
**Circulaire aux fédérations
n° 11 du 16 mars 2004**

Projet de loi Fonctions Publiques

Non titulaires : durée des contrats

Comptes rendus des réunions des 1^{er} et 4 mars 2004

Deux réunions de travail se sont tenues les 1^{er} et 4 mars entre les sept fédérations de fonctionnaires et le cabinet du ministère de la Fonction publique concernant l'utilisation des contrats à durée déterminée. La DGAFP, la DGCL et la DHOS y participaient.

La réunion du 1^{er} Mars a été consacrée à la transposition par la France de la directive européenne 1999 / 70 / CE du 28 janvier 1999 visant à limiter l'utilisation et la durée des contrats à durée déterminée. Cette mise en conformité constituera l'un des éléments essentiels de la future loi de modernisation de la Fonction publique.

La réunion du 4 mars, quant à elle, en a abordé l'application dans la FPT et étudié la transposition de la directive européenne relative aux transferts d'entreprise et la jurisprudence « Mayeur ».

Vous trouverez ci-joints les documents préparatoires où figurent les propositions du ministère, qui vous sont parvenus par mail et sur lesquels nous avons travaillé lors de la CE du 26 février 2004.

L'intervention de l'UFFA -CFDT

a repris les conclusions arrêtées lors de la CE :

- il n'est pas possible d'ouvrir ce dossier en ignorant l'accord signé concernant la résorption de la précarité et les problèmes liés à la mise en œuvre de la loi du 3 janvier 2001 ;
- il est nécessaire de revisiter les articles concernés (3.4.5.6) afin de contenir les pratiques abusives des administrations (malgré ce qu'en dit le Cabinet qui les minimise quand il ne les nie pas) et de redéfinir les conditions d'emploi des agents contractuels ;
- il est hors de question d'envisager l'hypothèse de contrats à durée déterminée de 6 ans. En clair : non aux contrats de mission renouvelés ou pas ;
- il convient de traiter différemment ce qui concerne le « stock » et le « flux ».

Pour le « stock »

D'abord et avant tout, envisager un plan de titularisation (ex : sous forme d'examens professionnels leur donnant une issue favorable), une formation si besoin. Il s'agit bien d'une intégration dans la Fonction publique.

Il convient de dresser le bilan de la loi Sapin et de mettre en place un nouveau dispositif de déprécarisation en s'inspirant de la loi Le Pors de 1983 qui prenait en compte les reprises d'ancienneté.

Dans le cas très particulier d'agents actuellement en CDD et âgés de plus de 50 ans - après qu'ils aient refusé une proposition de titularisation et seulement après - on pourrait envisager pour eux un CDI. Il est clair que ce recours au CDI doit être marginal et pose inévitablement la question de l'évolution de l'agent dans son exercice professionnel (conditions d'emploi, de salaire ...).

S'agissant de agents du « stock », il ne faut pas que la mise en œuvre s'étale trop dans le temps.

Pour le « flux »

Il conviendra de tirer les conclusions de l'application de la loi Sapin. Même si des CDD – peu nombreux – resteront inévitables, les cas permettant d'y recourir doivent être limités, les abus combattus. Le rôle des instances paritaires doit être renforcé. Les CTP (ministériels, centraux, locaux...) et CTE doivent être officiellement et systématiquement saisis en amont des décisions de recours à des CDD.

A l'issue de ces deux réunions de travail

Le directeur de cabinet du ministre de la Fonction publique s'est engagé à organiser une réunion de bilan de la « loi Sapin » d'ici la fin du mois d'avril 2004. ***Autant en avertir vos ministères et administrations respectives : il est temps de faire remonter leurs bilans au ministère de la FP, après vous les avoir présentés ou au moins transmis.***

Calendrier du projet de loi de modernisation de la Fonction publique

- ⇒ Fin mars (probablement le 24) : communication des grandes lignes du projet de loi en Conseil de ministres ;
- ⇒ Avril : rédaction du projet de loi et présentation du projet dans les instances consultatives (Conseils supérieurs) ;
- ⇒ Juin : débat parlementaire.

Réunion de travail

des

1^{er} et 4 mars 2004

« Le présent dossier est remis à titre de document de travail.

