



MINISTÈRE DE L'INTÉRIEUR,
DE L'OUTRE-MER
ET DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

DIRECTION GÉNÉRALE
DES COLLECTIVITÉS LOCALES

Paris, le 16/07/2008

Sous-direction des élus locaux
et de la fonction publique territoriale

Le ministre de l'intérieur, de l'outre-mer
et des collectivités territoriales

Bureau des statuts et de la réglementation
des personnels territoriaux

Affaire suivie par :

K.KERZAZI /CC Tél. : 01.40.07.24.18

à

Bureau de l'emploi territorial
et de la Protection sociale

Mesdames et Messieurs les préfets
des départements (Métropole et DOM)

Affaire suivie par :

Marie MAUREL/Isabelle POILPRET/Francine BECKER

tel : 01.40.07.24.09

REF. : 08-PSI- 25674

CIRCULAIRE NOR INT/B/08/00134/C

Objet : Dispositions générales applicables aux agents non titulaires de la fonction publique territoriale - Modifications du décret du 15 février 1988 introduites par le décret du 24 décembre 2007.

RESUME : La présente circulaire a pour objet de présenter les différentes modifications apportées au décret n°88-145 du 15 février 1988 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 non titulaires de la fonction publique territoriale par le décret n°2007-1829 du 24 décembre 2007 (Journal Officiel du 28 décembre 2007) et d'apporter les éclaircissements nécessaires à leur mise en œuvre.

Le décret n°2007-1829 du 24 décembre 2007, paru au Journal Officiel du 28 décembre 2007, comporte essentiellement deux séries de modifications.

Les premières visent à adapter les dispositions relatives aux agents non titulaires aux nouvelles conditions d'emploi de ces derniers à la suite de l'introduction des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique. Elles permettent également la traduction dans le droit applicable aux agents non titulaires des dispositions issues du protocole d'accord signé par trois organisations syndicales représentatives de fonctionnaires le 25 janvier 2006.

Les secondes concernent la protection sociale (régime des agents handicapés, des congés, de la cessation progressive d'activité, des indemnités de licenciement).

Enfin, il toilette le décret du 15 février 1988 afin de mettre en conformité certaines de ses références devenues obsolètes ou ayant été modifiées depuis sa rédaction.

Ces mesures sont récapitulées ci-après.

1 - CHAMP D'APPLICATION

L'article 2 du décret du 24 décembre 2007 a élargi le champ d'application du décret du 15 février 1988 par l'introduction de deux dispositions au sein de l'article 1^{er} de ce décret.

1-1. La première est destinée à prendre en compte les personnes handicapées recrutées par contrat sous la forme dérogatoire prévue par l'article 38 de la loi du 26 janvier 1984 relative à la fonction publique territoriale, modifié par la loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

Le décret du 15 février 1988 s'applique donc désormais à ces personnels, sous réserve des dispositions spécifiques prévues par le décret n°96-1087 du 10 décembre 1996, pris pour l'application de l'article 38 de la loi du 26 janvier 1984. L'article 10 de ce décret précise les articles et titres du décret du 15 février 1988 applicables à ces agents non titulaires¹.

1-2. La seconde résulte de l'article 20 de la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique (codifié à l'article L. 1224-3 du code du travail). Cet article fait obligation, en cas de transfert de l'activité d'une personne morale de droit privé vers une personne morale de droit public, à cette dernière de proposer un contrat de droit public à chaque salarié de droit privé, à durée déterminée ou indéterminée selon la nature du contrat dont ils étaient titulaires. Ce contrat reprend, sauf disposition légale ou conditions générales de rémunération et d'emploi des agents non titulaires de la personne publique contrairement, les clauses substantielles du contrat dont les salariés sont titulaires, en particulier celles qui concernent la rémunération.

Devenus agents contractuels de droit public, recrutés par une personne morale de droit public gérant un service public administratif, il convient de les intégrer dans le champ d'application du décret pour qu'ils bénéficient d'une protection sociale identique à celle de l'ensemble des agents non titulaires territoriaux.

