

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 jours de congés varient en fonction de l'organisation du travail

Si tous les salariés bénéficient de 25 jours (5 semaines de congés annuels), avec les 35 heures la situation varie nettement selon les employeurs : 29 jours dans les entreprises (32 jours à plus de 1 000 salariés et 27 jours à moins de 50), mais 42 jours à l'État (hors enseignants), 38 jours dans les collectivités et 34 dans les hôpitaux pour une moyenne de 33 jours.

Pour le ministère du Travail, les écarts résultent de la gestion du passage aux 35 heures. À l'État, il a peu influencé le temps de travail, un agent sur 2 en 2005 travaillant entre 38 et 39 heures avec des jours de RTT (23 jours pour 39 heures), auxquels s'ajoutent 1 à 2 journées « de fractionnement » pour des congés annuels pris en dehors de la période du 1er mai au 31 octobre.

Dans le secteur privé, si les entreprises de plus de 500 salariés ont volontiers accordé des jours de congés aux salariés non-cadres, les petites entreprises ont souvent conservé une durée collective supérieure à 35 heures, rémunérant les heures supplémentaires de leurs agents. Certains secteurs ont réduit la durée du travail en la modulant avec l'activité (la construction) ou accru la durée d'utilisation des équipements en augmentant le nombre d'équipes (automobile ou biens de consommation).

En pratique, les salariés prennent globalement autant de jours dans l'année que de droits à congés acquis, ceux de moins de 30 ans prenant une semaine de congés de moins que leurs aînés. Hommes et femmes disposent de quasiment autant de jours de congés, mais des écarts s'observent en fonction de la situation familiale, chez les femmes surtout. Celles de 25 à 49 ans en couple sans enfant prennent en moyenne 4 jours de moins que celles avec 2 enfants (et 6 jours de moins que celles avec 3 enfants et plus).

DARES Analyses n° 054 août 2017

12 SEPTEMBRE 2017
N° 1550

DISCIPLINE

Une désinvolture manifeste justifie 2 ans d'exclusionpage 2

EMPLOIS ET NON TITULAIRES

Une visite médicale chez un médecin agréé n'est pas une promesse d'embauchepage 3

CARRIÈRE

À la fin d'un détachement l'employeur d'origine est en situation de compétence liéepage 4

DOSSIER

Les conditions d'éviction du fonctionnaire stagiairepages 6,7

QUESTIONS DES LECTEURS

La suspension de l'agrément d'un assistant familial ou maternel doit-elle être motivée et respecter les droits de la défense ?....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



Le manquement à l'obligation de réserve dépend des circonstances de l'affaire

Bien que les textes ne l'évoquent pas, les fonctionnaires doivent conserver une certaine réserve dans l'expression de leurs opinions, en fonction des circonstances de cette expression.

Dans une affaire, un professeur des écoles détaché auprès de l'Agence pour l'enseignement du français à l'étranger, bénéficie d'un contrat de résident auprès d'un lycée à Rio de Janeiro. Le 23 mai 2015, la directrice y met fin par anticipation.

Dans un courriel du 9 mai 2013, l'enseignant s'exprime vivement, voire avec un ton polémique, sur le financement des activités périscolaires inscrit à l'ordre du jour du conseil d'école le lendemain. Mais le message adressé à un collègue avec copie aux autres enseignants sur leurs adresses privées de messagerie et à la directrice de la section primaire de l'établissement n'a pas vocation à être diffusé au-delà de ses destinataires. Il ne comporte ni propos injurieux, ni attaques personnelles de ses supérieurs et n'excède pas, dans le cadre de la défense d'intérêts professionnels, les limites qui s'imposent aux agents dans l'exercice de fonctions syndicales, en termes de réserve et de respect à l'égard de ces derniers.

En octobre 2014, si lors d'une réunion un différend oppose la directrice et les enseignants sur les modalités de remise aux parents des livrets de compétences des enfants, rien n'établit davantage un comportement irrespectueux.

À retenir : *les critiques formulées n'ayant pas perturbé le fonctionnement de l'établissement, la directrice de l'Agence commet une erreur manifeste d'appréciation en interrompant le contrat par anticipation dans l'intérêt du service.*

CAA Nantes n° 15NT02747 M. B du 18 avril 2017.

