

N° 390396

M. D...

4^{ème} et 5^{ème} chambres réunies

Séance du 6 janvier 2017

Lecture du 18 janvier 2017

CONCLUSIONS

M. Frédéric DIEU, rapporteur public

M. D ..., qui est d'origine chinoise, a été titularisé en qualité de professeur agrégé de mathématiques à compter du 1^{er} septembre 2007. Plusieurs inspections réalisées entre 2007 et 2011 ont révélé qu'il rencontrait d'importantes difficultés dans l'exercice de ses fonctions. En conséquence, M. D... a été mis à la disposition du Centre national d'enseignement à distance (CNED) de décembre 2011 à avril 2012. Il n'a cependant pas davantage donné satisfaction au directeur du site de Vanves du CNED qui s'est opposé à son maintien dans l'établissement.

Finalement, par un arrêté du 31 juillet 2013, le ministre de l'éducation nationale a prononcé son licenciement pour insuffisance professionnelle.

M. D... se pourvoit contre l'arrêt du 23 mars 2015 de la cour administrative d'appel de Paris qui a confirmé le rejet par le tribunal administratif de Paris de sa demande tendant à l'annulation de cet arrêté.

M. D... reprochant d'abord à l'administration de n'avoir pas cherché à le reclasser avant de le licencier, vous devrez vous prononcer sur la question de savoir si l'administration qui envisage de licencier un fonctionnaire de l'Etat pour insuffisance professionnelle doit préalablement chercher à le reclasser.

La réponse, négative, que nous vous proposerons d'apporter à cette question, qui est propre au contentieux de la fonction publique, vous conduira elle-même à vous interroger sur le maintien de la jurisprudence selon laquelle le licenciement pour insuffisance professionnelle des salariés protégés ne peut intervenir qu'après une recherche préalable, et vaine, de reclassement.

Examinons d'abord la situation des fonctionnaires.

Le licenciement pour insuffisance professionnelle d'un fonctionnaire de l'Etat est prévu par l'article 70 de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat qui dispose que : « *Le licenciement pour insuffisance professionnelle est prononcé après observation de la procédure prévue en matière disciplinaire. / Le fonctionnaire licencié pour insuffisance professionnelle peut recevoir une indemnité dans les conditions qui sont fixées par décret* ».

Vous avez jugé récemment que le licenciement pour inaptitude professionnelle d'un agent public ne peut être fondé que sur des éléments révélant l'inaptitude de l'agent à exercer normalement les fonctions pour lesquelles il a été engagé ou correspondant à son grade et non sur une carence ponctuelle dans l'exercice de ces fonctions et vous avez précisé qu'une telle mesure ne saurait être subordonnée à ce que l'insuffisance professionnelle ait été constatée à

plusieurs reprises au cours de la carrière de l'agent ni qu'elle ait persisté après qu'il ait été invité à remédier aux insuffisances constatées (7/2 CHR, 1^{er} juin 2016, *Commune de Sète*, n° 392621, au Recueil sur ce point).

Cette décision semble employer indifféremment les termes « inaptitude professionnelle » et les termes « insuffisance professionnelle », bien que seuls ces seconds termes figurent dans la loi, mais les premiers termes posent plus clairement la distinction entre cette situation et la situation d'inaptitude physique.

Par ailleurs, il résulte de cette décision que l'appréciation de l'insuffisance professionnelle s'exerce à l'échelle non pas uniquement des fonctions initiales de l'agent mais de l'ensemble des fonctions correspondant à son grade, ce qui signifie que c'est seulement lorsque l'agent apparaît professionnellement inapte à exercer toute fonction correspondant à son grade qu'il peut être licencié pour insuffisance professionnelle.

Il est cependant certain que l'article 70 de la loi du 11 janvier 1984 n'a pas repris la disposition de l'article 52 de l'ordonnance du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires selon laquelle « *Le fonctionnaire qui fait preuve d'insuffisance professionnelle est, s'il ne peut être reclassé dans un autre emploi, soit admis à faire valoir ses droits à la retraite, soit licencié* ».

