

L'EMPLOYEUR TERRITORIAL

C O R R E S P O N D A N C E H E B D O M A D A I R E

Organiser la gestion des contractuels

Selon un rapport du 22 septembre de la Cour des Comptes sur les contractuels, leur embauche, loin de se limiter aux besoins de remplacement ou à des métiers spécifiques, constitue souvent une réponse aux difficultés de gestion des fonctionnaires. Les règles statutaires sont en effet parfois inadaptées à la réalité du marché de l'emploi et à certains niveaux salariaux, et les procédures de concours s'avèrent trop longues et complexes. Une plus grande fluidité à l'entrée dans les services publics supposerait de favoriser le recrutement sur titres.

Mais, paradoxalement, la gestion des contractuels eux-mêmes tend à se rigidifier. Les processus d'embauche, portés par une exigence d'égalité de traitement et de non-discrimination, s'allongent et se complexifient, au détriment de solutions souples et innovantes.

Les pratiques salariales apparaissent généralement plutôt défavorables aux contractuels, mais, inversement, beaucoup plus avantageuses dans les métiers en tension, et les perspectives professionnelles restent extrêmement variables d'un employeur à l'autre, entre un quasi-alignement sur les fonctionnaires et l'absence presque totale de progression.

Dans un contexte qui entend favoriser leur embauche, et pour préserver la flexibilité propre à un régime contractuel, la cour recommande la négociation collective de cadres de gestion spécifiques, à l'image des conventions collectives du secteur privé. Elle suggère de revoir les mécanismes et garanties pour perte d'emploi et d'envisager une affiliation obligatoire au régime d'assurance-chômage et, en matière de dialogue social, de réfléchir à la fusion des CAP avec les commissions consultatives paritaires.

Site Internet de la Cour des Comptes

29 SEPTEMBRE 2020
N° 1690

CARRIÈRE

Les règles des concours sont adaptéespage 2

RÉMUNÉRATIONS

Une revalorisation de l'indemnité pour fonctions itinérantespage 3

DISCIPLINE

Une sanction doit se fonder sur des fautes établies.....page 4

EMPLOIS ET NON TITULAIRES

Un jugement non définitif de rejet de harcèlement moral ne supprime pas la protection fonctionnellepage 5

DOSSIER

Création de la "Collectivité européenne d'Alsace" : quelles incidences pour le personnel ?pages 6,7

LES CLEFS POUR BIEN GÉRER

Un statut d'auto-entrepreneur peut masquer un statut salarialpage 8

Nouveau : FIL INFO
Recevez, chaque jour,
une information juridique ou
réglementaire gratuite par mail.
Inscription :
www.editionssorman.com



Maintien en disponibilité : l'absence de saisine du centre de gestion est un motif d'illégalité

Sauf si la disponibilité n'a pas excédé 3 mois, le fonctionnaire fait connaître à l'employeur ses intentions 3 mois au moins avant son expiration. S'il a demandé à être réintégré, il est maintenu dans cette situation jusqu'à proposition d'un poste dans les conditions de la prise en charge (article 26 du décret n° 86-68 du 13 janvier 1986). Aussi, l'employeur doit saisir le CNFPT ou le centre de gestion s'il ne peut pas lui proposer d'emploi relevant de son grade, afin que lui soit proposé tout poste vacant y correspondant. Dans une affaire, le maire maintient en disponibilité un fonctionnaire, le 1er septembre 2016, sans saisir le centre de gestion, le privant d'une garantie tenant à une possible réintégration sur des emplois correspondant à son grade hors de la commune, et à son placement dans une position conforme aux textes. La saisine du centre de gestion en octobre ne permettant pas de régulariser le vice de procédure dont le refus est entaché, le tribunal a logiquement annulé le maintien en disponibilité.

Rappel : en cas de disponibilité sur demande, la réintégration s'effectue par principe à l'une des 3 premières vacances si la disponibilité n'a pas excédé 3 ans, et dans un délai raisonnable dans le cas contraire. S'il s'agit d'une disponibilité de droit pour suivre son conjoint ou le partenaire d'un PACS, elle s'effectue dans les conditions du détachement si elle n'a pas excédé 3 ans, et à l'une des 3 premières vacances dans le cas contraire. Pour les autres disponibilités de droit et d'office pour maladie, les règles du détachement s'appliquent (article 72 de la loi).

