

**LE PERSONNEL DES
COLLECTIVITÉS LOCALES**

10000-2

(2006-3)

LES AGENTS CONTRACTUELS

10700-2

(2006-3)

CHAPITRE 3 - LA RÉSORPTION DE L'EMPLOI PRÉCAIRE

Table des matières

SECTION 1. <i>La titularisation</i>	n ^{OS} 3	à 35
§ 1. Le cadre légal : les plans de titularisation	n ^{OS} 7	à 8
§ 2. Les conditions de titularisation	n ^{OS} 9	à 27
A. Titularisation des agents non titulaires recrutés par les collectivités territoriales	n ^{OS} 10	à 25
1° Champ d'application de la titularisation	n ^{OS} 11	à 13
a) Agents concernés	n ^{OS} 11	à 12
b) Cadres d'emplois concernés	n ^O 13	
2° Conditions de la titularisation	n ^{OS} 14	à 21
3° Modalités d'intégration	n ^{OS} 22	à 25
a) L'intégration directe	n ^O 24	
b) Le concours réservé	n ^O 25	
B. Titularisation des agents contractuels non titulaires de l'État occupant un emploi permanent dans les collectivités territoriales	n ^{OS} 26	à 27
§ 3. Mise en œuvre de la titularisation	n ^{OS} 28	à 29
§ 4. Les effets de la titularisation	n ^{OS} 30	à 31
§ 5. Le contentieux de la titularisation	n ^{OS} 32	à 35
A. Nature du contrôle	n ^O 33	
B. Effets de l'annulation du refus de titularisation	n ^O 34	
C. Conditions de retrait d'une décision de titularisation	n ^O 35	
SECTION 2. <i>La pérennisation et le transfert des contrats</i>	n ^{OS} 36	à 89
§ 1. La pérennisation des contrats : les contrats à durée indéterminée de droit public ..	n ^{OS} 36	à 55
A. L'évolution du cadre juridique	n ^{OS} 38	à 45
1° L'évolution du cadre légal	n ^{OS} 38	à 40
a) Les lois du 13 juillet 1983 et 26 janvier 1984 : la durée nécessairement déterminée des contrats	n ^{OS} 38	à 39
b) Les dérogations législatives particulières à la règle de durée déterminée des contrats	n ^O 40	
2° Les évolutions de la jurisprudence	n ^{OS} 41	à 43
3° Le droit communautaire	n ^{OS} 44	à 45
a) Exposé de la directive du 28 juin 1999	n ^O 44	
b) Une transposition nécessaire ?	n ^O 45	
B. Consécration de l'évolution : la loi du 26 juillet 2005	n ^{OS} 46	à 50
1° De nouvelles règles et la création légale des CDI de droit public	n ^{OS} 47	à 48

2° Un dispositif transitoire pour les agents en fonction	n ^{os} 49 à 50
C. Conséquences de la loi du 26 juillet 2005	n ^{os} 51 à 55
1° Mise en œuvre de la loi	n ^{os} 51 à 53
2° Difficultés d'application	n ^{os} 54 à 55
a) La conclusion du CDI	n ^o 54
b) Évolutions du contrat	n ^o 55
§ 2. Le transfert des contrats dans le cadre de la réintégration de services publics locaux	n ^{os} 56 à 89
A. L'évolution du cadre juridique	n ^{os} 58 à 72
1° L'évolution jurisprudentielle	n ^{os} 59 à 65
a) La jurisprudence ancienne : l'exclusion de principe de la reprise des services publics administratifs du champ d'application de l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail	n ^{os} 60 à 63
b) La jurisprudence actuelle : la soumission de principe de la reprise des services publics administratifs aux dispositions de l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail	n ^{os} 64 à 65
2° L'évolution législative	n ^{os} 66 à 72
a) Des textes dérogatoires ponctuels et limités	n ^{os} 67 à 71
b) Un texte de portée générale : l'article 20 de la loi du 26 juillet 2005	n ^o 72
B. Conditions et modalités du transfert	n ^{os} 73 à 82
1° Transfert dans le cadre de la réintégration d'un service public à caractère industriel et commercial	n ^{os} 74 à 76
2° Transfert dans le cadre de la réintégration d'un service public à caractère administratif	n ^{os} 77 à 82
C. Conséquences du transfert	n ^{os} 83 à 89
1° Conséquences dans le cadre de la réintégration d'un service à caractère industriel et commercial	n ^{os} 83 à 84
2° Conséquences dans le cadre de la réintégration d'un service à caractère administratif	n ^{os} 85 à 89

Index alphabétique

(les chiffres renvoient aux numéros)

Abus : 44.	Contentieux de la titularisation : 32 s.
Agents contractuels : 4 s., 11.	Contrat à durée déterminé : 38 s.
Ancienneté : 15, 50, 83.	Contrat à durée indéterminée : 40 s.
Article L. 122-12 al. 2 du code du travail : 57 s.	Contrat verbal : 41, 43.
Association : 67 s.	Convention collective : 83, 85.
Berkaniens : 12, 40.	Diplômes : 16.
Cadres d'emplois : 13 s., 28.	Directive 1999/70/CE du 28 juin 1999 : 44 s.
Carrière : 55, 85.	Directive 77/187/CE du 14 février 1997 : 64 s., 73 s.
Clauses substantielles du contrat : 40, 67 s., 70, 81.	Emplois permanents : 2.
Collaborateurs : 11.	Entité économique : 75 s.
Concours : 13 s.	Établissement public de coopération culturelle : 40, 70.
Concours réservé : 18, 25.	Expérience professionnelle : 16 s.

Intégration directe : 24.
Licenciement : 9, 81, 82.
Licenciement économique : 64.
Loi du 26 juillet 2005 : 47 s., 72 s.
Loi Le Pors : 7.
Loi Perben : 7.
Loi Sapin : 7 s.
Nomination : 30.
Plans de titularisation : 7 s.

Recrutement : 5, 37 s.
Réintégration d'un service public : 57 s.
Rémunération : 55, 82.
Renouvellement : 39, 42.
Service public à caractère administratif : 60 s., 77 s., 85 s.
Service public à caractère industriel et commercial : 61,
74 s., 83 s.
Spécialité : 23.
Titularisation : 4 s., 28 s.
Transfert de salariés de droit privé : 72 s.

10730-4

(2006-3)

CHAPITRE 3

LA RÉSORPTION DE L'EMPLOI PRÉCAIRE

Par

Delphine Krust

Avocate au barreau de Paris

1. Bibliographie générale. Emmanuel Aubin, *Les agents contractuels dans les collectivités territoriales*, ACCP n° 56, juin 2006, p. 41. – Jean-Marie Auby, Jean-Bernard Auby, Didier Jean-Pierre, Antony Taillefait, *Droit de la fonction publique*, Dalloz, 5^e éd. 2005. – Conseil d'État, Rapport public 2003, *Perspectives pour la fonction publique*. – Jean Cabanel, Jean-Loup Gourdon, *Fonction publique, les contractuels*, Economica. – René CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrétien 10^e édition. – André de Laubadère, Yves Gaudemet, *Traité de droit administratif*, Tome 5, la fonction publique, LGDJ, 11^e édition. – Georges-Daniel Marillia, *Les agents territoriaux*, Berger-Levrault. – Alain Plantey, *La fonction publique, traité général*, Litec, 2^e éd. 2001. – Frédéric Scanvic, *Le droit (flexible) des contractuels dans la fonction publique en France*, ACCP n° 56, juin 2006, p. 24.

2. Il est de principe que les emplois permanents des collectivités territoriales doivent être pourvus par des fonctionnaires titulaires, dont le recrutement sur concours et la soumission à un statut assurent, en principe, la garantie de la neutralité et de l'égal accès à la fonction publique.

La loi prévoyait, de manière dérogatoire, la possibilité pour les collectivités d'avoir recours, dans des conditions strictement délimitées, à des agents contractuels.

Ces derniers, nécessairement recrutés pour une durée déterminée et ne bénéficiant pas de la protection du statut, étaient, de ce fait, placés dans une situation de précarité, alors que la pratique démontrait qu'ils étaient, le plus souvent, employés sur des emplois permanents, pour une longue durée.

Pour remédier à cette situation, le législateur a mis en œuvre plusieurs plans de résorption de l'emploi précaire par titularisation, qui n'ont toutefois pas atteint leurs objectifs.

Plus récemment, la loi, en organisant la pérennisation des contrats à durée déterminée et la possibilité de transfert de contrats à durée indéterminée dans le cadre de la réintégration de services publics locaux a, de nouveau, tenté de remédier à la précarité des agents non titulaires de la fonction publique territoriale.

SECTION 1

LA TITULARISATION.

3. Bibliographie. Emmanuel Aubin, La résorption de l'emploi précaire dans les collectivités territoriales de 2001 à 2006, *Gaz. Com.* 2 juin 2003, p. 58 – Pierre Bentolila, *Accès au cadre d'emplois des administrateurs territoriaux. Appréciation des conditions permettant la titularisation des contractuels dans ce cadre normal. Contrôle normal*, Coll. Terr. 2004. comm. 176 ; *Résorption de l'emploi précaire : suspension d'une décision de la Commission nationale d'appel pour la reconnaissance de l'expérience professionnelle*, Coll. Terr. 2006. comm. 36 – Didier Israël, *Loi Sapin : l'intégration s'effectue dans un cadre d'emplois spécialisé*, *AJFP* 2004. 239 – Pierre Tifine, *Conditions de la titularisation d'un agent contractuel et conséquences de l'annulation d'une décision illégale refusant la titularisation*, *JCP A* 2004. 1751.

4. L'article 3 de la loi 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale ouvre des dérogations limitées à la règle, posée à l'article 3 de la loi 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, du recours exclusif à des agents titulaires pour occuper des emplois permanents.

Les collectivités ne peuvent ainsi avoir recours à des agents non titulaires que pour une durée limitée et pour faire face, soit à une vacance momentanée d'emplois, soit pour l'exercice de fonctions correspondant à un besoin saisonnier, soit, enfin, pour l'exercice de fonctions nécessitant des connaissances techniques hautement spécialisées.

La loi du 13 juillet 1987 a aligné les conditions de recours aux agents non titulaires par les collectivités territoriales sur celles prévues pour l'État, en élargissant ainsi les possibilités.

Le recours aux agents contractuels demeure toutefois dérogatoire et restreint à des situations particulières, pour des durées limitées, ce qui place les intéressés dans une situation de précarité.

5. Ainsi, les dispositions de la loi du 13 juillet 1983 et de l'article 3 de la loi du 26 janvier 1984 s'agissant de la fonction publique territoriale encadrent de façon objective le recours aux contrats des collectivités territoriales et de leurs établissements publics. Ils ne peuvent recruter

des agents non titulaires pour occuper des emplois permanents que pour assurer le remplacement momentané des titulaires autorisés à exercer leurs fonctions à temps partiel ou indisponibles en raison d'un congé de maladie, d'un congé de maternité ou d'un congé parental, ou de l'accomplissement du service national, du rappel ou du maintien sous les drapeaux, ou pour faire face temporairement et pour une durée maximale d'un an à la vacance d'un emploi qui ne peut être pourvu dans les conditions prévues par la loi.

Ils peuvent aussi recruter des agents contractuels pour exercer des fonctions correspondant à un besoin saisonnier pour une durée maximale de 6 mois pendant une même période de 12 mois et conclure pour une durée maximale de 3 mois, renouvelable une seule fois à titre exceptionnel, des contrats pour faire face à un besoin occasionnel.

D'autres contrats peuvent être conclus dans les mêmes cas et selon les mêmes conditions de durée que ceux mentionnés à l'article 4 de la loi du 11 janvier 1984, à savoir soit lorsqu'il n'existe pas de fonctionnaires susceptibles d'assurer les fonctions correspondantes, soit lorsque, pour des emplois de niveau de catégorie A, la nature des fonctions ou les besoins des services le justifient. Les agents ainsi recrutés sont engagés par des contrats d'une durée maximale de 3 années qui ne peuvent être renouvelés que par reconduction expresse. Enfin, des contrats peuvent être conclus pour une durée déterminée et renouvelés par reconduction expresse pour pourvoir des emplois permanents à temps non complet pour lesquels la durée de travail n'excède pas la moitié de celle des agents publics à temps complet dans les communes de moins de 1 000 habitants et dans les groupements de communes dont la moyenne arithmétique des nombres d'habitants ne dépasse pas ce seuil.

6. En pratique, cependant, les collectivités utilisent dans une large proportion ces agents pour répondre à des besoins permanents.

Le législateur a rapidement pris conscience de cette incohérence et a cherché à y remédier en mettant en œuvre des dispositifs destinés à résorber l'emploi précaire, par la voie de l'intégration directe ou l'organisation de concours réservés.

Ces mesures n'ont toutefois pas eu l'efficacité escomptée.

Les causes et les effets de l'emploi précaire demeurent, malgré les plans successifs censés y mettre un terme.

§ 1. – *Le cadre légal : les plans de titularisation*

7. Depuis la libération, plusieurs plans ont prévu de résorber l'emploi précaire dans la fonction publique, tant

nationale que territoriale sans toutefois atteindre les objectifs fixés.

En effet, l'éligibilité à la titularisation était subordonnée à des conditions d'ancienneté dans la collectivité et de diplôme (détenue du diplôme ou brevet exigé pour occuper l'emploi d'intégration) qui ne permettaient pas d'intégrer une grande proportion des non titulaires.

En outre, la titularisation présentait des inconvénients sociaux pour les agents concernés. Elle équivalait en fait à un nouveau recrutement, sans prise en considération de l'ancienneté de l'agent, aboutissant ainsi à une diminution de salaire pour les agents des catégories A et B, ce qui dissuadait les agents non titulaires de demander à bénéficier de ces intégrations.

La succession de plans de titularisation des agents contractuels médiocrement efficaces permet de qualifier la titularisation de « vieux métier de la fonction publique » (Jean Cabanel et Jean-Loup Gourdon, *Fonction publique, les contractuels*, Economica, 1^{re} éd.).

8. Les dernières réformes ont été entreprises par les lois 84-16 du 11 janvier 1984 (plan Le Pors), et, pour la fonction publique territoriale, 96-1093 du 16 décembre 1996 (loi Perben), puis 2001-2 du 3 janvier 2001 (loi Sapin, relative à la résorption de l'emploi précaire et à la modernisation du recrutement dans la fonction publique).

Ces plans successifs ont eu des durées d'application limitées, les deux premiers ayant épuisé leurs effets et la loi Sapin, applicable pour une durée maximale de 5 ans, ayant épuisé les siens au 1^{er} janvier 2006.

Au fil de ces textes le législateur a tenté d'améliorer, non seulement les conditions d'éligibilité des non titulaires à l'intégration mais également les effets de leur titularisation, afin d'aboutir à des résultats plus performants.

La loi Sapin, en particulier, reprenant le protocole d'accord relatif à la résorption de l'emploi précaire dans la fonction publique territoriale du 10 juillet 2000, a introduit le mécanisme de reconnaissance de l'expérience professionnelle, permettant de contourner l'obstacle de la détention des diplômes et d'améliorer la reprise d'ancienneté et la rémunération des agents intégrés.

Pour autant, il ne semble pas que cette loi ait, plus que les précédentes, atteint ses objectifs et abouti à résorber substantiellement l'emploi précaire dans la fonction publique territoriale.

Ainsi, en février 2004, à deux ans de l'échéance du plan d'intégration de la loi Sapin, seuls 2 663 agents de catégories A et B intégrés avaient été recensés par le Centre national de la fonction publique territoriale (CNFPT), (*Emploi précaire : les effets limités de la loi « Sapin »*, Gazette communes, 21 juin 2004, p. 72), alors que la fonction publique comptait en 2003 plus de 30 % d'agents non titulaires parmi les personnels, soit 480 000 personnes

(*Le nouveau visage de l'emploi territorial*, Gazette communes, 6 janvier 2003, p. 28).

