

1. Le cadre juridique des agents contractuels de droit public

Cadre juridique:

- Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 modifiée portant droits et obligations des fonctionnaires ;
- Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, notamment l'article 136;
- Loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents non contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique ;
- Loi n°2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie
- Décret n° 85-1250 du 26 novembre 1985 relatif aux congés annuels des fonctionnaires territoriaux ;
- Décret n° 87-1004 du 16 décembre 1987 modifié relatif aux collaborateurs de cabinet des autorités territoriales ;
- Décret n° 88-145 du 15 février 1988 modifié pris pour l'application de l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif aux agents contractuels de la fonction publique territoriale ;
- Décret n° 96-1087 du 10 décembre 1996 modifié relatif au recrutement des travailleurs handicapés dans la fonction publique territoriale
- Décret n° 2004-777 du 29 juillet 2004 modifié relatif à la mise en œuvre du temps partiel dans la fonction publique territoriale ;
- Décret n°2005-904 du 2 août 2005 modifié pris pour l'application de l'article 38 bis de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale ;
- Décret n°2005-1237 du 28 septembre 2005 relatif aux modalités d'attribution aux fonctionnaires et aux agents contractuels du congé de représentation ;
- Décret n° 2011-681 du 16 juin 2011 relatif à la fusion de la déclaration préalable à l'embauche et de la déclaration unique d'embauche ;
- Décret n° 2012-1293 du 22 novembre 2012 pris pour l'application du chapitre II du titre 1er de la loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 ;
- Décret n° 2015-1912 du 29 décembre 2015 portant diverses dispositions relatives aux agents contractuels de la fonction publique territoriale ;
- Décret n°2016-1123 du 11 août 2016 relatif à la prolongation des recrutements réservés permettant l'accès à l'emploi titulaire des agents contractuels de la fonction publique territoriale ainsi qu'à la mise à disposition et à la rémunération de ces agents
- Décret n°2016-1156 du 24 août 2016 portant application de l'article 32 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires,
- Circulaire n° INTB1240384C du 12 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du dispositif d'accès à l'emploi titulaire dans la fonction publique territoriale prévu au chapitre II du titre 1er de la loi n° 2012-347 du 12 mars 2012.

Le décret n°88-145 du 15 février 1988 définit le régime juridique applicable **aux agents contractuels de droit public** dans la fonction publique territoriale.

I. DEFINITION

Tout agent contractuel travaillant pour un service public administratif est un contractuel de droit public (*TC 25.03.1996, Berkani*).

Un agent contractuel se définit par trois caractéristiques :

- il n'est pas titulaire d'un grade et n'a pas de déroulement de carrière
- il n'exerce que la fonction pour laquelle il est recruté
- il est recruté par contrat

Les agents recrutés par la voie d'un contrat unique d'insertion (CUI-CAE), d'un contrat aidé ou d'un contrat d'apprentissage sont des agents de droit privé. Ils relèvent du code du travail.

En cas de contentieux, l'agent contractuel de droit public doit s'adresser au tribunal administratif (et non aux prud'hommes).

II. LE CHAMP D'APPLICATION DU DECRET N°88-145

Le régime juridique applicable aux agents contractuels de droit public est fixé par l'article 136 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 et **le décret n° 88-145 du 15 février 1988** modifié EN PROFONDEUR par le **décret n° 2015-1912 du 29/12/2015**, et les décrets n°2016-1123 du 11/08/2016 et 2016-1156 du 24/08/2016.

D'autres dispositions spécifiques viennent s'y ajouter pour certains contrats.

