

Audience du 20 juin 2019 - n° 01 ; 02 et 03

N° 175703 ; 175791 et 175792

Mmes L.... ; P.... et D... c/ CD 92

Rapporteur : JT

FPT - requalification vacations en CDI - mode de rémunération - droits acquis

Dans quelles circonstances un agent vacataire sera-t-il regardé comme bénéficiant en réalité d'un CDI ? - Et dans l'hypothèse d'une requalification de ses vacations en CDI, l'agent bénéficie-il d'un droit au maintien des conditions d'emploi, de durée et de rémunération qui étaient les siennes lorsqu'ils étaient vacataires ?

CONCLUSIONS DU RAPPORTEUR PUBLIC

Voici trois affaires qui présentent à juger les mêmes questions, elles opposent toutes les trois des médecins employés par le département 92 sous forme de vacations, et elles vous conduiront toutes les trois à vous interroger sur la requalification de leur engagement et les droits que les requérantes ont pu ou non acquérir. Nous prononcerons donc des conclusions communes.

Mmes L..., P... et D... sont trois médecins, employées par le département 92 sous forme de "vacations" et affectées au pôle solidarité-direction de l'autonomie-service de coordination de la politique départementale en faveur des personnes âgées. Dans le cadre du dispositif de l'allocation personnalisée d'autonomie, elles sont chargées d'expertiser les demandes d'allocation et pour ce faire elles doivent évaluer le degré d'autonomie de chaque demandeur, en liaison avec son médecin traitant. Elles ont pu également participer à l'élaboration d'actions médico-sociales menées par le département. Mme L... a été recrutée en 2005, Mme P... en 2008 et D... en 2010, et ceci sans discontinuer.

Toutes les trois ont saisi leur employeur par un courrier du 22 février 2017 (reçu le lendemain) par lequel elles ont sollicité la requalification de leur engagement en CDI ainsi que la régularisation de leur situation, avec effet rétroactif à compter du 1er décembre 2011 s'agissant de Mme L..., du 1er juillet 2014 s'agissant de Mme P... et du 1er mai 2016 concernant Mme D... Autre élément à noter, par ces courriers elles demandaient à ce que leur engagement en CDI reprenne leurs conditions d'emploi (de 61h à 84h mensuelles selon les requérantes) et de rémunération (jusqu'à 110 à 120 heures payées pour une rémunération variant selon les requérantes de 2 617 à 3 160 euros mensuels) et qui selon elles ne sauraient être

modifiées. Le silence gardé par le département va faire naître des décisions implicites de rejet le 23 avril 2017 : ce sont ces trois décisions que les requérantes vous demandent d'annuler. Vous êtes également saisi de ccls aux fins d'injonction sur lesquelles nous reviendrons.

Vous avez déjà été amené à vous prononcer sur une affaire similaire dans votre jugement 1506815 rendu le 5 octobre 2017 : il s'agissait déjà d'un médecin employé par une commune par des vacations, et vous avez requalifié son engagement en CDI et par suite annulé le refus de la commune de conclure un tel contrat. Vous vous êtes également prononcé sur les conditions de rémunération de ce CDI.

Vous devrez tout d'abord vous prononcer sur une FNR : le département fait en effet valoir que les requêtes auraient perdu leur objet, dès lors qu'il aurait proposé aux requérantes la conclusion d'un CDI. Cependant cette proposition de CDI du département ne prenant effet qu'au 1er octobre 2017, et non aux dates bien antérieures auxquelles les requérantes prétendent qu'elles pouvaient en bénéficier, vous pourrez considérer que ces requêtes ont conservé leur objet "en tant que" les décisions attaquées leur refusent le bénéfice d'un CDI à compter des dates qu'elles indiquent devant vous. En outre les contrats proposés par le département ne répondent pas aux conditions de rémunération invoquées par les intéressées.

Ajoutons que si les requérantes ont répondu à la proposition du département en mentionnant qu'elles acceptaient la proposition de contrat "sous toutes réserves et sans préjudicier du résultat de l'instance" que vous avez à juger, vous pourrez considérer qu'il ne s'agit pas d'une acceptation : elles doivent être regardées comme acceptant la proposition formulée sous réserve de ne pas obtenir des conditions plus avantageuses par votre jugement : par suite elles ont conservé un intérêt à agir.

