

# 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 annonces salariales du gouvernement

Le 17 octobre, devant les syndicats et représentants des employeurs territoriaux et hospitaliers, Olivier DUSSOPT, secrétaire d'Etat auprès du ministre de l'Action et des Comptes publics, a rappelé que l'année 2019 poursuivrait le déploiement du protocole PPCR pour un total de 750 M€.

Elle verra aussi la reconduction de la garantie individuelle de pouvoir d'achat (GIPA), l'amélioration des conditions d'indemnisation des frais de mission, l'abaissement du seuil d'indemnisation des jours épargnés sur le compte épargne-temps (CET) et l'accroissement de la valeur de ces jours pour en améliorer l'attractivité. S'y ajoutera la stricte compensation de la hausse de CSG et sa revalorisation le 1er janvier.

Après le Président de la République, le secrétaire d'Etat a annoncé 2 mesures complémentaires. D'une part, l'exonération des cotisations salariales sur les heures supplémentaires accomplies par les fonctionnaires et contractuels des 3 fonctions publiques, à l'instar du dispositif des salariés du secteur privé. Cette mesure concernerait 1,5M d'agents et entrera en vigueur le 1er septembre 2019 pour un gain moyen de 120 à 190 € par an. S'y ajoutera, d'autre part, un dispositif d'accompagnement des trajets domicile-travail, pour celles et ceux qui privilégient le vélo, dont les modalités de mise en œuvre seront définies avec les syndicats et employeurs. Au total, selon le ministre, cet ensemble de mesures représentera près d'1 milliard d'euros.

S'agissant de la protection sociale complémentaire (PSC), le secrétaire d'Etat a annoncé la communication des travaux de la mission confiée à 3 inspections générales et l'engagement d'une concertation au premier trimestre 2019.

*Site Internet du secrétaire d'Etat.*

23 OCTOBRE 2018  
N° 1602

## EMPLOIS ET NON TITULAIRES

Le droit à réintégration des élus locaux au terme de leur mandat .....page 2

## RÉMUNÉRATIONS

Le refus inexplicé d'une contre-visite justifie la suppression du traitement .....page 3

## DISCIPLINE

Des fonctions confiées à tort n'excluent pas un licenciement .....page 5

## DOSSIER

L'extension aux proches du don de jours de repos non pris .....pages 6,7

## LES CLEFS POUR BIEN GÉRER

Un licenciement fondé sur des faits non établis engage la responsabilité de l'employeur .....page 8

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

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



## Un litige privé, même sur le lieu de travail, exclut toute protection

Indépendamment des règles fixées par le code pénal et les lois spéciales, le fonctionnaire bénéficie d'une protection de la collectivité qui l'emploie à la date des faits ou qui lui sont imputés de façon diffamatoire. Elle oblige notamment l'employeur à le protéger contre les atteintes volontaires à l'intégrité de sa personne, les violences, les agissements constitutifs de harcèlement, les menaces, injures, diffamations ou outrages, et à réparer le préjudice qui a pu en résulter, dès lors qu'une faute personnelle ne lui est pas imputable. Dans une affaire, un aide-soignant, bénéficiaire de ces dispositions, réclame, le 28 novembre 2013, la protection fonctionnelle de l'hôpital, qui la lui refuse implicitement.

En effet, si les menaces ou violences subies, même sur le lieu de travail, ne trouvent pas leur origine dans les fonctions de l'intéressé mais obéissent à un mobile personnel, elles ne sont pas subies à l'occasion des fonctions au sens de la loi. Or, si l'aide-soignant est l'objet d'insultes et de menaces de mort à l'hôpital de décembre 2006 à avril 2008 de la part de l'une de ses collègues, elles ont pour origine la rupture par le fonctionnaire de leurs relations intimes entre juillet et novembre 2006. L'intéressé fait valoir qu'il n'est pas le seul concerné par ce comportement, la cour d'appel ayant reconnu la femme coupable de menaces de mort au préjudice de 4 autres agents le 4 janvier 2012.

**À retenir :** mais, pour la cour, rien dans le dossier ne permet d'établir que les menaces trouvent leur origine directement dans ses fonctions, permettant à l'hôpital de lui refuser toute protection fonctionnelle.

CAA Douai n° 16DA00539 M. C du 21 décembre 2017.

