

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 gouvernement maintient la réforme de la fonction publique au premier semestre 2019

Devant la presse, le 13 novembre dernier, Olivier Dussopt, secrétaire d'État auprès du ministre de l'Action et des Comptes publics, a réaffirmé la volonté du gouvernement d'une adoption des textes réformant la fonction publique au 1er semestre 2019, dans un calendrier contraint par la saisine du Conseil commun, du Conseil d'État et du Conseil national d'évaluation des normes, et par sa présentation en Conseil des ministres.

En dépit d'oppositions syndicales parfois fortes sur l'élargissement du recours au contrat, la rémunération au mérite et la rationalisation des instances de dialogue social, le ministre a rappelé certains points d'accord sur les mobilités, le déploiement du compte personnel de formation (CPF), l'accès à la formation, certaines dispositions sur l'égalité, l'amélioration de l'attractivité des concours et du recrutement des fonctionnaires, des conditions d'emploi des contractuels, la limitation de la succession des contrats courts ou la protection des agents publics précaires. S'agissant de l'éventuelle intégration dans la loi de certaines dispositions du protocole d'accord sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, la CGT et FO, et possiblement Solidaires, ont d'ores et déjà demandé le report de sa signature, alors que le gouvernement a donné jusqu'au 26 novembre aux organisations pour se prononcer sur sa version finale, soit 10 jours avant les élections professionnelles. Ces 3 organisations habilitées à négocier étant majoritaires, l'accord pourrait n'être pas valide au sens de la loi, ce qui n'a pas empêché le gouvernement d'appliquer le protocole d'accord sur les parcours professionnels, les carrières et les rémunérations.

20 NOVEMBRE 2018
N° 1606

EMPLOIS ET NON TITULAIRES

L'emploi d'un proche doit respecter des règles de transparencepage 2

RÉMUNÉRATIONS

Le maintien d'un agent sans contrat est une faute de l'employeur.....page 3

CARRIÈRE

Un refus de titularisation trop anticipé est un licenciement en cours de stage.....page 4

ANALYSE

L'employeur face à l'obligation de recueillir l'avis de la commission de réformepages 6,7

LES CLEFS POUR BIEN GÉRER

Assistant familial : le retrait d'agrément s'appuie sur les éléments rassemblés par le départementpage 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 retrait d'agrément d'un policier n'entraîne pas automatiquement son éviction, ni son reclassement

Les agents de police municipale sont nommés par le maire ou le président de l'établissement public de coopération intercommunale (EPCI), agréés par le préfet et le procureur, puis assermentés. En cas de retrait ou de suspension, l'employeur peut proposer au fonctionnaire un reclassement dans un autre cadre d'emplois, sans demande de sa part (articles L. 511-2 du code de la sécurité intérieure, L. 412-49 du code des communes et 81 et suivants de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984).

A un parlementaire qui s'interroge sur l'application de ce dispositif à des fonctionnaires de l'État détachés dans la police municipale, le ministre de l'Intérieur rappelle que, pour le Conseil d'État, ces textes accordent à l'autorité locale la faculté de rechercher les possibilités de reclassement de l'agent de police municipale dont l'agrément a été retiré ou suspendu et n'a fait l'objet ni d'une sanction d'éviction du service, ni d'un licenciement pour insuffisance professionnelle, sans pour autant instituer un droit à être reclassé (CE n° 360790 M. A du 19 octobre 2012). Les policiers nationaux et gendarmes détachés relevant du double agrément, ils ne pourront plus exercer leurs fonctions en cas de retrait ou de suspension et pourront demander à mettre fin à leur détachement et à réintégrer leur corps.

Attention : *il n'y a nulle rupture d'égalité avec les fonctionnaires territoriaux, puisque cette garantie résulte des dispositions sur le détachement, une position statutaire distincte de l'activité. Par ailleurs, l'Etat peut toujours sanctionner un fonctionnaire pour des fautes commises en détachement.*

QE n° 4028 JO AN du 17 avril 2018 page 3253.

