

Le contentieux de la fin des contrats de travail des agents publics

Par Pierre Esplugas-Labatut, Professeur de droit public à l'Université Toulouse 1 Capitole, Institut Maurice Hauriou

Le contentieux de la fin du contrat de travail des agents publics à la fois est un contentieux émergent de masse et présente des difficultés théoriques et pratiques non entièrement résolues. Pour appréhender au mieux ces questions, il convient de rappeler en préambule qu'une distinction binaire et trop brutale continue, abusivement d'orienter le droit des relations professionnelles entre un droit du travail applicable aux salariés du secteur privé et un droit de la fonction publique qui serait applicable aux agents des personnes publiques. Cela est vrai notamment compte tenu de l'existence quant au fond d'un « droit public du travail » rendant mieux compte de la réalité des relations du travail dans le secteur public que ne peut le faire le droit de la fonction publique¹. Elle est d'une manière plus particulière trop brutale en raison du fait qu'une part non négligeable des agents publics ne sont pas des fonctionnaires soumis à statut mais des « agents contractuels », ainsi que prend soin de les qualifier désormais expressément la loi « déontologie » du 20 avril 2016 au lieu du terme « d'agent non titulaire »².

L'évaluation du nombre d'agents contractuels est au demeurant imprécise et varie selon les statistiques données par l'INSEE ou la DGAFP ce qui s'explique au moins par le caractère variable dans le temps du nombre de ces agents : celui-ci serait en moyenne autour de 17 % pour les fonctions publiques de l'Etat et territoriale³ mais cette proportion peut être en réalité bien plus importante et tourner autour de 30 % dans certaines secteurs ou filières ne touchant pas à l'exercice de prérogatives de puissance publique. C'est dire si, d'un point de vue quantitatif, le contentieux lié au contrat de ces agents est potentiellement important.

Ce contentieux est également nourri pour des raisons de fond tenant, d'une part, à l'extrême complexité, et d'autre part, à l'instabilité des règles applicables à la fin du contrat des agents publics. Il convient ici d'en rappeler les grands équilibres. Initialement, les contrats de travail entre un agent et une personne publique n'étaient en bonne logique que des contrats à durée déterminée. Une situation pérenne était en principe réservée aux personnels statutaires. Inéluctablement, au fur et à mesure que gonflait le nombre de contractuels, s'est posée la question de la pérennisation de leur situation professionnelle. La volonté de pérenniser ces contractuels répondait, ou répond toujours, à l'idée, aujourd'hui en partie fautive, que ceux-ci seraient en situation défavorable de précarité. Le caractère défavorable de leur situation est pourtant trompeur. Ces agents n'ont dans leur recrutement pas eu à subir des épreuves difficiles et sélectives de concours et ne sont pas plafonnés par les grilles indiciaires de la fonction publique ce qui peut donc conduire en pratique à une meilleure rémunération que des agents titulaires alors même qu'ils tendent à bénéficier de mêmes droits et garanties ainsi que le prévoit d'ailleurs expressément la « loi déontologie » du 20 avril 2016⁴ (d'où le néologisme de « fonctionnaires contractuels »). Il reste que, fondées sur un postulat peut-être donc faux, des solutions ont été recherchées pour remédier à la précarisation supposée des agents publics contractuels (la loi « déontologie » consacre en ce sens tout un chapitre à « L'amélioration de la situation des agents publics contractuels » *sic*). Ce mouvement de fond de pérennisation des

¹ Qu'il nous soit permis de renvoyer à : *Le Droit public du travail*, Dir. Pierre Esplugas-Labatut, Ch.-A. Dubreuil et M. Morand, L'Építoge-Lextenso, Coll. L'Unité du droit, Vol. XIV, 2016.

² L. n° 2016-483, 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, art. 46. Pour un état général de la situation de l'agent public contractuel, v. E. Aubin, « La contractualisation et l'agent public », *RFD adm.*, 2018, p. 249.

³ Source Rapport DGAFP, *Chiffres clés 2017* accessible en ligne.

