligations de reclassement. Vous avez jugé qu'il incombe à l'administration, avant de pouvoir prononcer le licenciement d'un agent contractuel recruté en vertu d'un CDI pour affecter un fonctionnaire sur l'emploi correspondant, de chercher à reclasser l'intéressé (CE avis, 25 septembre 2013, Mme S..., n° 365139, au Recueil). L'avis précise que dans l'attente des décrets prévus par l'article 49 de la loi du 12 mars 2012, la mise en œuvre de ce principe implique que l'administration, lorsqu'elle entend pourvoir par un fonctionnaire l'emploi occupé par un agent contractuel titulaire d'un CDI, propose à cet agent un emploi de niveau équivalent ou, à défaut d'un tel emploi et si l'intéressé le demande, tout autre emploi. La même logique a ensuite été adoptée dans l'hypothèse de la suppression du poste occupé par l'agent contractuel en CDI (CE 18 décembre 2013, Min. c/ Mme S..., n° 366369, aux tables du Recueil ; CE 22 octobre 2014, Min. c/ Mme B..., n° 368262, aux tables du Recueil).

Dans aucun de ces précédents vous n'avez pris expressément position sur la question de savoir si le PGD que vous avez dégagé autorise une administration à reclasser un de ses agents en CDI sur un autre emploi au moyen d'un CDD, sans s'être efforcée au préalable de lui maintenir le bénéfice de la durée indéterminée de son contrat. Dans notre affaire, la cour administrative d'appel y a clairement répondu par l'affirmative : elle a jugé que « la ville de

¹ Loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique.

Paris qui était tenue de reclasser [son agent], ne pouvait le faire que dans le respect des lois et règlements en vigueur pour le recrutement des agents publics territoriaux ; que par suite, le moyen par lequel [la requérante] soutient que la ville de Paris aurait dû, pour assurer son reclassement, lui proposer un CDI ne peut (...) qu'être écarté ». La cour paraît ainsi avoir décelé, dans les textes régissant le recrutement des agents publics territoriaux, des dispositions faisant obstacle, en tout état de cause, à un reclassement maintenant à l'agent le bénéfice de son CDI.

2. Examinons, tout d'abord, quelles nous paraissent être les implications, en ce qui concerne la durée du contrat de l'agent, du PGD que vous avez dégagé pour affirmer l'existence d'une obligation de reclassement.

Nous nous plaçons, à cet égard, dans le seul cadre de cette obligation de reclassement. Si nous insistons sur ce point, c'est que votre décision de section du 31 décembre 2008 (n° 283256, au Recueil), par laquelle vous avez jugé que le recrutement d'un agent contractuel crée des droits au profit de celui-ci, ne nous paraît pas directement pertinente. Elle vient immédiatement à l'esprit, bien sûr, et l'ayant en tête, elle conduit à se demander si, dans la logique de cette jurisprudence, les droits créés au profit de l'agent s'étendent à la durée stipulée du contrat. Toutefois, c'est une logique différente qui est en jeu ici. Il ne s'agit pas de tirer les conséquences d'une irrégularité affectant le contrat de recrutement d'un agent. Il s'agit de reclasser un agent recruté par le biais d'un contrat qui est réputé régulier. Votre jurisprudence du 31 décembre 2008, dont le champ d'application est différent, ne peut pas être plus qu'une source d'inspiration.

Ceci dit, la logique même de l'obligation de reclassement va dans le sens du maintien, en faveur de l'agent, de la durée de son contrat. Cette obligation sert un objectif de protection de l'agent et, s'il ne s'agit que d'une obligation de moyens et pas de résultat, elle exige de l'employeur qu'il fasse ses meilleurs efforts pour sauvegarder la situation de l'agent – quelles que soient les raisons qui conduisent à envisager un reclassement. Cela inclut la teneur du poste de reclassement proposé, par rapport au poste sur lequel l'agent a été recruté, ainsi que vous l'avez jugé. Et nous n'avons guère de doute que cela inclut aussi la durée stipulée du contrat.