L'emploi d'un proche doit respecter des règles de transparence

■ **L'autorité locale peut librement recruter un ou plusieurs collaborateurs de cabinet (selon la collectivité) et mettre fin à leurs fonctions, s'il ne s'agit pas de son conjoint, d'un partenaire lié par un PACS ou de son concubin, de ses parents ou des parents de celui-ci, de ses enfants ou des enfants de celui-ci** (article 110 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984).

Saisi par un parlementaire de l'incidence de cette interdiction dans les communes rurales, souvent dépendantes de ces collaborateurs, le ministre de l'Intérieur rappelle que ce texte issu de la loi n° 2017-1339 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique s'applique strictement, mais aux seuls collaborateurs de cabinet.

Un lien familial entre l'élu et l'agent n'est pas exclu par principe, mais la jurisprudence veille à un possible risque pénal tenant à l'intérêt moral pour l'employeur local de recruter un membre de sa famille et qui pourrait être qualifié de prise illégale d'intérêts (article 432-12 du code pénal).

Le risque d'un délit de prise illégale d'intérêts

En effet, pour la Cour de cassation, ce délit est caractérisé par la prise d'un intérêt matériel ou moral, (in)direct se réalisant par le seul abus de la fonction, indépendamment de la recherche d'un gain ou d'un avantage personnel (C. Cass. pourvoi n° 99-86871 M. X du 21 juin 2000). Le fait, pour un élu chargé d'assurer la surveillance ou l'administration de l'exécution du budget communal, de (faire) recruter un de ses enfants sur un emploi de la commune peut l'exposer au risque de prise illégale d'intérêts (CE n° 263714 ministre de l'Outre-mer du 27 juillet 2005). Dans cette affaire, le maire d'une commune de Polynésie avait recruté par contrat, sur des emplois permanents, les fils de deux de ses adjoints sans aucune publicité, ni procédure d'examen des candidatures. De son côté, l'un des adjoints recrutait en cette même qualité un fils du maire. Les conditions d'intervention de ces embauches étaient bien de nature à exposer les élus à une prise égale d'intérêts.

Plus généralement, le juge examine le respect de la procédure de recrutement (publication de la vacance d'emploi, délai raisonnable avant le recrutement permettant de recevoir des candidatures), l'adéquation entre la formation ou l'expérience professionnelle du candidat et le poste à pourvoir et, s'il s'agit d'un contractuel, l'absence de candidature d'un agent titulaire. Ainsi, pour la Cour de cassation, le fait pour le maire d'avoir décidé seul du recrutement de ces enfants ne dispensait pas la cour d'appel de vérifier s'ils avaient ou non les compétences nécessaires pour assurer les fonctions proposées (C. Cass. pourvoi n° 05-85276 M. X du 8 mars 2006 et n° 12-80032 M. X du 5 décembre 2012).

Attention : *le juge a aussi sanctionné le réemploi d'un collaborateur de cabinet licencié en raison de son lien familial avec l'employeur dans le cadre d'une autre procédure (CA Rouen n° 06/00016 du 2 novembre 2006) et le ministre de l'Intérieur engage les employeurs à veiller à ce que le nouveau poste occupé ne soit pas assimilable à un emploi de cabinet. L'ensemble de ces dispositions concerne aussi les fonctionnaires.*

QE n° 01933 JO Sénat du 9 novembre 2017.

L'absence de droit au régime indemnitaire en l'absence de travail

■ Les fonctionnaires ont droit après service fait à une rémunération comprenant le traitement, l'indemnité de résidence, le supplément familial de traitement, les primes ou indemnités instituées par un texte, qui peuvent tenir compte des fonctions et des résultats professionnels des agents et collectifs des services (article 20 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983). Par ailleurs, en maladie, le fonctionnaire bénéficie de toute partie de son traitement et de la totalité du supplément familial et de l'indemnité de résidence (article 57 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984). Dans une affaire, le maire supprime à un ingénieur principal en congé de longue durée l'ensemble de son régime indemnitaire le 1er février 2014, soit une prime de service et de rendement et une indemnité spécifique de service.

La cour tire des garanties salariales prévues par la loi en maladie, le droit des agents à conserver tout ou partie de leurs indemnités accessoires, hors celles attachées à l'exercice des fonctions ou ayant le caractère de remboursement de frais.