## Le droit à réintégration des élus locaux au terme de leur mandat

■ Certains élus bénéficient de garanties d'emploi au titre de leur mandat. Ainsi, le contrat du salarié élu député ou sénateur est, à sa demande, suspendu jusqu'à l'expiration de son mandat, s'il justifie d'une ancienneté d'au moins un an chez l'employeur à son entrée en fonctions. A l'issue, il retrouve son emploi ou un poste analogue assorti d'une rémunération équivalente, dans les 2 mois de la date à laquelle il a avisé son employeur de son intention de reprendre.

Il bénéficie des avantages acquis par les salariés de sa catégorie et, si besoin, d'une réadaptation en cas de changement de techniques ou de méthodes de travail.

Ces garanties bénéficient aux fonctionnaires et agents non titulaires de l'Etat, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics et aux personnels des entreprises publiques, sauf dispositions plus favorables (articles L. 3142-82, 83 et 87 du code du travail).

Ce mécanisme bénéficie également à certains élus locaux, notamment les maires et adjoints des communes de 10 000 habitants au moins et les membres de conseil d'une communauté de communes ayant, pour l'exercice de leur mandat, cessé toute activité professionnelle, sauf dispositions plus favorables (articles L. 2123-9 et 5214-8 du CGCT).

Dans une affaire, un directeur territorial de la communauté de communes bénéficie d'une disponibilité pour convenances personnelles pour la campagne des élections municipales 2008 et, à compter du 1er juin, pour lui permettre d'exercer un mandat de conseiller municipal et communautaire, puis de président de la communauté. Le 20 janvier 2012, le nouveau président refuse, compte tenu notamment de l'organisation des équipes de direction et d'encaissement, de le réintégrer, une décision confirmée par le tribunal puis la cour.

## Une obligation de réintégration

En cassation, le Conseil d'État réaffirme le droit du fonctionnaire à retrouver son précédent emploi dans les conditions du code du travail, même si la période d'exercice effectif du mandat diffère de sa durée théorique ou de la durée de la disponibilité sollicitée, notamment si la cessation du mandat résulte de la démission de son titulaire. En outre, si le bénéficiaire de la suspension d'activité exerce plusieurs mandats lui ouvrant droit à une telle suspension, la cessation d'un seul d'entre eux permet au fonctionnaire de retrouver son précédent emploi dans les conditions du code du travail (article L. 3142-84).

Pour écarter l'agent du bénéfice de ces dispositions, la cour a estimé que le directeur territorial, qui avait démissionné de son mandat de président de la communauté de communes, avait demandé sa réintégration avant le terme envisagé par l'arrêté de mise en disponibilité et conservait, par ailleurs, un mandat de conseiller municipal.

**À retenir :** en statuant ainsi alors que ces 2 éléments étaient sans incidences sur le droit du fonctionnaire à retrouver son précédent emploi dans les conditions du code du travail, et alors même qu'aucune disposition du CGCT ou du code n'ouvrait le bénéfice de la réintégration aux titulaires d'un mandat de conseiller municipal, la cour a commis une erreur de droit.

CE n° 401731 M. A du 20 février 2018.

## La retenue pour absence de service fait n'est pas une sanction et ne doit pas être motivée

■ **Les fonctionnaires ont droit après service fait à une rémunération comprenant le traitement, l'indemnité de résidence, le supplément familial de traitement et les indemnités instituées par un texte** (article 20 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983). Depuis la loi de finances rectificatives du 29 juillet 1961 (article 4), l'absence de service une fraction quelconque de la journée donne lieu, à l'État, à une retenue dont le montant est égal à la fraction du traitement frappé d'indivisibilité. Ce sera le cas si l'agent s'abstient d'effectuer tout ou partie de ses heures de service.

Dans une affaire, le ministre de la Défense retient 21/30<sup>ème</sup> du traitement d'un agent pour absence de service fait en mai et juin, puis les 11 et 12 août 2015. L'intéressé conteste l'absence de motivation de la mesure et, de fait, les personnes physiques ont le droit d'être informées sans délai des motifs des décisions individuelles défavorables qui les concernent, dont celles qui refusent un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui en remplissent les conditions légales (article L. 211-2 du code des relations entre le public et l'administration). Mais, hormis le cas où la décision refuserait de reconnaître un droit à rémunération alors que le service a été réalisé, la décision de l'employeur, lorsqu'il liquide le traitement, de procéder à une retenue pour absence de service fait, reste une mesure purement comptable qui ne doit pas être motivée.

