

N° 409954

M. A...

3^{ème} chambre jugeant seule

Séance du 9 janvier 2019

Lecture du 30 janvier 2019

CONCLUSIONS

M. Laurent CYTERMANN, rapporteur public

Cette affaire vous donnera l'occasion de clarifier l'articulation entre les règles générales du décret n° 88-145 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 territoriale (« décret du 15 février 1988 relatif aux agents contractuels de la fonction publique territoriale ») et les règles spéciales du décret n° 2009-1218 du 12 octobre 2009 relatif aux directeurs généraux des offices publics de l'habitat.

M. B... A... a été recruté comme directeur général de l'Office Public de l'Habitat (OPH) de la ville de C... par un contrat à durée indéterminée du 16 juin 2009. Il a rencontré des difficultés importantes dans l'exercice de ces fonctions et le tribunal administratif de Cergy-Pontoise a reconnu dans un jugement du 7 mai 2014 (n° 1108613), devenu définitif, qu'il avait été victime de harcèlement moral. Après avoir été placé en congé de maladie à compter du 15 juin 2011, M. A... a par un courrier du 29 novembre 2012 pris acte de son licenciement « effectif », constatant selon ses termes « l'impossibilité de reprendre un poste pour lequel mes conditions de travail ne sont pas assurées ».

M. A... a ensuite demandé à l'OPH de lui verser différentes indemnités. Par un autre jugement du 7 mai 2014 (n° 1300796), le TA de Cergy-Pontoise a condamné l'OPH à lui verser une somme de 59 346,63 euros correspondant à l'indemnité réglementaire de licenciement, à l'indemnité de préavis et à la réparation du préjudice causé par l'illégalité du licenciement. Cette partie du jugement est devenue définitive. En revanche, le tribunal a rejeté les conclusions de M. A... relatives à l'indemnité compensatrice de congés payés (ICCP). Ce rejet a été confirmé par un arrêt de la cour administrative d'appel du 2 mars 2017. M. A... se pourvoit régulièrement en cassation contre cet arrêt.

Indiquons tout d'abord que la juridiction administrative est bien compétente pour connaître de ce litige. Si les OPH sont des établissements publics industriels et commerciaux, le directeur général d'un tel établissement est, par exception à la règle générale, un agent de droit public (Sect., 8 mars 1957, *Sieur Jalenques de Labeau*, n° 15219, Rec. p.158 ; s'agissant d'un directeur d'OPH, 28 mai 2014, *M. S...*, n° 366009, inédit).

1. Par son premier moyen, M. A... soutient que la cour a commis une erreur de droit en faisant application des règles de l'article 5 du décret du 15 février 1988 relatives à l'ICCP. Ce moyen comporte trois branches : d'une part, ces règles n'étaient pas applicables aux directeurs

d'OPH ; d'autre part, elles n'étaient pas d'ordre public ; enfin, elles étaient contraires à la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail.

Quelques indications doivent au préalable être données sur l'architecture des textes en cause. Par une décision *M. L...* (14 juin 2004, n° 250695, Rec. p.252), vous avez jugé qu'un directeur d'office public d'aménagement et de construction (OPAC) ayant la qualité d'agent contractuel de droit public, les dispositions du décret du 15 février 1988, qui définissent le statut des agents non titulaires des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, leur étaient applicables. Cependant, à l'occasion de la ratification de l'ordonnance n° 2007-137 du 1er février 2007 relative aux offices publics de l'habitat¹, la loi du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable a inséré à l'article L. 421-12 du code de la construction et de l'habitation un nouvel alinéa, selon lequel le DG de l'OPH est recruté par CDI et « *un décret en Conseil d'Etat précise les principales caractéristiques du contrat et fixe notamment les conditions d'exercice des fonctions et de rémunération, le cas échéant les avantages annexes, ainsi que l'indemnité pouvant être allouée en cas de cessation de fonction* ».

