

# Conseil d'État

## Section du contentieux

### Requête en annulation

**POUR** : UGFF/CGT...

**CONTRE** : Décret n° 2010-1402 du 12 novembre 2010 relatif à la situation de réorientation professionnelle des fonctionnaires de l'État<sup>1</sup>,

**OBJET** : -Demande d'annulation du décret n° 2010-1402 du 12 novembre 2010 relatif à la situation de réorientation professionnelle des fonctionnaires de l'État  
 - Précédée d'une question prioritaire de constitutionnalité jointe au présent recours, dans un mémoire distinct conformément aux dispositions de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, créées par la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009, notamment dans ses articles 23-2, 23-4, 23-5, contre les dispositions de l'article 7 de la loi n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique, dont le présent décret porte application.

\*\*\*

À l'appui de leur requête, les requérants susvisés entendent faire valoir les faits et moyens suivants :

#### **FAITS**

Au Journal officiel du 16 novembre 2010 a été publié le décret n° 2010-1402 du 12 novembre 2010 relatif à la situation de réorientation professionnelle des fonctionnaires de l'État appliquant la loi n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique, dont les dispositions de l'article 7 portent atteinte aux « *droits et libertés que la Constitution garantit* » selon les termes de l'article 61-1 de la Constitution.

#### **DISCUSSION**

L'illégalité du décret n°2010-1402 du 12 novembre 2010 relatif à la situation de réorientation professionnelle des fonctionnaires de l'État résulte de causes multiples qui constituent autant de violations, au fond, des normes qui lui sont supérieures.

#### **I. Sur la recevabilité**

Le Conseil d'État admet largement l'action des syndicats et groupements contre des *mesures de caractère réglementaire* portant atteinte aux intérêts moraux ou matériels de l'ensemble de leurs membres ou partie d'entre eux, sous réserve des règles particulières applicables aux mesures d'organisation du service.

Ainsi, les recours formés par les syndicats de fonctionnaires contre des dispositions statutaires sont admis (cf. CE Section 10 févr. 1933, *Association amicale du personnel de l'administration centrale du ministère de l'agriculture*, Rec. 193).

En l'espèce, le décret attaqué relatif aux droits et obligations des fonctionnaires fait grief aux agents dont le syndicat requérant a pour objet de défendre les intérêts ; celui-ci a, par suite, intérêt pour agir.

#### **II. Sur l'illégalité :**

---

<sup>1</sup> NOR: MTSF1006248D, JORF n°0265 du 16 novembre 2010 texte n° 100

**A- Pour les motifs expliqués dans la OPC, la loi, pour l'application de laquelle est pris le décret litigieux du 12 novembre 2010, est contraire à la Constitution et ne saurait donc lui fournir un fondement légal.**

1°- La loi ouvre la voie à l'arbitraire en autorisant l'administration à se restructurer discrétionnairement ;

2°- Elle viole le principe d'égalité dans l'ensemble du dispositif qu'elle crée ;

3°- Elle transforme la nature des rapports entre employeur public et fonctionnaire.

**B- Dès lors que la loi est inconstitutionnelle le décret pris sur son fondement, quand il décline les principes qu'elle énonce est lui-même illégal.**

**1°-La décision de réorientation professionnelle de l'article 2 du décret est contraire aux garanties du statut général des fonctionnaires:**

D'après l'article 2 alinéa 2 du présent décret appliquant la loi n° 2009-972 du 3 août 2009 : « *Le placement en réorientation professionnelle est prononcé par décision de l'autorité investie du pouvoir de nomination du fonctionnaire.* »

Or, selon le principe fixé par l'article 9 alinéa 1° de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (Titre I du statut) : « *Les fonctionnaires participent par l'intermédiaire de leurs délégués siégeant dans des organismes consultatifs à l'organisation et au fonctionnement des services publics, à l'élaboration des règles statutaires et à l'examen des décisions individuelles relatives à leur carrière.* »

