

# 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

## Le Conseil d'État contre le renforcement des avantages liés à la disponibilité

Examinant les 19 et 26 avril le projet de loi "pour la liberté de choisir son avenir professionnel", le Conseil d'État a critiqué les dispositions permettant aux fonctionnaires en disponibilité de conserver leurs droits à avancement 5 ans au plus, et d'assimiler à des services effectifs une activité professionnelle privée pour la promotion à un grade à accès fonctionnel, réduisant ainsi substantiellement les différences avec le détachement.

Rien ne permet de penser que cette mesure contribuera à favoriser le retour des fonctionnaires, faute de données chiffrées, ni qu'elle favorisera une plus grande égalité femmes-hommes. Si, en effet, les femmes constituent les 2/3 des agents en disponibilité à l'État et dans les collectivités, la part d'entre elles qui exercent une activité professionnelle n'est pas connue et le Conseil d'État 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'État relève 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 pose. 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 pouvant être problématique et contestable, un octroi plus limité serait bienvenu.

15 MAI 2018

N° 1583

### CARRIÈRE

Une mutation dans l'intérêt du service n'a pas un caractère disciplinaire .....page 2

### DISCIPLINE

L'absence de poursuites pénales exclut toute prolongation d'une suspension .....page 4

### EMPLOIS ET NON TITULAIRES

Une affectation en considération de la personne doit respecter les droits de la défense .....page 5

### DOSSIER

L'extension de la médiation dans les contentieux administratifs .....pages 6,7

### QUESTIONS DES LECTEURS

La qualité de policier est-elle un facteur aggravant en cas de cumul irrégulier d'activités ? .....page 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)



## Une mutation dans l'intérêt du service n'a pas un caractère disciplinaire

Le maire procède aux mouvements des fonctionnaires au sein de sa collectivité. Ceux qui comportent un changement de résidence ou modifient leur situation sont soumis à la CAP (art. 52, loi n° 84-53 du 26 janvier 1984). Par ailleurs, un agent qui fait l'objet d'une mesure prise en considération de sa personne, justifiée ou non par l'intérêt du service, doit pouvoir obtenir la communication de son dossier (art. 65, loi du 22 avril 1905).

Dans une affaire, le président du conseil départemental adjoint technique principal de 2e classe garde à cheval conteste la modification de son site d'affectation, dans laquelle il voit une sanction déguisée.

La cour rappelle que l'exigence d'une saisine de la CAP ne saurait se substituer à la garantie de la loi de 1905, distincte et complémentaire, et qu'une mutation dans l'intérêt du service ne constitue une sanction déguisée que si l'employeur a eu l'intention de réprimer le salarié et a porté atteinte à sa situation professionnelle. Or, la réaffectation fait suite aux tensions entre l'intéressé et un collègue imposant à l'employeur, pour préserver la sécurité des personnes, d'éviter de laisser les 2 protagonistes en présence l'un de l'autre. La mutation procède donc bien des nécessités du service et, prononcée sur un emploi correspondant à son grade et à ses fonctions, elle ne constitue pas une sanction déguisée qui aurait nécessité l'engagement d'une procédure disciplinaire (probablement annulée).

**Attention :** la circonstance que le poste d'affectation n'ait pas été déclaré vacant auprès du centre de gestion reste sans incidences sur la légalité de la décision de mutation.

CAA Marseille n° 15MA03023 M. D du 28 mars 2017.

## L'agent doit établir l'imputabilité d'un accident de trajet au service

■ L'accident de service garantit à l'agent l'intégralité de son traitement jusqu'à sa reprise ou sa retraite (article 57 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984).

Dans la jurisprudence, un accident survenu sur le lieu et dans le temps du service, dans ou à l'occasion des fonctions ou d'une activité qui en sont le prolongement normal, constitue un accident de service, sauf faute personnelle ou circonstance particulière l'en détachant. Est réputé un accident de trajet, celui dont le fonctionnaire est victime sur le parcours habituel entre son lieu de travail et sa résidence, et dans la durée normale pour l'effectuer, sauf fait personnel ou circonstances particulières.

