

# 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 recommandations du Défenseur des droits pour lutter contre les discriminations

Le 16 novembre, le ministère de la Fonction publique a présenté aux syndicats la contribution du Défenseur des droits au 1er rapport biennal sur la lutte contre les discriminations dans la fonction publique.

Plus de 1 000 réclamations lui sont adressées par an depuis 2014, dont les 3/5 sur la carrière (retard ou absence), 17 % sur le harcèlement sexuel ou moral, 6 % sur le recrutement et 2,4 % sur la rémunération. En 2017, elles proviennent à 44 % de l'État, 31 % d'agents territoriaux, 16 % d'agents hospitaliers et 9 % d'établissements publics. Certains thèmes sont récurrents, la grossesse ou la situation de famille, le handicap et l'état de santé. Suivent l'activité syndicale, l'origine, la race ou l'ethnie, l'âge, le sexe, l'opinion politique, les convictions religieuses, l'orientation sexuelle ou le lieu de résidence.

Le Défenseur préconise la mise en œuvre des obligations légales en matière de handicap et de santé : aménager raisonnablement les postes de travail, former les personnels sur l'inclusion ou la prévention des risques de discriminations salariales.

Ensuite, une égalité réelle femmes - hommes nécessite de mettre un terme aux discriminations fondées sur la grossesse et la situation de famille, en favorisant l'égalité des rémunérations et en accompagnant la "libération de parole" en matière de harcèlement sexuel.

S'ajoutent une réponse à tous les signalements, une mobilisation contre les discriminations raciales, une révision des processus de recrutement et d'évolution des carrières, de mobilisation ou de formation des cadres, et le développement d'indicateurs de mesure des discriminations et des actions menées pour les limiter.

Source Acteurs publics

27 NOVEMBRE 2018  
N° 1607

### CARRIÈRE

L'employeur ne peut pas refuser de réintégrer un policier municipal pour rupture du lien de confiance .....page 2

### EMPLOIS ET NON TITULAIRES

Les propos tenus pendant une campagne électorale justifient la protection fonctionnelle ....page 3

### DISCIPLINE

Campagnes électorales : l'agent reste tenu à une obligation de réserve .....page 4

### RÉMUNÉRATIONS

Retraite : une information insuffisante de l'employeur engage sa responsabilité .....page 5

### DOSSIER

La probable valorisation de la disponibilité dans la carrière .....pages 6 à 8

Retrouver **La Lettre  
de l'Employeur Territorial  
sur internet**

Pour accéder aux **articles parus  
dans La Lettre de l'Employeur  
Territorial depuis l'an 2000 :**  
[www.editionssorman.com](http://www.editionssorman.com)



## Accident de service : la matérialité des faits doit être établie

Le fonctionnaire victime d'un accident imputable au service bénéficie d'un congé pour invalidité temporaire qui lui garantit l'intégralité de son traitement jusqu'à sa reprise ou sa retraite (article 21 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983).

Cet événement extérieur à l'agent survenu sur le lieu et dans le temps du service, dans ou à l'occasion des fonctions ou d'une activité qui en constitue le prolongement normal, présente le caractère d'un accident de service, sauf faute personnelle ou circonstance l'en détachant.

Dans une affaire, un adjoint technique stagiaire cuisinier au sein d'un EHPAD déclare avoir ressenti, le 12 juin 2009, une forte douleur à l'épaule en transportant un fait-tout rempli de 20 à 25 litres d'eau, dont l'employeur refuse de reconnaître l'imputabilité.

En effet, une expertise du 6 janvier 2010 révèle une arthropathie acromio-claviculaire antérieure à l'accident, et un collègue présent sur les lieux et à l'heure de l'accident déclare n'avoir rien remarqué. Enfin, l'intéressé ne fait pas état de cet accident dans ses 2 premiers arrêts travail, notamment lors du certificat initial le 13 juin 2009, ne l'évoquant qu'en novembre devant l'expert médical pour formuler sa demande le 4 mai 2010. Et lorsque l'expert retient un lien avec le service à hauteur de 50 %, il ne fait que s'appuyer sur les déclarations de l'intéressé.

**À retenir :** *la matérialité de l'accident n'est ainsi pas établie et c'est logiquement que le tribunal a rejeté la demande de l'agent. Au passage, le juge rappelle que l'employeur n'est pas lié par l'avis de la commission de réforme, qui ne présente pas de caractère conforme.*

CAA Nantes n° 16NT01509 M. D du 23 février 2018.