En l'espèce, aucune consultation du comité technique paritaire, en raison de la réorganisation ou évolution de l'activité du service à l'origine de la suppression de l'emploi, n'est envisagée, contrairement à l'article 15-II de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État (Titre II du statut) d'après lequel : « *II. - Les comités techniques connaissent des questions relatives à l'organisation et au fonctionnement des services, des questions relatives aux effectifs, aux emplois et aux compétences, des projets de statuts particuliers ainsi que des questions prévues par un décret en Conseil d'État. Les incidences des principales décisions à caractère budgétaire sur la gestion des emplois font l'objet d'une information des comités techniques* ».

De même, aucune consultation de la commission administration paritaire, en raison de la suppression de l'emploi et du poste d'un fonctionnaire, n'est prévue, contrairement à l'article 60 de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, qui dispose dans son alinéa 1° : « *L'autorité compétente procède aux mouvements des fonctionnaires après avis des commissions administratives paritaires.* »

En effet, selon l'article 2 alinéa 2 du présent décret simplement : « *Les commissions administratives paritaires reçoivent communication d'un rapport annuel sur le placement de fonctionnaires en situation de réorientation professionnelle* » c'est-à-dire *ex ante* et en l'absence de tout débat contradictoire avec les représentants élus du personnel. La décision administrative de l'autorité compétente devrait, pour être légale, être précédée – c'est-à-dire en amont - de la consultation et de l'avis de ces organismes paritaires.

***Le décret est contraire aux garanties fixées par les Titres I et II du statut général des fonctionnaires.***

***Au surplus, le présent décret qui, dans ses visas, met en avant le Code du travail, est à cet égard, contraire à l'alinéa 8 du Préambule de 1946 selon lequel : « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ».***

**2°- Les dispositions relatives au projet personnalisé d'évolution professionnelle sont contraires à la situation statutaire du fonctionnaire :**

Selon l'article 3 du décret : « *L'administration établit le projet personnalisé d'évolution professionnelle du fonctionnaire prévu à l'article 44 ter de la loi du 11 janvier 1984<sup>2</sup> susvisée, au terme d'un ou plusieurs entretiens entre le responsable des ressources humaines et le fonctionnaire concerné dans un délai d'un mois maximum après son placement en réorientation professionnelle(...) Ce projet comporte notamment; (...)*

*7° Les engagements réciproques du fonctionnaire et de l'administration pendant cette période.*

*Le projet personnalisé d'évolution professionnelle donne lieu à un document qui est versé au dossier du fonctionnaire.»*

De tels engagements qui n'ont aucune valeur juridique, peuvent être interprétés discrétionnairement et exposent le fonctionnaire à l'arbitraire de l'administration.

En effet, le projet personnalisé d'évolution professionnelle « établi » par l'administration est un acte unilatéral de celle-ci, qui s'impose au fonctionnaire ainsi que l'indique l'article 4 du décret : « *Le fonctionnaire est tenu de suivre l'ensemble des actions d'accompagnement prévues par son projet personnalisé.* »

A cet égard, le décret est muet quant à d'éventuelles sanctions si le fonctionnaire n'obéit pas à son projet personnalisé d'orientation professionnelle, laissant ici le fonctionnaire face à l'arbitraire de l'administration, donc sans quelque garantie disciplinaire que ce soit.

Ce document qui est versé au dossier du fonctionnaire, certes élaboré en concertation avec celui-ci, n'est que l'expression du pouvoir hiérarchique.