Dans une affaire, une adjointe administrative principale de 1ère classe chargée de la gestion administrative des projets des écoles est victime d'un accident vasculaire cérébral (AVC) après avoir quitté son travail. Elle en demande la reconnaissance comme accident de trajet, ce que refuse le maire, rien ne montrant qu'il soit survenu sur le parcours habituel domicile-travail et pendant la durée normale pour l'effectuer. L'agent se borne en effet à affirmer qu'elle était au volant de son véhicule sans fournir de précisions sur les circonstances exactes de temps et de lieu du malaise. Des attestations plus de 3 ans après les faits, et rédigées en des termes imprécis ou non circonstanciés, ne sauraient établir un rattachement au service.

## Une surcharge sans lien avec l'accident

L'agent affirme qu'une surcharge de travail est à l'origine de son AVC. Mais rien ne permet d'établir une relation directe et certaine entre son état de santé ou sa pathologie et ses conditions d'emploi. Au contraire, le rapport du médecin agréé à la commission de réforme impute le malaise à un état antérieur sans rapport avec ses conditions de travail.

Rappelons qu'une ordonnance du 19 janvier 2017 (n° 2017-53) prévoit l'institution d'un congé pour invalidité temporaire imputable au service dans des conditions à fixer par décret lorsque l'incapacité de travail du fonctionnaire est consécutive à un accident reconnu imputable au service, à une maladie professionnelle ou à un accident de trajet.

**Rappel :** pour l'accident de service, l'ordonnance reprend la formulation de la jurisprudence. Il précise, pour l'accident de trajet, que le fonctionnaire ou ses ayants droit, ou l'employeur sur la base d'éléments suffisants d'une enquête, doivent établir que l'accident s'est bien produit sur le parcours habituel domicile-travail et pendant la durée normale pour l'effectuer, en l'absence de fait personnel ou de circonstance particulière étrangère notamment liée aux nécessités de la vie courante, de nature à détacher l'accident du service. En ce qui concerne la maladie professionnelle, l'ordonnance reprend les dispositions du code de la sécurité sociale qui, outre la contraction d'une maladie désignée par un tableau dans les conditions qu'il fixe, intègre les maladies figurant sur ce même tableau, mais qui n'ont pas été contractées dans les conditions qu'il fixe, et les pathologies hors tableaux, mais directement et essentiellement causées par l'exercice des fonctions. CAA Versailles n° 15VE01703 Mme B du 22 juin 2017.

## Retraite : la portée limitée des demandes d'avis préalable

■ **L'employeur est seul compétent pour mettre à la retraite un fonctionnaire, sur avis de la CNRACL** (article 2 du décret n° 2003-1306 du 26 décembre 2003). Depuis 2014, la Caisse propose aux employeurs un espace personnalisé multi-fonds (CNRACL, régime additionnel de la fonction publique (RAFP) et IRCANTEC) permettant notamment de réaliser la pré-liquidation, c'est-à-dire d'obtenir l'avis de la caisse sur la date d'ouverture du droit à pension d'un agent et la liquidation des pensions.

Répondant à un parlementaire qui s'inquiète de la situation apparemment contradictoire dans laquelle, après s'être déclarée favorable au départ d'un agent, la CNRACL rejette sa demande de pension, le ministre de l'Action et des Comptes publics rappelle qu'il n'existe juridiquement aucune obligation d'établir un dossier préalable et que seul le décompte définitif de pension engage la CNRACL, le décompte provisoire n'ayant qu'une valeur indicative. Pour autant, il en recommande l'usage pour les départs anticipés et les dossiers complexes.

Cependant, dans une affaire où un fonctionnaire contestait un décompte définitif de pension de février 2011 lui attribuant 597 € nets, sensiblement inférieur aux 809 € du décompte provisoire édité par la commune en avril 2010 (CAA Nancy n° 15NC00084 Mme A du 5 août 2016), la cour rappelle que l'employeur engage sa responsabilité en délivrant des renseignements erronés, quand bien même les décomptes provisoires ne seraient que des estimations et mentionneraient leur caractère indicatif.

