



HAL
open science

La modification des contrats des agents de droit public

Bertrand François-Lubin

► **To cite this version:**

Bertrand François-Lubin. La modification des contrats des agents de droit public. AJFP. Actualité juridique Fonctions publiques, 2015. hal-02556342

HAL Id: hal-02556342

<https://hal.univ-antilles.fr/hal-02556342>

Submitted on 28 Apr 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La modification des contrats des agents de droit public

Bertrand François-Lubin

Docteur en droit public

Chargé d'enseignement à l'université des Antilles et de la Guyane,

Centre de Recherche sur les Pouvoirs Locaux dans la Caraïbe (CRPLC)- CNRS-UMR-8053

« Une des particularités les plus remarquables du contrat administratif est que l'administration peut, en cours d'exécution, modifier l'étendue des prestations à effectuer par le cocontractant... »¹. Ce pouvoir est remarquable² car il est empreint d'unilatéralisme. Jadis contestée³, cette dimension unilatérale ne fait plus l'objet de controverses depuis qu'elle a été explicitement consacrée par le juge administratif qui considère « *qu'en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, la personne publique peut apporter unilatéralement dans l'intérêt général des modifications à ses contrats* »⁴. En d'autres termes, l'administration dispose de ce pouvoir qu'il soit stipulé ou non dans le contrat, voire en dehors de tout fondement textuel. Il trouve son fondement dans la mutabilité du contrat administratif. Les contrats de fonction publique étant des contrats administratifs, ce principe général leur est donc applicable. La cause étant entendue, cette étude prend, alors, les allures d'une « vieille lune ».

Paradoxalement, c'est le caractère général de ce principe qui fonde l'objet de ce travail. Ce trait avait, du reste, été contesté, dès 1955 par Jean Dufau pour qui, l'administration ne dispose pas d'un pouvoir propre de modifier les contrats de concession de service public. En s'appuyant sur la jurisprudence, l'auteur avait conclu que l'administration puisait son pouvoir de la réglementation en vigueur à l'époque⁵. A l'analyse, il s'agit d'un véritable plaidoyer pour une approche casuistique du pouvoir de modification de l'administration. Elle est, actuellement, fortement recommandée par certains auteurs⁶. Selon Gabriel Eckert, « *bien que l'unité de la notion juridique de contrat administratif réside essentiellement dans les pouvoirs unilatéraux de mutabilité du contrat reconnus à la puissance publique au nom de l'intérêt général, les prérogatives de l'administration sont de plus en plus fondées et encadrées par les stipulations contractuelles. Il en découle leur banalisation croissante et, plus encore, la perte d'unité de leur régime juridique. Ce constat conduit à réduire les ambitions de la théorie générale des contrats administratifs et à lui préférer la construction d'un droit spécial des contrats* »⁷. Cette recommandation prend une résonance particulière s'agissant du contrat de recrutement des agents publics qualifié « *...d'objets baroques qui perturbent les juristes soucieux de logique et de catégorie* »⁸. Cette dimension baroque est liée aux

¹ Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, LGDJ, 16^e édit, 2001, p.702.

² Voir C. Guettier, *Droit des contrats administratifs*, PUF, coll. « Thémis Droit », 3^e édit, 2011, p.434. L'auteur met, en effet, l'accent sur le caractère original de l'exercice du pouvoir de modification en droit administratif. Voir aussi, L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 5^e édit, 2006, p.252-256.

³ F.P. Benoit, De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs, *J.C.P.*, 1963, I, 1775.

⁴ CE, 2 février 1983, Union des transports publics urbains et régionaux, *RFDA*, 1984, p.45 note F. Llorens.

⁵ J. Dufau, Le pouvoir de modification unilatérale de l'administration et les contrats de concession de service public, *AJDA*, 1955, I, 65.

⁶ Voir notamment, G. Eckert, Les pouvoirs de l'administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs, *Contrats et marché publics*, n°10, octobre 2010, étude 9.

⁷ Ibid., Sommaire.

⁸ S.J Liéber, D. Botteghi, Le retour du « fonctionnaire contractuel »?, *AJDA*, 2009, p.142

interrogations théoriques quant à la nature du lien qui unit l'agent public à l'administration. S'il est acquis que le fonctionnaire n'est plus lié à l'administration par un contrat de fonction publique⁹, la question de la nature du contrat des agents publics contractuels fait encore débat au point que d'aucuns se sont posés la question de savoir s'il existe une catégorie d'agents publics contractuels¹⁰.

Cette spécificité des contrats de la fonction publique ajoute à la nécessité de procéder à une étude synthétique de la question de la modification des contrats des agents de droit public par l'administration. Elle sera envisagée sous l'angle de l'objet de la modification. Elle présente, alors, un double intérêt.

En premier lieu, elle prend tout son sens si on l'aborde, notamment, sous l'angle de l'articulation de ce pouvoir avec le principe général du droit selon lequel toute modification du contrat de travail doit recueillir l'accord à la fois de l'employeur et du salarié.

Elle présente, en second lieu, une certaine acuité si on l'examine à raison de ses incidences sur la situation juridique de ces agents¹¹. Assimilée à « *un large spectre continu plutôt que discontinu* »¹² de personnes, la catégorie d'agents contractuels de droit public ne se singularise pas par son homogénéité. Cette catégorie regroupe ceux qui sont recrutés à durée déterminée ou indéterminée pour occuper un emploi (les agents contractuels stricto sensu) et les vacataires qui, à la différence des premiers, sont « *des agents recrutés au moyen de contrats à durée déterminée d'une durée inférieure à un an pour l'exécution d'un acte déterminé ou d'une tâche ponctuelle* »¹³. Ils constituent, par delà leur différence, des agents contractuels de droit public au sens de la jurisprudence Berkany qui postule que « *...les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif sont des agents contractuels de droit public quel que soit leur emploi* »¹⁴. Ils présentent, surtout, la particularité d'être dans une situation juridique, pour le moins, précaire. Or, pour lutter contre cette précarisation, les pouvoirs publics s'appuient sur le contrat, singulièrement le contrat à durée indéterminée, comme l'illustre la loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique¹⁵.

C'est, donc, sous cette double occurrence que sera abordée la question de la modification des contrats de fonction publique par l'administration. Elle sera, notamment, analysée à l'aune de la jurisprudence administrative qui a, très tôt, reconnu une telle licence à l'administration. Elle est, notamment, libre de modifier les conditions de rémunération de ces agents¹⁶. A l'analyse, la jurisprudence semble osciller entre objectivisme et subjectivisme. En effet, si la modification est motivée par des considérations objectives (I), elle est, parallèlement empreinte d'une certaine subjectivation qui éprouve, de plus en plus, le pouvoir de modification de l'administration (II).

⁹ En effet, la théorie du contrat de fonction publique, sévèrement critiquée par la doctrine, singulièrement par Maurice Hauriou, posée par l'arrêt Winkell (CE, 7 août 1909, Winkell) n'a plus cours. Le Conseil d'Etat l'a abandonnée depuis l'arrêt Delle Minaire (C.E., Sect., 22 octobre 1937, Dlle Minaire et autres)

¹⁰ Y. Gaudemet, Existe-t-il une catégorie d'agents publics contractuels ?, *AJDA*, 1977, p.614. La question se pose encore car les auteurs de l'article précité font état de leur scepticisme quant à l'existence d'une telle catégorie et plus précisément, sur la portée contractuelle de cette relation, voir note 8.

¹¹ Il ne sera pas, toutefois, fait référence aux contrats de recrutement d'agents à l'étranger, voir sur ce point, M. Audit, Les contrats de travail conclus par l'administration à l'étranger, *Revue critique de droit international privé*, 2002, p.39.

