

N° 421458

M. B...

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

Séance du 12 juin 2019

Lecture du 28 juin 2019 - B

## CONCLUSIONS

### M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

M. B... a été recruté le 1<sup>er</sup> février 2007 par le ministère de la défense par un contrat à durée déterminée d'une durée de trois ans en qualité de technicien TCT/DGA (niveau II) pour exercer des fonctions de gestionnaire de projets au sein de la direction générale de l'armement. Il a démissionné et signé immédiatement un nouveau contrat le 21 novembre 2007 pour exercer les mêmes fonctions mais en qualité d'ingénieur cadre ICT (niveau I). Ce dernier contrat a été renouvelé pour une période de 3 ans à compter du 21 novembre 2010. Quelques mois avant son terme, M. B... a été informé que son contrat ne serait pas renouvelé. Il a été radié des contrôles et des cadres du ministère de la défense à compter du 21 novembre 2013 par un arrêté du 26 août 2013 qu'il a contesté devant le TA de Cergy-Pontoise après avoir vainement demandé au ministre de le retirer.

Il soutenait que la décision attaquée était en réalité un licenciement, car son contrat aurait été transformé en contrat à durée indéterminée en application soit des dispositions de l'article 8 de la loi du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire, dite loi Sauvadet, soit de celles de l'article 6 bis de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, issue de l'article 37 de la même loi.

Le tribunal l'a suivi sur le premier terrain, celui de l'article 8 de la loi de 2012, mais la CAA de Versailles a censuré ce motif, qui reposait effectivement sur un calcul juridiquement erroné de la durée de six ans dans les fonctions qui doit être, pour l'application de ces dispositions, remplie à la date de la publication de la loi et non, comme l'a jugé le tribunal, au terme du contrat en cours.

Elle a ensuite considéré que la condition posée par l'article 6 bis de la loi de 1984 pour que son contrat fût réputé conclu pour durée indéterminée tenant à ce que l'agent ait atteint avant l'échéance de son contrat en cours « *une durée de services publics effectifs de six ans dans des fonctions relevant de la même catégorie hiérarchique* », n'était pas non plus remplie car les emplois mentionnés dans son premier contrat et dans le suivant ne relevaient pas de la même catégorie hiérarchique.

Vous écarterez sans difficultés les deux premiers moyens du pourvoi de M. B..., qui ne sont pas fondés : la cour n'a ni commis d'erreur de droit en censurant les motifs du jugement ni soulevé un moyen d'office en recherchant si les conditions de l'article 6 bis de la loi de 1984, dont se prévalait le requérant, étaient remplies.

Le troisième est en revanche plus sérieux. Il est tiré de ce que la cour aurait insuffisamment motivé son arrêt, dénaturé les pièces du dossier et surtout commis une erreur de droit en appréciant la condition tenant à ce que les fonctions exercées relèvent de la même catégorie hiérarchique en s'en tenant aux termes des contrats sans rechercher si les fonctions réellement exercées étaient différentes, alors qu'il était soutenu devant elle qu'elles n'avaient pas changées.

La notion de catégorie hiérarchique correspond aux catégories A, B et C dans lesquelles sont classés, en application de l'article 29 de la loi du 11 janvier 1984, les corps de fonctionnaires. L'article 5 de la loi du 12 mars 2012 dont sont issues les dispositions en cause de l'article 6 bis renvoie expressément à cet article 29 la définition des « catégories hiérarchiques » et les travaux préparatoires confirment cette interprétation. Le classement des corps de fonctionnaires en catégories dépend, toujours en application de l'article 29, du niveau de recrutement dans le corps prévu par les statuts particuliers.