## L'employeur ne peut pas refuser de réintégrer un policier municipal pour rupture du lien de confiance

■ **Seuls des fonctionnaires peuvent être agents de police municipale. Nommés par le maire, ils doivent être agréés par le préfet et le procureur et assermentés.** L'agrément, valable tant qu'ils exercent des fonctions d'agent de police, peut être retiré ou suspendu après consultation du maire (sauf situation d'urgence) (article L. 511-2 du code de la sécurité intérieure). Dans de telles hypothèses, le maire peut proposer un reclassement du fonctionnaire dans un autre cadre d'emplois, sans demande de l'intéressé (article L. 412-49 du code des communes).

Dans une affaire, le maire conteste l'annulation du rejet, le 15 janvier 2014, de la demande de réintégration d'un policier municipal dans son service.

En effet, lui ayant infligé une exclusion temporaire de fonctions de 2 ans à compter du 13 janvier 2011, le maire se prévaut de la caducité de l'agrément du policier du fait de l'exclusion disciplinaire puisqu'il n'a pas exercé de fonctions d'agent de police. Mais le code de la sécurité intérieure n'a pas pour objet ni effet d'entacher de caducité l'agrément d'un agent de police exclu pour raisons disciplinaires, seul le préfet ou le procureur ayant ce pouvoir de retrait ou de suspension. Le maire tente alors d'y substituer un autre motif. Le juge peut accepter de l'examiner, s'il est légalement fondé sur la situation existant à la date de la décision et s'il peut justifier la mesure prise, procédera à la substitution demandée si elle ne prive pas l'intéressé d'une garantie procédurale.

## L'irrégularité d'un motif tenant à l'intérêt du service

La commune fait valoir que le fonctionnaire a perdu son agrément en acceptant sa réintégration en qualité d'adjoint technique au service de la propreté urbaine le 14 octobre 2013, que n'existe plus le lien de confiance avec le maire, nécessaire à l'exercice de ses fonctions, après son comportement et ses agissements et, qu'enfin, sa réintégration nuirait au bon fonctionnement du service de police municipale du fait du dépôt de 2 plaintes avec constitution de partie civile.

Si le maire a réintégré en effet le policier le 1er octobre 2013 dans le cadre d'emplois des adjoints techniques c'est en raison du retrait de son agrément par le préfet le 30 juin 2011, ultérieurement annulé par la cour, rendant irrégulier l'arrêté de reclassement dont il constituait le fondement. Le refus opposé au fonctionnaire ne saurait donc prendre appui sur la décision de reclassement. S'agissant de la perte de confiance liée à des événements qui se sont déroulés entre 2008 et 2010 et ont fondé l'exclusion, il ne saurait justifier un refus de réintégration dans la police municipale, sauf à méconnaître le principe qui interdit de sanctionner 2 fois un même agent pour les mêmes faits.

**Attention :** *s'agissant enfin de la nuisance apportée au bon fonctionnement du service du fait d'un dépôt de 2 plaintes, l'une pour dénonciation calomnieuse à l'encontre d'un agent du service et l'autre pour harcèlement moral contre 2 collègues, elles ne caractérisent pas un motif tiré de l'intérêt du service justifiant le refus de réintégration.*

TA n° 1604418 commune de Grenoble du 9 octobre 2018.

## Les propos tenus pendant une campagne électorale justifient la protection fonctionnelle

■ **Indépendamment des règles du code pénal et des lois spéciales, les fonctionnaires bénéficient d'une protection de leur employeur, notamment contre les atteintes volontaires à l'intégrité de leur personne, les violences, harcèlements, menaces, injures, diffamations ou outrages.** Il doit réparer le préjudice qui a pu en résulter, sauf faute personnelle des intéressés (article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983).

Dans une affaire, une adjointe administrative du centre de tri pour le traitement des déchets fait campagne pour les élections municipales 2014. Le colistier du président de l'EPCI qui l'emploie tient une conférence de presse en février au cours de laquelle il affirme que la femme a bénéficié « d'un emploi alimentaire... grâce un coup de pouce et... dès qu'elle est arrivée, avec son syndicat, a attaqué son employeur sans même manifester un peu de décence et de gratitude ». S'estimant diffamée, l'adjointe demande au président de l'EPCI de lui accorder la protection fonctionnelle et sollicite le remboursement des frais engagés dans une action en diffamation, dont elle est déboutée.

