

Contrat à durée indéterminée et fonction publique

publié le 07/04/2010, vu 34042 fois, Auteur : [Anne-Sophie SARDAY](#)

La loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique a profondément modifié le droit de la fonction publique en y insérant le contrat à durée indéterminée.

Pour faire face à la montée croissante du nombre d'agents contractuels, et par là même à la précarisation de la fonction publique, le législateur a tenté à de nombreuses reprises de mettre en place des plans de titularisation.

La lutte contre la précarité n'est ainsi pas une question nouvelle dans la fonction publique qui a déjà connu plus de 15 plans de titularisation dont :

- le plan de titularisation « LE PORS » de 1983-1984 ;
- le plan « PERBEN » de 1996 ;
- la loi « SAPIN » du 3 janvier 2001.

(Pour une présentation de ces plans, voir rapport n°2222 du député Pierre MOREL A L'HUISSIER du 30 mars 2005 sur le projet de loi portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique)

Compte tenu de la fréquence des mesures de lutte contre la précarité dans la fonction publique, certains auteurs considèrent qu'il est à « *craindre que, de toute façon, la résorption de l'auxiliarat soit une entreprise qui doit être toujours recommencée* » (René CHAPUS, « Droit administratif général », tome 2, Paris, Montchrestien, 2000, n° 46, p. 59.

D'autres évoquent « *le tonneau des Danaïdes de la précarité* » (Déclaration du Ministre de la fonction publique lors de la présentation du projet de loi de résorption de l'emploi précaire dans la fonction publique devant le Sénat le 22 novembre 2000).

La loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, adoptée sous la pression du droit communautaire, constitue une nouvelle tentative de résorption de l'emploi précaire (I) par le recours au CDI dans la fonction publique (II).

I. UNE EVOLUTION LEGISLATIVE SOUS L'INFLUENCE DU DROIT COMMUNAUTAIRE

La loi du 26 juillet 2005 (B) a assuré la transposition, tardive, d'une directive communautaire du 25 juin 1999 (A).

A. Le développement de règles communautaires strictes en matière de recours aux CDD successifs

La directive communautaire du 28 juin 1999 prévoit un certain nombre d'objectifs à atteindre concernant le recours au travail à durée déterminée (1), la CJCE ayant été conduite à préciser certaines modalités de la directive (2).

1- La volonté communautaire de lutter contre les abus liés aux CDD

La Directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée (Journal officiel n° L 175 du 10/07/1999 p. 43 – 48) a pour objet :

- d'améliorer la qualité du travail à durée déterminée en assurant le respect du principe de non-discrimination ;
- d'établir un cadre pour prévenir les abus résultant de l'utilisation de contrats ou de relations de travail à durée déterminée successifs.

Elle imposait aux États membres de mettre en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le 10 juillet 2001 ou de s'assurer, au plus tard à cette date, que les partenaires sociaux aient mis en place les dispositions nécessaires par voie d'accord, les États membres devant prendre toute disposition nécessaire leur permettant d'être à tout moment en mesure de garantir les résultats imposés par la présente directive.

Cette directive prévoit en particulier des mesures relatives :

- au principe de non-discrimination (clause 4) :

« 1. 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. »

- à la prévention de l'utilisation abusive résultant de l'utilisation des CDD (clause 5) :

« 1. Afin de prévenir les abus résultant de l'utilisation de contrats ou de relations de travail à durée déterminée successifs, les États membres, après consultation des partenaires sociaux, conformément à la législation, aux conventions collectives et pratiques nationales, et/ou les partenaires sociaux, quand il n'existe pas des mesures légales équivalentes visant à prévenir les abus, introduisent d'une manière qui tienne compte des besoins de secteurs spécifiques et/ou de catégories de travailleurs, l'une ou plusieurs des mesures suivantes :

- a) des raisons objectives justifiant le renouvellement de tels contrats ou relations de travail ;*
- b) la durée maximale totale de contrats ou relations de travail à durée déterminée successifs ;*
- c) le nombre de renouvellements de tels contrats ou relations de travail.*

2. Les États membres, après consultation des partenaires sociaux et/ou les partenaires sociaux, lorsque c'est approprié, déterminent sous quelles conditions les contrats ou relations de travail à

durée déterminée :

a) sont considérés comme "successifs" ;

b) sont réputés conclus pour une durée indéterminée. »

Ce texte repose sur l'idée que « *les contrats de travail à durée indéterminée sont la forme générale de relations de travail* » (considérant 6) et que « *l'utilisation des contrats de travail à durée déterminée basée sur des raisons objectives est un moyen de prévenir les abus* » (considérant 7).