¹² Cour des comptes, IIème rapport public particulier, avril 2001.

¹³ CE, sect, 26 mars 2003, Syndicat national CGT de l'INSEE, n°230011, Cons n°2.

¹⁴ T. confl, 25 mars 1996, Préfet de la région Rhône-Alpes c/ Berkany, Cons n°3

¹⁵ *JO*, 13 mars 2012, page 4498.

¹⁶ CE, sect, 24 avril 1964, Syndicat national des médecins des établissements pénitentiaires, *AJDA*, 1965, II.38, note V.S

I L'objectivation de la modification du contrat de fonction publique

L'observation de la jurisprudence administrative, ainsi que des textes applicables aux agents publics contractuels de droit public, permet d'identifier les caractéristiques de la modification des contrats de fonction publique par l'administration. Il en appert que l'administration qui est « ...*libre de modifier les dispositions statutaires qui régissent les agents des services publics, même contractuels, dans l'intérêt et pour les besoins du service* »¹⁷, peut, notamment, user de cette liberté pour procéder à la transformation du contrat(A). Dans d'autres circonstances, la modification prend les allures d'un exercice contraint pour l'administration : c'est le cas lorsque le juge lui enjoint de régulariser le contrat (B).

A) La modification-transformation du contrat de fonction publique

La modification-transformation trouve à s'appliquer lorsque le juge considère qu'il est en présence de « faux vacataires ». Ainsi, il a jugé que doit être regardé comme un agent contractuel et non comme un vacataire, le médecin qui a prêté son concours de manière continue à un dispensaire municipal pendant une durée de treize ans¹⁸, ou encore l'agent qui a dispensé pendant huit ans des enseignements de piano pendant la période des vacances scolaires¹⁹. Le juge en déduit que les dispositions réglementaires régissant la situation des agents contractuels sont, alors, applicables à ces « faux vacataires »²⁰.

Ce cas de figure s'applique, aussi, en matière de successions de contrats. Les juges administratifs ont longtemps considéré que « ...*le maintien en fonction au-delà du terme du contrat entraînait la requalification du contrat à durée déterminée en un engagement à durée indéterminée* »²¹. Cette requalification-sanction opérait, notamment, lorsque le contrat à durée déterminée s'avérait imprécis en raison de la présence d'une clause de tacite reconduction. Contestée par les pouvoirs publics²², cette jurisprudence a, toutefois, été remise en cause par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Bayeux où il est dit que, « *dans le cas où [...] le contrat de recrutement d'un agent non titulaire comporte une clause de tacite reconduction,*

¹⁷ CE, 2 mars 1949, Syndicat national du personnel civil des services des contrôles techniques, cité par E. Glaser, conclusions sur CE, sect, 31 décembre 2008, M. Cavallo, req. n°283256, extraits, *Revue Lamy des Collectivités Territoriales*, Avril 2009, p.21. Ainsi, elle est, libre de modifier les conditions de rémunération de ces agents, CE, Sect, 24 avril 1964, Syndicat national des médecins des établissements pénitentiaires, *AJDA*, 1965, II.38, note V.S

¹⁸ CAA Paris, 5 décembre 1989, req n°89PAOO948

¹⁹ CE, 15 janvier 1997, req n°141737.

²⁰ Il s'agit du décret n°86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents non titulaires de l'Etat pris pour l'application de l'article 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat (modifié par le Décret n°2007-338 du 12 mars 2007 portant modification du décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents non titulaires de l'Etat pris pour l'application de l'article 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat) et du décret n°88-145 du 15 février 1988 pris pour l'application de l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif aux agents non titulaires de la fonction publique territoriale (modifié par le décret n°2007-1829 du 24 décembre 2007 modifiant le décret n°88-145 du 15 février 1988 pris pour l'application de l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif aux agents non titulaires de la fonction publique territoriale).

²¹ H. Daïoglou, Le contrat à durée déterminée renouvelé tacitement : les conséquences de la qualification, *AJFP*, 1/2004, p. 42.

²² « *Sauf à contrevenir à ce principe législatif [article 3 du titre 1^{er} du Statut général de la fonction publique], les agents recrutés dans de telles conditions ne peuvent l'être que sur la base d'un contrat à durée déterminée, le cas échéant renouvelable* », Rép. Min, n°5396 du 27 octobre 1997.

cette stipulation ne peut légalement avoir pour effet de conférer au contrat dès son origine une durée indéterminée »²³.

La modification-transformation des contrats à durée déterminée (CDD) en contrat à durée indéterminée (CDI) connaît un regain d'actualité à l'initiative du législateur qui a, incidemment, validé la jurisprudence antérieure à l'arrêt Bayeux. En effet, la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique (articles 12 et 13) a institué le principe selon lequel les CDD étaient désormais conclus pour une durée de trois ans, renouvelables par reconduction expresse et que la durée des contrats successifs ne pouvait excéder 6 ans. A l'issue de cette période, la collectivité peut, soit décider de ne pas renouveler le contrat et l'agent est licencié, soit renouveler le contrat et celui-ci devient alors un CDI. Cette modification-transformation du contrat est néanmoins laissée à la discrétion de l'administration qui n'est tenue de procéder à la transformation préconisée par le législateur que si elle décide de poursuivre la relation contractuelle avec l'agent au bout de la période de six ans.

Ce dispositif a été conforté voire renforcé par la loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique. Destinée, comme l'indique son intitulé, à améliorer la situation des agents contractuels, cette loi facilite, tout en maintenant le dispositif issu de la loi du 26 juillet 2005, la transformation des CDD en CDI. A ce sujet, l'article 3-4 II crée par la loi du 12 mars 2012 (qui réécrit l'article 3 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984) étend la « cédésation » en prévoyant que « *tout contrat conclu ou renouvelé pour pourvoir un emploi permanent en application de l'article 3-3 avec un agent qui justifie d'une durée de services publics effectifs de six ans au moins sur des fonctions relevant de la même catégorie hiérarchique est conclu pour une durée indéterminée* ». Elle rend, par ailleurs, la transformation obligatoire au profit de certains agents²⁴.

Cette dimension obligatoire apparaît inédite dans le cadre la modification-transformation en CDI. Elle caractérise, en revanche, la modification-régularisation.

B) La modification-régularisation du contrat de fonction publique : un exercice contraint pour l'administration

L'administration peut être amenée à régulariser un contrat à l'initiative de l'agent contractuel qui dispose, selon le juge administratif, d'un droit à la modification de son contrat de recrutement. « *...un agent contractuel n'a droit à la modification des stipulations de son contrat que si cette modification a pour objet de mettre ledit contrat en conformité avec les prescriptions légales et réglementaires applicables audit contrat* »²⁵. Il en résulte qu'un agent peut être à l'origine d'une modification, en l'espèce d'une modification-régularisation²⁶, nonobstant le fait que celle-ci demeure, en dernier lieu, une décision laissée à l'entière appréciation de l'administration.

Ce droit à la modification présente, à l'analyse, tous les traits d'un droit objectif car, en réalité, ce pouvoir de modification-régularisation s'assimile à un véritable devoir pour

²³ CE, sect, 27 octobre 1999, M. Bayeux, *Rec. P.* 335.

²⁴ Voir article 3-4 II nouveau de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984

²⁵ CAA Paris, 4^{ème} ch. A, 15 février 2005, Montagna, *AJFP*, 3/2005, p.157. Cet arrêt se situe dans le prolongement de la décision du CE, 25 mars 1979, Mme Rabut, n° 6436 où ce dernier avait jugé qu'un agent contractuel pouvait faire un recours pour excès de pouvoir contre le refus de modifier certaines stipulations de son contrat pour les mettre en conformité avec la réglementation applicable.

