

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 propositions du rapport Cap 22 pour la fonction publique

Le rapport d'experts sur la réforme de l'État « Cap 22 » annoncé au mois d'octobre a été diffusé le 20 juillet dernier par le syndicat Solidaire Finances publiques. S'il ne constitue pas le socle des réformes prévues, il ouvre des pistes possibles.

Un nouveau contrat social devrait offrir des évolutions salariales différenciées entre fonctions publiques, faire du contrat de droit privé la voie « normale » d'accès à certaines fonctions, rien ne justifiant un autre type de contrat à côté du statut, et le droit du travail étant vu comme plus protecteur pour les agents. Un large recours aux apprentis permettrait de diversifier les profils, et une véritable politique de reconversion de construire une gestion active de l'emploi. Pour les managers, le rapport encourage les expériences croisées entre État, collectivités et hôpitaux et, dans le respect des règles de déontologie, l'ouverture à des talents venant du secteur privé. Cette mesure est d'ailleurs réintégrée dans le projet de loi sur l'avenir professionnel qui sera examiné en dernière lecture par l'Assemblée nationale le 24 juillet.

En matière de dialogue social, des accords possiblement déroga-taires au cadre de la fonction publique (rémunération, temps de travail, mobilité) devraient être admis, y compris d'intéressement collectif, concernant le cadre de vie ou l'accompagnement des familles.

Les baromètres sociaux permettant d'évaluer l'état d'esprit des agents et leurs besoins devraient être généralisés et publiés tous les 6 mois et, pour accompagner les agents, les CAP seraient repositionnés sur l'analyse et la qualité de leur accompagnement managérial et RH dans un nouveau poste ou en cas de situation durable d'échec.

28 AOÛT 2018
N° 1594

CARRIÈRE

Le difficile classement des syndi-cats mixtespage 2

DISCIPLINE

Une sanction mal motivée expose l'employeur à une annulationpage 3

RÉMUNÉRATIONS

L'employeur doit rémunérer le travail effectif des gardiens en le distinguant de l'astreintepage 5

ANALYSE

Les conditions d'indemnisation d'une sanction illégalepages 6,7

LES CLEFS POUR BIEN GÉRER

Les employeurs sont tenus de respecter la structure des régimes indemnitaires de l'Étatpage 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



Le difficile classement des syndicats mixtes

La création d'emplois de direction et de certains cadres d'emplois requiert le respect de seuils démographiques : 2 000 habitants pour les emplois fonctionnels, les ingénieurs principaux ou les attachés principaux, 10 000 habitants pour les attachés hors classe et directeurs territoriaux, 40 000 habitants pour les administrateurs et les ingénieurs en chef.

S'agissant des établissements publics, les règles d'assimilation à des communes diffèrent : somme des populations regroupées pour les métropoles, communautés urbaines et établissements publics à fiscalité propre ; effectifs gérés pour les centres de gestion ; et budget de fonctionnement, nombre et qualification des agents dans les CCAS. Pour tous les autres, un faisceau de critères retient les compétences de l'établissement, l'importance de son budget, le nombre et la qualification des agents (décret n° 2000-954 du 22 septembre 2000). À un sénateur qui l'interroge sur la situation des pôles d'équilibres territoriaux et ruraux (PETR) et des syndicats mixtes, au faible nombre d'agents en raison de leur nature et de leur action de mutualisation, de rationalisation financière et d'ingénierie, le ministre de l'Action et des Comptes publics rappelle que la combinaison de ces critères est cumulative. Un PETR ou un syndicat mixte sera donc rarement assimilé à une commune de 40 000 habitants et ne peut recruter ni administrateurs ni ingénieurs en chef.

À retenir : la possible embauche d'attachés et d'ingénieurs, qui disposent le plus souvent des compétences requises pour en assurer le bon fonctionnement, n'appelle pas de modification de ces règles générales au profit de ces structures.

QE n° 01545 JO sénat du 12 octobre 2017 page 3109.

L'employeur doit saisir à nouveau le comité médical qui refuse de statuer

■ La protection sociale en cas de maladie des fonctionnaires à temps non complet non affiliés à la CNRACL (leur emploi comporte moins de 28 heures hebdomadaires) relève du régime général de sécurité sociale.