Deux questions se poseront à vous pour trancher ces trois affaires. La 1ère assez classique, est de savoir si les trois requérantes peuvent prétendre à la requalification de leurs vacations, en CDI, aux dates qu'elles avancent. La 2nde question, moins fréquente, tend quant à elle vise à apprécier si les trois intéressées peuvent prétendre à ce que leur CDI soit conclu aux mêmes conditions financières que celles qui encadraient l'accomplissement de leurs vacations.

Commençons par nous pencher sur la 1ère question : Mmes L..., P... et D... sont-elles fondées à soutenir qu'elles pouvaient prétendre à la conclusion d'un CDI dès les mois de décembre 2011, juillet 2014 et avril 2016 ? Dit autrement, les décisions querellées sont-elles illégales pour refuser la requalification des vacations en CDI sur les périodes considérées ?

Bien qu'assimilés à des agents publics, les agents vacataires relèvent d'un statut précaire qui est lié au caractère ponctuel de leurs interventions. Ainsi, recrutés pour mener une tâche ponctuelle (CE 26 mars 2003 Synd nat CGT 230011) ou "engagés pour un acte déterminé" (CE 4 mai 2011 Prod'Homme 318644 aux tables) les

agents vacataires ne répondent pas aux conditions d'emploi des agents contractuels énumérées aux articles 3 et 136 de la loi du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.

Toute la question est alors de savoir dans quelle mesure un agent employé comme vacataire devrait être regardé en réalité comme agent contractuel. Pour ce faire, vous utilisez 2 critères rappelés par le CE dans son arrêt du 4 mai 2011 Prod'Homme 318644 aux tables et repris dans le fichage de cette décision : vous devez, d'une part, regarder si les fonctions occupées par l'agent correspondaient à un besoin permanent de la collectivité et, d'autre part, si la collectivité en faisant appel de manière constante au même agent, n'a pas de fait instauré avec lui un lien contractuel présentant les caractéristiques énoncées à l'article 3 de la loi du 26 janvier 1984 qui détermine rappelons le, les conditions dans lesquelles une collectivité locale peut recourir à du personnel contractuel. Si ces conditions cumulatives sont réunies : 1) fonctions correspondant à un besoin permanent de la collectivité et 2) occupation de manière continue de cet emploi, alors l'agent vacataire a droit à la requalification de ses vacations en contrat d'agent non titulaire.

Ajoutons à cela qu'un besoin permanent de la collectivité n'implique pas nécessairement un travail à temps complet, d'ailleurs il existe des agents contractuels et même des fonctionnaires à temps non complet (cf art 104 de la loi du 26 janvier 1984). Un emploi permanent est en fait celui qui répond à un besoin permanent de la collectivité, sur plusieurs années, même s'il est à temps incomplet et même s'il donne lieu à une durée de travail variable (CE 15 juillet 2004 Mme Rauzier, 238543 au Rec ou CE 31 mars 1991 Min équipement 85680 au Rec. p4). Ainsi, le caractère permanent d'un emploi s'apprécie au regard de la nature du besoin auquel répond cet emploi et ne saurait résulter de la seule durée pendant laquelle il est occupé (CE 14 octobre 2009 M Masson 314722 aux tables).

En l'espèce Mme L... a été recrutée le 15 novembre 2005, pour exercer les fonctions de médecin évaluateur des demandes d'allocation personnalisées d'autonomie. Cet engagement sous forme de vacations a été renouvelé sans discontinuer (nous avons dénombré pas mois de 24 renouvellements jusqu'au 30 septembre 2017) sur des fonctions identiques : l'intéressée a ainsi répondu de façon continue à un besoin permanent : Mme L... doit donc être regardée comme ayant été en réalité employée comme agent contractuel et non comme vacataire. Nous appliquerons le même raisonnement pour Mmes P... et D... qui ont elles aussi exercées des fonctions identiques et sans discontinuer depuis leur recrutement. Ainsi ces agents doivent être regardées comme ayant été liées au département 92, non par des vacations, mais par un contrat de travail.

Mais de quel type de contrat s'agit-il ?