Sur cette base, le décret n° 2009-1218 du 12 octobre 2009 relatif aux directeurs généraux des offices publics de l'habitat a créé dans le code de la construction et de l'habitation une nouvelle section intitulée « Statut du directeur général », comportant une dizaine d'articles traitant notamment de la rémunération et des conditions de rupture du contrat de travail.

1.1. La cour a jugé que la situation de M. A..., agent contractuel de droit public, était régie par les dispositions du décret du 15 février 1988, sous réserve des dispositions particulières y dérogeant prévues par les articles R. 421-19 et suivants du code de la construction et de l'habilitation. M. A... soutient au contraire que les règles du CCH sont les seules applicables aux directeurs d'OPH, tout ce qui n'est pas régi par ces règles relevant de la liberté contractuelle des parties.

Nous croyons que vous devrez confirmer l'arrêt de la cour quant à l'articulation entre ces deux textes. En effet, M. A... entre dans le champ d'application du décret du 15 février 1988. Si, selon l'adage bien connu, les règles spéciales dérogent aux règles générales, c'est seulement pour les questions dont elles traitent et la règle générale continue à s'appliquer pour le surplus. Or les dispositions issues du décret du 12 octobre 2009 ne traitent nullement des congés payés et des indemnités compensatrices pour ces congés dues en cas de licenciement.

Vous ne pourriez juger autrement que s'il résultait de la lettre de la loi du 5 mars 2007 ou de ses travaux préparatoires que le législateur a entendu écarter globalement l'application des règles générales fixées en vertu de l'article 136 du statut général de la fonction publique territoriale. Mais l'article L. 421-12 du CCH dispose seulement que le décret « *précise les principales caractéristiques du contrat* ». Quant aux travaux parlementaires, d'ailleurs fort succincts, ils témoignent de la volonté du législateur de rapprocher la situation des directeurs d'OPH de celles de leurs homologues des organismes HLM de droit privé, en faisant ainsi obstacle aux effets les plus contraignants de votre jurisprudence *L...* (comme l'interdiction de recruter dès l'origine en CDI), mais non de modifier totalement le statut de ces directeurs.

¹ Cette nouvelle catégorie d'établissement public industriel et commercial se substituant aux deux anciennes catégories des offices publics d'HLM (OPHLM), qui étaient des établissements publics administratifs, et des offices publics d'aménagement et de construction (OPAC), qui étaient des établissements publics industriels et commerciaux.

Ajoutons enfin que l'interprétation du droit retenue par la cour est aussi celle de la circulaire du 22 décembre 2009 du ministre de l'écologie commentant les dispositions du décret du 12 octobre 2009. Si vous n'êtes bien sûrs pas liés par celle-ci, elle témoigne de l'intention des auteurs du décret.

1.2. Par la deuxième branche de ce moyen, qui est subsidiaire de la première, M. A... soutient que la cour a commis une erreur de droit en jugeant que les dispositions de l'article 5 du décret du 15 février 1988 étaient d'ordre public et en écartant en conséquence les stipulations du contrat selon lesquelles M. A... avait droit aux congés payés annuels dans les conditions prévues par le code du travail.

L'article 5 du décret du 15 février 1988 n'ouvre droit à une indemnité compensatrice, en cas de licenciement, pour les congés payés non pris que si l'agent n'a pu bénéficier de ces congés « *du fait de l'autorité territoriale, en raison notamment de la définition du calendrier des congés annuels* ». Ces dispositions sont moins favorables que celles du code du travail auxquelles le contrat de M. A... renvoyait, l'article L. 3141-28 de ce dernier prévoyant que l'indemnité compensatrice est due pour tous les congés payés non pris en raison de la rupture.