Une désinvolture manifeste justifie 2 ans d'exclusion

■ **Le fonctionnaire exerce ses fonctions avec dignité, impartialité, intégrité et probité (article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983), ce qui exclut notamment toute falsification de documents.** Toute faute commise dans le cadre professionnel l'expose par ailleurs à une sanction, sans préjudice d'éventuelles peines pénales (article 29 de la loi).

Dans une affaire, le maire exclut 2 ans une adjointe administrative de 1ère classe affectée au service de la gestion des administrés le 24 mars 2014, après avoir proposé une révocation au conseil de discipline.

En effet, l'agent transmet à son employeur, le 8 février, un certificat médical dont le terme, après vérification auprès du médecin, s'avère être le 12 et non le 19 février comme indiqué. L'agent réitère ce comportement dès le 20, fournissant un certificat de prolongation jusqu'au 28 février qui présente de nombreuses ratures. Là encore, après vérification, il apparaît qu'il s'agit d'un certificat initial et non d'une prolongation, fixant une date de reprise au 26 et non au 28 février. Cette double falsification constitue une faute de nature à justifier une sanction.

Des manquements multiples

Par ailleurs, dès le 3 février, dans un entretien avec la femme, le directeur des services à la population la rappelle à l'ordre pour de nombreuses carences dans l'exercice de ses missions, en particulier la communication de renseignements erronés ou inappropriés aux usagers, des absences injustifiées, répétées et prolongées sur son poste de travail, des appels d'usagers mécontents en raison d'un temps d'attente trop long, des appels personnels répétés sur son poste et pendant son travail, des erreurs d'orientation récurrentes, des communications téléphoniques dans les services et une ignorance du devoir de réserve dans l'exercice de ses missions. Il constate également, le 2 juin, une absence sans autorisation préalable, comme cela s'est déjà passé à de multiples reprises.

Le contexte général est même défavorable à l'agent, déjà sanctionné de 3 jours d'exclusion pour absence de son poste en raison d'une communication téléphonique personnelle, refus conséquent d'assurer son rôle au standard, mauvaise orientation des usagers, attitude désinvolte et affranchissement de courriers personnels. Ce précédent fait lui-même suite à 2 exclusions temporaires de 3 jours en 2010 et 2011. L'agent tente bien d'évoquer un harcèlement de sa supérieure, mais ne produit aucun élément en ce sens. Les témoignages de 3 retraités qui n'ont pas constaté par eux-mêmes le harcèlement et se font pour une large part l'écho des déclarations propres de l'agent ne sauraient l'établir.

À retenir : *en revanche, le manquement au devoir de probité de la fonctionnaire, la gravité de son attitude dans un contexte de rappels à l'ordre multiples sans aucune amélioration, justifient sans disproportion une exclusion de 2 ans et c'est à tort que le tribunal a annulé la mesure. Relevons dans cette affaire que si les faits déjà sanctionnés ne pouvaient pas être retenus pour l'exclusion, ils ont créé un contexte expliquant une mesure aggravée, puisqu'elle appartient au 3e des 4 groupes de sanctions.*

CAA Nantes n° 15NT02712 Mme B du 14 avril 2017.

Obligation d'emploi des handicapés : la commune doit appliquer les textes sur le reclassement

■ Les collectivités locales occupant au moins 20 agents à temps plein ou équivalent sont tenues à une obligation d'emploi de personnes handicapées pour 6 % de l'effectif total de leurs salariés à temps plein ou partiel (articles L. 323-2 et L. 5212-2 du code du travail). Cependant, elles peuvent s'en acquitter en versant au fonds pour l'insertion des personnes handicapées dans la fonction publique (FIPHFP) une contribution pour chacun des bénéficiaires qu'elles auraient dû employer. Fonction des unités manquantes au 1er janvier de l'année écoulée, elle s'entend comme la différence entre le nombre total de personnes rémunérées par l'employeur et celui des bénéficiaires de l'obligation d'emploi effectivement salariés (article L. 323-8-6-1 du code). Dans une affaire, le directeur du FIPHFP réclame à la commune 35 280 € pour non-respect de l'obligation d'emploi de 5 travailleurs handicapés, une somme qu'elle conteste pour une unité.

En effet, le calcul intègre les agents reclassés pour inaptitude physique (articles L. 323-5 du code et 82 et suivants de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984) et les fonctionnaires inaptes physiquement pouvant être reclassés dans un autre cadre d'emplois s'ils sont aptes aux fonctions et l'ont demandé.

