JURIDIQUE Analyse



LORÈNE CARRÈRE, avocate associée – SCP Seban & associés



ÉMILIEN BATÔT, avocat à la Cour -SCP Seban & associés

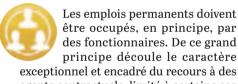
Titulaire par principe Le recrutement de contractuels n'est qu'une exception au principe du recrutement de fonctionnaires sur des emplois permanents.

Vacance d'emploi L'absence de candidat à une vacance d'emploi ne permet parfois à la collectivité de recruter un contractuel que pour une durée strictement limitée à deux ans (ou trois dans les autres cas).

Nature et besoins Le recrutement de contractuels lorsque les besoins du service ou la nature des fonctions le justifient n'est possible que pour les emplois de catégorie A.

Statut

Le spectre de la vacance temporaire d'emploi technique devenu permanent



exceptionnel et encadré du recours à des agents contractuels, limité à certains cas énumérés. Le titre III du statut de la fonction publique relatif aux fonctionnaires territoriaux (art.3 à 3-3) prévoit ainsi la possibilité de recruter un agent contractuel «pour assurer le remplacement temporaire de fonctionnaires ou d'agents contractuels autorisés à exercer leurs fonctions à temps partiel ou indisponibles en raison d'un congé» accordé en application du statut (article3-1). Le 2° de son article3-3 organise également le recrutement d'agents contractuels pour les emplois permanents du niveau de la catégorie A «lorsque les besoins des services ou la nature des fonctions le justifient» et «sous réserve qu'aucun fonctionnaire n'ait pu être recruté dans les conditions prévues par la présente loi». Sont aussi prévus, par les 3° et 4° de ce dernier article, des recrutements pour les emplois des communes et groupements de moins de 1000 habitants, et, pour le 5°, des emplois des communes de moins de 2000 habitants et groupements de moins de 10000 habitants.

ABSENCE DE CANDIDATS TITULAIRES

Mais la loi n'a pas appréhendé l'hypothèse, qui ne relève pas d'une simple anecdote, dans laquelle un emploi permanent vacant ne trouverait jamais candidat. Tel est le cas pourtant de nombre d'établissements publics à compétences très spécialisées

qui peinent à trouver les profils de fonctionnaires correspondant à certains postes dont la technicité suppose une connaissance pointue du domaine. On pense notamment à certains emplois de techniciens territoriaux dans le domaine de l'énergie, de l'eau ou des télécommunications, pour



La loi n'a pas appréhendé l'hypothèse, qui ne relève pas d'une simple anecdote, dans laquelle un emploi permanent vacant ne trouverait jamais candidat.

lesquels peu de diplômés disposent des connaissances nécessaires et sont donc particulièrement courtisés par les établissements, en manque de candidats.

Certes, le 1° de l'article 3-3 de la loi de 1984 prévoit que «des emplois permanents peuvent être occupés de manière permanente par des agents contractuels [...] lorsqu'il n'existe pas de cadre d'emplois de fonctionnaires susceptibles d'assurer les fonctions correspondantes». Cependant, la jurisprudence administrative a donné une interprétation stricte de cet article, eu égard au principe de l'occupation, par des fonctionnaires, des emplois des administrations territoriales. C'est pourquoi le juge ne reconnaît que rarement qu'il n'existe pas de cadre d'emplois de fonctionnaires correspondant aux fonctions exercées par l'agent non titulaire (1). Mais pour les emplois techniques des catégoriesB et C, la définition des fonctions techniques donnée par les décrets portant statuts particuliers des techniciens territoriaux (2) et agents de maîtrise territoriaux (3) est suffisamment large pour que le juge administratif considère que toute fonction technique nécessitant des compétences particulières correspond à l'un de ces deux cadres d'emplois (4). Les juges retiennent un raisonnement identique pour les fonctions de nature administrative pour le cadre d'emplois des rédacteurs territoriaux (5). Ils se fondent sur le fait que le contrat de recrutement d'un agent contractuel prévoit nécessairement une correspondance avec un cadre d'emplois existant pour la fixation de sa rémunération (6).

UN ARTICLE 3-2 INADAPTÉ

Finalement, seul l'article3-2 de la loin°84-53 répond exactement à l'hypothèse d'une vacance d'emploi sans candidature de fonctionnaire. Mais cette possibilité existe seu-

lement pour une durée totale et maximale de deux ans, et uniquement lorsqu'au terme de la première année, la collectivité n'a reçu aucune candidature sur le poste dont la vacance aura été préalablement publiée (7). A l'issue de celle-ci, l'administration a l'obligation de se séparer de l'agent compétent

qu'elle a – souvent – eu du mal à trouver, et même si elle n'a toujours pas de fonctionnaire pour exercer ces fonctions. Cette durée ne peut dès lors qu'être considérée comme totalement inadaptée à la réalité du marché de l'emploi technique dans les administrations territoriales spécialisées. Pourtant, cette exception au recrutement d'un fonctionnaire n'existe que depuis la loi du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels, pour une durée maximale qui était alors d'un an, sans possibilité de renouvellement.

Le législateur avait rapidement constaté les difficultés de recrutement de fonctionnaire sur un emploi vacant dans ce délai en faisant ajouter au nouvel article 3-2, en 2012, l'alinéa suivant: «Sa durée peut être prolongée, dans la limite d'une durée totale de deux ans, lorsque, au terme de la durée fixée au deuxième alinéa du présent article, la procédure de recrutement pour pourvoir l'emploi par un fonctionnaire n'a pu aboutir» (8). Le gouvernement justifiait ce choix par le fait que «la durée d'un an maximum du contrat ainsi conclu, prévue par la loi du 3 août 2009, peut parfois être insuffisante pour conduire la procédure de recrutement d'un titulaire jusqu'à son terme, compte tenu des délais moyens d'organisation de concours ou de recrutement par voie de mobilité. (...). Toutefois, ce renouvellement sera conditionné par le caractère infructueux de la procédure de recrutement d'un titulaire».