Il convient de noter que cette directive communautaire n'impose en aucun cas d'instaurer des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique, solution finalement adoptée par l'Etat français via la loi du 26 juillet 2005.

2- Une directive précisée par la Cour de justice des Communautés européennes

En premier lieu, la Cour de justice des Communautés européennes a rappelé que la directive du 28 juin 1999 a vocation à s'appliquer aux contrats et relations de travail à durée déterminée conclus avec les administrations et autres entités du secteur public (CJCE, 4 juillet 2006, Konstantinos ADENELER, C-212/04, points 54 à 57 ; CJCE, 7 septembre 2006, Cristiano MARROSU et Gianluca SARDINO, C-53/04, points 40 à 43 ; CJCE, 7 septembre 2006, Andrea VASSALO, C-180/04, points 32 à 35 ; CJCE, 13 septembre 2007, Yolanda DEL CERRO ALONSO, C-307/05, point 25).

La CJCE a, par ailleurs, été conduite à préciser la notion de « *raisons objectives* » qui justifient le renouvellement de contrats à durée déterminée successifs (clause 5.1 a).

« *La Cour a considéré que ladite notion de « raisons objectives » doit être entendue comme visant des circonstances précises et concrètes caractérisant une activité à durée déterminée et, partant, de nature à justifier dans ce contexte particulier l'utilisation de contrats de travail à durée déterminée successifs. Ces circonstances peuvent résulter notamment de la nature particulière des tâches pour l'accomplissement desquelles de tels contrats 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 Etat membre.* » (CJCE, 13 septembre 2007, Yolanda DEL CERRO ALONSO, précité, point 53)

Il appartient aux Etats membres de définir avec précision les « *raisons objectives* » qui justifient le renouvellement successif de tels contrats.

Ainsi, « *une disposition nationale qui se bornerait à autoriser, de manière générale et abstraite par une norme législative ou réglementaire, le recours à des contrats de travail à durée déterminée successifs ne serait pas conforme aux exigences [communautaires]* » (CJCE, 4 juillet 1996, Konstantinos ADENELER, précité, point 71).

La Cour ajoute que :

« *Cette notion [de raisons objectives] doit être comprise comme n'autorisant pas de justifier une différence de traitement entre les travailleurs à durée déterminée et les travailleurs à durée indéterminée par le fait que cette dernière est prévue par une norme nationale générale et abstraite, telle une loi ou une convention collective.*

Au contraire, ladite notion requiert que l'inégalité de traitement en cause 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 nécessaire à cet effet. » (CJCE, 13 septembre 2007, Yolanda DEL CERRO ALONSO, précité, points 57 et 58)

En conséquence, le recours aux CDD successifs est subordonné :

- d'une part, à la justification d'une part d'un besoin véritable ;
- d'autre part, à la démonstration de l'aptitude et de la nécessité d'avoir recours à ce type de contrat.

Les deux critères cumulatifs supposent que soit faite la démonstration :

- de l'existence d'éléments précis et concrets caractérisant la condition d'emploi et le contexte particulier ;
- des critères objectifs et transparents en justifiant le recours et de l'aptitude et de la nécessité d'une telle mesure.

B. La nécessaire transposition de la directive communautaire du 28 juin 1999

Contrairement aux règlements communautaires d'application directe, les directives doivent faire l'objet de mesures de transposition dans le droit interne des Etats membres.

La France n'a, comme elle en est malheureusement coutumière, pas transposé la directive communautaire dans les délais prévus, certains auteurs ayant même jugé qu'aucune transposition n'était nécessaire.

Cette position a d'ailleurs été confirmée, dans un premier temps, par la Cour administrative d'appel de NANCY qui a affirmé, dans un considérant parfaitement contestable, que :

« Considérant qu'en égard d'une part à l'objectif de prévention des abus résultant de l'utilisation de contrats de travail à durée déterminée successifs fixé par la directive susmentionnée et d'autre part au caractère alternatif des mesures proposées pour prévenir de tels abus, les règles nationales applicables, qui énumèrent de façon limitative les cas de recours au recrutement d'agents par des contrats à durée déterminée, limitent dans le temps la durée maximale de ces contrats et prévoient les conditions et limites de leur renouvellement ainsi que celles ouvrant droit à titularisation, ne sont pas incompatibles avec les objectifs de ladite directive. » (CAA de NANCY, 2 juin 2005, Mme HUMBERT c/ Commune de FORBACH, n° 03NC00959)

