

NOTE D'INFORMATION N°23

LA DISPONIBILITE DISCRETIONNAIRE

REFERENCES :

- Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, articles 72 à 73,
- Décret n°86-68 du 13 janvier 1986 relatif aux positions de détachement, hors cadre, de disponibilité, de congé parental et de congé de présence parentale des fonctionnaires territoriaux, articles 18 et suivants,
- Décret n°2007-611 du 26 avril 2007 relatif à l'exercice d'activités privées par des fonctionnaires ou agents non titulaires ayant cessé temporairement ou définitivement leurs fonctions et à la commission de déontologie

DEFINITION

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 (la disponibilité s'apparente à un congé sans traitement).

La disponibilité discrétionnaire correspond aux cas où la mise en disponibilité est sollicitée par le fonctionnaire et accordée par l'autorité territoriale, sous réserve des nécessités du service. Cette dernière peut donc refuser d'accorder la mise en disponibilité pour des raisons de continuité du service.

LES CAS DE DISPONIBILITE DISCRETIONNAIRE

Trois cas de disponibilité discrétionnaire sont à distinguer :

- La disponibilité pour effectuer des études ou des recherches :

Le fonctionnaire peut être placé sur sa demande en disponibilité afin d'effectuer des études ou des recherches présentant un caractère d'intérêt général.

Ce type de disponibilité est accordé pour une durée maximale de trois ans mais elle peut être renouvelée une fois pour une durée équivalente.

- La disponibilité pour créer ou reprendre une entreprise :

A la demande du fonctionnaire, celui-ci peut être placé en disponibilité pour créer ou reprendre une entreprise au sens de l'article L351-24 du Code du Travail. L'entreprise créée ou reprise peut être industrielle, commerciale, artisanale ou agricole et être exploitée soit à titre individuel soit sous la forme d'une société.

La durée de la disponibilité accordée pour créer ou reprendre une entreprise ne peut excéder deux ans.

- La disponibilité pour convenances personnelles :

Le fonctionnaire peut être placé sur sa demande en disponibilité pour convenances personnelles. Ce type de disponibilité n'a pas à être justifié par un motif particulier.

La mise en disponibilité pour convenances personnelles peut être accordée pour une durée maximale de trois ans et renouvelée dans la limite de dix ans pour l'ensemble de la carrière du fonctionnaire.

A noter : Si une cure thermale ne peut être attribuée au titre du congé de maladie, la disponibilité pour convenances personnelles peut être une solution (outre les congés annuels). Cependant, elle sera accordée à une date compatible avec les nécessités de continuité du service public.