Les arbitrages n'étant pas rendus, il n'engage pas le Gouvernement.»

Agents non titulaires

TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE EUROPEENNE SUR LE TRAVAIL A DUREE DETERMINEE

I - La problématique du recours aux agents non titulaires en CDD au regard du droit communautaire

Le statut général des fonctionnaires repose sur une règle fondamentale édictée en son titre Ier, selon laquelle les emplois permanents de l'État, des régions, des départements, des communes et de leurs établissements publics à caractère administratif sont normalement pourvus par des fonctionnaires. L'article 3 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, qui pose ce principe de base, a toutefois prévu la possibilité d'y déroger et, par conséquent de recourir, pour répondre à certains besoins de l'administration à des agents publics non titulaires.

Les différents cas de recours à des agents non titulaires, prévus par la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984, sont les suivants :

L'article 3 énumère des emplois permanents de l'Etat non soumis au principe de leur occupation par des fonctionnaires. Outre les emplois supérieurs dont la nomination est laissée à la décision du Gouvernement, entrent notamment dans ce cadre :

- les emplois de certains établissements publics à caractère administratif, qui, en raison de leurs missions, sont inscrits sur une liste fixée par décret en Conseil d'Etat,
- les emplois de certaines institutions administratives spécialisées dotées, de par la loi, d'un statut particulier garantissant leur indépendance,
- les emplois occupés par des ouvriers d'Etat,
- les emplois de maître d'internat, surveillant d'externat et assistant d'éducation des établissements d'enseignement.

L'exercice des fonctions des maîtres d'internat, surveillants d'externat et assistants d'éducation est limité dans le temps par la réglementation qui leur est applicable,. Dans les autres cas, les agents sont normalement recrutés pour une durée indéterminée.

Le dernier alinéa de cet article, précise en outre que les remplacements des fonctionnaires occupant des emplois permanents doivent être assurés par d'autres fonctionnaires dès lors qu'ils correspondent à un besoin prévisible et constant.

L'article 4 permet de recruter des agents contractuels soit lorsqu'il n'existe pas de corps de fonctionnaires susceptibles d'assurer les fonctions correspondantes, soit, pour les emplois du niveau de la catégorie A, et tous les emplois dans les représentations de l'Etat à l'étranger, lorsque la nature des fonctions ou les besoins des services le justifient. Les contrats ainsi souscrits ne peuvent l'être que pour une durée déterminée qui ne peut excéder trois ans. Ils sont renouvelables par reconduction expresse.

L'article 5 permet, quant à lui, de faire occuper, à titre dérogatoire, des emplois permanents d'enseignants chercheurs, par des personnels non fonctionnaires recrutés en qualité d'associé ou d'invité.

L'article 6, en son 1^{er} alinéa, prévoit que les emplois correspondant à un service à temps incomplet (70% du temps plein au maximum) sont pourvus par des agents non titulaires. En application du décret n° 86-83 du 17 janvier 1986, fixant les dispositions générales applicables aux agents non titulaires de l'Etat, les agents ainsi recrutés peuvent l'être pour une durée indéterminée.

Ce même article, en son 2^{ème} alinéa, autorise le recours à des agents contractuels pour faire face à des besoins saisonniers ou occasionnels qui ne peuvent être assurés par des fonctionnaires. Dans le cas de besoins saisonniers, la durée du contrat, renouvellements éventuels compris, ne peut excéder six mois par année. Pour les besoins occasionnels, le contrat, renouvellements éventuels compris, ne peut excéder dix mois par année.

L'article 27, afin de faciliter l'insertion professionnelle des personnes reconnues travailleurs handicapés, prévoit leur recrutement en qualité d'agent contractuel pour une durée d'un an, renouvelable une fois. A l'issue de cette période, les intéressés sont titularisés sous réserve de remplir les conditions d'aptitude requises pour l'exercice de la fonction.

Enfin, il convient de signaler les agents contractuels mentionnés à **l'article 82** qui, recrutés antérieurement au 15 juin 1983, n'ont pas demandé ou obtenu leur titularisation en application des dispositions de l'article 73 de la même loi. Ils peuvent se prévaloir d'un engagement pour une durée indéterminée.