²⁶ L'agent peut d'autant prendre une telle initiative qu'il y a va de son intérêt, voir à ce sujet, CE, 29 juillet 1994, Mme Rosenberg, req. n°114399. En effet, il pourrait voir son contrat remis en cause, par un tiers, au moyen d'un recours pour excès de pouvoir

l'administration. C'est une obligation que le juge met à la charge de l'administration. Il s'agit d'un principe général qui s'applique à l'ensemble des contrats administratifs. L'administration, « *en vertu des règles applicables aux contrats administratifs* », est tenue, de sa propre initiative, de mettre un terme à une situation contractuelle non conforme à la légalité²⁷. Il prend une allure particulière dans le contentieux du droit de la fonction publique. Cette modification-régularisation est imposée à l'administration dans un contexte marqué par le recours quasi-systématique, voire abusif aux contrats de recrutement des agents contractuels dans la fonction publique, en particulier dans la fonction publique territoriale²⁸, générateur d'un abondant contentieux. Plus que son ampleur, le contentieux des contrats de recrutement d'agents contractuels marque les esprits en raison de l'objectivisme qui le caractérise dans la mesure où il fait « *la part belle au recours pour excès de pouvoir. Telle est sa spécificité* »²⁹. La modification-régularisation contribue, largement, à affermir ce trait car le juge administratif a forgé, au nom du principe de légalité, une véritable œuvre jurisprudentielle en la matière au regard des nombreuses circonstances dans lesquelles ce devoir s'impose à l'administration. La régularisation est, alors, destinée soit à assurer la survie du contrat (1) ou son anéantissement (2).

L'idée de la régularisation aux fins d'assurer la survie du contrat se dégage de l'affaire Leplatre où le Conseil d'Etat a jugé que l'administration avait le devoir de résilier les clauses illégales d'un contrat de recrutement, et donc de le régulariser³⁰. Elle est corroborée par l'arrêt Cavallo qui est, sans aucun doute, la décision la plus emblématique de cette jurisprudence³¹. En effet, dans un considérant de principe, le Conseil d'Etat énonce que « ... *sauf s'il présente un caractère fictif ou frauduleux le contrat de recrutement d'un agent contractuel de droit public crée des droits au profit de celui-ci ; que, lorsque le contrat est entaché d'une irrégularité, notamment parce qu'il méconnaît une disposition législative ou réglementaire applicable à la catégorie d'agents dont relève l'agent contractuel en cause, l'Administration est tenue de proposer à celui-ci une régularisation de son contrat afin que son exécution puisse se poursuivre régulièrement...* ». Au-delà de sa portée relativement au régime juridique du contrat de recrutement qui s'assimile, de plus en plus, à celui de l'acte unilatéral et à la question de sa nature juridique³², cette décision est significative quant à l'obligation qui est mise à la charge de l'administration par le juge administratif d'user de son pouvoir de modification du contrat afin de maintenir le contrat. Il s'agit, au nom du principe de légalité, d'une véritable obligation de résultat mise à la charge de l'administration. La même obligation s'impose à l'administration dans l'hypothèse d'une suspension du contrat de recrutement par le juge des référés. C'est ce qu'a décidé le Conseil d'Etat dans l'affaire M.

²⁷ CE Ass. 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, Lebon p. 246 ; *AJDA* 1958, II, p. 282, concl. Kahn.

²⁸ Voir à ce sujet, S. Lavigne, La porte entrouverte au recrutement des contractuels par les collectivités locales, *AJFP*, 1998, p. 49

²⁹ F. Melleray, Les spécificités du contentieux des agents publics non titulaires, *Revue Lamy Collectivités Territoriales*, juillet 2010, p.96.

³⁰ CE, 14 juin 2004, Leplatre, *Lebon*, 252.

³¹ CE, sect, 31 décembre 2008, n°283256, M. Cavallo, *Droit Administratif*, n°3, comm 41. En la circonstance, les juges ont suivi les préconisations du commissaire du gouvernement, Emmanuel Glaser, qui a proposé à ces derniers de s'inscrire dans le prolongement de l'affaire Leplatre, voir La porosité de la situation contractuelle d'un agent public, Extraits des conclusions du Commissaire du gouvernement, CE, 31 déc 2008, n°2823256, M. Cavallo, *Revue Lamy des Collectivités Territoriales*, avril 2009, p.24.

³² Voir notamment F. Melleray, Nouvelle illustration de la situation « quasi-réglementaire » des agents publics contractuels, *Droit Administratif*, n°3, mars 2009, comm. 41, E. Marc, La porosité de la situation contractuelle d'un agent public, note sous CE, 31 déc.2008, n°283256, Cavallo, *Revue Lamy des Collectivités Territoriales*, avril 2009, p.26 et ss, D. Jean-Pierre, Que faire du contrat irrégulier de recrutement d'un agent public, *JCP A*, n°11, 9 mars 2009, 2062. A ce titre, certains considèrent que l'arrêt Cavallo « *renoue quasiment avec la notion de "fonctionnaire contractuel"* », E. Aubin, *Droit de la fonction publique*, Gualino- Lextenso Editions, 4^e édit, 2010, p.128. Voir aussi, S.J Liéber, D. Bottegghi, op cit, p.142 et ss.

Georges contre la Région Guadeloupe³³. A l'invitation du rapporteur public, le juge suprême a fait une application adaptée de l'arrêt Cavallo en énonçant que « *lorsque le juge des référés a prononcé... la suspension du contrat de l'agent d'une collectivité territoriale, cette collectivité est tenue, dans l'attente du jugement au fond, de respecter la force obligatoire qui s'attache aux décisions rendues par le juge des référés et de ne pas poursuivre l'exécution du contrat ; qu'elle doit également, par des mesures qui ne présentent pas de caractère irréversible, rechercher les moyens de régulariser le recrutement de l'agent pour tenir compte des droits que le contrat a créés à son profit, sauf si ce dernier présente un caractère fictif ou frauduleux ; qu'à cette fin, il lui appartient, compte tenu notamment des motifs retenus par le juge des référés, de régulariser le vice dont le contrat initial est susceptible d'être entaché...* ». Nonobstant la suspension du contrat, le juge estime, donc, qu'il appartient, dans le prolongement de la jurisprudence Cavallo, à l'administration de prendre toutes mesures destinées à remédier à la situation qu'elle a créée.

Cette contrainte imposée à l'administration est particulièrement notoire en matière de régularisation des contrats verbaux. En vertu du droit positif, les contrats de recrutement doivent être écrits. L'exemple de l'article 3 du décret n°88-145 du 15 février 1988 pris pour l'application de l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif aux agents non titulaires de la fonction publique territoriale³⁴ est assez éclairant sur cette exigence juridique. En effet, il dispose que « *l'agent non titulaire recruté, soit par contrat, soit par décision administrative. L'acte d'engagement est écrit...Il fixe la date à laquelle le recrutement prend effet, et le cas échéant, prend fin...* »³⁵. Sous ce fondement, le juge administratif impose à l'administration de mettre fin au contrat verbal illégal tant dans la forme, en l'absence d'écrit, que sur le fond, en ce qu'il ne prévoit aucun terme³⁶ en régularisant l'illégalité ainsi créée. Les propos du juge ne laissent aucun doute sur l'obligation pour l'administration de déférer à cette charge. Selon ce dernier, « *... un contrat verbal ne comportant par nature aucune indication de durée, est contraire à ces prescriptions et ne peut légalement être maintenu* ».

