

N° 401364

M. L...

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 6 septembre 2017

Lecture du 22 septembre 2017

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

Il ressort de votre décision de Section du 31 décembre 2008, C... (n° 283256, p. 481), que lorsque le contrat par lequel un agent de droit public est recruté est entaché d'une irrégularité, l'administration est tenue de proposer à son agent une régularisation de son contrat afin que son exécution puisse se poursuivre régulièrement. Si cette régularisation du contrat n'est pas possible et afin de régulariser sa situation, l'administration doit, dans la limite des droits résultant du contrat initial, proposer à l'agent un emploi de niveau équivalent ou, à défaut d'un tel emploi et si l'intéressé le demande, tout autre emploi. Si l'intéressé refuse la régularisation de son contrat ou si la régularisation de sa situation, dans les conditions précisées ci-dessus, est impossible, l'administration est tenue de le licencier.

L'affaire qui vient d'être appelée vous conduira à préciser ces principes dans le cas où la régularisation du contrat est possible sans en modifier substantiellement les termes, où elle a été proposée à l'agent mais où celui-ci l'a refusée. Le refus opposé par l'agent dans ces conditions oblige-t-il l'administration à le licencier ?

M. L... a été recruté au sein de la Direction des constructions navales du ministère de la défense en qualité d'agent contractuel à durée indéterminée pour occuper un poste d'ingénieur du corps technique, à compter du 2 novembre 1992. Son contrat était régi, aux termes de son article 1^{er}, par un décret du 4 mai 1988 et un arrêté du même jour pris pour son application relatifs à certains agents sur contrat des services à caractère industriel ou commercial du ministère de la défense, ce qui correspondait bien à son affectation initiale mais n'était plus en adéquation avec son affectation, le 4 juillet 2007, au département achats de l'unité de management « opérations d'armement navales » de la direction des systèmes d'armes, qui n'est pas un service à caractère industriel et commercial. Son contrat n'a cependant pas été modifié lors de ce changement d'affectation, comme il aurait dû l'être pour renvoyer aux dispositions d'un autre arrêté du même jour relatifs aux services de la direction générale de l'armement n'ayant pas de caractère industriel et commercial. L'oubli peut se comprendre dans la mesure où les deux régimes sont, comme nous le verrons, très proches.

Cette situation n'a pas dérangé M. L... jusqu'à ce qu'il demande, le 13 décembre 2011, à son administration de régulariser son contrat sur ce point, ce qu'elle a fait en lui soumettant un nouveau contrat. Il a alors refusé de le signer en demandant à son administration de prononcer son licenciement, demande implicitement rejetée. Ce comportement inhabituel s'explique probablement par le contexte conflictuel des relations de

M. L... avec son employeur depuis que celui-ci avait refusé, presque trois ans plus tôt, d'accéder à sa demande de reclassement dans la position III C à compter du 1^{er} mars 2003, date du début de ses fonctions en tant que directeur des services d'information.

Le ministre de la défense a finalement décidé de le licencier par un arrêté du 12 novembre 2012, mais pour motif disciplinaire, M. L... ayant refusé depuis le mois de janvier de la même année d'exercer ses attributions sous prétexte que son contrat était irrégulier et étant parti en congés sans autorisation.

Par quatre requêtes, M. L... a demandé au TA de Cergy-Pontoise d'annuler le refus de l'administration de le reclasser et de condamner l'Etat à l'indemniser du préjudice subi du fait de ce refus, d'annuler le refus de le licencier en conséquence de l'irrégularité de son contrat, d'annuler l'arrêté le licenciant pour faute et d'annuler la décision du ministre de la défense de procéder à une retenue sur son salaire pour la période de l'année 2012 où il s'était absenté sans autorisation. Le tribunal a rejeté ces demandes après les avoir jointes. M. L... a fait appel du rejet des trois premières et un pourvoi en cassation contre le rejet de la dernière, recours que vous avez renvoyé à la CAA de Versailles. Celle-ci a, par l'arrêt contre lequel M. L... se pourvoit en cassation, rejeté l'appel formé contre le jugement en tant qu'il avait rejeté les conclusions correspondant aux trois premières demandes.

M. L... reproche tout d'abord à la Cour de n'avoir pas joint son autre appel initialement mal dirigé. Vous savez cependant que la décision de joindre ou non plusieurs recours pour y statuer par une décision unique relève d'un choix d'opportunité de la juridiction dont le sens est insusceptible d'avoir un effet sur la régularité de la décision rendue et qui ne peut, par suite, être contesté devant le juge d'appel ou de cassation (CE Sect., 23 octobre 2015, *A...*, n° 370251).

