

**N° 441096**

**Communauté de communes Val-de-Charente**

**7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> chambres réunies**

**Séance du 2 juillet 2021**

**Décision du 20 juillet 2021**

## **Conclusions**

### **Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique**

Des carences dans l'exercice de fonctions d'encadrement peuvent-elle justifier un licenciement pour insuffisance professionnelle d'un fonctionnaire territorial de catégorie B ? La cour administrative d'appel de Bordeaux a répondu négativement à cette question, par l'arrêt attaqué devant vous par la communauté de communes Val-de-Charente.

1. En 2008, Mme B... a été recrutée par la communauté de communes de Ruffec comme éducatrice de jeunes enfants, non titulaire. Elle a d'abord été nommée sur les postes de coordinatrice d'une Maison de la Petite enfance puis, à partir de 2010, directrice du service multi-accueil. En juin 2014, elle a été titularisée par le syndicat mixte à vocation unique de la petite enfance. Le 1<sup>er</sup> juillet 2014, un transfert de compétences est intervenu en direction de la communauté de communes Val-de-Charente, avec transfert du personnel. Deux ans après, par un arrêté du 15 juillet 2016, le président de cet EPCI a décidé le licenciement de Mme B... pour insuffisance professionnelle.

Le tribunal administratif de Poitiers a rejeté la demande de l'intéressée tendant à l'annulation de cette décision, mais la cour administrative d'appel de Bordeaux n'a pas eu la même appréciation : elle a annulé le jugement ainsi que la décision de licenciement litigieuse et enjoint à la communauté de communes de prononcer la réintégration juridique de Mme B... ainsi que la reconstitution de sa carrière dans un délai de trois mois.

2. Précisons rapidement que le moyen de régularité doit être écarté.

Le défaut de visa d'un mémoire produit avant la clôture n'entache pas d'irrégularité la décision si ce mémoire n'apporte aucun élément nouveau auquel il ne serait pas répondu dans les motifs de la décision (2 juin 2006, C..., n° 263423, aux Tables). En l'espèce, le mémoire en question se bornait à indiquer que Mme B... avait retrouvé un emploi et produisait le contrat correspondant, élément sur lequel la cour ne s'est nullement fondée. Ce qui est reproché à la cour n'est pas un manquement au principe du contradictoire, mais seulement l'absence de mention de cette analyse dans ses visas, ce qui ne vous retiendra donc pas.

3. L'article 93 de la loi du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale régit le licenciement pour insuffisance professionnelle.

Alors que la mesure revêt évidemment une importance particulière, la rédaction tient en deux courts alinéas : « *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 des conditions qui sont fixées par décret.* ».

La loi ne prévoit ainsi que deux éléments :

- premier élément : la procédure : c'est celle qui est prévue en matière disciplinaire, alors même que le licenciement pour insuffisance professionnelle n'est pas une sanction disciplinaire, ces sanctions étant déterminées par l'article 89 de la loi. Ce renvoi à la procédure disciplinaire et aux garanties qui l'encadrent, est toutefois logique au regard des effets d'un licenciement pour insuffisance professionnelle ;
- second élément : la possibilité de percevoir une indemnité – ce qui, outre la différence des motifs et la qualification de sanction, distingue nettement ce licenciement de la révocation du point de vue des effets de la mesure.

Précisons que cette rédaction est similaire s'agissant de la fonction publique d'Etat (article 70 de la loi 11 janvier 1984) et proche, avec quelques nuances s'agissant de la fonction publique hospitalière (article 88 de la loi du 9 janvier 1986).

Sur le fond, autrement dit sur la justification de ce licenciement et sur la notion même d'insuffisance professionnelle, la loi est, en revanche, muette.

3. Votre jurisprudence a, fort opportunément, apporté des éclairages précieux, tant sur le contrôle exercé par le juge que sur les motifs susceptibles de fonder une telle décision.

Tout d'abord, vous avez retenu un contrôle normal des juges du fond sur l'appréciation de l'insuffisance professionnelle justifiant le licenciement (28 novembre 1990, H..., n° 78450, aux Tables sur ce point ; 27 septembre 2000, Centre national de la recherche scientifique, n° 198071, au Recueil ; 27 avril 1994, Centre hospitalier de Roubaix, n° 147329, aux Tables).

Précisons à cet égard, pour ne pas y revenir, que le moyen du pourvoi relatif au contrôle exercé par la cour, à qui la communauté de communes reproche, en se fondant sur une jurisprudence plus ancienne, d'avoir exercé un contrôle normal, ne peut ainsi qu'être écarté.