***Ces dispositions réglementaires d'application de la loi de 2009, exposent le fonctionnaire à l'arbitraire de l'administration.***

### **3°-La position de disponibilité d'office est contraire aux garanties du statut général des fonctionnaires et à la Constitution :**

D'après l'article 9 du décret, la position de réorientation professionnelle « *peut également prendre fin à l'initiative de l'administration, après avis de la commission administrative paritaire, après que le fonctionnaire a refusé successivement trois offres d'emplois dans les conditions prévues à l'article 44 quater de la loi du 11 janvier 1984 susvisée<sup>3</sup>.* » L'article 10 du décret précise : « *La mise en disponibilité prévue à l'article 44 quater de la loi du 11 janvier 1984 précitée est prononcée pour une durée indéterminée.* »

D'une manière classique, la mise en disponibilité est une position du fonctionnaire de l'État définie à l'article 51 alinéa 1er du titre II, dans les termes suivants : « *La disponibilité est la position du fonctionnaire qui, placé hors de son administration ou service d'origine, cesse de bénéficier, dans cette position, de ses droits à l'avancement et à la retraite.* » Il n'y a donc pas rupture du lien qui unit le fonctionnaire à son administration, contrairement à la retraite, que pourtant la loi de 2009 met en parallèle par rapport à cette mise en disponibilité d'office, dans l'article 44 quater.

Selon l'article 51 : « *La disponibilité est prononcée, soit à la demande de l'intéressé, soit d'office* ». Jusqu'à la loi de 2009, la disponibilité d'office n'était prononcée qu'à l'expiration de congés de maladie, pour une durée limitée (un an renouvelable deux fois).

<sup>2</sup> « Art. 44 ter.-L'administration établit, après consultation du fonctionnaire placé en situation de réorientation professionnelle, un projet personnalisé d'évolution professionnelle qui a pour objet de faciliter son affectation dans un emploi correspondant à son grade, situé dans son service ou dans une autre administration, ou de lui permettre d'accéder à un autre corps ou cadre d'emplois de niveau au moins équivalent. Le projet peut également avoir pour objet de l'aider à accéder à un emploi dans le secteur privé ou à créer ou reprendre une entreprise. »

<sup>3</sup> « Art. 44 quater.-La réorientation professionnelle (...) peut également prendre fin, à l'initiative de l'administration, lorsque le fonctionnaire a refusé successivement trois offres d'emploi public fermes et précises correspondant à son grade et à son projet personnalisé d'évolution professionnelle, et tenant compte de sa situation de famille et de son lieu de résidence habituel. Dans ce cas, il peut être placé en disponibilité d'office ou, le cas échéant, admis à la retraite. »

Dans ce qui est désormais l'article 44 *quater* de la loi de 1984, cette mise en disponibilité d'office est une possibilité ouverte par le législateur, le fonctionnaire « peut être placé en disponibilité d'office », pour un temps que la loi ne définit pas.

Le décret, dispose quant à lui, que cette disponibilité « est prononcée pour une durée indéterminée ».

La loi de 2009, muette sur la durée de cette mise en disponibilité d'office, semblait ne pas remettre en cause la situation antérieure. Le décret est quant à lui très clair, en précisant, que cette mise en disponibilité d'office est prononcée pour une durée indéterminée. Il va même au-delà de la loi, en faisant de cette mise en disponibilité d'office, une obligation.

Ainsi, cette position du fonctionnaire, totalement dépendante de l'administration, sans durée déterminée, soumet celui-ci à l'arbitraire administratif.

Effectivement, d'après le décret, le fonctionnaire en « *réorientation professionnelle* » qui refuse trois offres d'emplois est, aussi longtemps que le décide discrétionnairement l'administration, privé de tout revenu, puisqu'il n'y a pas de service fait. De plus, « *La disponibilité est la position du fonctionnaire qui, placé hors de son administration ou service d'origine, cesse de bénéficier, dans cette position, de ses droits à l'avancement et à la retraite.* »

Ainsi, le décret met en place une situation contraire à toute garantie fondamentale des fonctionnaires, dont la loi seule, selon l'article 34 de la Constitution, fixe les règles.

Dans ces conditions, la mise en disponibilité d'office créée par la loi de 2009 et appliquée par le présent décret, peut s'apparenter à une sanction, pour manquement à l'obligation d'obéissance hiérarchique, d'obéissance à la volonté, à l'ordre de l'administration d'accepter un poste. Si c'est une véritable sanction disciplinaire pour le fonctionnaire, alors, celui-ci devrait avoir droit à la protection statutaire d'une procédure disciplinaire.