⁴ L. n° 2016-483, 20 avril 2016, *op. cit.*, art. 36.

situations professionnelles contractuelles a été accéléré tout particulièrement à partir du milieu des années 2000 par trois lois des 26 juillet 2005, 12 mars 2012 et 20 avril 2016⁵. Cette question a été résolue de deux manières :

- Une solution classique, mise en œuvre dès l'origine, a été l'élaboration d'une succession de plans de titularisation (pas moins de 16 depuis 1946) dits de résorption de l'emploi précaire, normalement limités dans le temps, mais en réalité renouvelés ou prolongés. L'actuel plan résultant de la loi du 12 mars 2012 dite « Sauvadet » devait ainsi s'étaler de 2013 à 2016 mais a été prolongé jusqu'en 2018 (et même jusqu'au 31 décembre 2020 pour certains services et établissements publics de l'Etat) sans pour autant qu'il contribue à réduire le nombre de contractuels. Au contraire, ceux-ci seraient plus nombreux aujourd'hui qu'en 2012 (selon l'Insee tirant le bilan de la « loi Sauvadet », ces derniers sont passés pour l'Etat, de 2013 à 2016, de 932 000 à 967 000⁶). Une des explications est que, sans que cela ne soulève de difficultés contentieuses particulières, un certain nombre d'agents contractuels ont refusé d'être titularisés compte tenu de la baisse de rémunération que cette titularisation induirait.

En revanche, un contentieux est possible compte tenu de l'extrême complexité du dispositif en vue d'apprécier les conditions d'éligibilité pour être titularisé (les conditions pour bénéficier de recrutements réservés exigées par l'actuelle loi du 12 mars 2012 sont liées au caractère permanent ou temporaire de l'emploi occupé, à temps complet ou incomplet, à la durée d'exercice de service calculée en ETP, au moment où a été accompli le service, à la nature et à la catégorie hiérarchique des missions et aux titres et diplômes dont l'intéressé est titulaire). Le contentieux est d'autant plus possible pour les collectivités territoriales que la mise en œuvre est facultative, qu'il existe une pluralité de modes de titularisation (sélection professionnelle au terme de laquelle l'autorité territoriale est libre de nommer ou pas les agents, recrutement réservé avec ou sans concours).

- Une solution nouvelle, ouverte par la loi du 26 juillet 2005 et élargie par celle du 12 mars 2012, consiste, selon un néologisme, à « CD-iser » des contrats à durée déterminée. Cette « CD-isation » peut se faire de deux manières. Elle est tout d'abord obligatoire pour des agents disposant d'une certaine ancienneté de service (les agents justifiant d'une ancienneté de 6 ans au cours des 8 dernières années précédant la publication de la loi ou, pour ceux âgés d'au moins 55 ans, une ancienneté réduite à 3 ans au cours des 4 années précédant la loi). La « CD-isation » est ensuite une option laissée à l'employeur public au terme d'un certain nombre de renouvellements de CDD. Le principe est désormais que celui-ci peut décider qu'à l'issue d'une période maximale de 6 ans, soit il renouvelle le contrat qui devient un CDI, soit il ne renouvelle pas le contrat pour des raisons propres au service public.

C'est dans ce contexte fluctuant, variant entre situation réglementaire et contractuelle, entre CDD et CDI, que désormais émerge un contentieux complexe de la fin du contrat des agents publics. Formellement, il fait suite principalement (si l'on exclut les cas non problématiques comme la démission ou marginaux comme l'abandon de poste) soit à une décision de non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée, soit à une décision de licenciement. Ce contentieux répond à une double logique qui est, d'une part, d'isoler le contentieux des agents publics contractuels à la fois par rapport aux salariés et aux fonctionnaires, ce qui a pour effet de rendre leur situation, du point de vue de la fin du contrat, moins protégée (I), et, d'autre part, de banaliser ce contentieux par une assimilation aussi bien avec le droit du travail que celui de la fonction publique en vue de protéger l'agent au cours de la fin du contrat (II).

