

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

LES DGS INÉLIGIBLES AUX COMITÉS TECHNIQUES

Une décision récente du Conseil d'Etat interdit aux directeurs généraux et adjoints d'être candidats aux élections aux comités techniques. Le juge articule ainsi les dispositions du décret prévoyant que le collège employeur peut comporter des agents des collectivités et celles permettant à tout électeur d'être éligible, avec la nature des fonctions du DGS, diriger l'ensemble des services (les DGA le secondant et le suppléant). On peut relever que la décision n'inscrit pas les directeurs des services techniques sur le même plan, statutairement placés sous l'autorité du directeur général ou d'un DGA (article 2 du décret n° 90-128 du 9 février 1990).

Il paraît peu probable que l'interdiction s'étende aux CAP et CCP, dont le collège employeur est exclusivement composé d'élus locaux (le texte autorisant la présence d'experts à la demande du président). La question de l'éligibilité des emplois fonctionnels a également un effet plus restreint puisqu'elle ne concerne que la catégorie A, sur les seules questions individuelles (aujourd'hui le plus souvent de contestation ou disciplinaires), quand le comité technique a connaissance du fonctionnement d'ensemble de la collectivité.

Une extension de cette jurisprudence reposerait donc sur les seules missions confiées aux DGS et DGA, ce qui peut paraître cohérent au regard de la décision, mais reste une extrapolation incertaine.

Plus globalement, il est difficile d'y voir une extension du rôle et des missions de la direction générale des collectivités, la décision ayant tiré les conséquences du potentiel conflit d'intérêts pour les équipes de direction, tenant à leur possible désignation comme représentant de la collectivité au comité technique. Les commentaires du site du Conseil d'Etat la rapprochent d'ailleurs de la position du juge judiciaire sur l'inéligibilité, aux institutions représentatives du personnel, des cadres salariés exerçant une partie importante des prérogatives de l'employeur à l'égard des agents (Cass. soc., 7 janvier 1985, Breluzeau et a. c/ Le Calvez, n° 84-60.530, Bull. 1985 V n° 5).

CE n° 438733 Syndicat CFDT Interco du Calvados du 26 janvier 2021.

6 AVRIL 2021
N° 1715

DISCIPLINE

La détention d'images pédo-pornographiques sur un ordinateur personnel justifie une révocationpage 2

ABANDON DE POSTE

Un abandon de poste suppose une absence injustifiéepage 3

DÉPLACEMENTS

La prise en charge des trajets domicile-travail est indépendante du statut des agentspage 4

RÉMUNÉRATION

L'annulation d'un titre exécutoire peut entraîner l'application de la prescription biennalepage 5

ANALYSE

Le licenciement pour insuffisance professionnelle doit être cohérent avec le grade de l'agent
.....pages 6,7

LES CLEFS POUR BIEN GÉRER

Les dérogations aux 48 heures hebdomadaires restent limitées....page 8

Nouveau : FIL INFO

Adressez-nous votre mail pour bénéficier, chaque jour, d'une information pratique et gratuite par internet.

Inscription :

webmaster@editionssorman.com

Offre valable 3 mois pour les non-abonnés



Un congé de formation est incompatible avec un congé de longue durée

Tout fonctionnaire se trouve dans l'une des situations prévues par la loi : activité, détachement, disponibilité ou congé parental (art. 12 bis, loi n° 83-634 du 13 juillet 1983). Si les 3 dernières correspondent à une mobilité, en activité le fonctionnaire titulaire d'un grade occupe les fonctions de l'un des emplois qui lui correspondent. L'activité lui ouvre de nombreux congés, dont le congé de formation professionnelle (art. 56 et 57, loi n° 84-53 du 26 janvier 1984). Une surveillante pénitentiaire conteste ainsi le refus du ministère de la Justice de le lui accorder.

La cour rappelle qu'un fonctionnaire ne peut être que dans une seule des positions d'activité de la loi. A sa demande, le 10 juin 2014, la surveillante est placée en congé de longue durée du 27 octobre 2012 au 26 octobre 2014. C'est donc logiquement que le ministère de la Justice a estimé que, malade, elle ne pouvait pas simultanément être placée dans 2 positions administratives.

Depuis l'ordonnance santé du 25 novembre 2020, le fonctionnaire reconnu inapte à ses fonctions bénéficie d'une période de préparation au reclassement rémunérée d'un an au plus, assimilée à du service effectif, qui s'est substituée à la possibilité d'une formation pendant un congé de maladie issue de la loi de transformation de la fonction publique (article 85-1 de la loi du 26 janvier 1984).

Le congé de formation, de 3 ans pour la carrière, suppose d'avoir accompli 3 ans de services effectifs et, pendant les 12 premiers mois du congé, l'agent perçoit une indemnité de 85 % de son traitement brut et de l'indemnité de résidence dans la limite de l'IB 650 et d'un taux d'IR de 3 %. Il s'engage en contrepartie à rester au service d'une administration 3 fois le temps de son indemnisation (décret n° 2007-1845 du 26 décembre 2007).

