

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

Réforme de la fonction publique : les compétences des CAP et les lignes directrices de gestion

Le premier des 53 textes d'application de la réforme de la fonction publique précise les compétences des CAP et les modalités d'instauration de lignes directrices fixant la stratégie pluriannuelle de gestion des ressources humaines et les orientations générales de mobilité, de promotion et de valorisation des parcours.

Ce texte de 42 articles, qui couvre les 3 fonctions publiques, a fait l'objet d'un groupe de travail rassemblant des représentants du personnel et des employeurs, sous l'égide de la DGAFP le 19 septembre dernier, et sera formellement examiné par le Conseil commun de la fonction publique le 19 octobre.

Comme le prévoit la loi, il supprime toute consultation des CAP sur les décisions de mobilité, de promotion et d'avancement, pour les recentrer sur les décisions individuelles défavorables, dont les refus de titularisation.

S'agissant des lignes directrices de gestion, elles seront établies pour 6 ans au plus pour le versant territorial (contre 5 ans à l'Etat et dans les hôpitaux), après consultation des comités sociaux territoriaux. Ces lignes, définies par l'autorité locale, pourront comporter des orientations propres à certains services, cadres d'emplois, ou catégories.

S'agissant de la stratégie pluriannuelle de pilotage des RH, elles devront notamment déterminer les orientations générales en matière de recrutement et de mobilité, dont l'adaptation des effectifs et compétences aux évolutions des missions et métiers, et traiter de la diversité des profils et parcours professionnels, et de la politique d'égalité professionnelle.

Enfin, le texte précise les conditions d'appel des agents à un conseil syndical pour les assister dans l'exercice des recours administratifs contre des décisions individuelles.

24 SEPTEMBRE 2019
N° 1644

CARRIÈRE

Emploi à temps non complet :
la demande des fonctionnaires
reste prioritaire.....page 2

EMPLOIS ET NON TITULAIRES

Une faute pénale intentionnelle
n'exclut pas la protection
fonctionnellepage 4

RÉMUNÉRATIONS

L'employeur peut suspendre la
rémunération d'un agent sous
contrôle judiciaire.....page 5

DOSSIER

Loi de transformation de la fon-
ction publique : une rupture dans
la gestion des fonctionnaires
.....pages 6,7

LES CLEFS POUR BIEN GÉRER

Transfert privé-public :
les garanties des salariés protégés
sont préservéespage 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



Un refus de titularisation doit reposer sur des faits exacts

La nomination initiale dans un grade présente un caractère conditionnel, puisque la titularisation est précédée d'un stage dont le statut particulier fixe la durée. Si le stagiaire a droit au bon déroulement de cette période probatoire, il n'a qu'une vocation à sa titularisation (article 46 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984). Mais si l'employeur la refuse, il doit se fonder sur des faits dont l'exactitude matérielle n'est pas contestable.

Dans une affaire, le maire recrute un agent d'animation contractuel 4 ans, de juillet 2007 au 1er octobre 2011, date de sa nomination comme stagiaire adjoint d'animation de 2e classe, mais refuse sa titularisation le 2 octobre 2013. Les évaluations en cours de stage et la saisine du centre de gestion évoquent des difficultés relationnelles et de positionnement qui rendent difficile son intégration à l'équipe et un comportement inapproprié avec les enfants source de plaintes répétées des parents.

Mais aucun élément ne confirme une inadaptation du comportement. L'agent produit au contraire les attestations d'une éducatrice sportive, d'un coordinateur ayant travaillé avec elle dans le centre de loisirs et le livre d'or du centre renseigné par les parents d'enfants accueillis en juillet et août 2013 soulignant son professionnalisme. En outre, aucune évaluation de stage ne comporte d'observation sur son comportement avec les enfants.

À retenir : *le refus de titularisation se fonde ainsi sur une erreur de fait et rien ne montre que le maire aurait pris la même décision sans ce motif. C'est donc logiquement que le tribunal l'a annulée, contraignant le maire à une nouvelle évaluation.*

CAA Bordeaux n° 16BX03128 Mme B du 7 juin 2018.

