

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 AGENTS DE CATÉGORIE C LES MOINS QUALIFIÉS RESTENT TOUJOURS LES PLUS PRÉCAIRES

Selon le Centre d'études de l'emploi et du travail (CEET) du Conservatoire national des arts et métiers (CNAM), l'emploi de contractuels est utilisé différemment par les employeurs en fonction de leurs missions, de leur niveau d'autonomie financière et de leur taille.

23 % des structures de moyenne ou grande taille, ministères, hôpitaux, établissements médico-sociaux, régions ou départements, ont un recours modéré aux agents de catégorie C avec des profils multiples. Un tiers de leurs agents sont en effet de catégories A et B et près de la moitié de catégorie C, pour une durée moyenne des contrats respectivement de 8 à 9 mois et de 7 mois. Les postes occupés sont de nature très différente, adjoints techniques, de services civiques, d'animation, accompagnants des élèves en situation de handicap en catégorie C et, en catégorie A, notamment des emplois qualifiés de services hospitaliers. Premiers employeurs de contractuels, qui représentent en moyenne près de 35 % de leurs effectifs, ils concentrent 92 % des non fonctionnaires.

13 % des employeurs, relevant de l'éducation et de l'enseignement supérieur, recourent massivement à des contractuels pour des emplois non qualifiés de niveaux B et C d'assistants d'éducation, de surveillants ou d'employés de services divers. Le recours massif et ciblé à des contractuels qualifiés ne concerne que 10 % des effectifs des organisations publiques sur des emplois de catégories B et A.

Pour leur part, les plus petites communes privilégient un recours presque exclusif aux emplois de catégorie C, peu qualifiés.

Au-delà de ces stratégies de recours aux contractuels, l'instabilité du contrat (qui touche tous les niveaux hiérarchiques) apparaît davantage supportée par la catégorie C, dont les contrats sont plus courts, moins bien payés, avec un temps de travail moyen plus faible qu'en catégories A et B.

A l'heure où la loi facilite le recours aux contractuels, en étendant le CDI après 6 ans à toutes les catégories, alors qu'un recrutement direct de fonctionnaire en catégorie C est possible, cette précarité interroge.

Source *Acteurs publics*.

30 MAI 2023

N° 1815

ÉGALITÉ DES DROITS

L'inclusion des agents LGBT+....p 2

ABANDON DE POSTE

Un courriel adressé à un avocat ne peut pas valoir mise en demeure de reprendre son postep 3

DISCIPLINE

Des injures caractérisent une faute disciplinairep 4

MANAGEMENT

Les erreurs de communication à éviter pour un bon managementp 5

PÉRIODE D'ESSAI

Un licenciement au terme de la période d'essai n'a pas à être motivép 6

TRANSFERT

Transfert d'activité : la rémunération doit intégrer les primes à échéance régulièrep 7

INAPTITUDE

L'employeur doit reclasser ses salariés inaptesp 8

ENGAGEMENT SYNDICAL

Sanction à l'égard d'un représentant syndical : attention aux motivationsp 9,10



La médiation administrative s'installe dans la FPT

Le déploiement de la médiation préalable obligatoire s'organise. Ainsi, en Bretagne, le vendredi 21 avril 2023, M. Kolbert, président du tribunal administratif de Rennes, et M. Nédélec, président du centre de gestion de la fonction publique territoriale du Finistère, ont signé une convention "médiation" pour promouvoir, dans les litiges intéressant les agents territoriaux, le recours à la médiation avant la saisine du juge ("médiations à l'initiative des parties"), ou après ("médiations à l'initiative du juge"), et organiser, lorsqu'elle est applicable, la procédure de médiation préalable obligatoire.

En outre, des actions de communication en direction des collectivités locales pourront être assurées pour les inciter, dans le cadre des conventions qu'elles pourront signer avec le centre de gestion, à avoir recours à la médiation et à bénéficier des médiateurs exerçant dans les centres de gestion. Cette convention marque le point de départ d'un partenariat qui permettra, notamment, d'élaborer, de diffuser et de mutualiser des outils d'information sur le thème de la médiation administrative.

ÉGALITÉ DES DROITS

L'inclusion des agents LGBT+

Les usagers du service public comme les agents publics LGBT+ doivent avoir la garantie que leurs droits seront respectés, et pouvoir bénéficier d'un environnement de travail bienveillant. Pour ce faire, l'État a adopté un Plan national de 42 actions pour l'égalité des droits, contre la haine et les discriminations anti-LGBT+. Certaines de ces actions concernent directement la fonction publique, dont l'action « Mieux inclure les personnes LGBT+ et la lutte contre la haine et les discriminations anti-LGBT+ dans la fonction publique ».

Détails sur le site de la fonction publique : www.fonction-publique.gouv.fr/files/files/Etre%20agent%20public/Diversite/DI LCRAH_Plan-LGBT_2020-2023_-VF.pdf

LA SOUS-TRAITANCE DE LA FORMATION DES ÉLUS RESTE POSSIBLE MAIS EST TRÈS ENCADRÉE

■ L'activité de formation des élus locaux fait l'objet, depuis la loi n° 92-108 du 3 février 1992 relative aux conditions d'exercice des mandats locaux, d'une régulation fondée sur l'agrément individuel des organismes réalisant ces prestations.

Cet agrément vise à garantir la qualité des formations offertes aux élus locaux, ainsi que leur adéquation avec les compétences requises par leur mandat. Toutefois, d'importantes dérives ont affecté l'efficacité du dispositif. En particulier, le recours généralisé à la sous-traitance, parfois intégrale, a permis à des organismes de formation de contourner la réglementation existante en faisant appel, en-dehors de tout contrôle, à des acteurs non agréés. C'est pourquoi, le législateur est intervenu pour limiter les possibilités dont disposent les organismes de formation de sous-traiter l'organisation ou la réalisation d'une formation, conformément aux nouvelles dispositions issues de la loi n° 2021-771 du 17 juin 2021, ratifiant les ordonnances n° 2021-45 du 20 janvier 2021 et n° 2021-71 du 27 janvier 2021 portant réforme de la formation des élus locaux.