La méconnaissance du statut particulier

En pratique, avant de changer de cadre d'emplois, l'employeur peut affecter l'agent dans un autre emploi de son grade sur avis de la CAP et du médecin de prévention en l'absence d'arrêt ou du comité médical si l'agent en a bénéficié. L'affectation s'effectue sur proposition du CNFPT ou du centre de gestion en cas d'affiliation (décret n° 85-1054 du 30 septembre 1985).

Or, le médecin de prévention, lors de la visite de reprise d'une adjointe technique de 2e classe le 7 novembre 2005, indique, qu'inapte à ses fonctions, elle doit être reclassée dans un poste sédentaire d'accueil ou de secrétariat. Le 23 janvier 2006, la commune informe la femme qu'à la suite de sa demande et après consultation de ses responsables, un poste d'accueil polyvalent, de standard et du courrier, lui est proposé, et qu'elle devra se présenter à sa nouvelle responsable le lendemain de la réception du courrier.

Cependant, les adjoints techniques constituent un cadre d'emplois de catégorie C à vocation technique qui couvre le bâtiment, les travaux publics, la voirie et les réseaux, les espaces naturels et verts, la mécanique, la restauration, l'environnement, la logistique et la sécurité, la communication, le spectacle et l'artisanat d'art.

La réaffectation nécessitait donc un changement de cadre d'emplois débutant par un avis du comité médical et reposant soit sur un détachement, soit sur les voies normales de recrutement.

À retenir : la commune, en court-circuitant l'ensemble du dispositif et en prononçant une réaffectation sur un emploi administratif, ne pouvait paradoxalement pas faire entrer l'agent, pourtant réellement reclassé, dans la liste des bénéficiaires d'un emploi pour personnes handicapées, de sorte que le titre exécutoire émis du FIPHFP pour 5 unités manquantes était régulier.

CAA Marseille n° 15MA02290 commune de la Sorgues du 21 février 2017.

Une visite médicale chez un médecin agréé n'est pas une promesse d'embauche

Traditionnellement, une promesse non tenue de nomination engage la responsabilité de l'employeur.

Dans une affaire, un candidat tente d'obtenir plus de 50 000 € de la commune qui, au « Salon de l'emploi public » 2012, prend contact avec lui, lui fait passer 2 entretiens les 10 mai et 25 juin pour un poste d'inspecteur de salubrité, puis une visite chez un médecin agréé, avant d'écarter sa candidature.

Si un courriel lui est bien adressé le 11 mai, le lendemain de son premier entretien pour lui présenter une simulation de rémunération, son seul but est de l'informer du salaire qu'il pourrait percevoir en cas d'embauche. De même, la visite médicale auprès d'un médecin agréé, si elle constitue un préalable obligatoire à tout recrutement (articles 10 du décret n° 87-602 du 30 juillet 1987 et 2 du décret n° 88-145 du 15 février 1988), ne révèle pas une intention ferme de la commune de recruter l'intéressé. En l'absence de faute, la commune ne saurait engager sa responsabilité.

À retenir : s'il est vrai que l'aptitude physique à l'emploi conditionne le recrutement, l'agent pouvait raisonnablement considérer disposer d'une forme d'engagement de la mairie à son égard. Reste que devant une promesse de nomination non tenue, qu'il s'agisse même d'une mutation, la responsabilité de l'employeur sera équilibrée par une éventuelle faute du candidat, liée notamment à une forme d'imprudence comme l'abandon d'un emploi sans s'assurer de disposer d'un contrat définitivement signé (CE n° 233883 M. N du 2 octobre 2002).

CAA Versailles n° 15VE02271 M. A du 30 mars 2017.

À la fin d'un détachement l'employeur d'origine est en situation de compétence liée

■ **Le détachement, qui place le fonctionnaire hors de son cadre d'emplois d'appartenance, est révocable, la réintégration pesant sur l'employeur d'origine** (articles 64 et 67 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984). Les textes ne précisent pas à qui il incombe de mettre fin au détachement avant son terme, indiquant seulement que le fonctionnaire, l'autorité d'accueil, ou l'employeur d'origine peuvent le demander et supportent les conséquences de l'absence d'emploi vacant : pour l'autorité d'accueil, le maintien de la rémunération jusqu'au terme prévu, sauf faute grave de l'intéressé, et pour l'agent, une disponibilité d'office (articles 67 de la loi et 10 du décret n° 86-68 du 13 janvier 1986).