CAA Douai n° 19DA00201 commune d'Eu du 9 juillet 2019.

Crise sanitaire : les règles des concours sont adaptées

■ En raison de la crise sanitaire née de l'épidémie de Covid-19, un décret adapte temporairement les épreuves d'admission à certains concours et examens en cours ou ouverts au plus tard le 31 décembre 2020.

En pratique, sont visés ceux d'adjoint administratif, attaché, chef de service et directeur de police municipale.

Pour ces derniers, au concours externe, l'épreuve orale de langue vivante disparaît, et le coefficient de l'entretien avec le jury est porté de 5 à 6. Au concours interne, l'épreuve facultative de langue vivante est supprimée.

Un dispositif similaire s'applique aux adjoints administratifs de 1ère classe, qui suspend les épreuves facultatives (langue, droit et finances) des concours. S'agissant des attachés, la suspension concerne l'épreuve orale de langue au concours externe, le coefficient de l'épreuve d'entretien étant porté de 4 à 5, l'épreuve de langue étant supprimée dans les concours internes et le 3e concours. Pour les cadres d'emplois de la police, l'objectif est également d'écarter l'épreuve facultative de langue vivante.

Des règles dérogatoires de formation et de titularisation

Pour les mêmes raisons de lutte contre l'épidémie, un décret modifie les dispositions qui subordonnent la titularisation à la formation initiale d'intégration, soit 36 cadres d'emplois (article 10 du décret n° 2008-512 du 29 mai 2008). Ne supportent leurs obligations que les sapeurs-pompiers professionnels et les cadres d'emplois débouchant sur la qualité d'élève (administrateurs, conservateurs des bibliothèques et du patrimoine, ingénieurs en chef). En pratique, lorsque la titularisation du stagiaire doit intervenir au plus tard le 31 décembre 2020, elle n'est plus subordonnée au suivi de la formation d'intégration si elle n'a pas pu se dérouler entre le 17 mars et le 31 décembre 2020, et sera réalisée avant le 30 juin 2021.

S'agissant des cadres d'emplois d'agents, de chef de service et de directeur de police municipale, dont les statuts imposent une période de formation obligatoire en cours de stage, les agents ayant débuté leur formation initiale avant le 17 mars 2020, et dont la titularisation intervient au plus tard le 31 décembre, bénéficient, sur décision du CNFPT et selon leur situation au regard de cette obligation, de 2 mesures :

- la comptabilisation, au titre des stages, des services réalisés auprès de la collectivité employeur, sous réserve qu'elle en effectue une évaluation, qui sera prise en compte dans le rapport final de stage et communiquée au CNFPT, au préfet et au procureur ;
- une dispense, de 15 jours au plus, des enseignements théoriques.

Les stagiaires bénéficiant de l'une de ces dérogations restent soumis à une évaluation globale du CNFPT. Les enseignements théoriques non suivis peuvent l'être, le cas échéant, dans le cadre de la formation continue obligatoire (article L. 511-6 du code de la sécurité intérieure), au cours de la première période pluriannuelle (10 jours minimums par période de 3 ans pour les directeurs et chefs de service de police, portée à 5 ans pour les agents de police, article R. 511-35 du code).

Décret n° 2020-1134 du 15 septembre 2020 (JO du 16 septembre 2020) - Décret n° 2020-1082 du 21 août 2020 (JO du 23 août).

Une revalorisation de l'indemnité pour fonctions itinérantes

■ L'assemblée locale d'une collectivité ou d'un établissement public peut définir des fonctions essentiellement itinérantes, à l'intérieur d'une commune, dotée ou non d'un réseau de transport en commun régulier, au titre desquelles peut être accordée une indemnité forfaitaire dont le montant maximum est fixé par arrêté (article 14 du décret n° 2001-654 du 19 juillet 2001 sur les frais de déplacement des agents territoriaux).

Dans le contexte du développement des communes nouvelles et de l'accroissement relatif des déplacements des personnels territoriaux exerçant des fonctions itinérantes, un projet d'arrêté approuvé unanimement par le CSFPT le 23 septembre porte cette indemnité de 210 € (arrêté du 5 janvier 2007) à 615 € annuels.

