

Préface

L'année 2008, marquée par les 25 ans du titre I^{er} du statut général des fonctionnaires, l'a été aussi par de nombreuses et importantes décisions des juridictions administratives qui ont contribué à l'interprétation de ce statut et notamment de son titre III, relatif à la fonction publique territoriale, dont on célébrera également, en 2009, les 25 ans.

On ne peut, donc, que se réjouir que le centre interdépartemental de gestion de la petite couronne publie cette année encore le recueil des principaux arrêts et décisions rendus par les cours administratives d'appel et le Conseil d'État. Car, si les textes statutaires constituent le fondement du droit applicable aux agents territoriaux, ce droit est aussi largement issu de la jurisprudence administrative, tant en raison de la complexité des textes en cause que, trop souvent, de leurs imprécisions, voire, parfois, de leurs contradictions.

Tout gestionnaire des ressources humaines d'une collectivité territoriale de la petite couronne, mais aussi du reste de la France, se devrait, donc, de posséder et de consulter les recueils édités année après année, depuis 1995, par le centre interdépartemental de gestion de la petite couronne, pour sécuriser les décisions qu'il prend au quotidien, dans l'intérêt de la collectivité et de ses agents et, dans l'espoir aussi de voir progressivement diminuer les contentieux.

Classé par thème abordant tous les aspects de la vie professionnelle d'un agent public, depuis son entrée dans la fonction publique, sa carrière, la cessation de ses fonctions et la discipline, jusqu'à la rémunération ou la procédure contentieuse, le présent recueil constitue un guide complet et facile d'utilisation.

Nous ne pouvons, bien sûr, dans le cadre de la présente préface, aborder toutes les décisions qui ont été rendues en 2008, mais nous voudrions nous concentrer sur quelques-unes, en insistant sur deux thèmes qui nous paraissent essentiels aujourd'hui : l'importance des droits acquis, d'une part, et la nécessité de mieux sécuriser les décisions prises en matière de fonction publique.

On sait depuis longtemps que la notion et surtout le régime des actes créateurs de droits sont parmi les questions les plus délicates et des plus controversées du droit administratif. Le Conseil d'État en avait bouleversé le régime par sa décision Ternon (CE, Assemblée, 26 octobre 2001, Rec. CE p. 497), en créant de toutes pièces un délai de retrait de quatre mois à compter de la prise de la décision, déconnecté du délai de recours contentieux de deux mois, mais sans définir précisément toutes les conditions de retrait et d'abrogation. Plusieurs décisions sont intervenues par la suite pour

compléter ce cadre juridique, notamment la décision M^{me} Soulier (CE, Section, 6 novembre 2002, Rec. CE p. 369) jugeant que sont créateurs de droits les actes à caractère pécuniaire et la décision Assistance publique - Hôpitaux de Marseille (CE, Section, 29 novembre 2002, Rec. CE, p. 414), qui précise que, si un acte obtenu par fraude ne peut jamais être créateur de droits, l'administration est, néanmoins, tenue de le respecter tant qu'elle ne l'a pas rapporté.

Pour autant, le tableau était loin d'être achevé et continue à évoluer au fil des ans.

En 2008, deux décisions importantes sont venues y apporter de nouvelles touches, dans le domaine spécifique de la fonction publique, témoignant du souci du Conseil d'État de renforcer encore la protection conférée par le caractère créateur de droits d'un acte administratif.

Par la décision de Section, Cavallo, du 31 décembre 2008, le Conseil d'État a précisé, de façon très pédagogique, les droits qu'un agent contractuel recruté illégalement tire de son contrat. Il a jugé que, non seulement, le contrat, en tant qu'il constituait une décision de recrutement, était créateur de droits pour l'agent, mais qu'il en allait de même des stipulations de ce contrat. Pour autant, de même que les fonctionnaires, qui sont dans une situation statutaire et réglementaire, n'ont pas droit au maintien de cette situation, le caractère créateur de droits de ces stipulations ne donne pas à l'agent contractuel recruté illégalement le droit au maintien de sa situation illégale ; la collectivité doit s'efforcer de régulariser sa situation et de le placer dans une position régulière et, en cas d'impossibilité, doit le licencier en respectant les modalités de licenciement, notamment de préavis et d'indemnisation, prévues par les textes.