### Une faute de la victime

Dans cette affaire, les décomptes délivrés faisaient apparaître un nombre de trimestres nettement majorés par rapport à celui pouvant être retenu. Mais le dossier montrait aussi que la femme, alors fonctionnaire de l'État, avait omis de signaler à l'employeur que ses périodes de congé parental et de disponibilité pour élever un enfant de moins de 8 ans n'avaient pas été prises dans la rubrique « temps passé à caractère familial hors temps partiel ». La clarté des documents portés à sa connaissance lui permettait parfaitement de constater cette erreur, de sorte que la possibilité de bénéficier d'une pension de retraite à taux plein comme elle l'espérait découlait directement et exclusivement de la situation dans laquelle elle s'était elle-même placée.

Rappelons que la demande de pension doit être adressée à la CNRACL au moins 6 mois avant la date souhaitée pour le départ en retraite et que l'employeur doit envoyer le dossier de demande d'attribution de la pension au moins 3 mois avant la date de radiation des cadres du fonctionnaire.

**À retenir :** *cela signifie en pratique qu'un dossier de demande d'avis préalable, qui peut être complété entre 3 mois et un an avant la date prévue pour la radiation, peut répondre à une situation susceptible de varier au regard de l'évolution de la situation de l'agent depuis le dépôt de sa demande. L'avis formulé sur le droit de l'intéressé s'appuyant sur les éléments reçus par la caisse, s'ils diffèrent de ceux transmis dans le cadre de la liquidation définitive, la position de la CNRACL est susceptible d'évoluer.*

QE n° 01456 JO Sénat du 5 octobre 2017 page 3039.

## Le régime indemnitaire n'est que la conséquence du poste occupé

L'assemblée locale arrête la nature, les conditions d'attribution et le taux moyen du régime indemnitaire des agents dans la limite de celui des fonctionnaires de l'État exerçant des fonctions équivalentes (articles 1er et 2 du décret n° 91-875 du 6 septembre 1991).

Dans une affaire, le conseil régional attribue, en juillet 2009, une prime de technicité aux adjoints techniques des établissements d'enseignement dont les fonctions nécessitent un diplôme de niveau V en maintenance des bâtiments, restauration et accueil. Le 13 décembre 2011, un adjoint chargé de l'entretien des espaces verts du lycée est affecté dans un autre établissement à un poste d'entretien des locaux qui le prive de cette prime. Il réclame donc son versement et 110 000 € de préjudice moral.

Il considère qu'exerçant antérieurement des fonctions de jardiniers et disposant de compétences en matière de maintenance des bâtiments, il ne pouvait pas faire l'objet d'un changement d'affectation sur un poste qui le charge uniquement de l'entretien et du balayage, cet emploi ne correspondant à aucune spécialité. Mais la cour lui oppose le statut des adjoints techniques (décret n° 2006-1691 du 22 décembre 2006) qui leur confie des tâches techniques d'exécution, sans doute en détaillant certains domaines dont le bâtiment, les travaux publics, les espaces naturels et les espaces verts, mais sans exclure les missions correspondant à son nouveau poste.

**À retenir :** *les tâches qui lui sont confiées relevant statutairement de celles auxquelles il a vocation, la circonstance qu'en résulte une perte de son indemnité de technicité reste sans incidences.*

CAA Bordeaux n° 16BX00059 M. A du 6 février 2018.

## L'absence de poursuites pénales exclut toute prolongation d'une suspension

■ **Le fonctionnaire qui commet une faute grave, un manquement à ses obligations ou une infraction de droit commun, s'expose à une suspension disciplinaire.**

La mesure, qui maintient son traitement, l'indemnité de résidence et le supplément familial de traitement (SFT), exige une saisine sans délai du conseil de discipline et un règlement définitif de la situation sous 4 mois.

À expiration et en l'absence de poursuites pénales ou de décision, l'employeur rétablit l'intéressé dans ses fonctions.

Même s'il fait l'objet de poursuites pénales, l'employeur le réintègre si l'intérêt du service ou les mesures de l'autorité judiciaire ne s'y opposent pas. Dans le cas contraire, l'employeur peut l'affecter provisoirement par décision motivée dans un autre emploi compatible avec son contrôle judiciaire éventuel, ou le détacher provisoirement dans un cadre d'emplois dont les fonc-

tions sont compatibles avec ces obligations. Ces mesures perdurent jusqu'à une décision définitive de l'employeur ou dans la limite de l'évolution des poursuites pénales. La collectivité informe le procureur et la CAP des mesures prises.