## Une inexécution manifeste du travail

Contrairement également à ce qu'estime l'intéressé, la retenue pour inexécution du service ne caractérise pas une sanction, dès lors que le constat n'implique aucune appréciation du comportement personnel de l'agent, comme elle le serait dans un cadre disciplinaire. Il faut donc que l'inexécution soit suffisamment manifeste pour pouvoir être matériellement constatée sans appréciation du comportement. Dans l'affaire, plusieurs supérieurs de l'intéressé relèvent ses absences irrégulières pour un total de 21 jours, qu'ils attestent par les emplois du temps.

L'absence d'un mécanisme de contrôle d'assiduité reste pour le juge sans incidences. Rien ne montrant, comme l'affirme l'agent, qu'il serait devenu gênant le jour où « brisant la loi du silence de la Grande Muette, il a déposé plainte entre les mains du procureur de la République pour dénoncer les faits dont il était victime », le ministre n'a pas entaché la retenue de détournement de pouvoir.

**À retenir :** cette décision est transposable aux employeurs locaux dans les principes du constat de l'inexécution du service. En revanche, le régime de retenue salariale reste différent, dans la mesure où, d'une part, la retenue est nécessairement directement proportionnelle à la durée de l'absence (voir pour la grève CE n° 303623 M. F du 17 juillet 2009) et où, d'autre part, l'inexécution de tout ou partie des obligations de service qui s'attachent à la fonction de l'agent, telles qu'elles sont définies par l'employeur, n'est pas assimilée, comme à l'État, à une absence de service (CE n° 239636 commune de Molsheim du 19 octobre 2012). CAA Marseille n° 17MA03102 M. B du 17 avril 2018.

## Le refus inexplicé d'une contre-visite justifie la suppression du traitement

La loi garantit au fonctionnaire malade un droit à tout ou partie de son traitement pendant une durée limitée (3 mois à plein traitement et 9 mois à demi-traitement en maladie ordinaire). Elle renvoie à des décrets le soin de fixer les obligations des fonctionnaires pour en bénéficier et permettre le rétablissement de leur santé (article 57 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984). Si le congé de maladie est de droit en cas d'affection dûment constatée mettant l'agent dans l'impossibilité de travailler, il doit adresser à son employeur un certificat médical sous 48 heures et ce dernier peut à tout moment faire procéder à sa contre-visite par un médecin agréé. L'intéressé doit s'y soumettre sous peine d'interruption du versement de sa rémunération (articles 14 et 15 du décret n° 87-602 du 30 juillet 1987). Dans une affaire, le maire suspend le traitement d'une femme du 19 décembre 2013 au 6 janvier 2014 avant de la radier pour abandon de poste. En effet, elle ne donne pas suite aux 2 contre-visites auxquelles elle a été convoquée pour les 22 novembre et 5 décembre 2013. Elle n'établit aucune impossibilité de s'y soumettre, fournissant simplement le certificat médical d'un psychiatre du 8 avril 2014, certifiant avoir constaté son état dépressif le 6 décembre 2013.

**À retenir :** pour la cour, la fonctionnaire n'a pas mis le maire en mesure d'exercer effectivement le contrôle du bien-fondé des motifs médicaux avancés pour justifier son absence. Il pouvait donc légalement interrompre le versement de son traitement à compter du 19 décembre 2013, date à laquelle il lui a enjoint de reprendre son service. CAA Marseille n° 17MA00348 Mme A du 17 avril 2018.

## La demande de saisine du comité médical exclut tout abandon de poste

■ **Le fonctionnaire en activité bénéficie d'un congé pour invalidité temporaire imputable au service si son incapacité est consécutive à un accident reconnu imputable au service** (article 21 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983).