La cour rappelle que l'employeur ne peut déroger à son obligation de protection que pour des motifs d'intérêt général.

Les propos incriminés laissant entendre que la femme aurait obtenu un poste sans consistance réelle en raison de ses relations politiques et non de ses mérites ; ils constituent des attaques liées à ses fonctions, même dans un contexte de campagne électorale.

En demandant par une simple lettre du 26 février (dont la femme n'aura connaissance que devant le tribunal) à l'auteur des propos de ne plus les réitérer, le président n'a pas pris une mesure assurant à la fonctionnaire la protection à laquelle elle peut prétendre, et leur tenue pendant une campagne électorale ne constitue pas un motif d'intérêt général justifiant un refus.

### La portée de la responsabilité de l'employeur

Quand bien même les propos incriminés auraient cessé, ce refus constitue une faute de l'employeur de nature à engager sa responsabilité. La femme justifie avoir supporté des frais d'avocat, d'huissier et de procédure pour 4 324 € devant le tribunal correctionnel. Cependant, si la loi oblige l'employeur à une protection pouvant prendre la forme d'une prise en charge des frais engagés dans le cadre de poursuites judiciaires introduites par l'agent, elle ne la contraint pas à prendre en charge l'intégralité de ces frais. L'agent ne peut prétendre qu'au remboursement d'une partie d'entre eux lorsque le montant des honoraires apparaît manifestement excessif au regard notamment des pratiques tarifaires généralement observées, des prestations effectivement accomplies ou encore de l'absence de complexité particulière du dossier.

**À retenir :** dans l'affaire, eu égard à la nature des faits et à la simplicité du dossier, la cour ramène la demande à 2 000 €, à laquelle elle ajoute un préjudice moral de 500 €. Rappelons que le maire est seul à même d'accorder ou de refuser la protection, ce qui exclut toute délibération sur la demande (CAA Lyon n° 16LY02029 commune de Grenoble du 26 avril 2018).

CAA Marseille n° 16MA02220 Mme D du 20 avril 2018.

## Une perte significative de responsabilité exclut toute mesure d'ordre intérieur

Les mesures d'ordre intérieur, qui modifient l'affectation ou les tâches des agents, sans atteinte à leurs droits et prérogatives statutaires, à leurs droits et libertés fondamentaux, ni diminution de leurs responsabilités ou leur rémunération, ne leur font pas grief. Elles ne doivent pas avoir de motivation disciplinaire (CE n° 141089 M. X du 18/3/1996) ou discriminatoire (CE n° 37383 Pôle emploi du 15 avril 2015).

Dans une affaire, la présidente de la communauté urbaine propose, le 27 novembre 2015, à un ingénieur en chef hors classe directeur de l'urbanisme et de l'aménagement, la direction de l'agence d'urbanisme. Après plusieurs mois de discussions, un courrier du 24 mars 2016 l'informe qu'il sera remplacé dans ses fonctions le 1er mai et nommé directeur de projet auprès du directeur général délégué. Un arrêté du 27 avril confirme la mutation.

La présidente y voit une mesure d'ordre intérieur insusceptible de recours. Mais l'emploi ne comporte aucun encadrement ni pouvoir décisionnel, quand le directeur de l'urbanisme encadre une quarantaine d'agents dans 3 services, bénéficie d'une délégation de signature et figure dans l'organigramme des postes de direction. Le changement d'affectation emporte donc une perte sensible de responsabilité et constitue une décision faisant grief à l'agent.

**Attention :** si l'employeur mute librement les fonctionnaires, les décisions comportant un changement de résidence ou modifiant la situation des intéressés sont soumises à l'avis de la CAP qui n'a pas été saisie, privant le fonctionnaire d'une garantie statutaire et entachant la décision d'illégalité.

CAA Nancy n° 17NC02207 M. A du 17 mai 2018.