Sous l'empire de cet état du droit, vous aviez logiquement jugé qu'un fonctionnaire ayant fait preuve d'insuffisance professionnelle devait être reclassé soit dans un autre emploi de son corps soit, à défaut, dans un emploi équivalent d'un autre corps de même catégorie (Assemblée, 9 juin 1972, *Sieur R...*, n° 69024, au Recueil sur ce point ; 6/2 SSR, 5 mai 1976, *H...*, n° 88211, *idem*).

L'état du droit a donc changé et la circulaire du 7 février 1985 du secrétaire d'Etat chargé de la fonction publique relative aux conditions d'engagement de la procédure de licenciement pour insuffisance professionnelle, sur laquelle nous reviendrons, en a pris acte en relevant que, contrairement à l'article 52 de l'ordonnance de 1959, l'article 70 de la loi de 1984 « *ne pose pas comme condition au licenciement pour insuffisance professionnelle l'impossibilité du reclassement de l'intéressé dans un autre emploi* ».

Il est vrai que, dans plusieurs autres situations affectant des agents publics, votre jurisprudence impose une recherche de reclassement.

Il en est ainsi lorsque l'administration envisage de prononcer le licenciement d'un agent contractuel recruté en vertu d'un contrat à durée indéterminée pour affecter un fonctionnaire sur l'emploi correspondant : vous jugez en effet qu'il résulte d'un principe général du droit, dont s'inspirent tant les dispositions du code du travail relatives à la situation des salariés dont l'emploi est supprimé que les règles du statut général de la fonction publique qui imposent de donner, dans un délai raisonnable, aux fonctionnaires en activité dont l'emploi est supprimé une nouvelle affectation correspondant à leur grade, qu'il incombe à l'administration, dans cette situation, de chercher à reclasser l'intéressé (Section, 25 septembre 2013, *Mme S...*, n° 365139, au Recueil sur ce point).

Il en est ainsi également lorsque l'administration entend supprimer l'emploi de l'agent public contractuel (2/7 SSR, 18 décembre 2013, *Ministre de l'éducation nationale c/ Mme S...*, n° 366369, aux Tables).

Enfin, et toujours sur le fondement d'un principe général du droit dont s'inspirent tant les dispositions du code du travail que les règles statutaires (article 63 de la loi de 1984), une telle

obligation de recherche de reclassement dans un autre emploi s'impose à l'administration confrontée à un salarié atteint de manière définitive d'une inaptitude physique à exercer son emploi (7/5 SSR, 2 octobre 2002, *Chambre de commerce et d'industrie de Meurthe-et-Moselle*, n° 227868, au Recueil sur ce point).

Toutefois, on ne peut, en matière de licenciement pour insuffisance professionnelle, identifier un principe général du droit qui s'inspirerait de telles dispositions et règles.

En particulier, le code du travail n'impose une recherche de reclassement qu'à l'égard des salariés susceptibles d'être licenciés pour inaptitude physique (article L 1226-2) et pour motif économique (article L 1233-4), ce dernier article prévoyant, conformément à la jurisprudence tant judiciaire qu'administrative, que le reclassement s'effectue « *sur un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe ou sur un emploi équivalent assorti d'une rémunération équivalente* » ou, à défaut et sous réserve de l'accord exprès du salarié, « *sur un emploi d'une catégorie inférieure* ».

Aucune disposition du code du travail n'impose donc à l'employeur de chercher à reclasser un salarié qu'il envisage de licencier pour insuffisance professionnelle. La chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi jugé que les stipulations d'une convention collective nationale imposant une recherche de reclassement préalablement au licenciement pour mauvaise adaptation du salarié à ses fonctions ne trouvaient pas à s'appliquer lorsque le licenciement prononcé était justifié non par cette mauvaise adaptation mais par l'insuffisance professionnelle du salarié (7 juillet 2010, n° 08-45085, Bull. V, n° 161).

Et les trois situations que nous venons d'évoquer, en ce qu'elles sont sans rapport avec la manière de servir de l'agent et exclusives de toute appréciation sur la qualité de son travail, ne peuvent être assimilées à la situation d'insuffisance professionnelle, caractérisée précisément par des carences dans la manière de servir (3/8 CHR, 20 mai 2016, *Communauté urbaine de Strasbourg*, n° 387105, au Recueil sur ce point).