Malgré cette avancée, on ne peut que regretter que le législateur n'ait pas pris en compte l'hypothèse de l'absence totale de candidature sur des postes aux compétences techniques particulières. En effet, et par comparaison, le recrutement d'un contractuel pour le remplacement temporaire de fonctionnaire pour congés prévu par l'article3-1 de la loi n°84-53 prévoit que les contrats peuvent alors être renouvelés dans l'unique «limite de la durée de l'absence du fonctionnaire ou de l'agent contractuel à remplacer», ce qui se com-

RÉFÉRENCES

- Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, art. 3 à 3-4 et 25 alinéa 2.
- Loi n° 2009-972 du 3 août 2009.
- Décret n° 2010-1357 du 9 novembre 2010 portant statut particulier du cadre d'emplois des techniciens territoriaux, art.2.
- Décret n° 88-547 du 6 mai 1988 portant statut particulier du cadre d'emplois des agents de maîtrise territoriaux, art. 2 et 3.

prend aisément au regard de la nécessaire continuité du service, qui impose l'exercice permanent des fonctions liées au poste du fonctionnaire.

Cependant, tout comme en cas de congés, l'événement nécessitant le remplacement temporaire du fonctionnaire est totalement extérieur à la collectivité et l'absence de personnel est tout autant directement susceptible de nuire au bon fonctionnement du service. Pourtant, la distinction de rédaction des articles 3-1 et 3-2 ne laisse actuellement aucun doute quant à l'impossibilité de procéder au recrutement d'un nouvel agent sur le fondement du second.

DES PALLIATIFS PEU SATISFAISANTS

Deux solutions permettent aujourd'hui aux administrations de tenter de pallier cette difficulté. La première consiste à inciter les contractuels recrutés sur ces emplois spécifiques à tenter les concours de la fonction publique. Dans l'hypothèse d'une réussite, la collectivité a en effet l'obligation de les nommer en qualité de fonctionnaires stagiaire sur l'emploi qu'ils occupent (9), mettant ainsi fin à leur vacance et balayant la limite de deux années prévue par l'article₃-2. La seconde consiste à faire appel au soutien des centres de gestion (CDG) qui peuvent proposer certaines prestations facultatives, dont la possibilité de «mettre des agents à disposition des collectivités et établissements qui le demandent en vue d'assurer le remplacement d'agents momentanément indisponibles ou d'assurer des missions temporaires ou en cas de vacance d'un emploi qui ne peut être immédiatement pourvu» (10).

Présent dès l'origine de la loi du 26 janvier1984, cet alinéa a été modifié par la loi du 3 août 2009 pour intégrer l'hypothèse du remplacement en cas de vacance d'emploi, simultanément à la création de l'article 3-2. L'intérêt de ce dispositif réside dans ce que le législateur n'a prévu aucune limite temporelle pour cette forme de mise à disposition, mais également dans la sécurité juridique du recrutement. Mais, en réalité, les CDG font face à des difficultés identiques pour recruter des personnels compétents. En effet, ce texte législatif n'a jamais fait l'objet d'aucune application réglementaire qui permettrait d'en préciser les modalités concrètes d'application. Les débats parlementaires à son égard sont également très succincts.

Dès lors, et sans dispositions dérogatoires, les CDG sont soumis aux mêmes limites de recrutement que les autres employeurs publics locaux et ne peuvent mettre à disposition des établissements affiliés que des fonctionnaires ou contractuels à durée indéterminée (11), exerçant le plus souvent des missions administratives (puisqu'émanant des agents exerçant au sein du CDG). En outre, le dispositif de l'article 25 n'est qu'une mission facultative, dont l'effectivité est susceptible d'être altérée par la forte sollicitation des collectivités et établissements publics rencontrant les mêmes problématiques.

On ne peut qu'espérer que la rédaction du futur code général de la fonction publique, prévue pour le mois de mai 2017 et ayant pour objectif de remédier aux éventuelles erreurs et de réviser certaines dispositions inadaptées (12), reviendra sur l'absence de dispositif satisfaisant permettant aux administrations de pallier l'absence de candidature de fonctionnaires sur certains emplois.

(1) La jurisprudence considère que tel est le cas des emplois d'assistante maternelle (CAA Marseille 9 oct. 2012, G., req n° 10MA04621) ou de secrétaire de groupe d'élus (CAA Nancy 20 déc. 2012, Mme A. c/ Dpt Haut-Rhin, req. n° 12NC00742). (2) Décret n° 2010-1357 du 9 novembre 2010 portant statut particulier du cadre d'emplois des techniciens territoriaux. art. 2.

(3) Décret n° 88-547 du 6 mai 1988 - cadre d'emplois des agents de maîtrise territoriaux, art. 2 et 3.

(4) Par exemple: CAA Marseille 21 juin 2011, Dpt Alpes-Maritimes, req. n° 08MA04180 - CE 31 juill. 2009, M., req. n° 318772.

(5) CE 8 mars 1996, Dpt Alpes-Maritimes, req. n° 142091. (6) CE 31 juill. 2009, Mattéi, préc.

(7) CAA Lyon 19 sept. 2006, CC Val de Drôme, n° 05LY00251.
(8) Modifié par la loi n° 2012-347 du 12 mars 2012.
(9) Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, art. 3-4 l.
(10) Loi du 26 janvier 1984, art. 25 alinéa 2.
(11) Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, art. 61 et 136 alinéa 4.
(12) Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontolo-

gie et aux droits et obligations des fonctionnaires.