CAA Douai n° 17DA01705 Mme D du 6 février 2020.

LA DÉTENTION D'IMAGES PÉDO-PORNOGRAPHIQUES SUR UN ORDINATEUR PERSONNEL JUSTIFIE UNE RÉVOCATION

■ Par nature, le régime disciplinaire des agents sanctionne une faute professionnelle. La loi l'exprime clairement en prévoyant que toute faute d'un fonctionnaire, dans ou à l'occasion de ses fonctions, l'expose à une sanction sans préjudice de peines pénales éventuelles (article 29 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983). Pour autant, l'employeur peut sanctionner des faits commis en dehors du service en raison de l'atteinte portée à l'image de la collectivité.

Le maire révoque ainsi un adjoint technique de 2e classe le 17 février 2017, une éviction annulée par le tribunal qui exige sa réintégration et la reconstitution de sa carrière. Il est condamné, le 1er juillet 2016, à 3 ans de prison avec sursis, 3 ans de mise à l'épreuve et interdiction définitive d'une activité professionnelle ou bénévole impliquant un contact habituel avec des mineurs, pour détention, diffusion et partage depuis l'ordinateur personnel de son domicile d'images pornographiques impliquant un mineur. Ce jugement, transmis à l'employeur, fait suite à une condamnation à 2 ans de prison avec sursis en 2003 pour agression sexuelle et corruption d'un mineur de 15 ans, qui n'a alors pas donné lieu à sanction.

En matière disciplinaire, le juge vérifie successivement l'exactitude matérielle des faits, leur qualification disciplinaire, c'est-à-dire qu'ils sont de nature à justifier une sanction, et sa proportionnalité à la faute.

Sur ce 2e élément, la cour relève que si les faits à l'origine de la seconde condamnation n'ont pas été commis dans un cadre professionnel, ils étaient de nature à porter atteinte à l'image de la commune et donc à justifier une sanction. Leur matérialité étant établie par le juge pénal, et ce constat s'imposant à l'employeur comme au juge administratif, une sanction pouvait légalement être prononcée.

Une sanction adéquate

Reste la question de la proportionnalité de la mesure, que la cour examine avec soin. Elle relève que l'adjoint technique est affecté à la direction des espaces verts, dans des lieux ouverts à tous les publics accueillant régulièrement de jeunes stagiaires mineurs. Son maintien en poste nécessiterait, pour se conformer à la condamnation pénale, des aménagements dans l'organisation du service d'entretien des espaces verts pour éviter tout contact avec des stagiaires mineurs, ou des jeunes personnes susceptibles de fréquenter les lieux publics où il travaille. La circonstance que ses états de service soient satisfaisants et qu'il fasse l'objet d'un suivi psychiatrique régulier ne permet pas d'établir l'absence de risque de contact avec des mineurs dans le cadre professionnel. Compte tenu de la gravité des faits qui ont conduit à sa condamnation pénale, de leur répétition, d'un exercice professionnel dans des lieux ouverts à tous publics, de l'atteinte portée à l'image de la commune et de la nécessité d'assurer le bon fonctionnement des services, la révocation de l'adjoint technique n'apparaît pas disproportionnée.

Ne subsiste dans le dossier qu'un problème plus procédural tenant à la portée du délai de 2 mois laissé au conseil de discipline pour rendre son avis (article 13 du décret n° 89-677 du 18 septembre 1989). Saisi le 2 novembre 2016, le conseil ne s'est prononcé que le 2 février 2017, soit un mois de plus après l'expiration du délai. Mais, pour la cour, il n'est pas prescrit à peine de nullité et sa méconnaissance ne vicie pas la procédure de sanction.

CAA Lyon n° 18LY01143 M. E du 6 février 2020.

COMMENT ARTICULER CONGÉ DE MALADIE ET PRISE D'EFFET D'UNE EXCLUSION TEMPORAIRE DE FONCTION ?

■ La procédure disciplinaire est indépendante de celle d'octroi d'un congé de maladie. L'employeur peut donc engager une action disciplinaire pendant le congé de maladie (CE n° 106098 M. Y du 13 mai 1992) et même prononcer une révocation, sans devoir en reporter la date d'effet à son expiration (CE n° 392728 Mme B du 6 juillet 2016).

En effet, le maintien du plein ou du demi-traitement (et, le cas échéant, du régime indemnitaire) en congé de maladie (3 mois à plein traitement et 9 mois à demi-traitement pour la maladie ordinaire) a pour seul objectif de compenser la perte de rémunération due à la maladie, dérogeant à un principe général qui subordonne le droit au traitement à l'accomplissement du service (et interdit à l'agent qui ne travaille pas de bénéficier de son traitement, sauf texte, article 20 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983).

Ces garanties restant subsidiaires par rapport à d'autres motifs susceptibles de le priver de son traitement, elles ne sauraient lui accorder des droits à rémunérations supérieurs à ceux qu'il aurait eus sans congés de maladie.