Ces propos sont signifiants quant au caractère impératif de la modification-régularisation. Elle est, au regard de la jurisprudence évoquée, imposée en vue d'assurer la survie du contrat de recrutement. Dans les arrêts M. Cavallo et M. Georges, le juge impose à l'administration de régulariser le contrat parce que celui-ci est créateur de droits. S'agissant des contrats verbaux, l'administration est tenue de les régulariser parce qu'il s'agit de vices qui ne sont pas substantiels.

Sur un plan plus général, il est, juridiquement, acquis que l'illégalité n'entraîne pas nécessairement l'annulation³⁷. En effet, en vertu de ses larges pouvoirs d'appréciation, le juge, afin d'éviter l'annulation du contrat, peut, notamment, procéder à une substitution de motifs. Grâce à cette technique, il peut prendre acte de la novation d'un contrat de

³³ CE, 27 octobre 2010, M. Georges c/. Région Guadeloupe, n°321469, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000022973500&fastReqId=720433566&fastPos=1

³⁴ Modifié par le décret n°2007-1829 du 24 décembre 2007 modifiant le décret n°88-145 du 15 février 1988 pris pour l'application de l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif aux agents non titulaires de la fonction publique territoriale).

³⁵ La formule usitée par l'article 4 du décret n°86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents non titulaires de l'Etat pris pour l'application de l'article 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat (modifié par le Décret n°2007-338 du 12 mars 2007 portant modification du décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents non titulaires de l'Etat pris pour l'application de l'article 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat) est quasiment identique.

³⁶ CAA Paris, 10 juillet 2003, Commune de Fontainebleau, *AJDA*, 2003, obs, V. Haim, « la compétence liée de l'administration pour mettre fin à un contrat verbal ».

³⁷ Voir, B. Seiller, L'illégalité sans l'annulation, *AJDA*, 2004, p.963.

remplacement en contrat conclu en raison d'un besoin occasionnel³⁸. Dans cette affaire, les juges du fond ont considéré, au sujet d 'un agent recruté pour assurer le remplacement d'une personne titulaire placée en congé de maternité que si l'agent a « *continué d'être employé...en qualité d'agent administratif, elle ne saurait pour autant être considéré comme ayant été maintenue dans les fonctions qu'elle exerçait pendant la période de remplacement, le titulaire ayant repris son poste [cet agent]...doit être regardé comme ayant été employé... pour faire face à un besoin occasionnel, sur la base d'un nouveau contrat verbal à durée déterminée dont le terme est l'extinction du besoin* ».

Dans d'autres circonstances, la survie du contrat s'avère, juridiquement, impossible parce que celui-ci n'est pas régularisable. Cette éventualité est clairement envisagée dans les arrêts Cavallo et Sébastien Georges précités. Dans les deux cas, il est, respectivement énoncé que « *si le contrat ne peut être régularisé, il appartient à l'administration de ...* » et « *si le contrat ne peut être régularisé...de proposer...* ». Cette hypothèse est, notamment, envisageable lorsque le vice est substantiel³⁹. Le contrat de recrutement ne pouvant être maintenu, l'administration a « *compétence liée* » pour mettre un terme à son irrégularité. La régularisation a, alors, pour objet de procéder à son anéantissement. Afin de parfaire son œuvre, le juge a dressé à l'attention de l'administration un véritable mode opératoire de la modification-régularisation.

Dans l'hypothèse d'un vice qui ne peut être régularisé, l'administration doit, en vertu du principe de légalité, normaliser la situation juridique résultant du vice affectant le contrat comme l'indique l'arrêt Cavallo où le juge déclare, « *que si le contrat ne peut régularisé, il appartient à l'administration dans la limite des droits résultant du contrat initial, de proposer à l'agent un emploi de niveau équivalent, ou, à défaut d'un tel emploi et si l'intéressé le demande, tout autre emploi, afin de régulariser sa situation ; que si l'intéressé refuse la régularisation de son contrat ou si la régularisation de sa situation, dans les conditions précisées ci-dessus, est impossible, l'Administration est tenue de le licencier* ».⁴⁰

L'option du licenciement s'impose et « *il est même obligatoire, puisque la situation est irrégulière* »⁴¹. Si dans le cas présent, le juge s'est montré directif, en dressant un véritable mode opératoire de la régularisation, cela ne préjudicie pas la liberté d'appréciation qu'il reconnaît, de manière générale, à l'administration en la matière. Il concède, notamment, à l'administration, le pouvoir de résilier un contrat illégal en dehors de toute procédure ou formalité préalable⁴². Celle-ci peut, donc, saisir le juge aux fins de constater la nullité du contrat, le résilier unilatéralement, voire de retirer le contrat à condition, toutefois, qu'elle ne remette pas en cause le principe aux termes duquel « *l'administration ne peut retirer une décision individuelle explicite créatrice de droits, si elle est illégale, que dans le délai de quatre mois suivant la prise de décision* »⁴³. Dans le cas d'espèce, le juge a annulé la décision du ministre de l'emploi retirant un CDI pour lui substituer des CDD, en estimant que, bien

³⁸ CAA Bordeaux, 2^{ème} ch, Commune de Mourens, 2 juin 1997, n°95BX00783.

³⁹ C'est le cas, notamment, lorsqu'un agent contractuel a été recruté en dehors des hypothèses de recours autorisées par la loi du contrat. Dans ce cas de figure, le juge considère que l'agent, illégalement recruté, ne peut bénéficier des dispositions réglementaires applicables, CE, Ass, 17 juin 1932, Ville de Castelnaudary, Rec, p.595, CE, Sect, 21 mars 1958, Delteil, Rec, p.189, concl F. Bernard.

⁴⁰ Le même principe figure, à quelques nuances près, dans l'affaire M. Georges. « *Il lui appartient, ou, si le contrat ne peut être régularisé, de proposer à l'agent, à titre provisoire dans l'attente du jugement au fond et dans la limite des droits résultant du contrat initial, un emploi de niveau équivalent ou, à défaut d'un tel emploi et si l'intéressé le demande, tout autre emploi ; qu'en l'absence de telles possibilités, aucune obligation particulière ne pèse alors, tant que le jugement au fond n'est pas intervenu, sur la collectivité territoriale qui, dans cette hypothèse, est seulement tenue de ne pas poursuivre l'exécution du contrat* », Extrait du 4^e considérant.

⁴¹ S.J Liber, D. Botteghi, op cit, p.144.

⁴² CE, 23 février 1996, Delle Brillé, Rec, p.142.

⁴³ TA Lyon, 10 mars 2002, Mme Casas, AJFP, 2/2003, p.47.

qu'illégale la décision de conclure un CDI était créatrice de droits et qu'elle ne pouvait intervenir que dans un délai de quatre mois. Au delà de ce délai, l'administration est tenue de saisir le juge. Cette limite temporelle constitue le seul tempérament apportée au pouvoir de l'administration. La nécessité de régulariser par anéantissement l'emporte sur toute autre considération, singulièrement des considérations subjectives.

Nonobstant, la modification-régularisation ainsi que la modification-transformation du contrat pouvant faire grief à l'agent, ce dernier doit, au regard de la jurisprudence et de la législation, donner son acceptation en vertu de son droit de s'y opposer. Il préfigure la dimension, de plus en plus, subjectivée du contentieux du droit de la fonction publique, et au-delà du droit de la fonction publique, qui met à l'épreuve le pouvoir de modification de l'administration.