Le refus du rapporteur public devant la cour de communiquer au requérant le texte des conclusions qu'il a prononcées lors de l'audience publique n'est pas davantage susceptible d'affecter la régularité de l'arrêt attaqué. Le rapporteur public n'est tenu que de prononcer oralement ses conclusions à l'audience et d'en donner préalablement le sens aux parties, dans les conditions précisées en dernier lieu par votre décision de Section du 21 juin 2013, *Cté de cnes du Pays de Martigues et autres* (n° 352427). Pour le reste, il demeure maître de leur diffusion. Elles ne constituent pas un document administratif communicable au sens du livre III du code des relations entre le public et l'administration (26 janvier 1990, *V...*, n° 104236, aux T ; Sect., 7 mai 2010, *B...*, n° 303168). Elles ne sont d'ailleurs pas nécessairement écrites.

Nous ne nous attarderons pas davantage sur le troisième moyen qui reproche à la cour d'avoir dénaturé¹ les pièces du dossier en estimant, pour juger que le refus de le reclasser rétroactivement au choix dans la position III C n'était pas entaché d'erreur manifeste d'appréciation, que les missions qui lui avaient été confiées n'impliquaient pas de responsabilités d'encadrement et ne constituaient pas des fonctions de direction d'un niveau de responsabilité correspondant à la position à laquelle il aspirait.

Cette position correspond, en vertu de l'annexe I de l'arrêté de 1988, aux postes d'ingénieurs ou cadres technico-commerciaux dans lesquels la place de l'agent « *lui donne le commandement sur plusieurs ingénieurs ou cadres des positions précédentes* ». Ces fonctions

¹ Sur l'étendue de votre contrôle sur ce point, voyez : 3 juillet 2013, *H...*, n° 355224, aux T.

sont décrites comme « *des fonctions de direction exigeant la plus large autonomie de jugement et d'initiative* ».

Le requérant soutient qu'il avait autorité sur le personnel de trois établissements du SMA, soit une soixantaine de personnes et non pas seulement 20 comme l'a relevé la cour, dont certains agents en position III. Toutefois, il ne ressort pas des pièces invoquées par le requérant qu'il aurait eu un pouvoir de direction sur ces services. Il ressort de sa fiche de poste qu'il occupait des fonctions équivalentes à celles d'un chef de bureau et non à celles d'un directeur d'établissement ou d'un sous-directeur d'administration centrale. Dans ces conditions, aucune dénaturation ne peut être reprochée à la cour sur ce point.

Le quatrième moyen vous conduira à répondre à la question que nous avons posée en introduction.

La cour, pour rejeter les conclusions en annulation de la décision du ministre de la défense refusant de prononcer le licenciement du requérant en conséquence de l'irrégularité de son contrat, a fait des principes issus de votre décision C... (n° 283256) que nous avons rappelés et qu'elle a cités une application constructive dans laquelle le requérant voit une erreur de droit.

Après avoir relevé qu'aucun poste dans un service industriel ou commercial du ministère de la défense n'était susceptible d'être proposé au requérant et que les clauses du contrat que l'administration lui proposait pour régulariser sa situation « ne comportaient aucune modification d'un élément substantiel du contrat de travail et notamment de la nature des fonctions occupées, de la quotité de temps de travail et du lieu de travail de l'agent ; que, compte tenu du déroulement de carrière de M. L... et de sa position à la date des faits, ces clauses n'étaient pas moins favorables que celles figurant à son contrat initial », la cour a jugé que « dans ces conditions, le refus opposé par M. L... à la régularisation proposée ne peut qu'être interprété comme une manifestation de son intention de rompre les relations contractuelles le liant à son employeur pour un motif étranger à l'irrégularité de sa situation administrative et à la teneur des clauses du contrat proposé par l'administration ; qu'ainsi, dans les circonstances particulières de l'espèce, l'administration n'était pas tenue de le licencier ».

Le requérant soutient qu'en subordonnant l'obligation de l'administration de licencier un agent dont le contrat était irrégulier à la condition que la régularisation proposée modifiât substantiellement son contrat de travail, la cour a ajouté une condition ne figurant pas dans votre décision C... (n° 283256), qu'elle aurait donc méconnue.

Il est exact que le motif de principe de votre décision de Section ne comporte aucune nuance quant à l'obligation de l'administration de prononcer le licenciement « si l'intéressé refuse la régularisation de son contrat ou si la régularisation de sa situation, dans les conditions précisées ci-dessus, est impossible ». Vous avez eu l'occasion de souligner ultérieurement que « le refus de l'intéressé de consentir à une modification de son contrat nécessaire à la poursuite régulière de son exécution ou d'occuper le ou les seuls emplois qui pouvaient lui être régulièrement proposés mettait l'établissement dans l'obligation de prononcer son licenciement » (15 juin 2012, *Etablissement public local de l'enseignement agricole de Lavaur*, n° 335398, aux T).