L'indemnité spécifique de service est liée aux fonctions exercées et à la qualité des services rendus et la prime de service de rendement tient compte des responsabilités, du niveau d'expertise, des sujétions de l'emploi et de la qualité du travail réalisé. Ces accessoires étant attachés à l'exercice effectif des fonctions, l'ingénieur ne pouvait pas prétendre à leur maintien.

Sur un plan formel, l'interruption ne refuse pas un avantage dont l'attribution constituerait un droit pour les agents qui en remplissent les conditions légales et ne doit donc pas être motivée (article L. 211-2 du code des relations entre le public l'administration).

L'opposabilité du principe de parité

Cependant, un décret pose en principe à l'État le maintien des primes dans les mêmes proportions que le traitement en cas de congés rémunérés, les dispositions de modulation en fonction des résultats et de la manière de servir demeurant applicables (décret n° 2010-997 du 26 août 2010). Une circulaire du 22 mars 2011 précise qu'autour du principe de maintien dans les conditions du traitement subsistent des règles particulières pour les primes dont les montants tiennent compte de la manière de servir ou des résultats, rétribuent des sujétions, et dont la suspension est effective avec le remplacement de l'agent, sont représentatives de frais ou liées à l'organisation du temps de travail et sont suspendues pendant les périodes de congés. Les primes liées à la manière de servir ou aux résultats requièrent donc de l'employeur une évaluation de l'impact du congé sur les résultats, eu égard à sa durée et compte tenu de la manière de servir de l'agent.

Attention : compte tenu de ce texte de l'État et en l'absence de texte territorial fixant une règle de maintien, c'est à l'assemblée de se prononcer sur cette question, mais dans la limite du dispositif de l'État au regard du principe de parité, donc sans pouvoir instaurer un dispositif plus favorable pour ses propres salariés (article 88 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984).

CAA Douai n° 16DA01583 M. B du 12 avril 2018.

Le maintien d'un agent sans contrat est une faute de l'employeur

Les contractuels dérogeant au principe d'emploi des fonctionnaires, la loi définit les cas de recrutement, que l'employeur doit matérialiser par un contrat écrit (articles 3 et suivants de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 et 3 du décret n° 88-55 du 15 février 1988). Elle retient notamment le remplacement d'agents momentanément indisponibles et pour 2 ans au plus, et l'attente de l'achèvement du processus de recrutement d'un fonctionnaire.

Dans une affaire, le président de la communauté d'agglomération embauche une femme d'avril 2010 à mai 2012, alternant contrats de remplacement ou d'attente d'un fonctionnaire et maintien en fonctions sans engagement. La femme a donc été employée dans des conditions méconnaissant les termes de la loi à certaines périodes et cette illégalité constitue une faute engageant la responsabilité de la communauté d'agglomération. La cour reconnaît un maintien dans une situation de précarité d'incertitude dévalorisante et vexatoire, justifiant l'octroi de 2 000 €.

En revanche, la femme ne disposant d'aucun droit à titularisation, elle n'a perdu aucune chance d'intégrer la fonction publique territoriale.

Attention : l'embauche de contractuels sur des emplois non permanents pour faire face à un besoin lié à un accroissement temporaire d'activité (12 mois sur une période de 18 mois consécutifs) ou un accroissement saisonnier d'activité (6 mois sur une même période de 12 mois) (article 3 de la loi) échappe quasiment à tout contrôle, puisque le contrôle de légalité n'en a pas connaissance (article L. 2131-2 du CGCT). Le risque d'abus de ce dispositif justifierait sans doute son réexamen.

CAA Douai n° 16DA01576 Mme G du 12 avril 2018.

Un refus de titularisation trop anticipé est un licenciement en cours de stage

■ **L'employeur peut licencier pour insuffisance professionnelle un fonctionnaire stagiaire, dès lors que l'intéressé a accompli au moins la moitié de la durée de cette période probatoire** (article 5 du décret n° 92-1194 du 4 novembre 1992).

Dans une affaire, après l'avoir recruté comme apprenti, puis dans le cadre d'un CDD renouvelé à 2 reprises en 2012 et 2013, le maire nomme un agent adjoint technique de 2e classe, stagiaire, le 1er octobre 2013. Un arrêté du 25 juillet 2014 met fin à son stage à effet du 1er octobre 2014 et donc refuse sa titularisation.