Ce nouveau dispositif n'interdit pas la sous-traitance à des intervenants extérieurs, qui peut s'avérer nécessaire pour permettre aux organismes agréés de répondre à des besoins de formation nécessitant une expertise dont ils ne disposeraient pas en interne. Il encadre, en revanche, les modalités selon lesquelles elle peut être mise en œuvre : l'article L. 1221-3 du code général des collectivités territoriales (CGCT), dans sa rédaction issue de la loi du 17 juin 2021 précitée, autorise les organismes de formation à sous-traiter une partie de leur activité, dans la limite d'un seuil maximum, à d'autres personnes morales, sous réserve qu'elles soient elles-mêmes également agréées.

Le plafond, initialement fixé à 20 % du montant total (HT) des frais pédagogiques de la formation par l'arrêté du 12 juillet 2021 portant diverses mesures applicables au droit individuel à la formation des élus locaux, a été rehaussé à 45 % par un arrêté en date du 24 février 2022, ce qui permet aux organismes de rester responsables de l'activité de formation qu'ils dispensent auprès des élus locaux, tout en respectant les exigences de contrôle et de transparence. De plus, les organismes de formation agréés disposent de la faculté de sous-traiter, sans limite de plafond, à « une personne physique non titulaire d'un agrément qui exerce à titre individuel une activité de formation », conformément à l'article L. 1221-3 du CGCT. Ils peuvent ainsi recourir à un intervenant extérieur non agréé dès lors qu'il exerce son activité à titre individuel. Ainsi, les associations départementales de maires titulaires de l'agrément sont en mesure, au moyen de ces deux dispositifs de sous-traitance encadrée, de proposer des formations de qualité à leurs élus.

Réponse à QÉ n° 00701 publiée dans le JO Sénat du 20/10/2022 - page 5124.

Prévention : du 22 au 26 mai 2023 s'est déroulée la 7ème édition des journées de la sécurité routière au travail

Les accidents de la route sont la première cause de mortalité dans le cadre du travail. En 2021, 454 personnes ont été tuées lors d'un déplacement lié au travail, dont les deux tiers à l'occasion d'un trajet domicile-travail. Chaque année, la sécurité routière incite les employeurs à mettre en place des animations de sensibilisation à destination de leurs collaborateurs à l'occasion des journées de la sécurité routière au travail.

Plus d'informations sur securite-routiere.gouv.fr

UN COURRIEL ADRESSÉ À UN AVOCAT NE PEUT PAS VALOIR MISE EN DEMEURE DE REPRENDRE SON POSTE

■ Une femme agent social de 2e classe à l'EHPAD du CCAS est victime d'un accident de service le 13 juin 2017, consolidé le 31 octobre 2018, prolongé par un congé de maladie jusqu'à sa reprise en mi-temps thérapeutique en mars 2019. Après une chute, qu'elle déclare le 5 mars, elle est à nouveau en arrêt jusqu'au 31 août. Le président la met en demeure de reprendre sous 7 jours à compter de la réception du courrier. Un second courriel du 17 septembre la met en demeure de reprendre le 23 septembre et, faute de réponse, le président la radie pour abandon de poste le 25 septembre.

Rappel : l'employeur peut licencier un fonctionnaire pour abandon de poste (article L. 533-1 du code général de la fonction publique).

La notion jurisprudentielle permet à l'employeur de constater la rupture volontaire du lien salarial par l'agent. Aussi, la radiation n'est régulière que si l'agent a préalablement été mis en demeure de rejoindre son poste ou de reprendre son service dans un délai approprié qu'il appartient à l'employeur de fixer. Ecrite, elle lui est notifiée et l'informe du risque d'une radiation de cadres sans procédure disciplinaire préalable. Si l'agent ne s'est pas présenté et n'a pas fait connaître ses intentions avant l'expiration du délai, et en l'absence de justification matérielle ou médicale de nature à expliquer le retard à manifester un lien avec le service, l'employeur peut estimer qu'il a été rompu de son fait (CE n° 271020 centre hospitalier intercommunal André Grégoire du 10 octobre 2007).

Cette mise en demeure est une condition nécessaire pour caractériser un abandon de poste et non une simple condition de procédure avant la radiation.

Or, le CCAS la met en demeure, le 10 septembre 2019, de reprendre dans les 7 jours sous peine de radiation pour abandon de poste, sans respect des droits tirés de son statut, suivie d'une seconde adressée 7 jours plus tard par l'avocat du CCAS à celui de la femme, et intimant à sa cliente de reprendre le 23 septembre sous peine de radiation sans procédure disciplinaire préalable. Mais aucune des deux mises en demeure ne répond aux exigences jurisprudentielles, la première n'évoquant pas la procédure disciplinaire et la seconde ayant été adressée d'avocat à avocat. La radiation a donc suivi une procédure irrégulière qui entraîne la réintégration juridique de la femme à la date de sa radiation sous 2 mois, et l'examen de l'affectation à un poste adapté.

CAA Bordeaux n° 21BX00634 Mme A du 7 avril 2022.

Le conseil du manager : légaliser une notification d'abandon de poste

La mise en demeure doit être notifiée à l'agent par courrier recommandé avec accusé de réception ou déposé au domicile de l'agent par un agent assermenté. La mise en demeure est régulière lorsqu'elle est remise à toute personne présente au domicile de l'intéressé. Le refus de l'agent de retirer le pli ou d'en prendre connaissance ne rend pas la procédure irrégulière.

Une seconde mise en demeure en suivant la même procédure peut être effectuée 15 jours après la première, notamment en période de vacances.

En cas de non retrait par l'agent de la mise en demeure

En vertu de la réglementation postale, un pli recommandé avec accusé de réception présenté au domicile en l'absence de son destinataire doit être conservé à sa disposition pendant quinze jours et peut donc être retiré par l'intéressé pendant ce délai. La radiation des cadres ne peut pas intervenir avant l'expiration du délai de 15 jours dont bénéficie l'agent pour retirer le recommandé.

Les solutions de l'employeur face à un agent sous contrôle judiciaire

Un sénateur s'interroge sur les conséquences du placement d'un policier municipal sous contrôle judiciaire avec interdiction d'exercer ses fonctions.