Dans une affaire où un administrateur sous contrôle judiciaire avec interdiction de travailler dans sa collectivité demande à percevoir son traitement en raison d'un congé de maladie, le Conseil d'État le lui refuse puisque, sans la maladie, il n'aurait pu percevoir sa rémunération, compte tenu des effets du contrôle judiciaire (CE n° 346979 M. A du 8 octobre 2012).

Globalement, le juge administratif considère que l'employeur peut, sans commettre d'illégalité, fixer la date d'effet d'une sanction à l'expiration du congé de maladie (CE n° 106098 M. Y du 13 mai 1992). Mais cette mesure de bienveillance ne reste qu'une possibilité et le Conseil d'État n'a pas considéré que ce report à l'expiration de la maladie constitue une obligation pour l'employeur.

Il permet en effet de reporter les effets d'une mesure disciplinaire d'éviction (définitive ou temporaire) d'un agent en congé de maladie, pour des raisons d'opportunité et le plus souvent sociales, afin de ne pas le priver de toutes ressources.

Une exclusion possible pendant la maladie

S'agissant de l'exclusion temporaire de fonctions, la solution n'apparaît pas différente pour le ministère de l'Éducation.

Si l'exclusion est déjà prononcée et que l'agent fournit un arrêt ouvrant droit à congé de maladie, il ne saurait bénéficier d'un plein ou d'un demi-traitement, l'impossibilité de travailler ne résultant pas de la maladie, mais de la sanction.

Si la mesure d'exclusion est prononcée alors que l'agent se trouve en congé de maladie et prend effet pendant le congé, elle devrait mécaniquement interrompre le versement des traitements jusqu'alors perçus. Mais le Conseil d'État n'ayant pas tranché expressément cette hypothèse, certaines cours administratives d'appel ne voient aucune difficulté à ce que l'agent fasse l'objet d'une action disciplinaire, ni à ce que l'exclusion entre en vigueur pendant le congé (CAA Versailles n° 16VE02797 M. D du 31 octobre 2019), quand d'autres estiment inversement que l'exclusion ne saurait être exécutée tant que l'agent se trouve inapte, même si la procédure disciplinaire a valablement pu être engagée (CAA Nantes n° 13NT02861 M. F du 17 février 2015).

Dans la ligne de la jurisprudence du Conseil d'État sur la révocation, le ministère de l'Éducation recommande pour sa part de ne pas verser de traitement à la personne en congé de maladie qui été exclue temporairement de ses fonctions.

Lettre DAJ n° 211, juillet 2020.

Un abandon de poste suppose une absence injustifiée

Les mesures d'éviction définitive, de licenciement pour insuffisance professionnelle, de mise à la retraite d'office et de révocation sont définies par la loi (articles 89 et 93 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984).

L'abandon de poste, souvent évoqué, prend en compte la situation dans laquelle l'employeur constate la rupture volontaire du lien salarial par l'agent. Cette radiation n'est légale que si l'employeur le met préalablement en demeure de rejoindre son poste dans le délai approprié qu'il fixe. Elle est écrite, notifiée à l'agent et l'informe du risque d'une radiation des cadres sans procédure disciplinaire préalable. S'il ne s'est pas présenté et n'a pas fait connaître ses intentions avant l'expiration du délai, et en l'absence de justification matérielle ou médicale de nature à expliquer son retard à manifester un lien avec le service, l'employeur peut estimer qu'il a été rompu du fait de l'intéressé.

Le département reclasse une adjointe technique de 1^{ère} classe inapte physiquement comme adjointe administrative pour un an le 8 avril 2014, mais ne lui donne aucune affectation, ni fonctions.

Le 1^{er} juin 2016, il l'affecte au service des affaires générales comme gestionnaire le 17 et la met simultanément en demeure de rejoindre son poste sous peine de radiation pour abandon de poste.

La femme ne s'y étant pas présentée, il la radie le 30 juin.

Cependant, il ne pouvait la mettre en demeure de reprendre son poste dans un délai approprié qu'après avoir constaté son absence injustifiée. Son affectation datant du 17 juin, la mise en demeure du 1^{er} juin ne correspondait à aucune absence et, en outre, la mise en demeure ne fixait à la femme aucun délai pour reprendre. C'est donc logiquement que le tribunal a annulé l'arrêté de radiation des cadres.

CAA Versailles n° 17VE02840 département de la Seine-Saint-Denis du 13 février 2020.

LA PRISE EN CHARGE DES TRAJETS DOMICILE–TRAVAIL EST INDÉPENDANTE DU STATUT DES AGENTS

■ Les employeurs peuvent recruter des contractuels dans des hypothèses énumérées : collaborateurs de cabinet, de groupe (dans les collectivités de plus de 100 000 habitants), emplois de direction des collectivités de plus de 40 000 habitants, emplois non permanents pour un accroissement temporaire ou saisonnier d'activité ou un contrat de projet, emploi permanent de remplacement temporaire, pour faire face à une vacance temporaire d'emplois, en l'absence de cadre d'emplois correspondant aux fonctions, pour les besoins du service ou la nature de fonctions, dans les communes de moins de 1 000 (ou 2 000 habitants).

