

N° 425620

Commune d'Ouveillan

3^e et 8^e chambres réunies

Séance du 25 mai 2020

Lecture du 9 juin 2020

CONCLUSIONS

M. Laurent Cytermann, Rapporteur public

A quelles conditions un fonctionnaire nommé sur un emploi ne correspondant pas à son grade peut-il être licencié pour insuffisance professionnelle ? Cette question, déjà abordée par votre décision *Commune de Gennevilliers* (CE, 13 avril 2018, n° 410411, Tab.), se pose de manière encore plus directe ici. Si vous nous suivez, vous serez conduits à apporter quelques inflexions à cette jurisprudence mais aussi à revisiter celle, plus générale, relative au licenciement pour insuffisance professionnelle des fonctionnaires.

M. Lionel R... a été recruté par la commune d'Ouveillan (Aude) en mai 2009 pour occuper les fonctions de secrétaire général de mairie dans le cadre d'un CDD. Il a été titularisé sur le même poste en qualité d'adjoint administratif territorial de 2^e classe le 4 août 2010. Après quelques années de dégradation des relations avec sa hiérarchie, au cours desquelles M. R... a été affecté au printemps 2011 au suivi des services techniques, placé en congé de maladie et de longue maladie puis employé quelques mois en mi-temps thérapeutique au syndicat d'initiative, le maire a procédé à son licenciement pour insuffisance professionnelle par un arrêté du 30 novembre 2015, sur avis favorable du conseil de discipline.

M. R... a saisi le tribunal administratif de Montpellier, qui a annulé cet arrêté par un jugement du 16 novembre 2017, confirmé par un arrêt du 25 septembre 2018 de la cour administrative d'appel de Marseille. La commune se pourvoit en cassation contre cet arrêt.

1. Elle soutient d'abord que la cour a commis une erreur de droit et de qualification juridique des faits en jugeant que le maire n'avait pu légalement se fonder sur les erreurs commises par M. R... dans le suivi budgétaire et comptable de la commune, au motif que M. R... ne pouvait être légalement chargé du secrétariat de mairie.

1.1. Ce dernier point n'est plus contesté devant vous. En vertu du décret n° 2006-1690 du 22 décembre 2006 portant statut particulier du cadre d'emplois des adjoints administratifs territoriaux, ces agents sont « *chargés de tâches administratives d'exécution* ». La nomination d'un adjoint administratif territorial comme secrétaire de mairie est subordonné à deux conditions : d'une part, la population de la commune doit être inférieure à 2 000 habitants ;

d'autre part, l'adjoint doit relever d'un « *grade d'avancement* », c'est-à-dire avoir au moins le grade d'adjoint administratif territorial de 1^{re} classe¹. En l'espèce, la population de la commune était de 2 111 habitants en 2006 et M. R... était adjoint de 2^e classe. Sa nomination était donc doublement illégale.

C'est pour ce seul motif que la cour a écarté les manquements reprochés à M. R... en sa qualité de secrétaire de mairie. La commune invoque votre jurisprudence *Commune de Gennevilliers*, en soutenant que la cour aurait dû se référer non seulement au grade de M. R... mais aussi aux fonctions pour lesquelles il avait été nommé, c'est-à-dire celles de secrétaire de mairie.

1.2. Comme pour les autres fonctions publiques, la loi du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale est peu disert sur les conditions auxquelles un fonctionnaire peut être licencié pour insuffisance professionnelle, l'article 93 se bornant à prévoir que « *le licenciement pour insuffisance professionnelle est prononcé après observation de la procédure prévue en matière disciplinaire* ». Il est donc revenu à votre jurisprudence de préciser ces conditions et notamment ce que l'on peut qualifier de référentiel du licenciement pour insuffisance professionnelle : au regard de quelles fonctions ou de quel standard la manière de servir du fonctionnaire peut-elle être qualifiée d'insuffisante ? Après vous en être longtemps tenus à une approche casuistique, vous avez rendu trois décisions de principe ces dernières années.

