

Statut

Mettre en œuvre la loi de lutte contre la précarité

Les employeurs publics locaux et leurs agents s'interrogent sur certaines dispositions techniques de la loi du 12 mars 2012 dont la lecture n'est pas aisée. De la théorie à la pratique, la mise en œuvre de cette loi pourrait donc s'avérer plus complexe qu'il n'y paraît.

LES AUTEURS

**LORÈNE
CARRERE ET
SIMON
AYRAULT,**
avocats,
cabinet Seban
et associés

Houreux dénouement que celui de la loi n°2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique. Cette loi, qui permet à certains contractuels d'accéder à la titularisation ou à un CDI, est en grande partie issue d'un consensus entre le gouvernement, les partenaires sociaux et les employeurs publics. C'est une situation suffisamment rare pour être soulignée. Elle est l'aboutissement d'un long processus, ce qui explique, sans doute, les raisons de son succès.

Dès 2009, une concertation a été engagée avec les partenaires sociaux pour dresser un état des lieux de l'emploi contractuel dans la fonction publique. Le protocole d'accord signé le 31 mars 2011, une circulaire du 21 novembre 2011 invitait les collectivités à préparer sa mise en œuvre, dans l'attente de l'adoption de la loi.

La loi du 12 mars 2012 promulguée, il restait alors l'essentiel: la mise en œuvre pratique des dispositifs d'accès à l'emploi titulaire ainsi qu'au CDI. Les décrets d'application se sont faits à leur tour attendre. Pour les collectivités territoriales, l'attente a pris fin avec le décret n°2012-1293 du 22 novembre 2012 ainsi qu'une circulaire du 12 décembre 2012. L'histoire s'arrêterait donc là ?

Certainement pas. Les employeurs publics locaux et leurs agents s'interrogent aujourd'hui sur certaines dispositions d'un texte très technique dont la lecture n'est pas aisée. De la théorie à la pratique, sa mise en œuvre pourrait s'avérer plus complexe qu'il n'y paraît.

Une loi marquée par l'ambiguïté

La loi du 12 mars 2012 a vocation à agir immédiatement, mais aussi durablement, pour réduire la précarité des agents contractuels. Elle comporte ainsi deux grands axes directeurs. Le premier est d'apporter une réponse immédiate à des situations de précarité en favorisant, pour les agents en fonction, l'accès au CDI ou à l'emploi titulaire. Le

second consiste à apporter une réponse pour l'avenir, notamment en encadrant davantage les cas de recours aux agents contractuels.

Si on ne peut que saluer une loi apportant des réponses à la précarité des contractuels, la doctrine s'interroge sur sa portée plus profonde. En effet, en renforçant la place du CDI, lequel permet de recruter des contractuels sur des emplois permanents sans limitation de durée, cette loi « ne constitue-t-elle pas un nouveau pas vers une remise en cause du statut » ? (1) Des interrogations demeurent, d'autant que le contrôle des cas de recours aux contrats fait partie des priorités du contrôle de légalité (2).

Agents visés par le dispositif

Le dispositif de titularisation, dont la mise en œuvre relève de la libre administration des collectivités territoriales, et mis en place pour quatre ans à compter du 13 mars 2012, permettra la titularisation d'agents dans les conditions d'éligibilité prévues aux articles 13 à 15 de la loi. Deux questions relatives aux agents visés par le dispositif doivent, entre autres, être posées.

● Agents ayant quitté la collectivité

De nombreux employeurs s'interrogent sur la possibilité de voir titulariser des agents qui auront quitté la collectivité. En effet, l'éligibilité au dispositif étant envisagée à la date du 31 mars 2011 (loi n°2012-347, art. 14), les agents qui ont, depuis cette date, quitté la collectivité, pourront déposer leur dossier lorsque des sélections professionnelles seront organisées dans leur cadre d'emploi. Toutefois, la titularisation, comme c'est d'ailleurs le cas pour tous les agents éligibles, n'a rien d'automatique.

Tout d'abord, la collectivité informe uniquement les agents « qu'elle emploie » (décret n°2012-1293, art. 9) du contenu du programme pluriannuel d'accès à l'emploi titulaire lorsque ces agents sont concernés. De fait, elle n'a pas à informer les agents qui ont quitté la collectivité de la mise en place du plan de titularisation. En outre, la collectivité fixe elle-même le nombre d'emplois ouverts aux recrutements ré-

servés (décret n°2012-1293, art. 17). Il existe une incertitude sur l'attitude que pourra avoir la commission d'évaluation professionnelle vis-à-vis des candidats ayant quitté leur collectivité. Aura-t-elle une préférence pour les agents encore en fonction ?

Si une telle préférence apparaît envisageable, rien ne l'y oblige. On peut cependant penser que tel sera le cas lorsque la collectivité organisera elle-même la commission, dès lors qu'y siègent l'autorité territoriale et un fonctionnaire de la collectivité (loi n°2012-347, art. 19). En effet, les membres de la collectivité seront donc numériquement majoritaires. La chose sera moins certaine lorsque la commission sera placée auprès du CIG dès lors que seul un fonctionnaire de la collectivité sera présent. Dans ce cas, la collectivité n'est pas majoritairement représentée et l'issue des sélections est donc moins certaine.