L'indemnité de fin de contrat dans la fonction publique à compter du 1er janvier 2021

Par ailleurs, pour l'ensemble des contrats conclus par l'employeur avec un agent, à l'exception de l'accroissement saisonnier d'activité et du contrat de projet (article 3 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984), la loi de transformation de la fonction publique a institué une indemnité de fin de contrat lorsque, éventuellement renouvelés, ces contrats sont d'une durée inférieure ou égale à un an et que la rémunération brute globale versée est inférieure à un plafond fixé par décret.

Attention : l'indemnité est exclue lorsqu'au terme du contrat ou de cette durée, les agents sont nommés stagiaires ou élèves après avoir réussi un concours, ou bénéficient du renouvellement de leur engagement ou de la conclusion d'un nouveau contrat en CDD ou CDI au sein de la fonction publique territoriale (art. 136, loi du 26 janvier 1984).

Un projet de décret, examiné par le Conseil commun de la fonction publique le 23 juillet dernier, en fixe les contours dans les 3 fonctions publiques, pour une entrée en vigueur au 1er janvier 2021.

En ce qui concerne les agents territoriaux (nouvel article 39-1 bis du décret n° 88-145 du 15 février 1988), le projet prévoit que l'indemnité sera versée si la rémunération brute globale de l'agent, au titre du contrat et, le cas échéant, de ses renouvellements, est inférieure ou égale à 2 fois le SMIC applicable sur le territoire d'affectation (article L. 3231-7 du code du travail).

Le montant de cette indemnité sera fixé à 10 % de la rémunération brute globale perçue par l'agent au titre de l'engagement et, le cas échéant, de ses renouvellements.

Reprenant les termes de la loi, il précise que l'indemnité n'est pas attribuée si l'agent est nommé stagiaire ou élève à l'issue de la réussite d'un concours, s'il bénéficie du renouvellement immédiat de son contrat ou de la conclusion d'un nouvel engagement à durée déterminée ou indéterminée au sein de la fonction publique territoriale, si la cessation est consécutive à la démission ou au licenciement de l'intéressé quel qu'en soit le motif, ou, enfin, si au terme du contrat, l'agent refuse la conclusion d'un CDI pour occuper le même emploi ou un poste similaire, en tout état de cause auprès du même employeur, et assorti d'une rémunération au moins équivalente.

Attention : ce dispositif ne s'appliquera pas aux contrats éventuellement renouvelés conclus avant le 1er janvier 2021.

L'absence de motivation d'un titre exécutoire

Toute créance liquidée, objet d'une déclaration ou d'un ordre de recouvrer, indique les bases de la liquidation. En cas d'erreur de liquidation, l'ordonnateur émet un ordre de recouvrer augmentant ou réduisant le montant de la créance, et indique les bases de la nouvelle liquidation. Pour les créances faisant l'objet d'une déclaration, une déclaration rectificative en indiquant les bases est souscrite (article 24 du décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012). Dans une affaire, le centre hospitalier, en raison d'un trop versé de rémunération, réclame 33 800 € à un praticien hospitalier, pour la période du 27 mars 2013 au 27 mars 2015, une somme que conteste l'intéressé.

La cour relève que le titre du 25 novembre 2014 indique la période de versement indu des traitements et que les bases de liquidation du titre de perception ont bien été explicitées dans le bulletin de paye du mois de septembre, joint au titre. La décision comporte donc les éléments requis par les textes avec une précision suffisante pour permettre à l'agent de le contester, de sorte que le décret sur la gestion budgétaire et comptable a été respecté.

Le juge indique également qu'un titre exécutoire qui procède au recouvrement d'une créance due à une erreur de liquidation n'entre pas dans le champ des actes soumis à une obligation de motivation (article L. 211-2 du code des relations entre le public et l'administration).

Rappel : quant à l'obligation d'une procédure contradictoire pour les décisions devant être motivées ou prises en considération de la personne, le code exclut explicitement les relations entre l'administration et ses agents (articles L. 121-1 et 2 du code).

CAA Douai n° 18DA02366 M. B du 9 juillet 2019.

Une sanction doit se fonder sur des fautes établies

■ **L'échelle disciplinaire des contractuels comporte 4 sanctions, l'avertissement, le blâme, l'exclusion temporaire et, enfin, le licenciement sans préavis ni indemnité** (article 36-1 du décret n° 88-145 du 15 février 1988). Le juge, saisi de moyens en ce sens, recherche si les faits reprochés, dûment établis, constituent des fautes de nature à justifier une sanction et si la mesure est proportionnée aux manquements.