S'ils bénéficient du congé de maladie ordinaire des agents à temps complet, ils relèvent de la grave maladie en cas d'affection nécessitant un traitement et des soins prolongés et présentant un caractère invalidant et de gravité confirmé, rémunérée 12 mois à plein traitement et 24 mois à demi traitement (article 36 du décret n° 91-298 du 20 mars 1991).

Dans une affaire, une adjointe technique de 2e classe est en congé pour accident du travail du 15 avril au 5 octobre 2008, puis en maladie ordinaire du 6 octobre au 1er juin 2009. Le tribunal annule sa radiation pour abandon de poste le 31 août, obligeant le maire à la réintégrer le 18 octobre 2012 à effet du 25 août 2009. Au vu de l'épuisement de ses droits à rémunération d'un an en maladie ordinaire, et compte tenu de sa retraite le 1er décembre 2012, il la place d'office en disponibilité du 21 décembre 2009 au 30 novembre 2012.

Un avis nécessaire du comité médical

Dans le décret sur les fonctionnaires à temps non complet, à l'issue d'un congé de maladie ordinaire, le fonctionnaire temporairement inapte est placé en disponibilité d'office dans les mêmes conditions que les fonctionnaires à temps plein, 3 ans au plus sur avis du comité médical (articles 19 du décret n° 86-68 du 13 janvier 1986 et 3 du décret n° 87-602 du 30 juillet 1987).

Son prononcé requérant l'avis du comité médical, conformément à une jurisprudence constante, un vice affectant le déroulement de cette procédure entache d'illégalité la décision si le dossier montre qu'il a été susceptible d'exercer une influence sur le sens de la décision ou a privé l'intéressé d'une garantie (CE n° 335033 M. C du 23 décembre 2011).

Or, le maire saisit le comité médical le 19 février 2013 de l'octroi d'une disponibilité d'office, du 21 décembre 2009 à l'âge légal de départ à la retraite de l'agent, soit le 1er décembre 2012.

Le secrétaire du comité l'avise qu'il ne peut pas donner d'avis sur une période dépassée de 4 années. Si le maire prend acte de ce refus et prononce la disponibilité sans avis, le juge, qui reconnaît que la commune ne peut pas être tenue pour responsable de ce refus, n'en considère pas moins qu'il incombait au maire de contester cette décision de refus de statuer, puisqu'elle faisait obstacle à la possibilité de mener la procédure de disponibilité à son terme et privait l'agent de l'accès à son dossier médical et de faire entendre le médecin de son choix. Même si l'avis n'a pas un caractère conforme s'imposant à l'employeur, le maire ne démontre pas s'être trouvé dans l'impossibilité de mettre en œuvre correctement cette procédure.

À retenir : privant l'agent d'une garantie, sa décision est irrégulière. La cour exclut aussi la saisine du comité médical supérieur comme l'avait imaginé le tribunal, le comité médical n'ayant pas émis d'avis. Le maire devait donc saisir à nouveau le comité puis se prononcer sur la situation de l'agent.

CAA Bordeaux n° 16BX00342 Mme E du 18 décembre 2017.

Un avertissement peut précéder le non-renouvellement de l'engagement

■ Tout manquement d'un contractuel à ses obligations l'expose à une sanction, sans préjudice de peines pénales éventuelles. Le régime disciplinaire repose sur l'avertissement, le blâme, l'exclusion de 6 mois pour les agents en CDD et d'un an en CDI, et le licenciement, les 2 dernières mesures nécessitant l'avis de la commission consultative paritaire (constituée avec les élections du 6 décembre dernier). L'employeur doit mettre l'agent en mesure de consulter son dossier, d'être assisté des défenseurs de son choix, et sa décision doit être motivée (articles 36, 36-1 et 37 du décret n° 88-145 du 15 février 1988).

Dans une affaire, le maire inflige un avertissement, le 24 septembre 2014, à une femme recrutée comme adjointe technique de 2e classe et chargée d'entretien dans les écoles, dont il refuse de renouveler l'engagement au-delà du 31 décembre.

La cour rappelle qu'aucune disposition de texte ni principe général du droit n'impose que la mise en œuvre du principe du contradictoire posé par le décret comporte une confrontation de l'agent avec ceux qui portent des accusations contre lui. En informant la femme, par une lettre du 19 août 2014, de l'engagement d'une procédure disciplinaire, des motifs la justifiant, de la possibilité de consulter son dossier et d'être assistée, de formuler des observations écrites, outre une convocation à un entretien à la direction des ressources humaines, l'employeur a bien respecté les exigences du contradictoire.