§ 2. – Les conditions de titularisation

9. La titularisation est subordonnée à certaines conditions, dont ne seront ci-après évoquées que celles de la loi Sapin et de la loi du 17 janvier 1992 sur la modernisation sociale, seules encore susceptibles de donner lieu à des contentieux.

Il convient toutefois de noter que les agents susceptibles d'être titularisés au titre de l'article 126 de la loi du 26 janvier 1984 peuvent toujours se prévaloir de cette situation.

L'article 136 de cette loi dispose en effet qu'ils ne peuvent être licenciés que pour insuffisance professionnelle ou pour motif disciplinaire. Ils ne peuvent ainsi pas être licenciés pour suppression de poste (CE 20 février 1989, req. 81412 : *Mme Boustani* : AJDA 1989. 641, obs. P. Letourneur). Cette garantie ne s'applique pas aux agents de l'État détachés auprès des collectivités locales (CE 30 novembre 1992, *Département de la Haute-Vienne* : Droit adm. 1993, comm. 6).

A. – Titularisation des agents non titulaires recrutés par les collectivités territoriales

10. Dans le cadre de la loi Sapin, le pouvoir réglementaire a précisé les conditions à remplir pour chaque cadre d'emploi.

Ont ainsi été publiés les décrets :

– 2001-898 du 28 septembre 2001 dressant la liste des cadres d'emplois concernés ;

– 2002-348 du 13 mars 2002 précisant la durée minimale de l'expérience professionnelle susceptible d'être reconnue en équivalence des titres ou diplômes requis ;

– 2002-1260 du 14 octobre 2002 pris en application de l'article 11 de la loi 2001-2 du 3 janvier 2001 relatif à la résorption de l'emploi précaire des personnels des administrations parisiennes.

1° Champ d'application de la titularisation

a) Agents concernés

11. Aux termes de l'article 4 de la loi Sapin, sont susceptibles d'être titularisés les agents non titulaires, recrutés en application de l'article 3 de la loi du 26 janvier 1984 modifiée, qui exercent des fonctions correspondant à celles définies par les statuts particuliers des cadres d'emplois.

Sont ainsi exclus du dispositif :

– les emplois de droit privé, y compris ceux des personnels mis à disposition d'une administration (CE 16 novembre 1988, *Nury*, Rec. Lebon, p. 410 ; AJDA

1989-1993), ou les contrats aidés (contrat emploi solidarité, contrat emploi consolidé et contrat jeune). Il convient de relever la particularité, à cet égard, des contrats emploi-jeune. Afin d'anticiper la fin de contrat des premiers bénéficiaires, des troisièmes concours ont été instaurés par le décret 2002-706 du 30 avril 2002 qui a adapté les missions de 10 cadres d'emplois afin de permettre leur intégration (voir également, le décret 2002-872 du 3 mai 2002 relatif au troisième concours de recrutement pour certains cadres d'emplois de la fonction publique territoriale). Des recrutements directs peuvent également être envisagés pour certains cadres d'emplois relevant de la catégorie C, comme ceux des agents d'entretien, des agents sociaux, des agents d'animation ou encore des aides médico-techniques ;

- les agents recrutés sur un emploi fonctionnel par contrat ;

- les collaborateurs de cabinet et les collaborateurs de groupes d'élus (CE 22 février 1991, *Région d'Aquitaine c. Mlle Lesca*, req. 78834 ; Rép. min. n° 72491, JOAN 6 mai 2002, p. 2403) ;

- les agents non titulaires employés sous contrat à durée indéterminée de droit public qui, de ce fait, ne sont pas placés en situation précaire ;

- les fonctionnaires. Ainsi en a-t-il été jugé s'agissant d'un architecte en chef des bâtiments civils et des palais nationaux qui exerçait, à titre accessoire en qualité d'agent non titulaire de l'enseignement et souhaitait être titularisé dans le corps des professeurs d'école d'architecture. Le juge administratif a considéré qu'en sa qualité de fonctionnaire l'intéressé n'entraîne pas dans le champ d'application de la loi permettant l'intégration des agents contractuels (CE 5 novembre 2003, *M. Brasilier*, req. 239603 : AJDA 2004. 165).

12. À l'inverse, ont été jugés comme entrant dans le champ d'application de la loi :

- les agents exerçant les fonctions d'auxiliaires de service, à savoir les « Berkaniens », qui avaient la qualité d'agent non titulaire du service public de l'administration (CE 17 mai 1999, *Mme Dhiver*, req. 186480 : AJFP 1999. 19, obs. P.B.) ;

- les agents exerçant moins de 150 heures mensuelles (CE 27 mars 1991, *Ministre de l'Équipement et ministre chargé du Budget c. Mlle Peltier*, req. 85680 et 85758, AJDA 1991. 742, note P. Letourneur), dès lors que la loi ne subordonne pas son application à cette condition.

b) Cadres d'emplois concernés

13. Tous les cadres d'emploi sont concernés par les dispositions relatives à l'intégration des non titulaires, tels que la liste en est fixée par le décret du 28 septembre 2001. Ne figurant pas sur cette liste, n'entrent donc

pas dans le champ d'application de ces mécanismes les cadres d'emplois des administrateurs, des ingénieurs en chef de 1^{re} catégorie, des coordinatrices de crèches et des conseillers socio-éducatifs, des agents de police, des gardes champêtres, des sapeurs-pompiers et ceux accessibles sans concours (hormis ceux des agents administratifs et des agents du patrimoine).

2° Conditions de la titularisation

14. Afin de pouvoir bénéficier des mesures d'intégration, les agents contractuels devaient remplir quatre conditions cumulatives, prescrites par la loi (article 4) :

- justifier de la qualité d'agent non titulaire recruté en vertu de l'article 3 de la loi du 26 janvier 1984 pendant deux mois entre le 11 juillet 1999 et le 10 juillet 2000, de manière continue ou non (décret du 28 septembre 2001) ;

- avoir été en fonction au cours de cette période de deux mois ou avoir bénéficié d'un congé rémunéré ou non rémunéré prévu par le décret 88-145 du 15 février 1988.

- justifier d'une durée de services publics effectifs au moins égale à trois ans équivalant à un temps plein au cours des huit dernières années. Pour les agents à temps non complet, les périodes supérieures ou égales au mi-temps sont assimilées à du temps plein, les périodes inférieures sont assimilées aux trois quarts du temps plein, pour les agents à temps partiel, les services sont retenus au prorata de la durée de travail (article 2 du décret du 28 septembre 2001, précité).

- détenir les titres ou diplômes requis pour se présenter au concours externe du cadre d'emplois concerné ou faire reconnaître une expérience professionnelle en équivalence de ces titres ou diplômes.

Ces conditions sont appréciées à la date de proposition de nomination pour les candidats à l'intégration directe et à la date de clôture des inscriptions pour les candidats aux concours réservés.

La mise en œuvre de certaines des conditions de l'article 4 appelle quelques précisions.

15. Ainsi, s'agissant de la condition d'**ancienneté**, la jurisprudence considère qu'elle s'apprécie en prenant en compte les services accomplis au sein de la même fonction publique. Ainsi, ne sont pas comptés dans le rappel de l'ancienneté les services effectués par un agent non titulaire d'un département en tant que contractuel de la fonction publique de l'État (CE 27 juin 1990, *Département du Tarn*, req. 87008 : Recueil Lebon, tables, p. 620).

16. La condition relative à l'**équivalence des diplômes** appelle également certaines précisions.

L'article 4, 3° de la loi Sapin prévoit que les agents non titulaires éligibles au dispositif de la résorption de l'emploi précaire peuvent obtenir la reconnaissance de

leur expérience professionnelle en équivalence de titres ou diplômes requis pour se présenter au concours externe d'accès au cadre d'emploi dont ils relèvent. Sont toutefois exclus de ce dispositif les cadres d'emploi impliquant la possession d'un diplôme légalement exigé pour l'exercice de la profession.

Le décret 2002-348 du 13 mars 2002, relatif à la reconnaissance de l'expérience professionnelle en équivalence des titres ou diplômes requis pour l'accès aux cadres d'emplois de la fonction publique territoriale, a précisé les conditions d'application de la loi Sapin en matière de titularisation des agents contractuels.

17. A ainsi été précisée la condition de **durée minimale de l'expérience professionnelle** susceptible d'être reconnue en équivalence des diplômes ou des titres requis des candidats aux concours externes pour être nommé dans un cadre d'emploi de la fonction publique territoriale :

- durée de deux ans pour un diplôme ou titre requis du niveau de la fin du premier cycle de l'enseignement secondaire, du certificat d'aptitude professionnelle ou du brevet d'études professionnelles ;

- durée de trois ans pour un diplôme ou titre requis du niveau de la fin du deuxième cycle d'enseignement secondaire général ou professionnel ;

- durée de quatre ans lorsque le diplôme ou le titre requis est du niveau du premier cycle de l'enseignement supérieur général ou technologique (bac + 2) ;

- durée de cinq ans lorsque le diplôme ou le titre requis est un diplôme de deuxième ou troisième cycle de l'enseignement supérieur général ou technologique (bac + 3 et bac + 5).

18. Le candidat à un concours réservé (v. ci-dessous n° 25) doit saisir l'autorité compétente pour organiser ce type de concours, en vue d'obtenir la **reconnaissance de son expérience professionnelle**, en produisant les documents de nature à établir la nature et la durée de l'activité ou des activités dont il demande la reconnaissance (article 2, § 3 du décret précité).

L'article 3 du décret confère à l'autorité territoriale le pouvoir d'examiner la recevabilité des demandes d'intégration directe, sauf pour la condition relative à l'expérience professionnelle qui relève d'une commission.

L'autorité saisie transmet ensuite la demande de l'agent à une commission instituée par le décret du 13 mars 2002, chargée de se prononcer sur les qualifications acquises par les candidats ainsi que leur adéquation aux missions du cadre d'emplois d'accueil.

Selon l'organisme dont relève l'organisation du concours, Centre national de la fonction publique (CNFPT) ou centre de gestion du département (CDG), il est institué deux commissions.

La première est présidée par un membre du Conseil d'État et comprend, en nombre égal, des élus locaux, des fonctionnaires du cadre d'emplois auquel le concours permet d'accéder, ainsi que des représentants des administrations chargées de délivrer le diplôme exigé pour l'accès au concours externe du cadre d'emplois concerné, sachant que le nombre total de membres ne peut être inférieur à 6 (article 4 du décret précité). Les membres de cette commission sont nommés par le ministre chargé des Collectivités locales.

La seconde est présidée par un magistrat de l'ordre administratif et composée des mêmes membres que la commission placée auprès du CNFPT, à la différence que le président et ses membres sont nommés par arrêté du préfet de région (art. 5 du décret précité).

Le Conseil d'État a précisé que la commission nationale d'appel a méconnu l'étendue de ses pouvoirs lorsqu'elle ne s'est pas prononcée sur les qualifications acquises par un agent du fait de son expérience professionnelle pour prononcer le rejet de sa demande d'intégration directe au motif qu'il ne remplissait pas l'une des conditions prévues par les articles 4 et 5 de la loi du 3 janvier 2001 (CE ordon. 10 janvier 2006, req. n° 288396, *Albertazzi* : Gaz. Pal. 27 et 28 septembre 2006, p. 21).

Sur les pouvoirs des commissions de reconnaissance de l'expérience professionnelle, le Conseil d'État a considéré que le décret du 12 mars 2002 pris pour l'application des dispositions de la loi du 3 janvier 2001 relative à la résorption de l'emploi précaire a créé des commissions de première instance et une commission nationale d'appel chargées de se prononcer par décision motivée « sur les qualifications acquises par les candidats et leur adéquation aux missions du cadre d'emploi d'accueil ». Il a jugé qu'en confiant ainsi à ces seules autorités la compétence de déclarer les candidats aptes aux intégrations directes, les auteurs du décret les ont nécessairement habilités à vérifier la réunion de toutes les conditions auxquelles la loi subordonne cette intégration et que si le décret du 22 décembre 2003 modifiant le décret du 12 mars 2002 a, dans le but d'alléger la charge de ces commissions, confié à l'autorité territoriale dont relève chaque candidat le soin de déclarer irrecevables les dossiers des candidats ne remplissant pas les conditions autres que celles de la reconnaissance de l'expérience professionnelle en équivalence des titres ou diplômes, pour autant les commissions n'ont pas été privées du pouvoir de vérifier la recevabilité des dossiers que leur transmettent les autorités territoriales avant de déclarer, le cas échéant, les intéressés aptes à l'intégration directe. Le Conseil d'État a conclu qu'en appréciant le respect par un requérant de la condition de recevabilité posée par la loi du 3 janvier 2001, la commission nationale n'avait pas excédé les compétences qui

lui sont dévolues (CE 28 avril 2006, req. n° 277 170 : *M. Mathiot* : AJDA 2006. 1687).

19. Les décisions prises par ces commissions peuvent être contestées en appel devant une commission nationale d'appel placée auprès du ministre chargé des Collectivités locales, présidée par un membre du Conseil d'État nommé par le ministre chargé des collectivités locales, ainsi que par le représentant du CNFPT, d'un centre de gestion et du ministère de l'Éducation nationale (art. 6 du décret précité).

Le Conseil d'État a été conduit à préciser l'étendue des compétences respectives de l'autorité territoriale et de la commission d'appel. Il a jugé que la commission doit se prononcer sur la condition d'expérience professionnelle pour l'appréciation de laquelle elle a, spécifiquement et exclusivement, été instituée et sur la recevabilité de la demande d'intégration directe, comme l'autorité territoriale (CE ord. 10 janvier 2006, *X.*, req. 288396: Coll. Terr. 2006, comm. 36, P. Bentolila).

Ce texte a institué des commissions chargées de se prononcer sur l'expérience professionnelle des agents en équivalence des titres et diplômes normalement exigés.

La durée des services ou la condition de diplôme s'apprécient au plus tard à la date de la proposition d'une nomination dans le cadre d'emplois (en cas d'intégration directe) ou au plus tard à la date de clôture des inscriptions (en cas de concours réservé).

20. Le décret 2002-1260 du 14 octobre 2002, pris pour l'application de l'article 11 de la loi du 3 janvier 2001, s'efforce d'aligner la situation des non titulaires des administrations parisiennes sur celle des non titulaires de la fonction publique territoriale.

21. Le législateur, afin de ne pas entraver le processus de regroupement intercommunal, a pris la peine de préciser expressément que les agents non titulaires recrutés dans une commune puis affectés dans un établissement public de coopération intercommunale (EPCI), en raison d'un transfert de compétence, sur des fonctions correspondant à un même cadre d'emplois, ne doivent pas subir de préjudice lié à ce transfert. En conséquence, les conditions d'intégration requises aux articles 4 à 6 sont appréciées indépendamment de ce transfert (article 7 de la loi Sapin).

3° Modalités d'intégration

22. La loi prévoit en toute hypothèse que la titularisation ne représente ni un droit pour les agents contractuels, ni une obligation pour la collectivité qui les emploie dès lors qu'il ne s'agit que d'une possibilité de nomination.

23. Deux modalités d'intégration ont été organisées afin de permettre aux agents non contractuels qui en remplissent les conditions d'accéder aux cadres d'emploi concernés : l'intégration directe (article 5 de la loi Sapin) et l'organisation de concours réservés (article 6 de la loi précitée).