Il est assez logique en revanche qu'un agent dont la manière de servir n'est pas en cause doive pouvoir être reclassé dans un autre emploi.

Nous vous proposons donc de juger qu'aucun texte législatif ou réglementaire ni aucun principe n'impose à l'administration de chercher à reclasser un fonctionnaire qui ne parvient pas à exercer des fonctions correspondant à son grade ou aux fonctions pour lesquelles il a été engagé. La cour administrative d'appel de Paris n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que le ministre chargé de l'éducation nationale avait pu licencier M. D... pour insuffisance professionnelle sans avoir préalablement cherché à le reclasser sur un autre emploi de son grade.

Et la cour n'a pas non plus commis d'erreur de droit en jugeant que M. D... n'était pas fondé à se prévaloir de la circulaire du 7 février 1985 à laquelle elle a dénié tout caractère impératif.

En effet, cette circulaire se borne à rappeler les termes de l'article 70 de la loi de 1984, sans poser aucune obligation de reclassement qui serait en contradiction avec cet article, et à recommander de distinguer l'insuffisance professionnelle, d'une part, de la dégradation du comportement due à un état pathologique, d'autre part, du comportement fautif. Précisons sur ce point que votre contrôle de cassation sur l'appréciation portée par les juges du fond à l'égard du caractère, impératif ou non, d'une circulaire nous semble être un pur contrôle de l'erreur de droit, qui ne laisse pas place à un contrôle de qualification juridique : l'appréciation de la teneur et de

la valeur contraignante d'un texte nous semble en effet entièrement absorbée dans le contrôle de l'erreur de droit.

Cependant, si, comme nous vous proposons de le juger, il n'existe aucun principe imposant une recherche de reclassement préalablement à un licenciement pour insuffisance professionnelle, cela conduit sinon à remettre en cause du moins à fragiliser la jurisprudence selon laquelle le licenciement pour insuffisance professionnelle des salariés protégés ne peut intervenir qu'après une recherche préalable, et vaine, de reclassement.

En fait de jurisprudence, trois décisions, non fichées sur ce point, sont généralement citées tant par la doctrine que par l'administration (cf. à cet égard la circulaire DGT 07/2012 du 30 juillet 2012 relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, fiche n° 8, p. 59 ; cf. aussi une réponse ministérielle du 31 mars 2009 : Rép. Min. Zimmermann, n° 21227, JOAN, p. 3145).

Selon ces décisions, « *dans le cas où la demande de licenciement est motivée par l'insuffisance professionnelle, il appartient à l'inspecteur du travail, et, le cas échéant, au ministre, de rechercher, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, si cette insuffisance est telle qu'elle justifie le licenciement, compte tenu [...] de la possibilité d'assurer son reclassement dans l'entreprise* » (1/4 SSR, 27 septembre 1989, *Association pour la formation professionnelle dans le bâtiment et les travaux publics c/ F...*, n° 91613, aux Tables sur un autre point ; 4/5 SSR, 27 décembre 2009, *M. G...*, n° 315588, idem ; 4^{ème} SS, 23 décembre 2010, *Mme M...*, n° 333169, RJS 2011 n° 251).

Or, nous l'avons vu, aucune disposition du code du travail n'impose à l'employeur souhaitant licencier un salarié non protégé une recherche préalable de reclassement et nous ne voyons pas quel principe imposerait d'accorder sur ce point aux salariés protégés des garanties supérieures à celles dont bénéficient les salariés non protégés.

Sur cette question de l'obligation de reclassement, votre jurisprudence relative aux salariés protégés s'est d'ailleurs rapprochée de la jurisprudence judiciaire relative aux salariés non protégés puisque vous avez jugé que n'avait pas commis d'erreur de droit la cour qui avait jugé que l'employeur d'un salarié protégé n'était pas tenu de rechercher un reclassement avant d'engager une procédure de licenciement justifié par des absences prolongées ou répétées pour maladie (4/5 SSR, 9 mars 2016, *Mme L...*, n° 378129, aux Tables).