Cette décision ne faisait d'ailleurs que reprendre le rapport public pour l'année 2003 de la Haute juridiction administrative qui avait évoqué l'idée selon laquelle le droit français de la fonction publique serait d'ores et déjà conforme aux dispositions communautaires en indiquant que :

« Le premier exemple concerne les conséquences à tirer des dispositions de la directive n° 199/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 « visant à mettre en œuvre l'accord cadre sur le travail à durée déterminée conclu le 18 mars 1999 entre les organisations interprofessionnelles à vocation générale » sur le régime des agents contractuels de droit public. La directive part du principe, qui imprègne d'ailleurs tout le Code du travail français, que « les contrats à durée indéterminée sont la forme générale de relation de travail » et que « l'utilisation des contrats de travail à durée déterminée basés sur des raisons objectives est un moyen de prévenir les abus ». Et la clause 5 de l'accord cadre, qui concerne les mesures visant à prévenir l'utilisation abusive des contrats à durée déterminée, fait ainsi obligation aux États membres de prendre une ou plusieurs des mesures qu'il énumère.

On ne peut exclure que cette directive soit applicable aux contractuels de droit public, quelles que soient les spécificités de leur situation, dans la mesure où l'accord cadre qu'elle a pour objet de

mettre en œuvre vise tous les « travailleurs à durée déterminée ayant un contrat ou une relation de travail défini par la législation, les conventions collectives ou les pratiques en vigueur dans chaque État-membre », définition très extensive.

Les conséquences de telles dispositions sur le système français de fonction publique sont ambiguës et dépendront beaucoup de la manière dont la transposition en sera assurée. Dans une première hypothèse, on pourrait légitimement considérer que le droit français est déjà en conformité avec la directive : en effet, les règles régissant le recours aux contractuels ont précisément pour objet de déterminer de façon limitative les cas dans lesquels un tel recours est possible ; à défaut, la règle est l'occupation de l'emploi concerné par un fonctionnaire titulaire dont la « relation de travail » est par définition à durée indéterminée. Dans ces conditions, le droit communautaire ne fait rien d'autre qu'inciter à une plus stricte application des principes mêmes du statut général.

Une autre interprétation est cependant possible, fondée sur l'observation qu'en pratique, même si cela est contraire à l'esprit, sinon à la lettre, des règles du statut, de nombreux emplois permanents sont occupés par des contractuels dont le contrat est renouvelé de manière quasi automatique alors même que, selon la jurisprudence du Conseil d'État, ces contrats ne sont en aucun cas susceptibles de se transformer en contrats à durée indéterminée. Dans la mesure où une telle pratique semble directement contraire aux dispositions de la directive de 1999, et où l'on souhaiterait maintenir l'étanchéité de principe entre contractuels et agents publics titularisés, la réintroduction de contrats à durée indéterminée dans le droit de la fonction publique française, en dehors des cas dérogatoires d'ores et déjà prévus, notamment pour certains établissements publics administratifs et pour les autorités administratives indépendantes, devrait alors être envisagée. »

(Conseil d'Etat, Rapport public 2003 intitulé Perspective pour la fonction publique, La Documentation française, p. 288-289)

La Cour administrative d'appel de PARIS a, au contraire, affirmé que les dispositions de l'article 4 de la loi du 11 janvier 1984 relatives aux agents non-titulaires de l'Etat étaient incompatibles avec les objectifs posés par la directive 99/70, avant l'adoption de la loi du 26 juillet 2005 (CAA de PARIS, 20 novembre 2007, M. CEARD c/ Académie de Paris, n° 06PA02869).

La directive communautaire du 28 juin 1999 sera finalement transposée en droit français par la loi du 26 juillet 2005 qui a choisi d'introduire officiellement le contrat à durée indéterminée dans la fonction publique.

Le Conseil d'Etat a toutefois récemment affirmé que « la directive du 28 juin 1999 n'obligeait pas les Etats membres de l'Union européenne à procéder à la titularisation des agents contractuels recrutés afin de pourvoir un emploi permanent » (CE, 7 mars 2008, M. MAGERAND, n° 308113, Le Courrier Juridique des Finances et de l'Industrie, n° 51, mai - juin 2008, p. 156).

Cette position ne fait d'ailleurs que confirmer celle de la CJCE qui avait indiqué en 2006 que la directive n'obligeait pas les Etats membres à prévoir la transformation de CDD successifs en CDI en cas d'abus (CJCE, 4 juillet 2006, Konstantinos ADENELER, précité, points 91 à 95).

Toutefois, la CJCE n'avait pas encore rendu son arrêt au moment de l'adoption de la loi du 26 juillet 2005 qui semblait à l'époque la seule mesure envisageable.