Ces personnels bénéficient des mêmes droits à rémunération que les fonctionnaires (art. 20, loi n° 83-634 du 13/07/1983) et de garanties sociales définies par un décret (n° 88-145 du 15/02/1988), qui n'exclut de son champ que les agents engagés pour une tâche précise, ponctuelle et limitée à l'exécution d'actes déterminés, reprenant une jurisprudence classique (CE n° 347145 du 11/02/2013). Ces règles n'évoquent pas le terme de « vacataire » fréquemment utilisé par les employeurs pour caractériser un mode de rémunération ou une gestion échappant au décret, notamment s'agissant des congés.

Avec constance, la jurisprudence (lorsque les emplois ne relèvent pas de besoins saisonniers, occasionnels ou d'un contrat de projet caractérisant un emploi non permanent, et dont les contrats ont une durée limitée) s'attache à vérifier si l'activité confiée à l'agent répond ou non à un besoin permanent de l'employeur, sans prendre en considération une rémunération par vacations mensuelles ou l'absence de contrat écrit (CE n° 236510 Assistance Publique hôpitaux de Paris du 28 novembre 2003).

Le droit à rémunération des contractuels comporte, comme pour les fonctionnaires, le traitement, l'indemnité de résidence, le supplément familial de traitement et les primes et indemnités prévues par un texte législatif ou réglementaire.

Dans une affaire, la commune recrute le 1^{er} avril 2011 un agent en qualité de vacataire pour remplacer des gardiens de structures les week-ends, les jours fériés et pendant les vacances scolaires. Le maire refuse, le 24 mars 2014, de requalifier son contrat de « vacataire » en agent contractuel de droit commun avec les conséquences financières qui en découlent, comme l'agent le demande le 16 février. Le tribunal annule le refus, une décision confirmée par la cour et le Conseil d'État.

Un droit à prise en charge indépendant du statut de l'agent

Reste la question de ses frais de transport en commun dont

il demande la prise en charge pour l'année 2011, alors qu'il est encore sous statut de « vacataire ».

Pour les agents publics cette prise en charge s'adosse au code du travail (article L. 3261-2) qui impose aux employeurs de prendre en charge, dans une proportion et des conditions fixées par décret, le prix des titres et abonnements souscrits par les salariés pour leurs déplacements domicile-travail au moyen de transports publics de personnes ou d'un service public de location de vélos. Le décret d'application (n° 2010-676 du 21 juin) en ouvre notamment le bénéfice aux personnels civils des collectivités locales.

Pour le Conseil d'État, la notion de personnels civils intègre les agents vacataires et n'est modulée qu'en fonction du nombre d'heures travaillées (temps partiel, ou non complet s'il est inférieur à la moitié de la durée légale du travail), indépendamment du statut des salariés. L'agent avait donc droit à cet avantage, quelle que soit la qualification donnée à son contrat de travail.

La prise en charge porte sur la moitié du tarif des abonnements dans la limite de l'abonnement annuel permettant le trajet le plus grand dans la zone de compétences de l'autorité organisatrice des transports de la région Île-de-France, après application d'un coefficient multiplicateur de 1,25. Elle s'effectue sur la base du tarif le plus économique pratiqué par les transporteurs, ou en Île-de-France sur la base du tarif annuel, et la participation couvre le coût des titres de transport permettant d'effectuer le trajet dans le temps le plus court entre la résidence habituelle de l'agent la plus proche du lieu de travail et ce dernier.

Sur un plan contentieux, le juge fait application du code civil, prévoyant que toute condamnation à une indemnité emporte intérêts au taux légal (3,11 % en 2021 si le créancier est un particulier), même en l'absence de demande ou de disposition du jugement. Ces intérêts courent à compter du prononcé du jugement, sauf décision contraire du juge (article 1231-7 du code civil). Par ailleurs, pour toute condamnation pécuniaire par décision de justice, ce taux est majoré de 5 points à l'expiration d'un délai de 2 mois à compter du jour où la décision est devenue exécutoire (article 313-3 du code monétaire et financier). Le Conseil d'État rappelle que ces règles s'appliquent non seulement dans une procédure indemnitaire, mais également si un jugement d'annulation enjoint l'employeur de verser une rémunération liée (dans l'affaire) à la reconnaissance de la qualité de contractuel.

CE n° 420567 M. A du 7 février 2020.

