

L'EMPLOYEUR TERRITORIAL

C O R R E S P O N D A N C E H E B D O M A D A I R E

Le gouvernement porte un regard critique sur la rémunération des agents publics

Le 27 juin, pour la 1ère des 3 réunions de concertation sur la refonte de la rémunération, le gouvernement a dressé un bilan critique de la situation salariale des agents publics, au regard de 3 objectifs : sécuriser leur pouvoir d'achat en tenant compte des impératifs de maîtrise de la dépense, mieux prendre en compte l'évolution des besoins des services, notamment pour s'adapter à de nouveaux métiers ou de nouvelles organisations du travail, et mieux reconnaître les mérites et l'implication des agents et des services. Au centre des interrogations, l'automatisme d'un système, liée aux mesures générales de revalorisation du point d'indice, ou d'octroi de points d'indice majoré pour certains échelons, et à une progression individuelle attachée à la carrière. Selon la fonction publique, 92 % des rémunérations de l'État sont liés à ces automatismes (75 % du traitement et 11 % des primes).

La part de ces rémunérations automatiques reste hétérogène selon leur nature, leur mode de calcul et les corps ou cadres d'emplois concernés. Cette diversité n'est pas négative si elle reste au service d'objectifs RH définis. Les dispositifs actuels de garantie salariale reposent sur des dispositifs multiples, garantie individuelle du pouvoir d'achat, indemnité de résidence, majoration outre-mer ou supplément familial de traitement. Mais chacun mériterait d'être réexaminé, le SFT ne tenant pas compte des ressources des bénéficiaires, l'indemnité de résidence s'appuyant sur un zonage de l'après-guerre éloigné des disparités actuelles de coût de la vie. Quant à la bonification indiciaire, elle concerne un agent sur 4, pèse modestement sur le niveau des pensions mais constitue un frein à la mobilité.

10 JUILLET 2018
N° 1591

DISCIPLINE

L'accès au dossier disciplinaire doit permettre une défense effectivepage 2

CARRIÈRE

Élections professionnelles : les syndicats minoritaires ne choisissent pas leur groupe hiérarchiquepage 4

EMPLOIS ET NON TITULAIRES

La suppression d'emploi est préalable au licenciement d'un contractuelpage 5

DOSSIER

L'employeur ne peut pas recourir à la géolocalisation pour contrôler le temps de travail....pages 6,7

LES CLEFS POUR BIEN GÉRER

Des relations tendues ne justifient pas un refus d'entretien professionnel au nom du droit de retrait.....page 8

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

Pour accéder aux articles parus dans **La Lettre de l'Employeur Territorial** depuis l'an 2000 : www.editionssorman.com



Le fonctionnaire n'est pas juge des obligations liées à son activité

Quel que soit son niveau, le fonctionnaire est responsable de l'exécution des tâches qui lui sont confiées et doit se conformer aux instructions de son supérieur, sauf si l'ordre est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public (article 28 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983).

Dans une affaire, le directeur du courrier inflige à un fonctionnaire de La Poste soumis à ces dispositions, un abaissement d'échelon le 12 novembre 2013. Le 18 juin précédent, il a refusé d'assister à une réunion de service à laquelle son supérieur lui avait demandé d'assister et dont le caractère obligatoire lui avait été rappelé. Il refuse de préciser par écrit les raisons de son absence et inscrit son refus sur le registre d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. S'il affirme avoir voulu se consacrer à son activité de facteur avec toutes les qualités requises, la cour lui rappelle que, tenu à un devoir d'obéissance, il ne lui appartenait pas de définir seul les implications de sa fiche de poste et d'en déduire un droit à ne pas assister à la réunion de service.

Elle précise également que la demande écrite de justifier son absence et la réponse de l'intéressé versées à son dossier ne constituent pas une sanction, mais seulement un élément d'appréciation pour l'employeur quant à la suite à donner à son comportement.

À retenir : *la mesure disciplinaire ne trouvant nullement son origine dans son opinion défavorable sur les réformes en cours à La Poste ou dans l'appartenance syndicale de l'agent, elle est justement proportionnée aux manquements de l'intéressé.*

CAA Nantes n° 16NT01487 M. A du 30 octobre 2017.