Néanmoins, et par la suite, une partie de la doctrine a regretté le choix du législateur en parlant de « fausse solution » heurtant « la conception traditionnelle d'une fonction publique statutaire et de carrière » (FITTE-DUVAL A., « CDI dans le fonction publique : les risques d'une transposition inadaptée », AJFP, 2007, p. 4

).

II. L'INSTAURATION DU CDI AU SEIN DE LA FONCTION PUBLIQUE

La loi du 26 juillet 2005 prévoit que l'Administration a l'obligation de recourir au CDI dans des hypothèses précises (A), d'ailleurs strictement encadrées (B).

A. La reconduction obligatoire d'un contrat en CDI dans diverses hypothèses

La loi du 26 juillet 2005 impose la reconduction pour une durée indéterminée des CDD successifs au-delà de 6 ans (1). Des dispositions spécifiques ont, en outre, été mises en place pour les agents non titulaires âgés de plus de 50 ans (2).

1- Le renouvellement d'un contrat au-delà de 6 ans

L'article 14-I de la loi du 26 juillet 2005 dispose, concernant la fonction publique territoriale, que :

« L'article 3 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale est ainsi modifié :

1° Le troisième alinéa est remplacé par trois alinéas ainsi rédigés :

« Par dérogation au principe énoncé à l'article 3 du titre Ier du statut général, des emplois permanents peuvent être occupés par des agents contractuels dans les cas suivants :

1° Lorsqu'il n'existe pas de cadre d'emplois de fonctionnaires susceptibles d'assurer les fonctions correspondantes ;

2° Pour les emplois du niveau de la catégorie A, lorsque la nature des fonctions ou les besoins des services le justifient. »

2° Au dernier alinéa, les mots : « pour une durée déterminée et renouvelés par reconduction expresse » sont supprimés ;

3° Sont ajoutés deux alinéas ainsi rédigés :

« Les agents recrutés conformément aux quatrième, cinquième et sixième alinéas sont engagés par des contrats à durée déterminée, d'une durée maximale de trois ans. Ces contrats sont renouvelables, par reconduction expresse. La durée des contrats successifs ne peut excéder six ans.

Si, à l'issue de la période maximale de six ans mentionnée à l'alinéa précédent, ces contrats sont reconduits, ils ne peuvent l'être que par décision expresse et pour une durée indéterminée. » »

Il ressort de ces dispositions que les contrats des agents titulaires recrutés sur les fondements des 4ème, 5ème et 6ème alinéas de l'article de la loi du 26 janvier 1984 sont conclus pour une durée maximale de 6 ans. Au-delà, ils ne pourront qu'être expressément reconduits pour une durée indéterminée.

Pour un exemple de requalification en CDI : TA d'AMIENS, 18 mars 2008, Mme PAUMELLE, n° 0602704 – 0700280

Ce dispositif s'applique aux seuls contrats à durée déterminée correspondant à des emplois permanents, c'est-à-dire pour la fonction publique territoriale les agents recrutés :

- lorsqu'il n'existe pas de corps de fonctionnaires susceptibles d'assurer les fonctions correspondantes ;
- lorsque la nature des fonctions ou les besoins des services le justifient pour les emplois de catégorie A ;
- lorsque la durée de travail est inférieure à mi-temps pour les emplois dans les communes de moins de 1 000 habitants.

Pour tenir compte de cette évolution législative, les dispositions réglementaires applicables aux agents contractuels ont dû être adaptées. Le décret n°2007-1829 du 24 décembre 2007 modifiant le 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 précise ainsi que la collectivité doit organiser un entretien avec l'agent puis lui notifier son intention de renouveler ou non son contrat pour une durée indéterminée au début du troisième mois précédant le terme du contrat.

Des mesures transitoires ont également été mises en place pour les agents non titulaires en poste avant l'entrée en vigueur de la loi du 26 juillet 2005 par l'article 15-I de ladite loi qui dispose que :

« Lorsque l'agent, recruté sur un emploi permanent, est en fonction à la date de publication de la présente loi ou bénéficie, à cette date, d'un congé en application des dispositions du décret mentionné à l'article 136 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, le renouvellement de son contrat est soumis aux conditions prévues aux septième et huitième alinéas de l'article 3 de la même loi.