Dans une affaire, le maire embauche par contrat sa directrice générale le 4 septembre 2013, qu'il repositionne comme directrice du pôle services à la population le 10 septembre 2015, avant de la licencier pour faute le 9 février 2016.

Il lui reproche d'abord des agissements répétés à l'encontre de la DRH, source d'une dégradation de ses conditions de travail et de graves répercussions sur sa santé. Mais il s'appuie sur 2 attestations de l'intéressée et 2 lettres d'une représentante syndicale de juillet et septembre 2015 évoquant des faits de copinage, de discrimination politique, personnelle, d'humiliation et de dénigrement. En revanche, si un courrier du méde-

cin de prévention l'alerte en août sur l'état de santé de la DRH, il ne mentionne pas d'actions de la directrice. Cependant, le maire a adressé à la DRH, en juillet et août, des courriers de reproches sur sa manière de servir, son manque de professionnalisme et de rigueur, et un salarié évoque les difficultés récurrentes de sa responsable, qu'il estime à l'origine d'une dégradation de ses propres conditions de travail. Enfin, malgré des faits que la DRH date de 2014, le maire renouvelle le contrat de la DGS en août 2015, pour 3 ans. La matérialité du grief n'est pas établie.

L'élu lui reproche ensuite des propos outranciers et agressifs lors d'une vive altercation en novembre. Si les témoignages divergent quant aux circonstances précises et sur les propos exacts tenus par la directrice, tous s'accordent sur leur caractère irrespectueux à l'égard du maire dans le feu de la discussion et sur le fait que plusieurs agents et quelques usagers les ont entendus. L'irrespect constitue sans doute une faute, mais les propos n'ont pas présenté de caractère outrancier ou agressif, ni porté gravement atteinte à l'autorité communale, comme le soutient le maire.

Un manquement au devoir de réserve

La femme aurait aussi proféré à plusieurs reprises des menaces graves et des dénonciations calomnieuses par divers courriers électroniques diffusés à tout le conseil municipal et à des personnes extérieures à la mairie, manquant gravement à son obligation de réserve. De fait, 3 courriels de la directrice en décembre 2015 mettent directement en cause le maire et l'accusent d'abuser de sa fonction à son égard, en la privant notamment des moyens nécessaires pour travailler, en faisant usage de caméras de surveillance à des fins autres que celles qui leur sont assignées, et en faisant diligenter une enquête sur la vie privée et professionnelle de son conjoint. Sans contenir de menaces directes, ces courriels excèdent les propos que peut légitimement proférer un agent public exerçant des fonctions de direction, tenu à un devoir de réserve à l'égard de son supérieur hiérarchique. Si rien ne prouve qu'ils aient été adressés à des personnes extérieures à la commune, ils ont bien été diffusés à tout le conseil municipal. Cette méconnaissance du devoir de réserve est bien établie.

Enfin, la cadre aurait manqué à son devoir d'obéissance en retenant des informations susceptibles d'avoir des retentissements considérables sur le fonctionnement du

service. Il s'agit en réalité de courriels entre la direction générale des finances publiques et la femme, à l'été 2015, sur les dysfonctionnements de la régie de restauration scolaire. Mais rien ne montre que le maire ait été volontairement tenu dans l'ignorance de ces dysfonctionnements, ni surtout qu'ils aient eu des conséquences significatives sur le fonctionnement du service de la régie, alors qu'une erreur de 4 € commise par l'agent qui remplaçait temporairement la DRH a été régularisée fin 2015.

Si, enfin, le maire n'a pas eu connaissance de l'affectation d'un autre agent de la commune, absence à l'origine de l'altercation, cette circonstance ne constitue pas un manquement au devoir d'obéissance et de subordination, les fonctions de direction de la femme n'impliquant pas son information systématique.

À retenir : *si les manquements de la directrice à ses obligations de respect hiérarchique et de réserve dans l'expression de ses opinions étaient de nature à justifier une sanction, le prononcé d'un licenciement restait disproportionné.*

CAA Douai n° 17DA00271 Commune de Frévent du 7 mars 2019.