Si, en dépit de ces possibilités, le fonctionnaire n'est pas réintégré ni réaffecté dans un emploi compatible, la collectivité peut retenir la moitié de sa rémunération, hors le SFT.

Dans une affaire, le maire suspend l'agent de maîtrise responsable du service de la régie voirie pour 4 mois le 5 décembre 2012. Le 5 avril 2013, il prolonge la suspension avec retenue de 50 % du traitement et de l'indemnité de résidence, avant de porter plainte avec constitution de partie civile le 19 avril. Un an plus tard, le fonctionnaire demande à être réintégré et indemnisé pour prolongation irrégulière de la suspension.

## Une mise en œuvre nécessaire de l'action publique

La notion de poursuites pénales suppose une mise en mouvement de l'action publique pour l'application des peines, contre le fonctionnaire. Son exercice incombe à la fois au procureur, à certains fonctionnaires de l'Etat, mais également à la partie lésée (article 1er du code de procédure pénale).

La cour rappelle que la mise en œuvre de l'action publique incombe principalement au procureur de la République, qui en possède la maîtrise. Il peut donc classer l'affaire sans suite si elle ne mérite pas de poursuites judiciaires, saisir un juge instruction, saisir directement une juridiction de jugement pour certaines affaires (non criminelles), ou mettre en œuvre des procédures alternatives aux poursuites (rappel à la loi, participation à une médiation, paiement d'une somme à titre de composition pénale...).

Cependant, la victime peut aussi mettre en œuvre l'action publique par un processus (très rare) de citation directe de l'auteur de l'infraction devant le tribunal ou en portant plainte avec constitution de partie civile devant le juge d'instruction (article 85 du code). Cependant, la plainte n'est recevable que si le procureur a indiqué à la personne qu'il n'entendait pas engager de poursuites, ou si un délai de 3 mois s'est écoulé depuis un dépôt de plainte devant le procureur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, ou depuis que la personne a adressé copie à ce magistrat de la plainte déposée devant un service

de police judiciaire (hors certains délits notamment de presse). À cette condition, le juge d'instruction ordonne communication de la plainte au procureur pour qu'il prenne ses réquisitions contre une personne, dénommée ou non (articles 85 et 86 du code).

Ces dispositions montrent ainsi clairement que le dépôt d'une plainte avec constitution de partie civile devant le juge d'instruction constitue bien une mise en mouvement de l'action publique. Mais, dans l'affaire, le terme des 4 mois de suspension était fixé au 5 avril 2013 et la plainte a été déposée le 19 avril seulement. À l'expiration de la suspension, l'agent de maîtrise ne faisait donc pas l'objet de poursuites pénales au sens de la loi et le dépôt de la plainte, quelques jours plus tard, n'a pas été, pour le tribunal, de nature à faire cesser le préjudice financier de l'agent de maîtrise jusqu'à sa révocation le 31 octobre 2014.

**À retenir :** *la cour précise à son tour que le dépôt de la plainte le 19 avril ne constitue pas par lui-même une nouvelle décision de prolongation de la suspension initiale, ni une nouvelle décision de suspension disciplinaire. C'est donc logiquement que le tribunal a imposé à la commune le versement d'une indemnité correspondant à la moitié du traitement et de l'indemnité de résidence du fonctionnaire, du 5 avril 2013 au 31 octobre 2014, outre la fraction de la prime annuelle de 2013.*

CAA Paris n° 16PA02990 M. C du 11 octobre 2017.

## Une dépression consécutive à une accusation de maltraitance infondée n'empêche pas un licenciement

■ **La profession d'assistant maternel familial suppose un agrément du président du conseil départemental délivré si les conditions d'accueil garantissent la sécurité, la santé et l'épanouissement des mineurs et majeurs de moins de 21 ans accueillis**, en tenant compte des aptitudes éducatives du candidat (article L. 421-3 du code de l'action sociale et des familles).

Dans une affaire, le département confie, en février 2008, la garde de 2 fillettes mineures à une assistante familiale qui exerce ses fonctions depuis avril 1994. Après un signalement de faits de maltraitance qui finalement s'avèrent infondés, les 2 enfants sont placés auprès d'une autre famille en avril 2010. L'assistante connaît alors une grave dépression qui entraîne un refus de renouvellement de son agrément pour inaptitude physique le novembre 2012 et son licenciement 5 jours plus tard.

