

Conclusions

M. Maxime BOUTRON, Rapporteur public

1. Cette affaire va vous conduire à faire application **du principe d'égalité de traitement entre travailleurs** à durée déterminée et travailleurs à durée indéterminée consacré par la clause 4, paragraphe 1 de l'accord cadre européen sur le travail à durée déterminée signé le 18 mars 1999 annexé à la directive 1999/70/CE du 28 juin 1999.

2. Les établissements publics de santé fonctionnent grâce à **différentes catégories de praticiens** hospitaliers : titulaires, contractuels, attachés, chacun pouvant exercer à temps plein ou au contraire à temps partiel. L'article L. 6152-1 du code de la santé publique fonde cette diversité de régimes d'emploi et prévoit que « *le personnel des établissements publics de santé comprend, (...) : / 1° Des médecins, des odontologistes et des pharmaciens dont le statut, qui peut prévoir des dispositions spécifiques selon que ces praticiens consacrent tout ou partie de leur activité à ces établissements, est établi par voie réglementaire ; / 2° Des médecins, des odontologistes et des pharmaciens recrutés par contrat dans des conditions déterminées par voie réglementaire* ». Il y a donc des praticiens titulaires et des praticiens contractuels. Leur rémunération comprend des « émoluments mensuels » et diverses indemnités.

3. Mais alors qu'aux termes de de l'article L. 6154-1 du code de la santé publique « *les praticiens mentionnés au 1° de l'article L. 6152-1 et à l'article L. 952-21 du code de l'éducation exerçant au minimum huit demi-journées par semaine dans les établissements publics de santé sont autorisés à exercer une activité libérale dans les conditions définies au présent chapitre, sous réserve que l'exercice de cette activité n'entrave pas l'accomplissement des missions définies aux articles L. 6111-1 à L. 6111-1-4 ainsi qu'à l'article L. 6112-1* », aux termes de l'article R. 6152-406 du même code : « (...) *En aucun cas, les praticiens*

contractuels ne peuvent exercer une activité libérale au sein de l'établissement public de santé
». **Les praticiens contractuels n'ont donc pas de faculté de cumul.**

4. Pour les **titulaires**, le **cumul** avec une activité libérale intra-hospitalière est un **droit**. Mais ce n'est bien sûr **pas une obligation** et seule une minorité des praticiens hospitaliers en font cependant usage : 10% d'après le rapport de Dominique Laurent, remis à la ministre de la santé et des affaires sociales le 31 mars 2013 sur l'activité libérale dans les établissements de santé. La dernière étude de la DREES relève que 12% des médecins exercent une activité mixte¹.

5. Mais pour les inciter à ne pas en faire usage, le décret n° 2006-1222 du 5 octobre 2006 a créé une **indemnité d'engagement de service public exclusif (IESPE)** à destinations des praticiens qui s'engagent, pour une période de 3 ans renouvelable, à ne pas exercer une activité libérale alors qu'ils y sont autorisés aux termes de l'article L. 6154-1 du code de la santé publique. Cette condition est désormais codifiée à l'article D. 6152-23-1.

6. Cette **indemnité n'est pas ouverte aux praticiens contractuels**. Le Syndicat des jeunes médecins a demandé au premier ministre l'abrogation de ce décret le 26 avril 2021, près de 15 ans après son entrée en vigueur, ce qui excluait tout recours par voie d'action. Une décision implicite de rejet est née le 26 avril 2021. Il la conteste devant vous.

7. La question qui vous est posée, à travers l'unique moyen du recours, porte sur le **respect du principe d'égalité de traitement entre travailleurs à durée déterminée et travailleurs à durée indéterminée** consacré par la clause 4, paragraphe 1 de l'accord cadre européen sur le travail à durée déterminée signé le 18 mars 1999 annexé à la directive 1999/70/CE du 28 juin 1999 « *Pour ce qui concerne les conditions d'emploi, les travailleurs à durée déterminée ne sont pas traités d'une manière moins favorable que les travailleurs à durée indéterminée comparables au seul motif qu'ils travaillent à durée déterminée, à moins qu'un traitement différent soit justifié par des raisons objectives* ».