Vous exercez en cassation un contrôle de qualification juridique sur l'appréciation portée par les juges du fond, même si, ainsi que le relève Frédéric Dieu dans ses conclusions sur la décision D... (18 janvier 2017, D..., n° 390396, aux Tables sur un autre point), aucune de vos décisions appliquant ce contrôle n'a été fichée sur ce point (29 mars 2000, P..., n° 196127, aux Tables ; 17 mars 2004, PR..., n° 205436, aux Tables ; 12 février 2014, L..., aux Tables ; 20 mai 2016, Communauté urbaine de Strasbourg, n° 387105, au Recueil).

S'agissant ensuite de la légalité du motif de ce licenciement, vous avez posé - si nous simplifions - deux grands remparts, l'un protecteur de l'administration employeuse, l'autre de l'agent concerné.

D'une part, et nous y voyons une forme de reconnaissance de la marge d'appréciation de l'administration, vous n'exigez pas qu'un manquement aux obligations fixées par les textes fonde nécessairement ce licenciement. Par la décision CNRS précitée, vous avez en effet jugé que « Les faits pouvant justifier un licenciement pour insuffisance professionnelle ne sont pas nécessairement constitutifs d'un manquement à une obligation fixée par un texte législatif ou réglementaire ».

D'autre part, dans un sens cette fois protecteur pour l'agent, vous n'acceptez pas qu'une insuffisance au regard d'une fonction particulière donnée, parmi celles susceptibles d'être exercées par le fonctionnaire concerné, suffise à elle seule à justifier le licenciement.

Vous jugez certes qu'« un fonctionnaire irrégulièrement nommé aux fonctions qu'il occupe doit être regardé comme légalement investi de ces fonctions tant que sa nomination n'a pas été annulée ». « Son aptitude à exercer normalement ses fonctions peut être appréciée au regard de fonctions auxquelles il a été irrégulièrement nommé, sauf – précisez- vous et c'est essentiel - si ces dernières ne correspondent pas à celles pour lesquelles il a été engagé ou à celles de son grade. » (13 avril 2018, *Commune de Gennevilliers*, n° 410411, aux Tables).

Autrement dit, c'est au regard d'un exercice normal ou classique des fonctions que doit être appréciée la « suffisance professionnelle » – si vous nous permettez cette expression, qui serait bienvenue pour distinguer insuffisance et inaptitude, trop souvent confondues alors que la seconde renvoie à des critères tenant notamment à l'état de santé. Et ces fonctions « normales » sont, assez logiquement, celles pour lesquelles l'agent a été recruté ou celles de son grade.

La conjonction « ou » (les fonctions pour lesquelles il a été engagé ou celles de son grade) pouvait toutefois donner lieu à deux interprétations : soit une alternative, soit un « en tout état de cause », signifiant que l'on présuppose que les fonctions sur lesquelles un agent a été nommé appartiennent nécessairement à celles que permet son grade.

Vous avez clarifié cette jurisprudence avec votre récente décision *Commune d'Ouveillan* (9 juin 2020, n° 425620, aux Tables) en distinguant, d'une part, le cas d'un agent contractuel - son licenciement doit être fondé sur des éléments révélant l'inaptitude à exercer les fonctions pour lesquelles il a été engagé – d'autre part, le cas du fonctionnaire titulaire, pour lequel le licenciement doit être fondé sur l'inaptitude à exercer les fonctions correspondant à son grade. Dans les deux cas, l'idée majeure est qu'une carence ponctuelle dans l'exercice des fonctions ne peut fonder ce licenciement.

Le constat d'une insuffisance sur des fonctions précises est susceptible de justifier que celles-ci ne soient plus confiées à l'agent intéressé, dans l'intérêt du service. Pour autant, cela ne signifie pas qu'il ne serait pas à même d'exercer d'autres fonctions correspondant à son grade. La réponse adaptée est alors de préférence un acte de la hiérarchie consistant à conseiller à

l'agent de changer de poste et l'accompagner en ce sens et, si besoin, une mutation dans l'intérêt du service. Ce n'est que dans l'hypothèse de l'insuffisance à exercer les fonctions de son grade de façon générale que le licenciement est justifié.

Cette distinction entre les fonctions du grade ou certaines fonctions du grade est évidemment plus ou moins pertinente selon les corps et grades concernés : une insuffisance professionnelle pour des fonctions de professeur des écoles, par exemple, offre assez peu de possibilité d'exercer dans d'autres fonctions du grade, alors qu'un attaché d'administration centrale peut exercer des fonctions très différentes, d'expertise juridique, de gestion opérationnelle ou encore d'encadrement.

Enfin, s'agissant précisément de fonctions d'encadrement, vous admettez qu'une insuffisante compétence managériale fonde un licenciement pour insuffisance professionnelle, à la condition que les fonctions attribuées à l'agent soient « essentiellement managériales » (Communauté urbaine de Strasbourg, précitée), ce que les juges du fond doivent contrôler précisément dans le cadre du contrôle normal que nous évoquions.

