

Préface

Ce recueil l'illustre une nouvelle fois, et ce peut être un motif de satisfaction pour la fonction publique territoriale et ses organes de gestion : contrairement à une opinion répandue, la fonction publique territoriale n'occupe pas une place particulièrement importante dans le contentieux de la fonction publique, ni en quantité, ni par l'importance des décisions rendues. Il y a là une sorte de miracle permanent dans la mesure où les élus locaux, tant par leur nombre que par leur diversité, sont a priori plus exposés que d'autres responsables administratifs à commettre des irrégularités ; il s'explique largement par le rôle de conseil assuré par les personnels des préfetures, des sous-préfetures et des centres de gestion.

Avec le décalage dû à la durée des procédures, le contentieux de la fonction publique fait écho aux questions qui alimentent le débat public général, et plus encore, bien entendu, la réflexion sur la modernisation de l'administration.

C'est l'ensemble de la société française qui exprime son attachement au principe de neutralité idéologique, et notamment religieuse du service public. La jurisprudence est fixée depuis fort longtemps ; ce qui change, c'est l'expression des manquements des agents à la neutralité religieuse. Ainsi en est-il de l'utilisation de l'adresse électronique d'une école d'ingénieurs à des fins personnelles d'échanges entrepris en qualité de membre d'une association religieuse ; et, comme on est dans le cadre de l'enseignement public, même supérieur, le Conseil d'Etat prend soin d'ajouter que l'agent de cette école a manqué au « principe de laïcité », qui ne fait pas double emploi avec « l'obligation de neutralité qui s'impose à tout agent public » également mentionnée dans l'arrêt (CE, 15 octobre 2003, M. Odent). Ce qui change aussi, ce sont les religions en cause dans ces affaires, si prégnantes qu'elles ignorent les limites de la vie administrative. Dans cette affaire M. Odent, on est en présence d'une sorte de secte. Dans une autre affaire, malheureusement plus classique, apparaît le problème du port du foulard islamique par une femme exerçant les fonctions de contrôleur du travail (CAA Lyon, 27 novembre 2003, Mlle Ben Abdallah) : le fait de porter un foulard dont le caractère religieux est expressément revendiqué est toujours une faute ; mais la Cour de Lyon précise avec soin que, pour apprécier la gravité de la faute, il faut tenir compte de l'ensemble des circonstances de l'espèce et en particulier « de la nature et du degré de caractère ostentatoire de ce signe, de la nature des fonctions confiées à l'agent, ainsi que de l'exercice par lui soit de prérogatives de puissance publique soit de fonctions de représentation ». Point n'est besoin de réunir une commission de sages pour retenir une analyse aussi conforme à notre tradition administrative...

Pour la fonction publique, et plus largement pour la gestion administrative, l'année 2003 a été marquée par un certain nombre d'études, d'ampleur et de portée variables, depuis le grand rapport du Conseil d'Etat sur l'avenir du système français de fonction publique jusqu'aux rapports de Silguy sur l'avenir de l'ENA en passant par l'étude du soussigné sur l'impact du droit communautaire en matière de fonction publique. La jurisprudence de 2003 ne peut évidemment pas encore prendre en compte les évolutions suggérées par ces études dont, du reste,

toutes les propositions n'ont pas (ou pas encore) été reprises dans des textes législatifs ou réglementaires ; elle permet cependant parfois de s'interroger sur le bien fondé de certains de leurs constats.

Ainsi la dimension européenne apparaît-elle timidement dès l'ouverture de ce recueil avec la question de l'assimilation des diplômes délivrés dans un autre Etat de l'Union Européenne aux diplômes français exigés pour se présenter aux concours de la fonction publique (CE, 3 novembre 2003, Mlle Bartzoka) : un diplôme de danse non reconnu par les autorités académiques grecques peut parfaitement être assimilé à un diplôme d'Etat français de professeur de danse si « le degré des connaissances et des qualifications » qu'il sanctionne le justifie ! Il n'est sans doute pas indifférent de relever que cet arrêt est de très peu postérieur au désormais célèbre arrêt Burbaud rendu le 9 septembre 2003 par la Cour de justice des Communautés européennes ; et peut-être devrait-on en déduire que le recueil annuel de jurisprudence élaboré par le CIG de la petite couronne gagnerait à intégrer désormais les décisions de la C.J.C.E. susceptibles d'affecter le droit français de la fonction publique.