Toutefois, dans ces affaires, comme dans toutes celles où vous avez fait application de ces principes, soit la régularisation du contrat était impossible (affaires *C...* (n° 283256); 24 juil 2009, *Mlle R...*, n° 311850, aux T; 27 oct 2010, *G...*, n° 321469, au rec), soit elle impliquait une modification d'un élément essentiel de celui-ci (tel que, par exemple, le passage d'une durée indéterminée à une durée déterminée, dans l'affaire *Etablissement public local de l'enseignement agricole de Lavaur* précitée ou les modalités de calcul de l'indemnité de licenciement : 14 juin 2004, *M. E...*, n° 250695, au rec). Vous n'avez en revanche jamais eu l'occasion de vous prononcer sur leur application à une situation telle que celle de la présente espèce où la régularisation ne représente aucune modification des termes essentiels du contrat. Or, dans une telle hypothèse, l'obligation de licencier ne nous paraît plus se justifier.

En effet, la logique de la jurisprudence *C...* (n° 283256) qui, rappelons-le, a mis fin au principe de la nullité du contrat résultant de son irrégularité, qu'elle qu'en soit le motif, et à ses conséquences radicales, y compris pour l'agent, dont le recrutement se trouvait rétroactivement privé de fondement, est d'assurer autant que possible la poursuite de la relation contractuelle sur des bases régulières, afin de concilier au mieux les droits que l'agent avait acquis du fait de son recrutement et l'obligation de l'administration de mettre fin à une irrégularité et de placer ses agents dans une situation régulière. L'administration est ainsi tenue de rechercher les solutions d'une poursuite de la relation contractuelle, soit par régularisation du contrat, soit par régularisation de la situation de l'agent en lui proposant un poste équivalent. L'éventualité d'un refus de l'agent découle du caractère conventionnel du lien qui l'unit à son employeur. Mais la portée qu'il convient de donner à ce refus pour en déterminer les conséquences nous semble dépendre des modifications du contrat qui peuvent légalement être imposées à l'agent.

L'obligation pour l'employeur public de chercher à régulariser la situation de son agent s'inscrit dans le cadre du pouvoir de modification unilatérale du contrat dont il dispose toujours dans l'intérêt du service. Or l'agent est en droit de refuser une telle modification si elle porte sur des éléments substantiels de son contrat. Dans ce cas, selon une jurisprudence constante, son refus n'est pas considéré comme une démission mais comme un licenciement dans l'intérêt du service, ce qui lui ouvre droit aux indemnités de licenciement (CE, 6 avril 1998, *M. D...*, n° 154466, T. p. 995 ; 16 nov 2005, *Ecole nationale d'aviation civile*, n° 266227)². Les motifs de votre décision *M. N...* du 30 décembre 2015 (n° 384308, aux T sur ce point), sont tout à fait explicites : « Il appartient au juge administratif, saisi d'une demande tendant à l'indemnisation du préjudice qu'un agent non titulaire estime avoir subi du fait de la rupture de son contrat de travail résultant de modifications substantielles des clauses du contrat en cause, d'apprécier si la décision par laquelle l'autorité administrative a accepté la démission d'un agent non titulaire doit être regardée comme un licenciement, eu égard notamment à la nature et à l'ampleur des modifications apportées au contrat, au comportement de l'employeur et aux motifs pour lesquels l'agent a cessé son activité ».

Cette jurisprudence rejoint celle de la Cour de cassation qui a développé une notion de prise d'acte de la rupture du contrat de travail par le salarié qui prend l'initiative de rompre son contrat en raison des fautes commises par l'employeur ou du non respect de obligations

² Voir notamment, sur ces questions : S. Macaire, L'assise conventionnelle de la situation juridique des agents non titulaires, AJFP 2008, p. 208 ; B. François-Lubin, La modification des contrats des agents de droit public, AJFP 2015, p. 11.

contractuelles lui incombant. Si les faits reprochés à l'employeur justifient la rupture, celle-ci produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ; s'ils ne la justifient pas, la rupture produit les effets d'une démission, qui ne donne pas lieu à indemnisation (v. cinq arrêts du 25 juin 2003, notamment n° 01-42.335, Bull. Civ. 2003, V, n° 209 ; n° 01-43.578, Bull. Civ. 2003, V, n° 203). Si la Cour de cassation n'emploie plus le terme de modification substantielle, elle distingue la modification du contrat, que l'employé n'est jamais obligé d'accepter (Soc. 10 avril 1991, RJS 1991, n° 690), des changements dans les conditions de travail, qui peuvent être imposées par l'employeur dans le cadre du contrat et ne justifient par conséquent pas sa rupture (arrêts de 2003, précités).