Dans une affaire, un agent des services hospitaliers en EHPAD est victime d'un accident de service le 19 mars 2012. Si l'expert la déclare apte à reprendre le 7 juin, le médecin de prévention s'y déclare défavorable. La femme fournit donc de nouveaux arrêts jusqu'au 31 juillet et la commission de réforme se déclare favorable à un rattachement à l'accident. Mais l'employeur les requalifie en maladie ordinaire et, devant un nouvel arrêt jusqu'au 31 août, la met en demeure de reprendre. Le médecin de prévention confirmant l'inaptitude, la femme fournit un nouvel arrêt jusqu'au 27 septembre. Une seconde expertise confirmant l'aptitude à la reprise, l'employeur place la femme en congé sans traitement au 31 août, le 24 septembre la met en demeure de reprendre sous 24 heures et, devant un nouvel arrêt du 29 septembre au 31 octobre, la radie pour abandon de poste au 27 septembre. L'abandon de poste caractérise une rupture volontaire

du lien salarial et suppose une mise en demeure de l'agent de reprendre dans le délai fixé par l'employeur. Elle est écrite, notifiée à l'agent et informe du risque d'une radiation sans procédure disciplinaire préalable. Lorsque l'employeur a cru bon d'adresser plusieurs mises en demeure, il a nécessairement estimé que l'absence de réponse n'avait pas entraîné de rupture volontaire du lien avec le service et l'agent n'a abandonné son poste que s'il n'a pas obtempéré à la plus récente d'entre elles.

Mais, dans le dossier, la femme a contesté les conclusions du médecin agréé du 22 mai sur son aptitude, puis la décision du 1er août la plaçant en maladie ordinaire, demandant à la directrice de l'EHPAD de saisir le comité médical. Devant le rejet de sa demande le 27 août, elle le saisit directement le 31 août.

**À retenir :** *dans ces conditions, elle ne se trouvait pas en absence irrégulière et l'employeur ne pouvait pas la radier avant que le comité médical, seul compétent pour apprécier le bien-fondé des avis, n'ait rendu le sien.*

CAA Marseille n° 15MA03085 EHPAD « Résidence pin et soleil » du 26 décembre 2017.

## Un refus de titularisation ne doit pas se fonder sur une faute disciplinaire

■ **La nomination a un caractère conditionnel, la titularisation intervenant à l'issue d'un stage dont le statut particulier fixe la durée, qui permet à l'employeur d'évaluer l'aptitude du fonctionnaire** (article 46 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984).

Dans une affaire, le maire refuse la titularisation d'un adjoint technique de 2e classe ayant travaillé pour la commune 29 mois en CDD, pour insuffisance professionnelle, après une prolongation de stage pour maladie.

La décision sanctionne ses absences répétées, qui ont nui au bon fonctionnement des services, des absences injustifiées les 14 mars et 28 novembre 2014, la justification tardive d'une autre absence et son refus d'exécuter d'autres tâches que la conduite des véhicules. S'y ajoutent une attitude conflictuelle avec ses supérieurs et ses collègues et son refus de déférer à la convocation d'un jury le 2 juin 2015 pour examiner sa candidature à un poste de placier ouvert à la mutation interne.

En congé de maladie, le stagiaire se trouvait absent de son domicile en dehors des heures de sorties autorisées par ses arrêts lors de contrôles les 14 mars et 28 no-

vembre, permettant de constater une absence injustifiée. Il a aussi adressé un arrêt de maladie à la commune avec une journée de retard. En revanche, aucune pièce ne permet d'établir son refus d'exécuter d'autres fonctions que la conduite de véhicules. Cependant, les directeurs des services fêtes et cérémonies et propreté confirment qu'il n'accomplit les tâches que si elles l'intéressent. Rien n'établit enfin des relations conflictuelles avec ses supérieurs ou collègues, le rapport de fin de stage évoquant une attitude acceptable. Quant à la convocation avec le jury, l'agent n'avait pas confirmé sa candidature ni reçu de convocation.

**À retenir :** *au total, le maire reproche à l'agent 2 absences injustifiées, un retard à adresser un justificatif et un manque de diligence. Or, ces éléments caractérisent des fautes disciplinaires et non une insuffisance professionnelle. Quant à la durée des congés de maladie, si elle permet de prolonger le stage, elle ne fonde pas un licenciement. C'est donc à tort que le tribunal a refusé d'annuler le refus de titularisation pour insuffisance, justifiant 2 000 € de préjudice moral.*

CAA Bordeaux n° 16BX03098 M. B du 10 avril 2018.