#### 4. Qu'en est-il en l'espèce ?

Les fonctionnaires territoriaux qui nous intéressent aujourd'hui, à savoir les éducateurs de jeunes enfants, étaient régis par un décret du 10 janvier 1995<sup>1</sup>.

Celui-ci a été abrogé depuis le 1<sup>er</sup> février 2019, en application du décret n° 2017-902 du 9 mai 2017, prévoyant le reclassement des personnels concernés dans la catégorie A.

Dans sa version applicable à la date de la décision de licenciement litigieuse, ce décret prévoit en son article 1<sup>er</sup> qu'ils constituent un cadre d'emplois social de catégorie B. Leur métier – même si ce terme n'est pas utilisé - est défini à l'article 2, qui dispose que « *Les éducateurs de jeunes enfants sont des fonctionnaires qualifiés chargés de mener des actions qui contribuent à l'éveil et au développement global des enfants d'âge préscolaire. / Ils peuvent avoir pour mission, en liaison avec les autres travailleurs sociaux et avec l'équipe soignante, de favoriser le développement et l'épanouissement des enfants âgés de six ans au plus qui se trouvent pour un temps plus ou moins long hors de leur famille ou qui sont confiés à un établissement ou à un service de protection de l'enfance. Ils peuvent également exercer leurs fonctions au sein d'un établissement ou service d'accueil des enfants de moins de six ans dans les conditions fixées par les articles R. 2324-16 et suivants du code de la santé publique.* »

En l'espèce, le contexte relationnel du service placé sous l'autorité de Mme B... était pour le moins dégradé. Mais la cause de cette situation n'est pas, à l'évidence, uniquement liée au management. Les conclusions d'un cabinet d'audit mettaient en exergue une crise profonde entre l'équipe et sa directrice. Les faits précisément reprochés ne font, par ailleurs, pas apparaître d'éléments graves comme on les rencontre parfois, tels que des injures ou des propos dévalorisants, voire un harcèlement. Mais il ressort des pièces du dossier que le mode

---

<sup>1</sup> Décret n° 95-31 du 10 janvier 1995 portant statut particulier du cadre d'emplois des éducateurs territoriaux de jeunes enfants

de management de Mme B... était au moins rigide, fondé sur un contrôle sans doute excessif et un manque de confiance dans son équipe.

La situation conduisait assez logiquement à ce que Mme B... ne soit plus chargée des fonctions de management de ce service.

Toutefois, pouvait-elle justifier un licenciement pour insuffisance professionnelle ? Nous ne le pensons pas. En effet, la description précitée des fonctions correspondant au grade ne fait pas apparaître de responsabilités d'encadrement. La fiche de poste de Mme B... montre aussi que les fonctions n'étaient pas essentiellement managériales – même si nous avons vu que ce point n'est pas déterminant puisque pour un agent titulaire, vous vous référez aux fonctions correspondant au grade et non à l'emploi occupé. D'autres fonctions correspondant à ce grade pouvaient et devaient donc, en application de votre jurisprudence précitée, être proposées à l'intéressée.

Nous vous proposons donc d'écarter le moyen tiré de l'erreur de qualification juridique.

Au-delà du cas d'espèce, précisons qu'autant l'exercice de fonctions managériales par un agent de catégorie B ne nous semble pas, par principe, devoir être interdit (et c'est d'ailleurs le cas pour d'autres corps de catégorie B), autant un échec dans de telles fonctions, qui ne sont pas celles prévues ou principalement prévues par le grade, ne saurait fonder un licenciement.

Certes, les éducateurs territoriaux relèvent aujourd'hui de la catégorie A, mais une réforme visant à une revalorisation de certains emplois de la filière sociale ne peut bien sûr pas venir justifier, a posteriori, des exigences quant à l'occupation antérieure d'un poste.

Enfin, pour répondre à des situations de ce type, la mutation dans l'intérêt du service peut être envisagée. Certes, il est plus compliqué de muter un agent au sein de la fonction publique territoriale qu'au sein de la fonction publique d'Etat. Les missions des centres de gestion de la fonction publique territoriale voire du CNFPT sont sans doute insuffisantes face à ces situations complexes. En tout état de cause, les difficultés liées à la multiplicité des employeurs ne peuvent se retourner contre les agents, qui dans le cadre d'une fonction publique de carrière, bénéficient de garanties importantes.

Par ces motifs, nous concluons :

- au rejet du pourvoi de la communauté de communes
- à ce que la communauté de communes Val de Charente verse une somme de 3 000 euros à Mme B... au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.