La nécessité d'un accord de l'employé pour toute modification d'un élément important de son contrat de travail apparaît enfin à l'article 45-4 du décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif à la modification du contrat de travail de l'agent contractuel de l'Etat, qui dispose que *«l'administration peut proposer la modification d'un élément substantiel du contrat de travail»*. A contrario, la modification d'un élément non substantiel relève du pouvoir de modification unilatérale que l'employeur peut imposer - et non plus seulement proposer - à l'agent dans le cadre de l'exécution normale de son contrat.

Le refus de l'agent envisagé par la décision C... (n° 283256) s'inscrit dans la perspective de ces principes généraux. C'est parce que la régularisation du contrat ou de la situation de l'agent peut impliquer une modification des éléments essentiels de son contrat qui ne saurait lui être imposée par son employeur qu'il peut la refuser et que ce refus oblige ce dernier à le licencier. Et cette justification de la possibilité qui lui est ainsi reconnue de la refuser doit en être aussi la mesure. En d'autres termes, le droit de l'agent à être licencié ne trouve pas sa cause dans l'irrégularité de son contrat, dont il serait en quelque sorte une sanction optionnelle à la discrétion de l'agent qui pourrait, comme en l'espèce, y trouver l'aubaine d'une rupture de son contrat à bon compte, mais dans l'impossibilité pour l'administration de régulariser la situation de son employé sans modifier substantiellement les termes de son recrutement.

Ainsi, l'élément déterminant dans la qualification de la rupture du contrat à l'initiative de l'employé n'est pas tant la raison de la modification unilatérale du contrat à laquelle il s'oppose que sa portée : si elle demeure dans les limites de ce que l'employeur peut imposer unilatéralement à son employé dans l'exécution du contrat, l'employé n'a pas le droit de la refuser et un éventuel refus n'obligera pas l'administration à le licencier ou justifiera, s'il ne s'y plie pas, un licenciement disciplinaire ; si en revanche elle les excède, elle doit être acceptée par l'employé, qui peut donc légitimement s'y opposer. La responsabilité de ce refus incombe alors à l'administration qui l'a provoqué en modifiant unilatéralement le contrat. Qu'elle l'ait fait parce qu'elle était obligée de le régulariser ou pour toute autre raison tirée de l'intérêt du service est, de ce point de vue, indifférent.

Si vous nous suivez, vous constaterez que la cour n'a commis aucune erreur de droit en subordonnant le droit au licenciement du requérant à la condition que la régularisation qui lui était proposée impliquait une modification des éléments substantiels de son contrat de travail.

L'appréciation du caractère substantiel des modifications nécessaires à la régularisation du contrat ou de la situation de l'agent résultera de l'application des mêmes critères que ceux que vous utilisez pour déterminer si la démission d'un agent à la suite de la modification unilatérale de son contrat doit être regardée comme un licenciement. Votre

jurisprudence sur ce point est relativement bien fournie : constituent des modifications suffisamment importantes pour être subordonnées à l'acceptation de l'employé des modifications portant sur les « responsabilités », la « charge de travail » ou la « rémunération » (CE, 10 mars 1997, *T...*, A, n° 170114), la « qualification » (CE, 1^{er} février 1995, *Société Friga-Bohn*, B, n° 140329), les fonctions exercées (CE, 30 décembre 2015, *M. N...* (n° 384308), précitée, à propos d'un directeur général de l'urbanisme et de l'habitat nommé inspecteur général des services), le temps contractuel de travail (CE, 6 avril 1998, *D...* (n° 154466), précitée : modification consistant en une baisse de 12 à 3 des heures hebdomadaires assurées par l'agent ; CE, 23 novembre 1988, *Mme P...*, n° 59236 : modification consistant en une baisse de 20 à 10 puis à 6 des heures hebdomadaires assurées par l'agent ; CE, 16 novembre 2005, *Ecole nationale d'aviation civile*, précitée : passage d'un temps plein à un temps incomplet) ou encore le lieu de l'affectation, lorsqu'il était prévu par le contrat et que la différence entre l'ancien poste et le nouveau est suffisamment importante (CE, 23 décembre 2014, *M. U...*, n° 364616, au rec ; 11 mai 1983, *O...*, n° 40518 : plus de 100 kms ; 25 juin 1982 *Mme Y...* n° 36137, modification de 20 kms, non substantielle ; CE, 14 mars 1994, *W...*, n° 76603).