Une circulaire du 11 mars 2015 demande aux parquets, dans le respect du secret de la présomption d'innocence, d'aviser l'employeur de l'engagement de poursuites pénales ou d'une condamnation définitive.

Il peut alors choisir une suspension que le code général de la fonction publique autorise en cas de faute grave résultant notamment d'une infraction de droit commun (art. L. 531-1). Cette mesure conservatoire, qui vise à préserver le bon fonctionnement du service, n'est ni une sanction déguisée, ni une mesure en considération de la personne nécessitant le respect des droits de la défense. Il importe simplement que les faits aient un caractère suffisant de vraisemblance et de gravité (CE n° 418844 du 18 juillet 2018).

Face à un contrôle judiciaire, l'employeur doit seulement placer l'agent dans une situation régulière (CE n° 226451 du 16 février 2005).

S'il peut travailler, il peut le reclasser dans un autre emploi (par détachement ou mise à disposition, article L. 151-3 du code). En l'absence de possibilité de réaffectation, il suspendra la rémunération pour absence de service fait.

Si rien n'exclut une procédure disciplinaire avant l'issue de la procédure pénale (CE n° 313558 min. de l'Éducation du 27/7/2009), l'employeur peut différer sa décision jusqu'à celle du juge, les constatations de fait qui soutiennent le jugement définitif s'imposant alors (CE Ass. n° 408567 SARL Super Coiffeur du 12 octobre 2018).

Rappel : aucune procédure disciplinaire n'est possible au-delà de 3 ans à compter du jour où l'employeur a connaissance de la réalité, de la nature et de l'ampleur des faits (article L. 532-2 du code).

QE n° 25808 JO Sénat du 10 février 2022, page 758.

DES INJURES CARACTÉRISENT UNE FAUTE DISCIPLINAIRE

■ Le maire exclut 4 mois un contractuel, du 13 novembre 2017 au 13 mars 2018, dont l'intéressé obtient l'annulation pour disproportion.

Tout manquement de l'agent public à ses obligations dans ou à l'occasion des fonctions est constitutif d'une faute justifiant une sanction, sans préjudice de peines pénales éventuelles. L'échelle comporte l'avertissement, le blâme, l'exclusion de 3 jours au plus, de 4 jours à 6 mois (un an en CDI), et le licenciement sans préavis ni indemnité (articles 36 et 36-1 du décret n° 88-145 du 15 février 1988).

Il appartient au juge de rechercher si les faits constituent des fautes de nature à justifier une sanction, et sa proportionnalité à leur gravité.

Lors d'une altercation verbale, l'intéressé tient à un collègue des propos injurieux et menaçants concernant une photographie le représentant avec d'autres à un rassemblement politique, dont l'affichage dans un local communal est assorti d'une mention manuscrite outrageante.

Ces propos, dont la matérialité est certaine, constituent des fautes justifiant une sanction. Cependant ces faits restent isolés, on note l'absence d'antécédents disciplinaires de l'agent en fonctions depuis 2002, et rien ne montre que la situation de handicap du collègue ait déterminé le comportement de l'agent : une exclusion de 4 mois revêt donc un caractère disproportionné, comme l'a justement estimé le tribunal.

Rappel : toute décision autre que l'avertissement, le blâme et l'exclusion de 3 jours requiert la consultation par l'employeur de la commission consultative paritaire en formation disciplinaire. La sanction doit être motivée et l'exclusion peut faire l'objet d'un sursis d'un mois au plus si elle est prononcée contre un agent en CDI (révocable en cas de nouvelle exclusion dans les 5 ans, ou les 3 ans pour une exclusion de 3 jours au plus).

CAA Bordeaux n° 20BX01189 M. A du 13 juillet 2022.

ENTRETIEN PROFESSIONNEL

UNE OBSERVATION DU DGS SUR LE COMPORTEMENT DE L'AGENT PENDANT SON ENTRETIEN N'EST PAS IRRÉGULIÈRE

■ Un attaché principal chargé de mission et chef de projet au service « urbanisme opérationnel » de la commune conteste, le 6 février, le compte-rendu de son entretien professionnel pour 2018 auprès de l'employeur, le lendemain de sa tenue, pour en obtenir la révision.

L'appréciation de la valeur professionnelle du fonctionnaire se fonde sur une évaluation individuelle donnant lieu à un compte-rendu qui lui est communiqué (article L. 521-1 du code général de la fonction publique).

Cet entretien porte principalement sur la réalisation des objectifs de l'année précédente, ceux à atteindre pour l'année à venir, la manière de servir, les acquis de l'expérience et, le cas échéant, les capacités d'encadrement de l'agent, outre ses besoins en formation et ses perspectives d'évolution en termes de carrière et de mobilité. Il repose sur un échange direct de l'agent avec son supérieur, qui en établit un compte-rendu qu'il signe, et qui comporte une appréciation générale littérale exprimant sa valeur professionnelle. Il est notifié à l'agent dans les 15 jours de sa réalisation, lequel le complète de ses observations, le signe et le renvoie à son supérieur. L'employeur le vise à son tour, l'ensemble est versé au dossier de l'agent et lui est communiqué (décret n° 2014-1526 du 16 décembre 2014).

Dans l'affaire, le supérieur le convoque le 9 janvier 2019, 8 jours au moins avant l'entretien, comme le texte le prévoit. L'attaché principal y met un terme unilatéral et anticipé au bout d'1 heure 30 d'échanges, obligeant sa supérieure directe à lui adresser une nouvelle convocation le 11 janvier pour un entretien complémentaire le 21, et qui dure 2 heu-

res 30. À son issue, prenant connaissance du compte-rendu établi par cette dernière, il refuse de le signer. En réaction, le directeur général assortit sa propre signature d'une observation : « 4 entretiens, refus de signer. Quel manque de respect vis-à-vis de votre hiérarchie ! ». À supposer même qu'une telle observation ait présenté un caractère tendancieux et inapproprié, rien ne montre qu'elle ait eu une incidence quelconque sur l'appréciation portée par sa supérieure directe sur sa manière de servir, ni qu'elle ait eu pour objet ou effet de contrarier ses perspectives de carrière et de mobilité. C'est donc logiquement que le maire puis le tribunal ont refusé d'annuler le compte-rendu.