Dans une affaire, avec le transfert des personnels des lycées de l'État vers les régions, un adjoint technique des établissements d'enseignement est détaché à la région le 1er janvier 2009 sans limitation de durée. La loi (article 109 de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004) ouvre en effet un droit d'option aux agents transférés, intégrer la fonction publique territoriale ou conserver le statut de fonctionnaire de l'État dans le cadre d'un

détachement sans limitation.

L'intéressé étant inapte à tout poste technique ou d'entretien, il sollicite vainement auprès de la région la fin du détachement et une réintégration à l'État sur un poste de bureau. Cette dernière réclame l'annulation du refus du rectorat et la prise en charge financière du fonctionnaire par l'État le 28 novembre 2011, date de la demande de réintégration. Le tribunal, puis la cour, rejettent la requête, estimant que la région a compétence pour mettre fin au détachement et qu'il n'appartient pas au juge de se prononcer sur une décision qu'elle peut prendre (Préfet de l'Eure du 30 mai 1913 n° 49241).

En cassation, le rapporteur public observe d'abord que le décret sur le détachement sans limitation (n° 2005-1785 du 30 décembre 2005) renvoie aux règles générales de détachement pour la réintégration. Mais surtout, des jurisprudences divergentes distinguent parfois la décision de remettre le fonctionnaire à la disposition de son administration d'origine, de la fin du détachement, d'autres jurisprudences semblant assimiler cette remise à disposition à la fin du détachement.

Les incidences d'une mobilité fondée sur un accord tripartite

Suivant le rapporteur, le Conseil d'État indique que l'employeur d'origine, autorité de nomination, est seul compétent pour mettre fin au détachement avant le terme fixé. Mais, saisi d'une demande du fonctionnaire ou de la structure d'accueil, il est tenu d'y faire droit. S'il ne peut pas réintégrer l'intéressé, les incidences selon l'origine de la demande s'appliquent : disponibilité d'office ou maintien de la rémunération.

Le rapporteur justifie cette compétence liée de l'employeur d'origine par la nature du détachement, qui suppose un accord tripartite : du fonctionnaire puisqu'il est prononcé à sa demande, de l'administration d'origine qui vérifie que l'intérêt du service ne s'oppose pas à son départ temporaire, et de la structure d'accueil qui vérifie que le service justifie l'embauche d'un agent extérieur au corps ou au cadre d'emplois. Il est donc logique de considérer que le défaut de l'une de ces 3 volontés mette mécaniquement fin au détachement, une situation « révocable ». D'ailleurs, les textes n'accordent pas à l'employeur d'origine un pouvoir d'appréciation lui permettant de refuser la remise à disposition de l'agent.

L'absence d'évocation par les textes de l'avenir du fonc-

tionnaire lorsque le détachement prend fin à la demande de la structure d'origine vient de ce qu'une telle décision, dans l'intérêt du service, doit normalement procéder de la volonté de l'employeur de nommer l'agent sur un poste vacant à pourvoir. Il y a donc coïncidence entre la fin de détachement du fonctionnaire et sa réintégration. Enfin, la jurisprudence, à propos de la mise à disposition, a déjà considéré que l'employeur d'origine était tenu de mettre fin à cette mobilité, à la demande de l'agent ou du bénéficiaire (CE n° 117481 M. X du 1er mars 1996).

À retenir : *en pratique, la remise à disposition prononcée par l'employeur d'accueil ou la lettre de l'agent sollicitant la fin de son détachement obligent l'employeur d'origine à prendre formellement une décision mettant fin au détachement. Elle marque le point de départ de l'obligation de réintégrer le fonctionnaire dans son cadre d'emplois et de le réaffecter à la première vacance de poste. Cette décision rendue pour l'État est directement applicable aux employeurs locaux.*

CE n° 380433 Région Auvergne du 21 octobre 2016.

Refus d'un CDI : l'employeur engage sa responsabilité

■ **En mars 2012, la loi a accordé un CDI aux contractuels justifiant de 6 ans de services publics sur les 8 années précédant le 13 mars 2012** (article 21 de la loi n° 2012-347 du 12 mars 2012).