La directive européenne 1999/70/CE du 28 janvier 1999 relative au travail à durée déterminée, qui vise à mettre en œuvre l'accord cadre sur le travail à durée déterminée conclu le 18 mars 1999 entre les partenaires sociaux au niveau européen, invite les Etats membres à prendre les dispositions nécessaires pour s'y conformer.

L'accord dont il s'agit a pour objet notamment d'établir un cadre pour prévenir les abus résultant de l'utilisation de contrats ou de relations de travail à durée déterminée successifs.

Les conclusions tirées par Monsieur Lemoyne de Forges dans son rapport sur « l'adaptation de la fonction publique française au droit communautaire » concernant la question des non titulaires sont les suivantes :

« - les contrats à durée déterminée non renouvelables ne sont pas interdits par le droit communautaire ;

- les contrats à durée déterminée renouvelables ne sont autorisés que s'ils répondent aux besoins de secteurs d'activité spécifiques, objectivement identifiables, et non pas à la commodité de l'administration employeur ; encore convient-il d'encadrer les conditions de leur renouvellement, soit par des « raisons objectives », soit par une limitation, en temps ou en nombre de contrats, la durée totale du travail précaire ;

- en dehors de ces secteurs spécifiques, les contrats à durée déterminée doivent être remplacés dès que possible par des contrats à durée indéterminée. »

II - Les solutions envisageables

A titre liminaire il convient de souligner que l'on pourrait considérer que l'article 3 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 posant le principe de l'occupation des emplois permanents par des fonctionnaires peut être une raison objective suffisante, justifiant l'existence et le renouvellement des CDD dans la fonction publique.

Cependant, dans le double objectif de ne pas remettre en cause un principe de base du statut de la fonction publique, celui de l'occupation des emplois permanents par des fonctionnaires, et d'éviter le

développement de situations de précarité tant en ce qui concerne les recrutements à venir, que pour les personnels en fonctions, la mise en conformité avec le droit européen pourrait s'articuler autour des points suivants :

1/ Maintenir, pour les cas de recrutement d'agents non titulaires prévus aux articles 4 et 6 de loi du 11 janvier 1984, un engagement d'abord par voie de CDD, écartant ainsi le recours à des contrats de droit privé et à l'établissement de CDI dès le premier contrat.

Dans cette hypothèse, il faudrait fixer la durée maximale ou le nombre de renouvellements possibles des CDD.

Une solution envisageable pourrait être, en partant de la durée d'emploi prévue dans le code du travail, 18 mois, d'autoriser un renouvellement, ce qui limiterait la durée d'emploi en CDD à trois ans. Cependant, il serait certainement utile dans certains cas de permettre un recrutement en CDD pour une durée plus longue (fonctions d'expertise, enseignement).

L'hypothèse de contrats plus longs, de 6 ans par exemple, permettrait, par ailleurs, aux agents non titulaires de remplir les conditions pour pouvoir s'inscrire aux concours internes et de pouvoir effectivement s'y préparer pendant la période d'activité.

2/ Permettre aux administrations de reconduire la relation contractuelle au-delà de 3 ou 6 années mais dans ce cas, exclusivement sous la forme d'un contrat à durée indéterminée. Cette possibilité de reconduction en CDI ne pourrait concerner que des agents recrutés conformément à l'article 4 et l'article 6, 1^{er} alinéa, limitant ainsi le nombre.

3/ Clarifier et préciser les possibilités de recours à des agents non titulaires, notamment pour l'exercice de fonctions très spécialisées et pour effectuer le remplacement de fonctionnaires momentanément indisponibles.

4/ Prévoir des dispositions expresses, éventuellement dérogatoires, à l'intention des personnels recrutés antérieurement à la modification des dispositions législatives. Ces agents sont aujourd'hui, soit en cours d'un CDD initial, soit en CDD mais déjà renouvelés une ou plusieurs fois.

Un dispositif consistant à transformer l'ensemble des contrats des agents employés de façon continue depuis plus de 3 ou 6 ans (durée maximale des CDD envisagée dans le projet) concernerait un nombre élevé d'individu, risquant ainsi de créer véritablement une « seconde fonction publique ».