En l'espèce, la cour a relevé "que les clauses du nouveau contrat proposé ne comportaient aucune modification d'un élément substantiel du contrat de travail et notamment de la nature des fonctions occupées, de la quotité de temps de travail et du lieu de travail de l'agent ; que, compte tenu du déroulement de carrière de M. L... et de sa position à la date des faits, ces clauses n'étaient pas moins favorables que celles figurant à son contrat initial". Le requérant ne conteste pas ces motifs, qui sont en effet exacts. La régularisation proposée au requérant consiste uniquement à placer le contrat dans le cadre de l'autre arrêté du 4 mai 1988 régissant les agents contractuels des services de la direction générale de l'armement n'ayant pas de caractère industriel et commercial. La seule différence entre les deux arrêtés concerne les possibilités d'évolution de position et de coefficient qui n'existent que pour les agents des services industriels ou commerciaux. Mais cette évolution n'est de droit que pour le passage en position II pour certains agents en position I depuis 3 ans de services effectifs. Or M. Leroy était déjà en position III B et son accession à la position III C se fait uniquement au choix. Nous avons d'ailleurs vu à propos du moyen précédent qu'il ne remplissait pas les conditions pour l'obtenir. La régularisation de son contrat est presque formelle et n'emporte modification d'aucun élément substantiel qu'il aurait été en droit de refuser (voyez, par exemple, la jurisprudence judiciaire selon laquelle la perte d'un espoir d'avancement ne constitue pas une modification de l'emploi occupé ni un déclassement : Cass. soc., 22 mars 1982, Bull. civ. V, n° 192).

Nous n'avons développé cette application des principes que nous vous invitons à dégager que pour en donner une illustration car, comme nous vous le disions, le requérant ne conteste pas le caractère très marginal de la modification de son contrat, dont l'appréciation relève d'ailleurs du pouvoir souverain des juges du fond (CE, 14 novembre 2008, *Mme I...*, n° 306226, aux T, à propos de la modification d'un contrat d'un salarié protégé).

Le moyen de dénaturation qu'il soulève porte sur la conclusion que la cour a tiré de ces constatations : "que dans ces conditions, le refus opposé par M. L... à la régularisation proposée ne peut qu'être interprété comme une manifestation de son intention de rompre les relations contractuelles le liant à son employeur pour un motif étranger à l'irrégularité de sa situation administrative et à la teneur des clauses du contrat proposé par l'administration". Le requérant soutient qu'il n'a jamais eu l'intention de rompre les relations contractuelles. La cour a vraisemblablement voulu par cette référence à une intention se rattacher à la jurisprudence

sur la démission. Mais elle n'était pas nécessaire puisque le requérant n'avait pas démissionné : il suffit de constater que la régularisation proposée s'inscrit dans les limites du pouvoir de modification unilatérale du contrat que l'administration peut imposer sans le consentement de l'employé. Elle était donc fondée à refuser de le licencier. Quoi qu'il en soit, aucune dénaturation ne peut être reprochée à la cour dans ces motifs surabondants car il est certain que le refus d'un agent d'exécuter un contrat dont la régularisation n'exigeait pas son consentement ne peut que traduire son intention de rompre les relations contractuelles, c'est à dire de démissionner.

Le dernier moyen du pourvoi est dirigé contre les motifs par lesquels la cour a écarté comme inopérant le moyen tiré de ce que le licenciement disciplinaire du requérant n'avait pas été précédé de l'entretien préalable prévu par les dispositions de l'article 47 du décret du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'Etat.

Il n'est pas fondé. Contrairement à ce que soutient le requérant, ces dispositions ne sont effectivement pas applicables à un licenciement pour motifs disciplinaires. Elles figurent dans la partie du décret relative à la fin du contrat et au licenciement et non dans celle qui traite exhaustivement de la procédure disciplinaire et qui comportent d'autres garanties, notamment le droit à communication du dossier et à l'assistance d'un conseil. Vous avez jugé que des dispositions similaires de l'article 44 du décret n° 91-55 du 6 février 1991 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de certains établissements hospitaliers ne s'appliquaient pas à un licenciement pour motif disciplinaire (CE, 3 novembre 1999, *M...*, n° 185474, aux T) et nous ne voyons aucune raison de ne pas étendre cette solution aux contractuels de l'Etat.

EPCMNC : Rejet du pourvoi.