CAA Nancy n° 20NC00076 M. F. du 6 juillet 2021.

Le conseil du manager : les incidences du refus de l'agent de participer à l'entretien professionnel

L'entretien constitue une obligation pour l'agent concerné. Il convient dans un premier temps d'informer l'agent des conséquences que peut avoir son refus, à savoir que l'évaluation annuelle sera effectuée de façon unilatérale par le supérieur hiérarchique direct.

En cas de refus persistant de l'agent, le compte-rendu est renseigné unilatéralement par le supérieur hiérarchique et le refus de l'agent y est consigné. La notification est, dans ce cas, effectuée à la date du refus. Par ailleurs, une procédure disciplinaire peut également être mise en œuvre pour manquement à l'obéissance hiérarchique.

LES ERREURS DE COMMUNICATION À ÉVITER POUR UN BON MANAGEMENT

Quelques expressions courantes au travail et comment les reformuler

- « Merci de... »

«Merci de me rappeler. Merci de m'envoyer le rapport. Merci d'être à l'heure à la réunion. Merci de me tenir informé.»

Pourquoi cette expression agace ? La forme est polie mais elle dissimule en réalité un ordre : dans les faits, vous ne demandez pas son avis à votre interlocuteur, vous l'obligez à procéder. Et vous lui indiquez que vous doutez de lui : vous n'êtes pas certain qu'il arrivera à l'heure ou qu'il vous enverra le rapport. Vous suggérez qu'il n'est pas une personne fiable.

Comment reformuler ? : «Pourriez-vous me rappeler ? Je vous remercie. Pourriez-vous m'envoyer le rapport ? Je vous remercie. Etc.»

- « Bon courage »

«Bon courage pour ce dossier ! Bon courage pour ce travail».

Pourquoi ça agace ? La forme est faussement encourageante. Sous un ton empathique, elle suggère que la situation va être pénible et que cela sera laborieux pour votre interlocuteur. Elle dit indirectement : «ça va être une galère !» Comment reformuler ? On essaie d'être positif. «Je reste à ta disposition pour t'aider. Etc.»

- « Vous allez y arriver, comme toujours »

Pourquoi ça agace ? Parce que sous couvert d'accorder une totale confiance à votre interlocuteur sur son succès, vous niez le stress et l'inquiétude qu'il peut ressentir. Vous minimisez ses sources d'interrogation. Vous fermez la discussion sur les éventuels obstacles qu'il perçoit : il n'a pas la possibilité de les exprimer.

Comment reformuler ? En développant une réelle écoute empathique : «Quelles sont les difficultés que tu identifies sur ce dossier ? De quoi aurais-tu besoin pour te sentir serein ? Y a-t-il d'autres dossiers en cours qui te demandent d'établir des priorités ? Manques-tu de moyens ?»

- « Sauf erreur de ma part... »

Pourquoi ça agace ? Parce qu'en laissant penser que vous êtes prêt à accepter d'avoir commis une erreur, vous sous-entendez qu'il est peu probable que ce soit le cas. La formule peut apparaître hypocrite. Elle suggère que vous avez vérifié de votre côté et que l'erreur vient donc nécessairement de votre collaborateur.

Comment reformuler ? En posant des questions plus ouvertes : «J'ai bien vérifié mais je ne trouve pas le dossier. Pourrais-tu vérifier que tu me l'as bien envoyé et m'indiquer à quelle date ? Cela me permettra de revérifier dans ma boîte mail.»

- « Allez, on s'y met »

Pourquoi cette expression est démotivante ? Parce qu'elle sous-entend qu'en votre absence, votre équipe ne travaille pas.

Comment reformuler ? «Sur le dossier X, pourriez-vous m'indiquer où vous en êtes ? Pourriez-vous me présenter l'échéancier ?»

- « Tu feras mieux la prochaine fois »

Pourquoi c'est démotivant ? Cette phrase peut renforcer le sentiment d'échec de votre collaborateur. Elle peut même paraître infantilissante et condescendante selon le ton employé.

Comment reformuler ? «Pourrions-nous réaliser un feedback sur les points positifs de ton intervention et sur les points d'amélioration ? Que pourrais-tu faire de différent la prochaine fois pour atteindre les objectifs ?»

- « Ce n'est pas si grave, tu exagères »

Pourquoi c'est démotivant ? Parce que la formulation minimise le fait que votre collaborateur rencontre une situation difficile. Mettre en lumière le fait que vous jugez sa réaction disproportionnée risque de provoquer de la déception, de la frustration, du découragement...

Comment reformuler ? «Je sens que cette situation t'affecte. Veux-tu m'expliquer comment tu la ressens ? De quoi aurais-tu besoin ?»

- « Bon... Faites au mieux »

Pourquoi c'est démotivant ? Parce que vous jugez la partie perdue d'avance. Vous demandez à votre équipe de se mobiliser sur un projet alors que vous-même vous n'y croyez pas.

Comment reformuler ? «Je sais que ce dossier semble difficile. Néanmoins, il me semble que nous pourrions avancer sur tel ou tel point spécifique, ce qui représenterait déjà une grande avancée pour tous.»



UN VOL DE SEMENCES DE GAZON JUSTIFIE TROIS MOIS D'EXCLUSION

■ Le maire exclut 3 mois, le 15 juin 2018, un adjoint technique de 2e classe affecté à l'entretien des terrains au service des « équipements sportifs – espaces verts et bâtiments sportifs », après la disparition de sacs de semis de gazon entre juin et octobre 2017.

Tout agent doit exercer ses fonctions avec dignité, impartialité, intégrité et probité, de sorte que son employeur se trouve au-dessus de tout soupçon. Il ne peut exercer à titre professionnel d'activité privée lucrative de quelque nature que ce soit, sauf dérogation législative (articles L. 121-1 et L. 123-1 du code général de la fonction publique). Dans l'échelle des mesures disciplinaires, l'exclusion de 3 mois relève du 3e groupe (article L. 533-1 du code).

Dans son examen, le juge vérifie que les faits, dûment établis par l'employeur, constituent des fautes de nature à justifier une sanction, et sa proportionnalité aux manquements constatés (CE Ass. n° 347704 M. D du 13 novembre 2013).