Il conviendrait donc d'une part de limiter la mesure aux agents recrutés, sur emploi permanent, sur le fondement de l'article 4 ou 6 1^{er} alinéa précité et d'autre part, de prévoir non pas une transformation du contrat mais un renouvellement du contrat selon les dispositions nouvellement introduites.

Ainsi, au terme du contrat en cours, deux solutions sont envisageables, dans l'hypothèse où l'administration souhaite continuer la relation contractuelle :

- soit le contrat est renouvelé en tenant compte de la durée d'emploi antérieure ; et donc, par exemple, le contrat ne pourrait être reconduit que pour une durée indéterminée si l'agent justifie d'une durée de services continue égale ou supérieure à 3 ou 6 ans, selon le cas ;
- soit le contrat est renouvelé dans les conditions d'un nouveau recrutement ; et donc, quelle que soit l'ancienneté de l'agent, il se verrait proposé d'abord un contrat de 18 mois.

Une dernière problématique, qui avait été évoquée dans le groupe de travail créé dans le cadre du protocole d'accord relatif à la résorption de l'emploi précaire, est la situation des agents de plus de 50 ans. Il pourrait être envisagé, pour tous ou pour une partie d'entre eux, une mesure spécifique permettant à ces agents de bénéficier de CDI, à l'issue du contrat en cours.

Agents non titulaires

TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE EUROPEENNE RELATIVE AU TRANSFERT D'ENTREPRISE ET JURISPRUDENCE « MAYEUR »

I - La problématique du recrutement des agents lors du transfert d'activité du secteur privé vers le secteur public.

Aujourd'hui les situations de transfert d'activité d'une personne morale de droit privé vers une personne morale de droit public apparaissent de plus en plus fréquentes dans les trois fonctions publiques.

Conformément à la directive n° 77/187/CEE du Conseil, du 14 février 1977, modifiée par la directive du 29 juin 1998, relative au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, assurer la continuité des contrats de travail antérieurs s'impose dans le cas de la reprise totale ou même partielle d'une « entité » privée par une personne publique.

La Cour de justice des communautés européennes, dans un arrêt « Mayeur » n° C-175-99 du 26 septembre 2000, a considéré que « *le transfert d'une activité économique d'une personne morale de droit privé à une personne morale de droit public entre en principe dans le champ d'application de la directive 77/187* » et « *que la directive 77/187 vise à assurer la continuité des relations de travail existant dans le cadre d'une entité économique, indépendamment du changement de propriétaire* »

Dès lors que l'article L.122-12 est une des dispositions qui transcrivent en droit français les objectifs de cette directive, les juges nationaux doivent interpréter cet article de manière à assurer la conformité du droit français au droit communautaire.

La Cour de Cassation, chambre sociale, 25 juin 2002, (AGS de Paris c/Hamon), a tiré la première les conséquences de l'application de cette directive et jugé qu'est applicable l'obligation de continuité des contrats de travail à tout transfert d'activité quelle que soit la nature publique ou privée du cessionnaire.

Le juge administratif a également tiré les conséquences de la redéfinition du champ d'application de l'article L.122-12 dans un jugement du tribunal administratif de Poitiers en date du 14 mai 2003, Mme Isabelle Coindre (AJDA, 30 juin 2003, p.1280) en confirmant le principe du transfert des contrats.

Toutefois, le jugement relève aussi à cette occasion que l'employeur public est tenu de placer les salariés transférés dans une position régulière au regard du statut général de la fonction publique.

Ainsi, il a été jugé que la personne morale de droit public ne commet aucune illégalité en transformant le contrat à durée indéterminée de l'agent en contrat à durée déterminée dès lors que ledit agent n'entrait dans aucun des cas, limitativement énumérés, de dérogation à la règle selon laquelle les agents contractuels sont recrutés pour une durée limitée. En effet, le recrutement d'agents non titulaires du fait du transfert d'activité n'entre pas dans les cas de recours prévus par le statut général des fonctionnaires.