La première d'entre elles (CE, 1^{er} juin 2016, *Commune de Sète*, n° 392621, Rec.), était relative à un agent non titulaire mais vous y avez énoncé des principes valables également pour les fonctionnaires. Vous y avez jugé 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* ». Cette alternative entre « *fonctions pour lesquelles [l'agent] a été engagé* » et « *fonctions correspondant à son grade* » se retrouve dans votre décision *M. D...* (CE, 18 janvier 2017, n° 390396, Rec.), qui concerne cette fois-ci un fonctionnaire, et vous jugez alors que « *le licenciement pour insuffisance professionnelle d'un fonctionnaire ne peut être fondé que sur des éléments manifestant son inaptitude 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 ses missions* ». Enfin, vous avez admis qu'en principe, un licenciement pour insuffisance professionnelle puisse prendre en compte des fonctions auxquelles l'agent a été irrégulièrement nommé, en vous inscrivant dans la théorie du « fonctionnaire de fait », mais vous avez néanmoins exclu cette prise en compte si ces fonctions « *ne correspondent pas à celles pour lesquelles il a été engagé ou à celles de son grade* » (décision *Commune de Gennevilliers*).

¹ Dans l'état du droit applicable lors de la titularisation de M. R..., ce grade ayant depuis été supprimé par un décret du 12 octobre 2016.

Notons que dans l'affaire *Commune de Gennevilliers*, l'irrégularité de la nomination du fonctionnaire concerné était sans rapport avec un problème de grade. Cette affaire vous conduit donc à appliquer pour la première fois la réserve formulée par cette décision. Contrairement à ce que soutient la commune, son application littérale ne conduit pas à remettre en cause l'arrêt de la cour : selon cette décision il suffisait, pour qu'elles ne puissent justifier son licenciement, que les fonctions de secrétaire de mairie ne correspondent pas au grade de M. R... ou aux fonctions pour lesquelles il avait été engagé, et il suffisait donc à la cour de se fonder sur la première branche de l'alternative. La question nous paraît cependant mettre en évidence deux difficultés d'articulation entre vos décisions.

1.3. La première est un problème de cohérence logique entre les jurisprudences *Commune de Sète* et *D...* d'une part, et *Commune de Gennevilliers* d'autre part. Les décisions *Commune de Sète* et *D...* autorisent l'employeur à se fonder sur des éléments révélant l'inaptitude à exercer les fonctions pour lesquelles le fonctionnaire « *a été engagé ou correspondant à son grade* ». L'emploi auquel le fonctionnaire a été irrégulièrement nommé ne devrait donc être exclu que s'il ne correspond ni au grade ni à l'emploi pour lequel il a été engagé. Bien que le considérant de principe de la décision *Commune de Gennevilliers* ne soit pas rédigé ainsi, c'est ensuite selon cette logique que vous avez réglé l'affaire au fond, puisque vous vous êtes bornés à relever que les fonctions auxquelles la fonctionnaire concernée avaient été irrégulièrement nommée correspondaient à son grade. Si l'on retient cette compréhension logique de la décision *Commune de Gennevilliers*, alors la cour a bien commis une erreur de droit.

Toutefois, une seconde difficulté, plus radicale, tient à l'application aux fonctionnaires de la notion de fonctions pour lesquelles ils ont été « engagés ». La décision *Commune de Sète* portait sur l'ensemble des agents publics et l'on pouvait donc la comprendre comme énonçant deux référentiels distincts, le grade pour les fonctionnaires et les fonctions d'engagement pour les agents non titulaires. Mais la décision *D...* a sans ambiguïté énoncé cette alternative pour les seuls fonctionnaires.

Il est pourtant malaisé de donner un sens à cette notion pour un fonctionnaire. S'agit-il de la fonction en cours au moment du licenciement ? de la première fonction occupée auprès de son employeur actuel ? ou de son premier emploi dans la fonction publique ? Et surtout, pourquoi des fonctions potentiellement anciennes devraient-elles jouer un rôle particulier dans l'appréciation de l'insuffisance professionnelle du fonctionnaire ? Cette prise en compte des fonctions d'engagement apparaît comme une innovation de la décision *D...* alors que votre jurisprudence antérieure évoquait de manière constante l'inaptitude « *aux fonctions correspondant à son grade* » comme justification du licenciement pour insuffisance professionnelle (cf. notamment CE, 27 janvier 1993, *M...*, n° 106527, Inédit ; Sect., 6 novembre 2002, *M. G...*, n° 227147, Rec. ; 8 juin 2011, *Mme W...*, n° 335507, Tab.).

1.4. Un effort de clarification nous paraît donc souhaitable. Il consistera tout d'abord à rétablir le grade comme unique référentiel en matière de licenciement pour insuffisance professionnelle, les fonctions d'engagement constituant le référentiel pertinent pour les agents

non titulaires. Un fonctionnaire doit être licencié s'il est inapte à remplir normalement les fonctions correspondant à son grade.