## Le refus de reprendre après un congé de maladie expose l'agent à un abandon de poste

■ **Par la radiation pour abandon de poste, l'employeur prend acte de la rupture volontaire du lien salarial par l'agent.** Dérogeant à toutes les procédures d'éviction, notamment disciplinaires, avant de la prononcer, il doit mettre l'agent en demeure de rejoindre son poste dans le délai approprié qu'il fixe. La mise en demeure, écrite, lui est notifiée et l'informe du risque d'une radiation des cadres sans procédure disciplinaire préalable. Si l'agent ne s'est pas présenté, 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 constater la rupture du fait de l'intéressé.

Dans une affaire, la directrice adjointe des ressources humaines radie pour abandon de poste le 1er septembre 2015 un contractuel agent d'entretien qualifié. Après plusieurs arrêts pour maladie du 10 février au 7 juin 2015, l'agent indique, le 3 juin, vouloir prendre acte de la rupture de son contrat aux torts exclusifs de l'employeur. L'hôpital lui rappelle les 19 et 30 juin qu'il pourrait le considérer en congé annuel du 8 juin au 30 juillet et d'ailleurs le rémunère jusqu'à cette date.

Le 31, la DRH, constatant son absence, lui demande de la justifier et l'informe, qu'à défaut, le courrier constitue une mise en demeure formelle de reprendre sous 48 heures sous peine d'être radié pour abandon de poste sans procédure disciplinaire préalable. L'agent ayant réceptionné le courrier le 7 août, il a bien été mis en demeure de reprendre.

Il soutient alors que, victime de harcèlement moral, l'hôpital ne l'a pas protégé. Mais s'il a connaissance d'un important différend avec un autre agent, l'employeur n'a pas été informé d'un harcèlement avant le courrier du 3 juin et n'a donc pas manqué à son obligation de protection. En tout état de cause, cette circonstance n'exonérerait pas le salarié de reprendre après la mise en demeure ou de se présenter sur son lieu de travail. En réalité, il exerce dès le mois de juillet des fonctions de commercial dans le secteur privé.

**À retenir :** *le centre hospitalier pouvait bien considérer que le refus de déférer à la mise en demeure caractérisait un abandon de poste justifiant sa radiation.*

CAA Marseille n° 17MA03751 M. A du 10 avril 2018.

## Campagnes électorales : l'agent reste tenu à une obligation de réserve

■ **Toute faute d'un fonctionnaire dans ou à l'occasion de ses fonctions l'expose à une sanction disciplinaire** (article 29 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983). Dans une affaire, le maire exclut 2 jours, le 7 avril 2014, une adjointe technique de 2e classe qu'il affecte simultanément à l'entretien des rues de la commune avec une balayeuse. Il entend sanctionner un manquement à l'obligation de réserve et au code électoral qui interdit à tout agent d'une autorité municipale de distribuer des bulletins de vote, professions de foi et circulaires des candidats aux élections municipales (article L. 50). En effet, la femme distribue le 21 mars entre 18 et 19 heures, dans les boîtes aux lettres d'une rue de la commune, des tracts électoraux d'une liste d'opposition qu'elle soutient, dénigrant le maire candidat sortant en des termes irrévérencieux, le qualifiant d'opportuniste « qui à force de retourner sa veste lors de sa mandature, va finir par retourner son pantalon » et dénonçant la tenue d'une « mascarade de réunion publique ».

Pour la cour, si les agents publics ont, comme tout citoyen, le droit de participer aux élections et à la cam-

pagne qui les précède, sauf en ce qui concerne les employés municipaux, inéligibles au conseil municipal, ils doivent le faire dans des conditions respectant l'obligation de réserve à laquelle ils sont tenus à l'égard de leur employeur, même en dehors du service. Si la femme n'est pas l'auteur du tract, elle s'en est pleinement appropriée les termes en les distribuant. Même si elle ne s'est pas prévalu de sa qualité d'agent communal lors de la distribution et a un faible niveau de responsabilité, la seule distribution d'un tract mettant en cause son employeur en des termes irrespectueux constitue un manquement à son obligation de réserve. Elle constitue une faute de nature à justifier une sanction et, en retenant 2 jours d'exclusion, le maire n'a pas commis d'erreur d'appréciation.

**À retenir :** *cette décision rappelle utilement que la liberté d'opinion garantie aux fonctionnaires et la liberté d'expression en découlant restent encadrées, même en dehors du service et quel que soit le niveau hiérarchique de l'agent.*

CAA Paris n° 17PA01586 Mme B du 10 avril 2018.