II La modification du contrat à l'épreuve de la subjectivation du droit de la fonction publique.

Ce processus est loin d'être inédit. Il semble, de plus en plus, consubstantiel au contentieux administratif⁴⁴. Il « ... s'entend de la prise en compte par le juge d'arguments subjectifs tenant aussi bien à la situation subjective des intéressés qu'à leurs droits subjectifs. La subjectivation du contentieux administratif désigne donc l'étude du mouvement par lequel le juge administratif prend en considération ces éléments de subjectivité »⁴⁵. Le contentieux du droit de la fonction publique, voire le droit de la fonction publique, n'échappe pas à cette tendance car le juge administratif, assisté du législateur, tend à faire de l'agent un acteur de la modification du contrat en conditionnant celle-ci à l'acceptation de ce dernier (A). Il fait, par ailleurs, du respect du droit de l'agent à être employé, une condition de la modification (B).

A) La modification conditionnée à l'acceptation de l'agent

En dépit de leur différence d'objet, la modification-régularisation et la modification-transformation du contrat de fonction publique obéissent, à quelques exceptions près⁴⁶, aux mêmes règles posées par le juge et le législateur. Elles sont constitutives de leur régime juridique. Elles ont notamment trait aux modalités de la modification qui font une large place à l'agent.

Dans le cadre de la modification-régularisation, et dans l'hypothèse où le contrat ne peut être régularisé, le juge énonce dans son mode opératoire « ... que si l'intéressé refuse la régularisation de son contrat ou si la régularisation de sa situation, dans les conditions précisées ci-dessus, est impossible, l'Administration est tenue de le licencier »⁴⁷. Le licenciement, pour refus, par l'agent de la modification de son contrat, est une solution classique du droit de la fonction publique. Or, il est de jurisprudence constante que le juge « assimile à un licenciement la modification substantielle d'un contrat »⁴⁸. Elle s'applique, notamment, en matière de renouvellement du contrat⁴⁹. Il en appert que « ... l'agent contractuel n'est pas tenu d'accepter une modification substantielle de son contrat. En revanche, dès lors que la modification du contrat ne présente pas un caractère substantiel, le

⁴⁴ Voir à ce sujet, B. Seiller, La subjectivation du contentieux administratif, exposé, séminaire, 2010-2011, Master 2 Recherche de Droit public approfondi, Université Panthéon-Assas Paris II, http://dpa.u-paris2.fr/IMG/pdf/Administratif_-_expose_Delest_Chenede.pdf

⁴⁵ Ibid, p.1.

⁴⁶ Il existe quelques différences mineures s'agissant du rôle que l'agent est amené à jouer dans le processus de modification du contrat.

⁴⁷ Le même principe figure à l'arrêt M. Georges

⁴⁸ E. Aubin, op cit, p.125.

⁴⁹ Voir à ce sujet, H. Daïoglou, op. cit, p. 42 et ss.

refus par l'agent de la modification du contrat emporte renonciation à son emploi »⁵⁰. Dans le cas présent, et à l'aune de cet éclairage, le licenciement est une solution idoine à raison du refus de l'agent de voir sa situation substantiellement modifiée suite à la régularisation de sa situation consécutivement à l'anéantissement de son contrat irrégulier. Ce cas de figure est d'autant plus vraisemblable que le juge, dans son mode opératoire, semble indiquer que la régularisation doit s'opérer « *dans la limite des droits qui résultent du contrat initial, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas aboutir à sa modification substantielle* »⁵¹. Pour les juges du fond, la réduction de plus de la moitié, d'une année à l'autre, du nombre d'heures de travail d'un agent contractuel constitue une modification substantielle⁵². La même conclusion s'impose lorsque l'administration exige d'un agent qu'il travaille à temps plein alors qu'il avait été recruté à temps non complet à raison de vingt heures par semaine⁵³. Dans ces occurrences, le juge reconnaît le droit, pour l'agent, de s'opposer (ce qui, conséquemment lui ouvre droit aux indemnités de licenciement prévues à l'article L.1226-14 du code du travail) à la régularisation de son contrat. C'est le signe que la modification est conditionnée à son acceptation. Le processus de modification-régularisation du contrat ne lui est pas donc extérieur.

Par ailleurs, comme le juge l'a indiqué dans son mode opératoire dans les arrêts Cavallo et Georges, l'administration peut proposer à l'agent un emploi de niveau équivalent ou tout autre emploi. C'est un truisme de dire que son acceptation est requise pour que cette proposition soit validée afin que l'administration soit libérée de son obligation de régulariser sa situation. Lorsque l'emploi proposé par l'administration, dans le cadre de la réintégration d'un agent illégalement évincé, n'est pas un emploi équivalent⁵⁴ au précédent, le juge considère qu'il s'agit d'une modification unilatérale illégale du contrat initial⁵⁵. Par ailleurs, il refuse d'admettre que le refus de l'agent de signer le nouveau contrat proposé comme constitutif d'une faute de nature à justifier une sanction disciplinaire⁵⁶. Cette jurisprudence est exemplaire sur la nécessité pour l'administration de recueillir l'assentiment de l'agent et cela conformément à un principe général du droit qui interdit toute modification des termes du contrat d'un contrat « de travail » sans l'accord de l'employeur et du « salarié »⁵⁷.

Last but not least, le juge reconnaît, dans les arrêts Cavallo et Sébastien Georges, à l'agent la faculté de faire des propositions à l'administration afin de régulariser sa situation. Leur juridicité dépendra de leur conformité aux dispositions législatives et réglementaires applicables et si elles demeurent dans le cadre des droits que l'agent aura acquis au titre de son contrat initial. En outre, pour être effective, et en vertu du principe général précité, ces propositions devront recueillir l'accord de l'administration qui dispose, dans ce cas, d'un pouvoir discrétionnaire. Cette image d'un binôme œuvrant à la régularisation de la situation de l'agent générée par un contrat irrégulier qui ne peut être maintenu est particulièrement prégnante dans l'hypothèse où il s'agit d'assurer la survie du contrat.

Sur ce point, les arrêts Cavallo et Sébastien Georges ne comportent aucune indication sur le mode opératoire adapté dans une telle perspective. Le juge s'étant limité à poser, dans les deux cas de figure, le principe selon lequel «...l'Administration est tenue de proposer à celui-

⁵⁰ Ibid

⁵¹ E. Marc, op,cit, p.28.

⁵² CAA Nancy, Commune de Bettviller, 14 juin 2007, n° 06NC01539.

⁵³ CAA Bordeaux, Mme Agnès X, 19 février 2008, n° 06BX00941.

⁵⁴ Sur la notion d'équivalence, voir E. Marc, ibid.

⁵⁵ CE, 14 mars 1994, Wolfrom, req. 73603, Rec. Leb. p. 1020. Voir aussi, C.E. 31 mai 1995, Rodriguez, req. 132639, Rec. Leb. p. 223).

⁵⁶ CE, 31 mai 1995, Mme Rodriguez, RFDA, juillet-août 1995, p.852, n°32.

⁵⁷ CE, 29 juin 2001, Berton, AJDA, 2001, p.651. Cet arrêt a été rendu dans une affaire relative aux agents de la SNCF. S'agissant d'un principe général du droit (PGD), il s'applique aussi aux agents contractuels de la fonction publique.

ci [c'est-à-dire l'agent] une régularisation de son contrat afin que son exécution se poursuive régulièrement ». Le silence du juge n'est pas, cependant, dirimant. L'administration devra proposer, conformément aux dispositions réglementaires régissant la situation statutaire des agents contractuels, un contrat écrit indiquant sa durée qui ne peut être qu'un contrat à durée déterminée. Eu égard, aux principes évoqués précédemment, cette proposition devrait avoir l'aval de l'agent car toute modification substantielle du contrat exige son acceptation.