L'article 66 du titre II du statut de la Fonction publique, relatif à la Fonction publique de l'État qui détermine la liste des sanctions disciplinaires n'a nullement été modifié pour y introduire la mise en « *disponibilité d'office* »<sup>4</sup> telle que créée par la loi de 2009, or, il ne peut pas y avoir de peine sans texte.

S'il ne s'agit pas d'une sanction classique, la disponibilité ainsi organisée sans respect de la procédure disciplinaire peut s'apparenter à la sanction d'un abandon de poste. Abandon de poste, qui prive en effet le fonctionnaire de ses garanties disciplinaires, pour s'être placé lui-même, par la gravité de son acte, en dehors des garanties de son statut.

Il ne semble pas pourtant qu'en l'espèce, la « *mise en disponibilité* » soit considérée comme la sanction d'un abandon de poste, d'ailleurs, l'article 69 de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État distingue bien lui-même entre l'abandon de poste et la disponibilité d'office telle qu'elle résulte de la loi de 2009 qui vient modifier l'article 51 de la loi de 1984, d'après cet article en effet : « *Hormis le cas d'abandon de poste, ou les cas prévus aux articles 51 ci-dessus et 70 ci-dessous, les fonctionnaires ne peuvent être licenciés qu'en vertu de dispositions législatives de dégageant des cadres prévoyant soit le reclassement des intéressés, soit leur indemnisation.* »

Cette disponibilité d'office s'inscrit dans une procédure en deux temps, premier temps, réorientation professionnelle, avec « *mise en disponibilité* », s'il y a refus de trois offres d'emplois, puis deuxième temps, éventuellement, licenciement.

Cette étape de mise en disponibilité prépare, éventuellement, si la « *résistance* » aux propositions de l'administration persiste, la seconde étape, qui elle, en revanche, ressemble à l'abandon de poste puisque, comme celui-ci, elle peut se solder par le licenciement du fonctionnaire.

---

<sup>4</sup> Article 66 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 : « *Les sanctions disciplinaires sont réparties en quatre groupes(...) Quatrième groupe :- la mise à la retraite d'office ;- la révocation.*

Alors, la « *mise en disponibilité* » peut être conçue comme une mesure préparatoire à l'étape suivante, comparable à la suspension pour faute grave préparant à la sanction, justifiant ainsi qu'il n'y ait pas de procédure disciplinaire. La suspension en effet, n'ayant pas le caractère disciplinaire, n'exige pas que l'intéressé soit mis à même de présenter au préalable sa défense.

Pourtant, le régime juridique de la suspension n'a rien à voir avec cette mise en disponibilité, telle qu'organisée par le présent décret, pour plusieurs raisons.

D'abord, d'après l'article 30 du titre I du statut général, relatif à la suspension, dès que celle-ci est prononcée, sans délai, le conseil de discipline est saisi. Ce qui n'est même pas envisagé ici. Ensuite, la suspension est une mesure conservatoire, prise dans l'intérêt du service, destinée à écarter temporairement un fonctionnaire du service, en attendant qu'il soit statué disciplinairement ou pénalement sur sa situation. En effet, la mesure de suspension est prise en cas de faute grave commise par le fonctionnaire, telle qu'il faille protéger le service public contre cette personne qui n'est plus digne d'en assurer la mission. Ici, rien de cela, il n'est fait état d'aucune faute du fonctionnaire dont on supprime le poste, au contraire le fonctionnaire est digne de rester dans la Fonction publique puisque l'administration lui propose trois postes.

