N° 402500

M. S...

7ème et 2ème chambres réunies

Séance du 5 décembre 2016

Lecture du 23 décembre 2016

CONCLUSIONS

M. Olivier HENRARD, rapporteur public

1. M. Vincent S... a été recruté sous contrat pour une durée de trois ans par le ministère de la défense, à compter du 1^{er} mars 2013. Quelques jours après son recrutement il se plaint de ce que la mission qu'on lui confie ne correspond pas à celle pour laquelle il a été recruté. Il cesse de se rendre à son travail à compter du 22 avril 2013. Il est radié des cadres pour abandon de poste à compter du 26 août 2013. Toutefois le ministre va retirer cette décision le 16 juin 2014, quelques jours avant une audience devant le juge des référés du tribunal administratif de Melun qui va donc prononcer un non-lieu. Le ministre de la défense ne réintègre pas pour autant l'intéressé en dépit de ses demandes en ce sens. Il saisit donc à nouveau le juge des référés, lequel suspend par une ordonnance du 30 mars 2015 le refus implicite de le réintégrer et enjoint à l'administration de procéder à cette réintégration. Cependant le ministre de la défense prononce à son encontre, le 6 juillet 2015, une « *décision* » de licenciement pour suppression de poste et engage la procédure de reclassement prévue par l'article 45-5 du décret du 17 janvier 1986 relatif aux agents contractuels de l'Etat¹ dans sa version issue d'un décret modificatif du 3 novembre 2014² - qui fait l'objet de la présente demande d'avis.

M. S... a saisi le tribunal administratif de Melun le 2 septembre 2015 et demandé l'annulation, notamment, de cette décision. Il a présenté également des conclusions indemnitaires. Toutefois le ministre, par deux arrêtés du 7 octobre 2015, l'a réintégré à compter de la date de sa radiation et l'a placé en congé sans rémunération pour une durée de trois mois. Le 8 octobre 2015, trois propositions de reclassement lui ont été proposées et M. S... a pris ses nouvelles fonctions le 1^{er} novembre 2015. Quatre mois plus tard, le 29 février 2016, son contrat de trois ans est arrivé à échéance et il n'a pas été renouvelé.

Le ministre de la défense, qui a versé à l'intéressé la somme de 75 904 euros pour les pertes de rémunérations subies pendant la période où il est demeuré sans affectation, conclut au non-lieu. Le tribunal administratif, par un jugement du 28 juillet 2016, a sursis à statuer et vous saisit d'une demande d'avis, sur le fondement de l'article L. 113-1 du code de justice administrative, tendant à l'interprétation des dispositions du décret du 3 novembre 2014.

¹ Décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'Etat pris pour l'application de l'article 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat

² Décret n° 2014-1318 du 3 novembre 2014 modifiant le décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'Etat pris pour l'application de l'article 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat

Cette demande est recevable : la mesure de licenciement pour suppression de poste assortie d'une procédure préalable de reclassement est un mécanisme nouveau instauré par le décret du 3 novembre 2014, les questions qu'il soulève ne sont pas dépourvues de sérieux et elles sont susceptibles de se poser dans de nombreux litiges compte tenu du nombre de contractuels de l'Etat (environ 15% des effectifs soit 370 000 agents).

2. Il nous faut décrire en deux mots le mécanisme objet du questionnement du tribunal.

L'article 45-3 du décret de 1986, dans sa version résultant du décret de 2014, prévoit que le licenciement d'un agent contractuel recruté pour répondre à un besoin permanent doit être justifié par l'un des quatre motifs suivants : 1° suppression du besoin ou de l'emploi qui a justifié le recrutement de l'agent ; 2° transformation de ce besoin ou emploi, lorsque l'adaptation de l'agent n'est pas possible ; 3° recrutement d'un fonctionnaire ; 4° refus par l'agent d'une modification d'un élément substantiel du contrat qui lui est proposée en cas de transformation du besoin ou de l'emploi qui a justifié son recrutement.

Le I de l'article 45-5 prévoit qu'un tel licenciement ne peut être prononcé que lorsque le reclassement de l'agent n'est pas possible. Et le II met en place une procédure destinée à mettre en œuvre ce principe. En substance, après avoir respecté une procédure contradictoire, l'administration qui envisage de licencier l'agent lui notifie une « *décision* » qui précise les motifs du licenciement et invite l'intéressé à présenter une demande de reclassement dans un délai qui varie, selon son ancienneté, de quatre jours à un mois.