⁵ L. n° 2005-843, 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique ; L. n° 2012-347, 12 mars 2012 relative à l'accès 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 ; L. n° 2016-483, 20 avril 2016, *ibid.*

⁶ Document présenté le 11 avril 2018 aux organisations syndicales en Comité de suivi d'un protocole d'accord de mars 2011.

I. Un contentieux spécifique moins protecteur que pour les salariés et les fonctionnaires

La doctrine générale du juge a été de préserver les grands équilibres évoqués plus haut selon lesquels les contractuels employés par des personnes publiques sont bien des agents publics, soumis à un régime dérogatoire des salariés, mais ne sont pas non plus dans la même situation que celle de fonctionnaires. Le Conseil d'Etat a ainsi affirmé qu'il n'existait « aucun principe général du droit imposant de faire bénéficier les agents non titulaires de règles équivalentes à celles applicables aux fonctionnaires⁷. Cette doctrine peut être illustrée par une série de décisions contentieuses intéressant la fin des contrats d'agents publics. Ce type de contrats n'est d'ailleurs pas dénommé par la jurisprudence, comme par les textes, « contrat de travail ». Il est préféré formellement l'expression « contrat de recrutement » ou « d'engagement », comme représentation de leur caractère exorbitant, alors qu'il s'agit bien matériellement d'un contrat d'un travail.

Le Conseil d'Etat insiste ainsi tout d'abord sur le fait que la décision de ne pas renouveler un CDD, du moins si elle n'intervient pas en cours de contrat, ne constitue pas une décision de licenciement⁸ mais une mesure par essence « prévisible » compte tenu de la nature du contrat auquel il est prévu un terme. Cette décision de non-renouvellement n'est en fait que la manifestation de la liberté contractuelle des parties dont sont également titulaires les personnes publiques. L'effet de la liberté contractuelle est ainsi qu'un agent contractuel engagé pour une durée déterminée ne peut faire valoir un droit quelconque au renouvellement de son contrat⁹. Cette solution vaut même pour un agent illégalement évincé¹⁰. La liberté contractuelle subsiste encore, avec comme conséquence le non-maintien des relations contractuelles, même après un jugement de référé suspendant la décision de ne pas renouveler¹¹.

Dans le même sens de clairement distinguer un non-renouvellement d'un licenciement, le délai au cours duquel la personne publique doit notifier la décision de ne pas renouveler ne saurait être assimilé exactement à un délai de préavis mais, plutôt, selon une expression initialement doctrinale mais qui tend à s'imposer dans le vocabulaire professionnel, à un « délai de prévenance ».

Le juge continue de s'appuyer ensuite sur le principe de la durée déterminée du contrat. De ce point de vue, il écarte la règle applicable en droit du travail selon laquelle le renouvellement à plusieurs reprises d'un CDD transforme le contrat en CDI¹². Dans le même sens, dès avant le changement réglementaire qui exige que la reconduction du CDD soit expresse, il tendait à ne pas tenir compte de clauses de tacite reconduction pour transformer le CDD en CDI comme cela est possible en droit du travail¹³.

Le caractère exorbitant d'un contrat de travail d'un agent public trouve encore à s'appliquer dans l'hypothèse d'un licenciement. Le Conseil d'Etat affirme ainsi de manière constante que le « licenciement d'un agent contractuel de droit public ne peut intervenir que dans le *respect des dispositions réglementaires applicables* et conformément aux clauses particulières prévues à son contrat »¹⁴. Il admet ainsi que le délai de préavis prévu au contrat puisse être plus long que celui prévu par décret (après avoir au demeurant longtemps refusé cette

⁷ CE, Ass. générale, avis n° 359 964, 30 janv. 1997.

⁸ CE, 11 juill. 2001, *District de l'agglomération de Montpellier*, n° 219664.

⁹ Avis contentieux, 25 sept. 2013, *Mme Sadlon*, n° 365139.

¹⁰ CE, 15 mars 2000, *OPHLM de Saumur*, n° 189042.