Les dispositions du décret n° 88-145 du 15/02/1988 s'appliquent aux agents contractuels de droit public des collectivités et des établissements mentionnés à l'article 2 de la loi n° 84-53 du 26/01/1984 qui sont :

- recrutés sur le fondement des articles **3 à 3-5 de la loi n° 84-53** du 26/01/1984 (**emplois non permanents et permanents**)
- recrutés sur le fondement de l'article **47** de la loi n° 84-53 (**emplois de direction ou emplois fonctionnels**),
- recrutés sur le fondement de l'article **110** de la loi n° 84-53 (**collaborateurs de cabinet**),
- recrutés sur le fondement de l'article et **110-1** de la loi n° 84-53 (**collaborateurs de groupe d'élus**)
- recrutés sur le fondement de l'article **14 ter** de la loi n° 83-634 du 13/07/1983 (**reprise de personnels de droit public par une autre personne publique, notamment dans le cadre d'un transfert de compétence**) et de l'article L. 1224-3 du code du travail (**reprise de salariés de droit privé par une personne publique**) à la suite de la reprise en régie d'une activité,
- recrutés sur le fondement de l'article **38 bis** de la loi n° 84-53 dans les conditions prévues par l'article 3 du décret n°2005-904 du 02/08/2005 (**contrat « PACTE »** parcours d'accès aux carrières de la fonction publique territoriale),
- recrutés pour assurer des **missions d'assistante maternelle ou d'assistante familiale** prévues aux articles L421-1 et L421-2 du Code d'Action Sociale et des Familles, dans les conditions prévues par l'article R422-1 du même code.
Cependant, seuls les articles 16, 19, 31, 37, 38 et 41 du décret n° 88-145 du 15 février 1988 leur sont applicables.
- recrutés sur le fondement de l'article **38** de la loi n° 84-53, dans les conditions prévues par l'article 10 du décret n° 96-1087 du 10/12/1996 (**personnes reconnues travailleurs handicapés** mentionnés aux 1°, 2°, 3°, 4°, 9°, 10° et 11° de l'article L. 5212-13 du code du travail).
Cependant, seuls les dispositions de l'article 1er, des titres Ier, II, III, V, VII et IX, et de l'article 39, à l'exception des articles 4 et 6 du décret du 15 février 1988 susvisé, leur sont applicables

Aussi, dans les 3 derniers cas, certaines dispositions du décret n°88-145 du 15/02/1988 ne sont pas applicables. Pour cela, il convient de vous référer aux textes réglementaires prévues pour ces catégories de personnel afin de connaître les dispositions qui leur sont applicables (*à savoir le décret n°96-1087 pour les contrats handicapés art.38; l'article R422-1 du code d'action sociale et des familles pour les assistants familiaux....*)

PARTICULARITES DES DIRECTEURS DES OPH

Le poste de directeur d'OPH est nécessairement occupé par un agent sous contrat en CDI (L.421-12 du Code de la construction et de l'habitation). Il peut 'agir d'un fonctionnaire recruté par voie du détachement.

les articles R 421-19 et suivant du Code de la construction et de l'habitation précise les principales caractéristiques du contrat et fixe notamment les conditions d'exercice des fonctions et de rémunération, le cas échéant les avantages annexes, ainsi que l'indemnité pouvant être allouée en cas de cessation de fonction.

Il semble que les dispositions du décret 88-145 leur soient applicables en l'absence de règles spécifiques fixées par le Code de la construction et de l'habitation

III. L'INTERIM

Le recrutement par le biais d'une entreprise de travail temporaire n'est possible **qu'à la condition que le Centre de gestion dont relève la collectivité ne soit pas en mesure d'assurer la mission de remplacement.**

Le cadre juridique du recours à l'intérim est identique pour tous les employeurs (secteur privé ou secteur public) et prévoit :

- des cas de recours limités
- un contrat de mission limité dans le temps
- des obligations précises pour les agents intérimaires

Le choix de la société d'intérim doit être précédé d'une procédure de mise en concurrence soumise au Code des Marchés Publics.

IV. LES VACATAIRES

EXCLUSION DES VACATAIRES DU CHAMP D'APPLICATION DU DECRET

Les dispositions du décret n° 88-145 du 15/02/1988 **ne sont pas applicables aux « agents engagés pour une tâche précise, ponctuelle et limitée à l'exécution d'actes déterminés »** (notion de vacataire).

