

Les contrats d'emploi

La solution dégagée à propos de la conclusion de contrats à durée déterminée vaut sans aucun doute et, dans les mêmes termes, pour les contrats de travail temporaire dans la mesure où l'on trouve à l'article L. 124-2-3 du code du travail la même interdiction que celle qui est posée à l'article L. 122-3 1°.

Conclusion

Sur la question du recours aux entreprises de travail temporaire pour assurer la continuité du service public, rien n'est simple. En tous cas, tout n'est pas possible, contrairement à ce que les pratiques, observées à l'hôpital, dans les collectivités territo-

riales ou dans les administrations centrales, où la nécessité fait souvent office de loi, pourraient laisser croire. ■

Licenciement des agents contractuels : quelle place pour la négociation ?

Yvon Coudray,
docteur en droit,
spécialisé en droit public,

et Layla Assouline,
spécialisé en droit de la fonction publique.

En droit privé, il est de plus en plus habituel de prévoir, dans les contrats de certains cadres dirigeants, des clauses d'indemnisation de la rupture de leur contrat, clauses parfois appelées « golden parachute ». Il est également courant de négocier une rupture du contrat contre une indemnisation pouvant être relativement conséquente.

Pour les agents de droit public, la situation est loin d'être comparable car les règles applicables excluent toute clause contractuelle permettant une indemnisation supérieure à celle prévue par les textes réglementaires applicables à ces agents. Par ailleurs les possibilités de transiger, si elles existent, rencontrent des contraintes extrêmement fortes.

I. Les clauses contractuelles prévoyant une indemnisation du licenciement

A) Les agents de droit public

Par agent de droit public, il faut entendre les non titulaires relevant des trois fonc-

tions publiques, y compris les directeurs généraux des établissements publics à caractère industriel et commercial⁽¹⁾.

1 - Un cadre réglementaire strict

Les clauses dérogeant aux dispositions réglementaires fixant les indemnités de licenciement dues aux agents de droit public sont-elles illégales ? La jurisprudence est, à cet égard, tout à fait radicale : dès lors que des dispositions réglementaires prévoient le mode de calcul de l'indemnité de licenciement pouvant être due à un agent en cas de rupture de son contrat, elles ne sauraient être écartées, même par contrat :

« Considérant que les dispositions précitées de l'article 46 du décret du 15 février 1988 présentent un caractère d'ordre public ; que, par suite, une collectivité territoriale ou un établissement public en dépendant ne saurait légalement s'en écarter en concluant avec un agent non titulaire un contrat prévoyant des modalités différentes de calcul de l'indemnité de licenciement. »⁽²⁾

Contrairement au droit privé, qui estime que les dispositions réglementaires peuvent toujours être améliorées au bénéfice

des salariés, le caractère d'ordre public du dispositif applicable aux agents publics s'impose tel quel et une clause qui y dérogerait serait illégale. Or des dispositions prévoyant les conditions du licenciement des agents contractuels existent dans les trois fonctions publiques :

- articles 50 à 56 du décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 pour les agents non titulaires de la fonction publique de l'État ;
- articles 45 à 49 du décret n°88-145 du 15 février 1988 pour les agents non titulaires de la fonction publique territoriale ;
- articles 46 à 52 du décret n°91-155 du 6 février 1991 pour les agents non titulaires de la fonction publique hospitalière.

2 - Conséquences de l'insertion dans le contrat d'une clause plus avantageuse

L'affaire ayant opposé Monsieur Leplâtre à l'Opac de Dreux est, à cet égard, très instructive. Le contrat conclu entre les intéressés prévoyait, en cas de licenciement et quelle qu'en soit la cause, le versement d'une indemnité de vingt-quatre mois de traitement augmentée d'un mois supplémentaire de traitement par année d'ancienneté. La cour administrative d'appel de Nantes avait estimé que l'Opac était tenu de proposer à Monsieur Leplâtre la modification sur ce point du contrat car, selon la Cour, ces stipulations avantageuses pourraient constituer un obstacle à une rupture du contrat justifiée par l'intérêt du service.

(1) CE 14 juin 2004, *Leplatre c/Opac de Dreux*, req. n° 250695.

(2) CE 14 juin 2004, *Leplatre c/Opac de Dreux*, préc.