Emploi à temps non complet : la demande des fonctionnaires reste prioritaire

■ **Les employeurs peuvent recruter des fonctionnaires à temps non complet, dont le poste n'est pas créé par l'assemblée locale pour 35 heures hebdomadaires mais pour une durée inférieure, et dont le mode de gestion est celui des temps complets, sauf dérogations fixées par décret** (articles 104 et suivants de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984). Notamment si leur durée globale de travail auprès d'un ou plusieurs employeurs atteint 17h30, la moitié de la durée légale, ils sont intégrés dans des cadres d'emplois.

L'ensemble des employeurs peut créer des postes à temps non complet pour certains cadres d'emplois, dont celui des professeurs d'enseignement artistique. Pour d'autres, seules les communes de moins de 5 000 habitants y sont éligibles (articles 4 et 5 du décret n° 91-298 du 20 mars 1991).

Dans une affaire, le président de la communauté d'agglomération titularise un professeur le 18 mai 2009 pour 10 heures hebdomadaires, qu'il porte progressivement à 13 heures. L'intéressé réclame un temps complet de 16 heures, que l'employeur refuse à 3 reprises entre 2010 et 2012.

Si la cour annule la décision, le Conseil d'État la sanctionne en cassation pour avoir estimé que l'agent avait un droit à travailler à temps plein au titre d'un temps partiel (article 60 de la loi), qui suppose un emploi à temps complet, une demande, un accord de l'employeur (sauf exception) et, en effet, garantit un droit revenir à temps plein.

L'absence de justification du contrat

Sur le fond, l'agglomération recrute pour l'année 2010-2011 un contractuel pour 8 heures par semaine en écriture musicale, qu'enseigne le fonctionnaire. Pour le juge (hors les communes rurales), l'embauche d'un contractuel de catégorie A à temps non complet reste assujettie aux dispositions de droit commun, la loi ne prévoyant pas de dérogations (article 3-3 de la loi). Le président ne pouvait, pour assurer des enseignements auxquels le fonctionnaire s'était porté candidat afin d'atteindre un temps complet, recruter un contractuel que si les besoins du service ou la nature des fonctions le justifiaient. La communauté affirme, sans l'établir, que même si le fonctionnaire avait déposé sa candidature, il n'aurait pas pu enseigner compte tenu du lieu et des horaires des cours envisagés, ni donc réaliser les 3 heures lui manquant pour un temps complet. Rien ne montre non plus que le recrutement d'un contractuel ait été justifié par la nécessité de répondre à des attentes différentes des élèves du conservatoire.

Le fonctionnaire obtient donc l'annulation des décisions lui refusant de travailler à temps complet, le juge précisant néanmoins que si l'annulation implique nécessairement pour l'agent d'être à temps complet depuis septembre 2010, cela n'implique pas qu'il enseigne, comme il le demande, une matière déterminée en un lieu déterminé.

À retenir : *dans l'affaire, étant le seul titulaire dans la discipline écriture musicale ayant demandé à travailler à temps complet, et en l'absence de changements dans les circonstances de droit ou de fait de sa situation, le juge enjoint à la commune une titularisation à temps complet sous un mois.*

CE n° 401813 M. B du 19 décembre 2018.

Insuffisance professionnelle : les manquements doivent être propres à l'agent et non pas à l'organisation du service

■ **L'employeur peut licencier un fonctionnaire pour insuffisance professionnelle, en respectant la procédure disciplinaire** (article 93 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984).

Dans une affaire, la directrice de l'hôpital, soumise à des dispositions similaires, licencie, le 12 août 2015, un agent de maîtrise responsable de la cuisine. Elle lui reproche de ne pas planifier la production culinaire, de ne pas vérifier si les menus envisagés sont cohérents avec la charge de travail prévisionnelle, l'absence d'actualisation des fiches techniques préconisées par un audit en 2012 et d'application de bonnes pratiques d'hygiène. S'y ajoutent des insuffisances d'organisation, de contrôle des achats, dans la réalisation et la distribution des repas, dans la gestion des ressources techniques et humaines, la politique qualité/sécurité, et une absence de maîtrise budgétaire.