La sanction d'un dénigrement du service

Sur le fond, la responsable du service enfance et éducation retrace les propos menaçants de l'agent à l'égard de collègues et un dénigrement du service, une altercation ayant précédemment nécessité un changement d'affectation. Même si le dénigrement ne fonde pas la sanction, il confirme la réalité de difficultés relationnelles. Les affirmations de la responsable sont corroborées par un courrier de l'agent du 27 juin critiquant ses collègues, dénonçant leurs absences et retards, avant de les qualifier « d'intouchables ». Elle y dénonce, en termes virulents, l'organisation du service et de ses propres horaires.

Même s'il n'existe pas de preuve formelle de menaces à l'encontre de ses collègues, la femme a bien dénigré le fonctionnement du service, contestant le traitement des autres agents et ses propres horaires. Le prononcé d'un avertissement était bien justifié.

S'agissant du non-renouvellement de son contrat, la femme a été recrutée à partir du 16 septembre 2013 pour remplacer successivement 2 agents. Même si son dernier engagement n'indique pas l'identité de la personne remplacée, cela n'établit pas que son retour ne serait pas le motif du non-renouvellement. D'ailleurs, la responsable du service enfance avait indiqué à la femme, dès le 16 juillet, que son engagement prendrait fin le 31 décembre.

À retenir : contrairement à ses affirmations, la décision de ne pas renouveler son contrat ne résulte pas d'une volonté de l'évincer en raison des critiques sur ses horaires de travail et la mesure n'est pas entachée de détournement de pouvoir. Au contraire, c'est logiquement que le tribunal a rejeté sa requête. CAA Paris n° 16PA03947 Mme C du 12 décembre 2017.

Une sanction mal motivée expose l'employeur à une annulation

Le pouvoir disciplinaire appartient à l'employeur, comme autorité de nomination, aucune sanction autre que classée dans le 1er groupe (avertissement, blâme et exclusion de 3 jours) ne pouvant être prononcée sans l'avis du conseil de discipline. Son avis et la sanction sont nécessairement motivés (article 19 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983).

Dans une affaire, le directeur du centre hospitalier abaisse d'un échelon, le 14 novembre 2013, une femme agent des services hospitaliers en fonctions dans un EHPAD. La motivation suppose que la décision comporte les griefs retenus contre le fonctionnaire pour qu'il puisse, à sa seule lecture, en connaître les motifs. Dans l'affaire, le directeur rappelle que la fonctionnaire a fait l'objet d'un blâme 2 ans auparavant, désobéi à un ordre hiérarchique en refusant catégoriquement d'exécuter les tâches demandées alors que cet ordre n'était pas manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public (seul motif légal de désobéissance), tâches pour lesquelles la femme était qualifiée, possédant les diplômes requis. Mais il n'indique pas le contenu de l'ordre refusé, ni la nature des tâches à exécuter.

Attention : les visas de la décision faisant référence au rapport de la cadre de santé du 11 juillet et au procès-verbal du conseil de discipline du 16 octobre ne suffisent pas, puisqu'ils ne sont pas reproduits et que l'employeur ne s'en est pas approprié les motifs. Ces documents ne sont pas non plus joints à la sanction notifiée à l'agent. Faute de motivation correcte, la cour confirme l'annulation de la mesure prononcée par le tribunal administratif.

CAA Nancy n° 16NC00681 Mme E du 12 décembre 2017.

La démission ne doit pas être entachée d'un vice du consentement

■ **La démission résulte d'une demande écrite du fonctionnaire marquant sa volonté non équivoque de cesser ses fonctions. Elle n'a d'effet qu'acceptée par l'employeur à la date qu'il fixe et sa décision doit intervenir dans le mois de la demande. Mais, une fois prononcée, elle est irrévocable** (article 96 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984). Il n'en ira autrement qu'en cas d'altération du consentement.

