

CONCLUSIONS

Mme Marie-Gabrielle MERLOZ, Rapporteuse publique

1. La commune de Noisy-le-Grand a recruté Mme F-L... dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée pour exercer les fonctions de chargée de mission « politique de la ville » à compter du 1^{er} octobre 2014, puis de directrice de la vie associative et de la vie des quartiers à compter du 3 janvier 2015. Les services de la jeunesse et des sports ont été rattachés à cette direction en juin 2016 à la suite d'une réorganisation des services. Estimant que Mme F-L... n'était plus en mesure d'exercer ses missions, la maire a engagé à son encontre une procédure de licenciement pour insuffisance professionnelle. L'intéressée en a été informée par une décision du 17 juillet 2017, confirmée par un arrêté du 20 juillet suivant fixant en outre la date de son licenciement au 18 septembre.

Elle a porté le litige devant le tribunal administratif de Montreuil qui, par un jugement du 22 juin 2018, a annulé ces deux décisions pour non-respect du préavis de licenciement prévu à l'article 40 du décret du 15 février 1988 pris pour l'application de l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif aux agents contractuels de la fonction publique territoriale¹. Saisie en appel par la commune de Noisy-le-Grand, la cour administrative d'appel de Versailles a, par un arrêt du 30 septembre 2021, sursis à statuer sur sa requête pour vous transmettre, en application de l'article L. 113-1 du code de justice administrative, la présente demande d'avis.

La cour vous soumet la question de savoir si, en l'état du droit issu de l'article 40 du décret du 15 février 1988, dans sa rédaction issue du décret du 29 décembre 2015 applicable au litige², la méconnaissance du délai de préavis entraîne l'annulation totale

¹ N° 88-145.

de la décision de licenciement, ainsi que vous l'avez jugé notamment dans la décision du 14 mai 2007, C... (n° 273244, aux T.) qui fait application des dispositions de cet article 40 dans leur rédaction antérieure. Elle vous demande, dans la négative, quel effet s'attache à la méconnaissance du délai de préavis.

Cette question de droit peut être regardée comme nouvelle – à tout le moins formellement - et elle est bien susceptible de se poser dans de nombreux litiges. Si, à première vue, elle ne paraît pas présenter de difficulté sérieuse, la cour vous invite en filigrane à clarifier votre jurisprudence qui – il faut bien l'avouer – peut quelque peu dérouter. Nous allons y revenir dans un instant. Dans ce contexte et compte tenu de votre approche traditionnellement souple en la matière, vous pourrez donc regarder comme remplie la triple condition fixée par l'article L. 113-1 pour apprécier la recevabilité d'une demande d'avis.

2. La question des conséquences attachées au non-respect d'un délai de préavis fait l'objet d'une jurisprudence nuancée. Par la décision du 12 février 1993, D... (n° 109722, aux T.), vous avez jugé que la méconnaissance du délai de prévenance prévu à l'article 45 du décret du 17 janvier 1986 relatif aux agents contractuels de l'Etat³ est susceptible d'engager la responsabilité de l'administration mais est dépourvue d'incidence sur la légalité d'une décision de non-renouvellement du contrat d'un agent public. C'est un raisonnement similaire qui vous a conduit, dans la décision du 15 mars 2017, M... (n° 390757, aux T.), à privilégier la seule voie indemnitaire dans le cas du licenciement d'un agent contractuel de la fonction publique hospitalière prononcé à une date à laquelle il n'a pas pu bénéficier de tous les jours de congés annuels auxquels il pouvait prétendre en vertu des dispositions combinées des articles 8 et 44 du décret du 6 février 1991⁴. Votre décision du 18 mars 2019, X... (n° 414219, aux T.) s'inscrit dans cette même veine en jugeant que le non-respect du préavis préalable au refus de renouvellement de la prolongation d'activité d'un praticien hospitalier ne fait naître aucune décision tacite de renouvellement avant la date d'échéance de la période.