L'accès au dossier disciplinaire doit permettre une défense effective

■ L'employeur informe par écrit le fonctionnaire de la procédure disciplinaire engagée, lui précise les faits reprochés, son droit à communication du dossier, l'invite à prendre connaissance du rapport disciplinaire et des pièces annexées en cas de saisine du conseil de discipline et de la possibilité de se faire assister des conseils de son choix. L'agent doit disposer d'un délai suffisant pour en prendre connaissance et organiser sa défense (articles 4 et 5 du décret n° 89-677 du 18 septembre 1989).

Dans une affaire, le directeur de l'institut départemental de l'enfance, de la famille et du handicap, structure hospitalière soumise à des dispositions similaires, révoque une femme agent d'entretien qualifiée le 11 mars 2015. Elle conteste les conditions d'accès à son dossier mais, le 12 janvier, est informée de la procédure, invitée à consulter son dossier, ce qu'elle fait le 6 février. Ayant consulté les pièces postérieures à 2009, elle réclame des pièces antérieures, qui lui sont adressées le 11 février. Le conseil de discipline ayant lieu 5 jours plus tard, elle a pu utilement préparer sa défense. Le président du conseil de discipline convoque l'agent 15 jours au moins avant la réunion par lettre recommandée, lequel peut, comme l'employeur, demander un report de l'affaire, décidé à la majorité des membres du conseil (article 8 du décret).

Un détournement du congé de maladie

Le jour même de la séance, le défenseur de la femme sollicite par télécopie un report compte tenu de son état de santé et d'un délai insuffisant pour se défendre. Mais rien n'y obligeant le conseil, il a valablement émis son avis sans l'agent et son conseil puisque, convoqué dans les règles, il avait disposé d'un délai suffisant pour se faire représenter ou adresser des observations écrites.

Sur le fond, la femme sollicite, le 12 mars 2013, un congé de formation de 650 heures pour préparer un diplôme de mandataire judiciaire pour la protection des majeurs, que rejette l'employeur en raison d'un dépôt tardif du dossier. L'agent s'y inscrit néanmoins du 14 janvier au 27 novembre, affirmant l'avoir réalisé sur son temps personnel et à ses frais. Or, elle est en congé de (longue) maladie, une situation exclusive de toute formation. Elle adresse, le 24 avril, un certificat antitardat du 2 janvier au 31 octobre censé couvrir son absence mais que le médecin reconnaît avoir rédigé à sa demande et à celle de son psychiatre, pour récapituler ses arrêts et lui permettre d'être en longue maladie. Dans cette situation, du 29 avril au 28 janvier 2014, elle fait parvenir le jour de sa reprise un nouvel arrêt jusqu'au 31 juillet. Apte à reprendre dans le cadre d'un temps partiel de droit le 26 août, elle adresse un nouvel arrêt du 1er août au 31 janvier 2015, pour un congé de longue durée.

À retenir : *compte tenu des précédents abus de fourniture d'arrêts de travail, l'employeur a pu estimer que le dernier arrêt avait pour seul but d'éviter de travailler et confirmer des absences injustifiées. Son attitude caractérisant un grave manquement à ses obligations de servir et de loyauté, une révocation est proportionnée.*

CAA Douai n° 16DA00761 Mme C du 7 décembre 2017.

Rémunération : seule la notification du titre de perception interrompt la prescription biennale

■ Les créances résultant de paiements indus réalisés par les personnes publiques en matière de rémunération peuvent être répétées 2 ans à compter du 1er jour du mois suivant la mise en paiement du versement erroné, y compris si les créances ont pour origine une décision créatrice de droits irrégulière devenue définitive (article 37-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000).

En pratique, depuis le 30 décembre 2011, l'employeur qui verse à tort une rémunération a 2 ans pour la récupérer à compter du 1er jour du mois suivant sa mise en paiement.

Dans une affaire, une professeure d'éducation physique et sportive détachée auprès du ministère des Sports le 1er septembre 2011 continue à percevoir son traitement de l'Éducation nationale jusqu'au 31 mars 2012. Le 12 décembre 2013, le ministère de l'Éducation émet un titre de recettes de 22 533 € de trop-perçu, une mesure que conteste l'intéressée.