Ce n'est que dans l'hypothèse où l'agent refuse le principe même du reclassement ou ne le demande pas dans les délais impartis (IV), ou lorsqu'il a demandé ce reclassement mais que celui-ci se révèle impossible (V) que le licenciement intervient. Précisons enfin que dans l'hypothèse où l'agent a formulé une demande de reclassement qui n'a pu être satisfaite avant l'issue d'un préavis dont la durée est du double de celle du délai pour présenter sa demande, l'agent est placé en congé sans traitement pour une durée maximale de trois mois, dans l'attente de son reclassement ou, à défaut, de son licenciement.

Avec ces dispositions, le Gouvernement a tenté de traduire certaines solutions dégagées par votre jurisprudence, s'agissant notamment du principe général du droit imposant à l'administration l'obligation de chercher à reclasser les agents contractuels recrutés en CDI avant de les licencier, soit pour les remplacer par un fonctionnaire (CE, Avis, Sect., 25 septembre 2013, *Mme S...*, n°365139, p. 233), soit parce que leur emploi est supprimé (CE, 10 octobre 2014, *Département des Alpes-Maritimes*, n°365052, T. p. 500-723-725).

3. Les deux premières questions posées par le tribunal administratif concernent la décision qui engage la procédure. Nous citons les principales dispositions du II de l'article 45-5 :

« Lorsque l'administration envisage de licencier un agent (...), elle convoque l'intéressé à un entretien préalable (...). A l'issue de la consultation de la commission consultative paritaire (...) elle lui notifie sa décision (...). / Cette lettre précise le ou les motifs du licenciement et la date à laquelle celui-ci doit intervenir (...). / Cette lettre invite également l'intéressé à présenter une demande écrite de reclassement, dans un délai correspondant à la moitié de la

durée du préavis (...) et indique les conditions dans lesquelles les offres de reclassement sont susceptibles de lui être adressées. ».

Les deux questions sont en substance les suivantes : la décision mentionnée au II fait-elle grief et doit-elle être susceptible de recours à ce titre ? Y a-t-il lieu, dans l'affirmative, de distinguer le cas où l'agent refuse ou ne demande pas à être reclassé, de celui dans lequel il présente une demande de reclassement ?

Le Premier ministre soutient, sur la première question, que les effets de la décision ne sont pas immédiats : ils ne se concrétisent par un licenciement que si le reclassement n'intervient pas, pour une raison ou pour une autre : soit du fait de l'agent, soit du fait de l'impossibilité pour l'administration de le reclasser. Il faudrait ainsi distinguer trois hypothèses :

- celle du IV, où l'agent refuse explicitement le bénéfice de la procédure de reclassement ou bien ne forme pas de demande en ce sens : ce refus entraînerait la mise en œuvre du licenciement, sans plus de formalités ; en pareil cas seulement, la décision initiale ferait grief, car elle produit ses effets sans qu'une autre décision intervienne ;

. en revanche dans le cas de figure prévu au V, où l'agent demande à être reclassé mais où ce reclassement échoue du fait de l'administration ou de l'agent lui-même, une nouvelle décision de licenciement est prise ; la décision initiale serait alors une simple mesure préparatoire, seule le licenciement *in fine* ferait grief ;

. enfin, la décision initiale ne ferait pas non plus grief dans l'autre branche de l'alternative : celle où l'agent est reclassé, car dans ce cas il peut contester la décision de reclassement.

Nous ne vous proposons pas d'adopter cette thèse, pour plusieurs raisons.

Outre que les termes mêmes du décret évoquent une « décision », nous ne voyons pas d'autre exemple d'acte dont la portée – décisive ou non – serait à ce point variable en fonction des réactions de son destinataire.

Surtout, quelle que soit la branche de l'alternative (reclassement / non reclassement) et dans ce dernier cas, quelle que soit l'hypothèse (absence de demande, refus du principe du reclassement / refus du poste proposé / impossibilité de reclasser), la décision visée au II a dans tous les cas pour effet de priver l'agent de son emploi tel qu'il résulte de son contrat. Elle fait donc grief à ce titre, quel que soit le sort réservé *in fine* à l'agent à l'issue de la procédure.

Il est vrai qu'un agent ne tient pas de son contrat le droit de conserver l'emploi pour lequel il a été recruté, lorsque l'autorité administrative entend affecter un fonctionnaire sur cet emploi (cf. jurisprudence précitée *Mme S...* du 25 septembre 2013 n°365139). En pareil hypothèse, l'administration a donc bien le droit de licencier son contractuel. Toutefois, le recours ouvert contre l'acte initial permettra au juge de vérifier que l'on se situe bien dans l'un des cas de licenciement envisagés par l'article 45-3.