À une éducatrice de jeunes enfants embauchée comme directrice de crèche le 6 novembre 2008 et qui réunit ces conditions, le président du CCAS ne propose, en février 2013, qu'un CDD. La femme refusant de le signer, l'employeur lui retire ses fonctions de directrice pour manque de confiance et réorganisation de la crèche.

Pour la cour, ce refus d'un CDI constitue un licenciement et la décision n'ayant pas respecté la procédure applicable, le juge engage la responsabilité du CCAS. Ses principes généraux garantissent à l'agent irrégulièrement évincé, la réparation intégrale du dommage qu'il subit effectivement. Sont retenus les préjudices de toute nature avec lesquels l'illégalité présente un lien direct de causalité, compte tenu des fautes de l'employeur et de son agent. Elle intègre le traitement et les primes qu'il avait une chance sérieuse de percevoir durant son éviction, hors celles compensant des frais, charges ou contraintes.

Pour le CCAS, la femme a contribué à la dégradation des relations contractuelles, fait preuve de carences

comme encadrante, ses insuffisances managériales ayant nécessité 2 réunions les 7 novembre 2011 et 26 janvier 2012 avec les élus du secteur et le personnel de la crèche. Le 15 février, le président indique qu'il envisage de lui retirer l'élaboration du planning du personnel, les facturations et les contrats.

Mais la proposition d'un CDD en février 2013 ne comporte aucune restriction sur l'étendue de ses fonctions, nonobstant les difficultés qu'elle a rencontrées plus d'un an auparavant. Le licenciement, intervenu à l'issue d'une procédure irrégulière, n'a eu d'autre justification que d'ignorer l'obligation d'octroyer un CDI à l'intéressée.

Attention : *au plan financier, la femme justifie partiellement de la nature et du montant de son préjudice, produisant seulement une attestation de Pôle emploi pour 15 300 € d'allocations de chômage du 1er janvier au 31 décembre 2014. La cour estimant que le préjudice financier subi jusqu'à son départ à la retraite demeure éventuel et, compte tenu d'un revenu mensuel moyen de 2 000 €, arrête le préjudice de la directrice à 9 000 € pour 2014.*

CAA Bordeaux n° 15BX01506 Mme A du 21 mars 2017.

Suicide : le lien de causalité avec le service doit être certain

■ **Le reclassement des fonctionnaires inaptes à leurs fonctions repose sur des approches successives : aménagement de leurs conditions de travail, affectation dans un autre emploi du grade après avis de la CAP et reclassement dans un autre cadre d'emplois par concours, recrutement direct, promotion interne ou détachement** (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, les 2 enfants d'un agent de maîtrise réclament chacun 60 000 € à la commune après une proposition de réaffectation de leur père en qualité d'agent d'entretien, qui fait suite à un congé de maladie qu'ils estiment à l'origine de son suicide.

L'intéressé, affecté au service chargé de l'instruction des permis de construire, connaît, dès le 7 avril 2004, de très nombreux arrêts pour une maladie de longue durée jusqu'en septembre 2010, date à laquelle un psychiatre le déclare apte à reprendre à mi-temps thérapeutique. Néanmoins, l'agent s'arrête à nouveau et se suicide dans la nuit du 6 au 7 novembre.

La cour relève qu'une dépression récurrente et sévère, qui n'a permis au fonctionnaire de travailler que par

courtes périodes, a été aggravée par un accident vasculaire cérébral en 2007 et le décès de son épouse en 2010.

Le 29 juin, l'agent de maîtrise indique à la directrice générale des services et au directeur des services techniques qu'il souffre de difficultés cognitives de concentration, d'une perte de ses capacités et ne souhaite pas retrouver son ancien poste. Il accepte implicitement une affectation temporaire sur un emploi d'agent d'entretien des bâtiments pour reprendre progressivement une activité.

À retenir : *dans ces conditions, même si son affectation ne rentre pas dans le dispositif de reclassement pour inaptitude physique et pouvait avoir une influence sur son état d'esprit, le projet d'affectation n'est pas la cause déterminante du suicide de l'agent de maîtrise. Le lien de causalité entre la proposition de reclassement et le décès n'est donc pas établi de manière directe et certaine et aucun manquement à l'obligation de garantie de la sécurité des agents communaux ne peut être reproché au maire.*

CAA Nantes n° 15NT01231 M. D du 10 février 2017.