En matière de droit du travail, la jurisprudence de la Cour de cassation est expressément en ce sens : l'employeur doit en priorité rechercher et proposer au salarié un poste adapté à ses capacités aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé² et sans modification de son contrat de travail ; ce n'est qu'à défaut que l'employeur peut offrir un poste de reclassement comportant une modification du contrat (Cass. soc. 4 décembre 2001, Société Vera Mont, n° 99-44.677, Bull. 2001 V n° 370 ; Cass. soc. 29 janvier 2002, n° 99-45989, diffusé).

Nous croyons donc que l'employeur public tenu à une obligation de reclassement envers un agent bénéficiant d'un CDI doit prioritairement rechercher s'il est possible de lui proposer un poste dans le cadre de son contrat, en conservant à celui-ci la nature d'un CDI.

² Cela découle, en cas d'inaptitude, de la lettre même de la loi (articles L. 1226-2 et L. 1226-10 du code du travail).

3. Une fois précisées les implications du PGD dégagé par votre jurisprudence, il reste à voir si des obstacles textuels pourraient y faire obstacle – c'est précisément ce qui a arrêté la cour administrative d'appel.

La cour a jugé qu'en vertu de l'article 3 de la loi du 26 janvier 1984³, les contrats passés par les collectivités territoriales en vue de recruter des agents non titulaires « doivent être conclus pour une durée déterminée ». Elle en a déduit que la ville de Paris ne pouvait proposer à Mme B... qu'un reclassement prenant la forme d'un CDD. Cette analyse nous paraît critiquable, pour deux raisons.

3.1. La première tient à ce que la cour a fait une lecture trop rapide de la loi du 26 janvier 1984, sans prendre en compte les modifications apportées par la loi du 12 mars 2012.

Depuis son entrée en vigueur, les conditions dans lesquelles les collectivités territoriales et établissements publics soumis à la loi du 26 janvier 1984 peuvent recourir à des agents non titulaires pour occuper des emplois permanents sont prévues, non à l'article 3, mais aux articles 3-3 à 3-5 de cette loi. Nous avons déjà eu l'occasion de le dire récemment à ce pupitre⁴ : ces dispositions nous paraissent toujours impliquer que le premier recrutement d'un agent non titulaire sur un emploi permanent qu'il a vocation à occuper de manière permanente doit en principe prendre la forme d'un CDD de 3 ans, et non celle d'un CDI. La « CDIisation » résulte normalement de la transformation d'un CDD, lorsque l'agent est employé depuis plus de six ans.

Toutefois, il s'agit d'un principe désormais assorti d'exceptions, et non d'une règle absolue comme l'a jugé la cour. D'une part, le II de l'article 3-4 de la loi de 1984 impose qu'un contrat conclu ou renouvelé pour pourvoir un emploi permanent en application de l'article 3-3 avec un agent justifiant d'une durée de services publics effectifs de six ans au moins sur des fonctions relevant de la même catégorie hiérarchique soit conclu pour une durée indéterminée. D'autre part, l'article 3-5 de la loi prévoit que lorsqu'un des employeurs soumis à cette loi propose un nouveau contrat, sur le fondement de l'article 3-3, à un agent déjà lié par un CDI à une autre collectivité ou un autre établissement pour exercer des fonctions relevant de la même catégorie hiérarchique, « l'autorité territoriale peut, par décision expresse, lui maintenir le bénéfice de la durée indéterminée ».

La loi du 26 janvier 1984 admet donc désormais, même si cette possibilité est encadrée, le recrutement direct d'un agent non titulaire par CDI. Et dès lors que l'article 3-5 de la loi autorise une collectivité territoriale à maintenir, au bénéfice de l'agent qu'elle recrute par le biais d'un nouveau contrat, le bénéfice de la durée indéterminée du contrat qui le lie déjà à sa précédente collectivité d'emploi, nous voyons mal ce qui ferait obstacle à ce qu'elle procède de la même manière lorsqu'est en cause l'un de ses propres agents à qui elle doit proposer un emploi de reclassement.