Vous répondrez donc positivement à la première question. Quant à la deuxième question, la réponse sera négative pour les mêmes raisons que nous venons d'exposer.

3. Les deux questions suivantes sont relatives aux trois types de décisions sur lesquelles est susceptible de déboucher la décision initiale visée au II de l'article 45-5 : reclassement, placement en congé sans traitement dans l'attente d'un reclassement, ou licenciement.

3.1. Il vous est d'abord demandé si ces décisions doivent être formalisées.

i) La réponse est évidente dans le cas où l'agent formule une demande de reclassement et où l'administration fait droit à cette demande, puisqu'elle doit alors conclure un nouveau contrat ou un avenant au contrat initial.

ii) Il en va de même de la décision par laquelle l'agent qui demande son reclassement est placé en congé sans traitement à l'issue du préavis, pour une durée maximale de trois mois, dans l'attente que cette demande aboutisse : cette position ne peut résulter que d'une décision formalisée. C'est l'hypothèse du présent litige.

iii) La dernière série de cas de figure est celle dans laquelle le reclassement n'a pas lieu et où l'agent est licencié : soit qu'il refuse explicitement tout reclassement, soit qu'il ne présente pas de demande, soit qu'il refuse finalement le reclassement proposé ou, enfin, que le reclassement s'avère impossible. Le Premier ministre soutient que le licenciement *in fine* n'a alors pas à être formalisé, car il a été annoncé dans la décision initiale. Nous ne pouvons toutefois adhérer à ce raisonnement. Le licenciement ne peut pas échapper à une formalisation et la circonstance qu'il ait été envisagé par la décision initiale prévue au II ne suffit pas à satisfaire les exigences de sécurité juridique. En effet, il doit être possible de contester les vices propres de ce licenciement qui peuvent tenir, soit au non-respect de la procédure qui a fait suite à la décision initiale, soit au défaut des motifs qui fondent le licenciement *in fine* : non-présentation d'une demande dans les délais, refus du principe même du reclassement ou du reclassement proposé, impossibilité du reclassement.

3.2. La quatrième question comporte deux aspects.

Le premier volet porte sur le caractère d'acte faisant grief des différentes décisions dont nous venons de confirmer qu'elles doivent être formalisées. La réponse est ici positive, pour les mêmes raisons que nous venons d'énoncer.

Le second volet porte sur les liens existant entre, d'une part, la décision initiale et, d'autre part, les trois types décisions en aval : le reclassement dans un nouvel emploi, le placement en congé dans l'attente du reclassement, ou enfin le licenciement.

i) Tout d'abord, l'annulation pour excès de pouvoir de la décision initiale emporte-t-elle par voie de conséquence l'annulation des décisions suivantes?

La réponse sur ce point n'est pas douteuse car nous nous situons très précisément dans le cas de figure envisagé par votre avis CE, Avis, Sect., 30 décembre 2013, *Mme O...*, n° 367615, p. 242 : à savoir celle de « *décisions administratives consécutives qui n'auraient pu légalement être prises en l'absence de l'acte annulé ou qui sont en l'espèce intervenues en raison de l'acte annulé* ». La disparition de la décision prévue au II emporte donc, lorsque le juge est saisi de conclusions recevables à leur encontre, l'annulation par voie de conséquence des décisions de reclassement, de placement en congé sans traitement ou de licenciement.

ii) Il nous reste alors à examiner le point de savoir si l'agent peut utilement exciper, à l'appui d'un recours dirigé contre ces différentes décisions, de l'illégalité de la décision initiale, y compris dans le cas où cette décision est devenue définitive.

Il résulte de vos décisions CE, Sect., 25 février 2005, *Association « Préservons l'avenir à Ours Mons Taulhac »*, n° 248060, p. 83 et CE, Sect., 11 juillet 2011, *S... et autre*, n°320735, p. 346, que « *L'illégalité d'un acte administratif, qu'il soit ou non réglementaire, ne peut être utilement invoquée à l'appui de conclusions dirigées contre une décision administrative que si cette dernière a été prise pour son application ou s'il en constitue la base légale (...)* ».

En l'espèce, on peut discuter la question de savoir si les décisions prononçant le reclassement, le placement en congé sans traitement, ou le licenciement, ont été prises pour l'application de la décision initiale prévue au II de l'article 45-5. Cela nous semble être le cas, dans la mesure où cette dernière doit nécessairement déboucher sur l'une ou l'autre de ces décisions pour trouver sa complète application. Il y a donc bien un lien fonctionnel entre elles. En tout état de cause, la décision initiale constitue sans aucun doute la base légale des décisions finales. Vous avez ainsi jugé que la délibération d'un conseil municipal supprimant un poste de fonctionnaire constituait la base légale de la décision du maire mettant l'intéressé à disposition du centre de gestion de la fonction publique territoriale : CE, 19 janvier 2015, *Mme P...*, n°375283, T. p. 722-735.