LE GOUVERNEMENT N'ENVISAGE PAS D'ASSOULIR LA CESSION GRATUITE DU MATÉRIEL INFORMATIQUE

■ **La cession gratuite de matériels informatiques constitue une dérogation au principe d'incessibilité à vil prix des biens publics, lequel découle de l'interdiction plus générale pour les personnes publiques de consentir des libéralités.**

Le code général de la propriété des personnes publiques a repris ce principe de valeur constitutionnelle (cons. constitutionnel, décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986) en interdisant d'aliéner des biens meubles à titre gratuit ou à un prix inférieur à leur valeur vénale (article L. 3211-18 du code).

Des exceptions sont néanmoins possibles à l'État et pour les employeurs locaux (articles L. 3212-2 et 3 du code), qui peuvent céder gratuitement les matériels informatiques dont ils n'ont plus l'emploi.

Ces dons ne sont possibles qu'au profit d'associations de parents d'élèves, de soutien scolaire, aux associations reconnues d'utilité publique, associations d'étudiants, lesquelles doivent s'engager par écrit à n'utiliser les matériels cédés que pour l'objet prévu par leurs statuts, et ne peuvent pas les céder à titre onéreux.

Les personnels des administrations concernées peuvent

bénéficier de la cession des modèles informatiques et des logiciels nécessaires à leur usage.

Dans tous les cas, le matériel informatique cédé ne peut pas excéder une valeur unitaire de 300 euros (articles D. 3212-3 et suivants du code).

A un parlementaire qui s'interroge sur la possibilité d'élargir ces dons à des associations caritatives ou humanitaires, la ministre de la Cohésion des territoires et des relations avec les collectivités territoriales précise que le gouvernement ne souhaite pas multiplier les dérogations à un principe de bonne maîtrise des deniers publics et n'envisage aucune extension du dispositif.

Un dispositif de cession gratuite existe pour les éléments mobiliers dont la valeur unitaire n'excède pas 300 €, au profit d'associations dont les ressources sont affectées à des œuvres d'assistance, notamment à la redistribution gratuite de biens meubles aux personnes les plus défavorisées, avec la même exigence d'interdiction de revente (article L. 3212-2 précité).

QE n° 18553 JO AN du 13 août 2019 page 7470.

L'ANNULATION D'UN TITRE EXÉCUTOIRE PEUT ENTRAÎNER L'APPLICATION DE LA PRESCRIPTION BIENNALE

■ **Les employeurs ont 2 ans pour récupérer les créances résultant de salaires indûment versés, à compter du 1^{er} jour suivant le mois de la mise en paiement, y compris si la créance a pour origine une décision créatrice de droits irrégulière définitive** (article 37-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000).

Une femme licenciée pour inaptitude physique, le 15 mars 2013, conteste 16 titres de perception émis entre 2011 et 2013 pour des versements indus d'indemnités journalières et d'une indemnité de conseiller en formation continue, pour un montant de 18 641 €. Le 24 mai 2017, le tribunal annule ces titres et enjoint au ministère de l'Éducation de décharger la femme de l'obligation de payer ces créances et de lui rembourser 4 723 € sous 4 mois.

La cour, tout en rappelant les conditions fixées par la loi, relève qu'elle ne comporte pas de dispositions sur les causes d'interruption et de suspension de la prescription. Suivant une jurisprudence constante (concl. sous CE n° 405797 Mme D du 31 mars 2017), la lettre par laquelle l'employeur informe l'agent de son intention de répéter une somme versée indûment, comme l'ordre de reversement ou un titre exécutoire, interrompt la prescription à la date de leur notification dûment établie par l'employeur.

Par ailleurs, l'annulation d'un titre exécutoire par une déci-

sion de justice pour un motif de forme n'implique pas nécessairement la restitution immédiate des sommes récupérées compte tenu de la possibilité d'une régularisation éventuelle. Si le juge est saisi de conclusions lui demandant d'enjoindre à l'employeur de restituer les sommes, il lui appartient de prescrire la mesure en fixant le délai au terme duquel l'administration devra le faire si elle n'a pas émis un nouveau titre dans des conditions régulières, et si aucune règle de prescription n'y fait obstacle.

Pour le ministre de l'Éducation, le tribunal a commis une erreur de droit en estimant que les créances étaient atteintes par la prescription biennale et qu'il pouvait bien émettre de nouveaux titres, ce qui s'opposait à l'injonction figurant dans le jugement.

A retenir : *mais, pour la cour, les créances concernent des versements réalisés de 2011 à 2013, et les 16 titres de perception ont été émis ces mêmes années, de sorte qu'à la date du jugement, le 24 mai 2017, la prescription, que le recours de la femme n'avait pas pu interrompre ni suspendre, était acquise. C'est donc valablement que le tribunal a imposé au ministère de l'Éducation de décharger la femme de l'obligation de payer les créances, excluant toute régularisation.*

CAA Bordeaux n° 17BX02616 ministre de l'Éducation nationale du 16 juillet 2019.

Le licenciement pour insuffisance professionnelle doit être cohérent avec le grade de l'agent

En matière de licenciement pour insuffisance professionnelle, la loi ne formule pas d'exigences autres que le respect de la procédure disciplinaire. La jurisprudence a donc défini, au regard de quelles fonctions ou de quel standard professionnel, une manière de servir peut être qualifiée d'insuffisante. Ces principes s'appliquent aux fonctionnaires comme aux contractuels.