Handicap : le télétravail constitue un aménagement possible des conditions d'emploi

■ **Les agents territoriaux en situation de handicap, outre un examen médical périodique au minimum tous les 2 ans, font l'objet d'une surveillance particulière obligatoire dans le cadre de visites dont le médecin de prévention fixe la nature et la fréquence.** Il peut proposer des aménagements de poste de travail ou de conditions d'exercice des fonctions justifiées par l'âge, la résistance physique ou l'état de santé des agents (articles 20, 21 et 24 du décret n° 85-603 du 10 juin 1985).

À un parlementaire qui l'interroge, le ministre de l'Action et des Comptes publics précise que l'un des aménagements possibles est la mise en œuvre du télétravail, aujourd'hui organisé par le décret n° 2016-151 du 11 février 2016. Conformément à la loi qui oblige les employeurs à adopter des mesures appropriées pour permettre à ces personnes d'accéder à un emploi correspondant à leur qualification, de développer un parcours professionnel et de progresser notamment en aménageant les outils numériques, dont les logiciels métiers et bureautiques et les appareils mobiles (article 6 sexies de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983), le décret prévoit que la collectivité met en œuvre, sur le

lieu de télétravail de l'agent, les aménagements de poste nécessaires. Les charges consécutives à ces mesures ne doivent cependant pas être disproportionnées aux moyens de l'employeur, compte tenu des aides qui peuvent les compenser.

À cet égard, le ministre rappelle que le Fonds pour l'insertion des personnes handicapées (FIPHFP), s'il ne traite pas spécifiquement le télétravail, peut financer les surcoûts du poste de travail liés à la compensation du handicap, comme les outils bureautiques et/ou techniques compensant la déficience visuelle (logiciel, clavier ou plage braille, télé agrandisseur, zoom text...), les mêmes outils pour les déficiences auditives comme la téléphonie adaptée ou compensant d'autres déficiences. Lorsque l'aménagement global excède 7 500 €, sauf exception, une étude de poste devient obligatoire.

Rappel : *si l'exercice de fonctions en télétravail ne peut pas excéder 3 jours par semaine, une dérogation 6 mois au plus est possible en faveur des personnes en situation de handicap, sur avis du médecin de prévention.*

QE n° 16554 JO AN du 6 août 2019 page 7340 et site Internet du FIPHFP.

Un jugement non définitif de rejet de harcèlement moral ne supprime pas la protection fonctionnelle

■ **Indépendamment des règles fixées par le code pénal et les lois spéciales, les agents publics bénéficient, à l'occasion de leurs fonctions, d'une protection de leur employeur à la date des faits en cause, notamment contre le harcèlement** (article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983).

Dans une affaire, un administrateur chef du service logistique obtient du président du Conseil économique, social et environnemental le bénéfice de la protection fonctionnelle et, ainsi, le remboursement des honoraires d'avocat pour le contentieux engagé contre l'État devant le tribunal administratif, puis le tribunal judiciaire. Le Conseil d'État annule le refus du président de prendre en charge les frais d'appel après le rejet de la demande par le tribunal.

La cour, à nouveau saisie, rappelle que le caractère d'acte créateur de droits de l'octroi de la protection fonctionnelle exclut tout retrait plus de 4 mois après la signature de la décision, sauf fraude. En revanche, l'employeur peut y mettre fin pour l'avenir s'il constate, à la lumière d'éléments nouvellement portés à sa connaissance, que les conditions de la protection ne

sont pas ou plus réunies, notamment en cas de faute personnelle ou si les faits allégués à l'appui de la demande de protection ne sont pas établis.

En cas de demande au titre de faits de harcèlement, la seule intervention d'une décision non définitive ne retenant pas cette qualification ne suffit pas à justifier de mettre un terme à la protection. Mais l'employeur peut réexaminer sa position et décider de l'interrompre s'il estime que les éléments révélés par l'instance permettent d'estimer que le harcèlement n'est pas établi.

À retenir : *dans l'affaire, le tribunal estime initialement que les agissements dénoncés sont de nature à faire présumer l'existence d'un harcèlement mais que l'employeur a démontré que son attitude était justifiée par des considérations qui y étaient étrangères. En se fondant sur cette seule décision sans faire état d'aucun autre élément nouveau permettant de regarder les agissements de harcèlement moral comme non établis, il ne pouvait pas mettre fin à la protection fonctionnelle.*

CAA Paris n° 18PA03254 Conseil économique, social et environnemental du 9 octobre 2019.

Création de la "Collectivité européenne d'Alsace" : quelles incidences pour le personnel ?