Lors d'une enquête administrative, l'agent reconnaît avoir dérobé 3 sacs de gazon pour réaliser un chantier « au noir », ce qu'il confirme lors de son audition en janvier 2018 par la police, à la suite du dépôt de plainte du maire. D'ailleurs, il a désactivé l'alarme du local où étaient entreposés des

sacs de semences à plusieurs reprises entre le 15 août et le 31 octobre 2017, en dehors de son temps de travail, parfois en soirée ou le week-end, et même le 15 août.

La matérialité du vol étant certaine, il ne saurait se prévaloir du principe de présomption d'innocence, qui n'existe qu'en matière judiciaire. Par ailleurs, il a réalisé d'autres travaux non déclarés pour le compte de particuliers, notamment d'élagage et de tonte de gazon, sans autorisation de l'employeur.

Eu égard à la gravité des fautes commises par un agent en fonction seulement depuis novembre 2013, une exclusion de 3 mois n'apparaît pas disproportionnée.

Rappel : l'interdiction d'exercice d'une activité privée connaît une importante exception avec la notion d'activités accessoires que l'employeur peut autoriser à la demande de l'agent (article L. 123-7 du code), et dont un décret dresse une liste comprenant 11 items dont les travaux de faible importance réalisés chez les particuliers (article 11 du décret n° 2020-69 du 30 janvier 2020), une forme de reconnaissance de la pluriactivité, notamment pour des salariés faiblement rémunérés.

CAA Toulouse n° 19TL23380 M. D du 12 avril 2022.

PÉRIODE D'ESSAI

UN LICENCIEMENT AU TERME DE LA PÉRIODE D'ESSAI N'A PAS À ÊTRE MOTIVÉ

■ La direction interrégionale des services pénitentiaires recrute une psychologue le 1er décembre 2017, dont elle prolonge la période d'essai jusqu'au 20 juillet 2018 en raison d'un congé de maladie, et la licencie.

La période d'essai permet à l'employeur d'évaluer les compétences de l'agent, et à l'agent d'apprécier si les fonctions lui conviennent, dans la limite d'un plafond : 3 semaines pour un CDD de moins de 6 mois, un mois en deçà d'1 an, 2 mois en deçà de 2 ans, et 3 mois au-delà ou pour un CDI. Elle peut être renouvelée une fois pour une durée au plus égale. Un licenciement dans cette période suppose un entretien, notifié par lettre recommandée ou remise en main propre, au cours duquel l'agent peut se faire assister (article 4 du décret n° 88-145 du 15 février 1988).

La femme conteste la prolongation de la période d'essai, mais, eu égard à son objet, si l'agent bénéficie d'un congé de maladie, l'employeur peut en reporter le terme de la durée du congé, même si le contrat ne le prévoit pas.

A la différence de la procédure de licenciement en cours de contrat, un délai de 5 jours francs entre la convocation à l'entretien et son déroulé ne s'applique pas, les dispositions spécifiques sur la période d'essai ne comportant pas de délai minimum. D'ailleurs, la femme est convoquée le

11 juillet pour un entretien le 17, un délai qui lui a permis de le préparer.

Le licenciement au terme de la période d'essai ne requiert pas de motivation, le code des relations entre le public et l'administration (article L. 211-2) l'imposant pour les décisions qui retirent ou abrogent une décision créatrice de droit ou infligent une sanction. En outre, rien n'oblige l'employeur à lui permettre de consulter son dossier, même si la mesure est prise en considération de sa personne.

Dans l'affaire, l'employeur se fonde sur ses difficultés à travailler en équipe pluridisciplinaire, à se positionner, et sur la difficulté à exploiter ses travaux. La mesure n'est pas entachée d'erreur manifeste.

À noter : cette décision s'insère dans une jurisprudence analysant la période d'essai comme une forme de stage (voir CAA Paris n° 19PA00573 Mme A du 23 juin 2020, CAA Marseille n° 97MA05494 Mme Y du 27 juin 2000). Les fonctionnaires n'ayant qu'une vocation à leur titularisation, un refus ne nécessite ni respect des droits de la défense, ni motivation, sauf à avoir un caractère disciplinaire.

CAA Versailles n° 20VE00265 Mme B du 8 juillet 2021.

TRANSFERT D'ACTIVITÉ : LA RÉMUNÉRATION DOIT INTÉGRER LES PRIMES À ÉCHÉANCE RÉGULIÈRE

■ Avec la reprise en régie des activités d'une association, le CCAS propose à une animatrice un CDI d'adjoint d'animation de 2e classe, qu'elle accepte le 6 décembre 2012, avant de demander un recalcul sur son salaire brut de décembre 2011 (11e échelon d'animateur, indice majoré 443, au lieu du 8e d'adjoint d'animation, IM 319).

Rappel : en cas de transfert de l'activité d'une entité économique employant des salariés de droit privé vers une personne publique dans le cadre d'un service public administratif, la collectivité doit proposer aux agents un CDD ou un CDI selon leur engagement. Sauf dispositions légales ou conditions générales de rémunération et d'emploi des contractuels contrares, il reprend les clauses substantielles de l'engagement antérieur, notamment salariales. En cas de refus des agents, il revient à la personne publique de les licencier dans les conditions du droit du travail et de leur engagement (article L. 1224-3 du code du travail).

Comme le rappelle la rapporteure publique, les rémunérations antérieures et proposées sont comparées pour leur montant, avec les salaires et primes liées à l'exercice des fonctions dans l'ancien et le nouveau contrat (CE n° 421175 Mme B du 2 décembre 2019).

Sur cette base, la cour exclut l'indemnité de résidence qu'elle juge non liée aux fonctions, et retient 2 indemnités d'administration et de technicité (IAT) et d'exercice de missions des préfetures (IEMP), que la femme a une chance sérieuse de percevoir (comme le juge l'admet en cas d'éviction illégale du service, CE n° 365155 commune d'Ajaccio du 6 décembre 2013). Sur cette base, elle estime que la femme perçoit une rémunération brute équivalente à celle antérieure.

La femme reproche au CCAS d'avoir intégré, dans la rémunération proposée, des primes susceptibles de varier, puisque leur montant est fonction d'un coefficient n'ayant pas vocation à être reconduit chaque année.