On peut en déduire également que le contrat avec l'employeur public relève du droit public. En effet, le contrat conclu avec une entité privée étant un contrat de droit privé, la continuité de celui-ci sous le même régime juridique posait problème au regard de la décision « Berkani » du Tribunal des Conflits selon laquelle « *toute personne travaillant pour le compte d'un service public administratif géré par une personne morale de droit public est un agent contractuel de droit public* » ;

II - Les solutions envisageables

Dans la fonction publique territoriale, plusieurs dispositions législatives récentes ont fixé les conditions dans lesquelles les salariés de personnes morales de droit privé, voire des agents publics d'une personne morale de droit public, dont l'activité est transférée à une collectivité territoriale, un établissement public de coopération intercommunale, à un syndicat mixte ou à un établissement public de coopération culturelle peuvent être recrutés par le cessionnaire.

De même, dans la fonction publique de l'État, en particulier dans le domaine de l'enseignement, des mesures législatives ponctuelles ont été prises.

Afin d'éviter la multiplication de dispositifs spécifiques, il convient de prendre une mesure législative générale prévoyant les conséquences de la dissolution d'une personne morale de droit privé suite au transfert de ses activités et de ses moyens à un service public administratif et applicable à l'ensemble des trois fonctions publiques.

1/ Une première solution, permettant de « faire obstacle » aux conséquences de l'arrêt « Berkani », c'est-à-dire à la requalification du contrat en contrat de droit public à durée déterminée, s'articulerait autour des trois points suivants :

Le premier point consiste en une application stricte de la directive européenne : la poursuite du contrat de droit privé dans son état à la date du transfert.

Le second, propose d'offrir aux personnels recrutés pour une durée indéterminée, en option, le passage au contrat de droit public avec maintien de l'engagement à durée indéterminée et de la rémunération.

Le dernier volet tire les conséquences de l'option pour le droit public : la non application des dispositions du code du travail relatives à l'indemnisation du licenciement.

2/ Une seconde solution envisage la reprise des contrats dans le cadre du droit public et, dans ce cas, deux hypothèses pourraient être avancées :

- a) le contrat est repris conformément au droit commun du statut général, c'est-à-dire en contrat à durée déterminée, s'il répond, par exemple, aux critères prévus à l'article 4 de la loi du 11 janvier 1984 ; la nouvelle situation pourrait être jugée comme moins favorable que la situation antérieure et donc conduire à considérer qu'il y a eu licenciement ;
- b) le contrat est repris en application d'une disposition législative spécifique qui autoriserait le maintien en fonctions dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée, et le maintien du niveau de la rémunération antérieure, permettant ainsi d'assurer une équivalence entre la situation antérieure et la situation nouvelle.

FONCTION PUBLIQUE TERRITORIALE

Recrutement des agents non titulaires

Les dispositions applicables aux agents non titulaires de la fonction publique territoriale doivent être modifiées afin de transposer la directive 1999/70/CEE du 28 juin 1999 dont l'objet est de prévenir l'utilisation abusive du travail à durée déterminée.

Les orientations de cette directive supposent d'apporter les aménagements nécessaires en indiquant :

- les raisons objectives justifiant le renouvellement des contrats à durée déterminée,
- une durée maximale de la somme des durées des contrats successifs ou le nombre de renouvellement autorisé de ces contrats,
- les conditions dans lesquelles les contrats à durée déterminée seront réputés conclus pour une durée indéterminée.

Ces nouvelles mesures ne doivent cependant pas conduire à la constitution d'une seconde fonction publique territoriale composée d'agents non titulaires sous contrats à durée indéterminée, parallèle à celle composée des fonctionnaires occupant, selon le droit commun et conformément à l'article 3 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, les emplois civils permanents de l'Etat, des régions, des départements et de leurs établissements à caractère administratif.

Dans cette perspective, les conditions de reconduction des contrats ainsi que les caractéristiques des emplois ou la nature des fonctions justifiant le recours au recrutement d'agents non titulaires doivent être plus précisément définis. Ainsi, doivent être modifiés ou complétés l'article 3 de la loi du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et l'article 63 de la loi du 12 juillet 1999 sur le renforcement et la simplification de la coopération intercommunale

L'article 3 de la loi du 26 janvier 1984 autorise le recrutement d'agents non titulaires, par les collectivités territoriales et leurs établissements publics, pour une durée déterminée. Cet article pourrait être réécrit complètement en supprimant la référence à l'article 4 de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat (mais en conservant les mêmes conditions qu'au sein de l'Etat), afin de tenir compte de l'organisation et des besoins spécifiques de la fonction publique territoriale.