● Agents ayant accédé au CDI par la voie du dispositif temporaire prévu par la loi

La loi prévoit que les agents dont le contrat à durée déterminée a été transformé en CDI à la date du 13 mars 2012 en application de l'article 21 de la loi sont éligibles à la titularisation pour les recrutements réservés (décret n°2012-1293, art. 19). Ce dispositif interroge.

En effet, alors que l'accès au CDI peut concerner des agents recrutés sur des emplois non-permanents (besoin occasionnel ou besoin saisonnier), ces derniers peuvent-ils accéder à la titularisation alors que celle-ci ne peut avoir lieu que sur des emplois permanents ? Dans un tel cas, la loi n'ayant pas différencié les agents selon qu'ils ont accédé au CDI sur un emploi permanent ou non-permanent, ces deux catégories ont bien accès au dispositif.

Néanmoins, si l'agent a pu accéder au CDI, c'est que le besoin de la collectivité était en réalité pérenne et il lui appartiendra de créer un emploi permanent au tableau des effectifs pour y titulariser son agent. Une titularisation sur un emploi non-permanent n'aurait aucun sens.

Dispositif temporaire d'accès au CDI : des précisions nécessaires

Ce dispositif n'est pas nouveau. Les employeurs locaux ont déjà eu à connaître de la problématique de la « Cdisation » avec la loi du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique. La transformation est une obligation pour la collectivité.

Une innovation majeure doit cependant être relevée : cette transformation est accessible aux agents recrutés pour un besoin permanent sur un emploi permanent, mais également, conformément à l'article 21 de la loi commentée, aux agents recrutés pour un besoin temporaire sur un emploi permanent (indisponibilité du fonctionnaire ou vacance de l'emploi) ou pour les emplois non permanents (besoin saisonnier ou occasionnel). Son application sera donc plus large. Deux questions, liées à la transformation en CDI, reviennent régulièrement.

● La rétroactivité de la transformation en CDI

La première concerne la forme que doit prendre la transformation en CDI. Cette dernière prend la forme d'un avenant. Mais l'avenant pourra-t-il avoir une portée rétroactive lorsque la transformation du CDD aura pris du retard ? Ce retard peut être dû au service RH de la collectivité ou à l'attente d'un jugement du tribunal administratif confirmant la légalité du contrat, condition expressément prévue par l'article 21 de la loi pour être éligible à la transformation. La réponse est bien positive. La loi prévoyant elle-même la rétroactivité de la transformation, l'avenant, quelle que soit sa date, devra considérer que le contrat a été transformé en CDI à la date du 13 mars 2012. La circulaire du 12 décembre 2012 a explicitement rappelé ce principe.

● Nature de l'emploi sur lequel l'agent accède au CDI

La seconde question est relative à l'emploi sur lequel l'agent en CDI sera recruté. En effet, la Cdisation peut bénéficier à des agents recrutés sur des emplois non-permanents. De fait, il semble revenir à la collectivité la responsabilité de créer un emploi permanent pour justifier du recrutement pour une durée indéterminée de l'agent sur un tel emploi. Ensuite, il reste à s'interroger sur la dérogation qu'induit l'accès au CDI au principe selon lequel un emploi permanent est occupé par un fonctionnaire (loi n°83-634 du 13 juillet 1983, art. 3). Quel que soit le dispositif par lequel un agent occupe un emploi permanent sous la forme d'un CDI, cette occupation dérogera à ce principe. On permet d'occuper de façon

indéterminée des emplois qui ont normalement vocation à faire l'objet de déclaration de vacance pour permettre le recrutement d'un agent titulaire. C'est ainsi que le juge administratif a récemment rappelé « qu'un agent recruté sur un emploi permanent pouvant légalement être confié à un agent contractuel, dont le contrat a été

À NOTER

 **Quel que soit le dispositif par lequel un agent occupe un emploi permanent sous la forme d'un CDI, cette occupation dérogera au principe selon lequel un emploi permanent est occupé par un fonctionnaire.**

transformé, [...] en contrat à durée indéterminée, ne peut faire l'objet d'un licenciement que dans l'hypothèse où, à la suite d'une décision formelle ou d'une réorganisation du service ayant le même effet, son poste est supprimé, et où son reclassement est impossible, ou pour des motifs liés à sa manière de servir ou à son aptitude à exercer ses fonctions » (3). Il faudrait donc retenir que l'agent en CDI occupe son emploi sans qu'il soit possible de lui opposer le recrutement d'un agent titulaire pour le faire changer d'emploi ou le licencier.

Cette appréciation pourrait prochainement être remise en cause. En effet, la cour administrative d'appel de Paris (4) vient de saisir pour avis le Conseil d'Etat de la question suivante : l'administration peut-elle remplacer par un fonctionnaire un agent contractuel, bénéficiant, dans le cadre des dispositions de la loi n°2005-843 du 26 juillet 2005, d'un contrat à durée indéterminée et par suite, mettre fin à ses fonctions, eu égard à la nécessaire protection des droits qu'il a acquis en vertu de son contrat ? En cas de réponse positive, la cour demande au Conseil d'Etat s'il y aurait (•••)

RÉFÉRENCES

- Loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations, JO du 13 mars 2012.
- Décret n° 2012-1293 du 22 novembre 2012, JO du 24 novembre 2012.