8. Certes, ici, **la différence de traitement critiquée distingue les contractuels**, qu'ils soient en CDD ou CDI d'une part et **les titulaires** d'autre part et **non** les agents en CDD d'un côté et ceux exerçant pour une durée indéterminée, qu'ils soient titulaires ou contractuels d'un autre côté. Longtemps votre jurisprudence regardait **dans ces situations** le moyen de contrariété à la clause 4 précitée comme inopérant. C'est ce que vous aviez jugé dans votre décision R..., (CE, 5/4 ssr, 5 mai 2014, 355580, T. p558-566 sur un autre point) puis plusieurs fois par la suite (CE, 3/8 ssr, 4 mai 2016, Mme L..., 389688 ; encore CE, 7/2 chr, 10 décembre 2021, Fédération SGEN CFDT, 451287). Votre jurisprudence était alors parfaitement alignée sur celle de la cour de justice de l'union européenne et oserons-nous, sur **la lettre de l'accord qui ne traite que de durée d'engagement et non de statut d'engagement**. Certes la cour

¹ Quelle démographie récente et à venir pour les professions médicales et pharmaceutique ?, n°76, mars 2021.

regardait la notion de « condition d'emploi » figurant au paragraphe 1 de manière large, comme incluant les conditions de rémunération et pensions fixées par un contrat de travail (CJUE15 avril 2008, C-268/06, Impact c/Minister for Agriculture and food et autres d'Irlande), ce qui conduit naturellement à rendre la clause matériellement invocable pour un litige relatif à un élément de rémunération telle qu'une prime.

9. Ajoutons que votre jurisprudence vous avait conduit à écarter toute atteinte au principe d'égalité s'agissant de cette indemnité d'engagement de service public exclusif inaccessible aux contractuels (CE, 5/4 ssr, 12 décembre 2014, Syndicat national des praticiens attachés hospitaliers, 367562 et suivants, concls F. Lambolez). De manière générale, **votre jurisprudence historique sur le principe d'égalité juge qu'il ne fait pas obstacle à ces que les agents titulaires et les agents contractuels soient traités différemment parce qu'ils ne se trouvent pas dans la même situation juridique au regard du service public** (CE, 4/1 ssr, 11 janvier 1980, D... et autres, 11112, T. p772 ; 3/8 ssr, 4 mai 2016, Mme L..., 389688 ; 4/1 chr, 27 avril 2022, Fédération des syndicats Sud Education, 452511). Et vous venez de rappeler, dans votre récente décision Mme M... (4/1 chr, 28 septembre 2022, 451488, à mentionner aux tables) que le principe d'égalité, s'agissant d'une prime pour des titulaires, n'est susceptible de s'appliquer entre agents de corps différents que si la norme en cause, en raison de son contenu, n'est pas limitée à un même corps.

10. Pour revenir à la **différence de traitement s'agissant de l'accord-cadre**, le **courant jurisprudentiel ne correspond plus** à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Dans sa décision du 20 juin 2019 (2^{ème} chambre, C-72/18, Daniel Ustariz Arostegui c/ département de l'éducation du Gouvernement de Navarre, fortement mobilisée par le recours), **s'agissant d'un complément de rémunération**, la Cour a jugé qu'il suffisait que les travailleurs à durée déterminée en cause soient traités de manière moins favorable que les travailleurs à durée indéterminée placés dans une situation comparable, pour que ces premiers travailleurs soient fondés à revendiquer le bénéfice de la clause litigieuse. Il n'était donc pas nécessaire que les travailleurs employés à durée déterminée soient traités de manière moins favorable par rapport à toutes les catégories de travailleurs à durée indéterminée. **Il ne s'agit donc pas d'une logique de bloc**. Comme l'indique Frédéric Dieu dans ses conclusions sous la décision Fédération Sud éducation (CE, 4/1 chr, 12 avril 2022, 452547, au Recueil), désormais « *l'appréciation de la comparabilité des situations ne doit pas s'arrêter à des considérations statutaires* ». On trouvait déjà des prémices de cette extension dans son arrêt Del Cerro Alonso (C-307/05) du 13 septembre 2007². Surtout, dans un jugement remarqué du 21 avril 2021, M. R..., le Tribunal administratif de Paris (1823994/2-2) a reconnu la responsabilité de l'Etat pour violation manifeste du droit de l'Union par le Conseil d'Etat. Comme l'indiquait récemment devant vous Raphaël Chambon dans ses conclusions sous

² Au point 30, la Cour relève que l'agent à l'origine du litige travaillait dans la fonction publique comme contractuel, et que l'accord cadre s'appliquait bien s'agissant de la comparaison avec un agent titulaire.

votre décision du 27 avril dernier, Fédération des syndicats Sud Education (4/1 chr, 452511), cette « *conception très extensive de l'applicabilité de la clause litigieuse de l'accord-cadre* » n'est « *pas absolument intuitive* ».