2 - DROITS ET OBLIGATIONS

2- 1. Les droits et obligations des agents non titulaires

L'article 136 de la loi du 26 janvier 1984 soumet expressément les agents relevant du champ d'application du décret du 15 février 1988 à certains droits et obligations des fonctionnaires dès lors qu'ils ne sont pas déjà rendus applicables d'office par une mention expresse du titre I^{er} du statut général des fonctionnaires.

2- 1- 1. Les droits et obligations déjà applicables aux agents non titulaires

Il est important de rappeler que le titre I^{er} comporte déjà des dispositions applicables aux agents non titulaires :

¹ Article 10 du décret n°96-1087 du 10 décembre 1996 : « Sous réserve des dispositions du présent décret, les dispositions de l'article 1er, des titres Ier, II, III, V, VII et IX, à l'exception des articles 4 et 6 du décret du 15 février 1988 susvisé, sont applicables aux agents contractuels recrutés en application de l'article 38 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 susvisée pendant la durée de leur contrat. L'article 39 de ce même décret leur est également applicable. »

- article 6 relatif à la liberté d'opinion ;
- article 6 bis relatif à la non discrimination ;
- article 6 ter relatif au harcèlement sexuel ;
- article 6 quinquies relatif au harcèlement moral ;
- article 6 sexies qui impose aux employeurs publics de garantir l'égalité de traitement et de prendre des mesures appropriées permettant aux travailleurs handicapés d'accéder, de conserver, d'exercer et de progresser dans un emploi ;
- article 10 relatif au droit de grève reconnu à tous les travailleurs ;
- article 11 relatif à la protection des agents publics à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions ;
- article 11 bis, repris dans son intégralité par l'article 95 de la loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, octroyant aux agents non titulaires qui occupent des fonctions publiques électives les garanties accordées aux titulaires de mandats locaux et du droit à la formation des élus locaux² ;
- article 11 bis A relatif à la responsabilité pénale des agents publics ;
- article 25, qui stipule l'obligation de consacrer l'intégralité de l'activité à l'emploi public occupé, modifié par la loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique.

Outre ces articles, l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984 énumère les autres articles du titre Ier (dont ceux évoqués ci-dessus) et du titre III du statut général applicables aux fonctionnaires qui le sont également aux agents non titulaires.

2- 1- 2. Droits et obligations introduits par le décret du 24 décembre 2007

L'article 1-1 du décret du 15 février 1988 (inséré par l'article 3 du décret du 24 décembre 2007) introduit une garantie supplémentaire et deux obligations à l'égard des agents non titulaires, en précisant les modalités d'application aux agents non titulaires des articles 18, 26 et 28 du titre I^{er} du statut général.

2- 1- 2- 1. Le droit d'accès au dossier

Le dossier individuel de l'agent doit comporter toutes les pièces intéressant sa situation administrative, enregistrées, numérotées et classées sans discontinuité. Il ne doit faire état ou ne comporter aucune mention relative soit aux opinions soit aux activités politiques, syndicales, religieuses ou philosophiques de l'intéressé, soit aux sanctions amnistiées.

S'agissant de l'accès au dossier de l'agent non titulaire, il convient notamment de se référer aux dispositions du II et III de l'article 6 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 modifiée portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal³.

² Article 95 « Sans préjudice des dispositions plus favorables qui leur seraient applicables, les agents contractuels de l'Etat, des collectivités locales et de leurs établissements publics administratifs qui exercent des fonctions publiques électives bénéficient des garanties accordées aux titulaires de mandats locaux et du droit à la formation des élus locaux reconnu par le code général des collectivités territoriales. L'article 40 de la loi n° 92-108 du 3 février 1992 relative aux conditions d'exercice des mandats locaux est abrogé. »

³ Article 6 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 « [...]

II. - Ne sont communicables qu'à l'intéressé les documents administratifs :

- dont la communication porterait atteinte au secret de la vie privée et des dossiers personnels, au secret médical et au secret en matière commerciale et industrielle ;

- portant une appréciation ou un jugement de valeur sur une personne physique, nommément désignée ou facilement identifiable ;

- faisant apparaître le comportement d'une personne, dès lors que la divulgation de ce comportement pourrait lui porter préjudice.