Les contractuels n'étant par définition pas titularisés dans un corps, la loi s'attache aux fonctions qui leur sont confiées par leur contrat, la référence à la catégorie hiérarchique permettant de déterminer des ensembles suffisamment larges fondés sur les niveaux de compétence. Il convient de garder à l'esprit que ces dispositions, comme plusieurs autres similaires, ont pour objet de limiter le recours à l'emploi précaire dans la fonction publique et concourent à la réalisation des objectifs de la directive 1999/70 du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée, qui imposent aux Etats membres de fixer une durée maximale totale aux contrats de travail à durée déterminée successifs et au nombre de leurs renouvellements, afin de prévenir les abus résultant de l'utilisation de tels contrats.

Formellement, la cour n'a donc pas commis d'erreur de droit en relevant que les emplois mentionnés successivement dans le premier contrat de M. B... et dans le suivant ne relevaient pas de la même catégorie hiérarchique. Elle a pris en compte les fonctions et s'est fondée sur ce qu'elles correspondaient à des niveaux de recrutement différents. Il s'agissait en effet dans le premier contrat d'un emploi de technicien débutant relevant du groupe I de l'annexe II de l'arrêté du 4 mai 1988 relatif aux modalités de recrutement et de rémunération des agents sur contrat du ministère de la défense dans les services de la direction générale de l'armement qui n'ont pas un caractère industriel ou commercial, accessible par un diplôme de niveau Bac + 2, correspondant à la catégorie B, et dans le second d'un emploi de cadre relevant de l'annexe I du même arrêté, accessible par un diplôme de niveau Bac + 3, donnant accès aux corps de catégorie A.

Mais nous pensons que la Cour ne pouvait sans commettre d'erreur de droit s'en tenir aux termes des contrats sans vérifier qu'ils désignaient bien l'attribution de fonctions substantiellement différentes, et ce d'autant que le requérant faisait valoir qu'il n'avait pas changé de fonctions et que la conclusion d'un nouveau contrat après un peu moins de 10 mois n'avait pour objet que de corriger une erreur dans la désignation de l'emploi exercé dans le contrat initial.

L'obligation de tenir compte de la réalité des fonctions effectivement exercées au cours des six années précédentes sans s'arrêter à leur dénomination dans les contrats découle tant de la lettre de l'article 6 bis, qui évoque l'effectivité de l'exercice des fonctions, que des finalités de cette règle, qui est de limiter le recours à des contrats à durée déterminée au-delà de six ans. En choisissant une référence à la catégorie hiérarchique, le législateur a entendu

faire obstacle à la poursuite de contrats à durée déterminée au-delà de six ans y compris lorsque les fonctions exercées changeaient, dans la limite très générale de ces trois grandes catégories entre lesquelles se répartissent l'ensemble des différents emplois de la fonction publique en raison du niveau de diplôme requis pour y accéder. La catégorie étant la première subdivision, donc la plus vaste, les différences entre les emplois auxquels donnent vocation les corps qui s'y trouvent sont les plus marquées. L'esprit de cette condition nous semble être que la durée des six années ne repart à zéro que lorsque le nouveau contrat confié à l'agent des fonctions très différentes du précédent, de même que la promotion d'un fonctionnaire dans un corps d'une catégorie supérieure entraîne nécessairement un changement de fonction.

Dès lors que cette condition porte sur la réalité des fonctions exercées, son appréciation ne saurait s'en tenir, sans risques d'abus, à leur intitulé dans les clauses du contrat.

Vous avez ainsi approuvé une cour qui, pour déterminer si un agent contractuel territorial avait exercé des fonctions relevant de la catégorie A pendant une durée suffisante pour lui ouvrir droit à la transformation de son contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée en application des dispositions de l'article 15 de la loi du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, a estimé que les emplois successivement exercés par l'agent de régisseur général puis d'adjoint au directeur technique recouvraient, en dépit de leur changement d'appellation et de référence catégorielle, des fonctions identiques (CE, 28 novembre 2014, *ville de Marseille*, n° 365120, aux T sur ce point). D'ailleurs, de manière générale, vous ne vous en tenez pas aux qualifications des fonctions données par l'administration lorsqu'il apparaît qu'elles ne correspondent pas à la réalité (voyez, par exemple, pour le classement d'un corps dans une catégorie : Section, 18 février 1966, *Sieur A...*, n° 64914, p. 125).