Le recrutement d'agents non titulaires serait autorisé dans les cas suivants :

1. S'il n'existe pas de cadre d'emplois pour assurer les fonctions recherchées,
2. Pour des emplois de catégorie A, lorsque des fonctions hautement spécialisées ou nécessitant une expertise particulière sont recherchées,
3. Pour des emplois à temps non complet à pourvoir dans les communes de moins de 1000 habitants et dans les groupements de communes dont la moyenne arithmétique du nombre d'habitants ne dépasse pas ce seuil,
4. Pour le remplacement temporaire des fonctionnaires exerçant leurs fonctions à temps partiel ou placés en congé de maladie, de maternité, parental ou de présence parentale, de rappel ou de maintien sous les drapeaux,
5. Pour des emplois vacants qui ne peuvent être immédiatement pourvus (1 an non renouvelable),
6. Pour un besoin occasionnel, pour une durée maximale de 3 mois, renouvelable une fois à titre exceptionnel,
7. Pour des fonctions correspondant à un besoin saisonnier, pour une durée maximale de six mois pendant une même période de douze mois.

Pour les cas 1, 2, 3 et 4, et comme pour les agents contractuels de l'Etat, les contrats seraient conclus pour une durée maximale de 18 mois. Ils seraient renouvelables par reconduction expresse dans la limite maximale de 3 ans. A l'issue de cette période de reconduction ces contrats ne pourraient être reconduits (par reconduction expresse) que pour une durée indéterminée.

Pour le cas 5, la durée du contrat ne pourrait être au maximum que d'un an sans pouvoir être renouvelée. Pour les cas 6 et 7, les conditions seraient également encadrées.

Par ailleurs, il n'existe aucune condition de diplôme pour le recrutement d'agents non titulaires. L'article 34 de la loi du 26 janvier 1984 susvisée dispose que chaque emploi d'une collectivité ou établissement est créé par délibération et que cette dernière doit préciser le grade ou le niveau de recrutement des agents susceptibles d'occuper l'emploi. Il s'agit donc d'exiger pour le recrutement d'agents non titulaires le niveau de diplôme correspondant soit au niveau considéré soit au concours externe d'accès au cadre d'emplois auquel appartient le grade recherché.

*
* *
*

L'article 63 de la loi du 12 juillet 1999 sur le renforcement et la simplification de la coopération intercommunale devrait être modifié afin de permettre aux agents d'une association intégralement transférée à une collectivité territoriale, à un établissement public intercommunal ou à un syndicat mixte, de continuer à bénéficier des stipulations de leur contrat antérieur et en particulier de celles concernant les conditions de durée.

Précédemment, les contrats à durée indéterminée de droit privé étaient transformés en contrats de droit public de 3 ans expressément renouvelables.

*
* *
*

Enfin, une disposition transitoire doit être prévue dans le projet de loi afin de régler la situation des agents non titulaires territoriaux en fonction à la date de publication de ces nouvelles mesures. Il faut permettre aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics de recruter, par reconduction expresse, les agents non titulaires en fonction d'une manière continue, depuis au moins six ans dans leur collectivité, pour une durée indéterminée.

L'exigence de continuité de reconduction évitera d'accorder un contrat à durée indéterminée à un agent pouvant justifier six ans de services en qualité de non titulaire dans des collectivités territoriales différentes ou hors de la fonction publique territoriale.

Les contrats des agents non titulaires âgés d'au moins 50 ans et en fonction depuis au moins 8 ans pourraient être transformés en contrat à durée indéterminée.

Pourraient être exclus de cette disposition les agents non titulaires recrutés au titre des articles 47 (recrutement direct pour certains emplois fonctionnels) et 110 (recrutement des collaborateurs de cabinet) de la loi du 26 janvier 1984 susvisée.