Lorsque, à la date de publication de la présente loi, l'agent est en fonction depuis six ans au moins, de manière continue, son contrat ne peut, à son terme, être reconduit que par décision expresse pour une durée indéterminée. »

Ces dispositions ont fait l'objet d'un important débat doctrinal et jurisprudentiel concernant la notion d'"emploi permanent" qui a fait l'objet d'interprétations différentes rappelées par le rapport d'information des députés Bertrand PANCHER et Bernard DEROSIER en ces termes :

« La première interprétation possible est que la disposition transitoire s'applique à tous les agents contractuels remplissant la condition de durée de service qui occupent un emploi permanent, même s'ils ont officiellement été recrutés pour répondre à un besoin temporaire. Le critère serait donc la nature de l'emploi occupé et non le fondement juridique du contrat. Cette interprétation a été retenue par le tribunal administratif de Toulouse qui, dans une ordonnance du 26 octobre 2006, a considéré que « les dispositions du 2ème alinéa du I de l'article 15, à la différence de celles du II du même article, s'appliquent à tous les agents contractuels en fonction sur des emplois permanents, quel que soit le fondement de leur recrutement ».

La direction générale de l'administration et de la fonction publique (DGAFP) et la direction générale des collectivités locales (DGCL) font une analyse différente de la loi et considèrent que les personnes recrutées pour faire face à un besoin temporaire ne sont pas concernées par la transformation de leur contrat en CDI. Cette interprétation a été confortée par un jugement du tribunal administratif de Lille, qui a considéré que la notion d'« emplois permanents » utilisée dans la loi du 26 juillet 2005 faisait uniquement référence aux contractuels recrutés en application des dispositions statutaires visant des besoins permanents.

Au cours d'une réunion d'information tenue le 26 novembre 2005, le Gouvernement a apporté un éclairage sur le sens des dispositions législatives. Il a ainsi été expliqué que la référence aux « emplois permanents », sans précisions relatives aux articles du statut, avait pour but de « couvrir la situation des agents dont les contrats ne stipuleraient pas (...) le fondement du recrutement mais qui, dans les faits, seraient recrutés dans les conditions de ces articles. Cela exclut par ailleurs, les agents recrutés à titre temporaire pour un besoin occasionnel ou saisonnier ». »

(Rapport d'information n° 1089 du 22 juillet 2008 sur la mise en application de la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, et présenté par MM. Bertrand PANCHER et Bernard DEROSIER)

L'imprécision des termes employés a ainsi conduit ces députés à souhaité que « l'interprétation de la loi soit confirmée par un décret ou une circulaire, afin que les différents employeurs publics soient mieux informés des cas dans lesquels ils doivent octroyer un CDI à leurs agents en fonction. »

2- La transformation en CDI des contrats des agents non titulaires âgés de plus de 50 ans

L'article 15-II de la loi du 26 juillet 2005 précise que :

« Le contrat est, à la date de publication de la présente loi, transformé en contrat à durée indéterminée, si l'agent satisfait, le 1er juin 2004 ou au plus tard au terme de son contrat en cours, aux conditions suivantes :

1° Etre âgé d'au moins cinquante ans ;

2° Etre en fonction ou bénéficiaire d'un congé en application des dispositions du décret mentionné à l'article 136 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 précitée ;

3° Justifier d'une durée de services effectifs au moins égale à six ans au cours des huit dernières années ;

4° Occuper un emploi en application des quatrième, cinquième ou sixième alinéas de l'article 3 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 précitée dans une collectivité ou un établissement mentionné à l'article 2 de la même loi. »

La troisième condition relative aux "services effectifs" a été rapidement précisée par le Juge administratif. Le Tribunal administratif de NANTES a ainsi préféré retenir le notion de "services publics effectifs".

« En principe, l'expression "services effectifs" désigne les services accomplis en qualité d'agent titulaire en position d'activité. Les "services publics effectifs", en revanche, incluent également les services en qualité de fonctionnaire stagiaire ou d'agent non titulaire. Cette deuxième notion est donc beaucoup plus large. C'est elle qui a été retenue par la DGAFP pour l'application de la loi. Le Ministère de la Fonction Publique a ainsi indiqué que « la durée de services requise, au sens du II de l'article 15, est déterminée en prenant en compte, sur les huit dernières années, tous les

services publics effectifs, y compris ceux effectués en qualité de collaborateur de cabinet ».
L'interprétation effectuée par la DGAFP a été retenue au détriment de la lettre de la loi car prendre en compte les \"services effectifs\" n'avait pas de sens. »

(Rapport d'information n° 1089 du 22 juillet 2008 sur la mise en application de la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, et présenté par MM. Bertrand PANCHER et Bernard DEROSIER)

La question de l'automatisme de la transformation en CDI des contrats de tels agents s'est, par ailleurs, très vite posée. La doctrine a ainsi insisté sur le fait que, à la différence des dispositions concernant les autres agents contractuels, la loi ne mentionne pas le \"renouvellement\" du contrat sous la forme d'un CDI mais sa \"transformation\" en CDI.