La voie d'intégration dépend du nombre de concours organisés à la date du recrutement de l'agent. Sont à prendre en compte les concours du ressort géographique de l'autorité dont relève l'agent (CNFPT, CDG, collectivité) ainsi que la date de recrutement de l'agent concerné et la date de l'acte portant ouverture du concours (Rép. Min ; QE n° 266663, JOAN 11 mai 2005, p. 1325).

À cet égard, la cour administrative d'appel de Versailles a précisé que, pour apprécier si l'agent remplit les conditions des articles 4 et 5 de la loi Sapin, lorsque le cadre d'emplois concerné comporte plusieurs spécialités, il convient de se référer à la date du premier concours ouvert dans la spécialité du cadre d'emplois correspondant aux fonctions exercées par l'agent, en vue d'une intégration directe (CAA Versailles 15 septembre 2005, *Commune Saint-Denis*, req. 04VR01048, 04VR01049, 04VR01053 : Coll. Terr. 2005, comm. 199, note G. Pellissier, censurant le TA Cergy-Pontoise 18 décembre 2003, req. 0205882 : AJFP 2004. 239, commentaire D. Israël. – de même implicitement CAA Bordeaux 26 mai 2005, n° 03BX02427, *Département de la Charente*, et TA Nantes 25 mars 2004, *Préfet de la Vendée* : AJFP 2004. 241) :

La détermination du cadre d'emplois est effectuée au regard des missions du grade, si celles-ci sont définies de manière spécifique par le statut particulier et à partir des arrêtés et contrats de recrutement des agents candidats à l'éligibilité. En l'absence de telles précisions, l'appréciation se fait au moyen de tout autre document de nature à établir ces fonctions (CAA Versailles 15 septembre 2005, req ; n° 04VE1053, précité).

Quant à la date de recrutement de l'agent, le CNFPT a décidé de retenir celle du recrutement dans la dernière collectivité (note du CNFPT du 21 mars 2002, mais critiques fermes de la doctrine notamment Emmanuel Aubin, *La résorption de l'emploi précaire dans les collectivités territoriales de 2001 à 2006*, Gazette communes, 2 juin 2003, p. 58).

a) L'intégration directe

24. Elle concerne les agents recrutés après le 27 janvier 1984 et :

– soit avant la date d'ouverture du premier concours d'accès au cadre d'emplois concerné,

– soit au plus tard le 14 mai 1996 et avant la date du deuxième concours, si un seul concours d'accès au cadre

d'emplois correspondant avait été organisé à la date de leur recrutement,

– soit au plus tard le 14 mai 1996, sous réserve d'avoir rempli les conditions de la loi du 16 décembre 1996 et de relever d'un cadre d'emplois pour lequel le deuxième concours aurait été ouvert avant le 14 mai 1996 mais aurait donné lieu à une liste d'aptitude établie après cette date (articles 4 de la loi Sapin et 5 du décret du 28 septembre 2001, précités).

Le Conseil d'État a jugé que ne remplit pas les conditions posées par les articles 4 et 5 de la loi du 3 janvier 2001, pour bénéficier d'une intégration directe dans le cadre d'emploi des ingénieurs territoriaux, un ingénieur subdivisionnaire non titulaire d'une commune, qui a été recruté en qualité de plasticien pour être affecté au service d'aménagement urbain de la commune, compte tenu du fait qu'à la date de sa nomination, deux concours d'accès à ce cadre d'emploi avaient déjà été ouverts, et quand bien même il aurait exercé des fonctions équivalentes à celles d'ingénieur territorial antérieurement à ladite date (CE 14 juin 2006, req. n° 278417 : *M. Régnier* : BJCL n° 7/06, p. 536).

b) *Le concours réservé*

25. La voie du concours réservé concerne les agents recrutés après le 14 mai 1996 et exerçant des fonctions correspondant à des cadres d'emplois pour lesquels un seul concours a été organisé à la date de leur recrutement.

B. – *Titularisation des agents contractuels non titulaires de l'État occupant un emploi permanent dans les collectivités territoriales*

26. Des dispositions du titre III du statut encadrent la titularisation d'agents non titulaires de l'État mis à disposition de collectivités territoriales, et qui ont opté en faveur d'une intégration dans la fonction publique territoriale. La loi 85-1221 du 22 novembre 1985 a ajouté au titre III du statut un article 139 bis, qui assimile à des agents non titulaires de la fonction publique territoriale, les agents de l'État mis à disposition du président du conseil régional dans le cadre des conventions conclues en application de l'article 73 de la loi 82-213 du 2 mars 1982.

Plus récemment, l'article 92 de la loi 2002-73 sur la modernisation sociale du 17 janvier 2002 a ajouté à l'article 126 du titre III un alinéa qui dispose que les agents non titulaires, affectés dans un service de l'État avant le 27 janvier 1984, ayant la qualité d'agent public sans interruption depuis leur recrutement dans ledit service, et qui occupent, à la date de la publication de la présente loi, un emploi permanent dans les collectivités territoriales, ou bénéficient à cette date d'un congé, en application des dispositions relatives à la protection sociale des agents non

titulaires des collectivités territoriales, ont vocation à être titularisés.

27. Cette titularisation intervient dans des emplois de même nature que les emplois précédemment occupés, qui sont vacants ou qui seront créés par les organes délibérants, correspondant à des fonctions d'un niveau équivalent à celui des fonctions exercées par les membres du corps d'accueil.

Bénéficient de ce droit à titularisation les agents contractuels, à l'exclusion de ceux mentionnés aux articles 47, 53 et 110 (directeurs généraux, membres de cabinet...) de la loi 84-53 du 26 janvier 1984 (article 92 II de la loi), qui :

– justifient, au plus tard à la date de la proposition de nomination dans le cadre d'emplois, d'une durée de services publics effectifs dans la collectivité territoriale au moins égale à cinq ans d'équivalent temps plein au cours des huit dernières années, sur des fonctions qui correspondent à celles définies par les statuts dudit cadre ;

– ont accompli dans un service de l'État une durée de services publics effectifs au moins égale à deux ans d'équivalent temps plein, sur un emploi permanent ;

– justifient des titres ou diplômes requis des candidats au concours externe d'accès au cadre d'emplois concerné ;

– remplissent les conditions prévues à l'article 5 du titre I^{er} du statut général des fonctionnaires, de citoyenneté, d'honorabilité et de capacité.

Les agents concernés désirant être titularisés doivent faire acte de candidature auprès de leur collectivité dans un délai de six mois à compter de la publication de la loi.

§ 3. – *Mise en œuvre de la titularisation*

28. L'autorité territoriale jouit d'un pouvoir discrétionnaire d'intégrer les agents éligibles aux dispositifs d'intégration de la fonction publique (CE 19 octobre 1979, *Ville de Marseille*, req. 09922 : Rec. Lebon, tables, p. 784. – 3 avril 1992, *Ville de Lille et Lebrun*, req. 108157 et 108268 : Rec. Lebon, tables, p. 765. – 3 avril 1992, *Cassini*, req. 107879, Rec. Lebon, tables, p. 765).

La titularisation doit s'effectuer dans un cadre d'emploi correspondant à l'emploi occupé (CE 21 septembre 1992, *Département des Yvelines*, req. 91391. – 31 juillet 1996, *Commune de Baillif*, req. 124887).

29. Les modalités pratiques de mise en œuvre de la procédure de titularisation sont précisées par le décret du 28 septembre 2001.

En cas de *titularisation par intégration directe*, la proposition d'intégration est transmise par l'autorité territoriale aux agents pouvant bénéficier d'une telle mesure par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Elle doit comporter la mention du cadre d'emplois au titre duquel l'intégration est proposée, le niveau de diplôme requis pour accéder à ce cadre d'emplois, la date à laquelle l'intéressé a initialement été recruté, ainsi que la situation de l'agent au regard des dispositions des 1^o et 2^o de l'article 5 de la loi du 3 janvier 2001 susvisée et, le cas échéant, de l'article 5 du présent décret (article 6 du décret du 28 septembre 2001).

Les bénéficiaires de ce dispositif disposent d'un délai de 12 mois pour se prononcer sur la proposition d'intégration qui peut leur être faite par leur collectivité. À défaut, ils sont réputés refuser la proposition (article 5 du décret du 28 septembre 2001).

La *titularisation par voie des concours réservés* s'effectue selon la procédure suivante.

Le concours est ouvert par l'autorité compétente pour organiser les concours prévus par les statuts particuliers des cadres d'emplois concernés (article 8 du décret du 28 septembre 2001).

Le dossier des candidats est examiné par un jury, avec lequel les agents ont un entretien noté (article 9 du décret du 28 septembre 2001).

À l'issue du concours, le jury arrête, dans la limite des places mises en concours, une liste d'admission, transmise à l'autorité organisatrice du concours, qui établit la liste d'aptitude sur laquelle les candidats sont classés par ordre alphabétique (articles 10 et 11 du décret du 28 septembre 2001), étant précisé que cette inscription ne vaut pas recrutement, ainsi qu'il est de principe pour toute réussite au concours.

La durée de validité de la liste d'aptitude est de deux années, sans renouvellement. Tout candidat inscrit sur la liste d'aptitude peut être recruté par une autre autorité territoriale qui a demandé l'ouverture d'un poste au concours réservé (article 11 du décret du 28 septembre 2001).

§ 4. – *Les effets de la titularisation*

30. Les agents ayant bénéficié de la titularisation sont nommés et classés dans leur cadre d'emplois selon les modalités prévues pour les lauréats des concours internes dans les statuts particuliers de ces cadres, tout particulièrement s'agissant des obligations de stage et de formation initiale, lorsqu'elle existe.

Pour les cadres d'emplois qui ne prévoient pas un accès par concours interne, la nomination et le classement s'effectuent selon les modalités prévues pour les concours sur titres, concours réservés ou les recrutements sans concours prévus pour les agents de catégorie C.

Les agents titularisés doivent également effectuer un stage, dont la durée n'est, toutefois, que de la moitié de la durée légale du stage prévu pour les modes de recrutement

présentés précédemment décrits (article 3 du décret du 28 septembre 2001).

Une partie de l'ancienneté des services accomplis en qualité d'agent non titulaire est prise en compte, conformément aux règles classiques de classement dans un cadre d'emploi.

31. La titularisation emporte également des conséquences pour la collectivité.

D'une part, le décret du 28 septembre 2001 prévoit que les recrutements réalisés au titre du dispositif de résorption de l'emploi précaire sont pris en compte pour le calcul des postes susceptibles d'être proposés au titre de la promotion interne (article 4).

D'autre part, il incombe à la collectivité de présenter un bilan de la mise en œuvre des dispositifs d'intégration des agents non titulaires dans le cadre du rapport présenté annuelle au comité technique paritaire (article 18 de la loi Sapin).

§ 5. – *Le contentieux de la titularisation*

32. L'intégration des agents non titulaires est naturellement soumise au contrôle de la juridiction administrative qui a été conduite, au fil des plans de titularisation, à en préciser les règles d'application.

A. – *Nature du contrôle*

33. En principe, le juge administratif soumet les décisions prises en matière de titularisation à un contrôle restreint, notamment pour l'appréciation des mérites des candidats à l'intégration par l'autorité territoriale (CE 31 mai 1995, *Centre hospitalier de Montdidier*, req. 149542).

Ainsi, une décision prise par l'autorité territoriale portant refus de titularisation d'un agent non titulaire ayant vocation à être titularisé ne peut être utilement contestée devant le juge de l'excès de pouvoir que si elle repose sur des faits matériellement inexacts, si elle comporte une erreur manifeste d'appréciation ou une erreur de droit ou si elle est entachée de détournement de pouvoir (TA Paris 20 décembre 1990, *Pérez* : Rec. Lebon, tables, p. 826 ; CE 19 octobre 1979, *Ville de Marseille*, précité. – 3 avril 1992, *Ville de Lille et Lebrun*, précité. – 3 avril 1992, *Cassini*, précité).

En revanche, il effectue un contrôle juridictionnel entier sur les conditions d'intégration des agents non titulaires.

Ainsi en est-il pour l'appréciation effectuée par l'autorité exécutive locale de l'équivalence exigée entre l'exercice des fonctions de niveau équivalent par l'agent non titulaire candidat à la titularisation et celui des fonctions exercées dans le cadre d'emploi d'accueil et sur l'équivalence de l'emploi proposé à l'agent (CE 23 juin 1999,

Abitbol, req. 178398. – 23 juin 2004, *M. D.*, req. 253594 : AJDA 2004.1781 ; Coll. Terr. 2004, comm. 176. – CAA Bordeaux 26 mai 2005, précité).

Il existe donc deux niveaux de contrôle au sein du contentieux de l'intégration des agents non titulaire de la fonction publique.

B. – Effets de l'annulation du refus de titularisation

34. L'annulation d'une décision illégale refusant la titularisation d'un agent ne crée pas un droit à titularisation (CAA Bordeaux 24 août 2004, *Corinne X*, req. 00BX01357 : JCP A 2004. 1751, note P. Tifine). En effet, les textes subordonnent la nomination par voie de titularisation à un certain nombre de conditions parmi lesquelles celles de la création du poste et de l'inscription sur une liste d'aptitude établie par l'autorité qui détient le pouvoir de nomination. En cas d'annulation d'un refus de titularisation cette autorité est donc seulement tenue de procéder à un réexamen de la demande.

C. – Conditions de retrait d'une décision de titularisation

35. Le Conseil d'État a encadré strictement le pouvoir de retrait des décisions de nomination, considérant qu'elles constituent des décisions individuelles créatrices de droit, ne pouvant être retirée qu'à la double condition d'être entachées d'une irrégularité et dans le délai de quatre mois à compter de leur édicition, sauf demande en ce sens par l'intéressé (CE Ass. 26 octobre 2001, *M. Ternon*, req. 1972018 : Rec. Lebon, p. 497, concl. Séners ; AJDA 2001. 1034, chr. M. Guyomar et P. Collin ; Droit adm., 2001, n° 253, note I. Michallet ; LPA 2002, n° 31, note F. Chaltiel ; RDP 2002. 718, chron. C. Guettier ; RFDA 2002. 77, concl. F. Séners, note P. Delvolvé).

SECTION 2

LA PÉRENNISATION ET LE TRANSFERT DES CONTRATS.

§ 1. – La pérennisation des contrats : les contrats à durée indéterminée de droit public

36. Bibliographie. Emmanuel Aubin, Vers la généralisation du contrat à durée indéterminée ? *Gazette communes*, 18 novembre 2002, p. 90 – Jean-louis Autin, *La contractualisation de l'accès à la fonction publique*, Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal, T. 2, p. 129 – Nicole Belloubet-Frier, *De la précarité à la pérennité, le statut des agents non titulaires de l'État*, AJDA 1990. 851 – Pierre Bentolila, *Principe d'égalité entre agents publics contractuels et agents publics titulaires*, Coll. Terr. 2005.

comm. 24 ; *L'incidence de la loi du 26 juillet 2005 sur la situation des agents contractuels des collectivités territoriales*, Coll. Terr. 2005. comm. 195 ; *Projet de loi portant transposition du droit communautaire à la fonction publique : le vrai retour des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique territoriale ?* Coll. Terr. 2005. repère 6 ; *Recrutement par un contrat à durée déterminée : compatibilité de la loi du 26 janvier 1984 avec la directive 1999/70/CE du Conseil de l'Union européenne du 28 juin 1999* – Hélène Daïoglou, *Le contrat à durée déterminée renouvelé tacitement : les conséquences de la qualification*, AJFP 2004. 42. – Antoine Delblond, *CDI dans la fonction publique : la fin d'une époque ?* AJFP 2005. 113 – Laura Derridj, *Le recours aux agents non titulaires dans la fonction publique territoriale : peut-il encore exister un principe de contrat à durée déterminée ?* RFDA 2003. 126 – Anne-Laure Doussin, *Des CDI dans la fonction publique*, JCP A 2006. act. 304 – Marc Heinis, *Les critères du contrat à durée indéterminée dans la jurisprudence administrative*, Droit soc. 1994. 996 – Didier Jean-Pierre, *Premières précisions jurisprudentielles des dispositions applicables aux contrats en cours de la loi du 26 juillet 2005*, JCP A. 1085 ; *Les contrats à durée indéterminée de droit public dans la fonction publique territoriale*, JCP A. 1308 ; *La généralisation des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique par la loi du 26 juillet 2005*, JCP A. 1306 – Carole Moniolle, *La valeur juridique des protocoles d'accord dans la fonction publique*, RFDA 1999. 221 – Pauline Véron et Jacques Bazin, *Appliquer le CDI dans la fonction publique territoriale*, *Gazette communes*, 2 mai 2006, p. 52.