Dans une affaire, un interne en médecine adresse une lettre de démission le 10 février 2011 que le CHU accepte au 2 mai, entraînant le refus du doyen de la faculté de l'inscrire à un diplôme spécialisé. L'intéressé produit un certificat médical du psychiatre de l'hôpital dans lequel il est hospitalisé de décembre 2010 à juillet 2011. Même établi près de 3 ans après son départ, le juge l'estime valide dans la mesure où il décrit précisément la situation de l'intéressé. Il confirme une absence de discernement dans le cadre d'une pathologie mentale de novembre 2010 à février 2012, même si l'agent est sorti prématurément de l'hôpital, puisqu'il a continué de présenter un état très préoccupant. L'interne n'était donc pas en mesure d'apprécier la portée de ses

actes lorsqu'il a souhaité abandonner son cursus médical et démissionner, et l'hôpital ne pouvait pas légalement accepter sa demande, entachée d'un vice du consentement.

Sur un plan juridique, l'annulation d'un acte administratif emporte, si le juge est saisi de conclusions recevables, l'annulation par voie de conséquence des décisions consécutives qui n'auraient pas pu être prises sans la mesure annulée ou sont intervenues en raison de celle-ci. Il en va ainsi des décisions prises en application de l'acte annulé et de celles dont l'acte constitue la base légale. Le cas échéant, le juge relève d'office le moyen découlant de l'autorité absolue de la chose jugée attachée à l'annulation du premier acte. Dans l'affaire, le refus d'inscription opposé par le doyen de la faculté en novembre 2012 devait bien être annulé.

À retenir : *cette décision intéresse directement les employeurs régulièrement confrontés à des « démissions forcées » et montre que l'altération du consentement est rigoureusement entendue par le juge.*

CAA Nancy n° 15NC01036 M. C du 5 août 2016.

Une nomination dans un corps dont l'agent n'exerce pas les fonctions est nulle et non avenue

■ **Le reclassement des fonctionnaires inaptes repose notamment sur le détachement, qui peut être suivi d'intégration sur demande de l'agent après une année si le comité médical constate une inaptitude définitive** (articles 81 et suivants de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 et décret n° 85-1054 du 30 décembre 1985). Dans une affaire, le directeur de l'hôpital détache puis intègre une aide-soignante pour raisons de santé dans le corps des adjoints administratifs, le 21 décembre 2001. Deux ans plus tard, elle sollicite pour des raisons financières sa « réintégration dans la grille d'aide-soignante », ce qu'accepte l'hôpital « à titre dérogatoire » le 3 septembre 2004, en la maintenant comme hôtesse d'accueil, avant de la nommer vaguemestre en 2006. En avril 2014, il décide à nouveau de la détacher comme adjointe administrative, des décisions annulées par le tribunal.

Les deux statuts particuliers ne donnent pas vocation aux mêmes missions, les aides-soignants collaborant aux soins infirmiers quand les adjoints administratifs assurent des tâches administratives d'exécution, de fonctions d'accueil, de secrétariat ou d'utilisation des matériels de communication, le vaguemestre étant à la

disposition des personnes hospitalisées pour leurs opérations postales.

Or, le grade, distinct de l'emploi, est le titre qui confère à son titulaire vocation à occuper l'un des emplois qui lui correspondent. Une nomination qui n'intervient pas exclusivement pour pourvoir un emploi vacant et permettre à son bénéficiaire d'exercer les fonctions correspondantes est nulle (article 12 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983).

De sa réintégration comme aide-soignante à son nouveau détachement, la femme a occupé des emplois d'adjointe administrative. Sa réintégration comme aide-soignante constitue donc une nomination pour ordre, nulle et non avenue, à laquelle l'hôpital devait mettre fin, même s'il était à l'origine de l'irrégularité.

À retenir : *la femme n'a donc pas cessé d'être titulaire du corps des adjoints administratifs et le reclassement pour inaptitude physique en 2014 est sans objet. L'hôpital ne pouvait que constater le caractère nul et non avenue de la décision la remplaçant dans son corps d'aide-soignant.*

CAA Nancy n° 15NC01550 Mme D du 9 mars 2017.

L'employeur doit rémunérer le travail effectif des gardiens en le distinguant de l'astreinte

■ **Les assemblées fixent le régime indemnitaire et le temps de travail des agents dans la limite de celui de l'État, en tenant compte de la spécificité de leurs missions** (articles 7-1 et 88 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984).