L'agent ne conteste pas son inaptitude physique, laquelle peut justifier un refus d'agrément, quand bien même elle en aurait été titulaire depuis près de 18 ans, sans que son travail ait fait l'objet d'une quelconque observation.

La femme voit dans le retrait hâtif des enfants et l'ab-

sence de soutien de son employeur, une faute à l'origine directe de sa dépression. Mais le dossier montre que la décision de réorienter les 2 enfants vers une autre famille après qu'ils aient porté des accusations de maltraitance à l'encontre de l'assistante familiale, fait suite à 3 réunions en mars et avril 2010 avec les services sociaux d'aide à l'enfance, au cours desquelles les enfants et l'assistante sont entendus. Ces derniers ont donc diligenté sans délai les mesures nécessaires pour vérifier les accusations, relayées d'ailleurs par la grand-mère, avant de les écarter. Mais ils n'ont jamais remis en cause les qualités professionnelles de l'assistante familiale, qui a d'ailleurs bénéficié d'un rendez-vous avec la psychologue du service.

**À retenir :** *dans ces circonstances, le département n'a commis aucune faute dans le traitement de la situation et il devait renoncer à confier des enfants à l'assistante familiale tant qu'elle était inapte à reprendre son activité. L'assistante ne peut donc faire état d'aucun préjudice indemnisable.*

CAA Versailles n° 15VE03565 Mme B du 27 avril 2017.

## Une affectation en considération de la personne doit respecter les droits de la défense

■ **Les mesures prises à l'égard d'agents publics qui, par leurs effets, ne peuvent être regardées comme leur faisant grief, constituent des mesures d'ordre intérieur insusceptibles de recours.** Ainsi, des décisions qui, modifiant l'affectation ou les tâches d'un agent, ne portent pas atteinte aux droits et prérogatives qu'il tient de son statut ou à l'exercice de ses droits et libertés fondamentaux, ni n'emportent perte de responsabilités ou de rémunération. Sauf à ce qu'elle constitue une discrimination, le recours contre une telle mesure est irrecevable.

Dans une affaire, le directeur des achats de la CCI rencontre, après sa fusion dans une chambre régionale le 2 janvier 2013, des tensions avec certains de ses collaborateurs. La directrice nommée par intérim durant son arrêt de maladie du 1er août 2013 au 1er septembre 2014 ayant conservé ses fonctions à son retour, il demande sa réintégration dans le poste de directeur des achats. Le 9 février 2015, son employeur le reçoit et l'informe de son affectation en qualité de directeur auprès du DGA chargé de l'administration générale.

La nouvelle affectation ne comportant plus de mission

d'encadrement alors que l'agent supervisait 70 collaborateurs, elle ne saurait constituer une mesure d'ordre intérieur. Même prononcée dans l'intérêt du service puisqu'il s'agit de tenir compte de ses compétences professionnelles et de tensions persistantes au sein de la direction des achats, la mesure est prise en considération de la personne du cadre et l'employeur devait mettre le responsable à même de demander la communication de son dossier (loi du 22 avril 1905). Or, l'entretien du 9 février 2015, dont l'objet n'est pas précisé à l'intéressé, lui présente sa nouvelle affectation comme une simple proposition à laquelle il est invité à réfléchir rapidement.

**À retenir :** *n'ayant pas reçu de réponse à sa demande de réintégration dans son emploi de directeur des achats, l'agent pouvait légitimement penser que d'autres propositions étaient envisageables. Il n'a donc pas été mis en mesure de consulter son dossier avant que la mesure envisagée soit prononcée d'office dès le surlendemain, et c'est logiquement que le tribunal a annulé le changement d'affectation.*

CAA Paris n° 16PA02047 M. A du 26 septembre 2017.