Le 1er janvier 2021, répondant à la demande des conseils départementaux du Bas-Rhin et du Haut-Rhin, les deux départements seront regroupés sous le nom de « Collectivité européenne d'Alsace » (loi n° 2019-816 du 2 août 2019). Un projet d'ordonnance examiné avec un avis défavorable du CSFPT le 23 septembre en détaille la mise en œuvre, notamment pour le personnel.

Des compétences spécifiques

■ La nouvelle collectivité exercera les compétences des 2 départements et d'autres, spécifiques, répondant aux caractéristiques de l'Alsace. Préfigurant le principe de différenciation des compétences des collectivités territoriales, et dans le respect des compétences du conseil régional et de l'euro-métropole de Strasbourg, elle sera le chef de file de la coopération transfrontalière, chargée d'un schéma

alsacien de coopération (avec un volet opérationnel sur des projets structurants et un volet sur le déplacement transfrontalier). Elle s'investira dans le renforcement de la politique du bilinguisme et du plurilinguisme (langues régionales), pourra coordonner l'action des collectivités locales et de leurs établissements dans le domaine du tourisme et gèrera le réseau routier national non concédé.

Un régime de transfert des agents de droit commun

La loi (article 7) pose en principe le transfert de plein droit des personnels vers la nouvelle collectivité dans leurs conditions de statut et d'emploi, avec application des dispositions du CGCT sur l'intercommunalité (art. L. 5111-7 et 8), les contractuels conservant à titre individuel le bénéfice de leur engagement. Les personnels des maisons départementales des personnes handicapées seront, selon le projet d'ordonnance, réputés relever de la maison de la collectivité européenne d'Alsace à compter du 1er janvier 2022, les 2 établissements étant maintenus jusqu'à cette date. Toujours selon le projet, les services antérieurement accomplis comme contractuel seront réputés accomplis

dans la nouvelle collectivité.

Les agents conserveront le bénéfice du régime indemnitaire qui leur était applicable s'ils y ont intérêt, et à titre individuel des avantages collectivement acquis (les 13e mois...).

Selon le projet, dans les 6 mois de sa première installation, la collectivité délibérera sur le régime indemnitaire et les conditions d'emploi de l'ensemble des personnels, applicables au plus tard le 1er janvier 2022, dans le respect des garanties du CGCT. Dans cette attente, les agents nouvellement recrutés bénéficieront du régime et des conditions d'emploi applicables à leurs postes d'affectation.

Une possible indemnité de mobilité

Le code leur permet aussi de bénéficier d'une indemnité de mobilité de la collectivité s'ils doivent changer de lieu de travail et supportent un allongement de la distance domicile-lieu d'emploi (par l'itinéraire routier le plus court).

Lorsque l'agent ne change pas de résidence familiale, son montant est fonction de l'allongement : 2 600 € entre 20 et moins de 40 kilomètres, 2 700 € en deçà de 60 km, de 3 800 € en deçà de 90 km, et de 6 000 € au-delà.

En cas de changement de résidence familiale et si le trajet aller-retour est allongé d'au moins 90 km, le montant est fonction de la composition de la famille et de la perte

éventuelle d'emploi du conjoint : 15 000 € pour un agent sans enfant, 17 000 € jusqu'à 2 enfants à charge, 20 000 € pour au moins 3 enfants à charge, 25 000 € pour 3 enfants avec perte d'emploi du conjoint, et 30 000 € au-delà de 3 enfants à charge avec perte d'emploi du conjoint. L'indemnité est versée dans l'année de d'affectation (décrets n° 2015-933 et n° 2015-934 du 30 juillet 2015).

Attention : la loi réactive par ailleurs le transfert des services participant à l'exercice des compétences de l'État transférés à la collectivité européenne d'Alsace (articles 80 et 81 de la loi n° 2014-58 du 26 janvier 2014).

Le régime de l'action sociale

Conformément au CGCT (art. L. 5111-7), le nouvel employeur sera substitué de plein droit à l'ancien pour la con-

vention de participation et, le cas échéant, le contrat de protection sociale complémentaire en cas d'organismes

(suite p. 7)

(suite de la p. 6)

labellisés.