Enfin, la mesure de suspension ne prive pas le fonctionnaire de son traitement, et sa situation doit être définitivement réglée dans « *le délai de quatre mois* ». Elle ne le prive pas non plus de ses droits à l'avancement et à la retraite. La suspension suspend simplement l'obligation de service du fonctionnaire, pour un temps, pour préparer la sanction disciplinaire, ce qui n'est pas le cas ici puisque non seulement le fonctionnaire est privé de sa rémunération, mais en plus, sans aucune limitation de durée.

***Alors, force est de constater que le décret met en place une mesure qui équivaut à une véritable sanction disciplinaire aux conséquences professionnelles très lourdes, soumise à l'arbitraire de l'administration.***

#### **4°- Le décret opère une confusion entre licenciement et disponibilité d'office:**

Cette confusion qui est manifeste dans les articles 10 et 11 du décret, confirme que d'une manière illégale, contraire aux garanties du statut, est mise en place une mesure qui équivaut à une nouvelle sanction disciplinaire, la disponibilité d'office.

L'article 10 relatif au régime de la mise en disponibilité d'office, applique l'article 44 quater de la loi : « *La mise en disponibilité prévue à l'article 44 quater de la loi du 11 janvier 1984 précitée est prononcée pour une durée indéterminée.*

*Au cours de cette période, la réintégration peut intervenir, à la demande du fonctionnaire, sur l'une des trois premières vacances dans son corps d'origine.*

*Le fonctionnaire qui refuse successivement trois postes qui lui sont proposés en vue de sa réintégration peut être licencié après avis de la commission administrative paritaire ou, s'il a droit à pension, admis à la retraite. »*

Quant à l'article 11, également relatif à l'application dudit article 44 quater, il dispose : « *Le fonctionnaire mis en disponibilité ou admis à la retraite d'office dans les conditions prévues à l'article 44 quater de la loi du 11 janvier 1984 susvisée peut bénéficier de l'allocation d'assurance prévue à l'article L. 5424-1 du code du travail dans les conditions prévues aux articles L. 5422-2 et L. 5422-3 du même code.* »

Dans le cas de l'article 10, la mise en disponibilité d'office peut se conclure par un licenciement ou une mise à la retraite d'office, en cas de refus des postes proposés au fonctionnaire, ledit article 10 met donc sur le même plan le licenciement et la mise à la retraite d'office.

L'article 11 quant à lui, met sur le même plan la mise en disponibilité d'office et la retraite d'office, confirmant ainsi, que la mise en disponibilité d'office est conçue en réalité comme une sanction qui a comme conséquence la radiation des cadres.

En effet, l'article 66 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 inscrit la mise à la retraite d'office parmi les sanctions du quatrième groupe : « *Les sanctions disciplinaires sont réparties en quatre groupes (...) Quatrième groupe :- la mise à la retraite d'office :- la révocation.* »

Ceci confirme que le décret, appliquant la loi de 2009, organise la mise en place d'une mesure qui équivaut à une véritable sanction disciplinaire du quatrième groupe, sans aucune garantie disciplinaire, soumise à l'arbitraire de l'administration.

***Le décret est contraire au Titre II du statut général, précisément à son article 66 qui fixe la liste des sanctions disciplinaires, sans mentionner d'une quelconque façon la disponibilité d'office créée par la loi de 2009.***

**5°- La définition de la notion d'emploi offert, donnée par le décret, change la physionomie de la Fonction publique.**

En ne définissant pas comme « public », l'emploi offert, le décret permet que la « carrière » terminale proposée au fonctionnaire soit hors champ de la fonction publique d'État, ce qui le soustrait illégalement au statut.