Les emplois permanents des collectivités locales peuvent être occupés par des agents contractuels dans certaines hypothèses prévues à l'article 3-3 de la loi du 26

janvier 1984 portant statut FPT et notamment selon le 2° pour les emplois 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 loi.

Les trois requérantes rentraient dans cette hypothèse : elles occupaient bien un emploi permanent de catégorie A pour répondre aux besoins du service. C'est alors qu'intervient l'art 3-4 de cette même loi statutaire introduit par la loi "Sauvadet" du 12 mars 2012. Selon le II de cet article 3-4 "tout contrat conclu ou renouvelé pour pourvoir un emploi permanent en application de l'art 3-3 avec un agent qui justifie d'une durée de services publics effectifs de 6 ans au moins sur des fonctions relevant de la même catégorie hiérarchique est conclu pour une durée indéterminée. Les alinéas suivants de ce même article ajoutent que pour l'appréciation de cette durée de 6 années, les services accomplis à temps non complet sont assimilés à des services effectués à temps complet, et qu'ils doivent l'être auprès de la même collectivité.

Pour des illustrations, voyez sur l'application des dispositions antérieures à la loi Sauvadet : CE 29 mars 2017 M Popoff 393150 aux T ; CE 20 mars 2017 Mme Benmessahel 392792 également aux T et pour des arrêts de cours faisant application des dispositions en litige : CAA Bordeaux 24 mai 2018 16BX01184 ; CAA Marseille 30 mars 2018 16MA03170 ; CAA Nancy 27 mars 2018 17NC01850 ; CAA Paris 22 novembre 2018 18PA01502 ; CAA Douai 5 juillet 2018 17DA00514. Bref cette question est régulièrement tranchée, et vous ne manquez pas de JP.

Par suite, dès lors que les trois requérantes devaient être regardées comme ayant été recrutées sur le fondement de l'art 3-3, elles devaient, au terme de six années de services effectifs accomplis auprès de la même collectivité et sur les mêmes fonctions, se voir proposer un CDI, comme elles le prétendent.

- Mme L.... s'est vue confier des vacations à compter du 15 novembre 2005 (voyez une décision du 12 décembre 2005) : elle devait se voir proposer un CDI **au 1er décembre 2011 comme elle le demande**, puisqu'à cette date elle bénéficiait d'une ancienneté de 6 ans de services effectifs. Une remarque cependant : à la date de la requalification la loi Sauvadet n'étant pas encore entrée en vigueur, c'est le régime antérieur qui devra s'appliquer ici (ancienne rédaction des art 3-3 et 3-4) mais aux termes duquel l'intéressée pouvait prétendre à un CDI.

- Mme P.... a quant à elle été missionnée par le département à compter du 1er juillet 2008 (vous disposez d'une décision du 30 juin 2018). Remplissant elle aussi les conditions rappelées, elle devait donc bénéficier d'un CDI **au 1er juillet 2014** comme elle le prétend.

- Enfin, Mme D... a été recrutée le 1er avril 2010 (voyez l'attestation du département en date du 2 décembre 2016). Pour les mêmes raisons, elle devait bénéficier d'un CDI à compter du **1er avril 2016** comme elle le soutient.

Ainsi les décisions du département nées le 23 avril 2017 devront être annulées pour erreur de droit, en tant qu'elles refusent aux requérantes le bénéfice de CDI à compter de ces dates.

Vous devrez ensuite vous prononcer sur les ccls aux fons d'injonctions et nous en venons à la 2nde question que soulèvent ces affaires.

A quelles conditions la transformation des vacations en CDI doit-elle intervenir ? Les agents bénéficient-ils d'un droit au maintien, dans leur CDI, des conditions d'emploi, de durée et de rémunération qui étaient les leurs lorsqu'ils étaient vacataires, comme le prétendent les requérantes ? ou au contraire la transformation de leur engagement en CDI exige t-elle une adaptation des termes de leur engagement pour respecter le cadre juridique de ces contrats ?

Les requérantes soutiennent que le CDI qui devait leur être proposé ne pouvait modifier les conditions d'emploi ou de rémunération dont elles bénéficiaient précédemment, au risque de méconnaître les objectifs de la directive 1999/70/CE du 28 juin 1999 sur le travail à durée déterminée.