Le Ministère de la Fonction publique a confirmé cette analyse (*Rép. Min.*, n° 67895, JOAN Q. 30 août 2005, p. 8216 ; *Rép. Min.*, n°75409, JOAN Q. 7 mars 2006, p. 2473), tout comme les juridictions administratives.

Le juge des référés du Tribunal administratif de NANTES, dans une ordonnance en date du 15 décembre 2005, a ainsi relevé qu'il résulte de « la lettre même » de la loi du 26 juillet 2005 « *qu'un agent non titulaire âgé de plus de cinquante ans, se trouvant en activité auprès d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public en relevant, dans le cadre d'un contrat conclu en application des alinéas 4 et 6 de l'article 3 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005, et justifiant depuis huit ans d'un minimum de six ans de services publics effectifs, quelle que soit la nature desdits services, doit bénéficier de la transformation de plein droit de son engagement en contrat à durée indéterminée* » (TA de NANTES, 15 décembre 2005, M. COURBET, n° 054042, 055012).

Cette décision a notamment été confirmée par le Tribunal administratif de LIMOGES.

« Considérant (...) qu'il résulte de ces dispositions, qui ne visent pas les seuls services effectifs ininterrompus accomplis pour le compte de l'Etat, de la même collectivité territoriale, ou du même établissement public, qu'un agent non titulaire âgé de plus de cinquante ans, se trouvant en activité auprès de l'Etat, d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public relevant de ces derniers, dans le cadre d'un contrat conclu en application des alinéas 4 à 6 de l'article 3 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005, et justifiant depuis huit ans d'un minimum de six ans de services publics effectifs, bénéficie de la transformation de plein droit de son engagement en contrat à durée indéterminée, quels qu'aient été ses employeurs publics et la nature desdits services. » (TA de LIMOGES, 26 juin 2008, Mme PELENC, n° 0600938)

B. Des hypothèses de requalification des contrats en CDI strictement encadrées

La requalification en CDI est strictement encadrée et limitée, d'une part, aux agents occupant des emplois permanents (1) et, d'autre part, au caractère successif des CDD cumulés (2).

1- L'exclusion des contrats correspondant à des emplois permanents

Il ressort des termes de la loi du 26 juillet 2005 que seuls les agents recrutés sur des emplois permanents, c'est-à-dire sur les fondements des 4ème, 5ème et 6ème alinéas de l'article de la loi du 26 janvier 1984, peuvent bénéficier d'une reconduction de leur contrat pour une durée indéterminée.

Le rapport des députés PANCHER et DEROSIER souligne ainsi que « *plus de 60 % des agents non titulaires ne sont pas recrutés sur des emplois permanents, mais en vertu d'autres dispositions statutaires concernant les besoins temporaires des personnes publiques* ».

Ils concluent alors à ce qu'un décret ou une circulaire précise ce point « *afin que les différents employeurs publics soient mieux informés des cas dans lesquels ils doivent octroyer un CDI à leurs agents en fonction. Une interprétation assez large du dispositif transitoire apparaît le mieux à même de réduire la précarité des agents avant la loi. Votre rapporteur et votre co-rapporteur souhaitent donc que tous les agents recrutés de fait sur un emploi permanent, quel que soit le fondement de leur recrutement, en bénéficient* ».

Devant les tribunaux administratifs, de nombreux requérants tentent naturellement de profiter des conclusions de ce rapport et de démontrer que le fondement de leur recrutement serait confus voire erroné et qu'ils seraient en réalité recrutés sur des emplois permanents, disposant alors d'un « *contrat permanent de fait* ».

Est également régulièrement citée la circulaire du 16 juillet 2008 relative aux dispositions générales applicables aux agents non titulaires de la fonction publique dont l'article 11-1 dispose que :

« *Désormais, en application de l'article 3 de la loi du 26 janvier 1984 (dans sa rédaction issue de la loi n°2005-843 du 26 juillet 2005), l'employeur territorial qui souhaite faire perdurer la relation contractuelle au terme d'une période de six années pour répondre aux mêmes besoins et pour l'exercice de fonctions similaires, ne peut le faire que par la reconduction du contrat pour une durée indéterminée.*

Cette obligation revêt une triple portée :

- 1) l'administration ne peut reconduire au terme de ces six années un même contrat pour une durée déterminée ;*
- 2) il s'agit d'un changement de situation contractuelle qui implique un acte exprès de la part de l'administration sous la forme d'un avenant visant à reconduire le contrat antérieur ;*
- 3) il ne peut être question de renouveler le contrat pour une durée indéterminée avant le terme de la période de six années d'emploi en CDD. »*

Certains requérants affirment ainsi que cette circulaire, en ne faisant pas référence au fondement sur lequel l'agent a été recruté, pourrait être interprétée comme autorisant les collectivités à recruter en CDI l'ensemble des agents de toutes les catégories recrutés sur la base d'emplois juridiquement temporaires, mais effectivement permanents, et de faire cesser des situations non satisfaisantes.