Le travail effectif de 35 heures, décompté dans un cadre annuel de 1 607 heures (hors heures supplémentaires), est le temps pendant lequel les agents sont à la disposition de l'employeur et doivent se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles. Il s'organise en cycles de travail, les heures supplémentaires étant prises en compte dès qu'il y a dépassement de leurs bornes horaires. Elles font par principe l'objet d'une compensation horaire et sont indemnisées à défaut. L'astreinte est la période pendant laquelle l'agent, sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, doit demeurer à son domicile ou à proximité (articles 2 et 5 du décret n° 2000-815 du 25 août 2000).

Les assemblées définissent les cycles de travail, les cas de recours à des astreintes, leurs modalités et les

emplois concernés (article 4 du décret n° 2001-623 du 12 juillet 2001).

Le décret de l'État sur les heures supplémentaires les définit comme celles réalisées à la demande de l'employeur dès qu'il y a dépassement des bornes horaires du cycle de travail. Une période d'astreinte ne peut pas être rémunérée à ce titre, mais si des interventions sont réalisées sans être compensées elles donnent lieu à indemnisation (décret n° 2002-60 du 14 janvier 2002, article 4). Le texte sur les astreintes prévoit une indemnité ou, à défaut, une compensation horaire dont sont exclus les agents logés par nécessité absolue de service (article 1 du décret n° 2005-542 du 19 mai 2005).

Dans une affaire, une adjointe technique gardienne à la direction des archives départementales, en astreinte du dimanche à 17 heures au vendredi à 17 heures, bénéficie d'un logement par nécessité absolue. Elle réclame 400 000 € d'indemnisation de ses heures supplémentaires entre 2004 et 2008 et du préjudice moral résultant de ses conditions d'emploi.

Un droit à indemnisation

Ses fonctions de gardienne du lundi au vendredi de 7 heures à 20h30 avec une pause méridienne d'une heure représentaient une journée de 11h30 et une semaine de 62 heures 30, bien supérieure à la légalité. Comme concierge, elle ouvre les grilles du parking à 9 heures, les ferme à 17 heures, à clé à 20h30, ouvre les volets électriques manuels du rez-de-chaussée des bâtiments, les portes au public de 9 heures à 12 heures et de 13 heures à 17 heures, fait une ronde de coupure des éclairages et de fermeture des fenêtres et appareils électriques entre 17 et 18 heures, sort les poubelles, réceptionne le courrier, accueille les entreprises, contrôle l'entrée et la sortie des ouvriers de chantiers.

S'y ajoute une activité assimilable à de l'astreinte : l'accueil des visiteurs et des personnes se présentant aux archives en dehors des heures d'ouverture, la permanence téléphonique de 8 à 9 heures et à partir de 17 heures, la surveillance de l'établissement en dehors des heures d'ouverture. Ce mélange d'un travail effectif et d'astreinte n'établit pas la réalité d'heures supplémentaires. Cependant, les 6 premiers mois de 2008, elle fournit un relevé d'heures contresigné du directeur des archives que le département n'a pas réglées. Compte tenu de l'application d'un coefficient (prévu

par le décret) de 1,07 jusqu'à 14 heures par mois, et de 1,27 au-delà et de la limite de l'État de 25 heures supplémentaires mensuelles, les 6 premiers mois lui donnent droit à 2 279 € au plus (380 € mensuels).

S'agissant de l'astreinte, son logement par nécessité absolue exclut toute indemnisation. Restent les autres heures supplémentaires, à la double condition qu'elles soient réalisées hors des bornes du cycle de travail et répondent à un travail effectif. Or, aucun élément n'en établit la réalité.

Attention : *s'agissant de la dégradation de ses conditions de vie, puisque jusqu'en septembre 2008 elle est d'astreinte toutes les semaines hors les congés de maladie ou annuels et que ses fonctions dépassent l'amplitude horaire de 12 heures prévue par les textes, des courriels de l'employeur reconnaissent que son régime de travail lui impose des contraintes très supérieures à ce qu'ils autorisent. En septembre 2008, son régime distingue clairement le travail effectif de l'astreinte, organise une pause méridienne de 13 heures à 16h15, et impose une astreinte une semaine sur deux. Cette situation justifie l'attribution de 8 000 €.*

CAA Versailles n° 15VE00683 Mme C du 28 septembre 2017.