Ceci n'implique pas qu'il doive être inapte à remplir toutes les fonctions correspondant à son grade : vous vous fondez parfois uniquement sur l'inaptitude à exercer certaines fonctions, alors même qu'il ressort du dossier que le fonctionnaire pourrait être compétent dans d'autres fonctions (cf. notamment CE, 20 mai 2016, *Communauté urbaine de Strasbourg*, n° 387105, Rec., sur un directeur licencié pour incompétence managériale alors que ses compétences techniques n'étaient pas en cause ; CE, 16 octobre 1998, *Commune de Cludes*, n° 155080, Inédit, sur le licenciement d'une secrétaire de mairie sans qu'il soit recherché si la fonctionnaire aurait été apte à d'autres fonctions correspondant à son grade d'adjoint administratif). Un fonctionnaire est censé être compétent pour exercer l'ensemble des fonctions correspondant à son grade et il est donc normal qu'une inaptitude à remplir l'une de ses fonctions puisse justifier son licenciement, même si l'employeur a alors aussi la possibilité de l'affecter dans l'intérêt du service à d'autres fonctions.

S'agissant des fonctionnaires irrégulièrement nommés, vous continuerez à juger que le licenciement peut en principe prendre en compte ces fonctions, ce qui constitue le principal acquis de votre décision *Commune de Gennevilliers*. Vous écarterez en revanche cette prise en compte lorsque les fonctions ne correspondent pas au grade de l'agent. Cette solution rejoint celle adoptées par plusieurs juridictions du fond : outre la cour de Marseille, la cour administrative d'appel de Lyon a jugé que la circonstance que les fonctions ne correspondant au grade de l'agent étaient celles décrites dans la fiche de poste étaient sans incidence sur la légalité du licenciement, cet élément pouvant en revanche être pris en compte dans un litige de responsabilité (CAA Lyon, 5 novembre 2009, *Communauté d'agglomération du Puy-en-Velay*, n° 07LY00914).

Les employeurs publics ayant commis l'erreur de nommer un fonctionnaire à un emploi ne correspondant pas à son grade, qui ne donnerait pas ensuite satisfaction, pourront le muter dans l'intérêt du service. Une difficulté peut certes se présenter dans des petites communes qui ne pourraient proposer d'emploi vacant correspondant au grade de l'agent. La présente affaire montre néanmoins que même dans une commune de petite taille, d'autres affectations peuvent être trouvées, le cas échéant dans le cadre de mises à disposition ou de détachements auprès d'autres entités. La création récente de la rupture conventionnelle dans la fonction publique² ouvre une possibilité supplémentaire pour trouver une issue à de telles situations.

Au vu de ces principes, vous confirmerez l'arrêt de la cour et écarterez le premier moyen.

2. Les autres moyens ne vous retiendront pas. La commune soutient que la cour a inexactement qualifié les faits en jugeant que les erreurs commises par M. R... dans le suivi budgétaire et comptable de la commune ne s'inscrivaient pas dans le cadre de tâches administratives d'exécution au sens du décret du 22 décembre 2006 sur les adjoints

² Cf. l'article 72 de la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique et le décret n° 2019-1593 du 31 décembre 2019 relatif à la procédure de rupture conventionnelle dans la fonction publique.

administratifs territoriaux. Votre contrôle se limite en réalité à la dénaturation, cette question factuelle se situant en amont de votre contrôle de qualification juridique sur l'insuffisance professionnelle. La cour n'a pas dénaturé les pièces du dossier en jugeant que des tâches telles que l'élaboration du budget de la commune et le montage des dossiers de subvention ou de marchés publics n'étaient pas de simples tâches administratives d'exécution.

3. Enfin, il est soutenu que la cour a insuffisamment motivé son arrêt en jugeant que les manquements autres que ceux liés aux fonctions de secrétaire de mairie n'étaient pas établis. La commune reproche à la cour de ne pas s'être prononcée sur les « relations de nature non professionnelle » entretenues par M. R... avec une des adjointes au maire et sur les « pauses bruyantes » dans le bureau de M. R... auxquelles ces relations donnaient lieu. Mais la cour n'était pas tenue de prendre position sur chacun des faits reprochés et a pu faire masse de celui-ci avec les « *autres manquements reprochés* » en jugeant qu'ils n'étaient pas établis. Au demeurant, ces faits ne paraissent pas relever de l'insuffisance professionnelle.

PCMNC :

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