Selon la loi de 2009, « *La réorientation professionnelle prend fin lorsque le fonctionnaire accède à un nouvel emploi.*

« *Elle peut également prendre fin, à l'initiative de l'administration, lorsque le fonctionnaire a refusé successivement trois offres d'emploi public fermes et précises correspondant à son grade et à son projet personnalisé d'évolution professionnelle, et tenant compte de sa situation de famille et de son lieu de résidence habituel.* »

D'après l'article 9 du décret, la position de réorientation professionnelle « *peut également prendre fin à l'initiative de l'administration, après avis de la commission administrative paritaire, après que le fonctionnaire a refusé successivement trois offres d'emplois dans les conditions prévues à l'article 44 quater de la loi du 11 janvier 1984 susvisée.* »

Il n'est plus question « *d'emploi public* ». Avec ces « *trois offres d'emplois* », sans mention, le décret ouvre ainsi toute possibilité d'emploi, en dehors de la Fonction publique, même en dehors du secteur public, mettant en place en réalité une fonction publique « ouverte », au gré de l'administration, vers le secteur privé. La loi de 2009 elle-même, dans son article 7 introduisant un article 44 *ter*<sup>5</sup> dans le Titre II du statut, organise cette ouverture, en aidant le fonctionnaire à accéder à un emploi dans le secteur privé.

***En « ouvrant » expressément ainsi la Fonction publique vers le secteur privé, le décret change la nature du système français.***

**C-En toute hypothèse, les dispositions du décret ne permettent pas l'application des règles fixées par la loi:**

Dans l'article 44 *quater* de la loi (article 7 de la loi du 3 août 2009) sont fixées les règles suivantes: « *-La réorientation professionnelle (...) peut également prendre fin, à l'initiative de l'administration, lorsque le fonctionnaire a refusé successivement trois offres d'emploi public fermes et précises correspondant à son grade et à son projet personnalisé d'évolution professionnelle, et tenant compte de sa situation de famille et de son lieu de résidence habituel. Dans ce cas, il peut être placé en disponibilité d'office ou, le cas échéant, admis à la retraite.* »

Selon l'article 9 du présent décret: « *La réorientation professionnelle (...) peut également prendre fin à l'initiative de l'administration, après avis de la commission administrative paritaire, après que le fonctionnaire a refusé successivement trois offres d'emplois dans les conditions prévues à l'article 44 quater de la loi du 11 janvier 1984 susvisée.* »

L'article 10 poursuit dans son alinéa 1<sup>o</sup>: « *La mise en disponibilité prévue à l'article 44 quater de la loi du 11 janvier 1984 précitée est prononcée pour une durée indéterminée.* »

Alors que selon les dispositions de l'article 7 de la loi de 2009: « *Art. 44 quinquies.-Un décret en Conseil d'État détermine les conditions de mise en œuvre de la présente sous-section* », le présent décret ne précise aucunement les mesures permettant l'application des règles fixées par la loi.

<sup>5</sup> « ... Le projet peut également avoir pour objet de l'aider à accéder à un emploi dans le secteur privé ou à créer ou reprendre une entreprise. »

Ainsi, aucun dispositif réglementaire n'est proposé pour expliciter les 5 différentes conditions cumulativement nécessaires :

- 3 offres d'emploi public fermes et précises (tout au contraire en utilisant le terme « emploi » et non « emploi public » le décret crée une ambiguïté supplémentaire) ;
- tenant compte du grade du fonctionnaire ;
- correspondant à son projet personnalisé d'évolution ;
- tenant compte de sa situation de famille ;
- et prenant en considération son domicile.

Sans l'existence de définitions précises, et donc contrôlables, de ces cinq conditions, le placement d'office en disponibilité est illégal en tant qu'il ne permet pas l'application de la loi.

***Dès lors que l'article 44 quinquies de la loi du 11 janvier 1984 renvoie à un décret, celui-ci ne peut qu'être illégal, à défaut de fixer clairement et explicitement les modalités d'application de la loi.***

**Par ces motifs,** et tous autres à produire, déduire ou suppléer au besoin d'office, les requérants concluent à ce qu'il plaise au Conseil d'État :

- **examiner prioritairement**, en vertu de l'article 61-1 de la Constitution, la question de constitutionnalité jointe ;
- **annuler** les dispositions correspondantes du décret du 12 novembre 2010, et notamment ses articles 2, 9, 10 et 11.

Le 13 Janvier 2011