A LIRE

« La loi du 12 mars 2012 relative à l'accès des agents contractuels de la fonction publique à l'emploi titulaire », Sophie Soykurt-Macaire, AJFP, juillet/ août 2012.

(...) lieu de créer un nouveau principe général du droit qui imposerait à l'administration de tenter de reclasser l'agent en CDI sur un autre emploi avant de le licencier.

Si le Conseil d'Etat s'engage dans cette voie, cela signifierait alors que l'agent en CDI occupe un emploi qui, malgré tout, doit continuer à faire l'objet de déclaration de vacance pour permettre à un fonctionnaire de l'occuper et qu'il appartiendra à la collectivité, dans cette hypothèse, de procéder à son reclassement sur un autre emploi.

Recours au contrat pour vacance d'un emploi : un dispositif plus sévère ?

Les contentieux liés aux fondements des contrats étant nombreux, le législateur a souhaité éclaircir les cas de recours. On peut se féliciter du nouveau mode de rédaction adopté pour l'article 3 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984. En effet, sont substitués aux dix alinéas de l'article, huit articles bien plus clairs, numérotés de 3 à 3-7.

L'ancien alinéa 1^{er} de l'article 3 prévoyait que le recrutement d'un contractuel pour faire face temporairement à la vacance d'un emploi avait une durée maximale d'une année. L'habitude avait été prise de renouveler les agents sur ces postes, année après année, après une déclaration de vacance d'emploi infructueuse. Le nouvel article 3-2 semble devoir mettre fin à cette pratique en prévoyant que le contrat ne peut être que prolongé « dans la limite d'une durée totale de deux ans ». Que faire, lorsqu'au terme des deux années, aucun fonctionnaire ne s'est porté candidat pour occuper l'emploi ? La continuité du service public imposerait de recourir à un agent non-titulaire, mais une lecture stricte du nouvel article 3-2 obligerait à se séparer de l'agent contractuel ayant occupé le poste pendant deux ans pour en recruter un autre. Ce serait là une solution étonnante. La lecture des travaux préparatoires de la loi ne permet cependant pas d'en fournir une autre interprétation et la circulaire sur les cas de recours aux contractuels n'est pas encore parue. Quelle pourrait alors être la solution ? Une issue acceptable existe-

rait pour les agents de la catégorie A. Il serait tout à fait envisageable de considérer que, lorsqu'au terme des deux années l'emploi demeure vacant, l'agent contractuel alors en place devrait être reconduit sur cet emploi mais cette fois-ci sur le fondement des besoins du service pour une durée de trois ans, conformément au 2^o du nouvel article 3-3. En effet, quelle meilleure définition du besoin du service que celle de la pénurie d'agents titulaires pour occuper certains emplois. Il resterait à connaître l'interprétation du contrôle de légalité sur une telle possibilité, ou que la question soit soumise au gouvernement via une question parlementaire. A noter, enfin, que si ce dispositif n'est pas rétroactif, il devait commencer à s'appliquer dès le 13 mars 2012, lorsque devait être envisagé le renouvellement d'un contractuel sur un emploi occupé temporairement du fait de sa vacance. Ainsi, en théorie, un agent recruté au 1^{er} avril 2010, qui s'est vu renouveler une première fois son contrat au 1^{er} avril 2011, ne pouvait pas l'être une seconde fois au 1^{er} avril 2012 sur ce fondement.

(1) « La loi du 12 mars 2012 relative à l'accès des agents contractuels de la fonction publique à l'emploi titulaire », Sophie Soykurt-Macaire, AJFP, juillet/ août 2012.

(2) Circulaire du 2 mars 2012 (NOR: IOCB1206762C) portant instructions du gouvernement relatives aux axes prioritaires du contrôle de légalité en matière de fonction publique territoriale.

(3) CAA Marseille 19 mars 2010, req. n°08MA04753.

(4) CAA Paris 31 déc. 2012, req. n°10PA05997.

À RETENIR

➤ **Fragilité.** La loi du 12 mars 2012 pose de réelles questions quant à son application concrète et à la place du contrat et du statut dans la fonction publique. D'autres questions se poseront encore, ne serait-ce qu'avec l'instauration des commissions consultatives paritaires pour les non-titulaires, qui viendront davantage brouiller la désormais fragile distinction entre le contrat et le statut.

Les Cahiers
juridiques
de La Gazette

Le magazine juridique des agents des collectivités territoriales et des élus locaux.

Un système
d'informations complet,
pratique et réactif !

Abonnez-vous sur

L'actualité juridique décryptée



Chaque mois,
Les Cahiers
juridiques
de La Gazette



Chaque
semaine,
la newsletter
juridique

www.territorial.fr rubrique presse en ligne