L'agent indique que ses difficultés, à partir de 2012, s'inscrivent dans une nouvelle organisation de la cuisine après l'arrivée de la directrice et un audit externe à sa demande, qui l'empêche de concilier ses tâches administratives et de gestion avec la production, le système informatisé nécessitant de modifier l'organisation du travail des personnels de cuisine. Il n'a notamment que très partiellement participé à l'élaboration et à l'actualisation des fiches techniques, qu'il n'a pas matériellement le temps de réaliser, ni bénéficié d'une formation suffisante et adéquate à la maîtrise du logiciel nécessaire à leur réalisation.

Une erreur d'appréciation

Les griefs relevés dans les fiches de signalement d'événements indésirables (erreurs dans les menus, la réalisation et la distribution des repas et l'achat des produits) ne sont pour la plupart pas imputables à l'agent de maîtrise, qui n'est pas mentionné. Il en va de même des dépenses de denrées alimentaires, dont la diminution coïncide avec une coopération avec l'EHPAD. Les insuffisances dans la gestion des ressources techniques sont surtout imputables à des infrastructures vieillissantes, sous la responsabilité des services techniques. Quant à la méconnaissance des règles d'hygiène alimentaire, la responsabilité de la cuisine ne permet pas pour autant de lui imputer ces manquements, et les tensions ne procédaient pas de son propre management. En effet, dès 2014, une pétition dénonçant une souffrance au travail avait été signée d'une trentaine d'agents de l'établissement et la nouvelle organisation pouvait engendrer des difficultés de positionnement.

Attention : au contraire, les évaluations de l'agent attestent de réelles qualités professionnelles. Le directeur de l'EHPAD où il avait antérieurement la responsabilité de la cuisine relève ses compétences et sa conscience professionnelle, une certification de la restauration du service « soins de suite et réadaptation » lui attribue 9,4/10, et une ancienne diététicienne de 2004 à 2012 confirme son souhait de proposer des repas adaptés et ses bonnes relations avec le personnel. Dans une affaire où la CAP rejette unanimement le licenciement, pour la cour, la mesure apparaît entachée d'une erreur d'appréciation.

CAA Nancy n° 16NC01996 Hôpital Saint-Jacques de Rosheim du 26 juin 2018.

L'employeur doit établir la réalité des faits justifiant une sanction

Dans l'échelle des sanctions, l'exclusion de 2 ans est la dernière mesure disciplinaire du 3^e des 4 groupes de sanctions (article 89 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984).

Dans une affaire, le président de la métropole la prononce contre un adjoint technique de 1^{ère} classe le 15 juillet 2015, entraînant révocation d'un précédent sursis de 9 mois. En service à la déchetterie, il aurait eu, le 25 mars, une grave altercation avec 2 usagers, adopté un comportement violent avec ses collègues et les pompiers intervenus en raison de son agitation, entraînant la fermeture de la déchetterie, malgré la mise en garde qui lui a été adressée dans un précédent conseil de discipline. Le président en déduit que l'agent avait gravement manqué à l'exécution de ses fonctions en raison notamment de son intempérance, de violences et d'insultes et d'une incorrection caractérisée, véhiculant une très mauvaise image de la métropole et portant atteinte à la confiance du public.

Lorsqu'il sanctionne un agent, l'employeur doit établir les faits sur lesquels il se fonde et en apporter la preuve par tout moyen devant le juge, qui en apprécie la légalité.

Si des témoignages concordants devant le conseil de discipline confirment l'altercation, rien ne montre que l'adjoint l'ait provoquée, ni commis des violences. Les insultes et l'attitude incorrecte qui lui est reprochée ne sont pas plus établies que l'emprise d'un état alcoolique.

À retenir : la sanction ne repose ainsi sur aucun élément matériel susceptible d'en constituer le fondement, et l'exclusion prononcée par le président de la métropole est irrégulière.

CAA Marseille n° 17MA01401 M. C du 26 octobre 2018.

Le congé de maternité n'ouvre pas droit à RTT

■ **Si la durée légale du travail effectif est de 35 heures hebdomadaires, son décompte s'effectue dans un cadre annuel de 1 607 heures. La notion s'entend du temps pendant lequel les agents sont à la disposition de l'employeur et doivent se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer à des occupations personnelles** (décrets n° 2000-1015 du 25 août 2000 et n° 2001-623 du 12 juillet 2001).