Par la décision Portalis, (CE, Section, 14 mars 2008), rendue en matière de fonction publique militaire mais transposable aux trois fonctions publiques, le Conseil d'État a précisé les conditions de retrait et d'abrogation d'une décision accordant la protection à un agent public : une telle décision étant créatrice de droits, la protection, une fois accordée, ne peut plus être retirée, au sens strict, plus de quatre mois après sa signature, même si l'autorité administrative s'aperçoit, notamment dans le cadre de la procédure pénale, qu'une faute personnelle, excluant la protection, a été commise. En revanche, dans un tel cas, la décision accordant la protection peut être abrogée, c'est-à-dire « retirée » pour l'avenir. Et le Conseil d'État a fait application de cette grille de lecture dans la décision du 23 juillet 2008, M. Ménage.

Plusieurs autres décisions méritent d'être citées : le Conseil d'État a, ainsi, jugé qu'un arrêté portant avancement de grade, même illégal, n'était pas un acte inexistant mais bien une décision créatrice de droits, qui ne pouvait plus être retirée au-delà de quatre mois (CE, 7 août 2008, M^{me} Le Cointe) ou que le maintien illégal d'un fonctionnaire en situation d'activité, même résultant du fait qu'une collectivité a omis de prendre une décision, était créateur de droits, ce qui imposait à la Caisse des dépôts et consignations d'en tirer toutes les conséquences sur les droits à pension de cet agent (CE, 17 décembre 2008, M^{me} Jorion). Enfin, bien que le présent recueil soit consacré à l'année 2008, nous voudrions signaler qu'il faut rester prudent s'agissant de la portée de la décision du 12 décembre 2008, Commune d'Ignaux, qui juge que le

versement à un agent de son traitement, même en l'absence de service fait, constitue une décision implicite d'octroi d'un avantage financier, créatrice de droits, qui ne peut être retirée que dans le délai de quatre mois et, plus généralement, s'agissant de l'avenir de la jurisprudence issue de l'avis contentieux Fort (CE, avis, 3 mai 2004, Rec. CE p. 194), en raison de l'adoption par la Section du contentieux du Conseil d'État de la décision Fontenille du 12 octobre 2009, qui sera certainement commentée l'année prochaine.

L'autre aspect que nous voudrions souligner dans les décisions de l'année 2008 est l'effort accompli par le juge pour mieux prendre en compte les besoins de sécurité juridique des collectivités territoriales. L'un des objectifs de la jurisprudence doit, en effet, être de créer un cadre juridique clair et stable pour les autorités publiques.

Ainsi, une décision du 12 décembre 2008, Service départemental d'incendie et de secours de la Meuse, rappelle les conditions dans lesquelles l'autorité territoriale peut préciser les critères de notation de ses agents tels qu'ils sont fixés par les textes réglementaires : elle peut décliner chaque critère prévu par le décret en sous critères, en fonction des caractéristiques propres du service concerné et de ses besoins, mais elle ne peut pas ajouter de nouveaux critères à ceux qui sont prévus par le décret, ce qui assure l'homogénéité, sur tout le territoire national, des critères de notation, quelle que soit l'autorité territoriale concernée, tout en laissant une marge de souplesse suffisante aux gestionnaires des ressources humaines. De même, le Conseil d'État a jugé que l'agent qui démissionnait était tenu de respecter le délai de préavis fixé par le décret du 15 février 1988, qui s'impose à lui, mais aussi à la collectivité territoriale. La décision laisse, toutefois, ouverte la possibilité d'un accord entre l'agent et la collectivité pour écarter ce préavis (12 décembre 2008, M. Camilleri).