La CJUE s'est prononcée sur cette question par un arrêt d'ailleurs commenté par les parties : M Huet c/ Université de Bretagne occidentale C-251/11 du 8 mars 2012. La cour devait ici se prononcer à titre préjudiciel sur l'interprétation de l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée, conclu le 18 mars 1999 figurant en annexe de la directive du 28 juin 1999, dans le cadre d'un litige qui opposait un agent à son employeur public (une université) et la question portait sur les termes et conditions du CDI de l'agent à la suite de la transformation de son CDD. La cour juge ici que "qu'un État membre, qui prévoit dans sa réglementation nationale la transformation des contrats de travail à durée déterminée en un contrat de travail à durée indéterminée lorsque les contrats de travail à durée déterminée ont atteint une certaine durée, (nous sommes bien dans cette situation) n'est pas tenu d'imposer, dans le contrat de travail à durée indéterminée, la reprise à l'identique des clauses principales figurant dans le contrat précédent. Toutefois, afin de ne pas porter atteinte aux objectifs poursuivis par la directive 1999/70 et à son effet utile, cet État membre doit veiller à ce que cette transformation ne s'accompagne pas de modifications substantielles des clauses du contrat précédent dans un sens globalement défavorable à la personne intéressée lorsque l'objet de la mission de celui-ci et la nature de ses fonctions demeurent les mêmes."

Votre Cour a pu faire une application de ces dispositions par un arrêt en C+ : voyez CAA Versailles 15 novembre 2015 en C+ 13VE03058. Elle avait été amenée à se prononcer sur la proposition d'un employeur public de proposer à un agent la transformation de son CDD en CDI mais à des conditions de rémunération moins favorables, afin de tenir compte du nouveau référentiel salarial de l'établissement. Citant les dispositions de la directive et faisant explicitement référence à l'arrêt de la CJUE, votre Cour juge qu'en adoptant les dispositions permettant la transformation des CDD en CDI au terme de 6 années, le législateur n'a pas entendu déroger au principe de parité en vertu duquel, un EP de l'Etat (mais bien sûr ce ppe s'applique aussi aux collectivités locales) ne peut légalement attribuer à ses agents contractuels des rémunérations qui seraient manifestement disproportionnées par rapport à celles auxquelles peuvent prétendre des agents de l'État exerçant des fonctions analogues et ayant des qualifications équivalentes et la Cour ajoute que *"dans un tel cas, il appartient tout au contraire à l'autorité administrative, à l'occasion de la transformation du contrat, de corriger cette irrégularité en proposant une rémunération fixée au niveau adéquat et, en cas de désaccord de l'intéressé, de refuser le renouvellement du contrat à durée déterminée arrivant à son terme"*. Elle ajoute que la prise en compte du principe de parité, qui permet de placer l'agent dont le contrat est reconduit pour une durée indéterminée dans une situation régulière, n'est pas contraire, dans cette mesure, aux objectifs fixés par la directive telle qu'interprétée par la CJUE. Et la Cour valide la diminution de rémunération de 10%, bien que procédant d'une modification substantielle du contrat précédent, au regard du respect du principe de parité.

Une autre décision, du CE cette fois-ci, pourra guider votre raisonnement : CE 31 décembre 2008 M Cavallo 283256 au rec . Ici, le CE juge que sauf s'il présente un caractère fictif ou frauduleux, le contrat de recrutement d'un agent contractuel de droit public crée des droits au profit de celui-ci, et que, lorsque le contrat est entaché d'une irrégularité, notamment parce qu'il méconnaît une disposition législative ou réglementaire applicable à la catégorie d'agents dont relève l'agent contractuel en cause, l'administration est tenue de proposer à celui-ci une régularisation de son contrat afin que son exécution puisse se poursuivre régulièrement. On perçoit là encore le même équilibre entre d'une part les droits que l'agent tire de son précédent contrat, et d'autre part l'obligation pour l'administration d'employer ses agents dans des conditions légales et réglementaires.