Dans une affaire, la CGT conteste le règlement intérieur d'un établissement de santé alignant le régime de la maternité sur celui de la maladie et considérant qu'elle n'ouvre pas droit à RTT.

L'octroi de jours de repos au titre de la réduction du temps de travail est lié à l'accomplissement effectif, au cours d'un cycle déterminé, d'une durée de travail supérieure à 35 heures. Aussi, les agents en congé de maladie, de maternité, paternité ou adoption, d'accompagnement de personnes en fin de vie ou bénéficiant de jours d'absence pendant lesquels ils n'exercent pas leurs fonctions, ne bénéficient pas d'un droit à RTT, même s'ils sont en position statutaire d'activité et satisfont aux obligations de 35 heures.

Si la loi de finances pour 2011 (n° 2010-1657 du 29 décembre 2010) a expressément fixé cette règle s'agissant des congés pour raisons de santé, l'absence de mention des autres congés, notamment de maternité, ne signifie pas que les intéressés puissent acquérir des jours de RTT. La cour écarte toute discrimination en matière de maternité, prohibée par une directive communautaire (n° 2006/54/CE du Parlement et du Conseil du 5 juillet 2006), le choix de traiter comme un congé maladie, les congés de maternité, de paternité et les autres congés dont le motif est étranger à une raison de santé n'étant constitutive d'aucune discrimination.

À retenir : *cette décision s'inscrit dans une jurisprudence constante qui, avant même la loi de 2010, liait les droits à RTT à l'effectivité d'un travail supérieur à 35 heures indépendamment de la position d'activité (voir CE n° 386843 syndicat CGT du centre hospitalier d'Hyères du 26 septembre 2016).*

CAA Nantes n° 17NT00540 syndicat CGT établissement public de santé mentale Charcot de Caudan du 21 décembre 2018.

Une faute pénale intentionnelle n'exclut pas la protection fonctionnelle

■ **Dans ses fonctions, le fonctionnaire bénéficie d'une protection de son employeur à la date des faits accomplis ou de ceux qui lui sont imputés de façon diffamatoire. Elle s'applique notamment aux poursuites pénales pour des faits qui n'ont pas le caractère d'une faute personnelle** (article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983).

Dans une affaire, l'office public de l'habitat refuse de protéger le directeur administratif et financier, poursuivi pour violation du code des marchés publics entre mars 2009 et mai 2011.

Pour rejeter une demande de protection, l'employeur peut se fonder sur le caractère personnel des fautes à l'origine de la procédure pénale sans attendre son issue, au vu des éléments dont il dispose à la date de la décision et, le cas échéant, sur ceux recueillis dans le cadre de cette procédure.

Présentent le caractère d'une faute personnelle détachable, les faits révélant des préoccupations d'ordre privé, procédant d'un comportement incompatible avec les obligations de l'agent ou qui, eu égard à leur nature et leurs conditions de réalisation, sont d'une particulière gravité. Mais ni la qualification retenue par le juge pénal, ni le caractère intentionnel des faits ne justifient un refus de protection.

Dans l'affaire, l'office décide, en 2008, de travaux dans les pièces humides des logements vacants avant leur remise en location au lieu d'y procéder au cas par cas, augmentant significativement le montant des travaux à réaliser. Deux marchés de 510 000 € pour des travaux de plâtrerie, de peinture et de nettoyage sont donc conclus. Insuffisants pour couvrir l'opération, l'office continue de régler les prestations pour près de 400 000 €, en méconnaissance des principes de mise en concurrence. Le directeur ne pouvait ignorer l'insuffisance du montant initial et il aurait dû mettre en œuvre une nouvelle procédure de marchés dès 2009. En ne le faisant pas et en acceptant de procéder aux ordres de paiement des prestations, il a commis une faute.

À retenir : *cependant, aucune collusion avec les entreprises n'est établie et le directeur n'a pas recherché un enrichissement personnel, ayant au contraire saisi sa hiérarchie dès 2010 face au blocage résultant de l'atteinte du montant des marchés. Le paiement n'avait pour objectif que d'éviter une suspension des travaux de rénovation et de différer de plusieurs mois la location des logements. En l'absence de faute personnelle, l'office ne pouvait pas refuser de protéger le directeur.*

CAA Lyon n° 17LY01028 M. E du 18 décembre 2018.