La convention et, le cas échéant, le contrat sont exécutés dans les conditions antérieures jusqu'à leur échéance, sauf accord contraire entre la collectivité, les anciens départements et l'organisme. Ils peuvent convenir d'une échéance de la convention ou du contrat antérieure, dans

un souci d'harmonisation. L'organisme est informé de la substitution de personne morale par la collectivité. La substitution n'entraîne aucun droit à résiliation ou indemnisation de l'organisme. En toute hypothèse, les agents conserveront, s'ils y ont intérêt, le bénéfice des participations qui leur étaient applicables.

L'exigence d'un dialogue social

La publication de la loi a engagé les 2 départements à une négociation avec les syndicats représentatifs sur les modalités des changements résultant du regroupement et les conditions liées, avec avis des comités techniques, complétant l'exigence du CGCT d'une négociation sur l'action sociale au sein du comité technique.

Selon la loi, jusqu'aux nouvelles élections professionnelles, les CAP, CCP, comités techniques et CHSCT, composés des instances des 2 départements, siègent en formation commune. Les droits syndicaux constatés à la date du regroupement sont conservés.

Selon le projet, dès le 1er janvier 2021, et dans l'attente des élections professionnelles, les mandats des représentants du personnel seront prorogés jusqu'à l'installa-

tion de leurs successeurs.

De même, les comités techniques de services ou groupes de services et CHSCT locaux ou spéciaux existants dans chaque département pourront être maintenus pour les unités ou sites de la collectivité.

À la même date du 1er janvier 2021, les mandats des assistants maternels et familiaux siégeant dans les commissions consultatives paritaires compétentes pour la modification et le retrait des agréments (article L. 421-6 du code de l'action et des familles) seront prorogés jusqu'à l'installation de leurs successeurs et au plus tard jusqu'au 31 décembre 2021. Dans cette attente, les commissions consultatives paritaires des 2 départements siégeront en formation commune.

La situation des emplois fonctionnels

Selon le projet, l'agent occupant l'emploi fonctionnel de directeur général du département du Bas-Rhin à la date de la création de la collectivité est maintenu dans des fonctions de DGS de la collectivité européenne d'Alsace jusqu'à la délibération suivant le renouvellement de l'assemblée délibérante créant les emplois fonctionnels. Le DGS du Haut-Rhin devient DGA et ceux en place dans les départements sont maintenus en fonction.

À la création des emplois, l'article 53 de la loi du 26 janvier 1984 sur le détachement et la décharge éventuelles des fonctionnaires s'appliquera.

Toutefois, pendant la période de surnombre, les fonctionnaires conserveront la rémunération de leur ancien emploi puis, la 1ère année de prise en charge par le CNFPT ou le centre de gestion, leur traitement et la moitié de leur

régime indemnitaire, la contribution de la collectivité étant accrue dans les mêmes proportions. En cas de nomination dans un nouvel emploi dans les 2 ans de la création de la collectivité, l'agent bénéficiera d'une indemnité différentielle, la 1ère année pour la différence avec sa rémunération antérieure. Les 6 mois suivants, elle sera égale à la différence entre sa rémunération nouvelle et le traitement augmenté de la moitié des primes de l'emploi précédent. Ces indemnités sont à la charge de la collectivité.

Attention : à la date de la délibération créant les emplois fonctionnels, les agents occupant un emploi fonctionnel dans le cadre d'un recrutement direct (article 47 de la loi du 26 janvier 1984) seront licenciés avec indemnité pour rupture anticipée selon le droit commun.

La situation particulière des SDIS et le maintien des centres de gestion

Le régime de gestion des services d'incendie et de secours (SDIS) reste spécifique puisqu'il demeure 2 établissements publics dénommés « services territorial d'incendie et de secours », administrés par un conseil d'administration composé de représentants de la collectivité européenne d'Alsace, des communes et établissements publics de coopération. Mais ils pourront décider, par délibérations concordantes, de créer un établissement public d'incendie et de secours d'Alsace.

Le régime des centres de gestion reste également spécifique puisque la collectivité comportera 2 centres du Bas-Rhin et du Haut-Rhin qui resteront compétents à l'égard des communes situées dans l'ancien ressort des départements. L'ordonnance laisse ouverte la possibilité de créer un centre de gestion unique pour le territoire de la collectivité européenne d'Alsace par délibérations concordantes de leurs conseils d'administration et sur avis des comités sociaux (article 18-3 de la loi du 26 janvier 1984).