## L'extension de la médiation dans les contentieux administratifs

***Pour éviter un contentieux, les administrations peuvent recourir à la médiation, devenue un mode habituel de règlement alternatif des litiges. Elle caractérise tout processus par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord réglant leurs différends, avec l'aide d'un tiers médiateur, qu'elle choisisse ou que le juge désigne avec leur accord.***

### Les contours de la médiation

■ Le champ d'application de la médiation est multiple, notamment dans les relations entre les employeurs et leurs agents, la loi ayant même prévu d'expérimenter un engagement des employeurs à recourir à la médiation des centres de gestion pour certains litiges de personnel. La généralisation de la médiation comme mode de règlement alternatif des litiges (articles L. 213-1 à 10 du code de justice administrative) fait disparaître la conciliation que les présidents des tribunaux et cours administratives pouvaient organiser avec l'accord des parties, et dans laquelle le conciliateur désigné s'attachait à trouver une solution amiable.

**Attention :** *la médiation porte sur tout ou partie d'un litige et peut être confiée à une personne physique ou morale. Dans ce cas, son représentant légal désigne la ou les personnes physiques qui assureront, en son sein et en son nom, l'exécution de la mission, ce qui impose soit un agent propre de la structure, soit une personne spécifiquement recrutée, à l'exclusion d'une structure extérieure comme un cabinet*

*d'avocat (articles R. 213-1 et 2 du code).*

Le médiateur doit être impartial, compétent et diligent et, sauf accord contraire des intéressés, la médiation respecte un principe de confidentialité. Les constatations du médiateur et les déclarations recueillies ne peuvent donc pas être divulguées à un tiers ni invoquées ou produites dans une instance juridictionnelle ou arbitrale sans l'accord des parties.

Le code retient néanmoins 2 exceptions, les raisons impérieuses d'ordre public et les motifs liés à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ou à l'intégrité physique ou psychologique d'une personne, d'une part, et lorsque la révélation des divulgations du contenu de l'accord est nécessaire à sa mise en œuvre, d'autre part. La personne physique réalisant la médiation doit en outre posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du litige et justifier d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation (art R. 213-3 du code).

### Un encadrement de l'accord

Les parties doivent consentir effectivement à la transaction et cette dernière ne pas méconnaître de règles d'ordre public. Dans le cas contraire, un refus éventuel d'homologation entraînerait la nullité de la transaction (CE, Ass., avis, 6 décembre 2002, Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Haÿ-les-Roses, n° 249153).

Comme l'indiquait le rapporteur public dans cette affaire, et conformément au code civil (art. 2045), « pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction », ce qui suppose que l'avocat concluant une transaction au nom d'un particulier dispose d'un mandat de sa part (CE, Sect., 5 janv. 1966, Hawezack, Rec. p. 6) et que le représentant de l'employeur dispose d'une délégation régulière (TA Melun, 4 déc. 2001, Ministre de la Défense, BJCP n° 23, p. 308

et s., concl. Jarrige), l'incompétence du signataire d'un acte engageant une collectivité publique étant d'ordre public (CE, Sect., 28 janv. 1977, Ministre de l'Economie et des Finances c/ Société Heurtey, Rec. p. 50).

De même, l'interdiction de déroger aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs (article 6 du code civil) exclut toute transaction dans une matière où le recours au contrat est proscrit (aliénation ou délimitation du domaine public - Cass. req., 7 nov. 1892, Veuve Dessales c/ Veillas et Chamussy, D. 1893, 1, p. 61 et CE, 20 juin 1975, Ferrand ou étendue des pouvoirs de police d'une autorité administrative - Cons. préfecture de Lille, 18 mai 1953, Maire de Mouveaux c/ Lagache, D. 1953, p. 470).

Une transaction ne peut pas non plus être conclue si sont en jeu des questions de légalité. En effet « il n'est

*(suite p. 7)*

(suite de la p. 6)

pas possible à l'administration, sauf exception (législative), de s'engager par un contrat... à exercer d'une façon particulière les prérogatives que la loi lui confère dans l'intérêt général. L'ordre public y fait obstacle » (A. Lyon-Caen, Sur la transaction en droit administratif, AJDA 1997, p. 48 et s.). Symétriquement, il est probable qu'un citoyen ne puisse pas renoncer à son

droit (constitutionnel) à exercer un recours devant le juge (Cons. const., 9 avr. 1996, Rec. p. 43 ; CE, 20 janv. 2001, Mme Coren, n° 211878). D'ailleurs, un administré ne peut renoncer à l'avance à exercer un recours pour excès de pouvoir (CE, Ass., 19 nov. 1955, Andréani, Rec. p. 551 ; CE, 2 févr. 1996, Société Etablissement Croquet, Rec. p. 26).