L'irrégularité de l'avis de la commission de réforme ne justifie pas une indemnisation

■ **Lorsque l'altération de la santé d'un fonctionnaire le rend inapte à ses fonctions, l'employeur recherche d'abord une adaptation du poste ou un autre emploi de son grade.** Faute de solution à l'intérieur du cadre d'emplois, la collectivité (le centre de gestion ou le CNFPT) lui propose une période préparatoire au reclassement et l'invite à solliciter un reclassement dans un autre cadre ou corps (décret n° 85-1054 du 30 décembre 1985). Il n'en va autrement que si la santé de l'agent ne lui permet plus d'exercer d'activité, le reclassement étant sans objet.

Dans une affaire, un adjoint technique de 2e classe bénéficie de congés de longue maladie puis de longue durée de janvier 2008 à janvier 2013, date de sa retraite pour invalidité à l'épuisement de ses congés. Il n'en considère pas moins que sa mise à la retraite a été illégale et réclame 20 000 €.

Si la décision est bien motivée, visant les textes applicables, mentionnant l'épuisement des droits à maladie et l'inaptitude définitive à toutes fonctions, l'avis de la commission de réforme, sollicitée sur toute perspective de retraite pour invalidité (article 37 du décret n° 87-602 du 30 juillet 1987), fait difficulté. En effet, la commission comprend nécessairement 2 généralistes et, s'il y a

lieu, un spécialiste pour les cas de sa compétence, qui participe aux débats mais ne vote pas (article 3 de l'arrêté du 4 août 2004 sur les commissions de réforme).

Or, lorsque la commission examine le cas de l'agent, elle ne comporte aucun spécialiste alors que les troubles obsessionnels et anxio-dépressifs et les crises d'anxiété dont il souffre justifiaient la présence d'un psychiatre. En outre, elle n'a pas eu accès aux expertises menées sur l'intéressé. Cette absence l'a privé d'une garantie et entaché d'illégalité la mise à la retraite.

Sur le fond, l'avis conforme de la CNRACL rendu le 27 mars 2013 (qui conditionne la retraite) conclut à l'inaptitude de l'agent à toutes fonctions, au vu d'une expertise qu'il refuse de communiquer à la cour, amenant le juge à considérer qu'il ne conteste pas la réalité de sa situation.

À retenir : *le préjudice éventuel concerne ainsi les seuls effets directs de l'irrégularité de l'avis de la commission de réforme. Le juge ne considère pas qu'elle ait privé l'agent d'un détachement, pesé sur les refus opposés à ses demandes de mutation, ni qu'il soit à l'origine d'un préjudice moral ou de troubles dans ses conditions d'existence.*

CAA Nantes n° 17NT00726 M. B du 18 juin 2018.

L'employeur peut suspendre la rémunération d'un agent sous contrôle judiciaire

■ **Si les fonctionnaires perçoivent, après service fait, une rémunération comportant le traitement, l'indemnité de résidence, le supplément familial et les primes, l'employeur peut la suspendre en cas de faute grave (un manquement aux obligations professionnelles ou une infraction de droit commun), à condition de saisir sans délai le conseil de discipline.** La suspension maintient à l'intéressé (dont la situation doit être réglée dans les 4 mois) son traitement, l'indemnité de résidence et le supplément familial. À défaut, le fonctionnaire est rétabli dans ses fonctions, sauf poursuites pénales (articles 20 et 30 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983).

Dans une affaire, un contrôleur principal des finances publiques est mis en examen le 6 août 2014 pour corruption passive. Le juge le place sous contrôle judiciaire avec interdiction de poursuivre son activité. Le 5 juin 2015, le directeur régional refuse de le rémunérer du 6 août au 1er avril 2015.

Pour la cour, si l'employeur peut suspendre le fonctionnaire,

rien ne l'oblige à prononcer une mesure dont le principal avantage pour le fonctionnaire est le maintien de son traitement. Il peut au contraire interrompre le versement de sa rémunération pour absence de service fait, consécutive à une mesure de contrôle judiciaire.