Toujours est-il qu'une telle argumentation est en totale contradiction avec les termes même de la loi du 26 juillet 2005 qui ne permet, à ce jour, qu'aux seuls agents recrutés conformément aux 4e, 5e et 6e alinéas de voir leur contrat reconduit sous forme de CDI.

De même, l'opinion des députés auteurs du rapport précité est également en contradiction avec

une réponse ministérielle qui précise que :

« Pour ce qui concerne les agents recrutés en application du 1er alinéa de l'article 3 de la loi du 26 janvier 1984, notamment pour faire face à la vacance d'un emploi, il est à préciser que la loi du 26 juillet 2005 a clairement circonscrit son champ d'application en prévoyant que sont éligibles au CDI les agents recrutés pour occuper un emploi permanent en application des alinéas 4, 5 ou 6 de l'article 3 précité. Les agents engagés en application du premier alinéa de cet article ne sont donc pas concernés en raison du fait que, s'ils occupent un emploi permanent, ils ne le font, en application de la loi que de manière temporaire en attendant le retour du fonctionnaire qu'ils remplacent ou, dans l'hypothèse soulevée par l'honorable parlementaire, que l'emploi vacant soit pourvu par une personne inscrite sur liste d'aptitude. »

(Rép. Min., n°95924, JOAN, 10 octobre 2006, p. 10650)

2- Une requalification conditionnée par le caractère successif des CDD cumulés

Pour bénéficier des dispositions précitées, il est nécessaire que les agents en CDD aient occupé le même emploi pendant 6 ans et ce de manière continue.

Le Tribunal administratif de Lille a ainsi confirmé que :

« Considérant qu'il résulte de la combinaison de ces dispositions [article 15 de la loi du 26 juillet 2005 et article 3 de la loi du 26 janvier 1984], éclairées par les travaux parlementaires qui ont précédé l'adoption de la loi du 26 juillet 2005 susvisée, que le contrat d'un agent recruté sur un emploi permanent et en fonction de manière continue depuis six ans au moins à la date de publication de cette loi ne peut être reconduit pour une durée indéterminée que sous réserve que, notamment, ce contrat ait été conclu conformément aux 4ème, 5ème ou 6ème alinéas de l'article 3 de la loi du 26 janvier 1984 susvisée. »

(TA de LILLE, 31 octobre 2007, Préfet du Nord, n° 0700090 à 0700098)

Cette analyse a été confirmée par la doctrine administrative qui affirme que :

« Le second alinéa de l'article 15-1 de la loi n°2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique [dernier alinéa de l'article 3 de la loi du 26 janvier 1984] concerne les agents qui sont déjà sous contrat depuis plus de six années de manière continue à la date de publication de la loi. L'administration a le choix, au terme du contrat en cours, de renouveler ou non le contrat.

Si elle choisit de le faire, elle ne peut le renouveler que pour une durée indéterminée puisque l'agent a déjà six années de période d'emploi en CDD. L'exigence de continuité de l'emploi suppose que le contrat en cours, y compris ses éventuels renouvellements, soit ininterrompu à cet égard, il convient de noter que les congés non rémunérés du titre V du décret du 17 janvier 1986 précité n'interrompent pas le contrat mais en suspendent l'exécution, sans pour autant décaler l'échéance initialement prévue. En conséquence, afin de pouvoir bénéficier des dispositions de l'alinéa 2 de l'article 15-1, l'agent doit avoir été employé par la même personne publique, sur le même emploi permanent, et avoir exercé les mêmes fonctions ou des fonctions identiques, c'est-à-dire le même métier. »

(Rép. Min. n° 114521, JOAN 3 avril 2007, p. 3386)

De même, une récente réponse ministérielle rappelle très clairement que la loi du 26 juillet 2005 « impose une condition de continuité des CDD pour l'octroi d'un CDI » (Rép. Min., n° 38533, JOAN 17 mars 2009, p. 2584)

).