En matière de régularisation des contrats verbaux, le juge, singulièrement le juge du fond, admet que l'administration puisse substituer par arrêté un acte d'engagement écrit à durée déterminée au contrat verbal⁵⁸. Cette régularisation nécessite, cependant, l'accord de l'agent comme le démontre l'affaire Rosse⁵⁹. Recruté verbalement, celui-ci a saisi les juridictions administratives afin d'obtenir le versement d'une indemnité de licenciement car l'administration qui l'avait, initialement, recruté par cette voie pour exercer les fonctions de chauffeur de ramassage scolaire de 1986 à 1992, a conclu, avec ce dernier, au bout de cinq années de service, un premier CDD d'un an, puis, un second d'une durée de mois au terme duquel, celle-ci lui a signifié son souhait de ne pas reconduire son contrat. Le juge du fond a retenu que si l'agent avait été recruté verbalement il n'en demeure pas moins vrai que sa situation administrative avait changé et qu'il était, désormais, « régi par les stipulations des deux contrats dont il a consenti la conclusion pour les durées déterminées ... ». Dès lors, il considère qu'aucune indemnité ne lui était donc due. La mention « dont il a consenti » est éloquent sur le fait que le juge considère qu'une telle régularisation suppose que l'agent y donne son accord. Cette lecture se déduit aussi, à contrario, d'un autre arrêt où ce dernier estime que l'administration ne peut modifier unilatéralement un contrat verbal⁶⁰. Dans cette affaire, la requérante, qui avait été recrutée par contrat verbal en qualité d'agent d'entretien, n'avait pas accepté la diminution importante de sa durée de travail décidée par la commune. La Cour a, alors, jugé que la décision du maire de mettre fin à toute relation contractuelle avec elle devait être regardée comme un licenciement.

Relativement au rôle de l'agent dans le cadre de la modification-transformation, c'est le juge communautaire, à raison du silence du législateur sur ce point, qui a fixé les règles applicables en la matière suite à une question préjudicielle du tribunal administratif de Rennes juge français, en vertu de l'article 267 TFUE, singulièrement⁶¹. La demande du tribunal est intervenue dans le cadre d'un litige opposant un chercheur contractuel reconduit par son université après six années de CDD ininterrompues. Celui-ci avait alors saisi, suite à l'échec de son recours administratif, le juge aux motifs que Le CDI qui lui était proposé opérait une rétrogradation de ses fonctions et emportait une diminution de 20% de sa rémunération. La Cour devait, donc, répondre à la question de savoir, si dans le cas où un Etat décide de renouveler l'engagement d'un agent précédemment recruté pendant une période de six années en contrat à durée déterminée, l'obligation de recourir à un contrat à durée indéterminée implique-t-elle nécessairement, au regard des objectifs de la directive 1999/70, la reprise à l'identique dans le nouveau contrat des clauses principales du dernier contrat conclu, notamment celles relatives à la dénomination du poste et à la rémunération. Elle répond « qu'un Etat membre, qui prévoit dans sa réglementation nationale la transformation des contrats de travail à durée déterminée en un contrat de travail à durée indéterminée lorsque les contrats de travail ont atteint une certaine durée, n'est pas tenu d'imposer, dans le contrat de travail à durée indéterminée, la reprise à l'identique des clauses principales figurant dans

⁵⁸ CAA Paris, 10 juillet 2003, Commune de Fontainebleau, supra note 29.

⁵⁹ CAA Nancy, 16 mars 2000, M. Rosse, req n°96NC01539

⁶⁰ CAA Nancy, 3^{ème} chambre, 14 juin 2007, Cne Bettviller c/ Gossmann, *AJFP*, 5/2007, p.278, Même verbal, un contrat ne peut être substantiellement modifié par l'employeur ».

⁶¹ Voir La transformation de CDD en CDI face à l'Union européenne, Arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne, 8 mars 2012, n°C-251/11, *AJDA*, 2012, p.518.

le contrat précédent. Toutefois, afin de ne pas porter atteinte aux objectifs poursuivis par la directive 1999/70 et à son effet utile, cet Etat membre doit veiller à ce que la transformation des contrats de travail à durée déterminée en un contrat de travail à durée indéterminée ne s'accompagne pas de modifications substantielles des clauses du contrat précédent dans un sens globalement défavorable à la personne intéressée lorsque l'objet de la mission de celui-ci et la nature de ses fonctions demeurent les mêmes ». Eu égard à ce principe, deux solutions sont à envisager : soit les modifications en cause sont qualifiées de substantielles et l'agent sera licencié s'il oppose son refus, soit elles ne modifient pas substantiellement le contrat précédent, et son refus sera assimilé à une renonciation de son emploi. Dans les deux cas, cela suppose que l'administration ne saurait faire abstraction de sa volonté.

La question du maintien des clauses substantielles se pose, aussi, lorsque l'activité d'une entité économique employant des personnes privées est reprise par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif. A ce titre, l'alinéa 2 de l'article 20 de la loi du 26 juillet 2005 dispose que « *sauf disposition législative ou réglementaire ou conditions générales de rémunération et d'emploi des agents non titulaires de la personne publique contraires, le contrat qu'elle propose reprend les clauses substantielles du contrat dont les salariés sont titulaires, en particulier celles qui concernent la rémunération. En cas de refus des salariés d'accepter les modifications de leur contrat, la personne publique procède à leur licenciement, dans les conditions prévues par le droit du travail et par leur contrat* ». A la lecture de cet article, il apparaît que le transfert n'est pas automatique. Il est conditionné à l'acceptation du salarié appelé à devenir agent contractuel dès lorsque celui-ci dispose du droit de s'opposer à son transfert. Cette faculté est conforme aux exigences communautaires, particulièrement à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (désormais Cour de justice de l'Union européenne) qui considère que « *les dispositions de l'article 3, paragraphe 1, de la directive ne font pas obstacle à ce qu'un travailleur décide de s'opposer au transfert de son contrat ou de sa relation de travail et ainsi, de ne pas bénéficier de la protection que lui accorde la directive* »⁶². Ce droit de s'opposer est corrélé au droit fondamental de tout travailleur de choisir librement son employeur.

S'agissant d'un droit fondamental de tout travailleur, il s'appliquera aussi lorsque l'activité d'une personne morale de droit public employant des agents non titulaires de droit public sera reprise par une autre personne publique dans le cadre d'un service public administratif comme l'envisage l'article 23 de la loi n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique. Cet article a inséré un nouvel article 14 ter dans la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 relative aux droits et obligations des fonctionnaires qui dispose que « *...cette personne publique propose à ces agents un contrat de droit public, à durée déterminée ou indéterminée selon la nature du contrat dont ils sont titulaires. Sauf disposition législative ou réglementaire ou conditions générales de rémunération et d'emploi des agents non titulaires de la personne publique contraires, le contrat qu'elle propose reprend les clauses substantielles du contrat dont les agents sont titulaires, en particulier celles qui concernent la rémunération....En cas de refus des agents d'accepter le contrat proposé, leur contrat prend fin de plein droit. La personne publique qui reprend l'activité applique les dispositions relatives aux agents licenciés* ».

Le droit de l'agent de s'opposer à la modification (régularisation ou transformation) de son contrat exemplifie le fait que la modification ne peut prendre effet qu'à la condition que l'agent l'accepte. Il caractérise, parallèlement, une réalité juridique de notre temps : celle qui consiste à reconnaître aux agents contractuels des droits subjectifs dont le respect conditionne, à maints égards, l'effectivité de la modification.