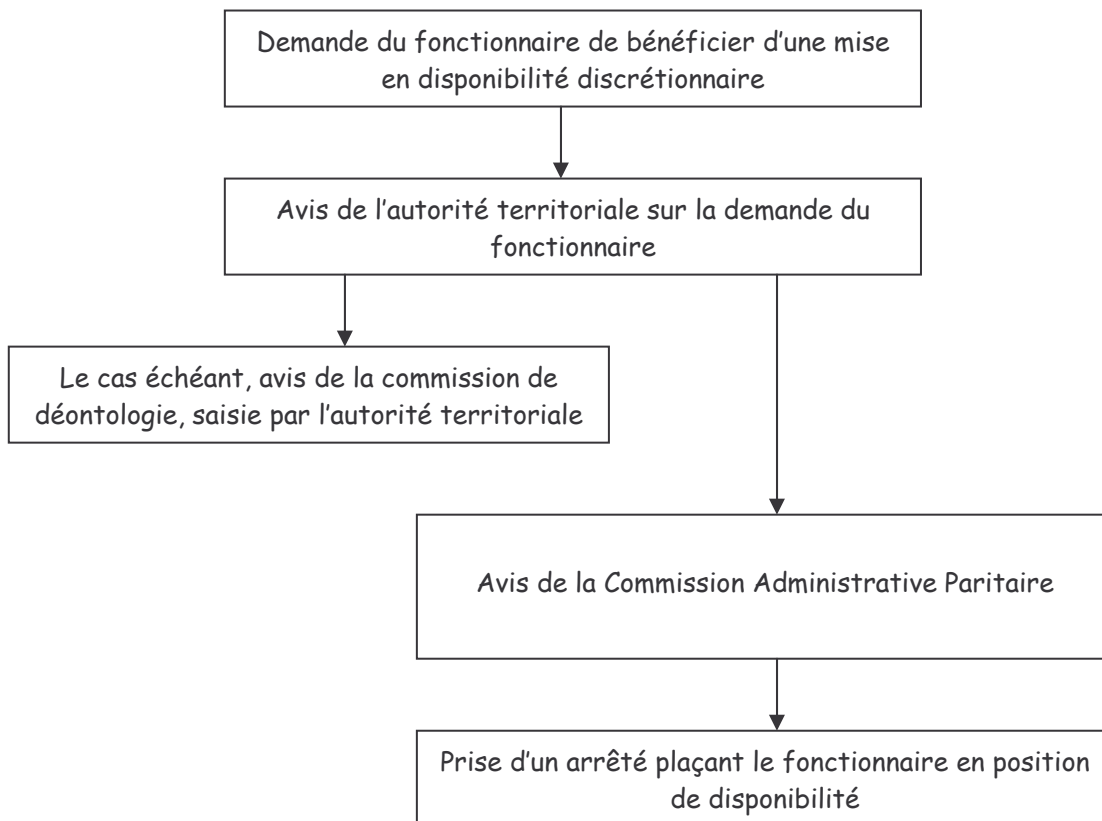
PROCEDURE D'OCTROI D'UNE DISPONIBILITE DISCRETIONNAIRE

La mise en disponibilité discrétionnaire est accordée sur demande écrite de l'agent. Aucune disposition réglementaire ne prévoit de délai à respecter ; néanmoins, l'agent doit solliciter sa mise en disponibilité suffisamment tôt pour que son autorité territoriale puisse respecter la procédure exposée ci-après.

La demande de disponibilité de l'agent doit préciser la date de début de disponibilité et la durée pour laquelle celle-ci est sollicitée. En l'absence de précision par le fonctionnaire de la durée de disponibilité demandée, l'autorité territoriale est autorisée à définir cette dernière (arrêt de la Cour Administrative d'Appel de Nancy n°97NC02301 du 14/11/2002).

L'autorité territoriale, saisie de la demande de l'agent, doit solliciter l'avis de la commission administrative paritaire avant le prononcé de la disponibilité. La saisine de la commission administrative paritaire s'effectue au moyen d'un courrier de l'autorité territoriale, accompagné d'une copie de la demande de l'agent, ou par le site AGIRHE de la collectivité (dans ce cas, l'autorité territoriale doit adresser par courrier la copie de la demande de l'agent).

Suite à l'avis émis par la commission administrative paritaire, la mise en disponibilité du fonctionnaire est prononcée par arrêté de l'autorité territoriale.



SITUATION DU FONCTIONNAIRE PENDANT LA DISPONIBILITE DISCRETIONNAIRE

Le fonctionnaire n'acquiert aucun droit à avancement et retraite pendant la disponibilité.

Le fonctionnaire ne perçoit pas non plus de rémunération.

Une fonctionnaire en disponibilité ne peut pas bénéficier d'un congé de maternité, qui n'est ouvert qu'aux agents en activité.

(A NOTER : le fonctionnaire relevant du régime spécial a cependant droit, 6 semaines avant la date présumée de l'accouchement et 8 semaines après celui-ci, à une indemnité journalière de repos calculée dans les conditions fixées à l'article 4 du décret n°60-58 du 11 janvier 1960 relatif au régime de sécurité sociale des agents permanents des départements, des communes et de leurs établissements publics n'ayant pas le caractère industriel ou commercial.)