Les contrats d'emploi

Le commissaire du gouvernement, Monsieur Séners, dans ses conclusions sur l'arrêt du conseil d'État, précise que ce motif, bien que non erroné en droit, était secondaire et que l'Opac était en fait dans l'obligation de modifier une clause illégale figurant au contrat. L'administration est donc dans l'obligation de proposer à l'intéressé la modification du contrat : « [...] que l'Opac était tenu de proposer à M. Leplâtre la modification sur ce point du contrat en cause ; qu'elle a pu sans erreur de droit juger qu'en cas de refus par l'intéressé de la modification ainsi proposée, qui portait sur un élément essentiel de ce contrat, l'Opac était en droit d'habiliter son président à licencier M. Leplâtre. »⁽³⁾

Une telle modification constituant néanmoins une modification d'une clause substantielle du contrat, elle ne peut être imposée à l'agent : son refus ne peut donc pas être assimilé à une démission mais à un licenciement.

B) Les agents de droit privé transférés à une personne publique

La situation des agents relevant du droit privé et transférés à une collectivité ou un établissement public dans le cadre de la reprise d'une activité est différente. L'article 20 de la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique prévoit : « Lorsque l'activité d'une entité économique employant des salariés de droit privé est, par transfert de cette entité, reprise par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif, il appartient à cette personne publique de proposer à ces salariés 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 contrares, 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. »

Ainsi peut se poser la question du maintien de clauses prévoyant des indemnités de licenciement substantielles (ou simplement supérieures à celles applicables aux agents publics) pour des agents transférés par application de ce texte.

Néanmoins, il faut le rappeler, le Conseil d'État considère que les dispositions réglementaires relatives au mode de calcul des indemnités de licenciement sont d'ordre public. Cela doit conduire à considérer que le contrat de droit public proposé aux personnes ainsi transférées ne peut maintenir cet avantage qui se heurterait aux « dispositions législatives ou réglementaires ou conditions générales de rémunération et d'emploi des agents non titulaires de la personne publique contrares ».

Les agents concernés peuvent donc avoir intérêt à refuser le nouveau contrat qui leur sera proposé. En effet, jusqu'à la conclusion de ce contrat de droit public, ils restent soumis aux règles de droit privé⁽⁴⁾ et aux termes de leur ancien contrat : leur refus de la modification d'une clause substantielle de ce contrat constitue la cause d'un licenciement soumis aux règles de l'ancien contrat, ce qui leur permet de bénéficier de l'indemnité de licenciement prévue dans ce dernier et qui ne peut être maintenue dans le contrat de droit public de remplacement.

II. La négociation de la rupture en l'absence de toute clause contractuelle

Ainsi que le rappelle la circulaire du Premier ministre du 6 février 1995 relative au développement du recours à la transaction pour régler les conflits à l'amiable⁽⁵⁾, la transaction est définie par l'article 2044 du code civil comme un « contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître »

et précise qu'il doit être écrit (même si aucun formalisme n'est prescrit).

La faculté de transiger a été reconnue à l'État par le juge administratif⁽⁶⁾. Les établissements publics de l'État, ainsi que l'a indiqué le conseil d'État dans un avis du 21 janvier 1997⁽⁷⁾, ne peuvent transiger qu'après y avoir été autorisés. Cela signifie qu'une décision expresse du Premier ministre est nécessaire⁽⁸⁾ et qu'en l'absence de disposition législative autorisant expressément les établissements publics à recourir à la transaction (par ex. la loi du 15 juillet 1982 pour les établissements publics de recherche) il faut à chaque fois une autorisation expresse du Premier ministre⁽⁹⁾.

La décision de transiger relève de la compétence générale de l'organe délibérant des collectivités territoriales. Cette compétence ne peut pas être déléguée à l'exécutif puisqu'elle ne figure pas sur la liste de l'article L. 2122-22 du code général des collectivités territoriales. Toute transaction devra donc être soumise à l'approbation de l'organe délibérant. Le maire est seulement chargé d'en assurer l'exécution (article L.2122-21 du CGCT).

S'agissant de la conclusion de transactions lors de l'éviction d'agents publics, deux situations doivent être distinguées :

1. la négociation de la rupture et la transaction portant sur les conditions de cette rupture ;
2. la transaction mettant un terme à un contentieux engagé à la suite d'un licenciement.