Les conditions d'éviction du fonctionnaire stagiaire

Les stagiaires se trouvent dans un équilibre fragile entre une situation provisoire puisqu'ils n'ont pas de droit à titularisation (CE 26 janvier 1917 Laloge, Lebon page 86), leur nomination présentant un caractère conditionnel (article 46 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984), et la nécessité de pouvoir acquérir une expérience et prouver leurs capacités.

Une grande latitude dans le refus de titularisation

■ Les motifs de refus d'une titularisation sont divers : l'inaptitude physique à certaines tâches (CE n° 108772 M. X du 19 décembre 1994), l'inaptitude à l'emploi (CE n° 84979 Sieur X du 2 mars 1973), une manière de servir insuffisante, de mauvaises relations de travail (CE n° 09389 Ministre de l'Éducation du 12 juillet 1978). Ce peut être aussi l'absence des conditions exigées par les textes pour l'accès de l'agent à son emploi ou l'intérêt du service en raison de la suppression du poste (CE n° 86096 commune de Gouvieux du 9 décembre 1987). Peut s'y ajouter un motif disciplinaire comme un comportement privé jugé incompatible avec une appartenance au personnel communal (CE n° 74911 commune de Saint-Georges-de-Didonne du 1er mars 1989). Le contrôle du juge est limité à l'absence d'erreur mani-

feste d'appréciation (CE n° 146247 M. X du 25 mars 1984), outre le détournement de pouvoir (par exemple la sanction d'une appartenance politique, CE n° 80145 M. X du 8 juillet 1991). Ainsi, le maire peut refuser de titulariser un adjoint technique de 2e classe pour attitude inadaptée vis-à-vis de sa hiérarchie et une insuffisante manière de servir. L'intéressé refuse une formation obligatoire d'intégration, malgré un ordre de mission en ce sens, et, 9 mois après sa nomination, manifeste ostensiblement son désaccord face au refus de l'employeur de lui octroyer une prime de fin d'année, menaçant sa hiérarchie de congés de maladie en représailles. La dégradation de son attitude le dernier trimestre de l'année de stage, justifie un refus de titularisation (CAA Marseille n° 16MA00300 M. A du 7 mars 2017).

Un formalisme limité

Au plan formel, la mesure doit seulement respecter les textes et notamment recueillir l'avis de la CAP (CE n° 256879 syndicat intercommunal de restauration collective du 3 décembre 2003 et concl). L'employeur ne doit notamment pas mettre le stagiaire à même de prendre connaissance de son dossier et de faire valoir ses observations, même si la décision est prise en considération de sa personne et se fonde sur une appréciation de son aptitude aux fonctions du cadre d'emplois et, plus globalement, sur sa manière de servir.

Si, en effet, les droits de la défense imposent à l'employeur, qui envisage une mesure individuelle d'une certaine gravité reposant sur l'appréciation d'une situation personnelle (mise à la retraite d'office, éviction d'un collaborateur de cabinet, licenciement pour insuffisance professionnelle ou inaptitude physique), d'entendre la personne susceptible d'être lésée dans ses intérêts moraux et matériels, elle a toujours pour effet de dessaisir l'agent de son emploi. Mais si la mesure ne réunit pas les 2 conditions tenant à sa nature et à la gravité de ses effets, notamment parce qu'elle ne touche

pas à une situation acquise, elle n'a pas à respecter les droits de la défense (ainsi, par exemple, du non-renouvellement d'un contrat, CE n° 135764 Mme X du 18 mai 1994), dès lors qu'il ne s'agit pas d'une sanction. Dans ses conclusions sous la décision du 3 décembre 2003, le rapporteur public évoque pour le refus de titularisation la nécessité de maintenir la liberté d'appréciation de l'employeur et donc une forme d'asymétrie entre l'agent et l'autorité locale qui doit décider de l'entrée dans une carrière de plusieurs dizaines d'années, le contre-pouvoir de la CAP et le contrôle du juge étant suffisants.

Le refus de titularisation ne doit pas même être motivé, ne refusant pas un avantage qui constituerait un droit pour le stagiaire (article L. 211-2 du code des relations entre le public et l'administration). Il en ira autrement que si le refus constitue une sanction (CE n° 284746 Mme A du 11 décembre 2006), l'employeur devant également s'assurer du respect des droits de la défense (code précité et CE n° 86202 Sieur X du 7 avril 1975).