Ajoutons que cette solution nous semble particulièrement opportune. En effet, il nous semble souhaitable de prévenir le développement d'un contentieux de précaution dirigé contre la décision initiale, tentation à laquelle pourraient céder les agents si on leur fermait la possibilité d'exciper de l'illégalité de cette décision contre les actes ultérieurs.

Qu'en est-il toutefois quand la décision initiale est devenue définitive au moment où intervient l'une des décisions finales?

Ce cas de figure pourra se révéler fréquent. Nous pensons notamment à l'hypothèse – qui est celle du litige – où l'agent a demandé son reclassement. La durée dont dispose alors l'administration pour chercher à le reclasser sans avoir à le placer en congé sans traitement peut atteindre deux mois et cette dernière position peut se prolonger jusqu'à trois mois.

Selon votre avis *Mme O...* déjà cité du 30 décembre 2013 (n°367615), l'exception d'illégalité n'est recevable, s'agissant d'un acte non réglementaire « *que si l'acte n'est pas devenu définitif à la date à laquelle elle est invoquée, sauf dans le cas où l'acte et la décision ultérieure constituant les éléments d'une même opération complexe, l'illégalité dont l'acte serait entaché peut être invoquée en dépit du caractère définitif de cet acte.* ».

Le Premier ministre soutient que la procédure de licenciement constitue une opération complexe et que l'agent peut en conséquence attendre l'intervention de l'une ou l'autre des décisions finales pour contester la légalité de la décision initiale prévue au II de l'article 45-5.

Cependant, le lien entre les décisions d'une opération complexe doit être tel qu'elles forment « *une opération administrative unique* » : CE, 26 octobre 2012, *Mme C...*, n°346 947, T. p. 535-940-1021-1029. Ainsi, la décision finale doit être la « *conséquence inéluctable* » des décisions en amont et celles-ci doivent avoir été « *spécialement prévues en vue de* » celle-là :

CE, 17 décembre 2003, *Centre national de la fonction publique territoriale*, n°253261, T. p. 628-827-828-842-905,

Il en résulte, en matière de fonction publique territoriale, que « *ni la décision mettant fin au détachement d'un fonctionnaire, ni le refus de lui proposer un ou plusieurs emplois [ne sont] des mesures spécialement prévues en vue de la remise de l'intéressé à la disposition du CNFPT, laquelle n'en est pas davantage la conséquence inéluctable* » (décision citée *Centre national de la fonction publique territoriale*).

En l'espèce la décision initiale, nous l'avons dit, doit déboucher sur l'une des trois décisions finales pour être entièrement exécutée. Chacune d'entre elles ne constitue donc qu'une des conséquences possibles de la première : aucune ne revêt donc un caractère « *inéluctable* ». Nous ne nous trouvons donc pas dans une hypothèse d'opération complexe.

Il en résulte que l'agent ne sera recevable à soulever, à l'appui d'un recours dirigé contre l'une des trois décisions finales, un moyen tiré de l'exception d'illégalité de la décision initiale que si celle-ci n'est pas devenue définitive.

Cette solution n'exclut pas, bien entendu, que lorsque la décision finale prend la forme du licenciement, l'agent puisse soulever contre cette mesure le moyen tiré de ce qu'elle n'est pas justifiée par l'un des quatre motifs limitativement énumérés à l'article 45-3, auxquels renvoie le I de l'article 45-5. Une telle possibilité contribuera, avec l'exception d'illégalité, à prévenir le contentieux de précaution contre la décision initiale.

4. Les réponses que vous aurez ainsi réservées aux questions 3 et 4 privent d'objet, respectivement, les questions 5³ et 6⁴.

Tel est le sens de nos conclusions.

³ « Si l'administration n'est pas tenue de prendre d'autres décisions que celle prévue au II de l'article 45-5, la prise d'effet de cette décision étant seulement suspendue, cette prise d'effet fait-elle repartir le délai de recours, et l'agent peut-il alors se prévaloir à l'appui de sa contestation de celle-ci d'irrégularités entachant la procédure de reclassement ? »

⁴ « Si l'agent est en définitive reclassé et n'a pas exercé jusque-là son droit de recours contre la décision initiale de licenciement, est-il encore recevable à contester celle-ci, notamment le motif de son licenciement ? »