Dès lors que le fonctionnaire a été régulièrement mis en disponibilité, il peut légalement être élu au conseil municipal de la commune qui l'employait antérieurement à cette disponibilité (arrêt du Conseil d'Etat n°236267 du 08/07/2002 Elections municipales de Floringhem).

Remplacement du fonctionnaire en disponibilité :

Si la disponibilité dure plus de 6 mois, l'autorité territoriale peut déclarer le poste antérieurement occupé par le fonctionnaire vacant et procéder à un recrutement dans les conditions prévues par la loi n°84-53 du 26/01/1984 portant dispositions relatives à la fonction publique territoriale (Réponse Ministérielle n°73276 JOAN du 13/12/2005 p.11595).

Aucun principe ne s'oppose à ce qu'un fonctionnaire en disponibilité soit recruté, y compris par une autre personne publique (Arrêt du Conseil d'Etat du 13/11/1981 Syndicat National de l'Education Physique).

Cependant, la définition même de la disponibilité exclut que le fonctionnaire soit recruté comme agent non titulaire par sa propre administration d'origine.

Le fonctionnaire pourra être recruté soit par une personne privée, soit par une autre personne publique (Arrêt du Conseil d'Etat du 13/11/1981 Syndicat National de l'Education Physique).

Le fonctionnaire devra informer son autorité territoriale qui appréciera, au cas par cas, la compatibilité de l'activité poursuivie avec la motivation qui justifie la mise en disponibilité.

Le fonctionnaire sera soumis aux règles de déontologie, notamment dans le cadre de l'exercice d'une activité privée :

- il ne devra pas avoir été chargé, au cours des trois dernières années qui précèdent le début de cette activité, d'assurer la surveillance ou le contrôle de l'entreprise qui le recrute, de conclure des contrats de toute nature avec cette entreprise ou de formuler un avis sur de tels contrats, de proposer directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par cette entreprise ou de formuler un avis sur de telles décisions,
- l'activité exercée par le fonctionnaire, qu'elle soit salariée ou non, dans un organisme ou une entreprise privé ou en activités libérales, ne doit pas, par sa nature ou ses conditions d'exercice et eu égard aux fonctions précédemment exercées par le fonctionnaire, porter atteinte à la dignité desdites fonctions ou risquer de compromettre ou mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service. Cette interdiction s'applique pour une durée de trois ans à compter de la cessation des fonctions justifiant l'interdiction.

Le fonctionnaire placé en position de disponibilité qui se propose d'exercer une activité privée doit en informer, par écrit, l'autorité dont il relève un mois au plus tard avant son départ en disponibilité. Tout changement d'activité pendant un délai de trois ans à compter du début de la disponibilité doit faire l'objet de la même information.

L'autorité territoriale devra obligatoirement saisir par écrit la commission de déontologie pour l'exercice d'une activité privée par les agents qui étaient chargés soit d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée ou de formuler un avis sur de tels contrats, soit de proposer des décisions relatives à des opérations effectuées par une entreprise privée ou de formuler un avis sur de telles décisions.

Cette saisine intervient dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle l'autorité territoriale a été informée du projet de l'agent.

Dans les autres cas, s'il y a un doute sur la compatibilité de l'activité envisagée avec les fonctions précédentes, l'autorité territoriale peut saisir par écrit la commission de déontologie compétente pour la fonction publique territoriale pour avis sur la compatibilité de l'activité projetée avec les fonctions précédemment exercées par l'intéressé.

Cette saisine intervient dans un délai d'un mois à compter de la date à laquelle l'autorité territoriale a été informée du début envisagé de l'activité.

Dans tous les cas, l'autorité territoriale devra transmettre une copie de la saisine de la commission de déontologie au fonctionnaire concerné.

La saisine de la commission de déontologie peut également être le fait de l'agent placé en disponibilité mais il doit en ce cas en informer l'autorité territoriale dont il relève.

La commission émet son avis dans un délai d'un mois à compter de l'enregistrement du dossier de saisine par son secrétariat.