## Retraite : une information insuffisante de l'employeur engage sa responsabilité

■ **Pour constituer leurs droits à pension, les fonctionnaires peuvent valider leurs services de non titulaires auprès d'employeurs publics.** La demande doit être réalisée dans les 2 ans de la titularisation dans un grade. La caisse de retraite notifie la validation à l'agent qui a un an pour l'accepter ou la refuser de façon irrévocable (le silence valant refus), puisqu'elle oblige l'employeur et l'agent à verser rétroactivement les contributions et cotisations permettant d'intégrer ces périodes dans l'activité de fonctionnaire (articles 8 et 50 du décret n° 2003-1306 du 26 décembre 2003).

Dans une affaire, un enseignant sollicite, le 16 décembre 2008, la validation de services effectués entre 1965 et 1976. Le recteur l'informe que la régularisation des cotisations de la validation porte sur 8 trimestres et lui précise les sommes à verser en résultant. Il lui accorde un an pour accepter la validation ou y renoncer. Après confirmation, un titre de perception de 4 508 € est émis le 29 juin 2010.

À sa retraite le 1er octobre 2011, l'enseignant constate que la validation a réduit sa durée d'assurance de 19 trimestres au titre du régime général et lui a fait perdre le bénéfice d'une surcote pour le calcul de sa pension. Il engage donc la responsabilité de l'État, que rejette le tribunal.

La cour écarte toute rupture d'égalité devant les charges publiques tenant à ce que sa pension soit moins élevée que celle d'un agent d'ancienneté équivalente, mais sans validation, puisqu'elle résulte du choix de l'enseignant.

En revanche, il a présenté sa demande au vu d'une brochure préparant à la retraite mentionnant la validation. Si elle rappelle les principes de coefficients de minoration et de majoration, dits de décote et de surcote, elle ne comporte aucune précision sur les conséquences de la validation sur la durée d'assurance, alors que le nombre de trimestres validés peut entraîner une réduction d'un nombre plus important de trimestres dans le régime général, compte tenu des règles de calcul de ce régime.

### Une information trop partielle

Le projet de validation adressé à l'agent en décembre 2009 détaille bien les périodes validées et le coût de la validation, mais aucune mention n'appelle l'attention du destinataire sur les effets possibles quant à la durée d'assurance et donc sur le montant de la pension.

A réception du document, l'enseignant contacte le service gestionnaire du rectorat pour obtenir des renseignements sur le montant de sa pension une fois ces services validés, mais ce dernier lui répond simplement qu'il ne peut pas lui-même procéder à ce calcul.

Au total, l'administration n'a adressé à l'agent aucun renseignement erroné et n'a pas davantage omis de lui communiquer les éléments de la caisse de retraite indiquant le nombre de trimestres supprimés au titre du régime général. Mais, en revanche, elle ne lui a pas adressé d'informations sur les conséquences possibles de la validation de ses services sur la durée d'assurance et donc sur le montant de sa pension de fonctionnaire, ce qui aurait pu alerter l'intéressé et l'inciter à s'informer davantage auprès de la caisse, et cette faute est bien de nature à engager la responsabilité de l'État. Néanmoins, disposant d'une année pour vérifier la portée des informations figurant sur la validation, le fonctionnaire a lui-même commis une imprudence de nature à réduire de moitié la responsabilité de l'État.

Financièrement, sans validation, la pension mensuelle brute de l'intéressé aurait été de 2 657 € comme fonctionnaire au lieu des 2 498 € qu'il percevait, soit une perte de 159 € bruts et de 145 € nets. Sur la base d'une espérance moyenne de vie évaluée à 82 ans, son préjudice s'établit à 33 350 € portés à 35 000 € compte tenu des mesures de revalorisation. Cette absence de validation pouvait également majorer la pension servie du régime général, pour un montant mensuel net revalorisé de 23 €, soit un préjudice total de 5 500 €. La cour y adjoint un préjudice moral résultant de renseignements incomplets de 2 000 €, soit un préjudice total de 21 250 € compte tenu du partage de responsabilité imputable à l'agent.

**À retenir :** *cette décision intéresse l'ensemble des employeurs dans la mesure où la cour ne sanctionne pas des renseignements erronés, mais une insuffisance de renseignements permettant à l'agent de se déterminer. Elle doit attirer l'attention non seulement des employeurs, mais également des centres de gestion, relais de la caisse des dépôts pour leurs collectivités affiliées et même auprès de leurs agents au titre de la mise en œuvre du droit à l'information (article 24 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984).*

CAA Nantes n° 16NC00242 M. A du 4 juillet 2017.