La Section des finances, appelée à donner un avis sur la notion de contrats successifs pour l'application des dispositions de l'article 20 de la même loi du 26 juillet 2005, qui poursuit le même objectif de réduction du recours aux contrats à durée déterminée, considère également qu'il faut apprécier cette notion au regard de la réalité des fonctions exercées : « Il y a contrats successifs lorsque l'objet du renouvellement est d'exercer des « fonctions de même nature », ce qui implique, pour l'essentiel, que : 1) la nouvelle mission réponde à un besoin analogue à celui pour lequel l'agent a été initialement recruté ; 2) les fonctions proposées soient d'un niveau comparable à celui des fonctions qu'il exerçait précédemment » (avis n° 381097 du 11 mars 2008). Il ressort de l'étude d'impact des dispositions législatives dont vous devez faire application que la référence à la catégorie hiérarchique a été choisie pour lever les incertitudes et les rigidités attachées à la notion de contrats successifs telle qu'elle avait été définie par votre avis et permettre une requalification en contrats à durée indéterminée plus fréquente et plus systématique.

Ajoutons pour finir que s'en tenir aux intitulés contractuels entraînerait un risque non négligeable de détournement de la loi et des objectifs de la législation européenne, qui impliquent, selon la CJUE, que les conditions de la transformation des contrats à durée déterminée en contrats à durée indéterminée ne soient pas trop rigides et restrictives (CJCE, 4 juillet 2006, *Adeneler e.a.*, aff. C-212/04 ; CJUE, 3 juillet 2014, *Fiamingo e.a.*, aff. C-362/13, C-363/13 et C-407/13).

Se fonder sur la seule comparaison des fonctions successivement et effectivement exercées représente également une garantie pour l'administration, à laquelle l'agent ne pourra

par exemple opposer la circonstance que ses diplômes lui donnaient vocation à exercer des emplois relevant d'une catégorie hiérarchique supérieure à ceux qu'il a réellement exercés. L'administration doit pouvoir choisir de recruter une personne surdiplômée sans craindre une requalification. Ainsi, une personne disposant d'un diplôme lui donnant accès à des emplois de catégorie A qui aurait d'abord été employée pour exercer des fonctions relevant de la catégorie B puis ensuite sur d'autres fonctions relevant de la catégorie A n'aura pas droit à la requalification de son contrat car les fonctions effectivement exercées relevaient bien de catégories différentes.

Ce qui précède ne signifie pas qu'il faille ignorer la description contractuelle des fonctions, mais qu'elle n'est qu'un élément parmi d'autres d'une comparaison entre les fonctions exercées au cours des six années écoulées et au titre des différents contrats à durée déterminée qui doit porter sur le contenu des fonctions. Et cet élément perd toute pertinence lorsque les fonctions n'ont pas changé : dans ce cas, elles relèvent nécessairement de la même catégorie hiérarchique.

Il appartiendra donc à la cour, si vous nous suivez pour casser l'arrêt attaqué, de vérifier si les fonctions qui ont été effectivement exercées par le requérant pendant les 10 mois de son premier contrat puis pendant les six années suivantes au titre des deux contrats suivants étaient différentes, d'abord, car le requérant le conteste fermement et le ministre ne le défend qu'en faisant référence aux intitulés des fonctions mentionnées dans les contrats, et, dans l'affirmative, si elles relevaient de catégories hiérarchiques différentes.

**EPCMNC** : Annulation de l'arrêt et au renvoi de l'affaire à la CAA de Versailles ;

A ce que vous mettiez à la charge de l'Etat le versement à M. B... d'une somme de 3 500 euros au titre des frais exposés.