Toutefois la commission peut proroger une fois ce délai pour une durée d'un mois. Elle en informe sans délai l'administration, qui en avise l'intéressé.

L'avis de la commission est transmis à l'autorité dont relève l'agent. Cette autorité en informe l'intéressé sans délai.

L'absence d'avis de la commission à l'expiration d'un délai d'un mois à compter de sa première saisine vaut avis favorable.

Ce délai est porté à deux mois dans le cas où la commission a prorogé son délai de décision.

L'autorité dont relève l'agent l'informe de la suite donnée à l'avis de la commission et en informe celle-ci.

Le silence gardé par cette autorité pendant un délai d'un mois à compter de la notification de l'avis vaut décision conforme à cet avis.

Dans l'hypothèse où l'agent exerce, contre avis de la commission de déontologie, une activité prohibée, il est passible des sanctions disciplinaires de droit commun, y compris les sanctions du troisième et quatrième groupe, notamment la mise à la retraite d'office ou la révocation.

LE RENOUVELLEMENT DE LA DISPONIBILITE DISCRETIONNAIRE

Le renouvellement de la mise en disponibilité discrétionnaire du fonctionnaire obéit aux mêmes règles que son octroi initial, dans le respect des délais maximaux applicables à chaque type de disponibilité :

- six ans pour une disponibilité pour effectuer des études ou des recherches,
- deux ans pour créer ou reprendre une entreprise,
- dix ans sur l'ensemble de la carrière du fonctionnaire pour la disponibilité pour convenances personnelles.

Il doit être sollicité trois mois au moins avant l'expiration de la période de disponibilité en cours, sauf si la disponibilité n'excède pas trois mois.

Lorsque l'agent n'a pas fait connaître ses intentions dans le délai réglementaire, l'autorité territoriale doit mettre en œuvre une procédure similaire à celle relative à l'abandon de poste : elle est tenue de mettre le fonctionnaire en demeure de reprendre ses fonctions à une date fixée par elle ou à renouveler sa disponibilité (si cela est possible), en précisant qu'à défaut, il sera radié des cadres. Dans l'attente, l'agent doit être maintenu en disponibilité.

REINTEGRATION APRES UNE PERIODE DE DISPONIBILITE DISCRETIONNAIRE

– Procédure :

La réintégration du fonctionnaire à l'issue d'une période de disponibilité discrétionnaire est subordonnée en premier lieu à la production d'une demande écrite de l'intéressé. Celle-ci doit intervenir dans un délai de trois mois précédant la fin de la période de disponibilité en cours, sauf dans le cas où la disponibilité n'a pas excédé trois mois.

L'autorité territoriale ne pourra pas procéder à la radiation des cadres d'un fonctionnaire qui n'a pas demandé sa réintégration sans l'avoir au préalable sollicité et informé des risques

encourus (jugement du Tribunal Administratif de Nancy n°021336 du 16/03/2004 X.). Il convient dans un tel cas d'user de la procédure d'abandon de poste qui exige une mise en demeure du fonctionnaire. La mise en demeure intimera alors au fonctionnaire de reprendre ses fonctions à une date précise ou de demander, si cela est possible, le renouvellement de sa disponibilité (Réponse ministérielle n°30865 JOAN du 18/05/2004 p.3693).

Avant de procéder à la réintégration du fonctionnaire, ce dernier doit faire l'objet d'une vérification de son aptitude à exercer les fonctions afférentes à son grade par un médecin agréé.

La réintégration du fonctionnaire doit également être précédée d'un avis de la commission administrative paritaire, conformément à la jurisprudence du Conseil d'Etat, notamment son arrêt du 17 novembre 1999 n°188818.

A NOTER : Dans l'hypothèse où le fonctionnaire se verrait offrir un emploi dans une autre collectivité par voie de mutation, il apparaît possible, compte tenu des termes de l'article 51 de la loi du 26 janvier 1984 susvisée, que la réintégration de l'intéressé ait lieu dans cette collectivité après information de la collectivité d'origine (Réponse à la question écrite n° 07522 JO Sénat du 05/04/1990).