D'ailleurs, dans la rémunération, seul le traitement en est l'élément central, fonction du grade et de l'échelon de l'agent. Il est complété d'éléments accessoires liés à la situation familiale ou aux exigences propres de l'emploi (article L. 712-2 du code général de la fonction publique).

De fait, le montant de l'IAT est modulé au regard de la manière de servir de l'agent par application d'un coefficient multiplicateur compris entre 1 et 8 à un montant de référence annuel. L'IEMP, elle, repose aussi sur un montant de référence affecté d'un coefficient multiplicateur compris entre 0,8 et 3.

Par le jeu du principe de parité, et comme généralement en matière indemnitaire, les assemblées locales peuvent accorder les primes aux contractuels recrutés, en référence avec un grade éligible, conditions que remplit l'animatrice.

Intégration des primes liées à l'exercice normal des fonctions

Pour la rapporteure, il n'y a pas lieu de neutraliser les montants des 2 indemnités pour apprécier la rémunération proposée. L'employeur doit prendre en compte l'ensemble des primes et indemnités, fixes ou modulables, auxquelles l'agent a droit en vertu de son contrat public, et liées à l'exercice normal de ses fonctions.

S'agissant du montant, la rapporteure propose de retenir, sauf dispositions contrares du contrat, le montant de référence ou de base avant toute modulation individuelle.

En revanche, l'indemnité de résidence aurait dû être intégrée, étant destinée à compenser forfaitairement les charges liées aux fonctions (CE n° 326870 ministre d'État, ministre des Affaires étrangères du 10 juin 2011).

Pour le Conseil d'État, la réserve du code sur les dispositions du texte et les conditions générales de rémunération et d'emploi des agents publics contrares ne peut autoriser l'employeur à proposer une rémunération inférieure à l'agent parce qu'elle dépasserait celle des agents de la collectivité à niveau de responsabilité et de qualification équivalents.

Mais elles interdisent des clauses impliquant une rémunération, même corrigée de l'ancienneté, excédant manifestement celle que prévoient les règles générales de rémunération des contractuels de la structure publique. En l'absence de règles locales, la rémunération proposée ne doit pas manifestement excéder la rémunération que la collectivité pourrait fixer en tenant compte des fonctions confiées, de la qualification de l'agent et de la rémunération des personnels d'État à qualification équivalente, sur des fonctions analogues.

La comparaison doit donc retenir, pour leur montant brut, les salaires et primes éventuellement accordées à l'agent et liées à l'exercice normal des fonctions, dans le cadre de l'ancien et du nouveau contrat.

Pour l'appréciation de la rémunération privée, le montant brut des primes liées à cet exercice normal comprend toutes celles qui, au moment de la reprise d'activité, sont versées à l'agent par son employeur à échéance régulière, y compris des primes d'ancienneté ou de déroulement de carrière ne rémunérant pas directement la prestation de travail.

Dans le montant du contrat public, le montant brut des primes intègre toutes celles contractuellement prévues, fixes, comme l'indemnité de résidence, ou variables, et que l'agent est susceptible de percevoir. Pour ces dernières, comme le sont l'IAT et l'IEMP, elles doivent être prises en compte pour leur montant de référence ou tout autre montant servant de base aux modulations individuelles, telles qu'il a été arrêté par l'employeur.

CE n° 444792 Mme B du 1er juillet 2022 et concl.

L'EMPLOYEUR DOIT RECLASSER SES SALARIÉS INAPTES

■ Si un fonctionnaire est reconnu inapte à l'exercice de ses fonctions par altération de sa santé, son poste de travail est, si possible, adapté. Dans le cas contraire, il peut être reclassé dans un emploi d'un autre cadre d'emplois ou corps, en priorité dans son administration d'origine, s'il est déclaré apte (articles L. 826-1 et 3 du code général de la fonction publique).

Le médecin du travail est seule habilité à proposer des aménagements de poste ou de conditions d'exercice des fonctions, justifiés par l'âge, la résistance physique ou la santé des agents.

Si l'employeur ne suit pas son avis, il motive par écrit sa décision, et la formation spécialisée en santé, sécurité et conditions de travail ou, à défaut le comité social territorial, en est tenu informée (article 24 du décret n° 85-603 du 10 juin 1985).

En pratique, il recherche un aménagement des conditions de travail et, si les nécessités du service ne le permettent pas, une affectation dans un autre emploi du grade (sur avis du médecin du travail ou du conseil médical s'il a été consulté). À défaut, il lui propose une période préparatoire puis un reclassement (articles 1er et 2 du décret n° 85-1054 du 30 septembre 1985).

Parmi les mesures que le médecin du travail peut proposer avant une réaffectation du salarié, figure l'aménagement du temps de travail pour le faire coïncider avec les possibilités physiques de l'intéressé, même si cela implique un temps de travail hebdomadaire inférieur à celui qu'il doit normalement réaliser. Si l'employeur accepte, l'agent sera rémunéré comme il l'était avant l'aménagement, tout en réalisant un temps de travail plus adapté.

Si ses attributions le permettent, l'agent public pourra en partie travailler à son domicile, toujours en fonction de l'avis du médecin du travail et avec l'accord de l'employeur (QE n° 00634 JO Sénat du 2 janvier 2003, page 54).

D'ailleurs, le décret sur le télétravail permet de déroger aux 3 jours maximum par semaine pour 6 mois au plus, renouvelables si la santé de l'agent le justifie, après avis du médecin du travail (articles 3 et 4 du décret n° 2016-151 du 11 février 2016).

Une exigence de loyauté de l'employeur

Dans le cadre de dispositions similaires, obligeant les employeurs privés à rechercher le reclassement de leurs salariés devenus inaptes, en tenant compte des préconisations du médecin du travail et en motivant leur refus s'ils ne peuvent pas leur proposer d'autres emplois ou si les intéressés les refusent, une association licenciée une secrétaire médicale devenue inapte à ses fonctions.

La Cour de cassation rappelle qu'il appartient à l'employeur de proposer loyalement au salarié, en tenant compte des préconisations et des indications du médecin du travail, un autre emploi approprié à ses capacités, aussi comparable que possible au poste qu'il occupait précédemment, au besoin par la mise en œuvre de mesures comme les mutations, la transformation de postes existants ou l'aménagement du temps de travail.