## La probable valorisation de la disponibilité dans la carrière

***Le 12 novembre, le Conseil commun de la fonction publique a examiné plusieurs textes communs aux employeurs, dont la modification de la disponibilité en cas de travail dans le secteur privé, et un don de jours de repos pour les agents ayant souscrit un engagement dans la réserve opérationnelle, sur le modèle du don pour aider le parent d'un enfant ou un proche aidant.***

### La modification du régime de la disponibilité

■ Le 5 septembre 2018, la loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel, sans modifier la définition de la disponibilité qui place le fonctionnaire hors de son administration d'origine et interrompt ses droits à avancement et à retraite, a introduit une exception. En effet, lorsqu'il exerce une activité professionnelle, le fonctionnaire conserve 5 ans au plus ses droits à avancement dans des conditions prévues par décret, et cette période est assimilée à des services effectifs. Par ailleurs, les activités professionnelles exercées peuvent être prises en compte pour l'avancement vers un grade dit à accès fonctionnel, requérant l'occupation de certains emplois ou l'exercice de certaines fonctions. Les activités professionnelles retenues doivent être comparables par leur nature ou le niveau des responsabilités exercées (article 72 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984).

Rappelons que lors de l'examen du projet de loi les 19 et 26 avril 2018, le Conseil d'Etat a critiqué des dispositions qui réduisent substantiellement les différences avec le détachement, rien ne permettant de penser que cette mesure contribuera à favoriser le retour des fonctionnaires, faute de données chiffrées, ni qu'elle favori-

sera une plus grande égalité femmes-hommes, 2 objectifs évoqués par le gouvernement. Si, en effet, les femmes représentent les 2/3 des agents en disponibilité à l'État et dans les collectivités, la part d'entre elles exerçant une activité professionnelle n'est pas connue et le Conseil d'Etat l'estime probablement minime.

Sans contester l'intérêt de permettre aux fonctionnaires de travailler hors de l'administration et d'enrichir la fonction publique de l'expérience et de la compétence de personnes ayant exercé des activités privées, le Conseil d'Etat a relevé que le droit actuel favorise déjà la mobilité. La disponibilité étant déjà critiquée pour les garanties de retour qu'elle offre, la pertinence de mesures additionnelles en ce sens se posait. Le choix d'en limiter le bénéfice aux fonctionnaires ayant exercé une activité privée conduit même à douter de la capacité du dispositif à favoriser l'égalité professionnelle, sans même évoquer la situation des fonctionnaires en disponibilité pour un mandat local. Enfin, le lien entre l'avancement et certaines activités privées pourrait être problématique et contestable, ce qui aurait justifié une approche plus limitée des cas d'octroi.

### L'aménagement de la disponibilité pour convenances personnelles

Le projet assouplit le régime de la disponibilité pour convenances personnelles (articles 21 et 25 du décret n° 86-68 du 13 janvier 1986), qui pourra être accordée sur la demande de l'agent pour 5 années au lieu de 3 actuellement, toujours renouvelables dans la limite d'un total de 10 années pour l'ensemble de la carrière.

**Attention :** dans la limite de la durée maximale de 5 années, cette disponibilité peut être cumulée avec celle prononcée pour permettre aux fonctionnaires de créer ou de reprendre une entreprise, dont la durée est plafonnée à 2 ans, confirmant l'effort du texte pour faciliter l'essaimage des fonctionnaires vers le secteur privé.

Lorsque les 5 premières années de disponibilité pour convenances personnelles le fonctionnaire aura exercé des activités professionnelles, elle ne pourra pas être renouvelée avant la réintégration de l'agent au sein de la collectivité et son affectation sur un emploi permanent pendant une durée minimale de 2 ans.