3.2. La seconde raison, encore plus radicale, pour laquelle nous nous séparons de l'analyse de la cour tient à ce qu'elle a assimilé la conclusion du nouveau contrat permettant le reclassement de Mme B... à un recrutement.

³ Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.

⁴ Conclusions sur CE 30 septembre 2015, Communauté d'agglomération Côte basque-Adour, n° 375730, aux tables du Recueil.

Son raisonnement, à vrai dire, nous paraît déjà critiquable en ce qu'elle considère, implicitement mais nécessairement, que le reclassement implique la conclusion d'un nouveau contrat. Car nous l'avons dit tout à l'heure, le reclassement procède d'une logique de maintien de la relation de travail. L'employeur doit d'abord rechercher un poste susceptible d'être occupé par l'agent sans modification de son contrat. Et si le seul poste disponible ne correspond pas à celui décrit dans ce contrat, si le nombre d'heures de travail ou la rémunération doit être revue à la baisse, ou même si, de CDI, le contrat devait être transformé en CDD, il s'agirait seulement de modifier le contrat de recrutement de l'agent, pas d'en conclure un nouveau.

Ceci dit, il faut peut-être admettre que la technique consistant à tirer les conséquences du reclassement par voie d'avenant au contrat de recrutement de l'agent trouve ses limites lorsque le nombre ou la nature des modifications apportées au contrat conduit à en bouleverser l'économie. Dans ce cas, le réalisme pourrait conduire à accepter l'idée que l'employeur public puisse être conduit à conclure un nouveau contrat afin de satisfaire son obligation de recrutement – étant précisé que, dans cette hypothèse, la rupture du précédent contrat ne pourrait s'analyser comme un licenciement, ainsi d'ailleurs que l'a jugé la cour.

Mais dans la même logique, nous ne croyons pas non plus possible, dans cette hypothèse, d'analyser la conclusion du nouveau contrat comme un recrutement. Il ne s'agit en rien d'une nouvelle embauche, seulement de la poursuite, sous une autre forme, de la relation de travail. C'est pourquoi le raisonnement de la cour assimilant la conclusion du CDD proposé à Mme B... à un recrutement nous semble erroné. D'où il découle que, contrairement à ce qu'elle a jugé, les dispositions des articles 3-3 à 3-5 de la loi de 1984, en ce qu'elles limitent les possibilités de recrutement d'agents territoriaux non titulaires, ne sont en réalité pas applicables aux contrats conclus à la seule fin de permettre le reclassement d'un agent.

Au final, nous ne voyons rien qui fasse obstacle à la règle que nous vous proposons de consacrer, selon laquelle l'employeur public tenu de reclasser un agent employé par CDI doit d'abord rechercher s'il est possible de lui proposer un poste en lui conservant le bénéfice de la durée indéterminée de son contrat – soit par la poursuite de son contrat initial, soit, si nécessaire, en concluant un nouveau CDI.

Précisons que la présente affaire concerne une assistante maternelle, donc un agent non titulaire régi par des règles très particulières⁵. Elles nous paraissent toutefois sans incidence sur la réponse à apporter à la question de principe qui vous est posée.

4. Avant de conclure, quelques mots sur l'état des textes actuellement applicables. Il a changé par rapport à celui qui régissait le litige, puisque les décrets d'application de l'article 49 de la loi du 12 mars 2012 ont depuis lors été publiés.

Et il faut admettre que, sur le point qui nous intéresse, ils ne sont pas dépourvus d'une certaine ambiguïté, qu'il vous faudra un jour lever. Pour nous en tenir aux agents non titulaires de la fonction publique territoriale, c'est un décret du 29 décembre 2015⁶ qui a

⁵ Voir les dispositions des articles L. 422-1 et suivants du code de l'action sociale et des familles.