(suite p. 7)

(suite de la p. 6)

Un encadrement strict de l'éviction en cours de stage

Pendant le stage, le fonctionnaire est sensiblement plus protégé. Un statut global (décret n° 92-1194 du 4 novembre 1992) organise un régime disciplinaire qui va de l'avertissement à l'exclusion définitive et autorise un licenciement pour insuffisance si l'agent est en stage depuis au moins la moitié de sa durée normale (article 5 du décret).

Avant même ces dispositions, le juge a imposé aux licenciements en cours de stage la communication du dossier, une procédure contradictoire (CE n° 38464 Mme X du 4 janvier 1985) et une motivation de la mesure (CE n° 60173 hôpital Saint-Jacques de Dieuze

du 16 octobre 1987). Son contrôle, beaucoup plus étroit, porte sur l'exactitude matérielle des faits et l'appréciation par l'employeur de l'inaptitude professionnelle de l'intéressé (CE n° 262820 commune d'Olivet du 16 février 2005). Ainsi, pour confirmer le licenciement une aide puéricultrice, le juge observe que si l'agent donne précédemment satisfaction, ses nouvelles fonctions impliquent une plus grande initiative et une responsabilité individuelle plus importante, qu'il rencontre des difficultés avec les enfants et qu'un délai suffisant s'est écoulé pour permettre à l'employeur de se prononcer (CE n° 148935 Mme G du 28 février 1997).

L'ambiguïté des déclarations d'intention

Entre le refus de titularisation et le licenciement, la jurisprudence s'est intéressée aux déclarations d'intention de non titularisation. Si l'employeur peut décider, avant la fin du stage, de ne pas titulariser le fonctionnaire (CE n° 11704 M. X du 21 janvier 1981), ce dernier a le droit d'accomplir cette 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. Si l'employeur peut l'alerter en cours de stage sur ses insuffisances et le risque de n'être pas titularisé, il ne peut pas prendre d'autres décisions qu'un licenciement pour insuffisance avant le terme du stage (CE n° 336362 commune d'Incarville du 1er février 2012).

Le passage d'une alerte à un refus de titularisation procède moins de sa forme, une déclaration d'intention ne valant pas décision (CE n° 109722 Mme X du 12 février 1993), que d'une situation dans laquelle le stagiaire ne peut travailler dans des conditions lui per-

mettant d'acquérir une expérience et de prouver ses capacités. Il en ira ainsi d'une éviction de ses fonctions ou d'une affectation non adéquate, le juge vérifiant si l'agent a ou non été mis en mesure d'accomplir son stage compte tenu des tâches confiées (CE n° 20120 centre hospitalier Maillot du 2 octobre 1981). Dans le même esprit, l'attribution d'un emploi, même avec son accord, ne correspondant pas au grade dans lequel l'agent a vocation à être titularisé, ne peut pas justifier un refus de titularisation, le stage n'ayant pas le caractère probatoire requis (CE n° 342220 Melle A du 30 décembre 2011). Ce sera aussi le cas de la prise en compte de périodes d'affectation sur des emplois ne correspondant pas à l'option du concours dans laquelle le candidat s'est présenté (CE n° 83445 centre hospitalier de Villejuif du 28 septembre 1990) ou si l'employeur se refuse manifestement à prendre en compte une partie du stage, en lui indiquant qu'il ne le titularisera pas, les termes définitifs des propos ne laissant aucune possibilité à l'agent de faire ses preuves.

Une tolérance en fin de stage

Cependant, lorsque l'information intervient en fin de stage, la possibilité pour l'intéressé de faire valoir ses capacités est beaucoup plus réduite et l'employeur peut vouloir préparer un refus de titularisation notamment auprès de la CAP.

Dans une affaire, le directeur de l'hôpital nomme un agent de service hospitalier le 27 juin 2011 dont il refuse la titularisation. Le 5 mai 2012, la directrice adjointe établit un rapport et informe l'intéressé qu'une aptitude professionnelle insuffisante et de nombreux incidents ne permettent pas de donner suite à son stage après le

30 juin 2012, un document que l'intéressé analyse comme une décision.

