

NOTE D'INFORMATION N° 24

LA DISPONIBILITE DE DROIT

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, notamment son article 24,
- 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 DE LA DISPONIBILITE DE DROIT

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 de droit implique une compétence liée de l'autorité territoriale ; elle ne peut donc pas être refusée dès lors que le fonctionnaire remplit les conditions définies par la réglementation pour l'obtenir, même pour des motifs tirés de l'intérêt du service.

CAS DE DISPONIBILITE DE DROIT

La disponibilité de droit peut être fondée sur certaines circonstances d'ordre familial limitativement énumérées, ou elle peut être accordée pour exercer un mandat électif local.

Disponibilité de droit pour motifs familiaux :

Motifs	Durée
1°) pour donner des soins au conjoint, au partenaire avec lequel le fonctionnaire est lié par un pacte civil de solidarité, à un enfant ou à un ascendant à la suite d'un accident ou d'une maladie graves	Ne peut être supérieure à trois ans. Possibilité de renouvellement à deux reprises.
2°) pour élever un enfant âgé de moins de huit ans	Ne peut être supérieure à trois ans. Possibilité de renouvellement sans limitation de durée.
3°) pour donner des soins à un enfant à charge, au conjoint, au partenaire avec lequel le fonctionnaire est lié par un pacte civil de solidarité, ou à un ascendant atteint d'un handicap nécessitant la présence d'une tierce personne	Ne peut être supérieure à trois ans Possibilité de renouvellement sans limitation de durée.
4°) pour suivre son conjoint ou le partenaire avec lequel le fonctionnaire est lié par un pacte civil de solidarité lorsque celui-ci est astreint à établir sa résidence habituelle, à raison de sa profession, en un lieu éloigné du lieu d'exercice des fonctions du fonctionnaire	Ne peut être supérieure à trois ans Possibilité de renouvellement sans limitation de durée.

Motifs	Durée
<p>5°) pour se rendre dans un département d'outre-mer, en Polynésie française, dans les îles Wallis et Futuna ou dans les terres australes et antarctiques françaises ou à l'étranger, en vue de l'adoption d'un ou plusieurs enfants.</p> <p>Le fonctionnaire doit être titulaire de l'agrément mentionné aux articles L.225-2 ou L.225-15 du Code de l'Action Sociale et des Familles.</p>	<p>Cette disponibilité ne peut excéder six semaines par agrément.</p>

Disponibilité pour l'exercice d'un mandat d'élu local :

Les fonctionnaires territoriaux exerçant un mandat local bénéficient à leur demande d'une mise en disponibilité de plein droit pendant la durée de leur mandat.

Toutefois, cette forme de disponibilité s'applique aux fonctionnaires déjà titulaires d'un mandat d'élu local. Elle ne peut donc pas être accordée au stade de la candidature à une élection afin de permettre à l'agent de participer à la campagne électorale.

PROCEDURE DE MISE EN DISPONIBILITE DE DROIT

La mise en disponibilité ne peut légalement résulter que d'une demande préalable du fonctionnaire. Elle est prononcée par l'autorité territoriale.

La réglementation ne fixe aucun délai préalable pour solliciter une disponibilité de droit sauf en ce qui concerne la disponibilité pour se rendre à l'étranger en vue d'une adoption. Dans ce cas, la demande doit comporter les dates de début et de fin du congé sollicité et être formulée par lettre recommandée au moins deux semaines avant le départ.

La demande de l'agent doit obligatoirement être formulée par écrit, et être accompagnée des éléments permettant à l'autorité territoriale de vérifier que l'agent remplit les conditions requises par la réglementation pour obtenir la disponibilité souhaitée.

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).

Si l'autorité territoriale oppose un refus à la demande de l'agent au motif qu'il ne remplit pas les conditions requises, cette décision doit être motivée.

L'arrêté de mise en disponibilité doit mettre en évidence dans les visas la demande de l'agent, et doit comporter la forme de la disponibilité, sa date d'effet et de fin, et le délai dans lequel l'agent doit demander sa réintégration ou le renouvellement de cette mesure.

SITUATION DU FONCTIONNAIRE PENDANT LA DISPONIBILITE DE DROIT

Le fonctionnaire n'acquiert aucun droit à avancement et retraite pendant la disponibilité. Toutefois, les périodes de disponibilité pour élever un enfant peuvent être comptabilisées pour la constitution du droit à pension selon les dispositions légales et réglementaires en vigueur.

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).