Les conditions d'indemnisation d'une sanction illégale

Depuis les années 1930, la réparation de la situation de l'agent irrégulièrement évincé ne peut pas se faire par un rappel de traitement, en l'absence de service fait. Elle passe par le versement d'une indemnité dont le montant tient compte des irrégularités qui entachent la mesure annulée et des fautes de l'intéressé (CE n° 04711 Deberles du 7 avril 1933, GAJA n° 42).

L'exigence d'un lien direct de causalité

■ L'indemnisation suppose ainsi un lien direct de causalité entre l'illégalité de la mesure et le préjudice déclaré par l'agent. En effet, les principes généraux de responsabilité de la puissance publique garantissent à l'agent irrégulièrement évincé un droit à la réparation intégrale du préjudice effectivement subi du fait de la mesure illégalement prononcée contre lui. Sont indemnisables les préjudices de toute nature avec lesquels l'illégalité présente, compte tenu de son importance et des fautes de l'intéressé, un lien direct de causalité.

Dans l'évaluation de l'indemnité, sera retenue la perte du traitement, des primes et indemnités que l'intéressé avait une chance sérieuse de percevoir dans la période en cause (hors celles qui, eu égard à leur nature, leur objet et leurs conditions de versement, sont seulement destinées à compenser des frais, charges ou contraintes liés à l'exercice effectif des fonctions et, si l'intéressé justifie de son caractère réel et certain, la réduction des

droits à chômage qui auraient été acquis sans l'éviction - CE n° 393761 M. A du 20 mars 2017). Sera déduit, le cas échéant, le montant des rémunérations que l'agent a pu se procurer par son travail dans la période d'éviction et les allocations de chômage (CE n° 365155 commune d'Ajaccio du 6 décembre 2013, CAA Versailles n° 15VE01508 M. A du 14 décembre 2017). Ce raisonnement, qui n'enlève rien à l'illégalité de la mesure, ne garantit pas nécessairement à l'agent une indemnisation, deux hypothèses pouvant rompre le caractère direct du lien entre la faute de l'employeur et le préjudice de l'intéressé : la première, classique dans un système de responsabilité administrative, est la faute de la victime elle-même. Elle entraîne alors un partage de responsabilité avec l'employeur qui peut aller jusqu'à une suppression intégrale de l'indemnisation si la faute de la victime exonère totalement celle de l'administration.

La reconnaissance du bien-fondé de la décision face à une illégalité externe

La seconde hypothèse de rupture du lien de causalité est celle dans laquelle l'employeur aurait pris, quoi qu'il arrive, la même décision, le juge refusant alors de reconnaître un quelconque lien entre cette faute et le préjudice de l'agent. Ce sera le cas si l'illégalité sanctionnée est dite externe, donc prononcée pour un motif de forme (procédure suivie, respect des droits de la défense, motivation...), mais que la mesure est justifiée dans son principe. Le principe en a été posé par le Conseil d'État à propos de l'embauche d'un enfant de 10 ans par une entreprise cinématographique, qui requiert la consultation d'une commission pour la protection de l'enfance. Malgré sa mauvaise composition, les parents n'obtiennent pas d'indemnisation. La possibilité pour un enfant de moins de 16 ans de travailler est en effet subordonnée à ce qu'il suive une scolarité normale. Or, les mesures prises ne garantissaient pas cette scolarité, ce qui excluait

sa participation (CE n° 20619 Mme X du 19 juin 1981). C'est ainsi que le juge refuse d'indemniser une contractuelle licenciée pour insuffisance professionnelle sans que l'employeur l'ait préalablement mise en mesure de faire valoir ses droits à la défense, l'insuffisance de ses capacités professionnelles justifiant la mesure (CE n° 49813 Mme X du 18 juin 1986).

Si le vice de procédure a privé l'agent d'une garantie susceptible d'influer sur le sens de la décision, le juge s'interroge successivement sur le principe même de la sanction et sur le niveau qui aurait été retenu dans le cadre d'une procédure régulière. Il annule ainsi le refus d'indemnisation opposé à une personne incarcérée, dont la sanction de 12 jours en cellule disciplinaire avait été retirée par le directeur de la maison centrale en raison d'une irrégularité de procédure (CE n° 380461 M. A du 18 novembre 2015).