Avec cette décision, vous avez discrètement (car le fichage n'en fait pas état) abandonné l'exigence d'une recherche de reclassement, adoptant une solution identique à celle de la chambre sociale de la Cour de cassation qui ne pose pas d'obligation de reclassement dans cette situation. Et vous êtes revenus sur votre décision *M. M...* du 21 octobre 1996 qui, dans le cas où la demande de licenciement concernant un salarié protégé est fondée sur ses absences répétées pour maladie ou inaptitude temporaire, imposait à l'employeur de rechercher les possibilités de le reclasser (n° 111961, aux Tables en revanche sur l'exigence d'une recherche de reclassement).

Enfin, relevons qu'un récent jugement du tribunal administratif de Paris a très explicitement exclu toute obligation de reclassement préalablement au licenciement pour insuffisance professionnelle d'un salarié protégé (TA Paris, 23 février 2016, *Union française des centres de vacances et de loisirs*, n° 1409144, RJS 2016 n° 575).

En affirmant, au-delà de l'absence de toute disposition législative ou réglementaire, qu'aucun principe n'impose à l'administration de chercher à reclasser dans un autre emploi un agent dont elle a constaté l'insuffisance professionnelle, votre décision signalera qu'à défaut d'un tel principe, l'on ne saurait exiger de l'employeur qu'il cherche à reclasser le salarié protégé préalablement à son licenciement pour insuffisance professionnelle.

Il n'y a en effet guère de raison de traiter différemment l'insuffisance professionnelle des salariés protégés de l'insuffisance professionnelle des salariés non protégés.

Terminons en examinant le bien-fondé du licenciement de M. D... . Celui-ci soutient que la cour a inexactement qualifié les faits en jugeant que son licenciement pour insuffisance professionnelle était justifié.

Vous jugez depuis longtemps que le juge du fond, juge de l'excès de pouvoir, doit se livrer à un contrôle normal du motif d'insuffisance professionnelle justifiant le licenciement de l'agent public (4/6 SSR, 27 septembre 2000, *Centre national de la recherche scientifique*, n° 198071, au Recueil sur ce point), y compris lorsque l'agent intéressé est contractuel (3/5 SSR, 28 novembre 1990, *H...*, n° 78450, aux Tables sur ce point).

Le juge de cassation se livre quant à lui à un contrôle normal de qualification juridique sur l'appréciation ainsi portée par les juges du fond, même si, curieusement, aucune de vos décisions n'a été fichée sur ce point précis (3/8 SSR, 29 mars 2000, *P...*, n° 196127, aux Tables sur un autre point ; 4/5 SSR, 17 mars 2004, *P...*, n° 205436, aux Tables sur un autre point ; 6/1 SSR, 12 février 2014, *L...*, n° 352878, aux Tables sur un autre point ; 3/8 SSR, 20 mai 2016, *Communauté urbaine de Strasbourg*, n° 387105, au Recueil sur un autre point).

En l'espèce, la cour a relevé qu'étaient reprochés à M. D... des lacunes dans son enseignement, des carences dans la gestion de ses classes, des difficultés à se faire comprendre (M. D... parle avec un fort accent chinois), une incapacité à imposer son autorité aux élèves et à instaurer un dialogue constructif avec eux et des difficultés à accomplir les tâches qui lui étaient confiées au CNED. Tous ces éléments ressortent des pièces du dossier soumis à la cour, en particulier des différents rapports d'inspection dont M. D... a fait l'objet lorsqu'il était affecté en lycée. Aucune dénaturation ni insuffisance de motivation ne peut donc être reprochée à la cour sur ce point.

Et d'autres pièces attestent d'ailleurs que les difficultés professionnelles se sont poursuivies au CNED où M. D... a été affecté avant d'être licencié : son absence de maîtrise de l'outil informatique spécifique à la délivrance de l'enseignement à distance, à laquelle l'intéressé n'a pas cherché à remédier en suivant des formations, ainsi que ses réticences à respecter les orientations pédagogiques de l'institution, ont confirmé des carences professionnelles justifiant son licenciement.

En jugeant que la manière de servir de M. D... était de nature à justifier son licenciement pour insuffisance professionnelle, la cour n'a donc pas inexactement qualifié les faits.

PCMNC au rejet du pourvoi de M. D... .