La cour rappelle que le nouveau régime de prescription est dérogatoire à une disposition générale du code civil (article 2224) prévoyant que les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par 5 ans à compter du jour où le titulaire de droits a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. Une disposition complémentaire prévoit que si un délai de prescription ou de forclusion est plus court, il s'applique à compter du jour d'entrée en vigueur de la loi nouvelle, sans que la durée totale puisse excéder la durée prévue par le texte antérieur (article 2222 du code).

L'application des principes du code civil

Cela signifie concrètement que le nouveau délai est immédiatement applicable, et commence à courir avec l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Mais si le délai ancien a commencé à courir avant l'entrée en vigueur du nouveau texte, il ne demeure applicable que si sa date d'expiration survient antérieurement à la date d'expiration du nouveau délai.

Suivant une jurisprudence établie (CE n° 405797 Mme A du 31 mars 2017), en l'absence d'une autre disposition de texte applicable, les causes d'interruption ou de suspension de la prescription biennale relèvent des principes dont s'inspirent les dispositions du code civil. Aussi, un ordre de reversement ou un titre exécutoire émis par l'employeur pour récupérer une somme indûment versée interrompt la prescription à la date de sa notification (dont la preuve incombe à l'employeur) et non de son émission.

Dans l'affaire, le délai de prescription a commencé à courir pour chacun des traitements indûment perçus, le 1er jour du mois suivant celui de leur date de mise en paiement.

À retenir : la prescription était donc acquise au 31 décembre 2013 pour tous les traitements de septembre à novembre 2011, et au 1er janvier 2014 pour celui du mois de décembre. Or, le titre de perception du 12 décembre 2013 n'a été envoyé à l'agent que le 3 janvier 2014, comme en atteste le cachet de La Poste figurant sur le pli d'envoi. La notification du titre de perception n'a donc pas été de nature à interrompre le délai de prescription, qui se trouvait déjà expiré pour l'ensemble des créances.

CAA Nancy n° 16NC00933 Mme A du 12 décembre 2017.

NBI : la notion d'accueil du public est d'interprétation stricte

Les fonctionnaires bénéficient d'une « nouvelle bonification indiciaire » (NBI) si leur emploi comporte une responsabilité ou une technicité particulière (art. 27, loi n° 91-73 du 18/01/1991), comme l'accueil exercé à titre principal dans les communes de plus de 5 000 habitants (déc. n° 2006-779 du 3 juillet 2006).

Dans une affaire, le maire refuse la NBI à une adjointe administrative secrétaire du directeur des services techniques le 7 juillet 2010.

Des fonctions d'accueil à titre principal supposent que l'agent consacre plus de la moitié de son temps total de travail à la réception des administrés les heures d'ouverture du service au public, ou à leur contact en dehors de ces périodes, notamment lors de rendez-vous individuels.

Or, la femme exerce diverses tâches administratives, sur dossier, pour les services techniques et d'urbanisme, et des fonctions d'accueil, notamment téléphonique, et épisodiquement d'usagers. Si un descriptif de ses tâches de l'ancien directeur établit que l'accueil représente plus de 50 % de son temps, le directeur général ne l'a pas validé et il n'est pas versé à son dossier.

En réalité, l'accueil du public pour les services techniques et d'urbanisme pèse principalement sur les agents d'accueil de l'hôtel de ville, distinct du bâtiment annexe où se situe le bureau de la fonctionnaire, qui n'exerce qu'une activité d'accueil téléphonique lorsque les directeurs et leurs adjoints sont indisponibles.

À retenir : l'agent n'exerce donc pas de fonctions d'accueil du public à titre principal au sens du décret et c'est logiquement que le maire a rejeté sa demande.

CAA Versailles n° 15VE02196 Mme B du 14 décembre 2017.

La méconnaissance des garanties de la commission de réforme rend illégal un refus d'imputabilité d'une maladie au service

■ **En matière d'accident et de maladie professionnelle, la commission de réforme apprécie la réalité des infirmités, leur imputabilité au service, les conséquences et le taux d'invalidité qu'elles entraînent, et l'incapacité permanente aux fonctions** (article 31 du décret n° 2003-1306 du 26 décembre 2003).

Elle est saisie de tous témoignages, rapports et constatations propres à l'éclairer et peut faire procéder à toutes mesures d'instruction, enquêtes et expertises nécessaires.