(suite p. 7)

(suite de la p. 6)

Une extension possible à une illégalité interne

Le juge a étendu ce raisonnement excluant toute indemnité à des situations où l'illégalité est sanctionnée pour des raisons de fond, mais où les fautes de l'agent sont d'une particulière gravité et justifient la mesure. Il en va ainsi, par exemple, de l'annulation de la radiation définitive d'un enseignant après sa condamnation pénale à de la prison avec sursis et 5 ans de non enseignement à des mineurs pendant 5 ans, pour atteinte sexuelle sur un mineur de 15 ans. L'Éducation nationale licencie le fonctionnaire sur le fondement de l'article 24 de la loi du 13 juillet 1983 (n° 83-634) prévoyant que l'interdiction par décision de justice d'exercer un emploi public entraîne la cessation définitive des fonctions. Mais elle oublie que cette mesure doit être la conséquence nécessaire de la condamnation pénale prononcée. Pour autant, l'atteinte sexuelle commise entre mai et décembre 1996 par un enseignant de collège sur une mineure était incompatible avec la nature de ses fonctions et de ses obligations profession-

nelles et aurait pleinement justifié une révocation. Dès lors, la faute de l'administration n'est pas à l'origine du préjudice résultant pour l'enseignant de son éviction définitive (CAA Nantes n° 08NT01491 et CE n° 332627 M. A du 9 février 2011).

Le juge a même admis qu'une sanction annulée pour un motif d'illégalité interne, une erreur manifeste d'appréciation, pouvait conduire à une absence totale d'indemnisation compte tenu des conséquences de la mesure finalement prononcée. Mais c'était dans une hypothèse où un ouvrier d'État avait été révoqué avec suspension de ses droits à pension après sa condamnation pour trafic d'influence, favoritisme et recel d'abus de biens sociaux, une mesure jugée excessive qui a abouti à sa révocation avec droits à pension. Le juge n'en a pas moins estimé qu'une annulation pour des motifs de légalité interne pouvait exclure toute indemnisation (CE n° 380783 M. B du 5 octobre 2016).

Une évaluation du préjudice sans lien avec le niveau possible de sanction

C'est ce lien entre le préjudice et le niveau de sanction susceptible d'être prononcé que tente de faire valoir un contractuel en CDI à l'École des mines, licencié sans préavis ni indemnités le 20 avril 2010, à la suite d'excès verbaux, de remises en cause des décisions du directeur de l'école et d'une suspension après l'envoi d'un courriel à l'ensemble du personnel de l'école.

Le tribunal annule la mesure pour erreur manifeste d'appréciation et lui accorde 6 000 €, tenant compte d'un comportement qui aurait mérité une sanction, une somme que valide la cour mais qu'il conteste estimant que le juge devait indiquer la sanction qui aurait dû être prise contre lui.

Le Conseil d'État ne revient pas sur le principe de l'indemnisation intégrale des préjudices avec lesquels l'illégalité présente un lien direct de causalité compte tenu de son importance et des fautes de l'intéressé, conformément à la jurisprudence Deberles.

Il rappelle que, pour apprécier l'existence de ce lien, le juge peut rechercher si, compte tenu des fautes de l'agent et de la nature de l'illégalité entachant la sanction, la même mesure ou une sanction emportant les mêmes effets pouvait légalement être prise (dans la ligne de sa décision du 18 novembre 2015). Si, dans

l'affaire, le juge écarte cette question, c'est parce que l'échelle des sanctions des contractuels ne comporte que 4 niveaux, l'avertissement, le blâme, l'exclusion d'un an pour les agents CDI et le licenciement. À l'évidence, l'employeur ne pouvait pas prendre la même décision, ce qui excluait la question de l'existence d'un lien direct entre une partie du préjudice et la faute de l'employeur. Le tribunal et la cour ayant jugé le licenciement disproportionné, c'est en principe l'exclusion d'une année qui aurait dû s'appliquer, mesure que l'école avait d'ailleurs écartée compte tenu du rapide départ à la retraite de l'intéressé.

Mais, comme l'indique le Conseil d'État, en aucun cas pour apprécier l'existence et l'étendue des préjudices qui ont un lien direct de causalité avec l'illégalité de la sanction, le juge n'est tenu de rechercher le niveau de sanction qui pouvait légalement être prononcée.