A) La négociation de la rupture

Il s'agit donc, en l'absence d'une clause contractuelle prévoyant une indemnité de licenciement, de négocier cette indemnité à l'occasion de la rupture du contrat. En fait une telle indemnité transactionnelle

(3) CE 14 juin 2004, *Leplatre c/Opac de Dreux*, préc.

(4) T. conf. 19 janvier 2004, *Devun et a. c/Cne de Saint-Chamond*, n° 3393 — T. conf. 14 février 2005, *Préfet des Alpes-Maritimes* n° 3441.

(5) JO du 15 février 1995.

(6) CE 23 décembre 1887 de *Dreux-Brézé, évêque de Moulins* : Lebon, p. 842.

(7) CE sect 21 janvier 1997, avis n° 359996 : EDCE, 1998, n° 49, p. 184.

(8) CE 14 décembre 1998, *Chambre d'agriculture de la Réunion*, req. n° 146351.

(9) Voir en ce sens R. Drago, « Les établissements publics et la transaction », *Mélanges Waline, Dalloz*, 2002.

Les contrats d'emploi

se heurte aux mêmes obstacles que ceux évoqués précédemment dès lors que l'indemnité est plus importante que celle prévue par les dispositions réglementaires.

1 - L'encadrement réglementaire de la cessation d'activité

La cour administrative d'appel de Marseille a rappelé qu'une transaction relative à la cessation de l'activité d'un agent ne pouvait pas s'écarter des dispositions réglementaires applicables :

« Considérant que, si le juge administratif peut être amené à donner acte d'un accord conclu entre une partie privée et une personne publique à l'occasion d'un litige ou pour le prévenir, il ne peut le faire qu'à condition que cet accord ne soit entaché d'aucun vice du consentement et qu'il ne méconnaisse aucune règle d'ordre public ; [...] considérant qu'il ressort des termes même de la transaction du 28 mars 1994 que celle-ci a pour objet et pour effet d'organiser la rupture du contrat de travail de M. de Beauvoir en dehors du cadre légal déterminé par le décret du 17 janvier 1986 applicable aux agents publics non titulaires de l'État et de ses établissements publics administratifs, dont elle ne reprend pas l'ensemble des dispositions, notamment celles concernant le licenciement et les indemnités qui doivent être, en ce cas, versées à l'agent concerné ; que la transaction du 28 mars 1994 était, dès lors, dépourvue de toute validité et ne peut faire obstacle à ce que M. de Beauvoir demande la condamnation de la CCI à l'indemniser du préjudice subi du fait de la rupture de son contrat de travail qui doit, dès lors, être regardée, comme il le soutient, comme un licenciement. »⁽¹⁰⁾

Cette solution a été encore réaffirmée par le conseil d'État :

« Considérant que les juges du fond ont estimé que la situation de M. X était régie par les dispositions du décret du 15 février 1988 et en ont déduit que les dispositions de ses articles 43 à 49, étant d'ordre public, interdisaient qu'il soit mis fin aux fonctions de l'intéressé par voie de transaction. »⁽¹¹⁾

2 - La réparation du préjudice subi du fait de la fin d'activité

Il résulte également de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille que non seulement la transaction est illégale, mais qu'elle n'est pas opposable à l'agent qui l'aurait signée.

La cour administrative d'appel de Douai requalifie en licenciement la fin de fonction ainsi négociée et admet la possibilité pour l'agent ayant transigé de réclamer devant le juge administratif l'indemnisation du préjudice subi du fait d'un licenciement par hypothèse irrégulier, au moins en la forme, tout en prenant en compte la faute commise par l'agent lui-même dans la conclusion de la transaction :

« Considérant, en deuxième lieu que, si en l'absence de service fait, M. Y. ne peut prétendre au rappel de son traitement, il a droit à la réparation du préjudice subi par suite de son licenciement illégal [...] ; qu'il résulte de l'instruction qu'en signant la convention selon laquelle il acceptait son licenciement [...] M. Y., eu égard notamment aux fonctions qu'il exerçait, a commis une faute de nature à laisser à sa charge les deux tiers du préjudice matériel qu'il a subi [...]. »⁽¹²⁾