Vous avez déjà jugé à plusieurs reprises que les dispositions des articles 43 à 49 du décret du 15 février 1988, relatives à l'indemnité de licenciement des agents non titulaires, étaient d'ordre public et que le contrat ne pouvait donc y déroger, que ce soit dans un sens moins favorable à l'agent (1^{er} octobre 2001, *Commune des Angles et autres*, n° 221037, aux tables) ou dans un sens plus favorable (14 juin 2004, *M. L...*, n° 250695, au recueil). Cela ne fait que traduire une jurisprudence plus générale selon laquelle les contrats de recrutement des agents non titulaires ne peuvent, en principe, déroger aux dispositions réglementaires qui les encadrent : selon les conclusions du président Genevois (Sect., 25 mai 1979, *Mme R...*, Nos 6436 et 6437, Rec. p. 231), « *les prescriptions réglementaires régissant le recrutement d'agents publics contractuels ont un caractère d'ordre public et ce dernier (...) nous paraît être aussi bien un ordre public de protection – il s'agit d'édicter des garanties en faveur des personnels – qu'un ordre public de direction – il s'agit d'orienter la politique de recrutement des agents des services publics* ».

Certes, vous avez admis que le contrat pouvait dans une certaine mesure fixer une durée de préavis plus favorable à l'agent que le minimum prévu par les articles 39 et 40 du décret du 15 février 1988 (6 février 2013, *C...*, n° 347622, aux tables), mais c'est justement parce que ces articles disposaient alors expressément que le préavis était « *au moins* » égal à la durée qu'ils fixaient. S'agissant des dispositions de l'article 5, elles déterminent de manière impérative les conditions d'octroi et de calcul de l'ICCP, sans prévoir aucune possibilité de modulation. La cour n'a donc pas commis d'erreur de droit en jugeant qu'elles étaient d'ordre public.

1.3. Dernière branche de ce moyen, M. A... soutient que les dispositions de l'article 5 méconnaissaient celles de l'article 7 de la directive du 4 novembre 2003 relatives à la durée du travail. Toutefois, ce moyen a été soulevé pour la première fois devant la cour dans une note en délibéré. Selon le dernier état de votre jurisprudence sur les productions postérieures à la clôture de l'instruction (Sect., 5 décembre 2014, *L...*, n° 340943, Rec.), le juge administratif a toujours la faculté de rouvrir l'instruction dans l'intérêt d'une bonne justice, mais il n'est tenu de le faire à peine d'irrégularité que si cette production contient l'exposé d'une circonstance de fait ou d'un élément de droit dont la partie qui l'invoque n'était pas en mesure de faire état

avant la clôture de l'instruction et qui est susceptible d'exercer une influence sur le jugement de l'affaire. En l'espèce, rien n'empêchait M. A... de soulever ce moyen avant la clôture de l'instruction. Le moyen d'erreur de droit est mal dirigé (la cour n'a pas commis d'erreur de droit puisqu'elle ne s'est pas prononcée sur cette question) et, en tout état de cause, l'arrêt n'est pas entaché d'irrégularité.

2. Par le second moyen, beaucoup moins développé, M. A... soutient que la cour a dénaturé les pièces du dossier en jugeant qu'il ne pouvait être regardé comme n'ayant pu bénéficier de ces congés du fait de l'administration. Dès lors que le contrat de M. A... a été rompu par un licenciement illégal intervenu immédiatement à l'issue d'un congé maladie, ce serait du fait de l'employeur qu'il aurait été empêché de prendre ses congés.

La cour s'est cependant fondée sur la circonstance que dans son courrier du 29 novembre 2012, le requérant n'avait pas sollicité le bénéfice des congés non pris. Il avait lui-même pris acte de ce que le licenciement était intervenu le 29 novembre 2012, avec donc un effet immédiat. Le constat de la cour n'est pas inexact et elle n'a donc pas dénaturé les pièces du dossier.

PCMNC :

- **au rejet du pourvoi ;**
- **à ce qu'il soit mis à la charge de M. A... le versement à l'OPH de C... d'une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.**