Dix jours au moins avant la réunion, le fonctionnaire est invité à prendre connaissance de son dossier ou par l'intermédiaire de son représentant, dont la partie médicale peut lui être communiquée sur demande, ou par l'intermédiaire d'un médecin ; il peut présenter des observations écrites et fournir des certificats médicaux. La commission entend l'agent, qui peut se faire assister d'un médecin et/ou d'un conseiller.

Le secrétariat de la commission convoque les membres titulaires et l'agent 15 jours au moins avant la réunion. La convocation rappelle les dossiers à examiner, les références de l'employeur et l'objet de la demande.

Chaque dossier fait l'objet d'une note de présentation dans le respect du secret médical.

Dans une affaire, une femme capitaine de police présente, le 22 octobre 2012, une demande de reconnaissance d'une maladie professionnelle au titre des arrêts de travail délivrés par son médecin, attestant de souffrances engendrées par ses conditions d'emploi. Le préfet, reprenant l'avis la commission de réforme, se déclare défavorable à une reconnaissance de l'imputabilité de l'affection, estimant qu'aucun élément médical ne permet d'établir une origine professionnelle directe, certaine et exclusive.

Sans se prononcer sur le fond, la cour observe que la femme n'a pas été avisée de la réunion de la commission de réforme ni invitée à prendre connaissance de son dossier et à faire valoir, le cas échéant, ses observations.

À retenir : *pour ces seules raisons, la procédure est entachée d'irrégularité et privée des garanties qu'elle prévoit, l'agent est fondé à obtenir l'annulation du rejet de ses demandes d'imputabilité.*

CAA Bordeaux n° 16BX01926 Mme A du 6 février 2018.

Élections professionnelles : les syndicats minoritaires ne choisissent pas leur groupe hiérarchique

■ **Les élections professionnelles aux CAP ont lieu au scrutin proportionnel à la plus forte moyenne, les syndicats exerçant leur choix dans l'ordre décroissant du nombre de sièges obtenus.** Les commissions comportant des groupes hiérarchiques de base et supérieur, la liste la plus favorisée peut choisir ses sièges dans des groupes différents si elle n'empêche pas une autre liste d'obtenir le nombre de sièges auxquels elle a droit et pour lesquels elle a présenté des candidats (article 23 du décret n° 89-229 du 17 avril 1989).

Dans une affaire, le syndicat Sud, arrivé second, conteste l'impossibilité d'obtenir dans le groupe 2, supérieur de la catégorie C, le seul poste auquel il a droit.

Le décret garantit aux listes qui ne sont pas arrivées en tête non seulement qu'elles obtiendront le nombre de sièges auxquels le scrutin leur donne droit, mais encore dans les groupes hiérarchiques pour lesquels elles ont présenté des candidats. Mais cette garantie ne saurait évincer totalement la liste prioritaire d'un groupe hiérarchique pour lequel elle a présenté des candidats, notamment s'il comporte un seul siège à pourvoir. Elles n'ouvrent donc à un syndicat qui ne peut prétendre qu'à

un siège, le droit de choisir le groupe dans lequel il lui sera attribué.

Dans l'affaire, la catégorie C comporte 5 sièges à pourvoir dans le groupe de base et 3 dans le groupe supérieur. La CGT obtient 4 sièges, les syndicats Sud, FO, CFDT et FSU un seul siège. La CGT, qui avait présenté des candidats dans les 2 groupes hiérarchique, pouvait choisir un siège dans le groupe de base et 3 dans le groupe supérieur à condition de ne pas empêcher une autre liste d'obtenir le nombre de sièges auxquels elle avait droit dans les grades pour lesquels elle avait présenté des candidats. Le syndicat Sud arrivé second a obtenu le siège auquel il pouvait prétendre dans le groupe de bases et pour lequel il avait des candidats, sans en être empêché par la CGT, ni empêcher les autres listes d'obtenir leur propre siège.

À retenir : *les dispositions n'ont ainsi pas pour objet ni pour effet de permettre à une liste minoritaire ayant obtenu un seul siège, de choisir le groupe dans lequel elle souhaite le pourvoir, dès lors qu'elle n'a pas été empêchée d'obtenir le siège auquel elle avait droit.*

CAA Douai n° 15DA02062 Syndicat Sud du 28 mars 2017.