**Attention :** cette disposition pourrait poser une difficulté en ce qu'elle ne prend pas en compte l'éventualité d'une absence d'emplois vacants permettant la réintégration du fonctionnaire. Dans beaucoup de situations, l'agent est maintenu en disponibilité faute de poste vacant et peut théoriquement prétendre au chômage même si dans la convention en vigueur

(suite p. 7)

(suite de la p. 6)

depuis le 1er octobre 2017, l'article 3 du règlement prévoit que, dans le calcul des 88 jours ou 610 heures de travail sur les derniers 28 ou 36 mois, les périodes de disponibilité ne sont pas prises en compte, les fonctionnaires non réintégré après disponibilité pouvant se trouver avec un droit égal à zéro.

Sauf à considérer qu'il s'agit d'une autre forme de disponibilité, un fonctionnaire maintenu dans sa situation contre son gré, ne pourrait ainsi pas solliciter une nouvelle disponibilité lui permettant de travailler dans le secteur privé, ni même bénéficier du chômage.

## Les garanties de carrière

Déclinant les principes de la loi, le projet précise que le fonctionnaire en disponibilité, non seulement à sa demande pour effectuer des études ou des recherches d'intérêt général, pour convenances personnelles, pour créer ou reprendre une entreprise, mais aussi placé dans cette situation de plein droit à sa demande pour élever un enfant de moins de 8 ans, donner des soins à un enfant à charge, au conjoint ou partenaire d'un PACS, à un ascendant après un accident ou une maladie grave ou atteint d'un handicap nécessitant la présence d'une tierce personne, pour suivre son conjoint ou le partenaire d'un PACS astreint à établir sa résidence habituelle, pour des raisons professionnelles, dans un lieu éloigné du lieu d'exercice des fonctions de l'agent, qui exerce une activité professionnelle ne conduisant pas à pension de l'État ou de la CNRACL, conserve ses

droits à avancement d'échelon et de grade dans la limite de 5 ans.

**Attention :** l'exercice en disponibilité d'une activité privée lucrative salariée ou non suppose l'avis préalable de la commission de déontologie pour en apprécier la compatibilité avec les fonctions publiques exercées les 3 années précédant le début de cette activité (article 25 octies de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983). Dans le projet, le maintien des droits à avancement pourra s'effectuer sous réserve de l'avis de la commission, ce qui pourrait supposer que les conditions d'exercice d'une activité admise par la commission de déontologie puissent s'opposer à un avancement et que cette dernière l'ait envisagé dans son avis. Mais peut-être la rédaction rappelle-t-elle simplement que l'exercice d'une activité en disponibilité suppose une absence d'opposition de la commission.

## La notion d'activités privées

La notion d'activité professionnelle recouvre toute activité lucrative, salariée ou indépendante, ce qui semble restreindre l'activité au secteur privé (excluant la situation du fonctionnaire en disponibilité qui aurait la qualité d'agent public comme les collaborateurs de cabinet ou de groupe ou certains emplois fonctionnels) exercée à temps complet ou à temps partiel, à condition que cette activité, si elle a été exercée en France, ait généré un revenu soumis à cotisations sociales dont le montant brut annuel est au moins égal au salaire brut annuel permettant de valider 4 trimestres d'assurance vieillesse du régime général de sécurité sociale, soit 150 SMIC horaire au moins par trimestre (soit 1 482 € bruts), la rémunération mensuelle étant retenue dans la limite du plafond de la sécurité sociale (3 311 € mensuels en 2018) (article R. 351-9 du code de la sécurité sociale).

**Attention :** les activités professionnelles exercées à l'étran-

ger et la création ou la reprise d'entreprises ne supportent aucune condition de revenus.

La conservation des droits à l'avancement d'échelon et de grade supposera la transmission annuelle, par le fonctionnaire à son employeur public, des pièces justifiant l'exercice d'une telle activité. La transmission interviendra par tout moyen au plus tard le 31 mai de chaque année suivant le 1er jour du placement en disponibilité. À défaut, le fonctionnaire ne pourra pas prétendre au bénéfice de ses droits à avancement correspondant à cette période.

**Attention :** s'y ajoute, pour l'État et les hôpitaux, l'élargissement de l'engagement de servir 4 ans avant de pouvoir bénéficier d'une disponibilité. Aujourd'hui limité aux seules disponibilités pour convenances personnelles pour exercer dans le secteur privé, le projet élargit cette obligation à toute disponibilité pour convenances personnelles quel qu'en soit le motif.