⁶ Décret n° 2015-1912 du 29 décembre 2015 portant diverses dispositions relatives aux agents contractuels de la fonction publique territoriale.

modifié le décret du 15 février 1988 précisant les conditions d'emploi de ces agents⁷. Et pour nous en tenir au cas de l'espèce, celui d'un agent frappé d'une inaptitude physique à occuper son emploi, les dispositions pertinentes se trouvent au III du nouvel article 16 de ce décret.

Le premier alinéa de ce texte énonce l'obligation de reclassement, dans son principe, de la manière suivante : « le licenciement ne peut être prononcé que lorsque le reclassement de l'agent dans un emploi que la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 autorise à pourvoir par un agent contractuel et dans le respect des dispositions légales régissant le recrutement de ces agents n'est pas possible ». Nous comprenons très bien la première condition énoncée : seuls peuvent être proposés à l'agent des emplois susceptibles d'être occupés par un agent contractuel. Nous comprenons moins bien la seconde, compte tenu de ce que nous avons dit tout à l'heure⁸, sauf à considérer que cette condition est pratiquement dénuée de portée : elle ne s'appliquerait que lorsque le reclassement prend la forme de la conclusion d'un nouveau contrat et l'on ne voit guère, concrètement, ce à quoi elle obligerait – à part peut-être conclure un contrat écrit.

Car en ce qui concerne la durée pour laquelle l'emploi de reclassement est proposé à l'agent, c'est l'alinéa suivant du texte qui s'applique. Il précise que : « [Le] reclassement concerne les agents recrutés pour occuper un emploi permanent en application de l'article 3-3 de la loi du 26 janvier 1984 (...) par contrat à durée indéterminée ou par contrat à durée déterminée lorsque le terme de celui-ci est postérieur à la date à laquelle la demande de reclassement est formulée. L'emploi de reclassement est alors proposé pour la période restant à courir avant le terme du contrat ». Cette dernière phrase ne paraît s'appliquer qu'à la seconde hypothèse envisagée par la phrase précédente, c'est-à-dire lorsque l'agent a été recruté par CDD dont le terme est postérieur à la demande de reclassement. Rien n'est dit, en revanche, du cas du CDI... Ceci dit, là non plus, la lettre du texte n'est pas incompatible avec ce que nous vous proposons de juger. Il faut seulement considérer qu'il règle implicitement le cas du CDI, en prévoyant que l'agent est reclassé, du moins lorsque cela est possible, pour une durée indéterminée. Au demeurant, on voit bien ce qu'il y aurait de paradoxal à lire le texte différemment : cela reviendrait à admettre que l'employeur public puisse satisfaire à son obligation de reclassement d'un agent recruté par CDI en lui proposant de conclure un CDD dont la durée ne serait nullement encadrée ; l'agent bénéficiant d'un CDI serait alors moins bien protégé que celui bénéficiant d'un CDD...

Nous ne formulons toutefois ces observations qu'à titre prospectif. En l'état du droit applicable au litige, nous vous invitons à censurer l'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris. Vous accueillerez pour cela le moyen tiré de ce qu'elle a commis une erreur de droit en jugeant que la ville de Paris ne pouvait s'acquitter de son obligation de reclassement qu'en proposant à Mme B... de poursuivre sa collaboration en vertu d'un CDD, alors que celle-ci avait été recrutée par CDI.

Par ces motifs nous concluons dans le sens qui suit :

1. Annulation de l'arrêt en tant qu'il statue sur l'arrêté du 3 octobre 2012 et sur le contrat conclu le 15 octobre 2012 ;

⁷ Décret n° 88-145 du 15 février 1988 pris pour l'application de l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif aux agents non titulaires de la fonction publique territoriale.

⁸ Au point 3.2.

2. Renvoi de l'affaire, dans la mesure de la cassation prononcée, à la cour administrative d'appel ;

3. Mise à la charge de la ville de Paris d'une somme de 3 000 euros au titre des dispositions des articles L. 761-1 du code de justice administrative (CJA) et 37 de la loi du 10 juillet 1991 ;

4. Rejet des conclusions présentées par la ville de Paris au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du CJA.