11. Le moyen serait donc opérant. Il reste à déterminer s'il est fondé. Et nous ne le pensons pas. Une exception est prévue par cette clause 4 en cas de « *raisons objectives* ». Selon une jurisprudence constante de la Cour, la notion de « *raisons objectives* » requiert que l'inégalité de traitement constatée soit justifiée par l'existence d'éléments précis et concrets, caractérisant la condition d'emploi dont il s'agit, dans le contexte particulier dans lequel elle s'insère et sur le fondement de critères objectifs et transparents, afin de vérifier si cette inégalité répond à un besoin véritable, est apte à atteindre l'objectif poursuivi et est nécessaire à cet effet. Lesdits éléments peuvent résulter, notamment, de la nature particulière des tâches pour l'accomplissement desquelles des contrats à durée déterminée ont été conclus et des caractéristiques inhérentes à celles-ci ou, le cas échéant, de la poursuite d'un objectif légitime de politique sociale d'un État membre (arrêts du 13 septembre 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05, point 53 ; du 22 décembre 2010, G... et I T..., C-444/09 et C-456/09, point 55, ainsi que du 5 juin 2018, Grupo Norte Facility, C-574/16, point 54).

12. Dans votre décision du 27 avril dernier, Fédération des syndicats Sud Education, de 4/1 chr, aux conclusions de Raphaël Chambon (452511), vous avez jugé qu'une prime d'attractivité pour certains personnels enseignants et d'éducation, également attribuée aux agents contractuels, mais pour des montants moindres (1400 euros/an contre 800 euros /an pour les contractuels au maximum) ne méconnaissait pas le principe d'égalité de traitement prévu par l'accord cadre. Vous avez notamment tenu compte des « *difficultés chroniques de recrutement par concours* » pour occuper des emplois permanents. La cour de justice prend également en compte les **différences de qualification requises et la nature des tâches à accomplir entre titulaires et contractuels** (arrêt du 18 octobre 2012, Valenza, C-302/11 à C-305/11, point 60). Dans sa décision X... (C-466/17 du 20 septembre 2018), elle a jugé que la clause 4 de l'accord-cadre ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui, aux fins du classement d'un travailleur dans une catégorie de rémunération lors de son recrutement sur titres en tant que fonctionnaire statutaire, prend en compte les périodes de service accomplies au titre de contrats de travail à durée déterminée de manière intégrale jusqu'à la quatrième année et, au-delà, de manière partielle, à concurrence des deux tiers. La cour juge que peut constituer un objectif légitime **la prise en compte de la réussite à un concours, qui vérifie des compétences initiales**, et souhaiter ne pas dévaloriser une telle qualification professionnelle à propos de l'Italie, dont la Constitution donne la priorité au concours pour des raisons d'égalité (point 50³).

³ L'article 97 de la Constitution italienne prévoit que l'accès aux emplois dans les administrations publiques a lieu par concours, sauf dans les cas prévus par la loi.

13. En l'espèce, pour commencer la différence de traitement entre praticiens titulaires et praticiens contractuels résultant du décret attaqué n'est bien sûr pas fonction de la durée déterminée ou indéterminée de la relation de travail. Les différences en ce qui concerne, d'une part, le bénéfice de l'indemnité d'engagement de service public excessif et, d'autre part, la faculté de consacrer une part des obligations de service à l'exercice d'une activité libérale sont complètement liés. La prime a pour **seul objet de compenser l'engagement des praticiens titulaires de ne pas faire usage de cette faculté** pendant 3 ans.

14. L'objectif est de rendre attractif l'exercice des fonctions de praticien hospitalier **dans le cadre d'emplois publics permanents** de praticiens titulaires pourvus par la voie d'un concours national, ce qui assure la qualité du recrutement nécessaire aux soins et aussi la stabilité des carrières. Il intervient dans un contexte marqué par d'**importantes difficultés de recrutement dans certaines spécialités**. Il s'agit donc d'encourager l'entrée dans l'emploi public permanent puis l'exercice exclusivement dans le service public, sans activité libérale intra-hospitalière.

15. Comme l'indique en toute transparence le ministre en charge de la santé, l'intérêt du cumul pour le titulaire avec une activité libérale intra-hospitalière est d'augmenter sa rémunération mais avec pour contrepartie, comme externalité négative, moins d'heures consacrés à l'hôpital public par des titulaires. L'objet de la prime est très précisément de compenser la désincitation au service public exclusif à l'entrée dans la carrière puis ensuite au cours de la carrière quand la question de l'opportunité du cumul se pose. Les contractuels, recrutés en général pour des durées maximales de 3 ans d'après le ministre, sont déjà exclusivement affectés au service public au cours de cette durée de 3 ans. Il y a donc bien des éléments précis et concrets qui établissent un besoin véritable s'agissant des titulaires qui les distinguent des praticiens hospitaliers contractuels.

Dès lors, le syndicat requérant ne nous apparaît pas fondé à soutenir que la différence de traitement contestée ne serait pas justifiée par une raison objective au sens de l'accord-cadre.

PCMNC : rejet de la requête.