## Le don de jours de repos aux agents engagés dans la réserve opérationnelle

En juillet 2018, la loi relative à la programmation militaire pour les années 2019 à 2025 a permis aux salariés privés, à leur demande et en accord avec leur employeur, de renoncer anonymement et sans contre-

partie à des jours de repos non pris, affectés ou non sur un compte épargne temps au bénéfice d'un autre salarié ayant souscrit un engagement à servir dans la réserve opérationnelle, pour lui permettre d'effectuer

(suite p. 8)

(suite de la p. 7)

une période d'activité dans cette dernière. Le congé annuel ne peut être cédé que pour la durée excédant 24 jours ouvrables. Le bénéficiaire conserve sa rémunération pendant son absence, assimilée à du travail effectif pour les droits liés à l'ancienneté, et il conserve les avantages acquis avant cette absence (article L. 3142-94-1 du code du travail).

Un décret doit fixer les conditions de transposition aux agents publics d'un dispositif directement inspiré de celui accordé aux parents d'enfants gravement malades ou des proches aidants de personnes en perte d'autonomie ou handicapées. Il permet donc, dans les mêmes conditions, à un agent public civil de renoncer anonymement et sans contrepartie à des jours de repos non pris affectés ou non sur un compte épargne temps, au bénéfice d'un agent public civil contractuel relevant du même employeur, pour lui permettre d'accomplir une période d'activité dans la réserve sur son temps de travail, dans le cadre d'un contrat d'engagement à servir dans la réserve opérationnelle.

Les jours susceptibles d'être donnés sont ceux d'amé-

nagement et de réduction du temps de travail en tout ou partie, les congés annuels excédants 20 jours ouvrés, les jours de repos compensateur et de congés bonifiés ne pouvant pas faire l'objet d'un don.

**Rappel :** seuls les agents civils peuvent souscrire un engagement à servir dans la réserve opérationnelle et bénéficier d'un don de jours. Relevons que la limitation du bénéfice de ce dispositif aux seuls contractuels s'explique par le fait que les fonctionnaires ayant souscrit un engagement dans la réserve relèvent de dispositions législatives spécifiques maintenant leur traitement pour une durée d'au plus 30 jours, le fonctionnaire étant détaché pour la période excédant cette durée (12<sup>e</sup> de l'article 57 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 et article L. 4251-6 du code de la défense). Pour les contractuels, le décret du 15 février 1988 (n° 88-145 article 20) leur accorde un congé avec traitement pour une période d'activité dans la réserve opérationnelle d'au plus 30 jours et un congé sans traitement pour la période excédant cette durée, expliquant la possibilité d'un don au-delà pour les seuls contractuels.

## Les modalités du don

L'agent donateur signifie par écrit le don et le nombre de jours concernés à son employeur, qui peut l'accepter, sachant que le don de jours épargnés sur un CET peut être réalisé à tout moment quand celui de jours non épargnés peut être réalisé jusqu'au 31 décembre de l'année d'acquisition des jours de repos.

Le bénéficiaire potentiel formule à son tour sa demande écrite à l'employeur, accompagnée d'une copie du contrat d'engagement à servir dans la réserve opérationnelle et de toutes pièces établissant l'exercice d'une activité dans cette réserve pour la période considérée. Le don s'effectue par jour entier quelle que soit la quotité de travail du bénéficiaire, l'employeur disposant de 15 jours ouvrables pour l'informer du nombre de jours de repos accordés.

**Attention :** l'absence du service des contractuels civils bénéficiaires d'un don de jours de repos peut excéder

31 jours consécutifs en dérogation aux règles sur les congés annuels.

L'employeur peut vérifier que le bénéficiaire du congé l'a bien utilisé pour la période d'activité dans la réserve et, dans le cas contraire, mettre fin au congé après l'avoir invité à présenter ses observations.

Relevons que les jours de repos accordés ne peuvent pas alimenter le CET du bénéficiaire, ni être indemnisés en cas de non utilisation et que le reliquat de jours donnés mais non consommés est restitué à l'employeur.

Au plan salarial, le bénéficiaire conserve sa rémunération pendant le congé excédant 30 jours durant laquelle il accomplit une activité dans la réserve opérationnelle, à l'exclusion des primes et indemnités non forfaitaires, qui ont le caractère de remboursement de frais ou sont liées à l'organisation et au dépassement du cycle de travail. La durée du congé constitue du service effectif.

### 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@editionsorman.com](mailto:evelyne.brochand@editionsorman.com)