## Des fonctions confiées à tort n'excluent pas un licenciement

■ **L'employeur peut licencier un fonctionnaire pour insuffisance professionnelle en respectant la procédure disciplinaire, laquelle comporte le droit à la communication de l'intégralité du dossier et des documents annexes**, puisqu'il comporte les pièces intéressant sa situation, enregistrées, numérotées et classées sans discontinuité (articles 93 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, 18 et 19 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983). Techniquement, le dossier se compose des documents intéressant la situation administrative de l'agent, notamment ceux qui permettent de suivre son évolution professionnelle (article 1er du décret n° 2011-675 du 15 juin 2011).

Dans une affaire, le maire recrute une attachée principale comme DRH le 15 octobre 2007 puis, la femme s'étant attribuée une prime exceptionnelle de près de 10 000 €, il la suspend 4 mois avant de l'affecter en août 2009, comme chargée de mission RH, puis le 12 avril 2010 auprès du DGA comme chargée de veille juridique et documentaire sur les questions de financement des projets et de subventions, avant de la licencier

le 21 février 2012.

Pour la cour, le maire ne pouvait pas, dans son appréciation de l'inaptitude professionnelle, se fonder sur des fonctions qui ne lui avaient pas été légalement attribuées faute de saisine de la CAP (affectation d'ailleurs annulée par le tribunal) et qu'elle n'avait pas, eu égard à son grade et à ses fonctions antérieures, naturellement de vocation à occuper.

Mais une jurisprudence constante tient compte du comportement de l'agent dans l'exercice de fonctions auxquelles il a été nommé irrégulièrement, même si le juge annule ensuite la décision. Son attitude professionnelle peut fonder une diminution de notation (CE n° 02098 ministre de la Santé du 14 octobre 1977), une mesure de suspension ou de sanction (CE n° 71065 Sieur X du 30 octobre 1968). Une annulation, indépendamment de son effet rétroactif, ne peut pas effacer tous les faits qui se sont produits avant son intervention et l'irrégularité de la mesure ne modifie pas l'obligation de l'agent de réaliser le travail qui lui est confié.

## Une insuffisance établie au regard du grade d'attaché

Reprenant ces principes, le Conseil d'État réaffirme qu'un fonctionnaire doit être regardé légalement investi de ses fonctions tant que sa nomination n'a pas été annulée. Son aptitude professionnelle peut donc s'apprécier au regard de l'emploi confié, sauf si les fonctions ne correspondent pas à celles pour lesquelles il a été engagé ou à son grade.

Or, auprès du DGA, la femme doit apporter une assistance technique et des conseils à la direction générale pour le montage et le suivi des dossiers de demande de subventions dans le cadre de l'ensemble des politiques subventionnées et de droit commun. S'y ajoutent l'accompagnement des services dans le suivi des contrats territoriaux et de projets issus de ces politiques, leur assistance au montage des dossiers et l'optimisation de la recherche de financement. Elle doit notamment rédiger une note méthodologique d'accompagnement des services dans leurs démarches de financement externe, construire une base de données sur les projets d'investissement de la commune susceptibles de financement et rechercher les subventions de la région, du conseil départemental et de la CAF, toutes missions correspondant à une attachée.

Reste l'insuffisance professionnelle. Le licenciement ne

peut être fondé que sur des éléments manifestant l'inaptitude de l'agent à exercer normalement les fonctions pour lesquelles il a été engagé ou correspondant à son grade et non sur une carence ponctuelle. Cependant, il ne saurait être subordonné à ce que l'insuffisance ait été constatée à plusieurs reprises au cours de la carrière, ni à sa persistance après une invitation à remédier aux insuffisances constatées. Une évaluation du travail de l'agent sur une période suffisante et révélant son inaptitude à un exercice normal des fonctions peut justifier un licenciement. Or, non seulement la femme a manqué de rigueur et de diligence, mais elle s'est également révélée inapte à ses fonctions comme l'a relevé le conseil de discipline.

**Rappel :** *le dossier communiqué à l'intéressée doit comporter l'ensemble des pièces qui intéressent sa situation, dont celles qui lui sont favorables et qu'elle pourrait faire valoir dans la procédure engagée. La femme conteste l'absence de certains messages électroniques qu'elle a écrits et des comptes-rendus de réunions syndicales. Mais les textes ne font pas obligation à l'employeur de verser de telles pièces au dossier, que l'attachée pouvait toujours produire pour se défendre.*

CE n° 410411 Mme B du 13 avril 2018 et concl.