Vous vous êtes en revanche séparés de cette approche en cas de licenciement. Comme le relève elle-même la cour dans sa demande d'avis, vous jugez, depuis la décision C... qui est fichée sur cet unique point, que la méconnaissance par l'administration du préavis de licenciement prévu par l'article 40 du décret du 15 février 1988 entraîne, à

² Décret n° 2015-1912 du 29 décembre 2015 portant diverses dispositions relatives aux agents contractuels de la fonction publique territoriale, art. 46.

³ Décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'Etat pris pour l'application des articles 7 et 7 bis de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat

⁴ Décret n° 91-155 du 6 février 1991 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels des établissements mentionnés à l'article 2 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière.

elle-seule, l'illégalité du licenciement et son annulation totale. Et si aucune disposition législative ou réglementaire ne prévoit le versement d'une indemnité de préavis compensant l'inexécution du préavis en cas de licenciement, vous n'excluez pas pour autant la possibilité pour l'agent concerné de demander la réparation du préjudice qui en est résulté. En pratique, l'agent peut donc prétendre à une indemnité représentative du préavis auquel il avait droit, à moins qu'il n'ait retrouvé un emploi avant la fin de ce préavis (CE, 28 avril 1989, *W...*, nos 87045, 87046, aux T. ; CE, 6 avril 1998, *Z...*, n° 154466, aux T.).

Le trouble vient de ce que la décision *C...* a opéré un revirement de jurisprudence qui ne dit pas son nom. Vous estimiez jusque-là que la privation illégale de préavis, auquel un agent avait droit en vertu des dispositions combinées alors applicables des articles L. 422-6 du code des communes et L. 122-6 du code du travail, n'entraîne qu'une annulation partielle du licenciement en tant seulement qu'elle prend effet avant l'expiration du délai de préavis (CE, 28 mars 1990, *Commune de Saint-Laurent-du-Var c/ CL...*, n° 91738, aux T.). Or, le fichage de la décision *C...* ne mentionne pas l'abandon de cette jurisprudence. Et c'est en vain que l'on chercherait la trace d'une explication dans les conclusions qui ne citent pas ce précédent, ni n'éclairent les motifs de cette nouvelle orientation jurisprudentielle.

Pointant cette fragilité, plusieurs de nos collègues ont émis des réserves sur le bien-fondé et l'opportunité d'un tel revirement. Damien Botteghi, dans ses conclusions sur la décision du 6 février 2013, *CH...* (n° 347622, aux T.), indiquait en ce sens : « *on ne voit pas pourquoi le licenciement perd toute justification du seul fait que le préavis n'a pas été respecté. Seule sa prise d'effet paraît en jeu. Il est très étrange d'annuler sèchement le licenciement, ce qui doit en théorie conduire à la réintégration de l'agent, alors que le principe même du licenciement n'est pas remis en cause* ». Gilles Pellissier s'en est fait l'écho dans ses conclusions sur la décision du 6 novembre 2013, *Département du Haut-Rhin* (n° 366309, aux T. sur un autre point) : s'en tenant à l'état actuel de votre jurisprudence, il vous a néanmoins invité à saisir l'occasion de cette affaire pour en revenir à votre jurisprudence antérieure à 2007. Laurence Marion s'est associée à ces interrogations dans ses conclusions sur la décision déjà mentionnée *M...*, alors même que la solution du litige n'en dépendait pas.

Ces critiques appuyées, associées aux circonstances entourant votre revirement, pouvaient légitimement faire hésiter sur la solution à retenir. Vous avez toutefois confirmé cette ligne rigoureuse. Votre décision *Département du Haut-Rhin* est particulièrement nette. Refusant de saisir la perche qui vous était tendue, vous avez fait une stricte application de la jurisprudence *C...* : vous avez prononcé l'annulation totale du licenciement, au seul motif qu'il n'avait pas été précédé d'un préavis, et enjoint à l'autorité territoriale de réintégrer l'agent contractuel recruté pour une durée indéterminée à la date de son licenciement. L'esprit de discipline jurisprudentielle

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

nous retient de vous proposer, à l'occasion de cette demande d'avis, de réexaminer cette jurisprudence relativement récente et réaffirmée en toute connaissance de cause.