– Modalités :

Le fonctionnaire territorial mis en disponibilité sur sa demande a le droit, sous réserve de la vacance d'un emploi correspondant à son grade, d'obtenir sa réintégration à l'issue de la période de disponibilité dans un délai raisonnable. Ainsi, le juge administratif a pu sanctionner une collectivité qui n'avait pas procédé à la réintégration d'un fonctionnaire en disponibilité pour convenances personnelles, alors que ce dernier avait sollicité sa réintégration et que la collectivité avait recruté sur le grade détenu par le fonctionnaire. La recherche d'un autre emploi, l'aide de son employeur à trouver une mobilité et l'exercice de fonctions de non titulaire ne démontraient pas que le fonctionnaire avait renoncé à son droit (CAA Paris n° 03PA00617 du 21/11/2006).

Lorsque la disponibilité du fonctionnaire n'a pas excédé trois ans, une des trois premières vacances d'emplois doit lui être proposée. La réintégration est donc de droit à la troisième vacance d'emploi.

Les vacances d'emplois prises en compte sont celles qui correspondent au grade de l'agent, indépendamment de son précédent emploi. Ainsi, la collectivité ne peut opposer au fonctionnaire l'absence de poste dans sa spécialité (arrêt de la Cour Administrative d'Appel de Bordeaux n°02BX01439 du 14/03/2006).

Lorsque la disponibilité du fonctionnaire a duré plus de trois ans, le fonctionnaire dispose d'un droit à réintégration dans sa collectivité, dans un délai raisonnable, en fonction des vacances d'emplois qui y sont déclarées. Ce délai raisonnable n'est pas défini de manière précise et s'apprécie au cas par cas en fonction des vacances d'emplois survenues dans la collectivité d'origine du fonctionnaire.

Dans les deux cas, lorsqu'il n'existe pas d'emploi vacant correspondant au grade du fonctionnaire dans sa collectivité d'origine, l'autorité territoriale doit saisir le CNFPT (pour les agents relevant de la catégorie A) ou le Centre de Gestion (pour les agents de catégorie B et C) afin que soient communiquées à l'agent les vacances de poste correspondant à son grade dans les autres collectivités.

Tant que l'agent n'a pas été réintégré dans sa collectivité d'origine ou dans une autre collectivité, il est maintenu en disponibilité jusqu'à ce qu'un poste lui soit proposé (voir

notamment, arrêt de la Cour Administrative d'Appel de Marseille n°02MA00343 du 06/07/2004 commune de Lunel).

Le fonctionnaire qui a demandé sa réintégration est considéré comme un travailleur involontairement privé d'emploi au sens de la réglementation de l'assurance-chômage et notamment, de l'article L351-1 du code du travail (rendu applicable aux fonctionnaires et agents publics par l'article L 351-12 du même code). La condition de recherche d'emploi prévue par l'article L 351-1 du code du travail doit être considérée comme satisfaite dans le cas d'un fonctionnaire n'ayant pas obtenu la réintégration qu'il demandait au terme de sa disponibilité et qui est maintenu dans cette disposition dans l'attente de cette réintégration (arrêts du Conseil d'Etat n°108610 du 10/06/1992 Bureau d'Aide Sociale de Paris c/ Melle Huet, n°243387 du 28/07/2004 OPAC Sarthe Habitat et n°219912 du 30/09/2002 Mme Guerry).

Il bénéficie dès lors de l'allocation chômage.

Dans le cas où le fonctionnaire aurait exercé une activité privée pendant la période de disponibilité, la détermination du débiteur de l'allocation chômage (employeur public ou Assedic) dépendra du temps passé par le fonctionnaire au service de l'employeur public et de l'employeur privé (article R351-20 du code du travail).

MAJ le 03082007