3 - Le contenu de la transaction

En outre, la transaction ne peut avoir légalement pour objet d'interdire à l'agent d'exercer un recours en annulation devant le juge :

« Considérant en premier lieu que, quelle que soit l'étendue de l'engagement éventuellement pris par M. Leblanc à l'égard de la CCI du Mans et de la Sarthe, et quels que soient le sens et la portée de la transaction qu'ils ont conclue, cet engagement et cette transaction ne pouvaient être de nature à interdire à M. Leblanc l'exercice d'un recours pour excès de pouvoir, lequel n'a pas pour objet la défense de droits subjectifs, mais d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité ; qu'ainsi, la fin de non-recevoir tirée de l'existence d'une transaction, opposée par la CCI du Mans et de la Sarthe

au recours pour excès de pouvoir exercé par M. Leblanc à l'encontre de la décision de licenciement du 21 septembre 1993 doit, en tout état de cause, être rejetée. »⁽¹³⁾

L'agent peut donc critiquer la décision prise à son encontre malgré une clause contraire insérée dans la transaction tant que les délais de recours contentieux ne sont pas expirés (ce qui sera longtemps le cas si les voies et délais de recours n'ont pas été mentionnés lors de la notification de la décision). Une collectivité publique ne peut donc signer une telle transaction, même en prévoyant que celle-ci ne prend effet qu'après l'expiration des délais de recours, de la décision de licenciement ; car même ainsi, cela n'interdirait pas à l'agent de réclamer des indemnités⁽¹⁴⁾.

B) La transaction postérieure à la rupture

La transaction peut également être conclue alors que le licenciement ayant déjà été prononcé, l'agent a saisi la juridiction administrative ou informe l'administration de son recours en indemnisation.

1- Les conditions de conclusion d'une transaction

L'objet de la transaction n'est pas ici le versement d'une indemnité de licenciement à l'agent évincé, mais l'indemnisation du préjudice que la décision lui cause pour mettre un terme au litige né ou à naître.

a) Une telle transaction suppose en premier lieu, par hypothèse, que la responsabilité de l'administration soit engagée : le licenciement serait donc irrégulier et de nature à avoir causé un préjudice indemnisable pour l'agent. En l'absence d'une décision d'éviction illégale, la transaction ne peut être valablement conclue :

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que par arrêté du 29 juin 2001, le maire de Quéven a mis fin aux fonctions de M. Thenadey, animateur principal auxiliaire, directeur du centre culturel "Les Arcs", à compter du 30 juin 2001 pour un motif disciplinaire ; qu'il n'est pas établi que cette sanction n'était pas justifiée ; que les dispositions susrappelées du décret du 15 février 1988 présentant un caractère d'ordre public, la commune de Quéven ne pouvait légalement s'en écarter en concluant avec l'intéressé un "protocole

(10) CAA Marseille 5 décembre 2000, M. de Beauvoir c/CCI de Montpellier, req. n° 98MA01950.

(11) CE 1^{er} octobre 2001, Cne des Angles, req. n° 221037.

(12) CAA Douai 14 avril 2004, M. Y. c/CCI de l'Aisne, req. n° 01DA00543.

(13) CAA Nantes 25 mars 1999, M. Leblanc c/CCI du Mans et de la Sarthe, req. n° 96NT01112.

(14) CAA Nantes 25 mars 1999, préc.

Les contrats d'emploi

d'accord" prévoyant le versement à ce dernier d'une somme de 175 000 F à titre d'indemnisation de l'ensemble des préjudices trouvant leur origine dans la rupture du contrat qui les liait ; qu'ainsi, nonobstant la double circonstance que ce "protocole d'accord" constituerait une transaction au sens des articles 2044 et suivants du code civil et qu'il aurait pour objet de répondre à la réclamation formulée le 3 juillet 2001 par M. Thenadey à l'occasion de la contestation de la légalité de son licenciement, le conseil municipal de Quéven ne pouvait, par sa délibération du 28 septembre 2001, sans commettre une erreur de droit, autoriser son maire à signer un tel protocole ; que, dès lors, le préfet du Morbihan est fondé à demander l'annulation de cette délibération. »⁽¹⁵⁾