Un statut d'auto-entrepreneur peut masquer un statut salarial

■ Les contractuels peuvent occuper des emplois permanents lorsque les besoins des services le justifient et si aucun fonctionnaire n'a pu être recruté. Ils sont embauchés par CDD de 3 ans au plus renouvelables par reconduction expresse dans la limite de 6 ans. Si à l'issue ils sont reconduits, c'est par décision expresse et en CDI (article 3-3 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984). Ces dispositions introduites en 2012 poursuivent un objectif de lutte contre la précarité amorcé en 2005 sous l'influence du droit communautaire. Transitoirement, la loi a prévu que les agents ayant accomplis au moins 6 ans de services effectifs auprès du même employeur dans les 8 années précédant la loi bénéficiaient de plein droit d'un CDI. Si le texte prévoit logiquement une identité d'employeur, leur identification peut être compliquée, le juge recourant alors à la méthode du faisceau d'indices.

Dans une affaire (CE n° 422874 Centre national de la recherche scientifique du 9 octobre 2019), un chercheur embauché en CDD à 10 reprises entre 2004 et 2011 par le CNRS comme ingénieur d'études dans le traitement des images, conclut, sous le statut d'auto-entrepreneur, un contrat de prestations de services avec l'établissement et l'université de mai 2011 à janvier 2013 pour du traitement d'images. Il réclame en mars le bénéfice d'un CDI, que lui refuse le CNRS et que lui accorde la cour.

En cassation, le juge rappelle qu'il lui appartient de rechercher si, en dépit de plusieurs employeurs apparents, l'agent a accompli la durée nécessaire de services publics effectifs auprès d'un employeur unique. Ces indices peuvent tenir aux conditions d'exécution du contrat (lieu d'affectation), à la nature des missions confiées et à l'existence d'un lien de subordination avec le chef de service concerné.

Or, dans l'affaire, le choix du statut d'auto-entrepreneur résulte du refus du CNRS de proposer à l'ingénieur un nouveau CDD à l'expiration de son 10e contrat, avant que l'établissement choisisse de ne plus recourir à des auto-entrepreneurs. Dans le principe, un CDI ne saurait être invoqué par un travailleur indépendant lié à l'admini-

nistration par un contrat de prestations de services, sauf si sa conclusion dissimule le lien de subordination auquel le cocontractant de l'administration est en réalité assujéti. Dans une telle hypothèse, le juge requalifiera la relation contractuelle et appréciera si, en dépit de l'apparence formelle de l'engagement, les conditions d'accès à un CDI ne sont pas remplies.

DES CONDITIONS D'EMPLOI ET DE RÉMUNÉRATION IDENTIQUES

Dans l'affaire, la rapporteure retient 2 éléments décisifs. D'une part, le CNRS est le seul client de l'ingénieur et, surtout, ce dernier occupe les mêmes fonctions, dans les mêmes lieux, avec les mêmes moyens du laboratoire et sous la direction du même responsable d'équipe scientifique que lorsqu'il était en CDD avec le CNRS, qui plus est avec une rémunération équivalente. Le juge relève à son tour que le choix de conclure le 6 mai 2011 un contrat de prestations de services avec l'agent en tant qu'auto-entrepreneur avait pour seul objectif de ne pas dépasser la durée de 6 années de services publics effectifs débouchant sur un CDI. La situation du CNRS comme unique client, la mission confiée en continuité avec celles effectuées dans le cadre des CDD précédents, l'exécution du contrat de prestations dans les locaux même du laboratoire et le bénéfice d'une contribution forfaitaire d'un niveau analogue à la rémunération perçue en CDD caractérisent bien un détournement de procédure visant à éviter un CDI. Cette période de prestations devait donc bien être incluse dans la durée de services publics effectifs accomplis auprès du CNRS.

À retenir : *cette décision de requalification présente un intérêt tout particulier dans un contexte juridique, économique et social qui, comme le relève la rapporteure publique, voit se développer dans de nombreux secteurs des formes d'auto-entrepreneuriat parfois réelles, mais pouvant aussi conduire à une requalification en salariat par le juge.*

La Lettre de l'Employeur territorial répond aux interrogations de ses lecteurs

Les réponses, qui ne sauraient s'apparenter à des consultations d'avocat, seront regroupées par thème et traitées de manière anonyme en page 8, une semaine sur deux. Vous pouvez adresser vos questions par mail à : evelyne.brochand@editionssorman.com