## L'extension aux proches du don de jours de repos non pris

***Depuis février 2018, un salarié, en accord avec son employeur, peut renoncer anonymement et sans contrepartie à tout ou partie de ses jours de repos non pris, ou non affectés sur un compte épargne-temps (CET), au bénéfice d'un collègue qui aide une personne atteinte d'une perte d'autonomie d'une particulière gravité ou handicapée lorsqu'il est, pour elle, un proche-aidant.***

### Un complément à l'aide aux enfants

■ Cette disposition complète la possibilité ouverte en 2014 (loi n° 2014-459 du 9 mai 2014) de faire don de jours de congés à un collègue dont « l'enfant de moins de 20 ans est atteint d'une maladie, d'un handicap ou victime d'un accident d'une particulière gravité rendant indispensables une présence soutenue et des soins contraignants ». Le Gouvernement remettra au Parlement, avant le 14 février 2019, un rapport sur la situation des aidants familiaux, examinant en particulier la possibilité de réviser l'imposition des sommes versées à titre de dédommage-

ment dans le cadre de la prestation de compensation et de maintenir l'affiliation à l'assurance vieillesse pour les parents aidants d'un enfant handicapé de plus de 20 ans.

**Rappel :** *le congé annuel ne peut être cédé qu'au-delà de 24 jours ouvrables. Le salarié bénéficiaire conserve sa rémunération pendant son absence, assimilée à du travail effectif pour les droits liés à l'ancienneté. Il conserve tous les avantages acquis avant le début de sa période d'absence (article L. 3142-25-1 nouveau du code du travail).*

### Une transposition à la fonction publique

Ces 2 dispositifs ont été transposés à la fonction publique par décret en mai 2015 (n° 2015-580 du 28 mai 2015) pour les enfants, puis le 9 octobre pour les proches aidants.

Un agent public civil peut donc renoncer anonymement et sans contrepartie à tout ou partie de jours de repos non pris, affectés ou non sur un CET, au bénéfice d'un autre agent relevant du même employeur se trouvant dans l'une de ces 2 situations :

- il a la charge d'un enfant de moins de 20 ans malade, handicapé ou victime d'un accident d'une particulière gravité rendant indispensable une présence soutenue et des soins contraignants.

- il vient en aide à une personne atteinte d'une perte d'autonomie d'une particulière gravité ou présentant un handicap lorsqu'il est pour elle un « proche aidant » (article L. 3142-16 du code du travail), qu'il s'agisse de son conjoint, concubin, partenaire d'un PACS, d'un

ascendant, descendant, un enfant dont il assume la charge au sens des prestations familiales, d'un collatéral jusqu'au 4e degré, d'un ascendant, descendant ou collatéral jusqu'au 4e degré de son conjoint, concubin ou partenaire d'un PACS, d'une personne âgée ou handicapée avec laquelle il réside ou entretient des liens étroits et stables, à qui il vient en aide de manière régulière et fréquente, à titre non professionnel, pour tout ou partie des actes ou activités de la vie quotidienne.

**Attention :** *sont visés les agents dont le régime de congés relève du code de la santé (dont les étudiants et internes en médecine), des lois du 13 juillet 1983 et de celles propres à chaque fonction publique. La notion d'employeur s'entend des départements ministériels, collectivités, établissements publics quel qu'en soit le statut, autorité administrative indépendante, personne morale de droit public ou privé à laquelle sont rattachés des fonctionnaires.*

### Les journées concernées

Les journées offertes sont celles d'aménagement et de réduction du temps de travail (liées aux 35 heures) (décrets n° 2000-815 du 25 août 2000 et n° 2001-623 du 12 juillet 2001) ou des congés annuels (décret n° 85-1250 du 26 novembre 1985). Si les premières peuvent

être cédées en tout ou partie, le congé annuel ne peut être abandonné qu'au-delà de 20 jours ouvrés (un temps de repos de 4 semaines par année constituant un socle minimal pour tous les employeurs au regard du droit communautaire).

(suite p. 7)

(suite de la p. 6)

Le texte spécifie que les jours de repos compensateur (liés notamment aux périodes définies par l'assemblée locale, pendant lesquels des obligations liées au travail sont imposées aux agents sans travail effectif ou astreinte) et les jours de congés bonifiés (pour les agents originaires des départements d'outre-mer) ne peuvent pas être cédés.