Une nomination deux fois illégale est sanctionnée

■ Dans une affaire, le maire d'une commune de 2 111 habitants recrute en mai 2009 un contractuel en CDD comme secrétaire de mairie, qu'il titularise au grade d'adjoint administratif de 2^e classe le 4 août 2010. Ses relations professionnelles avec sa hiérarchie se dégradant, le maire le réaffecte au suivi des services techniques au printemps 2011 puis, après un congé de longue maladie et un mi-temps thérapeutique, auprès du syndicat d'initiative. Il le licencie pour insuffisance professionnelle le 30 novembre 2015, sur un avis favorable du conseil de discipline.

Le tribunal puis la cour annulent la mesure, ce que conteste la mairie en cassation.

Si les adjoints administratifs ont vocation à un emploi de secrétaire de mairie, c'est sur un grade d'avancement d'adjoint principal de 2^e ou de 1^{ère} classe et dans les communes de moins de 2 000 habitants, 2 conditions que le fonctionnaire ne remplit pas, de sorte que sa nomination sur cet emploi était doublement illégale. La cour estime donc que le maire ne pouvait pas reprocher à l'adjoint administratif une mauvaise manière de servir comme secrétaire de mairie.

Les conditions d'évaluation de l'insuffisance professionnelle

Sur un plan général, le juge estime que le licenciement pour inaptitude professionnelle d'un agent public ne peut se fonder que sur des éléments révélant son inaptitude à exercer normalement les fonctions pour lesquelles il a été engagé ou correspondant à son grade, et non sur une carence ponctuelle dans leur exercice. Cependant, cette mesure ne saurait être subordonnée à ce que l'insuffisance ait été constatée à plusieurs reprises au cours de la carrière de l'agent, ni qu'elle ait persisté après une invitation de l'employeur à ce qu'il remédie aux insuffisances constatées. Une évaluation de la manière dont il a travaillé sur une période suffisante, et révélant son inaptitude à un exercice normal de ses fonctions, sera de nature à justifier son licenciement. Ainsi, aucune disposition de texte ni principe ne s'oppose à ce que l'insuffisance d'un contractuel, enseignant dans un centre de formation d'apprentis, soit constatée lors d'une visite d'inspection pédagogique portant sur son activité pédagogique d'une année (CE n° 392621 commune de Sète du 1^{er} juin

2016).

Le juge a également indiqué que si le licenciement pour insuffisance d'un fonctionnaire ne pouvait être fondé que sur des éléments manifestant son inaptitude à exercer normalement les fonctions pour lesquelles il a été engagé ou correspondant à son grade, aucun texte ni principe n'imposait à l'employeur de chercher à reclasser, sur d'autres fonctions, un fonctionnaire ne parvenant pas à les exercer (CE n° 390396 M. D du 18 janvier 2017).

Une clarification nécessaire

Enfin, reprenant la théorie du fonctionnaire de fait, le juge rappelle qu'un fonctionnaire irrégulièrement nommé aux fonctions qu'il occupe doit être regardé comme en étant légalement investi tant que sa nomination n'a pas été annulée. Son aptitude à exercer normalement ses fonctions peut donc être appréciée au regard de l'emploi qu'il occupe, sauf si elles ne correspondent pas à celles pour lesquelles il a été engagé ou à celles de son grade (CE n° 410411 commune de Gennevilliers du 13 avril 2018).

Dans cette dernière affaire, le maire réaffecte une attachée principale initialement directrice des ressources humaines, en qualité de chargé de la veille documentaire des modes de financement et de l'observatoire des subventions en avril 2010, avant de la licencier en février 2012. Si sa nomination fait l'objet d'une irrégularité de procédure sanctionnée par le tribunal, il n'en reste pas moins que ces fonctions correspondent à son grade (assister et conseiller les services dans le montage et le suivi des demandes de subventions), de sorte que l'employeur pouvait valablement apprécier son inaptitude professionnelle.

La commune tente de s'appuyer sur cette dernière décision pour faire valoir que, même si la nomination du secrétaire de mairie était illégale, la cour aurait dû examiner les fonctions qu'il exerçait.

Pour le rapporteur public, les décisions successives pouvaient paraître poser un problème d'articulation. En effet les 2 premières permettent à l'employeur d'évaluer l'insuffisance de l'agent à partir d'éléments révélant son inaptitude à exercer les fonctions pour lesquelles il a été engagé ou correspondant à son grade. Mais, s'agissant, dans l'affaire, de la commune de Gennevilliers, le juge exclut que l'employeur puisse évaluer l'inaptitude d'un agent sur des fonctions ne correspondant pas à son grade ou à l'emploi pour lequel il a été engagé. Si la première

(suite p. 7)

(suite de la p. 6)

décision « commune de Sète » semblait distinguer les fonctionnaires pour lesquels elle retenait leur grade comme référentiel et l'emploi figurant dans leur engagement pour les contractuels, pour un fonctionnaire la dernière décision évoque à la fois le grade et l'emploi.