Dans l'affaire, la femme occupait un poste de coordinatrice ne supposant pas l'accès aux dossiers médicaux et qui pouvait, pour l'essentiel, être réalisé à domicile, en télétravail et à temps partiel, comme recommandé par le médecin du travail. En la licenciant, l'employeur n'a donc pas exécuté loyalement son obligation de reclassement.

Cette exigence de loyauté de l'employeur à l'égard de ses agents n'est pas propre au secteur privé, le Conseil d'État l'ayant déjà retenue en matière disciplinaire pour l'établissement de la preuve du comportement des agents. Le juge rappelle en effet qu'en l'absence de textes de lois contraires, l'employeur peut apporter la preuve des faits sur lesquels il inflige une sanction, par tous moyens. Mais il est tenu, vis-à-vis de ses agents, à une obligation de loyauté et ne saurait fonder une sanction sur des pièces obtenues en méconnaissance de cette obligation, sauf si un intérêt public majeur le justifie (CE n° 355201 M. A du 16 juillet 2014).

On doit également rappeler que la recherche de reclassement des salariés inaptes physiquement à leur emploi constitue un principe général du droit, également applicable aux contractuels (CE n° 401812 M. B du 7 décembre 2018).

Il est donc vraisemblable que la décision de la Cour de cassation soit directement transposable aux employeurs publics.

Cour cass. n° 21-15.472 Association Gimac du 29 mars 2023.

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 : elyne.brochand@editionssorman.com

La lettre de l'employeur territorial, 3 route de Corneilles, 27230 Piencourt - Rédaction : Pierre-Yves Blanchard ; Paul Durand
Abonnement : 46 numéros par an, 690 € TTC. Tél. 02 32 46 95 80 - Petites annonces : tél. 02 32 46 95 80 -
Imprimerie du Moniteur - 27230 Piencourt - Directeur de la publication : Guy Sorman
Commission paritaire : n° 0428 T 83042 - ISSN : 1267-0944 - Encarts jetables suivant les éditions.

Sanction à l'égard d'un représentant syndical : attention aux motivations

Le président de la chambre interdépartementale des métiers et de l'artisanat inflige, le 6 février 2018, deux jours d'exclusion à un cadre chargé du développement économique. Une sanction que confirme le tribunal mais que récuse la cour, en raison d'une motivation insuffisante et de la mention, dans le rapport disciplinaire, de fonctions de délégué syndical.

Un droit à la motivation des sanctions

■ Le président entend sanctionner les manquements de l'intéressé à ses obligations d'obéissance hiérarchique, ses difficultés relationnelles et des comportements inappropriés envers sa hiérarchie et ses collègues.

Si la décision se réfère à son exposé dans le dossier de saisine du conseil de discipline, il n'est ni incorporé ni joint. Or, la pratique d'une motivation par référence ne saurait satisfaire aux exigences de la loi.

À retenir : au nombre des garanties accordées aux agents sous le coup de poursuites disciplinaires, figurent la motivation de l'avis du conseil de discipline et celui de la sanction (article L. 532-5 du code général de la fonction publique, reprenant l'ancien article 19 de la loi du 13 juillet 1983 sur les droits et obligations des fonctionnaires). Le code des relations entre le public et l'administration garantit aux personnes physiques le droit d'être informées, sans délai, des motifs des décisions administratives individuelles défavorables les concernant, dont celles infligeant une sanction. Formellement, elle est écrite et comporte l'énonciation des considérations de droit et de fait qui la fondent (articles L. 211-2 et 5).

Une exigence forte pour l'employeur

Ce principe de motivation est ancien, figurant dans le cadre du premier statut de l'Etat du 4 février 1959, et repris par la loi du 11 juillet 1979 sur la motivation, aujourd'hui codifiée.

Le Conseil d'Etat a immédiatement proscrit la motivation par référence à l'avis, même conforme, de l'organisme disciplinaire (CE n° 58411 Delle R du 28 mai 1965).

De façon constante, il estime que l'obligation de motivation impose à l'employeur sanctionnant un agent de préciser, dans sa décision, les griefs qu'il retient contre le fonctionnaire, de sorte qu'il puisse, à la seule lecture de la décision notifiée, en connaître les motifs. Cet objectif n'est pas respecté si la sanction ne comporte, par elle-même, aucun motif, et se réfère à l'avis, même conforme, d'un organisme purement consultatif (CE n° 35065 M. X du 17 novembre 1982), ou vise un document dont le texte n'est ni incorporé, ni joint à la décision (CE n° 93179 Communauté urbaine de Lyon du 31 juillet 1992). Si, inversement, l'employeur se réfère à un avis, son texte doit

être incorporé et joint à la décision (CE n° 260676 M. X du 15 juin 2005).

L'employeur ne saurait justifier une insuffisance de motivation par une information préalable de l'agent. Ainsi, dans un autre cas de motivation du licenciement d'un contractuel en CDI, le juge a précisé que, même si l'employeur a informé l'agent dans un courrier de son intention de dénoncer le contrat et lui en a précisé les motifs, il ne pouvait pas, sans méconnaître son obligation de motivation, se limiter à mentionner la lettre dans l'arrêt de licenciement, sans en reprendre les motifs, ni en annexer le texte à la décision (CE n° 62011 du 14 février 1990).

Attention : pour le rapporteur, le juge est plus rigoureux en matière de sanctions que pour d'autres décisions devant être motivées, pour lesquelles il a pu considérer suffisante une information préalable, comme l'avertissement à une société qu'une implantation d'un débit de boisson à proximité immédiate d'une station de métro pouvait entraîner sa fermeture (CE n° 99614 Société du spectacle de la place Blanche du 6 mars 1992).

Une motivation suffisante

Reste le niveau de précision de la motivation. Dans la ligne d'une jurisprudence rigoureuse, la cour reproche à la décision de s'être limitée à énumérer les faits, sans précision concernant notamment les personnes concernées, ni leur date.