**En pratique :** l'agent qui cède des jours de repos le signifie par écrit à son service gestionnaire ou à l'employeur local et le don n'est définitif qu'après accord de cette autorité qui vérifie que les conditions requises sont bien remplies. Si le don de jours épargnés sur un compte épargne-temps peut être réalisé à tout moment, l'octroi de jours non épargnés peut être effectué jusqu'au 31 décembre de l'année au titre de laquelle les jours de repos sont acquis.

## Un usage effectif en faveur de l'enfant ou de la personne aidée

L'agent qui souhaite bénéficier d'un don de jours le demande par écrit à son employeur avec un certificat médical détaillé remis sous pli confidentiel établi par le médecin qui suit l'enfant ou la personne, certifiant soit la particulière gravité de la maladie, du handicap ou de l'accident qui rend indispensable une présence soutenue et des soins contraignants auprès de l'enfant, soit la particulière gravité de la perte d'autonomie ou du handicap dont est atteinte la personne accompagnée. Dans ce dernier cas, s'y ajoute une déclaration sur l'honneur de l'aide effective que l'agent bénéficiaire apporte à l'une des personnes que le décret permet d'accompagner.

La durée du congé susceptible d'être octroyé est plafonnée à 90 jours par enfant ou par personne concernée et par année civile.

La collectivité a 15 jours ouvrables pour informer l'intéressé du don et les journées accordées peuvent être fractionnées à la demande du médecin, mais sont prises indépendamment de la quotité de travail de l'agent bénéficiaire.

À la différence des congés annuels, l'absence du service

peut excéder 31 jours consécutifs et, s'agissant des congés bonifiés, elle peut se cumuler avec la bonification, outre avec le congé annuel.

En revanche, les jours accordés ne peuvent pas alimenter le compte épargne-temps du bénéficiaire et aucune indemnité ne pourra être versée en cas de non utilisation de jours de repos donnés. Le reliquat non consommé par le bénéficiaire est même restitué à l'employeur (une perspective qui nécessite une grande rigueur dans la gestion des dons).

Ce dernier peut vérifier par enquête que l'activité du bénéficiaire est bien consacrée à donner des soins à son enfant ou à un proche. Si tel n'est pas le cas, il peut mettre fin au congé après l'avoir invité à faire valoir ses observations.

Au plan salarial, l'agent bénéficiaire conserve la totalité de sa rémunération hors les primes et indemnités non forfaitaires qui ont le caractère de remboursement de frais ou forfaitaires mais liées à l'organisation et au dépassement du cycle de travail. La durée du congé est assimilée à du travail effectif.

## Un statut de proche-aidant déjà reconnu dans les entreprises

Dans les entreprises, en mai 2014 la loi a intégré dans le code du travail un dispositif permettant aux salariés, en accord avec l'employeur de donner des jours de repos non pris, affectés ou non sur un compte épargne-temps, au parent d'un enfant gravement malade (articles L. 1225-65-1 et 2 du code). En août 2016 la loi travail a complété le congé de solidarité familiale (intégré dans la fonction publique, article 57 10e de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984) pour accompagner une personne en fin de vie, du congé de proche aidant, un congé non rémunéré d'un an pour l'ensemble de la carrière du salarié, pendant lequel il ne peut pas exercer d'autre d'activité si ce n'est sous un statut d'aide à domicile. Ce congé peut être interrompu notamment en cas de décès, d'admission de la personne dans un établissement, de diminution importante des ressources du salarié, de recours à un service d'aide à domicile pour assister la personne

aidée et de congés de proche aidant pris par un autre membre de la famille (articles L. 3142-17 à 25 du code du travail). Le don de jours introduit par la loi vient ainsi compléter ce dispositif.

Le rapporteur à l'Assemblée nationale évoquait d'ailleurs la limite du don de jours de repos de la loi de février 2018 car, s'il permet à un salarié d'accompagner un parent gravement malade dans les derniers jours de sa vie, il se montre peu pertinent pour accompagner une personne en situation de handicap ou de perte d'autonomie dont l'état de santé requiert une aide constante mais dont l'espérance de vie n'est pas immédiatement menacée.