La suppression d'emploi est préalable au licenciement d'un contractuel

■ **Le recrutement de contractuels dérogeant à l'obligation d'embauche de fonctionnaires sur les emplois permanents (article 3 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983), les exceptions sont prévues par la loi, notamment pour remplacer des agents malades.** Ces CDD sont renouvelés expressément, dans la limite de l'absence du fonctionnaire (article 3-1 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984).

Dans une affaire, un contractuel remplace un fonctionnaire malade le 26 mai 2008. Il est licencié le 31 décembre 2010 avec la retraite pour invalidité de l'intéressé, mais réclame 23 609 €.

En dépit des exigences de la loi, il a en effet été maintenu dans ses fonctions au-delà du terme du congé de maladie le 1er août 2010. Une jurisprudence constante considère qu'un CDD reconduit tacitement ne saurait conférer une durée indéterminée à l'engagement. Le maintien en fonctions, s'il traduit la commune inten-

tion des parties de collaborer, donne seulement naissance à un nouveau CDD dont la durée est celle de l'engagement initial. La décision mettant fin aux fonctions constitue un non-renouvellement du contrat à son échéance et un licenciement dans le cas contraire. Dans l'affaire, son maintien ouvre à l'agent un CDD de 2 ans, 2 mois et 5 jours à compter du 1er août. Son éviction au 31 décembre constitue bien un licenciement.

La mairie tente alors de substituer au départ en retraite pour invalidité, la nécessité d'une réorganisation pour raisons financières. Mais le CGCT (article L. 2121-29) confie au conseil municipal le soin de régler les affaires de la commune, dont la définition des emplois communaux et leur nombre, qu'il s'agisse de fonctionnaires ou de contractuels. Le maire ne peut donc pas licencier des agents pour réduire l'effectif sans suppression préalable des emplois par l'assemblée.

Une externalisation n'est pas une suppression d'emploi

L'élu évoque une délibération l'autorisant à recourir à un prestataire extérieur pour l'entretien des espaces et de la voirie alors confié à l'agent, et à signer les conventions correspondantes. Mais cette délibération, qui institue un nouveau mode de gestion, ne se prononce pas sur une suppression d'emploi. Le maire ne saurait licencier un agent sur cette base.

Reste le préjudice, et sur un plan procédural, le contractuel licencié bénéficie d'un préavis et d'un entretien avec l'employeur, toutes dispositions que le maire a ignoré (articles 40 et 42 du décret n° 88-145 du 15 février 1988).

Sur le fond, l'éviction du salarié ne répond pas à un intérêt de service, car si la commune justifie une gestion déléguée par une économie financière, elle ne conclura la convention avec la société que le 1er février 2013, plus de 2 ans après le licenciement et, dans ce délai, d'autres agents se sont partagés les tâches de l'intéressé. Si le coût de la prestation de la société est inférieur à la rémunération totale du contractuel, le choix d'une gestion déléguée n'entraînait pas nécessairement son licenciement. Enfin, comme le prévoit aujourd'hui le décret (article 39-5), un principe général du droit, dont s'inspirent à la fois le code du travail pour les salariés dont le poste est supprimé et les règles statutaires des fonctionnaires, oblige l'employeur à tenter de reclasser dans un autre emploi l'agent dont le poste est

supprimé et seulement en cas d'impossibilité à le licencier, une règle qui s'applique aux agents en CDD, dans la limite de leur engagement.

L'agent irrégulièrement évincé a droit à la réparation intégrale des préjudices qu'il a effectivement subis, c'est-à-dire ceux de toute nature avec lesquels l'illégalité présente, compte tenu de son importance et des fautes éventuelles de l'intéressé, un lien direct de causalité. Dans l'évaluation de l'indemnité, sont retenues les pertes du traitement, des primes et indemnités dont l'agent avait une chance sérieuse de bénéficier, à l'exception de celles qui, eu égard à leur nature, leur objet et leurs conditions de versement, sont seulement destinées à compenser des frais, charges ou contraintes liées aux fonctions, déduction faite des rémunérations et allocations de chômage que l'agent a pu percevoir.