Le Conseil d'Etat a d'ailleurs défini la notion de \"contrats successifs\" dans un avis, portant sur la fonction publique de l'Etat mais parfaitement transposable à la fonction publique territoriale, curieusement passé relativement inaperçu :

« 2° 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.

3° Lorsqu'un agent non titulaire est recruté pour faire face à des vacances d'emplois déterminées, les contrats successivement conclus pour faire face à ces vacances différentes doivent être regardés comme une succession de contrats, au sens du droit du travail et de la jurisprudence de la Cour de cassation, et non comme des contrats successifs au sens de la directive.

Cette succession de contrats ne peut toutefois avoir pour effet de pourvoir durablement à un emploi permanent de l'administration concernée.

4° Des contrats conclus successivement sur le fondement du 1° puis du 2° de l'article 4 de la loi du 11 janvier 1984 peuvent être considérés comme successifs lorsque sont satisfaites les caractéristiques mentionnées au 2° du présent avis, à savoir que le deuxième contrat réponde à un besoin analogue à celui qui a motivé la conclusion du premier contrat et que les fonctions proposées soient d'un niveau comparable à celui des fonctions que l'agent exerçait précédemment.

Le Conseil d'Etat (section des finances), tenant compte, d'une part, de l'objet, de la finalité et de l'effet utile de la directive susvisée, d'autre part des besoins particuliers de l'Etat quant au recours, pour pourvoir à des emplois publics, à des agents non titulaires sous contrat à durée déterminée, est en conséquence d'avis que, pour parfaire la transposition de la directive 1999/70/CE du 28 juin 1999, la notion de « contrats successifs » doit être précisée dans l'ordre juridique interne et définie comme un contrat faisant suite à un contrat initialement conclu entre les mêmes personnes et présentant les caractéristiques mentionnées au 2° du présent avis, à savoir l'exercice de fonctions analogues et d'un niveau comparable à celles exercées précédemment. »

(CE avis, 11 mars 2008, n° 381097)

Reste que la Cour de justice des Communautés européennes semble avoir développé une jurisprudence moins restrictive concernant la continuité des contrats en affirmant que présentaient un caractère successif les CDD entrecoupés d'interruptions de 20 jours (CJCE, 4 juillet 1996, *Konstantinos ADENELER*, précité).

Il semble donc que la position française en la matière, plus stricte que celle adoptée par la CJCE, puisse être considérée comme contraire au droit communautaire.

* *

Si l'introduction du CDI dans la fonction publique territoriale avait pour objectif de lutter contre la précarité des agents contractuels de la fonction publique, reste que les agents ayant vu leur

contrat requalifié en CDI ne peuvent pour autant prétendre au bénéfice « d'un déroulement automatique de carrière à l'instar de celle existant pour les fonctionnaires. En effet, l'agent non titulaire reconduit pour une durée indéterminée ne voit son contrat modifié que dans la durée de sa relation contractuelle qui le lie à l'administration. Ni sa fonction si son mode de rémunération ne sont modifiés » (Rép. Min., n°95924, JOAN 10 octobre 2006, p. 10650).

Début 2008, le Ministère de la fonction publique a fait part de ses premières statistiques en la matière pour la fonction publique de l'Etat :

« S'agissant des éléments statistiques relatifs aux agents en CDI, le Ministère du budget, des comptes publics et de la fonction publique dispose à ce jour d'informations partielles, mais significatives, sur la base d'un premier bilan de l'application de la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 réalisé par le ministère en février 2007.

Il porte sur les dispositions transitoires de l'article 13 applicables à la fonction publique de l'Etat (services centraux et déconcentrés, à l'exclusion des établissements publics administratifs).

Selon les informations transmises par les ministères, la quasi-totalité des agents éligibles à la transformation de leur contrat en CDI a bénéficié de la mesure, quel que soit l'âge de l'agent.

En effet, parmi les 9 321 agents contractuels ayant plus de 6 ans d'ancienneté au

1er octobre 2006, 8 932 ont bénéficié d'un renouvellement de leur CDD en CDI : 2 951 de 50 ans et plus et 5 981 de moins de 50 ans.

Les bénéficiaires âgés de 50 ans et plus représentent un cinquième des effectifs, soit une proportion conforme à la part de cette tranche d'âge parmi l'ensemble des non-titulaires. »

(Rép. Min., n° 6973, JOAN 29 janvier 2008, p. 831)

Toujours est-il que la loi du 26 juillet 2005 n'a pu régler toutes les situations de précarité en raison de conditions d'applications strictes limitant les catégories d'agents contractuels susceptibles d'en bénéficier.