## L'encadrement du juge judiciaire

Comme son homologue judiciaire, le juge administratif s'assure que la transaction comporte des concessions réciproques (Cass. soc., 28 mars 2000, D. 2000, Jur. p. 537, note J. Savatier), qu'elle ne fait pas suite à une procédure irrégulière (pour la nullité de la transaction intervenue à la suite d'un licenciement prononcé dans des formes irrégulières Cass. soc., 2 déc. 1997, Bull. civ. V, n° 416) ou ne fait pas obstacle à une règle de droit de niveau supérieur, notamment communautaire. De même (article 2053 du code civil), une erreur sur l'objet de la transaction est une cause de nullité : transaction conclue par des parties qui ont cru à tort que le champ de leurs prétentions était limité (Cass. soc., 24 nov. 1998, Bull. civ. V, n° 515) ou sur la base d'une erreur de fait concernant le solde d'une opération (Cass. 1re civ., 13 déc. 1972, Gaz. Pal. 1973, 1, p. 293 ; Cass. 3e civ., 1er avr. 1971, Bull. civ. III, n° 242). Plus globalement, le juge judiciaire refuse une transaction qui ne préserve pas les droits de chacune des parties

(Cass. soc., 18 juill. 2001, Bull. civ. V, n° 279). Mais, à la différence du juge judiciaire qui, vérifiant que la transaction n'est pas sans cause ou est bien le fruit de concessions réciproques, ne contrôle pas le montant de la somme sur laquelle les parties se sont accordées, le juge administratif (président Romieu dans ses conclusions sur Chemin de fer du Nord c/ Ministre de la Guerre du 17 mars 1893, D. 1894, 3, p. 124) rappelle (s'agissant du pouvoir des ministres de transiger au nom de l'Etat) : [qu'ils] « ne peuvent pas, non plus, engager les finances de l'Etat sans aucune espèce d'obligation préexistante, donc ne peuvent pas faire de libéralités, les deniers de l'Etat ne pouvant servir qu'à payer les services faits ». Les personnes morales de droit public ne peuvent donc jamais être condamnées à payer une somme qu'elles ne doivent pas et cette interdiction d'ordre public sera soulevée d'office par le juge (CE, 29 avr. 1957, Société commerciale de l'Ouest africain, Rec. p. 271 et n° 79962 Mergui du 19 mars 1971).

## La préservation des deniers publics

Il lui appartient de protéger les deniers publics, toute carence à ce titre pouvant porter atteinte au principe d'égalité devant les charges publiques (AJDA 1971, p. 274 et s., chron. D. Labetoulle et M. Cabanes). Une transaction qui ne respecterait pas ce principe serait aussi contraire à l'ordre public et entachée de nullité. Ainsi, une transaction dans le champ de la responsabilité extracontractuelle ne peut pas réparer un préjudice qui n'existe pas (CE, 2 avr. 1971, Ministre de la Santé publique et de la Sécurité sociale c/ Marchand, Rec. p. 273) ou sans lien direct avec l'agissement incriminé (CE, Sect., 3 janv. 1975, Ministre de l'Aménagement du territoire, de l'Équipement, du Logement et du Tourisme c/ Epoux Paya, Rec. p. 11). Cette démarche conduit également le juge à veiller à ce que les droits de la partie privée soient eux-mêmes respectés. Constitue

un moyen d'ordre public le fait que des conclusions soient mal dirigées contre une personne privée (CE, Sect., 17 mars 1978, SA Entreprise Renaudin, Rec. p. 140, concl. J.-M. Galabert).

Avec ces précisions, la juridiction peut, le cas échéant, si une médiation a été engagée, homologuer et donner force exécutoire à l'accord qui en est issu. Cela supposera probablement que l'accord soit définitivement conclu et approuvé par les parties, et notamment par les assemblées locales s'il doit l'être, transmis au contrôle de légalité, le cas échéant, et que la demande d'homologation soit formulée par les 2 parties. Une fois acceptée, l'homologation a l'autorité relative de la chose jugée, ce qui n'ouvre qu'un recours en cassation, le juge administratif étant compétent comme il le serait dans le litige initial (CE n° 249153 précité).

Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016.

Décret n° 2017-566 du 18 avril 2017.

## La qualité de policier est-elle un facteur aggravant en cas de cumul irrégulier d'activités ?

■ La loi prohibe par principe l'exercice de toute activité privée lucrative (article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983) et n'admet de dérogation, notamment à titre accessoire, que sur autorisation de l'employeur, saisi d'une demande précisant la nature, la durée, la périodicité et ses conditions de rémunération. L'autorité locale veillera ainsi à ce que l'activité soit compatible avec les fonctions publiques et n'affecte pas leur exercice (décret n° 2017-105 du 27 janvier 2017). Un manquement à cette obligation constitue une faute exposant son auteur à une sanction qui peut aller jusqu'à la révocation (article 89 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984). Si le juge vérifie l'exactitude matérielle des faits, leur caractère fautif et la proportionnalité de la sanction à la faute, il tient aussi compte de la nature des fonctions de l'agent.

Dans une affaire (CAA Bordeaux n° 15BX02694 M. A du 15 novembre 2017), le maire révoque un brigadier de police municipale le 29 juin 2012, qui en août 2010, au terme d'un congé de maladie, crée une entreprise de travaux du bâtiment à son nom. L'agent fournit une demande, mais rien ne montre qu'il l'ait adressée à l'employeur, qui conteste l'avoir reçue. Même si l'activité n'a pas pu démarrer en raison des problèmes de santé de l'intéressé, à nouveau malade du 16 septembre 2010 au 11 février 2011, cela ne prouve pas que le policier n'ait pas eu l'intention de mener son projet à son terme et ne lui enlève pas son caractère lucratif. Cette création d'entreprise est bien constitutive d'une faute. Cette intention d'exercer une activité privée non autorisée constitue une faute d'une particulière gravité, compte tenu de l'obligation particulière de moralité et d'honorabilité qui pèse sur les policiers municipaux, quels que soient les mérites passés de l'intéressé.

### L'ABUS DE SES FONCTIONS

Il a également abusé de ses qualités de brigadier municipal pour tenter de visionner des images de vidéosur-

veillance à des fins privées comme le confirme le chef d'exploitation de ce service, et usurpé la qualité de lieutenant de police lors d'une transaction auprès d'un vendeur de véhicule pour obtenir un certificat de cession préétabli. Le brigadier affirme que les courriels sur lesquels se fonde l'employeur ont été falsifiés mais le vendeur du véhicule, ancien fonctionnaire de police, a alerté sa hiérarchie. Enfin, il utilise abusivement le téléphone du service, à 2 reprises n'a pas rejoint son poste, sans information de l'employeur, ni autorisation préalable. Il indique avoir déposé des congés a posteriori dans les délais réglementaires pour régulariser sa situation, mais son absence a désorganisé le service. Ce cumul de manquements fonde bien une révocation.

Sur un plan formel, la procédure disciplinaire impose à l'employeur d'informer par écrit l'intéressé de la procédure engagée contre lui, de lui préciser les faits reprochés, et de la possibilité d'obtenir la communication de son dossier et de se faire assister des conseils de son choix dans un délai suffisant pour permettre à l'agent de prendre connaissance du dossier et d'organiser sa défense (article 4 du décret n° 89-677 du 18 septembre 1989). Or, l'employeur avise le policier, le 5 juin 2012, qu'une procédure disciplinaire est engagée et l'invite à comparaître devant le conseil de discipline le 28 juin. Il méconnaît ainsi son obligation d'information de l'engagement d'une procédure à l'encontre de l'agent.

Mais cette irrégularité n'a pas privé l'intéressé d'une garantie dans la mesure où le courrier comporte toutes les mentions lui permettant d'accéder à son dossier, de faire valoir ses droits à la défense, et lui laisse un délai suffisant pour en prendre connaissance et s'organiser. Le manquement n'a pas davantage été susceptible d'influer sur le sens de l'avis du conseil de discipline puis de la décision du maire. Le vice de procédure est donc resté sans incidences, une analyse conforme à une jurisprudence désormais classique du Conseil d'État sur les vices de procédure (CE n° 335033 M. J du 23 décembre 2011).

### 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)