⁶² CJCE, 16 décembre 1992, Katsikas, C-132/91 et C-139/91, JCP, 1993, éd E, I, 266, p.370, obs Paul-Henri, Antonmattei.

B) La modification conditionnée au respect du droit de l'agent à être employé

Par le biais des lois n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique et n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique, le législateur aura reconnu aux agents contractuels trois droits subjectifs majeurs qui trouvent à s'appliquer à l'occasion d'opérations de transferts d'activités et qui ont vocation à tempérer le pouvoir de modification de l'administration : un droit à un nouveau contrat de droit public, un droit au maintien des clauses substantielles et un droit d'opposition au transfert⁶³. Cette volonté affichée du législateur fait écho à une tendance jurisprudentielle allant dans le même sens⁶⁴ et que corrobore l'arrêt Cavallo en reconnaissant aux agents contractuels un droit à être employés.

Il s'infère du considérant de principe de cet arrêt déjà évoqué mais qu'il convient de reprendre in extenso. « *Sauf s'il présente un caractère fictif ou frauduleux, le contrat de recrutement d'un agent contractuel de droit public crée des droits au profit de celui-ci ; que, lorsque le contrat est entaché d'une irrégularité, notamment parce qu'il méconnaît une disposition législative ou réglementaire applicable à la catégorie d'agents dont relève l'agent contractuel en cause, l'administration est tenue de proposer à celui-ci une régularisation de son contrat afin que son exécution puisse se poursuivre régulièrement ; que si le contrat ne peut être régularisé, il appartient à l'administration, dans la limite des droits résultant du contrat initial, de proposer à l'agent un emploi de niveau équivalent, ou, à défaut d'un tel emploi et si l'intéressé le demande, tout autre emploi, afin de régulariser sa situation ; que, si l'intéressé refuse la régularisation de son contrat ou si la régularisation de sa situation, dans les conditions précisées ci-dessus, est impossible, l'administration est tenue de le licencier* ».

A la lecture de ce considérant, une conclusion s'impose : l'agent dispose, en vertu de son contrat, d'un droit à être employé dans le cadre de la régularisation-survie ou de la régularisation-anéantissement dudit contrat. Le juge a, en la circonstance, épousé la thèse développée dans ses conclusions par le commissaire du gouvernement⁶⁵ où il conclut notamment : « *Parce qu'il nous semble souhaitable de tirer toutes les conséquences tant du caractère créateur de droits du contrat que la situation en réalité statutaire et réglementaire des agents en cause, nous pensons que qu'avant de licencier l'intéressé, l'administration doit s'assurer qu'elle ne peut pas, malgré tout, régulariser sa situation en le plaçant, compte tenu de sa catégorie et des emplois disponibles, sur un emploi qu'il peut légalement occuper. Certes, en principe l'agent contractuel est recruté sur un emploi donné, mais vous admettez qu'en cas d'annulation de la décision de licenciement cela ne fait pas obstacle à ce qu'il soit réintégré sur "un emploi équivalent" »⁶⁶.*

⁶³ Parallèlement, le pouvoir réglementaire a étendu, par l'entremise du décret n°2007-1829 du 24 décembre 2007 modifiant le décret n°88-145 du 15 février 1988 pris pour l'application de l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif aux agents non titulaires de la fonction publique territoriale, aux agents contractuels des droits subjectifs jusqu'alors reconnus aux fonctionnaires. Ce décret est cité, ici, à titre indicatif car les droits en question ne présentent pas d'intérêt dans le cas présent. Ils participent à cette tendance avérée visant à reconnaître des droits subjectifs aux agents contractuels.

⁶⁴ Voir E. Aubin, « les conséquences juridiques des promesses non tenues faites aux agents contractuels de droit public », note sous TA Amiens, 6 septembre 2005, *AJDA*, 2006, p.158.

⁶⁵ Op.cit, supra, note 29.

⁶⁶ Voir E. Glaser, La porosité de la situation contractuelle d'un agent public, op.cit, p.24.

En raison de sa portée, pour le moins radicale, cet arrêt suscite des réserves au sein de la doctrine. Certains ont évoqué l'idée d'un retour du fonctionnaire contractuel⁶⁷. Ils s'interrogent notamment « ... sur le fait que soit mise à la charge de l'administration non pas seulement une obligation de régularisation du contrat sur un poste équivalent mais une obligation de reclassement dans la même structure... »⁶⁸. Et les auteurs d'ajouter, « qu'il nous soit permis de dire qu'il est moins facile de justifier l'obligation, s'agissant d'un agent contractuel, tant de régularisation que de reclassement sur tout autre poste, même non équivalent. Elle efface en effet totalement la spécificité du recrutement par contrat en adoptant une logique d'emploi, propre aux fonctionnaires stricto sensu »⁶⁹. D'autres se posent la question de savoir si la jurisprudence Cavallo est logique⁷⁰.

Par delà les considérations de logique formelle, l'arrêt Cavallo procède d'une logique, en l'occurrence d'une logique d'emploi, qui lui donne tout son sens. Elle semble imprégner le contentieux du droit de la fonction publique comme le confirme un arrêt de la Cour administrative d'appel de Marseille où le juge du référé-provision dispose que « *considérant qu'il résulte de ces dispositions de la loi du 26 juillet 2005, éclairées par leurs travaux préparatoires, qu'un agent recruté sur un emploi permanent pouvant légalement être confié à un agent contractuel, dont le contrat a été transformé, en application de ces dispositions, en contrat à durée indéterminée, ne peut faire l'objet d'un licenciement que dans l'hypothèse où, à la suite d'une décision formelle ou d'une réorganisation du service ayant le même effet, son poste est supprimé, et où son reclassement est impossible, ou pour des motifs liés à sa manière de servir ou à son aptitude à exercer ses fonctions* »⁷¹.

Il y a un lien entre cette décision et l'arrêt Cavallo. Selon Laurent Marcovici, « *sur le fond de cette affaire, l'arrêt donne toute sa portée à l'arrêt du Conseil d'Etat Cavallo* »⁷². Et l'auteur d'ajouter, « *Ainsi, l'arrêt de la cour de Marseille se combine en définitive harmonieusement avec la jurisprudence Cavallo. Comme l'affirme la cour, le motif tiré de ce qu'un agent titulaire souhaite pourvoir l'emploi n'est pas à lui seul, un motif de licenciement. Certes, l'agent titulaire dispose bien d'une priorité d'emploi et l'agent contractuel peut être amené à laisser la place. Mais l'éviction de l'agent contractuel ne peut déboucher sur le licenciement qu'à la condition que les autres solutions d'emplois à un niveau équivalent lui aient été proposées* »⁷³. En d'autres termes, le licenciement de l'agent contractuel n'est envisageable qu'après que l'administration ait respecté son droit à être reclassé, donc son droit à être employé. Ce droit à être reclassé s'applique notamment en cas de suppression d'emploi. Le principe est clairement établi par les juges du fond qui estiment que l'obligation, pour l'employeur, de reclasser un salarié ayant perdu son emploi des suites d'une suppression de poste et, en cas d'impossibilité, de le licencier, s'applique à l'égard des agents contractuels de droit public dès lors qu'ils occupent un emploi permanent, dans la limite de la durée de leur contrat⁷⁴. C'est la reconnaissance d'un droit à être employé nonobstant une mesure de suppression d'emploi.