La cour rappelle que, sous réserve d'un licenciement en cours de stage motivé par les insuffisances ou les manquements professionnels de l'agent, tout stagiaire a le droit d'accomplir sa période probatoire dans des conditions lui permettant d'acquérir une expérience professionnelle et de faire la preuve de ses capacités pour les fonctions auxquelles il est destiné. L'employeur peut sans doute l'alerter en cours de stage sur ses insuffisances et sur le risque qu'il encourt, le cas échéant, de n'être pas titularisé sans modification de son comporte-

ment. Mais il ne peut, avant l'issue de la période probatoire, prendre d'autres décisions qu'un licenciement en cours de stage et seulement pour faute disciplinaire ou insuffisance professionnelle.

Dans l'affaire, le maire décide, dès le 25 juillet, d'un refus de titularisation à effet du 1er octobre, alors que l'agent n'a pas achevé la durée complète de son stage d'une année. Quelle que soit sa date d'effet, l'arrêté n'est pas un refus de titularisation mais un licenciement pour insuffisance professionnelle en cours de stage. Il imposait une motivation de la mesure, puisqu'il abroge une décision créatrice de droits (article L. 211-2 du code des relations entre le public et l'administration) et certainement le respect des droits de la défense.

À retenir : *aussi, le tribunal ne pouvait pas rejeter la demande d'annulation de l'adjoint technique ; pour autant, la cour impose simplement à l'employeur de prendre sous 2 mois une nouvelle décision concernant le stage de l'intéressé.* CAA Nantes n° 16NT01911 M. D du 18 mai 2018.

Un manquement procédural n'entache pas l'entretien professionnel d'irrégularité

■ **Les fonctionnaires territoriaux bénéficient chaque année d'un entretien professionnel avec leur supérieur direct qui donne lieu à un compte-rendu et fonde l'appréciation de leur valeur professionnelle** (article 76 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 et décret n° 2014-1526 du 16 décembre 2014).

Il fait l'objet de nombreuses garanties procédurales, puisque l'agent est convoqué 8 jours au moins avant l'entretien, le compte-rendu lui étant notifié dans les 15 jours. Il le signe, le retourne à son supérieur avec ses observations pour permettre à l'employeur d'y apposer son visa avant versement au dossier et communication. Dans les 15 jours francs de la notification du compte-rendu, le fonctionnaire peut saisir l'employeur d'une demande de révision, qui a 15 jours pour notifier sa réponse avant saisine éventuelle de la CAP dans le mois qui suit.

Dans une affaire, un agent saisit l'autorité locale puis la CAP d'une demande de révision du compte-rendu de l'entretien professionnel du 24 octobre 2012. Le 7 mai 2013, le maire le convoque à un nouvel entretien le 15 mai, mais dont le compte-rendu lui est notifié le 31 mai, au-delà du délai qui est alors de 10 jours pour la réaliser. Cette méconnaissance est susceptible d'en-

tacher la procédure d'irrégularité.

Heureusement, une jurisprudence constante considère que si les actes administratifs doivent être pris selon les formes et conformément aux procédures prévues par les textes, un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à entacher d'illégalité la décision que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision ou a privé les intéressés d'une garantie (CE Ass. n° 335033 M. C du 23 décembre 2011). Dans l'affaire, la cour estime que le dépassement du délai est resté sans incidences sur la légalité du compte-rendu, l'agent n'ayant pas été privé de l'exercice d'un droit ou d'une garantie.

À retenir : *sur le fond, les mentions du compte-rendu, qui s'appuient essentiellement sur le manque d'implication de l'intéressé dans l'exercice de ses fonctions, n'apparaissent pas entachées d'une erreur manifeste d'appréciation. Au total, les considérations de la cour soulignent surtout le caractère très formel d'une procédure dont l'enjeu est avant tout managérial.*

CAA Marseille n° 15MA03589 M. B du 15 septembre 2017.

Le refus d'obéissance reste une faute disciplinaire

■ **Quel que soit son niveau hiérarchique, le fonctionnaire est responsable des tâches qui lui sont confiées et doit se conformer aux instructions de son supérieur, sauf si l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public, une faute dans ou à l'occasion de ses fonctions l'exposant à une sanction** (articles 28 et 29 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983).