¹¹ CE, 6 avril 2012, *Etablissement public d'insertion et de défense*, n° 35359.

¹² CE, sect., 27 oct. 1999, *Bayeux*, n° 178412.

¹³ CE, 2 févr. 2000, *Cne de la Grande Motte*, n° 196157.

¹⁴ CE, 28 avril 1989, n° 81582.

solution¹⁵) à condition toutefois que celui-ci ne soit pas d'une durée excessive¹⁶. De même, s'agissant du calcul et des modalités de versement d'une indemnité de licenciement, le juge refuse de se référer à des clauses du contrat plus favorables qui dérogeraient aux dispositions réglementaires¹⁷.

Enfin, une singularité des contrats de travail d'agents publics résulte de leur fragilité en étant exposés à des recours de tiers. Il a été ainsi jugé, dans une affaire relative à un contrat de cabinet au sein d'une commune, que des élus locaux, en l'occurrence d'opposition, pouvaient contester par tout moyen de légalité le dit contrat afin d'obtenir son annulation « eu égard aux intérêts dont ils ont la charge »¹⁸. Le préfet est en outre un tiers notable qui peut contester la légalité d'un contrat du déféré préfectoral. A titre anecdotique, pour illustrer cependant les limites de ce contrôle de légalité, des responsables de collectivités territoriales peuvent user de la technique, voire ruse, lorsqu'ils signent des contrats de cabinet dont la rémunération aurait pu être contestée, de le faire durant l'été à une époque où les services de la préfecture sont diminués en personnel et leur attention est moins vigilante.

L'exorbitance du contrat de travail des agents publics tend toutefois aujourd'hui à être contrebalancée par un alignement du régime applicable à ce type de contrat sur celui des salariés ou des fonctionnaires en vue de mieux protéger les agents publics contractuels.

II. Un contentieux banalisé aussi protecteur que pour les salariés et les fonctionnaires

Pour compenser l'absence ou le caractère parcellaire des textes focalisés sur les situations ou du salarié ou du fonctionnaire, la jurisprudence a joué un rôle déterminant pour apporter une protection à l'agent public contractuel dont le contrat prend fin. La méthode du juge peut être analysée selon un double mouvement qui est soit, principalement, d'emprunter aux dispositions du code du travail, soit, plus accessoirement, de s'inspirer de dispositions statutaires applicables à la fonction publique. Cette méthode trouve à s'appliquer spécifiquement en cas de licenciement de l'agent public contractuel.

En particulier, par attraction du droit du travail, le refus d'une modification des clauses substantielles du contrat, pourtant justifiée par l'intérêt du service, est analysé par le Conseil d'Etat comme une perte involontaire d'emploi génératrice, au titre d'un licenciement, de droits pour l'agent¹⁹. De même, une protection au profit des agents publics contractuels résulte du fait que le juge administratif n'hésite pas à recourir à des principes généraux du droit inspirés du droit du travail. Il en est ainsi de l'interdiction de licencier une salariée en état de grossesse²⁰. Le Conseil d'Etat a encore découvert le principe général du droit selon lequel il pèse sur l'employeur public une obligation, désormais fixée par décret, de reclassement préalable en cas de réorganisation du service conduisant à la suppression de l'emploi occupé²¹ ou en cas d'inaptitude définitive à occuper un poste et en cas d'impossibilité de reclassement le droit à être licencié²². Le Conseil d'Etat précise même que cette obligation de reclassement a pour conséquence le maintien d'un CDI sans que les dispositions applicables au recrutement des agents contractuels puissent y faire obstacle²³.

¹⁵ CE, 15 juin 2012, *Etablissement public local d'enseignement agricole de Lavour*, n° 335398.

¹⁶ CE, 6 févr. 2013, *Mme Chirio*, n° 347622.

¹⁷ CE, 30 janv. 2012, *Cousin*, n° 3423559.

¹⁸ CE, 2 févr. 2015, *Commune d'Aix-en-Provence*, n° 373520.