C'est donc logiquement que l'employeur n'a rétabli la rémunération qu'avec la mainlevée de la mesure d'interdiction.

Attention : *les dispositions du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 prévoyant que la Nation assure à l'individu les conditions nécessaires à son développement s'imposent dans les conditions et limites définies par les lois, et l'agent ne saurait s'en prévaloir pour réclamer un salaire. Cette décision rappelle utilement la dimension en partie sociale d'une mesure de suspension disciplinaire à laquelle l'employeur n'est pas tenu si l'agent est dans l'impossibilité de travailler, en raison d'un contrôle judiciaire dans l'affaire, ou plus classiquement d'une mesure d'incarcération.*

CAA Paris n° 16PA01872 M. B du 12 juin 2018.

Loi de transformation de la fonction publique : une rupture dans la gestion des fonctionnaires

La loi de transformation de la fonction publique, sans revenir sur la prééminence des fonctionnaires pour pourvoir les emplois publics, amorce une rupture avec leur mode de gestion dans un double mouvement : un rapprochement avec les entreprises par la perspective d'accords collectifs opposables, et un élargissement du recrutement des contractuels qui constituerait une forme de substitut au concours.

Vers des accords collectifs opposables (article 14 de la loi)

■ Dans les 15 mois de sa publication, la loi de transformation de la fonction publique habilite le gouvernement à prendre par ordonnance toutes dispositions législatives favorisant la conclusion d'accords au plan national et local. Elles arrêteront les autorités compétentes pour négocier des accords non nationaux, fixeront les modalités d'articulation des différents niveaux de négociation, et les possibilités de conclure des accords locaux en l'absence d'accords nationaux.

Elles définiront les cas et conditions dans lesquels les accords majoritaires disposeront d'une portée ou d'effets juridiques, en précisant, le cas échéant, les modalités d'appréciation du caractère majoritaire des accords, les conditions de conclusion et de résiliation et enfin les

modalités d'approbation permettant de leur conférer un effet juridique.

Selon l'étude d'impact, hormis des accords significatifs sur le temps de travail, la formation, l'action sociale ou l'emploi des personnes handicapées, l'hygiène et la sécurité, l'égalité professionnelle, la négociation locale reste faible et la déclinaison d'accords nationaux rare. Le livre blanc de Jacques Fournier sur le dialogue social dans la fonction publique préconisait, dès 2002, de valoriser les accords négociés en leur donnant une force obligatoire pour les questions n'ayant pas un caractère statutaire (formation, conditions de travail, politique sociale, rémunération...), selon une procédure d'homologation.

Un objectif double

L'objectif des ordonnances sera, d'une part, de mieux identifier les autorités habilitées à négocier et mieux articuler les niveaux de négociations et les possibilités d'accords locaux sans accords nationaux. Il s'agira, d'autre part, de promouvoir une culture de la négociation en fixant les conditions dans lesquelles les accords peuvent disposer d'une portée juridique et leur intégration dans la hiérarchie des normes.

Cela suppose préalablement de définir les conditions dans lesquelles les accords majoritaires disposent d'une portée ou d'effets juridiques, soit les modalités d'appréciation du caractère majoritaire, leurs conditions de conclusion et de résiliation, et les modalités d'approbation leur donnant un tel effet.

S'agissant des autorités compétentes pour négocier, le gouvernement évoque celles auprès desquelles sont institués les organismes de participation, ce qui requiert de préciser les attributions de chaque niveau et, lorsqu'aucune instance ne correspond au niveau de la négociation ou si 2 instances sont concurrentes, la structure concernée.

Enfin, les domaines de négociation doivent être mieux

circonscrire (après consultation des syndicats).

S'agissant de l'articulation des accords, le gouvernement souhaite préciser les conditions de déclinaison ou d'adaptation retenue par une autorité locale, et examiner la possibilité de rendre obligatoire, dans les accords nationaux, un volet de méthode précisant les conditions de transposition locale d'un accord.

Concernant la portée juridique, le gouvernement veut permettre, dans certains cas, de conférer une valeur juridique aux engagements négociés sous forme d'accord majoritaire, après une procédure d'approbation, une fois précisée l'articulation entre actes réglementaires et conventionnels. La procédure d'homologation serait possible dans des cas très définis et moyennant le respect d'un certain nombre de conditions, le Conseil constitutionnel admettant des procédures d'homologation pour des mesures de portée limitée dans leur champ d'application.