Dans une affaire, le président du conseil départemental inflige un avertissement à une adjointe technique de 2e classe des établissements d'enseignement agent d'entretien dans un collège, pour refus d'exécuter un ordre et de se présenter à une convocation à un entretien par le chef d'établissement et son adjointe.

En effet, avec le départ d'un collègue elle refuse de nettoyer les laboratoires de sciences attendant aux salles de cours, soutenant n'avoir pas reçu d'ordre clair, tout en reconnaissant être seule concernée par ce report de travail et critiquant cette nouvelle répartition. Si le médecin du travail, compte tenu de sa santé, préconise une protection stricte contre le froid et l'humidité, elle n'effectue pas de travaux en extérieur ni dans des sites non chauffés durant l'hiver et porte des gants pour le lavage. Elle ne saurait refuser son travail sur ce fondement.

S'agissant de l'entretien, elle reconnaît y avoir été convoquée oralement le 19 septembre par la principale

adjointe et avoir été rappelée par le secrétariat le jour même, alors qu'elle se trouvait dans les locaux. Elle ne saurait justifier son attitude par la proximité avec une consultation hospitalière le lendemain. Ces 2 refus d'obéissance constituaient bien une faute de nature à justifier une sanction.

L'agent oppose alors une situation de harcèlement et des pratiques discriminatoires. Dans ces 2 cas, l'agent qui s'en estime victime doit présenter des éléments susceptibles d'en faire présumer l'existence, à charge pour l'employeur de démontrer qu'il a agi avec des considérations qui y sont étrangères. Le juge se détermine au vu des échanges contradictoires et, dans son analyse, tient compte des comportements de l'agent auquel il est reproché ce harcèlement et de ceux de la victime déclarée.

La femme se contente d'évoquer une surcharge de travail par rapport à ses collègues, sans apporter d'éléments permettant de regarder comme au moins plausible l'existence d'un harcèlement ou d'une discrimination. Même si malgré un avis d'inaptitude au poste d'ouvrier d'entretien du comité médical en mai 2003, l'État alors compétent ne l'a pas reclassée dans un poste sédentaire, cela reste sans incidences sur la sanction infligée. Dans ces conditions, le prononcé d'un avertissement est proportionné à son attitude.

Des droits de la défense respectés

Au plan formel, la loi impose à l'employeur d'informer l'agent de son droit à la communication de la totalité de son dossier, des documents annexes et à l'assistance des défenseurs de son choix (article 19 de la loi). Appliqué à une sanction du 1er groupe, qui ne relève pas de la consultation du conseil de discipline, le respect des droits de la défense est assuré par cette seule information, sans que l'employeur doive inviter le fonctionnaire à présenter des observations orales. Dans l'affaire, le président l'informe de la procédure, l'invite à consulter son dossier avec un défenseur de son choix à l'occasion d'un rendez-vous, consultation qu'elle réalise le 14 novembre 2014. Rien ne montre que les conditions de sa réalisation ne lui aient pas permis de préparer utilement sa défense, alors même qu'elle a bénéficié d'un délai supplémentaire pour une éventuelle autre consultation et a présenté des observations le 28 novembre 2014. L'absence de formalisa-

tion d'un entretien, au demeurant facultatif, ne l'a donc pas privée d'une garantie procédurale.

L'impératif de motivation de la décision procède de ce même article 19 et du code des relations entre le public et l'administration (articles L. 211-2 et 5) qui exige qu'elle soit écrite et comporte l'énoncé des considérations de droit et de fait qui fondent la mesure.

À retenir : dans sa décision, le président du conseil départemental mentionne explicitement le refus d'exécuter un ordre donné à 2 reprises les 9 et 12 septembre 2014 par l'adjointe gestionnaire lui demandant d'aller nettoyer les sols des deux laboratoires de sciences et le refus de se présenter aux convocations données par son chef d'établissement et son adjointe le 22 septembre à 14 heures et ce, malgré un rappel. Ces éléments permettent bien à l'agent de connaître, à la seule lecture de l'avertissement, les griefs retenus contre lui.