37. La loi statutaire a prévu que les contrats de recrutement des agents non titulaires sont conclus pour une durée fixe et limitée et de manière ponctuelle, à titre subsidiaire (article 3 de la loi 84-53, avant la modification intervenue le 26 juillet 2005). La pratique a montré cependant que ces agents étaient conduits à occuper de manière récurrente des emplois permanents, renouvelés régulièrement.

Malgré ce constat, le juge a toujours veillé à ce que les contractuels ne bénéficient pas d'un statut au sein de la fonction publique : ils n'ont ainsi pas de droit à une carrière, ou à augmentation de leur rémunération (CE 30 juin 1993, *Préfet de la Martinique*, Droit adm. 1993, n° 381. – 15 janvier 1997, *Préfet du Nord* : AJFP 1997. 43).

Toutefois, lorsque les agents étaient recrutés en violation des règles imposées par la loi (contrats verbaux et renouvellements tacites) le juge a dégagé, pendant une certaine période, l'existence de contrats à durée indéterminée, pérennisant ainsi l'existence de ces agents sur des emplois permanents : contrats verbaux et les renouvellements tacite.

Le législateur a consacré enfin de tels contrats, sans nécessité juridique sérieuse, ce qui risque d'aboutir à créer des difficultés de mise en œuvre.

A. – L'évolution du cadre juridique

1° L'évolution du cadre légal

a) Les lois du 13 juillet 1983 et 26 janvier 1984 : la durée nécessairement déterminée des contrats

38. Le recrutement des agents non titulaires dans la fonction publique territoriale, plus encore que dans les autres fonctions publiques s'est, semble-t-il, multiplié régulièrement malgré les dispositions de l'article 3 de la loi du 26 janvier 1984.

Il était à l'origine prévu que le recrutement des agents contractuels ne pourrait être effectué que dans deux hypothèses, liées d'une part au remplacement d'agents indisponibles ou pour faire face temporairement et pour une durée d'une année au maximum, à la vacance d'un emploi, d'autre part en cas de survenance d'un besoin occasionnel ou saisonnier, pour une durée limitée à 6 mois.

La loi 87-529 du 13 juillet 1987 a ajouté d'autres hypothèses de recours à des agents non titulaires, à l'instar de la fonction publique d'État.

Ainsi pouvaient être pourvus des emplois permanents des collectivités locales et de leurs établissements publics par des agents contractuels, pour une durée pouvant aller jusqu'à trois années.

Au surplus, ces contrats pouvaient légalement être reconduits, sans limitation de durée.

Ce faisant, des agents non titulaires ont pu longuement occuper des emplois de la fonction publique territoriale légalement dévolus aux fonctionnaires, sans bénéficier des droits liés au statut, et surtout en demeurant dans une situation de grande précarité, puisqu'ils devaient régulièrement être reconduits dans leur emploi.

39. Les agents contractuels sont, par nature, placés dans une situation précaire, d'autant plus que les contrats à durée indéterminée ont longtemps été prohibés.

À ce titre, ils n'ont aucun droit au renouvellement de leur contrat (CE 5 septembre 1990, *Walmsley* : Rec. Lebon, tables p. 850).

Ce principe est rappelé très régulièrement par le juge administratif (CAA Bordeaux 23 mai 2002, *Madame Morandière*, req. 98BX00749. – CAA Paris 3 juillet 2003, *M. Roberty c. Commune de Gennevilliers*, req. 99PA02345).

Pourtant, certains d'entre eux étaient recrutés dans des conditions de fond et de forme qui ne respectaient pas la loi.

Aussi, dans de telles conditions, s'alignant sur la législation du travail, les juges administratifs admettaient-ils la transformation de certains contrats de ces agents non titulaires en contrats à durée indéterminée.

b) Les dérogations législatives particulières à la règle de durée déterminée des contrats

40. Le législateur et le pouvoir réglementaire ont ponctuellement et pour des cas limités, ouverts la possibilité de recrutement d'agents contractuels pour une durée indéterminée.

Peuvent être cités à ce titre :

– l'article 3 du décret 86-83 du 17 janvier 1986 qui offre la possibilité de recruter par contrat à durée indéterminée les agents non titulaires engagés pour occuper des fonctions impliquant un service à temps incomplet en vertu du premier alinéa de l'article 6 de la loi du 11 janvier 1984 ;

– la loi 2000-321 du 12 avril 2000 en ses dispositions relatives aux « Berkaniens » (articles 34 et 35-1) ;

– l'article 3 de la loi 2002-6 du 4 janvier 2002 relative à la création d'établissements publics de coopération culturelle (EPCC), qui prévoit que les agents employés par une personne morale de droit privé créée avant la date de promulgation de la loi et dont la dissolution résulte du transfert intégral de son objet et de ses moyens à un EPCC à caractère administratif peuvent bénéficier des stipulations de leur contrat précédent, lorsqu'elles ne dérogent pas aux lois et règlements relatifs à la fonction publique, la compatibilité avec ces règles ne concernant pas la durée ;

– l'article 20 de la loi du 26 juillet 2005 en ses dispositions relatives à la reprise du personnel à l'occasion du transfert d'une activité économique (v. ci-dessous nos 56 et s.).

2° Les évolutions de la jurisprudence

41. La jurisprudence a beaucoup fluctué, pendant une certaine période, sur la question des contrats à durée indéterminée des agents non titulaires.

Dans un premier temps, le Conseil d'État a considéré que les modalités de recours à des agents non titulaires pouvaient avoir pour effet de conférer au contrat le caractère d'un engagement à durée indéterminée, notamment lorsque le contrat ne comportait pas de terme certain fixé avec précision (CE 14 novembre 1980, *Mme Guilley*, req. 12322) ou était conclu verbalement, en l'absence d'écrit (CE 7 février 1990, *Commune de Joué-lès-Tours*, req. 99664. – 23 décembre 1994, *Hôpital rural de Sainte-Maure-de-Touraine*, req. 151631. – 17 janvier 1996, *Mme Thoury* : Rec. Lebon, tables, p. 995)

La haute juridiction administrative jugeait encore que, par le jeu de la clause de renouvellement tacite introduite

dans les contrats, la reconduction avait pour effet de transformer le contrat initialement conclu à durée déterminée en un contrat à durée indéterminée, nonobstant l'illégalité de telles clauses (CE 10 juin 1983, *Ville de Béziers*, req. 36837 ; 20 juin 1997, *M. Feigelson*, req. 99595 ; 20 mai 1998, *Ramen*, req. 168488 : RGCT 1999. 275, note D. Garreau).

Certaines juridictions ont même étendu cette solution au seul renouvellement tacite du contrat, en l'absence de toute clause de reconduction tacite (CAA Bordeaux 12 décembre 1995, *Mlle Coudert*, req. 94BX00032, *M. Vaillant*, req. 94BX00033, *M. Hérédia*, req. 94BX00031. – CAA Marseille 12 février 1998, *Commune de la Grande Motte*, req. 96MA11486).

Du fait de ces jurisprudences, nombre d'agents non titulaires ont été employés sous des contrats de droit public à durée indéterminée, alors pourtant que la loi en prohibait la possibilité.

42. Dans un deuxième temps, le Conseil d'État est revenu sur son analyse antérieure pour considérer que le contrat ne peut avoir qu'une durée déterminée. Le maintien en fonction n'a donc pas pour effet de donner naissance à un contrat à durée indéterminée, mais doit s'analyser comme une reconduction tacite du précédent conclu pour une durée identique au premier (CE Sect. 27 octobre 1999, *M. Bayeux*, req. 178412 : Rec. Lebon, p. 335 ; Droit adm., 1999, n° 306 ; Gazette communes, 13 novembre 1999, p. 64 ; RFDA 1999, p. 1289 ; RDP 2000, p. 362, chron. C. Guettier. – CE 23 mai 2001, *M. Michel*, req. 199152 : AJFP 2001-6, p. 53. – CAA Bordeaux 5 février 2004, *ENAC*, req. 02BX00906. – 21 juin 2004, *Mlle Marie-Angé X.*, req. 00BX01869).

Le commissaire du gouvernement Stahl avait exposé que si le contrat à durée indéterminée est la règle en droit du travail, et le contrat à durée déterminée l'exception, qu'en droit public le contrat à durée indéterminée est en principe exclu par la règle selon laquelle les emplois permanents des administrations doivent être occupés par des fonctionnaires titulaires. Il indiquait surtout qu'admettre qu'une irrégularité lors de la conclusion ou du renouvellement du contrat des agents avait pour effet de donner naissance à un contrat à durée indéterminée, permettait certes de protéger les agents concernés, mais aboutissait à rechercher dans l'illégalité (conclusions sur CE 27 octobre 1999, précité).

43. Cette solution de principe a été étendue ensuite aux contrats verbaux. Il a ainsi été jugé que la conclusion de contrat verbaux ne peut avoir pour effet de leur conférer une durée indéterminée (CE 29 décembre 2004, *Commune de Puimisson*, req. 256057. – pour une décision contraire très critiquée, v. CAA Marseille 22 février 2005,

Angélique Xc. Commune de Rogliano, req. 03MA00640 : JCP A 2005, comm. 1230, note D. Jean-Pierre).

Alors que la jurisprudence effectuait ainsi un retour à une application stricte de la prohibition des contrats à durée indéterminée, le législateur, à l'occasion de la transposition du droit communautaire et dans un but de « lutte contre la précarité » (chapitre III, articles 12 à 22 de la loi 2005-843 du 26 juillet 2005), a consacré l'existence de ces contrats dans les trois fonctions publiques.

3° Le droit communautaire

a) Exposé de la directive du 28 juin 1999

44. Pour prévenir les abus dus à un recours excessif aux contrats à durée déterminée, les partenaires sociaux européens ont conclu un accord-cadre CES, Unice et CEEP sur le travail à durée déterminée. Cet accord pose le principe selon lequel les contrats à durée indéterminée doivent rester la forme générale des relations d'emploi entre les employeurs et travailleurs, et le recours aux contrats à durée déterminée demeurer limité.

Les termes de cet accord ont été repris par la directive 1999/70/CE du 28 juin 1999, fixant le délai de transposition au 10 juillet 2001 (pouvant être prolongé au 10 juillet 2002 en cas de difficultés particulières), qui impose aux États membres de la Communauté européenne de prendre trois séries de mesures :

- déterminer des raisons objectives justifiant le recours aux contrats à durée déterminée ;
- fixer une durée maximale totale en cas de contrats à durée déterminée successifs ;
- limiter le nombre des renouvellements de tels contrats.

La directive prescrit également aux États de déterminer à partir de quelle circonstance les contrats à durée déterminée sont considérés comme successifs et les cas dans lesquels ils sont réputés conclus à durée indéterminée. La CJCE a été conduite à préciser sa jurisprudence sur les contrats à durée déterminée dans le secteur public.

La juridiction européenne a jugé que le droit communautaire ne s'oppose pas à l'interdiction de la requalification des contrats à durée indéterminée, dès lors que la législation interne prévoit des sanctions à l'abus des contrats à durée déterminée. S'agissant ainsi de la législation italienne, la CJCE a relevé que la réglementation était « à première vue » satisfaisante au regard de ces exigences (CJCE 7 septembre 2006, *Cristiano Marrosu, Gianluca Sardino*, aff. n° C-53/04 et *Andréa Vassalo*, aff. C-180/04 : AJDA 2006. 1630). Selon le juge communautaire, l'accord-cadre n'édicte pas d'obligation générale pour les États Membres, de prévoir la transformation en CDI des contrats à durée déterminée, pas plus qu'il ne prescrit les conditions précises auxquelles il peut

être fait usage de ces derniers. Il impose toutefois aux états d'adopter au moins l'une des mesures énumérées à la clause 5.1, sous a) et b) de l'accord-cadre, lesquelles sont destinées à prévenir de manière efficace l'utilisation abusive de contrats ou de relations de travail à durée déterminée successifs.

b) *Une transposition nécessaire ?*

45. La doctrine est quasi unanime pour considérer, à la suite du Conseil d'État (Rapport public 2003, *Perspectives pour la fonction publique*, Doc. Fr., EDCE n° 54, 2003, p. 289) que la directive n'imposait aucune modification du droit interne (Marcel Pochard, *Le grand retour des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique*, AJDA 2005. 401), dès lors que le cadre législatif de la fonction publique permettait de limiter de manière satisfaisante le recours aux contrats à durée déterminée, qui demeure un mode dérogatoire de recrutement. Il a pu ainsi être considéré que la directive était un « alibi puissant » du gouvernement pour introduire les contrats à durée indéterminée dans la fonction publique (Didier Jean-Pierre, *La généralisation des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique par la loi du 26 juillet 2005*, JCP A. 1306).

Le juge administratif avait, quant à lui, constaté à plusieurs reprises l'absence d'incompatibilité entre les dispositions de la loi statutaire qui a limité strictement le recours aux agents non titulaires pour une durée déterminée et la directive invoquée (TA Melun 7 décembre 2004, *Mme Lafarge c. Commune de Vincennes*, req. 02411160 : AJFP 2005. 217, concl. David Salvi ; CAA Nancy 2 juin 2005, *Commune de Forbach*, req. 03NC00959 : Coll. Terr. 2005, comm. 157).

Aucune mesure de transposition ne s'imposait donc à la France pour assurer l'effectivité de la directive.

Néanmoins, le législateur a, sur ce fondement, introduit la faculté pour les administrations de conclure des contrats à durée indéterminée avec leurs agents non titulaires, au nom de « la lutte contre la précarité » (chapitre III de la loi du 26 juillet 2005 ; v. Rapport n° 251 de la commission des lois au Sénat, 16 mars 2005, p. 60). L'introduction de ces nouveaux contrats à durée indéterminée demeure toutefois limitée et ne devrait pas évoluer ultérieurement (Rép. min. n° 72341, JOAN 3 janvier 2006, p. 95).

La CJCE a apporté des précisions importantes dans un arrêt ELOG quant à l'interprétation de la directive 1999/70 (CJCE, 4 juillet 2006, *Konstantinos Adeneler et autres contre Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, aff. C-212/04, JCP soc. n° 28, 11 juillet 2006, act. 282).

En premier lieu, la CJCE a précisé le champ d'application de la directive, considérant que la directive et l'accord-cadre ont vocation à s'appliquer aux contrats et relations de travail à durée déterminée conclus avec les administrations et autres entités du secteur public.

En deuxième lieu, la juridiction communautaire a posé que l'objet de l'accord-cadre consiste à encadrer le recours successif aux contrats et relations de travail à durée déterminée, considérés comme une source potentielle d'abus au détriment des travailleurs, en prévoyant un certain nombre de dispositions protectrices minimales destinées à éviter la précarisation de la situation des salariés.