Ainsi encore la jurisprudence confirme-t-elle souvent le diagnostic posé par le rapport du Conseil d'Etat selon lequel la gestion de la fonction publique est de type statutaire, c'est-à-dire plus tournée vers le formalisme juridique que vers la GRH. Est-il à cet égard raisonnable que les trois branches de la fonction publique soient cloisonnées au point que les textes imposent le remboursement des indemnités de formation lorsque le bénéficiaire passe de la fonction publique de l'Etat à la fonction publique hospitalière à l'issue de cette formation (CAA Bordeaux, 16 janvier 2003, Mme Barthet-Barateig) ? A l'inverse, on peut se demander pourquoi le régime de la disponibilité contraint une collectivité locale à réintégrer un agent sur un emploi qui ne correspond pas à ses aptitudes, pour la seule raison que cet emploi correspond à son grade (CAA Lyon, 18 mars 2003, M. Mialon). De même, il apparaît que le respect de la jurisprudence Ternon du Conseil d'Etat sur le retrait des actes administratifs a parfois des effets discutables : dès lors, en effet, que toute décision accordant un avantage financier crée des droits au profit de son bénéficiaire, il n'est pas possible de la retirer après l'expiration d'un délai de quatre mois suivant son édicton, alors même que l'autorité administrative était légalement tenue de refuser cet avantage (CAA Nancy, 15 mai 2003, Mme Feuerstein), et même si cette décision trouve sa source dans un acte administratif obtenu par fraude (CAA Marseille, 16 septembre 2003, Commune de La Valette du Var).

Le choix du cadre d'emplois était supposé permettre de donner plus de souplesse à la gestion de la fonction publique territoriale que ne le permet celui des corps, nombreux et spécialisés, de la fonction publique de l'Etat. Cette vertu s'estompe chaque fois que l'on crée un nouveau cadre d'emplois, et, contrairement à ce que l'on pouvait en attendre, le système du cadre d'emplois ne parvient pas à favoriser la mobilité géographique des agents. De plus, il n'évite pas les rigidités de la gestion statutaire ; c'est ainsi qu'un psychologue territorial ne peut pas légalement occuper les fonctions de directeur des ressources humaines parce qu'il appartient à un cadre d'emplois qui ne donne pas vocation à occuper des emplois

d'encadrement (CAA Marseille, 16 septembre 2003, Département du Vaucluse), même si, selon toute apparence, il avait précédemment donné toute satisfaction dans l'exercice de ces mêmes fonctions en tant que contractuel. Il est vrai que c'est souvent affaire de présentation, en tout cas de circonstances car cet arrêt précise qu'une telle nomination pourrait ne pas être illégale si la collectivité locale établissait l'existence de « circonstances issues de l'intérêt du service [qui] l'obligeraient à recruter un psychologue sur l'emploi du directeur des ressources humaines » ; la sanction n'en est pas moins rude car, au cas d'espèce, la nomination en qualité de stagiaire avec maintien de la rémunération et des fonctions de DRH est considérée comme une nomination pour ordre et, à ce titre, est déclarée nulle et de nul effet. Quoi qu'en pensent ou souhaitent certains élus locaux, le personnel d'une collectivité locale ne peut pas être géré comme celui d'une entreprise...

Ne caricaturons pas. Sur bien des points le juge vient au secours de l'employeur public qui attend de ses agents non seulement le respect du règlement, la présence au travail et la compétence technique mais en outre le minimum d'ardeur au travail qu'inclut l'expression traditionnelle de « sens du service public ». C'est ce que traduit l'idée de prise en compte du comportement général de l'agent, consacrée dans plusieurs domaines. Elle est classique en matière disciplinaire (ce qui a d'ailleurs pour effet d'inciter l'autorité compétente à la plus grande vigilance dans le choix de la sanction puisque le même fait ne pourra pas être sanctionné deux fois : voir CAA Lyon, 14 janvier 2003, C.H.U. de Saint-Etienne) ; mais on la retrouve aussi en matière de licenciement pour « insuffisance professionnelle », cette notion ne visant pas seulement les compétences techniques mais englobant le « comportement d'ensemble » qui permet de ne pas titulariser un stagiaire manquant de « diligence, de bonne volonté et d'intérêt pour ses fonctions » (CAA Lyon, 15 juillet 2003, M. Cluchat) ; on la rencontre encore dans le régime de l'attribution de la prime de rendement dès lors que celle-ci est accordée, entre autres critères, en fonction « de la qualité des services rendus » (CAA Bordeaux, 30 octobre 2003, M. Coïc) ; on la rencontre enfin, dans le présent recueil, en matière de refus de renouvellement d'un contrat à durée déterminée opposé à un agent contractuel : dès lors que le renouvellement du contrat n'est pas un droit, il suffit que son « comportement » ou son « activité » n'ait pas donné « entière satisfaction » pour que la collectivité publique puisse légalement refuser de renouveler le contrat, alors même que ce « comportement » n'aurait pu justifier un licenciement pour insuffisance professionnelle (CAA Nantes, 21 février 2003, Mlle Lepré).