Comme le relève le rapporteur public, si l'exclusion énumère des griefs retenus contre l'agent, elle ne comporte aucune date de réalisation des faits et s'avère beaucoup moins précise que le dossier de saisine du conseil de discipline qui les détaille soigneusement. Ainsi, l'évocation des manquements du cadre à son devoir de confidentialité, sans autre précisions, ne s'inscrit pas dans les exigences jurisprudentielles.

Cependant, l'employeur retient 8 griefs et la secrétaire qui a été victime de son comportement est nommément désignée. Pour la moitié au moins des faits, elle indique qu'il s'agit d'agissements envers sa supérieure. La précision de ses fonctions suffit à l'identifier et les motifs de la mesure permettent de comprendre que l'agent (qui a modifié un document qu'elle avait validé et remis violemment en cause ses compétences) lui témoignait très peu de respect. La cour ne pouvait donc pas affirmer que la décision ne

(suite p. 10)

(suite de la p. 9)

comportait aucune précision relative notamment aux personnes. Si elle comporte une part de motivation par référence au dossier de saisine du conseil de discipline, pour le rapporteur, l'information qu'a pu recevoir le cadre permettait à l'employeur d'alléger un peu sa motivation.

À son tour, le conseil d'État relève que la sanction indique de façon suffisamment précise les circonstances de droit et les faits qui lui sont reprochés, en précisant les personnes concernées. Même si la décision ne mentionne pas la date précise des faits ayant justifié la sanction, la cour ne pouvait pas considérer que l'intéressé n'était pas informé de ces derniers à la seule lecture des motifs de la mesure. La cour a bien dénaturé les pièces du dossier.

Il est interdit de mentionner le statut de représentant syndical

Reste que le statut des chambres des métiers, comme le code général de la fonction publique, interdit à l'employeur de faire état, dans le dossier individuel d'un agent et, plus largement, dans tout document administratif, des opinions ou activités politiques, syndicales, religieuses ou philosophiques ou de mentions concernant une amnistie (article L. 137-2 du code).

À l'évidence, de telles mentions figurant dans un dossier de saisine du conseil de discipline relèvent aussi du dossier individuel au sens de la loi, le juge ayant déjà annulé un concours parce que le dossier du candidat faisait état de ses opinions politiques et de son appartenance syndicale (CE n° 43958 M. Y du 28 septembre 1988). La seule limite tient aux nécessités de la gestion de la situation administrative de l'intéressé, une lettre faisant état du mandat syndical d'une magistrate n'y répondant pas (CE n° 251833 Mme X du 25 juin 2003).

Pour la cour, la seule circonstance que le rapport de saisine du conseil de discipline figurant au dossier mentionne l'exercice, par le cadre, de fonctions de délégué syndical central CFDT, et que la décision ait été prise au vu de ce rapport, suffisait à méconnaître l'interdiction de toute mention d'engagement syndical au dossier. L'employeur estime que le juge aurait au moins dû vérifier si la mention était de nature à faire présumer une discrimination et si la sanction reposait sur des éléments étrangers aux responsabilités syndicales de l'agent.

À noter : le rapporteur public rappelle qu'une jurisprudence ancienne du 8 juin 1962 (CE n° 55252 ministre des Postes et Télécommunications) considère que la mention des opinions politiques d'un fonctionnaire dans son dossier n'ayant eu aucune influence, ni sur l'avis du conseil de discipline, ni sur la décision de l'employeur, n'entache pas d'irrégularité la procédure disciplinaire. Ainsi, toute décision prise au vu d'un dossier comportant une mention prohibée comme des responsabilités syndicales n'est pas systématiquement annulée,

dès lors que cette mention n'a eu aucune incidence. Tel ne sera pas le cas, de la non inscription sur un tableau d'avancement au grade de président de section des chambres régionales des Comptes dans lequel le dossier fait grief à un magistrat d'exercer des responsabilités syndicales pour lesquelles il bénéficie régulièrement d'une dispense de service (CE n° 189318 M. G du 27 septembre 2000).

Méconnaissance de l'interdiction : quelles conséquences ?

Pendant, le rapporteur public s'interroge sur l'extinction de cette ligne jurisprudentielle avec une décision du 23 décembre 2011 (Assemblée n° 335033 M. D), le juge considérant, de façon générale, que si les actes administratifs doivent être pris selon les formes et conformément aux procédures prévues par les textes, un vice affectant l'une d'elles n'entache d'illégalité la mesure que s'il ressort du dossier qu'il a été susceptible d'exercer dans l'affaire une influence sur le sens de la décision, ou a privé l'intéressé d'une garantie.

Pour le rapporteur, la mention des opinions syndicales, même si elle peut être considérée comme n'ayant eu aucune influence sur le sens de la décision, prive nécessairement l'agent d'une garantie, et c'est d'ailleurs au titre des garanties relatives au dossier individuel que le code général de la fonction publique appréhende aujourd'hui l'interdiction de toute mention, notamment des activités syndicales des agents (chapitre 7 du titre 3 sur les protections et garanties).

Dans cette ligne, le tribunal a estimé que l'engagement syndical du cadre n'avait pas eu d'incidences sur le sens de la décision et que sa mention dans le dossier disciplinaire ne l'avait pas privé d'une garantie. Mais, pour le rapporteur, la seule mention des opinions ou activités suffit à priver l'agent d'une garantie et entache la sanction d'irrégularité.

Le Conseil d'État, s'inscrivant toujours dans la ligne de la jurisprudence antérieure de 1962, estime cependant que la cour devait rechercher si la mention figurant dans le dossier disciplinaire, qui se limitait à faire une référence objective aux activités syndicales de l'intéressé, avait eu une influence sur l'avis émis par le conseil de discipline ou sur la décision du président de la chambre des métiers. En s'en abstenant, elle a commis une erreur de droit.

Dans ses conclusions, le rapporteur reconnaissait d'ailleurs que l'examen du dossier laissait suggérer que la mention de l'engagement syndical n'avait eu aucune influence sur la décision de sanction.

Cette décision semble donc avoir maintenu une approche plus souple en cas de mention prohibée d'opinions syndicales, politiques, religieuses ou philosophiques, et ne pas annuler systématiquement des procédures viciées par ces indications.

CE n° 453183 M. A du 7 février 2023 et concl.