C'est pourquoi le législateur communautaire a exigé que le recours au CDD soit justifié par des « raisons objectives ». Pour la CJCE, cette notion doit être entendue comme visant des circonstances précises et concrètes caractérisant une activité déterminée et, partant, de nature à justifier dans ce contexte particulier l'utilisation de contrats de travail à durée déterminée successifs. Elle a ainsi considéré que constituent des raisons objectives au sens de la directive notamment le recrutement en CDD de personnel pour accomplir des tâches d'une nature particulière ou dont les caractéristiques inhérentes à celles-ci ou encore, que la poursuite d'un objectif légitime de politique sociale d'un État Membre peut justifier le recours à un CDD.

Enfin, la CJCE a considéré que le fait d'admettre qu'une disposition nationale puisse, de plein droit et sans autre précision, justifier des CDD successifs reviendrait à méconnaître la finalité de l'accord-cadre, qui est de protéger les travailleurs contre l'instabilité de l'emploi, et à vider de sa substance le principe selon lequel les contrats à durée indéterminée constituent la forme générale des relations de travail.

B. – *Consécration de l'évolution : la loi du 26 juillet 2005*

46. La loi 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique prévoit des mesures pour son ouverture aux ressortissants communautaires. Elle prévoit également des mesures de lutte contre les discriminations.

De plus, elle vise à réduire l'emploi précaire en limitant le recours aux CDD, par exemple par une réduction de leur durée maximale. Enfin, elle permet la transformation de CDD en CDI à certaines conditions d'âge, d'emploi et de durée du contrat.

1° *De nouvelles règles et la création légale des CDI de droit public*

47. La loi du 26 juillet 2005 modifie l'article 3 de la loi du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale énumérant les cas

de recours aux agents non titulaires par les collectivités locales et leurs établissements publics, et crée un dispositif transitoire qui vise à régler les situations des agents contractuels en fonction à la date de publication de la loi.

48. Le nouvel article 3, issu de l'article 14 de la loi du 26 juillet 2005, prévoit que les agents recrutés par dérogation sur des emplois permanents peuvent être engagés par des contrats d'une durée indéterminée ou déterminée.

Dans l'hypothèse de contrats à durée déterminée, ceux-ci sont d'une durée maximale de trois ans, et ne peuvent être renouvelés que par décision expresse, la durée totale des contrats successifs ne pouvant excéder six ans.

Si au terme des six années la collectivité ou l'établissement local souhaite prolonger l'engagement qui la lie à l'agent, elle ne pourra le faire, par décision expresse, que par le biais d'un contrat à durée indéterminée.

2° Un dispositif transitoire pour les agents en fonction

49. La loi a organisé un dispositif transitoire pour les agents en fonction à la date de l'entrée en vigueur de la loi.

En premier lieu, elle a prévu que lorsque l'agent, recruté sur un emploi permanent, est en fonction à la date de publication de la loi ou bénéficie, à cette date, d'un congé en application des dispositions du décret mentionné à l'article 136 de la loi 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, le renouvellement de son contrat est soumis aux conditions prévues aux septième et huitième alinéas de l'article 3 de la même loi, à savoir renouvellement exprès sans excéder 6 années au total. Au-delà, le renouvellement est nécessairement conclu à durée indéterminée.

Lorsque, à la date de publication de la loi du 26 juillet 2005, l'agent est en fonction depuis six ans au moins, de manière continue, son contrat ne peut, à son terme, être reconduit que par décision expresse pour une durée indéterminée (article 15, I de la loi précitée).

50. En deuxième lieu, le législateur a entendu préserver les agents les plus âgés, afin d'éviter qu'il soit mis un terme à leur contrat et qu'ils ne retrouvent plus d'emploi à raison de leur âge. Il a ainsi organisé une protection particulière pour les personnels non titulaires dont le contrat est transformé en CDI lorsque les agents remplissent les conditions cumulatives suivantes à la date de publication de la loi ou au plus tard au terme de leur contrat en cours (article 15, II de la loi du 26 juillet 2005) :

- être âgés d'au moins cinquante ans (article 15, II, 1°) ;
- être en fonction ou bénéficiaire d'un congé en application des dispositions du décret mentionné à l'article 136 de la loi 84-53 du 26 janvier 1984 précitée (article 15 II 2°) ;

– justifier d'une durée de services effectifs au moins égale à six ans au cours des huit dernières années (article 15 II 3°). Le juge des référés du tribunal administratif de Nantes a considéré que les services effectifs visés au 4° de ce texte peuvent avoir été accomplis auprès de plusieurs collectivités ou établissements (TA Nantes ord. 3 novembre 2005, req. 054 949 : Lettre du cadre 1^{er} mars 2006). Il n'est donc pas nécessaire, selon cette décision, que l'agent ait accompli les six années exigées par le texte au sein de la seule collectivité qui l'emploie à la date du 1^{er} juin 2004 ou de la fin de son contrat ;

– occuper un emploi en application des quatrième, cinquième ou sixième alinéas de l'article 3 de la loi 84-53 du 26 janvier 1984 précitée dans une collectivité ou un établissement mentionné à l'article 2 de la même loi (article 15 II 4°). Ces dispositions visent les cas où est occupé un emploi permanent de catégorie A à raison des besoins du service ou de la nature des fonctions, ou occuper un emploi pour lequel il n'existe pas de cadre d'emploi de fonctionnaires correspondant ou encore, un emploi à temps non complet dans une commune ou un groupement de communes de moins de 1 000 habitants.

C. – Conséquences de la loi du 26 juillet 2005

1° Mise en œuvre de la loi

51. L'innovation principale et marquante de la loi est d'avoir introduit des CDI pour des agents contractuels de droit public. Elle n'a toutefois pas remis en cause les autres conditions de recrutement et d'emploi de ces agents.

52. En premier lieu, le législateur n'est pas revenu sur l'absence de droit au renouvellement des contrats des non titulaires. Aussi, tous les contrats à durée déterminée ne sont pas, au terme de six années d'emploi, transformés automatiquement en contrat à durée indéterminée.

L'établissement d'un contrat à durée indéterminée à l'issue de six ans d'activité en CDD n'est donc pas de droit. La relation de travail peut cesser après ces six années.

53. En deuxième lieu, si le dispositif prévoit que, lorsqu'à l'issue de six ans de CDD il est décidé de reconduire la relation de travail, celle-ci ne peut avoir lieu que dans le cadre d'un CDI. Ne sont concernées que les hypothèses permettant aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics de recruter des agents contractuels sur des emplois permanents dans les cas limitativement énumérés aux alinéas 4, 5 et 6 de l'article 3 de la loi du 26 janvier 1984.

Sur ce point, les conditions de recrutement demeurent inchangées.

Bien plus, le dispositif législatif exclut du bénéfice des CDI les cas de recours à des contractuels qui, compte tenu du caractère nécessairement temporaire de l'emploi, répondent à un besoin occasionnel ou saisonnier, ainsi que ceux dont le recrutement est temporaire, pour faire face, pour une durée maximale d'une année, à la vacance d'un emploi.

2° *Difficultés d'application*

a) *La conclusion du CDI*

54. L'article 15 de la loi du 26 juillet 2005 dispose que les contrats à durée déterminée répondant aux conditions prescrites sont transformés en CDI. Il y a lieu de se demander si cette « transformation » nécessite un acte positif de l'administration ou si, appliquée de plein droit, elle s'impose sans autre forme d'obligation.

Le texte n'ayant pas subordonné cette transformation à une condition, il semble qu'elle agit de plein droit. En d'autres termes, il ne serait nul besoin que la collectivité et l'agent opèrent contractuellement ce changement de la durée du contrat pour que celui-ci produise tous ses effets. Au demeurant, même à supposer que les parties doivent modifier la durée du contrat, la rédaction de la loi permet de considérer que la collectivité est en état de compétence liée.

À l'occasion du renouvellement du contrat, on peut se demander si des modifications sont susceptibles d'être apportées à ce dernier et dans quelles conditions elles pourraient faire obstacle à la conclusion d'un CDI. En d'autres termes, la question se pose de déterminer si la conclusion d'un CDI en application des dispositions nouvelles de l'article 3 de la loi 84-53 du 26 janvier 1984 (dispositions modifiées par l'article 14 de la loi 2005-843 du 26 juillet 2005) serait subordonnée au renouvellement à l'identique des contrats précédents.

Une réponse affirmative relèverait d'une définition restrictive de la notion de reconduction, selon laquelle la reconduction d'un contrat entraîne l'application à l'identique des clauses du contrat précédent.

Pourtant, il est de jurisprudence que ce n'est que la reconduction tacite qui entraîne l'application d'un nouveau contrat selon les termes du premier. S'agissant des contrats des agents non titulaires de la fonction publique, la Section du contentieux du Conseil d'État a jugé en ce sens (27 octobre 1999, *Bayeux*, précité). Cette décision est traditionnelle (CE 25 mai 1951, *Doubrouckess* : Rec. Lebon, p. 291. – 23 mai 1979, *Commune de Fontenay-le-Fleury* : Rec. Lebon, p. 226. – Sect. 22 mars 1996, *Association de gestion des écoles Saint Martin* : Rec. Lebon, p. 92, concl. L. Touvet).

Le renouvellement exprès d'un contrat n'exclut pas, à l'inverse, la modification de certaines clauses.

Au demeurant, le législateur a employé indifféremment les notions de reconduction et de renouvellement dans l'article 14 de la loi du 26 juillet 2005, démontrant qu'il n'entend pas les distinguer de manière rigoureuse, mais les considère comme synonymes.

Par conséquent, il n'est pas acquis que la loi ait exclu la possibilité de modifier le contrat lors de sa reconduction expresse.

b) *Évolutions du contrat*

55. Durant l'exécution du CDI, des évolutions peuvent s'avérer indispensables au service. Pourtant, ni la loi ni les règlements n'ont prévu de telles modifications.

Ainsi, nulle évolution de carrière n'est envisagée par les textes, nulle augmentation de la rémunération n'est organisée (à l'exception de l'évolution indiciaire servant de référence à la rémunération contractuellement prévue), les droits sociaux de ces agents ne sont pas prévus et leur mobilité externe et interne n'est pas envisagée.

Jusqu'alors, l'absence de tels droits était logiquement fondée, selon le juge administratif, sur la situation par nature précaire des agents non titulaires (CE 30 juin 1993, *Préfet de la Martinique c. Comme de Sainte maire et commune du Robert* : Rec. Lebon, tables, p. 629 ; Droit adm. 1993, comm. 381). De même, le juge considère que toute modification substantielle de la rémunération ou des conditions d'emploi a pour effet de donner naissance à un nouveau contrat (CE 25 novembre 1998, *Préfet de Corse c. Cianfarini*, req. 151067).

Ces solutions ne sont plus satisfaisantes en droit, ni adaptées en fait. À défaut de prévoir les conditions d'une évolution de ces agents en CDI, ces derniers seraient figés dans la stabilité.

Il semble que les pouvoirs publics aient pris conscience de cette situation.

Ainsi, le ministre de la Fonction publique a récemment annoncé que dans le cadre d'un protocole d'accord signé le 25 janvier 2006 avec des organisations syndicales de la fonction publique, des textes réglementaires concernant ces personnels devraient être soumis aux conseils supérieurs des trois fonctions publiques au mois de juillet 2006. Ils auraient notamment pour objet d'améliorer la protection sociale de ces agents, d'introduire un dispositif d'évaluation et de rendre possible leur mobilité (courrier du ministre de la Fonction publique du 30 mars 2006 au président de l'Assemblée des départements de France).

Interrogé par un parlementaire sur la faculté de faire progresser la rémunération des agents contractuels des

collectivités territoriales dont le contrat initial a été transformé en CDI en application de la loi du 26 juillet 2005, le ministre de la Fonction publique a répondu que cette transformation n'implique pas la mise en œuvre à l'adresse des agents en CDI d'un déroulement automatique de carrière à l'instar de celui existant pour les fonctionnaires.

En effet, l'agent non titulaire reconduit pour une durée indéterminée ne voit son contrat modifié que dans la durée de sa relation contractuelle qui le lie à l'administration. Ni sa fonction ni son mode de rémunération ne sont modifiés. À cet égard, le ministre a rappelé que l'avis du Conseil d'État du 30 janvier 1997 aux termes duquel « aucun principe général du droit imposant de faire bénéficier les agents non titulaires de règles équivalentes à celles applicables aux fonctionnaires » reste pertinent. Au surplus, selon le ministre, dans ce même avis, « la haute assemblée a rappelé qu'aucun principe n'impose au gouvernement de fixer, par voie réglementaire, toutes les conditions de rémunération d'agents contractuels ainsi que les règles d'évolution de ces rémunérations ». Aussi, le ministre a engagé des négociations avec les organisations syndicales pour permettre l'amélioration de la protection sociale des agents non titulaires, notamment en CDI, ainsi que l'évolution de leur rémunération (Rép. min. n° 84 109, JOAN 28 mars 2006, p. 3423 ; idem Rép. min., JOAN 4 juillet 2006, p. 7043).

De même, le ministre délégué aux Collectivités territoriales, interrogé sur les modalités de transformation d'un CDD en CDI, a rappelé que les agents non titulaires bénéficient systématiquement de l'augmentation de la valeur du point, mais ne peuvent se prévaloir du système de carrière, exclusivement réservé aux fonctionnaires. Selon lui toutefois, l'autorité territoriale peut décider d'augmenter le traitement d'un agent contractuel, dès lors que celle-ci reste dans des proportions raisonnables et est effectuée au moyen d'un avenant au contrat initial, motivé par le changement de l'un des critères de rémunération (accroissement des qualifications professionnelles de l'agent ou responsabilités plus importantes) (Rép. min. n° 21 953, JO Sénat 25 mai 2006, p. 1450).

§ 2. – *Le transfert des contrats dans le cadre de la réintégration de services publics locaux*

56. Bibliographie. Philippe Collière, *Situation des personnels des associations reprises en régie par une collectivité territoriale*, AJDA 2006. 1018 ; Yvon Coudray et Layla Assouline, *Licenciement des agents contractuels : quelle place pour la négociation ?*, ACCP n° 56, juin 2006, p. 56.- Laura Derridj, *L'application de l'article L. 122-12 du code du travail à la reprise des personnels de droit privé*, AJFP 2004, 120 ; *Code du travail : reprise en régie du personnel d'une association*, Gazette des communes 2004, n° 1765, p. 82 – Hubert François et Frédéric Georges, *L'impact de la transformation des*

modes de gestion des services publics locaux sur la situation des agents, JCP A 2004. 1729 – Emmanuel Glaser, *À propos des conséquences de l'article L. 122-12 du code du travail*, Droit adm. 2005, comm. 20 – Laurent Gravier, *Application volontaire d'une obligation de reprise de salariés découlant des clauses contractuelles d'un marché public*, AJCP 2001. 46 – Didier Jean-Pierre, *L'article L. 122-12 du code du travail et le droit de la fonction publique : quand l'incompréhensible se conjugue à l'inapplicable*, JCP A 2004. 1788 – Claire Landais et Frédéric Lénica, *Les effets sur les contrats de travail de la reprise d'une activité sous forme d'un service public à caractère administratif*, AJDA 2004. 2153 – Sophie Macaire, *Reprise en régie d'un service public administratif et article L. 122-12 du code du travail (À propos de l'arrêt du Tribunal des conflits du 19 janvier 2004)*, Gaz. Pal. 8-10 août 2004, p. 32 – Jean-Grégoire Mahinga, *Transfert d'entreprise du secteur privé au secteur public (Une nouvelle interprétation de l'article L. 122-12, alinéa 2 du code du travail)*, LPA 2003, n° 44, p. 13 – Julien Martin, *À propos du maintien des contrats de reprise en régie d'un service public*, AJDA 2003. 168 – Placide Moudounou, *Service public et changement d'employeur*, AJDA 1996. 339 – Gilles Pélissier, *La nature juridique du contrat de travail transféré en application de l'article L. 122-12 du code du travail*, Coll. Terr. 2005. comm. 44 – Serge Pugeault, *L'application de l'article L. 122-12 du code du travail aux services publics administratifs*, AJDA 2002. 695 – Laurent Richer, *Délégation de service public, reprise du personnel et libre concurrence*, Contrats Publics 2003. 71 – Marie-Christine Rouault, *De l'application de l'article L. 122-12 du code du travail en cas de transfert d'une entité économique d'une personne privée à une personne publique*, JCP A 2004. 1238 – Philippe Rousselin – Jaboulay et Brigitte Clavagnier, *Le sort du personnel salarié transféré*, Juris-associations 2005, n° 329, p. 18 – Éric Sagalovitsch, *Les obligations de reprise du personnel dans le droit des marchés publics et des délégations de service public*, BJDPC 2002. 174 – Yves Saint-Jours, *Les personnels non statutaires des services administratifs soumis au droit privé*, D. 2000. chron. 47. – Pierre Subra de Bieusses, *Droit de la concurrence et droit du travail : à propos de l'arrêt du Conseil d'État du 30 avril 2003*, Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement, AJDA 2003. 1849 – Antony Taillefait, *Maintien des contrats de travail en cas de reprise en régie d'un service public*, JCP A 2005. 1094

57. Le principe de libre administration des collectivités territoriales se traduit par le choix laissé à ces dernières de déterminer le mode de gestion de leurs services publics (CE 18 mars 1988, *Loupias* : Rec. Lebon,

p. 975. – 28 juin 1989, *Syndicat du personnel des industries électriques et gazières du centre de Grenoble*, RFDA 1989. 929. – 10 janvier 1992, *Association des usagers de l'eau de Peyreleau*, Rec. Lebon, p. 13). V. ci-avant, p. 6130-1, *Le choix du mode de gestion du service public local*.