¹⁹ CE, 13 janv. 2003, *Centre communal d'action sociale de Puyravault*, n° 229251.

²⁰ CE, ass, 8 juin 1973, *Peynet*, *Rec. CE* 1973, p. 406.

²¹ Avis contentieux, 25 sept. 2013, *Mme Sadlon*, n° 365130.

²² CE, 2 oct. 2002, *CCI de Meurthe-et-Moselle*, n° 227868.

²³ CE, 13 juin 2016, n° 387373.

Par application des règles « statutaires » qui encadrent les contrats de travail des agents publics, le juge vérifie dans le cadre d'un licenciement, sous peine d'illégalité, que l'agent ait eu communication de son dossier²⁴. De même, par un arrêt remarqué *Cavallo* de 2008, le Conseil d'Etat a jugé que le « contrat de recrutement d'un agent contractuel de droit public créé des droits au profit de celui-ci » ce qui implique pour la personne publique l'obligation de régulariser un contrat entaché d'une irrégularité²⁵. En cas d'impossibilité, l'employeur public est amené à licencier l'agent dans les conditions prévues par le pouvoir réglementaire²⁶. Pour autant, on retrouve dans l'application des textes réglementaires les règles du droit du travail compte tenu du mouvement bien connu de « travaillisation » du droit de la fonction publique. De ce point de vue, il est exigé par les textes que la mesure de licenciement, hormis celle pour motif disciplinaire, soit précédée par une recherche de reclassement²⁷, l'expiration d'un délai de préavis²⁸ et que soit organisé un entretien préalable²⁹. L'ensemble de ces exigences conduit le Conseil d'Etat à qualifier le licenciement « d'opération complexe » en ce sens que la légalité de la décision finale de licenciement est conditionnée au respect des obligations préalables à une telle mesure³⁰. La « travaillisation » du droit de la fonction publique s'illustre encore par la transposition des règles du droit du travail relatives à la portabilité des CDI qui ont pour conséquence de ne pas mettre un terme en cas de mobilité à un tel contrat et de permettre à un agent de conserver l'avantage lié à la nature indéterminée du contrat³¹.

Si l'on reprend sa grille d'analyse habituelle, le contrôle du juge administratif peut être qualifié de « normal » : il vérifie ainsi que la décision a bien été motivée, que les motifs sont exacts³² mais se refuse à en contrôler en bonne logique leur opportunité. L'employeur public dispose donc d'une appréciation discrétionnaire de l'intérêt du service et de l'éventuelle insuffisance professionnelle de l'agent³³ qui sont des motifs de licenciement désormais ouverts par les textes³⁴. Le juge a été cependant amené à faire preuve d'audace en construisant, sur le modèle de la jurisprudence relative aux associations transparentes, une sorte de théorie de « l'employeur public de fait » : le fait qu'un agent recruté par des CDD distincts conclus successivement avec deux employeurs publics (l'Université de Limoges et l'Agence pour la valorisation de la recherche universitaire du Limousin), n'est pas à un obstacle à requalifier son contrat initial en CDI compte tenu des liens entre les deux employeurs publics ce qui laisse penser qu'il n'en existait en réalité qu'un seul³⁵.

En conclusion, qu'il nous soit permis de terminer par un cas personnel traité comme président d'un équipement culturel public (Musée et Fond régional d'art contemporain – FRAC - « Les

²⁴ CE, 8 avril 1961, *Houille*.

²⁵ CE, sect. 31 déc. 2008, *Cavallo*, n°283256.

²⁶ CE, 24 juill. 2009, *Ragot*, n° 311850.

²⁷ D. n° 86-83, 17 janv. 1986 (art. 45-5) pour les agents de l'Etat; D. n° 88-145, 15 févr. 1988 (art. 39-5) pour ceux des collectivités territoriales.

²⁸ D. n° 86-83, 17 janv. 1986 (art. 46) pour les agents de l'Etat; D. n° 88-145, 15 févr. 1988 (art. 40) pour ceux des collectivités territoriales.