Seront donc précisées les modalités d'appréciation du caractère majoritaire des accords, leurs conditions de conclusion et de résiliation, et les critères de reconnaissance de la validité des accords. L'étude évoque une

(suite p. 7)

(suite de la p. 6)

signature par des organisations ayant recueilli au moins 30 % des suffrages aux dernières élections sans rencon-

trer l'opposition d'organisations ayant recueilli la majorité des suffrages.

La situation particulière des collectivités ou établissements fusionnés (article 33-4 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984)

Une disposition plus limitée précise qu'avec le prochain renouvellement des instances de la fonction publique en 2022, la création d'une nouvelle collectivité locale ou établissement public par fusion imposera des élections professionnelles dans l'année de la création (sauf élections générales), sauf si la fusion ne concerne que des collectivités et établissements dont les comités sociaux, CAP et commissions consultatives paritaires relèvent du même centre de gestion, et que la structure issue de la fusion voit ces instances dépendre du même centre.

Dans l'attente des élections anticipées, les CAP compétentes pour les fonctionnaires de la nouvelle struc-

ture sont composées des CAP des anciennes collectivités et établissements, et siègent en formation commune. Le comité social sera également composé du comité des collectivités et établissements existants à la date de la fusion siégeant en formation commune.

Lorsque les agents de la structure fusionnée dépendent des CAP et de commissions consultatives rattachées à des centres de gestion, elles demeurent compétentes à leur égard. À défaut d'un comité social rattaché à l'une des collectivités ou établissements fusionnés, celui du centre de gestion demeure compétent. Enfin, les droits syndicaux constatés à la date de la fusion sont maintenus.

La prééminence d'une gestion de l'emploi et du contrat sur la carrière (article 15)

Le titre II de la loi de transformation de la fonction publique s'ouvre sur l'assouplissement du recours au contrat. Sans remettre en cause la prééminence des fonctionnaires pour occuper les emplois publics (article 3 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983), le texte s'appuie sur la place des contractuels dans les 3 fonctions publiques : 18 % en moyenne, dont 16,4 % à l'État, 18,9 % dans les collectivités et 18,2 % dans les hôpitaux, une situation similaire dans la plupart des pays européens. Pour répondre à la nécessité d'une plus grande réactivité et capacité d'adaptation devant les mutations économiques, sociales, environnementales, techniques et des missions du service public, il importe de pouvoir solliciter des compétences spécialisées et de faire face aux enjeux attractivité des territoires qui peinent à recruter, et donc d'élargir le recrutement des contractuels (emplois de direction, contrats de projets, ouvrant droit à CDI).

Conscient néanmoins de la portée de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui garantit à chacun un accès aux emplois publics selon sa capacité « sans autre distinction que celle de (ses) vertus et de (ses) talents », dont l'expression pour les fonctionnaires procède précisément du concours, le texte s'attache prioritairement à renforcer la transparence du recrutement au-delà de l'obligation de publicité des emplois vacants (article 41 de la loi du 26 janvier 1984).

Rappel : dès 2016, la loi a précisé que les contractuels

étaient recrutés après appréciation de leur capacité à exercer les fonctions à pourvoir.

Le texte précise donc qu'à l'exception des emplois supérieurs de l'État et des seuls emplois territoriaux de directeur général des régions, départements, communes et EPCI à fiscalité propre de plus de 40 000 habitants, hors donc les directeurs généraux adjoints et DGST (article 47 de la loi du 26 janvier 1984), le recrutement d'un contractuel suppose une procédure permettant de garantir un égal accès aux emplois publics fixée par décret en Conseil d'État.

Ses modalités pourront néanmoins être adaptées au niveau hiérarchique, à la nature des fonctions ou à la taille de l'employeur, ainsi qu'à la durée du contrat, à charge pour l'employeur d'assurer la publicité de la vacance et de la création de ces emplois (article 32 de la loi du 13 juillet 1983).