CAA Bordeaux n° 16BX01830 Mme C du 3 octobre 2017.

L'employeur face à l'obligation de recueillir l'avis de la commission de réforme

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 constitue le prolongement normal, présente, sauf faute personnelle ou autre circonstance détachant l'événement du service, le caractère d'un accident de service. La commission de réforme apprécie son imputabilité à l'employeur.

Une demande d'imputabilité provoquée par un désaccord avec l'employeur

■ Le fonctionnaire en activité victime d'un accident reconnu 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).

Dans une affaire, un surveillant et moniteur de sport soumis à ces dispositions affecté dans un centre de détention où il est membre du bureau local de la CGT, déclare un accident de service le 8 février 2013. Malgré l'avis favorable de la commission de réforme, le directeur des services pénitentiaires refuse le 8 janvier 2015 de reconnaître une imputabilité de ses arrêts, qu'il prend en charge au titre de la maladie ordinaire.

En effet, le 17 janvier 2013 son employeur lui

demande de justifier une absence qui lui a permis d'acheter des légumes auprès de l'association des détenus, avant de lui infliger une retenue d'1/30e sur son traitement le 30 janvier. Le 6 février, l'intéressé informe le juge d'application des peines, sans en avertir ses responsables, de son refus d'encadrer une sortie de détenus prévue le 23 février, qui doit évaluer leur capacité de réinsertion, se plaignant de ce que sa direction lui demande de respecter ses horaires et qu'il s'est vu retirer une journée de salaire. Son refus lui vaut le 8 février une seconde demande d'explication qui donne lieu le jour même à un arrêt de travail « pour syndrome anxio-dépressif réactionnel avec risque de passage à l'acte ».

L'irrégularité d'un avis fondé sur les déclarations de l'agent

La commission de réforme fonde sa reconnaissance de l'imputabilité sur 2 expertises psychiatriques, mais établies à partir des seules déclarations de l'intéressé et de son ressenti des événements.

La première expertise relève que ses problèmes s'inscrivent dans le conflit de la CGT avec la réorganisation du service décidée par le nouveau directeur du centre pénitentiaire, le surveillant ayant progressivement le sentiment que le conflit syndical se personnalise et qu'il en devient le bouc émissaire. « Il décrit un processus de harcèlement classique avec des mesures de surveillance pour chercher la moindre des fautes, des propos frisant l'irrespect, des rétentions d'information, des questionnaires à tout bout de champ et des doutes lorsqu'effondré, il se met en arrêt de travail ». L'expertise conclut à une situation de conflit institutionnel violent sans médiatisation avec des mesures « vexatoires répétées

ayant abouti à un effondrement psychique imputable au travail le 8 février 2013 ».

Par ailleurs, rien ne montre que la demande d'explication du 8 février ait été à l'origine d'un choc émotionnel sur le lieu de travail, ni qu'elle ait constitué un événement traumatisant à l'origine de troubles dépressifs. Pour la cour, l'arrêt, qui s'est prolongé jusqu'au 1er mai, puis du 5 juillet au 31 mars 2014, n'est pas la conséquence directe et certaine de la demande d'explication et ne constitue pas un accident de service.

L'avis de la commission de réforme n'ayant pas un caractère conforme pour l'employeur, le directeur des services pénitentiaires pouvait valablement refuser de reconnaître l'imputabilité de l'accident et placer l'agent en congés de maladie ordinaire (rémunérés sur un an 3 mois à plein traitement et 9 mois à demi-traitement, article 57 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984).

La consultation n'est pas obligatoire en l'absence d'imputabilité certaine

Dans ce dossier, l'agent obtient initialement du Conseil d'État la suspension d'un premier refus d'imputabilité le 2 août 2013, l'employeur ayant statué avant l'avis de

la commission de réforme saisie le 12 juin, obligatoirement consultée sur l'imputabilité d'un accident, sauf si l'employeur la reconnaît (article 16 du décret n° 87-602

(suite p. 7)

(suite de la p. 6)

du 30 juillet 1987).

Dans l'affaire, le délai moyen mis par la commission de réforme pour statuer est de 2 ans, expliquant que le directeur des services pénitentiaires ait estimé inutile d'attendre plus de 7 semaines, mais posant la question des conditions dans lesquelles l'employeur peut ignorer une procédure obligatoire.