Les informations à caractère médical sont communiquées à l'intéressé, selon son choix, directement ou par l'intermédiaire d'un médecin qu'il désigne à cet effet, dans le respect des dispositions de l'article L. 1111-7 du code de la santé publique.

III. - Lorsque la demande porte sur un document comportant des mentions qui ne sont pas communicables en application du présent article mais qu'il est possible d'occulter ou de disjointer, le document est communiqué au demandeur après occultation ou disjonction de ces mentions.

2- 1- 2- 2. Le secret professionnel et l'obligation de discrétion professionnelle

Les agents non titulaires sont expressément tenus au secret professionnel dans le cadre des règles instituées par le code pénal et sont liés par l'obligation de discrétion professionnelle pour tout ce qui concerne les faits et informations dont ils ont connaissance dans l'exercice de leurs fonctions. Ils ne peuvent communiquer des documents de services, sous réserve des dispositions réglementant la liberté d'accès aux documents administratifs, sauf autorisation expresse de l'autorité dont ils dépendent.

Ils répondent de tout manquement au respect des obligations auxquelles sont assujettis les agents publics, qu'elles soient d'origine légale ou jurisprudentielle. Il y a donc lieu de considérer que les agents non titulaires sont assujettis notamment au respect des obligations de réserve, d'intégrité, de loyauté et de moralité.

2- 1- 2- 3. Le respect du devoir d'obéissance et de bonne exécution du service

L'agent non titulaire doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique, sauf dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public. Par ailleurs, il est soumis au respect de l'obligation de bonne exécution du service. Il est responsable de l'exécution des tâches qui lui sont confiées et n'est dégagé d'aucune des responsabilités qui lui incombent par la responsabilité propre de ses subordonnés.

2- 2. Dispositions relatives à la rémunération

2- 2- 1. L'évolution de la rémunération des agents non titulaires

L'article 1-2 introduit au profit de l'agent non titulaire, dont le contrat a été reconduit en contrat à durée indéterminée, le principe du réexamen périodique de sa rémunération. La situation salariale de l'intéressé sera notamment évoquée lors de l'entretien individuel d'évaluation ou lors d'un entretien spécifiquement prévu à cet effet.

Il appartient à chaque collectivité territoriale ou établissement public local de prévoir les modalités de ce réexamen et les termes de ces entretiens. Pour autant, cette obligation de réexamen n'implique pas nécessairement une augmentation de la rémunération perçue par l'intéressé.

L'obligation posée à l'article 1-2 ne porte pas sur le montant de la rémunération mais la périodicité à laquelle il est procédé à un réexamen. Le nouveau dispositif doit offrir le cadre d'une discussion entre l'employeur et l'agent en CDI au moins tous les trois ans.

L'appréciation portée sur l'évolution de la rémunération de l'agent non titulaire reposera sur plusieurs critères qui seront apparus lors de l'évaluation individuelle de l'agent, notamment :

- les compétences et le niveau de qualification de l'intéressé ;
- la spécificité du poste, notamment les sujétions particulières afférentes au poste ou le niveau de responsabilité confié à l'intéressé ;

- les acquis de l'expérience professionnelle ;
- la manière de servir et l'atteinte des objectifs assignés.

Le réexamen au moins tous les trois ans donne une garantie à l'agent non titulaire du réexamen de sa situation sans qu'il soit nécessairement besoin de faire référence à une grille indiciaire permettant de définir le rythme et la périodicité des augmentations de rémunération.

2- 2- 2. La combinaison de l'article 1-2 avec les dispositifs préexistants

S'il existe des dispositifs spécifiques en matières de rémunération pour certaines catégories d'agent non titulaire, ces derniers ne sont pas remis en cause par l'introduction de cette nouvelle garantie.

2- 3. L'évaluation professionnelle individuelle des agents

L'article 1-3 introduit le principe d'une évaluation individuelle pour les agents employés à durée indéterminée, conformément aux dispositions de l'accord du 25 janvier 2006 précité.