Sans retenir l'idée de garanties procédurales permettant de rendre transparent le recrutement, il s'agit, selon l'étude d'impact, de disposer de procédures transparentes et automatiques, de constituer des viviers de candidats contractuels correspondant à la typologie des emplois, d'adopter des méthodes permettant une analyse plus fine de l'adéquation des compétences des candidats au contexte des emplois à pourvoir, et de s'assurer que les rémunérations correspondent à des objectifs d'attractivité, de bonne gestion et de motivation des futurs collègues de travail.

Transfert privé-public : les garanties des salariés protégés sont préservées

■ Lorsque l'activité d'une entité économique employant des salariés de droit privé est, par transfert, reprise par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif, elle doit proposer aux salariés un CDD ou un CDI public selon leur contrat.

Sauf disposition légale ou conditions générales de rémunération et d'emploi des contractuels contraires, la proposition reprend les clauses substantielles de leur contrat, notamment salariales.

Les services réalisés dans l'entité économique d'origine sont assimilés à des services au sein de la personne publique.

Un refus du contrat proposé entraîne le licenciement de l'agent aux frais de la personne publique selon le droit du travail et le contrat (article L. 1224-3 du code du travail). Dans une affaire (CE n° 391860 Mme A du 6 juin 2018), la salariée d'une association, enseignante auprès d'étudiants étrangers et déléguée du personnel, se voit proposer, avec le transfert des activités de l'association vers l'université, un contrat de droit public qu'elle refuse, estimant qu'il apporte des modifications substantielles à son engagement antérieur. Saisi par l'université d'une demande d'autorisation de licenciement, l'inspecteur du travail l'autorise, une mesure que le tribunal annule, estimant que l'inspecteur du travail n'avait pas à connaître d'une telle demande d'autorisation. La cour annule ce jugement, amenant la femme en cassation.

Le Conseil d'État rappelle que, dans le droit communautaire (directive n° 2001/23/CE du 12 mars 2001), le transfert d'une entreprise ne constitue pas en lui-même un motif de licenciement pour le cédant ou le cessionnaire. Mais cette disposition de la directive ne fait pas obstacle à un licenciement pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation. Si le contrat est résilié parce que le transfert entraîne une modification substantielle des conditions d'emploi au détriment du salarié, la résiliation est considérée comme intervenue du fait de l'employeur.

UNE AUTORISATION DE L'INSPECTION DU TRAVAIL

Par le jeu du code du travail, interprété à la lumière de la directive, si la rupture du contrat d'un salarié protégé résulte de son refus d'accepter le contrat proposé par la personne publique, elle doit être regardée comme intervenant du fait de l'employeur. Or, dans le code, les salariés investis de fonctions représentatives bénéficient d'une protection exceptionnelle dans l'intérêt des salariés qu'ils représentent et, à ce titre, leur licenciement ou toute autre forme de rupture suppose, s'il intervient du fait de l'employeur, l'autorisation de l'inspection du travail. Si un licenciement est envisagé, il ne doit pas être en rapport avec les fonctions représentatives normalement exercées ou l'appartenance syndicale. En outre, pour refuser l'autorisation, l'inspecteur du travail peut retenir des motifs d'intérêt général à condition de ne pas porter une atteinte excessive aux intérêts en présence.

Aussi, la rupture du contrat d'un salarié protégé en raison de son refus d'accepter le contrat proposé par la personne publique est soumis à l'ensemble de la procédure de licenciement les concernant, et donc subordonné à l'obtention d'une autorisation de l'inspecteur du travail. Il lui appartient de vérifier que les conditions légales de la rupture sont remplies, et notamment le respect par le nouvel employeur public de son obligation de proposer un engagement reprenant les clauses substantielles du contrat antérieur, sauf texte ou conditions générales de rémunération contraires. Il vérifiera également que la mesure envisagée n'est pas en rapport avec les fonctions représentatives de l'intéressé ou son appartenance syndicale, et enfin qu'aucun motif d'intérêt général ne s'oppose à l'autorisation.

La cour a donc commis une erreur de droit en estimant qu'il n'appartenait pas à l'inspection du travail de contrôler que le contrat reprenait les clauses substantielles de l'ancien engagement ou que des dispositions de textes ou les conditions générales de rémunération et d'emploi des contractuels y faisaient obstacle.

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@editionssorman.com