Cette décision, rendue conformément aux conclusions du rapporteur public, rappelle que le juge de l'indemnisation n'a pas à se prononcer en lieu et place de l'employeur ou du juge de l'excès de pouvoir sur le niveau de la mesure disciplinaire, au risque de commettre une erreur de droit.

CE n° 398851 M. J du 28 mars 2018 et concl.

Les employeurs sont tenus de respecter la structure des régimes indemnitaires de l'État

■ Depuis les années 1990, la loi a restitué aux employeurs une compétence qui appartenait antérieurement à l'État, pour fixer les régimes indemnitaires de leurs agents dans la limite de ceux des services de l'État reconnus équivalents (article 88 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984). Les contours de ce principe de parité ont été précisés en 2016, le texte prévoyant que ces régimes peuvent tenir compte des conditions d'exercice des fonctions et de l'engagement professionnel. Lorsque les services de l'État servant de référence bénéficient d'une indemnité servie en 2 parts, l'assemblée détermine les plafonds de chacune d'elles et en fixe les critères, dans la limite du plafond global des primes de l'État.

Devant le Conseil constitutionnel, une commune et le centre de gestion estiment contre l'État qu'un employeur peut refuser d'instituer l'une de ces parts, le complément indemnitaire annuel prévu par le régime indemnitaire tenant compte des fonctions, des sujétions, de l'expertise et de l'engagement professionnel (RIFSEEP), en raison du principe de libre administration des collectivités locales.

Le Conseil constitutionnel rappelle que l'article 34 de la Constitution réserve au législateur la détermination des principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources, l'article 72 rappelant que les collectivités s'administrent librement par des conseils élus, dans les conditions prévues par la loi.

LES EXIGENCES D'UNE HARMONISATION SALARIALE

Sur le fondement de ces articles, le législateur peut assujettir les collectivités à des obligations et à des charges, à condition qu'elles répondent à des exigences constitutionnelles ou concourent à des fins d'intérêt général, qu'elles ne méconnaissent pas la compétence propre des collectivités, n'entravent pas leur libre administration et soient définies de façon suffisamment précise dans leur objet et leur portée.

En matière indemnitaire, l'article 88 leur permet d'éta-

blir des régimes indemnitaires, mais dans la limite de ceux des différents services de l'État. Selon une jurisprudence constante du Conseil d'État, si ces services servant de référence bénéficient d'un régime tenant compte, d'une part, des conditions d'exercice des fonctions et, d'autre part, de l'engagement professionnel des agents, les collectivités qui décideraient de mettre en place un tel régime en tenant compte de l'un seulement de ces éléments, sont tenues de prévoir également une part correspondant au second élément.

Ce mécanisme vise à garantir une certaine parité entre les régimes indemnitaires l'État et des employeurs locaux. En adoptant ces dispositions, le législateur a entendu contribuer à l'harmonisation des conditions salariales au sein des 2 fonctions publiques et faciliter les mobilités en leur sein ou entre elles deux et, ce faisant, a bien poursuivi un objectif d'intérêt général.

Par ailleurs, les employeurs qui mettent en place un tel régime indemnitaire restent libres de fixer les plafonds applicables à chacune des parts sous la seule réserve que leur somme ne dépasse pas le plafond global des primes octroyées à l'État. Ils sont également libres de fixer les critères d'attribution correspondant à chacune de ces parts. La loi ne méconnaissant pas le principe de libre administration, l'article 88 est bien conforme à la Constitution.

Attention : les termes de cette décision, qui oblige les employeurs à instituer à la fois l'indemnité forfaitaire du RIFSEEP et le complément indemnitaire annuel, les contraignent probablement aussi à ne pas dénaturer les textes applicables en retenant par exemple un montant du complément indemnitaire tellement faible qu'il en deviendrait insignifiant. Cette décision assied définitivement la position que le ministère de l'Intérieur avait retenue à propos de la prime de fonctions et de résultats (PFR), déjà bâtie sur 2 parts que la loi a simplement réadaptée au RIFSEEP, et qu'il a confirmé à propos de cet actuel régime indemnitaire.

Conseil constitutionnel décision n° 2018-727 QPC du 13 juillet 2018.

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