Elles peuvent ainsi décider d'en assumer elles-mêmes la responsabilité ou de la confier à un tiers, notamment une personne privée.

Dans cette seconde hypothèse, il est toujours possible à la personne publique de revenir sur son choix de gestion du service pour le reprendre en régie.

Se pose alors la question du sort du personnel affecté au fonctionnement du service.

En effet, l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail dispose que « S'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ».

Or le personnel affecté à un service public géré par une structure privée relève du droit du travail, qui pose en principe que le contrat à durée indéterminée constitue le contrat de droit commun (art. L. 122-5 C. trav.), alors que les contractuels de droit public ne peuvent être recrutés que pour une durée déterminée (art. 3 loi 84-53 du 26 janvier 1984).

Le transfert des contrats de travail conclus par la structure de droit privé à la collectivité reprenant son service en régie risque donc, le plus souvent, de se heurter à une incompatibilité entre les règles du Code du travail et celles régissant le recours aux agents contractuels dans la fonction publique territoriale, notamment en ce qui concerne la durée de ces contrats.

Des réponses différentes ont été apportées à cette difficulté au fil des évolutions de la jurisprudence et de la législation.

A. – *L'évolution du cadre juridique*

58. L'application des dispositions de l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail aux changements de mode de gestion des services publics locaux a connu des évolutions tant jurisprudentielles que législatives.

Ainsi, dans un premier temps, la jurisprudence n'a reconnu cette application qu'au cas de transfert d'un service public de nature industrielle et commerciale.

Plusieurs textes législatifs ont toutefois, de manière ponctuelle et limitée, permis le transfert des contrats de

travail conclus par une structure de droit privé à une collectivité territoriale dans le cadre de la reprise d'un service public administratif.

Sous l'influence du juge communautaire, la jurisprudence nationale, tant administrative que judiciaire, a, récemment, rompu en cela avec sa position antérieure, considéré que les dispositions de l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail étaient applicables à la reprise en régie de tels services.

Les conditions et conséquences de cette reprise demeuraient toutefois incertaines.

C'est pourquoi le législateur est intervenu, par la loi du 26 juillet 2005, pour apporter les précisions et éclaircissements nécessaires.

La loi précitée laisse cependant demeurer certaines interrogations.

1° *L'évolution jurisprudentielle*

59. L'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail pose le principe du maintien des contrats de travail en cas de succession d'employeurs dans le cadre d'une transmission d'entreprise.

Ce principe ne s'applique en revanche pas en cas de cessation d'entreprise, l'article L. 122-12 alinéa 1^{er} ne mettant, dans une telle hypothèse, qu'un nombre réduit d'obligations à la charge de l'employeur (respect du délai-congé et versement de l'indemnité de licenciement, sauf cas de force majeure).

Pendant longtemps, la jurisprudence a considéré que la réintégration par une collectivité d'un service public local n'emportait cession d'entreprise au sens de l'article L. 122-12 alinéa 2 que si ce service revêtait un caractère industriel et commercial.

En cas de reprise d'un service à caractère administratif elle jugeait, en revanche, qu'il n'y avait pas cession mais cessation d'entreprise, emportant non-maintien mais rupture des contrats de travail en cours.

Cette exclusion de la réintégration des services publics à caractère administratif du champ d'application des dispositions de l'article L. 122-12 alinéa 2 a été dernièrement remise en cause sous l'influence de la jurisprudence européenne.

Les modalités de mise en œuvre du principe de maintien des contrats de travail dans le cadre de la reprise d'un tel service ont donné lieu à des hésitations de la jurisprudence nationale, liées aux problèmes de compatibilité des dispositions des contrats de travail maintenus avec les règles régissant les agents non titulaires des collectivités territoriales.

a) *La jurisprudence ancienne : l'exclusion de principe de la reprise des services publics administratifs du champ d'application de l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail*

60. Dans son état antérieur, la jurisprudence considérait que la reprise d'une activité par une personne publique sous la forme d'un service public à caractère administratif n'emportait pas continuation de la même entreprise mais cessation de celle-ci (Cass. soc. 7 février 1980, *Andrieu et autres*, n° 78-41.168, Bull. civ. V, n° 115. – 24 octobre 1989, *Clinique de Nouméa*, n° 84-44.751 : Bull. civ. V, n° 603).

Les dispositions de l'article L. 122-12 alinéa 2 étaient également jugées inapplicables dans le cas de la reprise d'une activité antérieurement gérée par un établissement public à caractère administratif par un établissement public à caractère industriel et commercial, les salariés étant liés à ce dernier par un nouveau contrat (Cass. soc. 4 juillet 1990, *Athane*, n° 85-44.260 : Bull. civ. V, n° 609).

Une solution identique était retenue en cas de disparition d'un service public administratif et de sa reprise de son activité par un organisme de droit privé, celle-ci n'entraînant pas le transfert d'une activité économique conservant son identité (Cass. soc. 1^{er} décembre 1993, *Association Opéra de Lille*, n° 91-41.602 : Bull. civ. V, n° 295 ; JCP E 1993. II. 550, note P. Pochet ; JCP 1994. 22230, note Yves Saint-Jours ; RJS 1994. 27, n° 6, concl. Chauvy).

61. En revanche, dans le cadre de la reprise d'un service public à caractère industriel et commercial, la jurisprudence considérait que les contrats de travail étaient transférés en application de l'article L. 122-12 alinéa 2 (Cass. soc. 6 décembre 1995, *Régie municipale d'exploitation des Thermes*, n° 94-43-843 ; TC 15 mars 1999, *Faulcon*, n° 03097 : Rec. Lebon, p. 442 ; JCP 1999. IV. 2198, note M.-C. Rouault, *Droit social* 1999. 673, note Sainte-Rose).

Il en était de même dans l'hypothèse de la reprise d'un service public administratif lorsque l'entité qui poursuit l'activité est une personne morale de droit privé, même investie d'une mission de service public (Cass. soc. 2 mars 1999, *SAFER de la Corse*, n° 97-40.444).

62. La jurisprudence faisait ainsi clairement dépendre l'application des dispositions de l'article L. 122-12 alinéa 2 du caractère, administratif ou industriel et commercial, du service réintégré (Cass. soc. 2 octobre 1985, *Ville de Vierzon*, n° 84-40-178, Bull. civ. V, n° 429 ; 8 novembre 1978, *Lelieur*, n° 77-40.896 : Bull. civ., n° 743).

Dans ce cadre, le juge était amené à déterminer le caractère du service, en faisant application des critères traditionnels de distinction posés par la jurisprudence *Union*

syndicale des industries aéronautiques (CE 16 novembre 1956 : Rec. Lebon, p. 434 ; pour une application de ces critères, Cass. soc., 6 décembre 1995, *Régie municipale d'exploitation des Thermes*, précité. – 10 juillet 1995, *Lazareff*, n° 94-40.608).

Il lui appartenait à cet égard de rechercher si la reprise en régie directe du service public avait entraîné, compte tenu de l'objet de ce dernier, de l'origine de ses ressources et des modalités de son fonctionnement, la création ou le maintien d'un service public à caractère administratif (Cass. soc. 7 octobre 1992, *Commune de Soulac*, n° 89-45.712 : Bull. civ. V, n° 499 ; JCP E 1992. II. 21973, note Philippe Waquet).

La décision des juges du fond de faire application des dispositions de l'article L. 122-12 alinéa 2 sans effectuer cette recherche était considérée comme dépourvue de base légale et encourrait, par suite, la cassation (Cass. soc. 7 octobre 1992, *Commune de Soulac*, précité ; Cass. soc. 2 octobre 1985, *Ville de Vierzon*, précité).

63. La plupart des décisions rendues sur le maintien des contrats de travail émanaient des juridictions judiciaires, qui l'excluaient en cas de réintégration d'un service public administratif, au motif que ce changement de mode de gestion constituait non un transfert mais une cessation d'entreprise.

Le juge administratif adoptait une analyse similaire, en considérant que l'article L. 122-12 alinéa 2 est inapplicable à la situation des agents publics (CAA Paris 2 février 1993, *District de Moret-sur-Loing*, n° 91PA00800). En cas de reprise par une collectivité d'une activité auparavant gérée par une personne privée et du personnel de cette dernière, il écartait l'application de l'article précité au motif que les salariés avaient été recrutés par la collectivité par des contrats de droit public, distincts des contrats de droit privé conclus avec l'ancien gestionnaire du service.

b) *La jurisprudence actuelle : la soumission de principe de la reprise des services publics administratifs aux dispositions de l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail*

64. La distinction établie par la jurisprudence nationale entre la réintégration d'un service public à caractère commercial, entraînant maintien des contrats de travail antérieur en application de l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail et celle d'un service administratif, exclusive d'une application de ces dispositions a été, il y a quelques années, remise en cause par le juge communautaire, bientôt suivi par la jurisprudence nationale, tant judiciaire qu'administrative.

La première atteinte au principe traditionnellement admis en droit interne de la distinction entre service public

industriel et commercial et service public administratif, pour la détermination du maintien ou des non des contrats de travail en cas de reprise de la gestion d'un service public en régie, a été portée par le juge communautaire par deux décisions de 2000, aux termes desquelles le maintien des contrats de travail des salariés liés à une activité résulte du transfert d'une activité économique continuée par une entité ayant conservé son identité, sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur la nature industrielle et commerciale ou administrative de l'activité cédée (CJCE 26 septembre 2000, *Mayeur*, aff. C-175/99 : Rec. p. I-7755, conclusions Philippe Léger. – 14 décembre 2000, *Rénato Collino et Luisella Chiappero*, aff. C-343-98 : Rec. p. I-6659, concl. F. Albert).

La première de ces affaires concernait la réintégration par une commune de l'activité d'information municipale, auparavant exercée par une association, l'ensemble de cette activité et des moyens matériels afférents ayant été repris par la collectivité.

L'association avait procédé au licenciement économique de son personnel sur le fondement d'une cessation d'activité.

Un des salariés a contesté son licenciement, soutenant qu'il n'y avait pas cessation de l'activité mais reprise de celle-ci par la commune.

Il faisait valoir qu'en conséquence de cette reprise son contrat, avec l'ensemble des droits qui y étaient attachés, aurait dû être transféré à la collectivité, en application des dispositions de l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail et de la directive 77/187/CE du 14 février 1997 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements.

Le gouvernement français avait, pour sa part, fait valoir que le caractère administratif du service réintégré ne permettait pas d'identifier un transfert d'une identité économique mais caractérisait, au contraire une rupture d'activité, ne donnant pas lieu au maintien des contrats de travail.

Ce raisonnement n'a pas été suivi par la CJCE pour qui la réintégration constituait bien un transfert d'activité économique, quand bien même cette dernière serait qualifiée, en droit interne, d'administrative et ne poursuivrait pas de but lucratif.

65. Les juridictions françaises n'ont guère tardé pour faire l'analyse de la CJCE.

Ainsi, la Chambre sociale de la Cour de cassation a, moins de deux ans après l'arrêt *Mayeur*, rompu avec sa

jurisprudence antérieure en considérant que la seule circonstance que le cessionnaire d'une activité soit un établissement public à caractère administratif, lié à son personnel par des rapports de droit public, ne peut suffire à caractériser une modification dans l'entité économique transférée (Cass. soc. 25 juin 2002, *AGS de Paris et autres* : AJDA 2002. 695, note S. Pugeault ; D. 2002, som. com. 3117, B. Lardy-Pélessier ; JCP 2002, II, 10171, note G. Clamour ; LPA 2003, n° 44, p. 13, note Jean-Grégoire Mahinga).

Cette position a été réaffirmée quelques mois plus tard, la Cour posant en principe que les circonstances que le cessionnaire d'une entité économique conservant son identité soit une personne morale de droit public, liée à son personnel par des rapports de droit public et que l'entité transférée soit un établissement public administratif ou un établissement public industriel ou commercial ne peut suffire à caractériser une modification dans l'identité de cette entité.

En conséquence, les contrats de travail des salariés de l'entité reprise se poursuivent de plein droit avec la collectivité réintégrant le service public, quel que soit le caractère de ce dernier (Cass. soc. 14 janvier 2003, *Commune de Théoule-sur-mer*, n° 01-43.676 : BJCL n° 3/03, p. 193, rapport Yves Chagny ; Gaz. Pal. 17-18 janvier 2003, p. 9, note Frédéric-Jérôme Pansier).

Le Tribunal des conflits a également affirmé que les dispositions de l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail, interprétées au regard de la directive 77/187 du 14 février 1977, imposent le maintien des contrats de travail en cours, y compris lorsque l'entité économique transférée constitue un service public administratif dont la gestion, jusqu'ici assurée par une personne privée, est reprise par une personne morale de droit public, normalement liée à son personnel par des rapports de droit public.

Dans un tel cas, la nature des contrats maintenus n'est pas transformée.

Ils demeurent des contrats de droit privé tant que le nouvel employeur public n'a pas placé les salariés dans un régime de droit public (Trib. confl. 19 janvier 2004, *Devun* : n° 3393, Rec. Lebon, p. 509 ; AJDA 2004. 432, chron. F. Domat et D. Casas ; CJEG 2004, p. 120, concl. J. Duplat, note T. X. Girardot ; JCP 2004, II, 10134, note F. Duquesne ; JCP A 2004, 1238, note M.C. Rouault ; RFDA 2004, p. 1029. – 21 juin 2004, *Commune de Saint-Léger-sur-Roanne*, n° 3415 : AJDA 2004, p. 2061, note J. Martin AJFP 2004, p. 235. – 26 juin 2006, n° 35 08 : JCP A 2006, act. 648, mais désormais v. ci-dessous n° 80).