Il est donc possible que la transposition de ce don dans la fonction publique appelle une réforme du congé de solidarité familiale ou l'introduction d'un nouveau dispositif similaire à celui des entreprises.

## Un licenciement fondé sur des faits non établis engage la responsabilité de l'employeur

■ **L'employeur peut licencier un contractuel pour insuffisance professionnelle après l'avoir mis à même de demander la communication de l'intégralité de son dossier dans un délai lui permettant d'en prendre connaissance** (article 39-2 du décret n° 88-145 du 15 février 1988). Pour être valide, l'éviction doit se fonder sur des éléments révélant une incapacité du salarié à exercer normalement les fonctions pour lesquelles il a été engagé (et non sur une carence ponctuelle dans leur exercice).

Dans une affaire, le maire licencie son directeur des services techniques le 28 avril 2014 pour n'avoir pas réussi à se positionner comme responsable de 3 services, alors que cette mission d'encadrement et de pilotage devait être le levier d'une vision stratégique permettant la mutualisation et la modernisation des services techniques. Il lui reproche certains manquements dans la conduite de projets transversaux qui, faute de suivi régulier, d'études approfondies et d'accompagnement des services n'ont pas pu aboutir dans des délais raisonnables. Enfin, malgré la demande du maire, l'agent n'a passé qu'un seul marché public en 2 ans.

La cour rappelle que l'absence d'évocation par le contrat de la rupture pour insuffisance professionnelle n'est pas un obstacle au licenciement, si l'employeur s'entoure des garanties attachées à une procédure de cette nature et notamment au respect du contradictoire.

Dans l'affaire, la commune se fonde sur le profil recherché lors de son recrutement, les points faibles de ses évaluations 2012 et 2013 quant à la gestion des ressources humaines et les dossiers d'organisation, le pilotage du secteur espaces verts et la maîtrise des projets. Mais, hors ces affirmations générales, la commune ne fournit aucune indication précise sur la nature ou le nombre de projets transversaux qui auraient caractérisé des carences de l'agent, ni sur les circonstances d'un déficit managérial. Au contraire, le dossier montre la disponibilité et la réactivité que l'agent, son supérieur direct relevant ses compétences techniques et ses bonnes relations avec les agents et les conseils juri-

diques fournis aux services.

Le licenciement s'est donc fondé sur des faits dont l'exactitude matérielle n'est pas établie, justifiant son annulation, contrairement à ce qu'a estimé le tribunal.

### UN DROIT À LA RÉPARATION INTÉGRALE DU PRÉJUDICE SUBI

Cette illégalité engage la responsabilité de la commune pour autant que le contractuel établisse un lien de causalité direct entre la faute et ses préjudices.

La cour rappelle qu'irrégulièrement évincé du service, l'agent peut prétendre à la réparation intégrale de son préjudice, y compris au titre de la perte des rémunérations auxquelles il pouvait prétendre. Ces dernières couvrent le traitement et les primes et indemnités que l'agent avait une chance sérieuse de percevoir hors celles qui, par leur nature, leur objet ou leurs conditions d'attribution, compensent seulement les frais, charges ou contraintes liées à l'exercice effectif des fonctions. Sont déduites, le cas échéant, les rémunérations qu'il a pu se procurer.

Le contrat de l'intéressé prenait fin le 31 avril 2015 et, depuis le 1er juin 2014, il a perdu 33 435 €, incluses une prime de service de rendement et une indemnité spécifique, dont doivent être déduits 1 424 € d'indemnités de licenciement et 21 158 € de chômage, justifiant l'attribution de 10 853 €. Compte tenu de son âge (49 ans), des circonstances de son éviction et de ses charges familiales, la cour reconnaît 5 000 € de préjudice moral et de troubles dans ses conditions d'existence. L'agent n'ayant pas pu bénéficier de la totalité de ses congés annuels, la cour reconnaît l'indemnisation de 9 journées pour 1 492 €.

**Attention :** elle écarte, en revanche, la perte d'une chance de trouver un emploi lié à la rétention irrégulière par la commune d'une attestation de formation auprès de l'école nationale supérieure des officiers de sapeurs-pompiers, dépourvue de tout lien avec l'illégalité commise par l'employeur.

CAA Marseille n° 17MA00428 M. D du 9 mai 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](mailto:evelyne.brochand@editionsorman.com)