Ajoutons sur le fond que s'il y a place pour un débat, nous ne sommes pas pleinement convaincue de la nécessité d'un tel réexamen. Il est certain que le non-respect de ce préavis n'a aucune incidence sur le sens de la décision qu'entend prendre l'administration. Il ne contraint que la prise d'effet du licenciement. L'article 40 du décret de 1988 confère toutefois une portée contraignante au préavis et n'a pas prévu la possibilité de monnayer son inexécution. Le pouvoir réglementaire n'a, dans un tel cas, institué aucune indemnité compensatrice, contrairement à ce qui est prévu par l'article L. 1234-5 du code du travail pour les salariés ou à l'article 5 de ce même décret pour les droits à congés rémunérés (voyez la décision précitée *M...* pour la fonction publique hospitalière).

Il est ainsi permis d'y voir, non une simple règle pratique, mais une règle d'ordre public ou, pour le formuler autrement, une véritable garantie. L'exigence de préavis assure à l'agent d'être informé de la date précise de fin de ses fonctions et de pouvoir disposer d'un délai raisonnable, proportionné à son ancienneté et pouvant atteindre deux mois, voire quatre pour certains personnels handicapés, pour prendre ses dispositions tout en restant rémunéré et, dans la mesure du possible, de retrouver un emploi avant son départ. Elle contribue en ce sens à la sécurisation des parcours professionnels. La solution consacrée depuis la décision *C...* permet de donner à cette règle procédurale toute sa portée, au-delà de la réponse indemnitaire que ménage votre jurisprudence et qui peut se révéler moins protectrice.

La décision du 12 décembre 2008, *Y...* (n° 296099, aux T. sur un autre point) paraît conforter cette analyse en retenant une formulation impérative et *in fine* très protectrice des agents en déduisant des dispositions « miroir » de l'article 39 du décret de 1988 que l'agent non titulaire qui présente sa démission « *est tenu de respecter un préavis minimal* » et que celui-ci « *s'impose à lui, même s'il n'en a pas fait mention dans sa lettre de démission et sans qu'il ait à en demander le bénéfice* ».

Par ailleurs, en opportunité, cette position exigeante n'entraîne pas un formalisme excessif pour l'administration. Elle la contraint certes à réintégrer l'agent du fait de l'illégalité constatée. Mais rien ne l'empêche de reprendre la même décision en purgeant la procédure de l'irrégularité constatée. La présente affaire en est une parfaite illustration : la commune de Noisy-Le-Grand a repris un arrêté licenciant Mme F-L... dans la foulée de l'annulation prononcée par le tribunal administratif de Montreuil le 16 juillet 2018, à compter du 5 octobre 2018. Pour mémoire, ce tribunal a confirmé la légalité de ce licenciement et condamné la commune à verser à l'intéressée une somme de 1 000 euros au titre du préjudice moral subi (jugement n° 1900740 du 4 juin 2021 dont l'appel est pendant). Nous relevons, au demeurant, que le ministre s'en tient à

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

l'état actuel de votre jurisprudence sans la contester et qu'il ne se fait pas l'écho de difficultés que susciterait cette jurisprudence pour l'administration.

3. Il nous reste à examiner une dernière question comme le suggère la demande d'avis : la nouvelle rédaction de l'article 40 du décret de 1988 commande-t-elle de reconsidérer la jurisprudence C... ?

Cet article prévoyait initialement qu'un agent non titulaire engagé pour une durée indéterminée ou pour une durée déterminée *« ne peut être licencié par l'autorité territoriale avant le terme de son engagement qu'après un préavis qui lui est notifié dans les délais prévus à l'article 39 »*, relatif, on l'a dit, à la démission. Cette rédaction est-elle plus contraignante que celle issue du décret du 29 décembre 2015, selon laquelle *« l'agent recruté pour une durée indéterminée ainsi que l'agent qui, engagé par contrat à durée déterminée, est licencié avant le terme de son contrat, a droit à un préavis »* ?