Le Conseil d'État, enfin, par un arrêt *Lamblin* du 22 octobre 2004 (AJDA 2004. 2153, chron. C. Landais et F. Lenica ; AJFP 2005, p. 20 ; BJCL n° 1/05, p. 37, concl. Emmanuel Glaser ; JCP 2004, II, 10200, note D. Jean-Pierre ;

JCP A 2004, 1788, note D. Jean-Pierre, et 1199, chron. E. Glaser et F. Seners ; RFDA 2005. 187, concl. E. Glaser, et 1205, étude G. Clamour), a, lui aussi, posé que les dispositions de l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail et de la directive 77/187 s'appliquaient en cas de reprise d'une entité économique employant des salariés de droit privé par une personne publique gérant un service public administratif.

La haute juridiction précisait que, dans une telle hypothèse, en l'absence de dispositions législatives spécifiques, il appartenait à la collectivité réintégrant son service, soit de maintenir le contrat de travail de droit privé des salariés, soit de leur proposer un contrat de droit public reprenant les clauses substantielles de leur ancien contrat, dans la mesure où des dispositions législatives ou réglementaires n'y font pas obstacle.

La solution ainsi dégagée par le Conseil d'État, qui avait renvoyé le législateur à ses responsabilités en évoquant l'absence de dispositions législatives spécifiques, avait suscité des critiques de la doctrine, qui lui reprochait de conjuguer l'impossible à l'inapplicable (Didier Jean-Pierre, JCP A 2004. 1788).

C'est dans ces conditions, qu'après des tentatives ponctuelles et limitées, le législateur est intervenu à l'effet d'organiser, de manière générale, le sort des salariés de droit privé affectés à un service public administratif réintégré par la collectivité.

2° L'évolution législative

66. Plusieurs textes spécifiques ont permis, de manière dérogoire, d'organiser le transfert des contrats de travail dans le cadre de la reprise en régie par une collectivité d'un service public administratif, alors que la jurisprudence en excluait encore la possibilité. Certains d'entre eux ont même organisé ces transferts dans des conditions exorbitantes des règles applicables au recrutement des agents contractuels des collectivités territoriales, notamment en matière de durée des contrats.

Ces interventions du législateur ont été circonscrites à des situations particulières, en vue de faciliter la reprise en régie de services gérés sous forme associative ou de permettre le développement du recours à certains types d'établissements publics locaux.

a) Des textes dérogoires ponctuels et limités

67. Dérogations bénéficiant aux salariés associatifs. Les collectivités territoriales font, de manière assez fréquente, appel à des associations pour la gestion de services publics locaux, comme la jurisprudence leur en reconnaît la possibilité (CE 8 juin 1994, *Delrez* : Rec. Lebon, tables, p. 839).

Cependant, le recours aux structures associatives a parfois été dévoyé, par l'utilisation d'associations transparentes, destinées à contourner les contraintes des règles de la comptabilité, des marchés ou de la fonction publics, ce qui s'est avéré générateur de risques.

Pour les écarter, nombre de collectivités ont, ces dernières décennies, procédé à la reprise en régie de services auparavant gérés sous forme associative.

Ces reprises se sont heurtées à la difficulté de reprendre le personnel des associations en cause dans les conditions de leur contrat antérieur, notamment en matière de durée.

Afin de réduire ce qui pouvait constituer un obstacle au retour de services publics dans le cadre d'une gestion publique, le législateur a permis le transfert de salariés de droit privé à une collectivité dans le cadre de la reprise d'un service public administratif, dans des conditions dérogeant parfois aux règles applicables au recrutement des agents contractuels de droit public.

68. La loi 99-586 du 12 juillet 1999, dans son article 63, aujourd'hui abrogé (art. 21 de la loi 2005-843 du 26 juillet 2005), prévoyait ainsi la possibilité pour les salariés d'associations de bénéficier du maintien des dispositions de leur contrat de travail antérieur dans le cadre de la reprise en régie d'un service public administratif par une collectivité territoriale, un établissement public de coopération intercommunale (EPCI) ou un syndicat mixte.

Ce maintien était soumis aux conditions suivantes :

- l'association devait avoir été créée avant la promulgation de la loi,
- elle devait avoir fait l'objet d'une dissolution,
- enfin, son objet et les moyens corrélatifs devaient avoir été intégralement transférés à la collectivité, l'EPCI ou le syndicat mixte.

L'effet du transfert était toutefois limité.

Si la loi disposait que les salariés pouvaient continuer de bénéficier des stipulations de leur contrat de travail antérieur, ce n'était qu'à la condition que ces dernières ne dérogent pas aux dispositions légales et réglementaires régissant les agents non titulaires de la fonction publique territoriale.

Notamment, la durée du contrat était soumise à la limitation prévue à l'article 3 al. 3 de la loi 84-53 du 26 janvier 1984, à savoir 3 ans, renouvelables expressément.

En définitive, l'article 63 de la loi du 12 juillet 1999 avait comme principale utilité de permettre une reprise de salariés dans le cadre de la remise en régie d'un service public administratif à un moment où la jurisprudence ne permettait pas un transfert de leur contrat et de soustraire ce transfert au paiement des indemnités de licenciement liées à la dissolution de l'association.

En revanche, les conditions de maintien des stipulations du contrat antérieur ne plaçaient pas les salariés dans une situation différente que s'ils avaient été directement recrutés en qualité d'agents non titulaires.

Cette solution s'avérait ainsi peu protectrice pour les intéressés, qui ne pouvaient continuer de bénéficier de leur contrat à durée indéterminée et se voyaient, en outre, privés de leurs indemnités de licenciement.

69. L'article 9 de la loi 2001-2 du 3 janvier 2001, toujours, lui, en vigueur, s'avère plus favorable aux intérêts des salariés associatifs ;

Il permet leur transfert dans le cadre d'un service public administratif aux conditions suivantes :

- leur contrat devait être en cours au jour de la promulgation de la loi,

- l'association les employant doit avoir été créée ou succéder à une autre association créée avant le 31 décembre de l'année au titre de laquelle les transferts de compétences aux collectivités prévus par les lois de décentralisation n° 82-213 du 2 mars 1982, 83-8 du 7 janvier 1983 et 83-663 du 22 juillet 1983, ont pris effet dans le domaine d'activité dont elle relève,

- son objet et les moyens de l'exercer doivent être transférés dans leur intégralité à une collectivité territoriale, un EPCI ou un syndicat mixte.

Il est à noter, à cet égard, que l'article 9 de la loi du 4 janvier 2001 ne requiert pas, contrairement à l'article 63 de la loi du 12 juillet 1999, la dissolution de l'association.

Il ne s'applique, en revanche, qu'aux cas de reprise totale d'activité, à l'exclusion des reprises partielles de branches d'activité ;

S'agissant des effets de la reprise, la loi du 3 janvier 2001 prévoit, comme celle du 12 juillet 1999, que les salariés peuvent conserver les stipulations de leur contrat de travail antérieur lorsqu'elles ne dérogent pas aux dispositions légales et réglementaires régissant les agents non titulaires de la fonction publique territoriale.

Elle introduit toutefois une dérogation importante à la conformité à ces règles, en prévoyant que les intéressés puissent conserver le bénéfice de leur contrat à durée indéterminée ainsi que celui de leur rémunération, de leur régime de retraite complémentaire et de prévoyance.

Ils n'ont pas droit, en revanche, aux indemnités de licenciement liées à la fin de leur contrat avec l'association.

L'apport essentiel de l'article 9 de la loi du 3 janvier 2001 est ainsi de permettre aux salariés d'une association gérant un service public administratif repris en régie par une collectivité, de devenir agents contractuels de cette collectivité sans que soient remis en cause la durée indéterminée de leur contrat ou le niveau de leur rémunération.

70. Dérogations dans le cadre de la reprise d'activités par des établissements publics déterminés. L'article 3 de la loi 2002-6 du 4 janvier 2002 relative à la création d'établissements publics de coopération culturelle (EPCC) prévoit des dispositions facilitant le transfert à ces établissements publics, lorsqu'ils sont à caractère administratif, des salariés des organismes leur transférant leurs activités.

L'article précité concerne les salariés de toute personne morale de droit privé et non pas seulement associative, à la différence des lois de 2001 et de 1999.

L'organisme employeur doit avoir été créé avant la date de promulgation de la loi et être dissous par transfert intégral (ce qui en exclut du bénéfice les reprises de branches d'activité) de son objet et de ses moyens à l'EPCC.

Dans ces conditions, les salariés peuvent au sein de l'EPCC, continuer de disposer des stipulations de leur contrat antérieur sous réserve de leur compatibilité avec les dispositions législatives et réglementaires régissant les agents non titulaires de la fonction publique territoriale.

Le texte prévoit toutefois que, par dérogation, les dispositions de la loi 84-53 du 26 janvier 1984 relatives à la durée des contrats des agents non titulaires de la fonction publique territoriale ne s'appliquent pas au contrat des salariés transférés.

Ces derniers peuvent ainsi continuer de bénéficier de leur contrat à durée indéterminée.

71. Ces dérogations textuelles à l'impossibilité, un temps affirmée par la jurisprudence, que des contrats de travail soient transférés à une collectivité dans le cadre de la reprise d'un service public administratif, et à la non-conformité des contrats à durée indéterminée aux règles applicables aux agents non titulaires étaient, en fait, limités à des situations trop spécifiques et trop disparates dans leurs effets.

Ils se sont, de plus, trouvés en décalage avec la dernière jurisprudence relative à l'application des dispositions de l'article L. 122-12 2^e alinéa du Code du travail aux services publics administratifs.

Il convenait que le législateur prenne acte, par un texte général, de cette évolution jurisprudentielle.

C'est ce qu'il a fait par la loi 2005-843 du 26 juillet 2005.

b) *Un texte de portée générale : l'article 20 de la loi du 26 juillet 2005*

72. La loi 2005-843 du 26 juillet 2005 vise, dans son article 20, à tirer les conséquences de l'évolution de la jurisprudence au regard, tant de la notion d'agent public (Trib. confl. 25 mars 1996, *Berkani* : Rec. Lebon, p. 536 ; D.

1996, 598, note Y. Saint-Jours ; RFDA 1996. 819, concl. Philippe Martin ; – 3 juin 1996, Gagnant, Rec. Lebon, p. 542. – 3 juin 1996, *Préfet des Yvelines*, Rec. Lebon, p. 541. – CE 26 juin 1996, *Commune de Cereste* : Rec. Lebon, p. 246 ; AJDA 1996, 808) que du transfert des contrats de travail dans le cadre de la reprise par une collectivité d'une activité présentant un caractère administratif.

Le texte pose, de manière générale, le principe du transfert des contrats de travail en cas de transfert à une personne publique de l'activité d'une entité économique dans le cadre d'un service public administratif.

Il se différencie en cela des dispositions législatives précédentes (v. ci-dessus n° 68), qui ne prévoyaient qu'une possibilité et non une obligation pour la collectivité de reprendre les contrats et dont le champ d'application était circonscrit à des situations particulières (personnel associatif, reprise par un EPCC...).

L'article 20 prévoit également très clairement que les salariés concernés conservent la durée de leur contrat initial, nonobstant, en cas de durée indéterminée, l'incompatibilité avec les règles régissant les agents non titulaires.

En revanche, ils ne conservent le bénéfice des autres clauses substantielles de leur contrat que « sauf disposition législative ou réglementaire ou conditions générales de rémunération et d'emploi des agents non titulaires de la personne publique contraires ».

Enfin, le législateur précise, mettant en cela fin à la jurisprudence *Lamblin* (v. ci-dessus n° 65) que la reprise s'effectue dans le cadre d'un contrat de droit public qui est proposé par la collectivité au salarié.

B. – Conditions et modalités du transfert

73. Les conditions et modalités du transfert des contrats de travail de droit privé dans le cadre de la réintégration d'un service public par une collectivité diffèrent selon que ce service présente un caractère industriel et commercial ou administratif.

Dans la première hypothèse, il y a lieu de faire application des dispositions de l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail et de la directive n° 77/187/CE qui en est inspirée.

Dans la seconde, les conditions et modalités du transfert sont réglées par les dispositions de l'article 20 de la loi du 26 juillet 2005. Si ce texte présente l'avantage de fixer des principes généraux et de mettre un terme aux incertitudes qui pouvaient résulter d'une jurisprudence hésitante en la matière, il laisse cependant subsister certaines interrogations.

1° Transfert dans le cadre de la réintégration d'un service public à caractère industriel et commercial

74. Ainsi qu'il a été indiqué (v. ci-dessus n° 59), il est de jurisprudence constante que la réintégration d'un service public industriel et commercial entre dans le champ d'application des dispositions de l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail et de la directive 77/187/CE du 14 février 1977 modifiée par la directive 2001/23/CE du 12 mars 2001.

Il résulte de ces textes que les salariés sont transférés de plein droit à la collectivité, dès lors qu'il y a transfert d'une entité économique conservant son identité.

Ces notions demandent à être précisées.

75. Pour la jurisprudence interne la notion d'entité économique correspond à un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels et incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre (Cass. soc. 7 juillet 1998, *Mutuelle générale de l'Éducation nationale*, n° 96-21.451).

Une définition similaire est retenue par la directive 77/187/CE modifiée (art. 1 b), aux termes de laquelle une entité économique doit être entendue comme un ensemble organisé de moyens, en vue de la poursuite d'une activité économique, que celle-ci soit essentielle ou accessoire.

L'application de l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail est subordonnée à deux conditions cumulatives.

En premier lieu, le transfert doit porter sur une activité économique autonome. Cette autonomie se caractérise par la disposition d'un personnel propre, de moyens corporels ou incorporels particuliers tendant à des résultats spécifiques et ayant une finalité propre (Cass. soc. 23 janvier 2002, *Cohen*, n° 99-46.245).

En second lieu, l'entité transférée doit conserver son identité après le transfert. Il en est ainsi, généralement, lorsque la même activité se poursuit chez le repreneur avec les mêmes moyens (par exemple quand le nouvel exploitant reprend l'activité dans les mêmes locaux et avec le même matériel).

Il a ainsi été jugé que la cession par une société à un hôpital des immeubles affectés à l'activité de soins, des équipements, du matériel et du plateau technique avait eu pour effet d'opérer le transfert de l'activité économique (Cass. soc. 25 juin 2002, *AGS de Paris*, précité ci-dessus n° 65).

En revanche, la Cour de cassation a considéré que les dispositions de l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail ne s'appliquaient pas au cas de cession d'une ligne d'autobus, dès lors que la société cessionnaire n'avait repris ni le matériel ni les locaux (Cass. soc. 8 février 1994, *Société Cariane Est*, n° 91-43.593).

La jurisprudence européenne adopte une position comparable au regard de la directive 77/187/CE.

Ainsi, la CJCE considère qu'une entité économique est transférée lorsque, non seulement le cessionnaire poursuit la même activité que celle du cédant, ou une activité analogue, mais également que l'ensemble des moyens nécessaires à la poursuite de l'activité, ou les moyens indispensables à l'exercice de cette activité, compte tenu de la spécificité de l'entité en cause, sont cédés (CJCE 15 octobre 1996, *Henke*, aff. C-298/94 : Rec. p. I-4989).

La directive 77/187/CE ne s'applique donc pas en l'absence de transfert d'éléments corporels significatifs entre l'ancien et le nouveau titulaire d'un marché (CJCE 25 janvier 2001, *Oy Liikenne Ab et Tekka Liskorjarvi, Pentti Junpunen*, aff. C-172/99).

76. Le transfert des contrats de travail dans le cadre des dispositions de l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail ou de la directive 77/187/CE ne requiert aucune modalité particulière de mise en œuvre.

Il s'opère de plein droit à la date du transfert de l'activité.

Le contrat est reçu par le repreneur de l'activité dans son intégralité et sans modification.