⁶⁷ Voir S.J Liéber, D. Botteghi, Le retour du « fonctionnaire contractuel », op.cit, supra, note 30.

⁶⁸ Ibid, p.145.

⁶⁹ Ibid, p.146.

⁷⁰ Voir F. Melleray, Les spécificités du contentieux des agents publics non titulaires, op. cit, supra, note 27 : L'auteur, après avoir noté que le raisonnement du juge repose sur deux prémisses, à savoir l'agent contractuel est dans une situation quasi-statutaire et l'agent contractuel a le droit d'occuper tout emploi qu'il peut légalement occuper, se dit convaincu par la première mais estime discutable la seconde.

⁷¹ CAA Marseille, Mme Manois, 19 mars 2010, n°08MA04753, AJDA, 2010, p.784.

⁷² L. Marcovici, Des agents publics mieux protégés, note sous CAA Marseille, Mme Manois, 19 mars 2010, n°08MA04753, AJDA, 2010, p.786.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ CAA Lyon, M. Etilé, 7 juillet 2011, n°10LY02708, Voir dans le même sens CAA Marseille, Mme Sandrine Luzy, 30 mars 2010, n°08MA01641 cité par L. Moscovici, op.cit, p.787.

Il s'impose, par ailleurs, à l'administration lorsque celle-ci décide d'affecter un fonctionnaire sur un emploi déjà occupé par un agent recruté dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée⁷⁵. Selon le Conseil d'Etat, « ...un agent contractuel ne peut tenir de son contrat le droit de conserver l'emploi pour lequel il a été recruté, lorsque l'autorité administrative entend affecter un fonctionnaire sur cet emploi. L'administration peut, pour ce motif, légalement écarter l'agent contractuel de cet emploi. Il résulte toutefois d'un principe général du droit, dont s'inspirent tant les dispositions du code du travail... que les règles du statut général de la fonction publique qui imposent de donner, dans un délai raisonnable, aux fonctionnaires en activité dont l'emploi est supprimé une nouvelle affectation correspondant à leur grade, qu'il incombe à l'administration, avant de pouvoir prononcer le licenciement d'un agent contractuel... de chercher à reclasser l'intéressé... l'administration propose à cet agent un emploi de niveau équivalent, ou, à défaut d'un tel emploi et si l'intéressé le demande, tout autre emploi ». C'est un truisme de dire que le juge suprême aligne, dans cette occurrence, la situation de l'agent contractuel recruté à durée indéterminée sur celle du fonctionnaire.

Le caractère systématique, voire systémique, de cette jurisprudence est significatif quant à l'office du juge administratif. A travers cette jurisprudence, le juge relaie la volonté avérée du législateur, depuis la loi du 26 juillet 2005 précitée, de « déprécariser » la situation des agents contractuels⁷⁶. Loin de fonder un droit au maintien dans l'emploi, le droit à être employé garantit à l'agent une affectation dans un emploi conformément aux caractéristiques du système de l'emploi qui postule que l'agent contractuel n'a pas vocation à faire carrière. Il est, certes, recruté pour occuper un emploi précis spécifié par son contrat mais l'administration peut lui proposer de changer de fonctions sous réserve que ce changement ne modifie pas substantiellement sa situation (dans ce cas de figure, comme cela a été dit précédemment, il devra signifier son accord) et qu'elle cherche toutes les solutions possibles pour le reclasser avant de le licencier. En vertu de ce droit, le juge impose à l'administration, non pas une obligation de résultat, mais une obligation de moyens.

Cet office peut trouver son fondement juridique dans le droit au travail institué à l'article 5 du préambule de la Constitution de 1946 qui dispose que « chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi ». Ce droit constitutionnel ne constitue pas, loin s'en faut, un droit subjectif⁷⁷. Il met à la charge des pouvoirs publics « ...une obligations de moyens : en d'autres termes, l'Etat est juridiquement tenu, dans la mesure où la sauvegarde de l'emploi se présente comme un véritable objectif constitutionnel, de tout mettre en œuvre pour permettre à chacun d'avoir un travail. Enfin, parce que de même que le devoir de travailler est susceptible de justifier certaines dispositions telles que celles visant à réduire ou supprimer les avantages sociaux des personnes refusant un travail sans motif légitime, de même le droit d'obtenir un emploi est susceptible non seulement de justifier mais aussi d'imposer... un certain nombre de mesures concrètes »⁷⁸. A cet effet, le juge constitutionnel considère que le législateur doit s'employer à « permettre l'exercice du droit pour chacun d'obtenir un emploi tout en permettant l'exercice de ce droit pour le plus grand nombre et, le cas échéant, de

⁷⁵ CE, sect, avis, 25 septembre 2013, n°365139, Sadlon, *Droit administratif*, n° 1, janvier 2014, comm.6.

⁷⁶ Voir à ce sujet, Pierre Morel, -A- L'huissier, rapporteur de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Discussion, en deuxième lecture, du projet de loi portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique (projet de loi n°2465,2468), première séance du mercredi 13 juillet 2005, compte rendu intégral de la discussion disponible sur le site de l'Assemblée nationale. Selon le rapporteur, l'objectif poursuivi par le législateur était de « "déprécariser" certaines situations individuelles devenues anormales, non de créer une deuxième fonction publique placée sous l'égide du contrat ».

⁷⁷ Voir M. Borgetto, R. Lafore, *Droit de l'aide et de l'action sociale*, Montchrestien, Coll « Domat ,droit public », 7^{ème} edit , 2009, p. 484, E. Aubin, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, Gualino-Lextenso éditions, coll « Master pro », 3^{ème} edit, 2011, p.165.

⁷⁸ M. Borgetto, R. Lafore, op. cit, p. 485.

s'efforcer de remédier à la précarité de l'emploi »⁷⁹. Il admet, en outre, qu'en vertu de ce droit que certaines restrictions soient apportées à certains principes fondamentaux comme la liberté d'entreprendre ou le principe d'égalité⁸⁰.

Le caractère crucial du droit à obtenir un emploi se justifie d'autant que le système de protection sociale français repose sur une logique professionnelle. Dans cette perspective, la fonction publique constitue un enjeu politique dans une société où l'emploi devient, de plus en plus, un bien rare. Il lui revient, notamment, de donner toute son effectivité à ce droit. Par analogie, l'administration se retrouve dans la même situation que le législateur vis-à-vis du droit au travail. Celle-ci doit, à l'occasion d'une opération de modification-régularisation du contrat, utiliser tous les moyens nécessaires pour garantir le respect du droit de l'agent à être employé.

En définitive, le pouvoir de l'administration de modifier les contrats de fonction publique ne préjudicie pas le droit pour les agents contractuels de manifester leur volonté (acceptation ou opposition) et ne précarise pas davantage leur situation. Paradoxalement, l'exercice par l'administration de son pouvoir de modifier les contrats de fonction publique, singulièrement lorsqu'il s'agit de procéder à la modification-transformation de ces contrats, aura été l'occasion, au cours des ces dernières années, de faire émerger un véritable droit des transferts d'activités qui, sous l'influence du droit communautaire, se veut protecteur des droits des agents contractuels, en particulier du droit au maintien de l'emploi. Loin d'être anodin, ce droit a une portée déterminante dans un contexte de raréfaction budgétaire, où il est question, dans un souci d'économie d'échelle, de rationalisation, de fusion, de restructuration des services publics.

⁷⁹ Cons. Const, déc ; n°2006-535 DC du 30 mars 2006, Loi pour l'égalité des chances, 19^e considérant.

⁸⁰ Voir notamment la décision n°86-207 DC des 25-25 juin 1986 , 31^e considérant.