Le recours à ces agents contractuels, déjà largement pratiqué et semble-t-il, appelé à se développer, est-il donc de nature à remédier aux inconvénients des rigidités statutaires ? Rien n'est moins sûr car, on le sait, le caractère contractuel du lien qui unit l'agent à son administration employeur est en grande partie fictif. Certes, les collectivités territoriales disposent de certaines possibilités pour recruter des contractuels : il leur suffit en principe de faire publier la vacance des emplois correspondants, d'attendre un « délai raisonnable » propre à permettre aux agents titulaires de faire acte de candidature, de ne retenir aucune candidature d'agent titulaire et de créer les emplois de contractuels souhaités ; c'est long (encore que le « délai raisonnable » peut être réduit à deux mois) et assez complexe, mais c'est régulier

(CAA Nancy, 20 février 2003, Commune de Vesoul). Encore faut-il que les circonstances permettent d'établir l'impossibilité de pourvoir l'emploi par un agent titulaire ; or cette dernière condition s'applique non seulement lors du recrutement initial mais aussi lors du renouvellement éventuel du contrat (CAA Paris, 11 mars 2003, M. Prat).

De plus, le juge est attentif à ce que les administrations n'usent pas de ce qu'il semble considérer comme des subterfuges pour échapper aux contraintes juridiques. Il n'hésite ainsi pas à requalifier en contrat de droit public un CES conclu par une association para-administrative (CAA Nancy, 20 mars 2003, Mme Payeur) ou à censurer la création d'emplois non conforme aux règles posées par l'article 34 de la loi du 26 janvier 1984, par exemple sous la forme d'une approbation d'un « état des effectifs » par l'organe délibérant de la collectivité locale (CAA Bordeaux, 29 avril 2003, Commune de Toulouse).

Possible, mais donc strictement encadré, le recours aux contractuels déclenche l'application d'une série de règles, parfois purement jurisprudentielles, qui ne sont ni celles du statut général des fonctionnaires ni celles du code du travail. On peut ainsi continuer à s'étonner de l'indulgence que le droit administratif accorde à des administrations dont le comportement serait sans doute sanctionné par les juridictions prud'homales, qu'il s'agisse du non respect du nombre d'heures de travail prévues dans un contrat écrit, entraînant une diminution corrélative de la rémunération (CAA Nancy, 10 avril 2003, M. Moinet) ou de l'impossibilité de considérer comme un CDI un contrat verbal dont l'exécution s'est poursuivie depuis plus de quinze ans (CAA Paris, 10 juillet 2003, Commune de Fontainebleau) ; dans ce dernier cas, d'ailleurs on peut se demander si la solution retenue est compatible avec les directives européennes sur le travail à durée déterminée. Il n'est pas non plus interdit de regretter qu'il soit impossible à une collectivité locale de négocier le licenciement d'un agent contractuel dans des conditions différentes de ce que prévoit le décret n°88-145 du 15 février 1988 relatif, notamment aux indemnités de licenciement (CAA Marseille, 24 juin 2003, Ville de Marseille), preuve supplémentaire, s'il en est encore besoin, que les agents contractuels sont bien dans une situation légale et réglementaire.

Pour l'essentiel, le droit de la fonction publique n'est rien d'autre que du droit administratif général appliqué à des décisions ou des contrats administratifs dont seul l'objet est un peu particulier. Il est donc logique qu'il suive les évolutions du droit administratif général. Mais c'est précisément à cela qu'on en revient toujours depuis que, dès 1947, le professeur Rivero a esquissé une comparaison entre droit du travail et droit de la fonction publique¹ : sans remettre en cause la nécessité de soumettre à un régime juridique spécial les personnels qui sont affectés au service du public, est-il certain que le droit administratif, dont la vocation est de plus en plus clairement de régir les relations entre l'administration et les administrés, soit adapté aux exigences d'une gestion efficace des ressources humaines ? Si cette question n'est pas en elle-même impertinente, c'est bien avant tout à propos des établissements publics et surtout des collectivités territoriales, à qui s'applique le principe de libre administration des collectivités locales, qu'il convient de la poser.

Jean-Michel Lemoyne de Forges

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

1. J. Rivero, *Vers la fin du droit de la fonction publique*, Dalloz 1947, chron. XXXV, p. 34.