L'évaluation des agents non titulaires participe d'une démarche de management par la performance et d'atteinte des objectifs fixés en cohérence avec ceux du service et de la politique publique dans laquelle celui-ci s'inscrit. Elle doit être articulée avec la politique d'évaluation conduite pour les fonctionnaires avec l'évaluation de la performance collective du service.

Il appartient à chaque collectivité territoriale ou établissement public local d'instituer un entretien professionnel pour les agents engagés pour une durée indéterminée. A noter que, lors de la mise en place de ce dispositif, il est possible de prévoir un dispositif similaire pour les agents non titulaires en contrat à durée déterminée.

La procédure d'évaluation (notamment sa périodicité, son contenu, son mode d'organisation, le régime des formations à l'évaluation à mettre en place, etc.) est définie dans chaque collectivité territoriale ou chaque établissement public. Dans la mesure où il s'agit d'une mesure d'organisation du service, il convient de la soumettre à l'avis du comité technique paritaire (CTP) compétent.

L'article 1-3 fixe toutefois un cadre général à sa mise en œuvre.

2- 3- 1. La périodicité de l'entretien

Un entretien, au minimum tous les trois ans, est désormais obligatoire.

Chaque agent non titulaire engagé pour une durée indéterminée, doit bénéficier d'un entretien d'évaluation professionnelle, tous les trois ans minimum.

Néanmoins, chaque collectivité territoriale ou établissement peut faire le choix d'organiser ces entretiens suivant une périodicité plus rapprochée et de l'aligner par exemple, sur les pratiques le cas échéant en vigueur pour les fonctionnaires territoriaux notamment ceux exerçant des métiers comparables.

Dans un souci d'efficacité, l'entretien est conduit par le supérieur hiérarchique direct de l'agent, celui-ci étant le mieux à même d'apprécier les résultats obtenus par rapport aux objectifs fixés et d'engager la discussion avec l'intéressé.

L'entretien doit donner lieu à un compte rendu écrit. Avec un objectif de pleine transparence, le compte rendu est signé par l'agent dans un délai raisonnable. Des observations peuvent être apportées à ce compte rendu, sur demande de l'agent. Il lui est communiqué et est versé à son dossier.

2-3- 2. L'objet de l'entretien

L'entretien porte principalement sur la fixation des objectifs assignés à l'agent, l'examen de ses résultats obtenus au regard des objectifs qui lui ont été précédemment fixés.

Au cœur de cet entretien se trouve la définition des objectifs que le supérieur hiérarchique assigne à ses collaborateurs compte tenu des besoins du services, des missions qui lui ont été confiées, des compétences et du positionnement de l'intéressé au sein de la structure qui l'emploie. Ces objectifs sont individualisés. Ils traduisent cependant des objectifs généraux définis au niveau du service auxquels il appartient ou du programme de politique publique auquel il apporte son concours. L'entretien porte également sur l'examen des résultats précédents obtenus par l'agent au regard des objectifs fixés. Cet examen tient compte du contexte de réalisation des objectifs à travers les conditions d'organisation et de fonctionnement du service. La mesure des résultats suppose que des objectifs individuels aient été définis au préalable.

Il revient au supérieur hiérarchique de l'agent, avec lequel il collabore au quotidien et qui est le mieux à même d'apprécier son travail, de définir ces objectifs, au terme d'une discussion approfondie menée avec l'agent au cours d'un entretien individuel.

La mise en place de l'évaluation des agents non titulaires employés pour une durée indéterminée pourra notamment se fonder sur les outils méthodologiques d'évaluation mis en place à l'égard des fonctionnaires.

L'entretien a un caractère global et peut être élargi à d'autres besoins.

Au-delà de son objet principal, il peut porter notamment sur les moyens matériels nécessaires à l'exercice des missions, les besoins de formation des agents en rapport avec leurs missions, leurs projets professionnels et notamment leurs projets de préparation aux concours d'accès aux corps et cadres d'emplois de la fonction publique.

L'agent non titulaire peut également être invité à formuler, en cours d'entretien, ses observations sur le fonctionnement du service et ses préconisations quant à l'amélioration des processus et à la rationalisation de son organisation.