Nous peinons, pour notre part, à voir dans cette reformulation un changement de paradigme et une volonté de contrer votre jurisprudence. En l'absence de travaux préparatoires précédant son élaboration, il est toujours délicat de sonder les intentions supposées des auteurs d'un texte réglementaire. Toutefois, si vous doutiez de notre intuition, vous disposez de plusieurs indices forts en ce sens. Le premier, qui n'est pas déterminant, est que la notice du décret du 29 décembre 2015 n'en fait pas état. Elle se borne à indiquer, sur le point qui vous intéresse, que ce décret a pour objet de clarifier les procédures de fin de contrat. Le deuxième, qui n'est en soi pas plus décisif, est que le ministre ne défend pas une telle lecture.

Le troisième, plus substantiel, tient à l'archéologie des textes et à l'objet même de ce décret. Rappelons qu'il avait pour objet de traduire les engagements du protocole d'accord du 31 mars 2011 portant sécurisation des parcours professionnels des agents contractuels dans les trois versants de la fonction publique et de tirer les conséquences des modifications introduites par la loi « Sauvadet »⁵, ainsi que l'avaient fait précédemment les décrets des 21 mars et 3 novembre 2014⁶ pour la fonction publique de l'Etat et le décret du 5 novembre 2015⁷ pour la fonction publique hospitalière. Il n'était donc pas question d'amoindrir les garanties accordées aux agents, bien au contraire. La nouvelle mouture de l'article 40 est calquée, dans une volonté

⁵ Loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique.

⁶ Décrets n°2014-364 et n°2014-1318 modifiant le décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents non titulaires 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.

⁷ Décret n° 2015-1434 du 5 novembre 2015 portant diverses dispositions relatives aux agents non titulaires de la fonction publique hospitalière.

d'harmonisation rédactionnelle, sur l'article 46 du décret du 17 janvier 1986 et l'article 45 du décret du 6 février 1991 qui recouraient déjà à la formulation « *ont droit à un préavis* » (comme d'ailleurs depuis longtemps le code du travail). Ces deux articles n'ont été modifiés en 2014 et 2015 que pour clarifier et compléter les dispositions, jugées insuffisamment précises, relatives à la durée du préavis. Sont désormais notamment précisé le calcul de l'ancienneté y ouvrant droit et la fixation de son point de départ, ce qui est de nature à sécuriser les pratiques administratives. Signalons que si ces précisions vont dans le sens d'un rapprochement, autant que faire se peut, avec les dispositions du code du travail (articles L. 1234-1 et suivants), il n'est pas plus prévu qu'auparavant d'instituer une indemnité compensatrice de préavis.

Nous vous invitons donc à répondre à la cour que votre jurisprudence C... reste d'actualité pour l'application de l'article 40 du décret de 1988 dans sa rédaction issue du décret du 29 décembre 2015.

Si vous ne nous suiviez pas, il y aurait lieu de revenir à la logique qu'entérine la décision *Commune de Saint-Laurent-du-Var c/ CL...* et donc à une solution d'annulation partielle. Il nous paraît en revanche exclu de juger que la méconnaissance de l'obligation de préavis est sans incidence sur la légalité du licenciement et d'étendre ainsi la solution dégagée en cas de non-renouvellement du contrat, qui n'est pas comparable à celui d'un licenciement d'un agent contractuel, ou pour le droit à congés rémunérés, compte tenu des différences entre les textes applicables que nous avons soulignées. Vous pourriez, si cette solution avait votre faveur, utilement confirmer que la voie indemnitaire reste ouverte à l'agent privé illégalement du préavis auquel il avait droit.

Tel est le sens de nos conclusions.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.