2° Transfert dans le cadre de la réintégration d'un service public à caractère administratif

77. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 26 juillet 2006, c'est, en application du principe selon lequel la loi spéciale déroge à la loi générale, l'article 20 de ce texte qui constitue désormais, en droit interne, la réglementation de droit commun applicable au transfert de personnels dans le cadre de la réintégration d'un service public à caractère administratif, auquel les dispositions de l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail ne sont plus applicables (ce dernier continue toutefois de régir le sort des salariés des services publics à caractère industriel et commercial).

Ainsi qu'il a été indiqué (v. ci-dessus n° 65) ce n'est qu'assez récemment, sous l'influence de la jurisprudence communautaire, qu'il a été admis par le juge interne que les dispositions de l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail et de la directive 77/187/CE s'appliquaient en cas de reprise par une collectivité d'un service public administratif.

Les positions de la jurisprudence sur les conséquences de cette application étaient toutefois insatisfaisantes. C'est pourquoi le législateur a voulu dégager des règles générales en la matière. C'est l'objet de la loi 2005-843 du 26 juillet 2005.

Il convient de préciser que ce texte n'a pas remis en cause certaines lois particulières intervenues antérieurement en la matière, qui demeurent applicables (lois 2001-2 du 3 janvier 2001 et 2002-6 du 4 janvier 2002 – v. ci-dessus n° 69 et 70).

78. L'article 20 de la loi du 26 juillet 2005 définit les activités concernées de manière plus extensive que la directive 77/187/CE ou la jurisprudence interne relative à l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail.

Il vise, en effet, le transfert d'une entité économique sans reprendre le critère d'autonomie de cette activité.

On pourrait en déduire que le champ d'application de cet article est plus large que celui de la directive ou de l'article L. 122-12 alinéa 2.

Contrairement à certains textes antérieurs, il ne concerne pas une catégorie spécifique de salariés en fonction de la nature juridique de leur employeur (comme, par exemple, les salariés associatifs dans les lois du 12 juillet 1999 ou 3 janvier 2001, v. ci-dessus n°s 67 et s.) ou de l'organisme public bénéficiaire du transfert (comme les EPCC dans la loi du 4 janvier 2002, v. ci-dessus n° 70), mais vise respectivement, de manière très générale, les salariés de droit privé d'une entité économique et la personne publique bénéficiaire du transfert.

79. L'article 20 de la loi du 26 juillet 2005 organise la mise en œuvre du transfert des contrats de travail en deux temps.

80. Dans un premier temps, il appartient à la personne publique de proposer aux salariés un contrat de droit public.

L'emploi par le législateur du verbe « appartenir » laisse subsister une incertitude sur l'existence d'une véritable obligation ou d'une simple faculté pour la collectivité de proposer un nouveau contrat. En effet, si l'acception commune de ce verbe semble indiquer l'existence d'une compétence qu'il appartient à son titulaire d'exercer ou non, son sens juridique renvoie, lui, plutôt à une obligation.

Il ne semble pas plus, s'agissant d'un nouveau contrat, que le salarié soit tenu d'accepter le transfert de son contrat, contrairement à la solution qui prévaut sous le régime de l'article L. 122-12 alinéa 2, selon laquelle le refus du transfert est constitutif d'une faute justifiant le licenciement de l'intéressé (Cass. soc. 20 mars 2002, *société Touch 'd'Artiste*, n° 94-43-915).

En disposant que le nouveau contrat ainsi proposé est nécessairement un contrat de droit public, le texte rompt avec la solution de la jurisprudence *Lamblin*, qui était le maintien du contrat de droit privé (v. ci-dessus n° 65).

Ce nouveau contrat de droit public reprend nécessairement la durée, déterminée ou indéterminée, du contrat initial et ses clauses substantielles, notamment celles relatives à la rémunération, sous réserve de la compatibilité de ces dernières avec la réglementation et les conditions générales de rémunération et d'emploi applicables aux agents non titulaires de la collectivité.

81. Dans un second temps, en cas de refus du salarié d'accepter le contrat de droit public qui lui est proposé, la collectivité procède à son licenciement dans les conditions prévues par le droit du travail et son contrat de droit privé antérieur, les contentieux éventuels relevant de la juridiction prud'homale.

Les conditions auxquelles peut être prononcé ce licenciement appellent quelques précisions.

S'il résulte du refus du salarié d'accepter des modifications substantielles de son ancien contrat, il s'analyse comme une rupture à l'initiative de l'employeur.

Il s'agira d'un licenciement individuel. S'agissant de son motif, le droit du travail n'en reconnaît que deux : le motif individuel tenant à la personne du salarié, le motif économique, fondé sur des considérations d'ordre économique.

82. Dans notre hypothèse, seul ce dernier motif semble pouvoir être retenu. Or, pour qu'un motif économique soit considéré comme sérieux, il doit être lié à des difficultés économiques objectives, une mutation technologique ou une réorganisation de l'entreprise.

Il pourra s'avérer difficile de justifier de ces conditions dans le cas particulier de la reprise en régie d'un service public administratif par une collectivité.

En effet, même si la reprise de salariés peut poser des problèmes d'organisation, il sera difficile d'établir que ces dernières sont de nature à mettre en péril la compétitivité de l'entreprise.

De même, il pourra être délicat pour la collectivité d'établir l'existence de difficultés économiques suffisamment réelles et sérieuses à la date du licenciement pour justifier de ce dernier, la nature d'un service public administratif étant difficilement conciliable avec des appréciations de rentabilité ou de compétitivité.

L'enjeu est important car si le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse, il donnera lieu au paiement au salarié des indemnités légales ou conventionnelles applicables.

Une application stricte des conditions de légitimité du motif économique par la juridiction prud'homale pourrait aboutir à de fréquentes censures des licenciements effectués dans le cadre de la reprise d'un service public administratif en régie.

Il n'est toutefois pas inenvisageable que la jurisprudence puisse considérer que le licenciement de l'article 20 de la loi du 26 juillet 2005 a une nature autonome et obéit à des motifs propres, distincts de ceux applicables aux licenciements économiques de droit commun.

Sur l'appréciation des critères tirés de la réorganisation de l'entreprise, la Chambre sociale de la Cour de Cassation a jugé qu'elle constitue un motif économique de licenciement si elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise ou celle du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient. Répond ainsi à ce critère la réorganisation mise en œuvre pour prévenir les difficultés économiques liées à des évolutions technologiques et leurs conséquences sur l'emploi, sans être subordonnée à l'existence de difficultés économiques à la date du licenciement. Il s'ensuit que la modification des contrats de travail résultant d'une telle réorganisation a elle-même une cause économique (Cass. Soc., 11 janvier 2006, *Joël X et autres c. Société Pages Jaunes SA*, n^{os} 04-46.206 à 04-46.229 ; *société Pages Jaunes SA contre Philippe X et autres*, pourvoi n^o 05-40.977, et *SA Pages Jaunes contre M. X*, n^o 05-40.976 : Gaz. Pal. 22 et 24 janvier 2006, p. 40).

C. – Conséquences du transfert

1^o Conséquences dans le cadre de la réintégration d'un service à caractère industriel et commercial

83. En cas de réintégration d'un service public de caractère industriel et commercial, les conséquences du transfert des contrats ne soulèvent pas de difficultés particulières.

Ces contrats sont transférés à la collectivité en même temps que l'entité économique à laquelle ils sont rattachés.

Il y a donc poursuite du contrat initial dans les mêmes conditions avec le nouvel employeur.

Les salariés transférés conservent ainsi leur rémunération, leur qualification, ainsi que tous les droits attachés à leur ancienneté, notamment les droits à congés payés, la prime d'ancienneté, la durée de préavis en cas de licenciement ou de départ à la retraite.

Le transfert emporte également maintien des avantages issus des conventions et accords collectifs.

L'article 3.3 de la directive 77/187/CE prévoit expressément leur maintien en vigueur en disposant que, après le transfert, le cessionnaire maintient les conditions de travail convenues par une convention collective dans la même mesure que celle-ci les a prévues pour le cédant.

Il permet toutefois aux États membres de limiter la période du maintien des conditions de travail, sous réserve que celle-ci ne soit pas inférieure à un an.

Le législateur français a, dans ce cadre, prévu l'engagement d'une nouvelle négociation sur la convention collective, à l'issue d'une période d'un an (art. L. 132-8 C. trav.).

Il existe donc une obligation de maintien de la convention collective pendant au moins un an.

84. Les agents d'un service industriel et commercial géré par une collectivité publique étant en principe soumis au droit privé, la question de la compatibilité des dispositions de leur contrat antérieur avec la réglementation applicable aux agents contractuels des collectivités territoriales ne se pose pas.

Il en va différemment, toutefois, pour l'agent comptable et le directeur du service, qui, de jurisprudence constante, sont des agents publics (CE 26 janvier 1923, *Lafreygere* : Rec. Lebon, p. 67 ; 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau* : Rec. Lebon, p. 157).

Pour ces cas particuliers, en cas de réintégration d'un service géré par une structure privée, la collectivité reprise doit, du fait du transfert de l'activité, être considérée comme le nouvel employeur de l'ensemble des salariés de l'entité reprise en application des dispositions de l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail.

Toutefois, nonobstant leur transfert, seule la conclusion d'un nouveau contrat, de droit public, permet au directeur et à l'agent comptable de continuer d'exercer leurs fonctions de responsabilité auprès de la collectivité.

En l'absence de conclusion d'un contrat de cette nature, ils demeurent soumis à un statut de droit privé au titre de leur ancien contrat de travail et leur éventuel licenciement ressort à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire (TC, 15 mars 1999, *Faulcon*, n° 3097 : Rec. Lebon, p. 442 ; AJFP 2000. 10, note Marie-Pierre Chanlair ; Droit adm., 1999, n° 215 ; Droit social 1999. 673, concl. Jerry-Louis Sainte-Rose ; LPA 2000, n° 73, note M. L. Mbouhou ; RFDA 1999. 1110).

En revanche, les dispositions de l'article L. 122-12 alinéa 2 n'ont pas vocation à s'appliquer à la situation du directeur ou de l'agent comptable d'un service dont la gestion est transférée d'une personne publique à une autre, leur qualité initiale d'agent public faisant obstacle à cette application (CE 14 mai 2003, *Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes-Bagnols-Uzès-Le Vigan*, req. 245628 : AJFP sept.-oct. 2003, p. 6 ; Droit adm. 2003, n°142, note G. Le Chatelier).

2° Conséquences dans le cadre de la réintégration d'un service à caractère administratif

85. Les conséquences du transfert des contrats de travail dans le cadre de la réintégration d'un service public à caractère administratif présentent certaines particularités.

En effet, si l'article 20 de la loi du 26 juillet 2005 précise que le contrat de droit public proposé au salarié reprend les dispositions essentielles du contrat de droit privé initial, ce n'est, à l'exception de sa durée, que sous réserve de la compatibilité de ces dispositions avec la réglementation et les conditions générales de rémunération et d'emploi applicables aux agents non titulaires de la collectivité cessionnaire.

Cette exigence de compatibilité pourra s'avérer pénalisante pour les salariés concernés, dans la mesure où les secteurs dans lesquels les réintégrations sont les plus fréquentes (animation, culture...) sont soumis à des conventions collectives particulièrement protectrices et à des grilles de rémunérations bien plus favorables que les traitements moyens des agents contractuels.

86. Le transfert des contrats pourra ainsi aboutir à des diminutions de salaire conséquentes, ce qu'admet la jurisprudence communautaire, qui considère que la directive 77/187 ne s'oppose pas en principe à ce que, en cas de transfert d'entreprise d'une personne morale de droit privé à une personne morale de droit public, cette dernière, en sa qualité de nouvel employeur, procède à une réduction du montant de la rémunération des travailleurs concernés aux fins de se conformer aux règles nationales en vigueur applicables aux employés publics (CJCE 11 novembre 2004, *Madame Delahaye*, aff. C-425/02).

Toujours en matière de rémunération, le salarié qui a accepté le contrat de droit public proposé par la collectivité, se voit, en sa qualité d'agent non titulaire, dépourvu de toute organisation de sa carrière et notamment d'évolution de son traitement, ce qui est, à terme, susceptible d'aboutir à des écarts importants avec les fonctionnaires titulaires.

Il apparaît en outre anormal que des agents recrutés sur une durée indéterminée se voient privés de perspectives d'évolution de carrière (sur ce point, v. Rep. min. n° 75409, JOAN, 7 mars 2006, p. 2473).

87. Pour tenter de prévenir cet inconvénient, un protocole d'accord a récemment été signé entre le ministre de la Fonction publique et plusieurs syndicats représentatifs, prévoyant la généralisation au bénéfice des agents en contrats à durée indéterminée d'une clause de rendez-vous, au moins tous les trois ans, sur l'évolution de leur rémunération (Relevé de conclusions sur l'amélioration des carrières dans la fonction publique 2006-2008 du 25 janvier 2006).

Même si, de jurisprudence constante, de tels protocoles sont dépourvus de toute valeur juridique (CE 15 octobre 1971, *Syndicat national indépendant des CRS* : Rec. Lebon, p. 610. – 23 mars 1973, *Fédération du personnel de*

la défense nationale CFDT : Rec. Lebon, p. 247 ; AJDA 1973. 503, note V.S. – 27 octobre 1989, *Syndicat national des ingénieurs des études et de l'exploitation de l'aviation* : Rec. Lebon, p. 766. – 19 mars 1997, *Syndicat national indépendant des conducteurs et contrôleurs de travaux publics de l'État* : RFDA 1999. 221, note Carole Moniolle), l'accord précité est révélateur des difficultés soulevées par la pérennisation d'agents contractuels dans le cadre de la réintégration de services publics et de la conscience qu'en ont les pouvoirs publics et les syndicats.

88. Ainsi qu'il a déjà été signalé (v. ci-dessus n° 79), la durée du contrat échappe à l'exigence de compatibilité avec les règles applicables aux agents contractuels.

Les salariés transférés continuent donc de bénéficier de la durée, déterminée ou indéterminée, dont était affecté leur contrat de droit privé.

Si cette durée était déterminée, le contrat de droit public de même durée peut être, à son échéance, reconduit dans les conditions prévues à l'article 14 de la loi du 26 juillet 2005 (v. ci-dessus n° 47 et 48).

Le contrat de droit public étant un nouveau contrat, on peut se demander si, dans son cadre, l'ancienneté acquise sous l'empire de l'ancien contrat de droit privé est reprise.

Celle-ci ne constitue en effet pas une clause du contrat, au sens de l'article 20, mais plutôt une conséquence de son exécution.

À effectuer une lecture littérale du texte on pourrait donc considérer que le contrat de droit public n'aurait pas à reprendre l'ancienneté du contrat de droit privé.

Une telle interprétation apparaît toutefois restrictive.

Il convient, enfin, de rappeler que, comme en matière de service public à caractère industriel et commercial, l'application combinée de la législation interne et des normes européennes aboutit au maintien en vigueur des conventions collectives pendant au moins un an (art. L. 132-8 du C. trav., art. 3.3 de la directive 77/187/CE), quand bien même contiendraient-elles des dispositions contraires aux règles applicables aux agents contractuels des collectivités.

89. Conclusion. Il apparaît que, malgré les évolutions jurisprudentielles et les tentatives de résorption législatives, l'emploi précaire est loin d'avoir été éradiqué de la fonction publique territoriale, pas plus que des deux autres.

On peut même penser que les dernières interventions du législateur constituent l'annonce d'une contractualisation du statut, en rupture avec les principes de recrutement.

Seul l'avenir permettra de déterminer si une évolution aussi radicale est en cours et, si elle permettra d'assurer le respect des principes fondamentaux du service public garanti par l'organisation de droits et garanties claires pour les agents qui le servent, comme le Statut a été capable de l'assurer.