Or quelles sont les conditions qui s'imposent aux stipulations d'un CDI ? Elles sont énoncées à l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984 et par le décret du 15 février 1988. Citons les brièvement : aux termes de l'art 136 de la loi statutaire FPT, les agents non titulaires sont régis notamment par les mêmes dispositions que celles auxquelles sont soumis les fonctionnaires en application de divers articles cités, ces mêmes agents contractuels devant être employés dans les conditions prévues par la législation et la réglementation applicables ou suivant les stipulations du contrat qu'ils ont souscrit, en tant qu'elles ne dérogent pas à ces dispositions légales ou

réglementaires. Or, aux termes de l'article 20 de la loi portant statut général de la FP si les fonctionnaires ont droit, après service fait, à une rémunération, le montant du traitement est fixé en fonction du grade de l'agent et de l'échelon auquel il est parvenu, ou de l'emploi auquel il a été nommé.

Par conséquent, le CDI que le département doit conclure avec les requérantes, qui doit être nécessairement légal, ne saurait fixer leur rémunération selon un taux horaire, comme c'était le cas lorsqu'elles étaient vacataires : il appartient au département de fixer le niveau de rémunération en fonction d'un traitement indiciaire en prenant en compte notamment, les fonctions occupées, la qualification requise pour leur exercice, la qualification détenue par les intéressées ainsi que leur expérience : cette rémunération doit ici être déterminée par référence à un indice correspondant au grade de l'emploi sur lequel elles sont affectées (ici la grille indiciaire des médecins territoriaux). En outre le principe de parité, dont nous avons vu qu'il primait sur stipulations des contrats initiaux, exige que la rémunération versée aux requérantes soit fonction de leur temps de travail effectif, comme cela s'applique pour les agents contractuels et titulaires de l'Etat.

Faut-il s'en étonner ? Sûrement pas, pour au moins deux raisons :

- la 1^{ère} est juridique : l'administration se doit de conclure des contrats légaux, à tout le moins... C'est le sens de la JP Cavallo qui prévoit que l'administration est tenue de procéder à leur régularisation. On ne saurait donc admettre que puissent perdurer des contrats ne respectant ni les dispositions statutaires, ni le principe de parité, au motif qu'ils font suite à de précédentes vacations qui elles mêmes ne les respectaient pas, tout simplement parce qu'elles n'y étaient pas soumises.

- la 2nde raison est liée aux différences de situation : un agent vacataire est dans une situation très inconfortable pour n'être jamais assuré d'assurer des vacations : afin de compenser cet inconfort tenant à sa rémunération, et afin de préserver l'attraction de ces vacations, il est courant d'accorder aux agents vacataires une rémunération supérieure à leur temps de travail effectif ce qui en soi n'est pas légal. Mais ce qui pouvait s'entendre pour un agent vacataire n'est bien entendu pas transposable au bénéficiaire d'un CDI qui pour le coup se trouve dans une situation sécurisée, stabilisée.

Au final un agent bénéficiant de vacations et demandant à juste titre à bénéficier d'une requalification d'un CDI ne peut pas, en le même temps, invoquer le respect de la loi pour bénéficier du statut sécurisé auquel il a droit, et réclamer le maintien du mode de rémunération dont il bénéficiait précédemment alors qu'il ne se trouvait pas dans le même cadre légal et réglementaire. Il lui faut donc choisir entre la rémunération attractive et la souplesse des vacations en contrepartie de l'insécurité, ou bénéficier d'un contrat sécurisé dans un cadre légal et réglementaire, mais qui s'applique alors également à son mode de rémunération. Dit autrement ce n'est pas un régime « à la carte » et il n'est pas possible de revendiquer les avantages inconciliables de ces deux régimes.

PCMNC :

- Annulation des décisions implicites nées le 23 avril 2017 en tant qu'elles ne proposent pas la ccls d'un CDI à compter des dates auxquelles les requérantes pouvaient y prétendre soit au 1er décembre 2011 pour Mme L.... ; au 1er juillet 2014 pour Mme P.... et au 1er avril 2016 pour Mme D....
- Injonction faite au département de régulariser leur situation en leur proposant rétroactivement la conclusion d'un CDI à compter des dates rappelées, aux conditions de rémunération indiciaires des médecins territoriaux de 2ème classe et pour une durée mensuelle correspondant au temps de travail effectué
- 1000 € à la charge du département sur L761-1 CJA dans chaque affaire
- Rejet du surplus des conclusions