Trois conditions cumulatives doivent donc être réunies pour qualifier l'agent de « vacataire » :

1ère condition	➔ la spécificité : le vacataire est recruté pour exécuter un acte déterminé
2ème condition	➔ l'absence de continuité dans le temps : l'emploi ne correspond pas à un besoin permanent de la collectivité, peu importe le volume d'heures effectuées (CE, 4 mai 2011, Mme Francine A.) En effet, le vacataire désigne la personne recrutée pour accomplir une tâche bien précise ne présentant aucun caractère de continuité. Il est recruté pour satisfaire un besoin ponctuel.
3ème condition	➔ la rémunération est attachée à l'acte : autant d'actes = autant de vacations.

Si l'une de ces conditions fait défaut, le juge requalifie le vacataire en agent contractuel de droit public.

Un agent recruté à tort en qualité de vacataire pourra voir son contrat requalifié par le juge de contrat d'agent contractuel et indemnisé des préjudices subis du fait de la privation des garanties accordés aux agents contractuels de droit public.



N'ont aucune incidence sur la qualification du recrutement en qualité de vacataire :

- L'absence de contrat écrit: cela ne permet pas de présumer de la qualité de vacataire (CE, 28/11/ 2003, n° 236510),
- La mention de la qualité de vacataire dans l'acte d'engagement: le juge n'est pas lié par la qualification contractuelle et peut requalifier le contrat (CE, 10/11/ 1982, n° 21628),
- L'exercice de fonctions à temps non complet : la quotité de temps de travail est indépendante de la qualification du contrat (CAA de Paris, 11/07/ 2003, n° 98PA01046).

En pratique, très peu de vacataires sont recrutés dans les collectivités locales, les agents étant souvent recrutés pour des missions ne remplissant pas les conditions.

Ainsi, n'a pas la qualité de vacataire:

- un agent présent tous les midis dans une cantine (même seulement une heure)
- ni un médecin intervenant 20 jours par an pour des vaccinations
- ni un agent qui a dispensé pendant 8 ans, 4 heures hebdomadaires d'enseignement du piano (CE du 15/01/1997, n°141737)
- un agent chargé de l'animation dans un accueil de loisirs répond à un besoin permanent de la collectivité. Il ne peut pas être considéré comme vacataire (CE du 3/04/ 1996, n°115865)

Peut-être qualifié de vacataire :

- une historienne recrutée sur une durée de 15 jours à l'occasion d'une exposition organisée par une commune
- un agent chargé d'assurer le service minimum dans les écoles en cas de grève pourrait être, sous réserve de l'appréciation du juge administratif, considéré comme vacataire.

A NOTER :

Le décret n° 2015-1912 du 29/12/2015 fait référence à la consultation de commissions consultatives paritaires (C.C.P) pour les agents contractuels.

Toutefois, le décret d'application relatif à la mise en place de ces commissions n'est toujours pas paru à ce jour.

Par conséquent, les dispositions relatives à la consultation ou à la saisine des commissions consultatives paritaires ne sont pas encore applicables.



Les dispositions du décret n°2015-1912 **sont applicables au 1er janvier 2016.**

Toutefois, ce décret **oblige** les employeurs à :

- compléter à l'occasion de leur renouvellement les Contrats à Durée Déterminée (C.D.D.) en cours au 1er janvier 2016, des mentions prévues à l'article 3 du décret n°88-145 (description du poste occupé, catégorie hiérarchique, annexes à joindre, motif de recrutement pour certains contrats....)
- de compléter avant le 30 juin 2016 les Contrats à Durée Indéterminée (C.D.I.) en cours au 1er janvier 2016, des mentions prévues à l'article 3 du décret n°88-145 (description du poste occupé, catégorie hiérarchique, annexes à joindre, motif de recrutement pour certains contrats....)
- de procéder aux entretiens professionnels en fin d'année 2016 pour les agents contractuels