Cette solution est à rapprocher du principe selon lequel « les personnes morales ne peuvent jamais être condamnées à payer une somme qu'elles ne doivent pas »⁽¹⁶⁾ ainsi que du principe selon lequel une personne publique ne peut disposer de son patrimoine que dans l'intérêt général. C'est un moyen d'ordre public qui peut donc être soulevé d'office par le juge.

b) La transaction suppose des concessions réciproques. Le Premier ministre, dans la circulaire du 15 février 1995 précitée, rappelle la position de la cour de cassation à ce sujet : « Ces concessions ne doivent pas obligatoirement être d'ampleur équivalente mais elles doivent avoir une consistance minimale. Une transaction dans laquelle une seule des parties consentirait à abandonner unilatéralement toutes ses prétentions constituerait une libéralité. »

Cependant le Premier ministre rappelle aussitôt après que l'administration ne peut pas payer plus qu'elle ne doit. Il semble

donc que la marge de négociation laissée à l'administration soit particulièrement étroite et qu'elle ne puisse transiger que de manière relativement marginale. Certaines collectivités, lorsqu'elles souhaitent engager une négociation de ce type, se rapprochent du contrôle de légalité pour apprécier avec ces services l'importance du préjudice subi par l'agent, évaluer les sommes qu'il serait susceptible d'obtenir devant le juge et donc proposer une indemnisation qui ne puisse pas apparaître disproportionnée par rapport au préjudice subi. Certes un tel rapprochement avec les services de l'État peut permettre d'éviter un déferé mais non une observation de la chambre régionale des comptes.

c) L'annulation par le juge de la décision d'éviction. Il faut souligner qu'une transaction, même conforme à toutes ces exigences, n'empêcherait pas l'agent, s'il est toujours dans les délais de recours, de demander au juge administratif d'annuler la décision d'éviction prise à son encontre (voire de demander sa réintégration) puisque la transaction ne peut pas avoir pour objet de le faire renoncer à l'exercice d'un recours pour excès de pouvoir. Plus encore, rien n'interdirait à l'agent d'exercer, dans le délai du recours contentieux, un recours contre la délibération ou la décision approuvant la transaction s'il estime en fin de compte que les termes l'accord ne sont pas suffisants au regard du préjudice qu'il estime avoir subi.

2- L'homologation de la transaction

Il est toujours possible de demander au juge d'homologuer la transaction intervenue soit dans le cadre d'une instance en cours devant lui⁽¹⁷⁾, soit hors d'une instance juridictionnelle⁽¹⁸⁾.

Le conseil admet que l'homologation peut être demandée dans ce dernier cas, mais seulement si elle répond à « l'intérêt général lorsque la conclusion d'une transaction vise à remédier à une situation telle que celle créée par une annulation ou la constatation d'une illégalité qui ne peuvent donner lieu à régularisation ou lorsque son exécution se heurte à des difficultés particulières » (par ex. un licenciement intervenu par suite d'une modification d'une clause illégale du contrat qui réunirait *a priori* ces conditions).

Dans tous les cas, le juge ainsi sollicité doit vérifier non seulement la réalité du consentement des parties, mais aussi la licéité de l'objet de la transaction et l'absence de libéralité. Si l'homologation confère à la transaction l'autorité de la chose jugée le refus d'homologation pour un motif de fond, entraîne la nullité de la transaction. C'est dire que la procédure de l'homologation ne permet pas d'entériner n'importe quelle transaction.

Ainsi, et en l'état du droit positif, les procédures inspirées du droit privé ne sont pas du tout adaptées à la situation des agents publics qui demeurent toujours soumis, pour l'essentiel, à un régime statutaire et non à un régime contractuel. ■

(15) TA Rennes 18 décembre 2002, Préfet du Morbihan c/Cne de Quéven, n° 02-822.

(16) CE sect 19 mars 1971, Mergui, req. n° 79962 : Lebon, p. 235.

(17) CE sect 19 mars 1971, Mergui, préc.

(18) CE avis 6 décembre 2002, Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de L'Hây-les Roses, req. n° 249153 : AJDA, 2003, p. 280.

Pour en savoir plus...

CGCT

Internet → www.legirama.com

Papier → www.editionsdumoniteur.com