²⁹ D. n° 86-83, 17 janv. 1986 (art. 47) pour les agents de l'Etat; D. n° 88-145, 15 févr. 1988 (art. 42) pour ceux des collectivités territoriales.

³⁰ CE, avis contentieux, 23 déc. 2016, n° 402500.

³¹ L. n° 84-16, 11 janv. 1984 (art. 6 ter) modif par L. 2012-347, 12 mars 2012 (art. 37).

³² CE, 25 mai 1992, *Blanc*, n° 85115.

³³ CE, 20 mai 2016, n° 387105.

³⁴ D. n° 86-83, 17 janv. 1986 (art. 45-2 et 45-3) modif. par D. n° 2014-1318, 3 nov. 2014 ; D. pour les agents de l'Etat ; D. n° 88-145, 15 févr. 1988 (art. 39-2 et 39-3) modif. par D. n° 2015-1912, 29 déc. 2015 pour ceux des collectivités territoriales.

³⁵ CAA Bordeaux, 7 févr. 2007, *Université de Limoges*, n° 15BX01747 ; v. E. Aubin, *L'essentiel du droit de la fonction publique*, Gualino, 2017, p. 43.

abattoirs » à Toulouse). Ce cas porte sur le licenciement contentieux du directeur du FRAC Midi-Pyrénées en cours de traitement par la Cour administrative d'appel de Bordeaux alors que le jugement rendu par le Tribunal administratif de Toulouse en 1^{ère} instance ne satisfaisait personne. En effet, cet agent réclamait une indemnité de 200 000 euros pour licenciement illégal estimant que la réorganisation opérée n'avait pas conduit à une suppression de poste et était entachée d'un détournement de pouvoir. Le juge de 1^{ère} instance lui a donné raison mais uniquement en fonction d'un vice de forme selon lequel la décision de licenciement n'avait pas été formalisée par un avis conforme de la vice-présidente du syndicat mixte et a octroyé à l'intéressé une indemnité de seulement 3500 euros. Plus de 5 ans après, on se trouve encore en présence non pas de un mais de deux contentieux : un contentieux en appel devant la Cour administrative d'appel de Bordeaux, car l'agent n'est pas satisfait de la décision rendue, et un nouveau contentieux devant le tribunal de Toulouse au terme duquel il conteste la décision de licenciement qu'a prise une seconde fois le syndicat mixte mais cette fois en respectant les formes.

En tant qu'employeur public, notre réaction première, sans doute un peu viscérale, a été de considérer que le juge administratif faisait preuve, une fois de plus, de juridisme, en relevant un vice de forme alors même que la décision de suppression de poste et de fonction ayant entraîné le licenciement avait été prise à l'unanimité, ce qui impliquait que les parties prenantes comme employeur public étaient d'accord ce qui ne justifiait donc pas d'avis conforme. Cela renforçait notre conviction que ce type de contentieux pouvait tout aussi bien être traité par le juge naturel du contrat de travail qu'est le Conseil des prud'hommes. En deuxième analyse, sans doute, s'agirait-il cependant d'une mauvaise solution car il a été montré au cours de cette étude la persistance du caractère exorbitant des contrats de travail des agents publics justifié par une logique de service public qui justifie à son tour la compétence de la juridiction administrative. Cette dernière s'en trouvera à l'avenir au demeurant singulièrement renforcée au vu de la volonté affichée par le Gouvernement en octobre 2018, dans le cadre du plan « Action publique 2022 », de recourir plus ouvertement encore aux contrats de travail par les administrations publiques. Le contentieux de la fin des contrats de travail des agents publics n'en est ainsi qu'à ses balbutiements... à moins que la procédure de médiation préalable, ouverte à titre expérimental par le décret du 16 février 2018 en matière de litiges de la fonction publique³⁶, ne soit une solution permettant au contraire de dégonfler ce type de contentieux.

³⁶ D. n° 2018-101, 16 février 2018 portant expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction publique et de litiges sociaux.