À retenir : *devant rester en fonctions 21 mois jusqu'à l'échéance de son contrat, et sur la base d'un salaire net de 1 083 €, l'agent était privé de 22 740 €, déduction faite de 8 400 € de chômage pour une indemnité nette de 14 340 €. Ayant subi une perte d'emploi et ayant été victime de mauvais procédés, la cour reconnaît un préjudice moral de 5 000 €. En revanche, elle rejette la réintégration de l'agent, la commune n'étant pas revenue sur l'externalisation à une entreprise.*

CAA Versailles n° 15VE01508 M. A du 14 décembre 2017.

L'employeur ne peut pas recourir à la géolocalisation pour contrôler le temps de travail

L'informatique ne doit pas porter atteinte à l'identité humaine, à la vie privée ou aux libertés individuelles. Aussi, un traitement de données relatives à une personne physique identifiée (même indirectement) par un numéro d'identification ou des éléments qui lui sont propres doit satisfaire plusieurs exigences (articles 2 et 6 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978).

Une collecte loyale et des finalités légitimes

■ Les données doivent être collectées de manière loyale et licite, pour des finalités déterminées, explicites et légitimes. Elles doivent aussi être adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et de leurs traitements ultérieurs, exactes, complètes et, si nécessaire, mises à jour. Enfin, elles sont conservées sous une forme permettant l'identification des personnes pour une durée n'excédant pas celle nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont collectées et traitées.

Dans une affaire directement transposable aux employeurs locaux au regard de l'argumentaire, essentiellement fondé sur la loi informatique et libertés, une société, spécialisée dans la maintenance de systèmes informatiques et notamment de terminaux de paiement, équipe les véhicules de ses 200 techniciens itinérants, de dispositifs de géolocalisation en temps réel. Ils doivent lui permettre de planifier les interventions,

d'ajuster la facturation et de contrôler le temps de travail des salariés.

Comme la loi le lui permet (article 45), la présidente de la Commission nationale informatique et des libertés (CNIL), au titre du non-respect des obligations du règlement communautaire (n° 2016/679) du 27 avril 2016 et de la loi, effectue un contrôle dans les locaux de la société pour vérifier la portée et les usages du traitement, avant de prononcer une mise en demeure, le 27 juillet 2016, de mettre un terme au traitement des données issues de l'outil de géolocalisation pour contrôler le temps de travail des agents. Pour elle, ce dispositif méconnaît l'exigence que les données traitées soient adéquates, pertinentes et non excessives au regard de la finalité poursuivie.

Ces mises en demeure pouvant donner lieu à une sanction de la commission, leur contentieux relève bien du recours en excès de pouvoir (CE n° 319071 société Directannonces du 5 septembre 2008).

La légalité de la géolocalisation subordonnée à l'absence d'alternative

En effet, les salariés doivent déjà déclarer leurs horaires de travail dans des comptes-rendus d'activité et la société dispose d'un outil de suivi des interventions accessible aux personnels d'encadrement pour les vérifier. Pour la CNIL, les données de géolocalisation ne sont pas nécessaires au contrôle du temps de travail et leur traitement est excessif.

Le Conseil d'État, s'appuyant aussi sur le code du travail (article L. 1121-1) qui exclut d'apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions non justifiées par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnées au but recherché, estime que l'utilisation d'un système de géolocalisation pour contrôler la durée du travail n'est licite que si ce contrôle ne peut pas être réalisé par un autre moyen, fut-il moins efficace. Trois raisons justifient cette position selon le rapporteur public.

✓ En premier lieu, cette jurisprudence est parfaitement convergente avec la Cour de cassation (pourvoi n° 10-18.036 du 3 novembre 2011) qui prohibe un licenciement pour faute tenant au refus du salarié de se soumettre à la géolocalisation, si un contrôle de la durée du travail est possible par un autre moyen. La seule exception concerne les cas où des textes imposent la mise en place d'un tel dispositif de surveillance. Pour le rapporteur, les dispositions du code du travail sur les restrictions aux droits individuels procèdent de la même logique que la loi informatique et libertés. La finalité du contrôle du temps de travail étant de vérifier l'assiduité des agents dans leur activité au regard de leurs droits à rémunération et congés, les tribunaux judiciaires jugent irrecevable la preuve rapportée par l'employeur sur la base d'un outil de géolocalisation non nécessaire.