Le rapporteur public rappelle qu'une procédure peut ne pas être viciée si l'organisme consultatif, mis à même de se prononcer, ne rend pas son avis dans un délai raisonnable, que le juge apprécie au cas par cas. S'agissant de la commission de réforme, et en l'absence de texte réputant

l'avis rendu au terme d'un certain délai, le Conseil d'État a estimé, dans le cadre de textes antérieurs, que s'il est manifeste que l'affection n'est pas imputable au service, la consultation de la commission de réforme n'est pas obligatoire (voir a contrario pour les hôpitaux CE n° 109526 administration général de l'Assistance Publique à Paris du 10 décembre 1993). Pour le rapporteur public cette dérogation, toujours effective, suppose néanmoins que la maladie ne puisse être en rien, par sa nature et ses motifs de temps ou de lieu, rattachée au service. L'agent évoquant un harcèlement retenu par une expertise médicale, cette approche paraît difficile.

Pas de dessaisissement de la commission malgré une décision implicite de rejet

Le rapporteur suggère donc de s'adosser au principe général qui laisse 2 mois à l'employeur pour se prononcer sur la demande d'un fonctionnaire, son terme faisant naître une décision implicite de rejet (article L. 231-4 du code des relations entre le public et l'administration). Mais l'avis, même consultatif, de la commission constituant pour le fonctionnaire une garantie que la décision sera prise de façon éclairée, la naissance d'une décision implicite de rejet ne neutralise pas l'absence d'avis de la commission qui n'est donc pas dessaisie du dossier. En pratique, au terme de 2 mois, l'absence de réponse de l'employeur fait naître une décision implicite de rejet illégale.

Cette analyse s'inscrit dans une jurisprudence constante qui a conduit le Conseil d'État, lorsque la décision

implicite de rejet naissait après 4 mois de silence, à considérer, pour une maladie professionnelle, que la naissance d'une décision implicite de rejet alors que le comité médical supérieur ne s'était pas prononcé, était irrégulière, comme l'aurait été une décision explicite (CE n° 98237 Dame X du 15 décembre 1976).

Seule en réalité l'impossibilité pour l'employeur de recueillir l'avis de la commission de réforme pour des raisons indépendantes de sa volonté, comme le refus de siéger de certains membres pour atteindre le quorum, l'impossibilité de s'adjoindre un spécialiste de l'affection, ou encore en raison du comportement de l'agent qui refuse de réaliser l'expertise nécessaire pour éclairer la commission, pourrait justifier une décision sans avis de la commission.

Plein traitement provisoire mais définitivement acquis

La seule option pour l'employeur est donc de maintenir à titre provisoire un congé de maladie à plein traitement dans l'attente de l'avis, pour ne pas léser l'agent par l'incurie de l'administration. D'ailleurs le Conseil d'État estime que si au bout de 2 mois (3 mois si la commission de réforme doit faire procéder à des mesures d'instructions, d'enquêtes ou d'expertises - article 13 et 2^e alinéa de l'article 16 de l'arrêté du 4 août 2004), l'employeur n'a pas statué sur une demande d'imputabilité de la maladie au service, il doit maintenir son plein traitement à l'agent jusqu'à obtention de l'avis, puis de la décision (CE n° 396013 Mme A du 21 février 2018).

Reste la question de l'éventuel remboursement des sommes perçues si l'employeur prend légalement une

décision de refus d'imputabilité de l'accident au service. Pour le rapporteur public, l'agent conserve les sommes perçues. En effet, l'employeur doit placer l'agent dans une position statutaire légale et, en l'absence d'avis de la commission de réforme au terme d'un délai de 2 mois, ne peut le placer ou maintenir le fonctionnaire en demi-traitement, mais doit au contraire le rémunérer à plein traitement. Cette décision peut ensuite être abrogée, mais l'intervention ultérieure d'une décision légale de non imputabilité de l'accident au service ne la rend pas rétroactivement illégale, de sorte qu'elle ne peut pas être retirée et que l'agent n'a pas à rembourser les sommes perçues (voir en ce sens CE sous-section jugeant seule, n° 342583 M. A du 3 février 2011).