En revanche, quelques rares décisions de l'année passée nous paraissent plus critiquables du point de vue de la sécurité juridique, même si elles ont certainement de solides fondements en droit. La première d'entre elles, pourtant rendue en Section, est la décision du 18 juillet 2008, M^{me} Baysse, par laquelle le Conseil d'État a considéré qu'un jury de concours ou d'examen professionnel ne pouvait pas se fixer la règle selon laquelle dès l'instant où l'un de ses membres connaissait l'un des candidats, il devait se déporter. Si le Conseil d'État a, à juste titre, rappelé l'importance du principe d'impartialité et la nécessité pour les membres de jurys de s'abstenir de participer aux délibérations relatives à un candidat avec lequel ils auraient des liens, personnels ou professionnels, de nature à influencer sur leur appréciation, on peut être plus sceptique sur le reste de son raisonnement, aux termes duquel, dès lors qu'il incombe en principe aux membres des jurys de siéger dans les jurys auxquels ils ont été nommés et que la circonstance que le simple fait de connaître un candidat ne porte pas atteinte au principe d'impartialité, la pratique systématique ci-dessus évoquée entache l'examen professionnel d'irrégularité.

Si l'on comprend que le Conseil d'État veuille rappeler, alors que l'on sait qu'il est de plus en plus difficile d'organiser des jurys pour les examens et concours, que la circonstance qu'un membre du jury connaisse un candidat ne le disqualifie pas, par

principe, pour délibérer sur ce candidat, il est clair que l'interdiction faite par la décision M^{me} Baysse d'adopter une attitude systématique va compliquer, à notre avis inutilement, la vie des jurys d'examens et de concours. La règle adoptée par le jury dans cette affaire était peut-être brutale, mais elle avait le mérite de la simplicité et l'on voit mal en quoi elle portait atteinte au principe d'égalité entre les candidats ou aux règles d'organisation des concours. La solution du cas par cas imposée par le Conseil d'État est peut-être plus juste d'un point de vue juridique mais elle est pratiquement très difficile à mettre en œuvre et risque d'être source d'une certaine insécurité juridique.

Il en va de même de la décision M. Bazert (7 juillet 2008), jugeant que le fait pour un fonctionnaire territorial d'être en situation de décharge partielle de service pour exercer une activité syndicale ne le prive pas du droit de percevoir les primes de service et de rendement qui lui étaient versées au titre de ses fonctions. Parfaitement justifiée au regard de l'importance du droit syndical dans la fonction publique, cette décision ne manque, toutefois, pas de susciter quelques interrogations, compte tenu des décisions déjà adoptées par le Conseil d'État pour d'autres positions et/ou d'autres indemnités. On constate, ainsi, que l'agent qui bénéficie d'une décharge pour exercer une activité syndicale a droit, en application de cette décision Bazert, au versement de la prime de service et de rendement, puisqu'il est réputé être en activité, mais qu'il n'a pas droit à la NBI parce qu'il n'exerce pas effectivement ses fonctions (CE, 27 juillet 2005, M^{me} Mace, Rec. CE Tables p. 693). Inversement, l'agent qui est en congé de maladie, ce qui est également une position d'activité aux termes de l'article 57 de la loi du 26 janvier 1984, a droit au versement de la NBI, mais n'a pas droit au versement d'une prime de rendement au motif qu'il n'exerce pas effectivement ses fonctions (CE, 11 septembre 2006, Office public d'habitation à loyer modéré de la ville d'Aubervilliers, n° 252 517).

En ce domaine, une clarification législative serait bienvenue.

On ne peut, enfin, qu'espérer que la moisson de l'année 2009 sera aussi riche que celle de 2008.

Emmanuel GLASER
Conseiller d'État