Mais le rapport, établi moins de 2 mois avant la fin du stage et un peu plus d'un mois avant la CAP le 21 juin, s'inscrit dans une procédure d'évaluation déjà enclenchée qui aboutira à une fiche d'appréciation le 11 mai 2012. La situation caractérisant une intention de fin de stage et non pas une décision proscrite par la jurisprudence, la cour a entaché sa décision d'une erreur de qualification juridique en retenant une décision avant le terme du stage (CE n° 375356 Mme B du 1er octobre 2015 et concl).

La suspension de l'agrément d'un assistant familial ou maternel doit-elle être motivée et respecter les droits de la défense ?

■ L'assistant maternel familial bénéficie d'un agrément du président du conseil départemental de sa résidence. Si ses conditions cessent d'être remplies, le président peut, sur avis d'une commission consultative paritaire, en modifier le contenu ou le retirer. En cas d'urgence, il peut le suspendre, aucun enfant ne pouvant être confié à l'assistant. Tout retrait, toute suspension ou modification de l'agrément est motivé et transmis sans délai aux intéressés. La suspension, limitée à 4 mois, donne lieu à une indemnité compensatrice et, à la demande de l'assistant, à un accompagnement psychologique à la charge de l'employeur (articles L. 421-3, L. 421-6, L. 422-1 et L. 423-8 du code de l'action sociale et des familles).

Dans une affaire (CE n° 395624 Mme A du 31 mars 2017), une assistante familiale se voit confier, le 13 mars 2012, un mineur de 16 ans par une association protestante. Après la tentative de suicide du jeune le 18 mars par absorption de médicaments à forte dose, le président du conseil départemental suspend son agrément pour 4 mois, avant de le retirer le 25 juin.

Pour la cour, la suspension, mesure conservatoire prise dans l'intérêt du service, ne devait pas être précédée d'une procédure contradictoire, n'ayant pas le caractère d'une sanction.

En cassation, le Conseil d'Etat rappelle que les personnes physiques ou morales ont le droit d'être informées sans délai des motifs des décisions individuelles défavorables qui les concernent, notamment celles qui restreignent l'exercice des libertés publiques ou, de manière générale, constituent une mesure de police. Dans ce cas, hors l'hypothèse où il est statué sur une demande, la décision ne peut intervenir qu'après que la personne ait pu présenter des observations écrites et, à sa demande, orales. Elle peut se faire assister d'un conseil ou se faire représenter du mandataire de son choix. Cette procédure ne cède qu'en cas d'urgence ou de circonstances exceptionnelles ou lorsqu'une disposition législative instaure une procédure contradictoire

particulière (articles L. 211-2 et L. 121-1 du code des relations entre l'administration et le public).

LES INCIDENCES D'UNE MESURE DE POLICE

Comme le suggère le rapporteur public, pour le Conseil d'Etat la suspension de l'agrément constitue une mesure de police. S'il ne s'agit pas d'une sanction, cette mesure, prise à l'égard d'un tiers dans le cadre d'une législation qui encadre l'activité de personnes privées dans un but d'intérêt général lié à la santé, à la sécurité et à l'épanouissement des mineurs, est, comme l'agrément lui-même ou son retrait, une mesure de police administrative spéciale. Si la suspension doit être motivée en raison du code de l'action sociale des familles, elle doit donc également l'être en raison du code des relations avec l'administration, et son caractère conservatoire ne saurait exclure une motivation, comme habituellement pour les agents publics. Le juge considère d'ailleurs qu'une mesure conservatoire est toujours susceptible d'être motivée si elle se rattache à l'une des catégories prévues par la loi (CE n° 266665 Société BASF-Agro du 4 avril 2005).

S'agissant de la procédure contradictoire, la durée de 4 mois de cette mesure provisoire de protection des mineurs correspond au délai nécessaire, notamment, à la consultation de la commission consultative paritaire et au respect du caractère contradictoire de la procédure en vue, le cas échéant, d'un retrait ou d'une modification de l'agrément. Avec l'octroi d'une indemnité compensatrice, la loi détermine intégralement les règles de procédures applicables aux mesures de suspension, qui s'inscrivent donc dans la perspective d'une modification ou d'un retrait éventuel de l'agrément (article R. 421-23 du code). Aussi, l'agent ne saurait bénéficier des dispositions de procédure du code des relations entre le public et l'administration.

Sur ce fondement, le conseil d'Etat confirme l'absence de procédure contradictoire en cas de suspension de l'agrément d'un assistant maternel ou familial.

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