3 - MODALITÉS DE RECRUTEMENT (DÉCRET DU 15 FÉVRIER 1988, TITRE I)

La modification de l'article 2 du décret du 15 février 1988 porte exclusivement sur les conditions d'aptitude physique exigées pour l'exercice des fonctions qui désormais doivent tenir compte des possibilités de compensation du handicap (article 2, 4°).

Cette disposition tire la conséquence de la loi n°2005-102 du 11 février 2005 et aligne le régime de la vérification de l'aptitude physique des agents non titulaires sur celui des fonctionnaires.

L'aptitude physique exigée pour avoir la qualité de fonctionnaire ou de non titulaire doit s'apprécier en fonction notamment des aides techniques susceptibles d'être mises en œuvre pour compenser le handicap.

Comme le prévoyait déjà le décret du 15 février 1988, ce sont les mêmes certificats médicaux que ceux exigés pour les fonctionnaires qui sont à produire au moment de l'engagement.

Aussi, une visite médicale doit être effectuée avant le recrutement afin de déterminer si l'intéressé est physiquement apte aux fonctions postulées. L'examen doit être pratiqué par un médecin agréé au sens du décret n°87-602 du 30 juillet 1987.

Si l'emploi requiert des conditions d'aptitude physique particulières, le certificat médical devra indiquer que l'intéressé satisfait à ces conditions, compte tenu des possibilités de compensation du handicap susceptibles d'être mises en œuvre par l'administration.

Les employeurs territoriaux peuvent, dans ce cadre, demander les aides du Fonds pour l'insertion des personnes handicapées dans la fonction publique (FIPHFP) définies par le décret n°2006-501 du 3 mai 2006. Un guide de l'employeur public ainsi qu'un catalogue d'aides techniques et humaines est disponible sur le site www.fiphfp.fr. Les collectivités territoriales doivent être incitées à l'utiliser.

4 - CONGÉS POUR RAISON DE SANTÉ, DE MATERNITÉ, DE PATERNITÉ, D'ADOPTION OU D'ACCIDENT DE TRAVAIL OU DE MALADIE PROFESSIONNELLE (DÉCRET DU 15 FÉVRIER 1988, TITRE III)

4 -1. Traitement servi pendant une période de congé

Le 1^{er} alinéa de l'article 12, régissant le montant du traitement servi pendant une période notamment de maladie ou d'accident du travail, est étendu à la maladie professionnelle. Il s'agit d'une simple transposition de ce qui est prévu pour les fonctionnaires par l'article 57-2° de la loi du 26 janvier 1984 relative à la fonction publique territoriale. Ce texte prévoit les conditions du maintien du traitement en cas de maladie provenant de l'une des causes exceptionnelles prévues à l'article L. 27 du code des pensions civiles et militaires de retraite, qui vise les maladies provoquées par un acte de dévouement ou un acte destiné à sauver la vie de personnes ainsi que les maladies contractées ou aggravées en service.

- Le 2^{ème} alinéa prévoit toujours que les prestations en espèces servies par les caisses de sécurité sociale viennent en déduction du traitement servi par l'employeur.

Il détaille désormais les différentes prestations concernées : il s'agit de celles servies en matière de maternité, paternité, adoption, invalidité, accidents du travail ou maladies professionnelles ainsi que les pensions de vieillesse allouées en cas d'inaptitude au travail.

Ensuite, il précise qu'il s'agit des prestations versées par les caisses de sécurité sociale mais également de celles versées « en application du régime de la mutualité sociale agricole », pour les agents non titulaires qui seraient des professionnels agricoles. Afin de prendre en compte le choix laissé aux exploitants agricoles d'adhérer, en vertu de l'article L 731-30 du code rural, à un organisme autre que la mutualité sociale agricole, le décret vise désormais plus généralement les prestations servies « par les régimes de protection sociale des professions agricoles. »

- En outre, l'article 12 est complété par deux alinéas.

L'alinéa 3 vise à résoudre les difficultés que peuvent rencontrer les employeurs pour obtenir les informations nécessaires à cette déduction, puisque le versement des prestations sociales est effectué directement à l'agent non titulaire.