(suite p. 7)

(suite de la p. 6)

Un impératif de proportionnalité

✓ L'exigence d'un contrôle de proportionnalité procède, en second lieu, non seulement de la loi du 6 janvier 1978, mais aussi de dispositions constitutionnelles et conventionnelles en matière de données personnelles. Le juge a ainsi déjà affirmé, dans le cadre de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, que l'ingérence dans le droit de toute personne au respect de sa vie privée que constitue la collecte, la conservation et le traitement d'informations personnelles nominatives par une autorité publique, n'est licite que si elle répond à des finalités légitimes et que le choix, la collecte et le traitement sont adéquats et proportionnés au regard de ses finalités (CE Ass. n° 317827 association pour la promotion de l'image du 26 octobre 2011). Le Conseil constitutionnel, dans sa décision sur la loi relative à l'égalité et à la citoyenneté et à propos de la cartographie de l'occupation socio-économique des logements sociaux, a indiqué que la liberté rappelée par l'article 2 de la déclaration des droits de l'homme de 1789 impliquait le droit au respect de la vie privée. Aussi, la collecte, l'enregistrement,

la conservation, la consultation et la communication de données à caractère personnel doivent procéder d'un motif d'intérêt général et être mises en œuvre de manière adéquate et proportionnée (décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017).

✓ La 3e raison justifiant de confirmer la position de la CNIL tient aux conséquences d'une solution généralisant la géolocalisation pour contrôler le temps de travail des agents en déplacement. Ces dispositifs de « filature électronique », révélant minute par minute la position exacte du véhicule du salarié toute sa journée de travail, apparaissent particulièrement intrusifs, une pratique à laquelle le juge est toujours vigilant. Ainsi, à propos de la filature d'un agent par un détective privé pour établir un cumul d'emplois interdit, le Conseil d'État a rappelé que la preuve des faits sur laquelle se fonde l'employeur ne devait pas méconnaître l'obligation de loyauté à laquelle il est tenu vis-à-vis de ses agents, relevant, dans l'affaire, que les constatations avaient été réalisées dans des lieux ouverts au public (CE n° 355201 M. B du 16 juillet 2014).

L'exclusion du contrôle du temps de travail

Or, la géolocalisation, en permettant de comparer les déclarations des intéressés à des relevés en temps réel, révélera sans doute des écarts sensibles mais aussi de quelques minutes, au risque de décortiquer le détail des trajets pour en contester la pertinence. Avec un risque de dérives certain, l'employeur pouvant reprocher le choix d'un trajet légèrement plus embouteillé qu'un autre, lui signaler un trajet alternatif, et s'immiscer dans ce qui relève de sa propre responsabilité. En outre, il aura connaissance de données non nécessaires, comme le lieu de sa pause méridienne.

Reprenant une jurisprudence constante permettant de reconnaître la licéité de la finalité d'un traitement (le suivi des étrangers objet d'une mesure d'éloignement) et d'en écarter une autre (le suivi des demandes de titre de séjour) (CE n° 312051 association SOS racisme du 30 décembre 2009), le juge refuse l'usage de la géolocalisation pour le contrôle du temps de travail mais l'admet pour la facturation.

La société fait valoir l'efficacité de son dispositif mais, conformément à la jurisprudence communautaire, le rapporteur public articule les critères de nécessité et de

proportionnalité (CJUE n° C 203/15 du 21 décembre 2016 *Télé2 Sveridge AB*). Comme l'indiquait l'avocat général dans cette affaire, dans l'absolu, on peut imaginer qu'une société généralise la géolocalisation, aucune autre mesure ne permettant d'atteindre le même degré d'efficacité dans la lutte contre les infractions. Mais cette mesure serait disproportionnée dans une société démocratique, compte tenu des inconvénients en résultant sur l'atteinte au droit à l'intégrité physique, au respect de la vie privée et à la protection des données personnelles. Le contrôle de proportionnalité s'effectue donc au regard de l'objectif acceptable dans une société démocratique et non de l'objectif maximal atteignable technologiquement.