Comme le lui propose le rapporteur, le Conseil d'État précise que le licenciement pour insuffisance d'un agent public ne peut être fondé que sur son inaptitude à exercer normalement les fonctions pour lesquelles il a été engagé, s'il s'agit d'un agent contractuel, ou correspondant à son grade, s'il s'agit d'un fonctionnaire.

Une possible inaptitude partielle

S'agissant du fonctionnaire, le rapporteur public rappelle que le juge n'exige pas que le fonctionnaire soit inapte à toutes les fonctions de son grade. Il a ainsi validé le licenciement d'un directeur de la culture pour insuffisance managériale, dont l'employeur reconnaissait les compétences techniques dans l'action culturelle, mais dont les fonctions étaient de nature essentiellement managériales et nécessitaient des qualités de gestion, de communication, de dialogue et de conduite du changement qu'il ne possédait pas (CE n° M. B du 20 mai 2016). De même, pour le licenciement d'une secrétaire de mairie incapable des tâches les plus simples, le juge n'exige pas que l'employeur ait préalablement vérifié son aptitude à d'autres fonctions (CE n° 155080 commune de Cludes du 16 octobre 1998).

Le fonctionnaire étant censé être compétent pour l'ensemble des fonctions correspondant à son grade, s'il est inapte à remplir l'une d'elles, l'employeur peut le licencier, même s'il a la possibilité de l'affecter à d'autres fonctions dans l'intérêt du service.

Si l'agent a irrégulièrement été nommé dans ses fonctions, le rapporteur ne préconise le maintien de la prise en compte des fonctions dans l'évaluation que si elles correspondent à son grade. Dans le cas contraire, et concernant un stagiaire dont les fonctions étaient certes conformes à la fiche de poste décrivant ses missions, mais au-dessus de celles correspondant à son grade, le juge a considéré qu'il n'avait pas été placé dans une situation permettant d'apprécier sa valeur professionnelle, engageant la responsabilité de l'employeur (CAA Lyon n° 07LY00914 communauté d'agglomération du Puy-en-Velay du 5 novembre 2009).

Pour le Conseil d'État, si donc la manière de servir d'un fonctionnaire exerçant des fonctions ne correspondant pas à son grade le justifie, il appartient à l'employeur d'y mettre fin. Une évaluation de sa manière de travailler sur de nouvelles fonctions correspondant cette fois-ci à son grade pendant une période suffisante, et révélant une inaptitude à un exercice normal de ses fonctions, pourra alors être de nature à justifier son licenciement.

Des fonctions hors du statut particulier

Dans ces conditions, le secrétaire de mairie n'exerçant pas des fonctions d'adjoint administratif de 2e classe, la cour en a logiquement conclu que le licenciement pour insuffisance ne pouvait pas être fondé sur ses manquements, quand bien même ils auraient concerné des tâches administratives d'exécution. D'autres, en effet, comme l'élaboration du budget et le montage des dossiers des subventions ou de marchés publics, n'en relevaient pas.

Statutairement, les adjoints administratifs sont chargés de tâches administratives d'exécution, supposant la connaissance et comportant l'application de règles administratives et comptables. Ils effectuent divers travaux de bureautique et sont affectés à l'utilisation de matériels de télécommunication, peuvent réaliser des enquêtes administratives, établir les rapports nécessaires à l'instruction de dossiers ou placer les usagers d'emplacements publics, calculer et percevoir le montant des redevances. Seuls les grades d'avancement ont vocation à des fonctions d'accueil et des travaux de guichet, à de la correspondance administrative et des travaux de comptabilité, outre le secrétariat de mairie des communes de moins de 2 000 habitants (décret n° 2006-1690 du 22 décembre 2006).

Une extension aux contractuels

Les autres manquements n'étant pas établis par le dossier, c'est logiquement que le juge a rejeté l'insuffisance professionnelle de l'intéressé.

Le rapporteur reconnaît que la possibilité de muter, dans l'intérêt du service, un agent nommé dans un emploi ne correspondant pas à son grade pourra être difficile pour de petits employeurs, qui devront examiner les possibilités de mise à disposition vers d'autres collectivités ou établissements, ou un détachement. Il voit même dans la création de la rupture conventionnelle une issue complémentaire.

Cette décision intéresse les agents contractuels, que l'employeur peut aussi licencier pour insuffisance professionnelle. Sans évoquer la procédure disciplinaire, le texte prévoit qu'il devra les mettre à même de demander la communication de l'intégralité de toutes les pièces de leur dossier dans un délai suffisant pour en prendre connaissance. Ce droit concerne plus généralement les éléments sur lesquels l'employeur entend se fonder, même ceux ne figurant pas au dossier. Rappelons aussi que le prononcé d'un licenciement pour insuffisance entraîne une minoration de moitié de l'indemnité de licenciement (articles 39-2 et 46 du décret n° 88-145 du 15 février 1988).