EXERCICE D'UNE ACTIVITE PROFESSIONNELLE PENDANT LA DISPONIBILITE

L'exercice d'une activité professionnelle pendant la disponibilité de droit pour raisons familiales est possible, à l'exception de la disponibilité accordée pour se rendre dans un département d'outre-mer, en Polynésie française, dans les îles Wallis et Futuna ou dans les terres australes et antarctiques françaises ou à l'étranger, en vue de l'adoption d'un ou plusieurs enfants.

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). 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 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 d'une disponibilité de droit doit être sollicité trois mois au moins avant l'expiration de la période en cours. Ce délai n'est toutefois pas opposable aux agents dont la disponibilité ne dépasse pas trois mois.

L'instruction de la demande de renouvellement intervient selon les mêmes modalités que la demande initiale. L'agent doit justifier qu'il continue de remplir les conditions exigées par la réglementation pour bénéficier d'une nouvelle période de disponibilité.

Lorsque l'agent n'a pas fait connaître ses intentions dans le délai réglementaire, l'autorité territoriale ne peut légalement le radier des cadres sans s'être au préalable assuré qu'il souhaitait rompre le lien qui l'unissait à la collectivité (cf. procédure d'abandon de poste).

REINTEGRATION AU TERME DE LA DISPONIBILITE DE DROIT

- Procédure :

La réintégration du fonctionnaire à l'issue d'une période de disponibilité de droit 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 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, il incombe à l'autorité territoriale de saisir le médecin agréé ou, le cas échéant, le comité médical afin qu'il vérifie que l'agent est physiquement apte à exercer les fonctions afférentes à son grade.

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 de réintégration après une disponibilité de droit pour raisons familiales :

S'agissant de la réintégration au terme d'une disponibilité de droit pour raisons familiales, deux hypothèses doivent être distinguées en fonction de la durée de la disponibilité :

- si la disponibilité est au plus égale à six mois, le fonctionnaire est obligatoirement réintégré dans son cadre d'emplois et réaffecté dans l'emploi qu'il occupait antérieurement ;
- si la disponibilité a duré plus de six mois, le fonctionnaire est réintégré dans son cadre d'emplois et réaffecté à la première vacance ou création d'emploi dans un emploi correspondant à son grade.

La notion de poste vacant n'intègre pas l'adéquation de l'agent aux qualifications requises par l'emploi. L'autorité territoriale ne peut pas refuser la réintégration d'un fonctionnaire sur un poste qu'il a accepté, au motif qu'il n'a pas les qualifications requises

pour occuper le poste. Le fonctionnaire dispose d'un droit à être réintégré au poste qu'il a accepté (arrêt du Conseil d'Etat n°276990 du 27/09/2006, Mme Audebert).

Lorsqu'il refuse cet emploi, il ne peut être nommé à l'emploi auquel il peut prétendre ou à un emploi équivalent que lorsqu'une vacance est ouverte ou un poste créé. En attendant, il est placé en disponibilité d'office.

Lorsque aucun emploi n'est vacant, l'agent est maintenu en surnombre pendant un an. Pendant cette période, tout emploi créé ou vacant correspondant à son grade lui est proposé en priorité. Parallèlement, l'autorité territoriale saisit la délégation du CNFPT ou le Centre de Gestion afin qu'ils examinent les possibilités de reclassement. Les possibilités de détachement dans un emploi équivalent au sein de la même collectivité doivent aussi être étudiées.

Au terme de cette année de maintien en surnombre, le fonctionnaire de catégorie A est pris en charge par le CNFPT et le fonctionnaire de catégorie B ou C par le Centre de Gestion.

– Modalités de réintégration après une disponibilité de droit pour exercer un mandat d'élu local :

Lorsque la disponibilité du fonctionnaire n'a pas excédé trois ans, une des trois premières vacances d'emplois dans la collectivité ou l'établissement d'origine 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 postes correspondant à son grade dans les autres collectivités du département et des départements limitrophes pour les fonctionnaires de catégorie C ou dans un département quelconque pour les fonctionnaires des catégories B et A.

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

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 aux services de l'employeur public et de l'employeur privé (article R351-20 du code du travail).

REINTEGRATION AVANT LE TERME DE LA DISPONIBILITE DE DROIT

Le fonctionnaire est maintenu en disponibilité s'il ne peut être fait droit à sa demande de réintégration anticipée.

Il est considéré comme involontairement privé d'emploi et bénéficie de l'allocation chômage (arrêt du Conseil d'Etat n°248705 du 14/10/2005 Hôpitaux de Saint-Denis).

MAJ le 03082007