Dans l'affaire, le rapprochement des outils de déclaration et de gestion du temps garantissent un contrôle satisfaisant du temps de travail, qui pourrait être renforcé par un système de badge s'agissant des locaux logistiques, voire même d'un système ponctuel de géolocalisation en début et en fin de mission. L'existence de ces moyens alternatifs ne justifiait pas la pratique de l'employeur.

CE n° 403776 Société Odéolis du 15 décembre 2017 et concl.

Des relations tendues ne justifient pas un refus d'entretien professionnel au nom du droit de retrait

■ Tout fonctionnaire, quel que soit son niveau, est responsable de l'exécution des tâches qui lui sont confiées et doit se conformer aux instructions de son supérieur, sauf si l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public, une faute professionnelle l'exposant à une sanction (articles 28 et 29 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983). L'employeur doit informer le fonctionnaire sous le coup d'une procédure disciplinaire qu'il a droit à la communication de son dossier, des documents annexes et à l'assistance des défenseurs de son choix. La décision finale doit être motivée (article 19 de la loi). Les sanctions sont réparties en 4 groupes dont le premier comporte notamment le blâme (article 89 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984).

Dans une affaire (CAA Nancy n° 16NC00333 M. A du 28 décembre 2017), le directeur territorial de l'ONF inflige un blâme à un technicien le 12 juin 2013, pour refus de se rendre à une convocation, manque de respect envers son responsable d'unité territoriale, conduite assimilable à de la provocation, incitation à la désobéissance et transgression caractérisée des règles fixées par la charte de messagerie électronique professionnelle.

En réalité, il lui reproche d'avoir refusé d'assister à son entretien annuel d'évaluation en 2011 puis 2012, et d'avoir régulièrement dénigré son supérieur direct, en particulier en prenant directement à témoin ses collègues de travail. Ces éléments sont établis par des écrits sans équivoque de l'intéressé.

La cour relève que l'entretien est obligatoire pour tous les fonctionnaires dont le statut particulier le prévoit, à charge pour le supérieur d'en fixer la date en fonction du calendrier de la CAP. À l'État, comme dans les collectivités locales, il porte notamment sur les résultats obtenus par l'agent au regard des objectifs qui lui ont été fixés et des conditions d'organisation et de fonctionnement du service. Il évoque également ses besoins en formation au regard des missions imparties et les perspectives d'évolution professionnelle du fonctionnaire

naire en termes de carrière et de mobilité (décret n° 2014-1526 du 16 décembre 2014).

L'ABSENCE DE DANGER GRAVE ET IMMINENT

Pour justifier son attitude, le fonctionnaire évoque l'exercice de son droit de retrait. De fait, si un agent a un motif raisonnable de penser que sa situation de travail présente un danger grave et immédiat pour sa vie ou sa santé, il en avise immédiatement son supérieur et peut se retirer de la situation. Aucune sanction ne peut être prise, aucune retenue de rémunération ne peut être effectuée à l'encontre de celui qui s'est retiré d'une telle situation, l'employeur ne pouvant pas demander à l'agent qui a fait usage de son droit de retrait de reprendre son activité tant que persiste ce danger grave et imminent. En cas de divergence sur la réalité du danger ou la façon de le faire cesser, le CHSCT est réuni sous 24 heures (article 5-1 du décret n° 85-603 du 10 juin 1985).

Dans l'affaire, le technicien évoque donc l'animosité récurrente de son supérieur à son égard. Si, en effet, leurs relations sont conflictuelles, elles ne sont pas telles que l'entretien aurait placé le technicien dans une situation présentant un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé, aucun élément ne permettant d'établir l'existence d'une altercation physique. En outre, la direction lui a proposé sans succès qu'un tiers assiste à l'entretien.

Le fonctionnaire n'avait donc aucune raison de le refuser et ne pouvait pas, a fortiori, obtenir la saisine du CHSCT et du médecin de prévention. En revanche, son attitude justifiait pleinement le prononcé d'un blâme. S'agissant de la motivation, l'arrêté vise bien les textes applicables, précise les griefs reprochés et indique de façon synthétique les raisons justifiant la sanction. En outre, l'employeur a notifié à l'agent, dès le 4 octobre 2012, le procès-verbal d'enquête disciplinaire qui expose de façon très détaillée les faits retenus. La mesure satisfait bien aux exigences de motivation.

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