CE n° 425620 commune d'Ouveillan du 9 juin 2020 et concl.

LES DÉROGATIONS AUX 48 HEURES HEBDOMADAIRES RESTENT LIMITÉES

■ Un pompier professionnel logé en caserne doit, entre 2009 et 2013, réaliser 125 gardes de 24 heures (soit 3 000 heures brutes ramenées à 2 041 heures par le jeu d'une équivalence). Ce temps de travail étant supérieur à la durée maximale hebdomadaire de 48 heures du droit communautaire (directive n° 2003/88/CE du 4 novembre 2003), il demande au service départemental d'incendie et de secours (SDIS) 20 158 € de réparation de son préjudice, que la cour ramène à 5 000 € (CE n° 426031 M. A du 19 décembre 2019 et concl).

La directive, qui reprend un texte similaire antérieur (directive n° 93/104/CE du 23 novembre 1993), permet aux Etats d'y déroger lorsqu'en raison de ses caractéristiques, l'activité n'est pas mesurée ou prédéterminée, ou peut l'être par le salarié lui-même (article 17 paragraphe 1). Si le SDIS estime que les périodes de garde entrent bien dans cette dérogation, le Conseil d'État, sur proposition du rapporteur public, rappelle au contraire que la Cour de justice de l'union européenne (aff. C-484/04 du 7 septembre 2006) a estimé qu'elle ne visait que les agents dont l'intégralité (et non pas une partie seulement) du temps de travail n'était pas mesurée ou prédéterminée, ou pouvait l'être par les intéressés. Or, si le temps consacré aux interventions par les sapeurs-pompiers d'astreinte, notamment nocturnes, ne peut pas, par essence, être prédéterminé, il n'en va pas de même de la durée de garde, qui est prévisible et doit donc supporter la limite de 48 heures.

L'absence d'accord de l'agent

Par ailleurs, le temps de garde qu'un agent passe à son domicile avec l'obligation de répondre aux appels de son employeur dans un délai court (8 minutes dans une affaire) constitue un temps de travail, dans la mesure où il restreint très significativement les possibilités du salarié d'avoir d'autres activités (CJUE Aff. C518-5 du 21 février 2018). C'est le cas des périodes d'astreinte que comportent les gardes des sapeurs-pompiers qui, même à leur domicile, doivent en permanence se tenir prêts à intervenir. Dans l'affaire, cette exigence est même plus rigoureuse pour l'intéressé, puisque les pompiers logés en caserne doivent être joignables à tout moment et disponibles en tenue sous 3 minutes.

La directive comporte une seconde dérogation qui permet de déroger aux 48 heures, lorsque l'employeur a obtenu l'accord du salarié (article 22 de la directive). Elle est conditionnée au respect des principes généraux de protection de la sécurité et de la santé des agents, et à la tenue de registres permettant aux autorités nationales de l'interdire ou de la restreindre pour des raisons de santé ou de sécurité. La CJUE impose que l'acceptation de chaque agent soit libre et explicite, pour qu'il soit certain qu'il a connaissance de la restriction apportée aux droits garantis par la directive (aff. C 397/01 du 5 octobre 2004). Or, le SDIS s'adosse à l'arrêté d'attribution du logement, qui engage le pompier à accepter un service de plus de 48 heures sur 7 jours. Mais il ne lui permet pas de donner un accord explicite en toute connaissance de cause à une telle dérogation.

Rappelons que le juge a validé un temps de travail additionnel aux 48 heures réalisées sur la base du volontariat et donnant lieu à récupération ou indemnisation (CE n° 260733 collectif de médecins urgentistes du centre hospitalier de Bigorre du 4 février 2005).

C'est donc logiquement que la cour a accordé 5 000 € au sapeur-pompier professionnel en réparation des troubles subis dans ses conditions d'existence.

Relevons que, si le temps de travail des sapeurs-pompiers professionnels est aujourd'hui conforme au droit communautaire avec une durée maximale annuelle de 2 256 heures (au lieu de 2 400 heures qui en 2005 avaient succédé à 2 520 heures), soit 48 heures hebdomadaires x 47 semaines travaillées compte tenu de 5 semaines de congés en France (décret n° 2001-1382 du 31 décembre 2000), la décision n'en conserve pas moins sa pertinence.

Dans le droit commun, la durée du travail effectif, heures supplémentaires incluses, ne peut pas excéder 48 heures une semaine, ni 44 heures en moyenne sur 12 semaines, et le repos hebdomadaire (le dimanche) est d'au moins 35 heures (dont 11 heures de repos quotidien). La durée quotidienne de travail ne peut pas excéder 10 heures, ni l'amplitude de la journée 12 heures. Aucun temps de travail quotidien ne peut atteindre 6 heures sans pause d'au moins 20 minutes.

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