CAA Bordeaux n° 16BX02183 M. F du 5 mars 2018.

CE n° 375182 Garde des Sceaux Ministre de la Justice du 11 avril 2014 et concl.

Assistant familial : le retrait d'agrément s'appuie sur les éléments rassemblés par le département

■ La profession d'assistant maternel ou familial suppose un agrément du président du conseil départemental de résidence du demandeur. Il est accordé si l'accueil garantit la sécurité, la santé et l'épanouissement des mineurs et majeurs de moins de 21 ans accueillis, en tenant compte des aptitudes éducatives de la personne, l'assistant devant présenter des garanties propres à assurer leur développement physique, intellectuel et affectif, et disposer d'un logement dont l'état, les dimensions, les conditions d'accès et l'environnement permettent d'assurer ce bien-être, compte tenu du nombre et, pour les assistants maternels, de l'âge des enfants (articles L. 421-3, 6 et R. 421-3 du code de l'action sociale et des familles).

Si ces conditions cessent d'être remplies, le président peut, sur avis d'une commission consultative paritaire, en modifier le contenu ou le retirer. Aussi, informé de suspicions de comportements de l'assistant ou de son entourage susceptibles de compromettre la santé, la sécurité ou l'épanouissement d'un enfant, le président, à partir des éléments portés à la connaissance de ses services ou qu'ils ont recueillis, déterminera s'ils permettent raisonnablement de penser que l'enfant est victime de ces comportements ou risque de l'être.

Dans une affaire (CAA Bordeaux n° 16BX01047 Mme B du 5 mars 2018), une assistante familiale est agréée pour 4 enfants, dont un en accueil périscolaire en 2011. Après un signalement du 12 septembre 2012 faisant état de violences physiques et psychologiques de l'assistante contre ses propres enfants, de troubles violents du comportement et de crises non maîtrisées, le président suspend l'agrément pour 4 mois le 21 décembre, avant de le retirer le 18 avril 2013. L'agent produit de nombreux témoignages de parents attestant de son professionnalisme et du bien-être apparent des enfants, outre les conclusions du rapport d'un médecin établi après le retrait affirmant qu'elle peut assurer son autorité parentale et ne présente pas de pathologie susceptible de danger physique ou psychique pour ses enfants.

UNE FRAGILISATION CERTAINE DU FOYER

Mais il n'évoque pas son aptitude professionnelle, alors qu'une note du 20 décembre 2012 du service enfance en danger confirme qu'elle ne peut plus accueillir d'enfants en bas âge, n'a pas précisé aux travailleurs sociaux la nature du suivi médical dont elle fait l'objet, ni souhaité donner les coordonnées de ses médecins à une époque où elle n'occupe plus le domicile conjugal d'accueil des enfants et où une ordonnance de non-conciliation fixe la résidence de ses enfants au domicile du père. Une attestation de sa psychanalyste confirme qu'elle souffre d'un syndrome dépressif, développe une problématique névrotique à connotation obsessionnelle et se trouve en proie à une « grande crise » et une rupture de confiance totale. Ces éléments soulignent à tout le moins une fragilisation de l'équilibre familial du foyer pouvant perturber affectivement les mineurs accueillis. Le président du conseil départemental pouvait donc estimer que les éléments crédibles dont il disposait ne permettaient pas de garantir la sécurité, la santé l'épanouissement des enfants et justifiaient un retrait d'agrément.

Sur un plan procédural, la femme dénonce l'absence de visite à son domicile avant le retrait de son agrément. Mais aucun texte ni principe général n'y oblige l'employeur, ni à recueillir ses observations, cette procédure visant uniquement la procédure initiale d'octroi de l'agrément (articles R. 421-5 et 6). Le retrait n'impose pas davantage d'enquête administrative après la suspension, mais seulement de rassembler les éléments de toute nature établissant la réalité du risque présenté par le milieu de garde. Dans l'affaire, se combinaient des informations préoccupantes transmises par le service enfance en danger en septembre 2012, une évaluation de ce même service en novembre et une ordonnance de non-conciliation confiant les enfants à leur père et ordonnant une expertise psychiatrique de l'assistante familiale.

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