Il est désormais imposé à l'agent de communiquer à l'autorité territoriale le montant des prestations en espèces (indemnités journalières) ou des pensions de vieillesse allouées pour inaptitude physique versées par les caisses de sécurité sociale ou par les régimes de protection sociale des professions agricoles. L'autorité territoriale peut en outre suspendre le versement du traitement jusqu'à la transmission des informations demandées.

L'alinéa 4 vise le cas où l'agent envoie tardivement son arrêt de travail, visé à l'article D 323-2 du code de la sécurité sociale, ce qui entrave les possibilités de contrôle médical. Il permet alors à l'autorité territoriale de pratiquer une diminution du traitement correspondant à celle opérée en pareil cas pour les indemnités de sécurité sociale.

En effet, cet alinéa précise que lorsqu'en application de l'article R. 321-2 du code de la sécurité sociale, les prestations en espèces versées par le régime général sont diminuées, le traitement versé par l'autorité territoriale en application des articles 7 et 8 du décret de 1988 est réduit à due concurrence de la diminution pratiquée. Ainsi, la charge finale de la diminution pèse sur l'employé négligent.

Les prestations en espèces servies en application du régime général de sécurité sociale venant en déduction des sommes allouées par l'autorité territoriale, il n'apparaissait pas équitable de lui faire supporter une charge accrue, le montant du traitement étant calculé sur la base de prestations réduites versées par le régime général en cas de retard par l'agent dans l'envoi des lettres d'interruption de travail.

4-2. Cas de l'agent inapte au terme d'un congé (article 13)

Cet article n'a pas été modifié, sauf pour les congés à l'issue desquels un agent peut être déclaré définitivement inapte (prise en compte du congé pour maladie professionnelle).

Le régime d'ensemble peut donc être récapitulé comme suit.

Lorsqu'à l'issue d'un congé, l'agent est temporairement inapte à l'exercice de ses fonctions et qu'il ne peut prétendre à aucun congé rémunéré, il est placé en congé sans traitement pour une durée maximale d'une année, éventuellement prolongé de six mois sous réserve qu'un avis médical précise que l'agent sera susceptible de reprendre ses fonctions au terme de cette période complémentaire. S'il est toujours inapte (définitivement ou temporairement) au terme de ce congé, cet agent est licencié.

Si, à l'issue d'un congé (comprenant désormais le congé pour maladie professionnelle, prévu pour les fonctionnaires à l'article 57-2° de la loi du 26 janvier 1984), l'inaptitude définitive d'un agent non titulaire est constatée, il appartient à l'employeur de le reclasser dans un autre emploi et, en cas d'impossibilité, de prononcer son licenciement. Cette obligation de reclassement préalable a été érigée en principe général du droit par le Conseil d'Etat dans son arrêt n° 227868, CCI Meurthe et Moselle, du 2 octobre 2002. A cet égard, l'agent peut se voir proposer un reclassement sur un autre emploi correspondant mieux à son état de santé ou une adaptation de son poste de travail en vue de son réemploi sur ce poste. Il est précisé que les crédits du Fonds pour l'insertion des personnes

handicapées dans la fonction publique (FIPHFP) peuvent être sollicités en vue d'une adaptation du poste, en vertu de l'article 3 du décret n°2006-501 du 3 mai 2006⁴.

Toutes les informations utiles relatives aux démarches sont sur le site www.fiphfp.fr. Le licenciement ne peut toutefois intervenir avant l'expiration d'une période de quatre semaines sans traitement suivant la fin du congé de maternité, de paternité ou d'adoption.

L'inaptitude de l'agent non titulaire peut être contrôlée par un médecin agréé. Elle doit l'être obligatoirement lorsque l'inaptitude conduit à prononcer le licenciement de l'intéressé. Le comité médical doit être consulté dès lors que l'avis du médecin agréé est contesté.

5 – CONGÉS NON RÉMUNÉRÉS POUR RAISONS FAMILIALES OU PERSONNELLES (TITRE IV DU DÉCRET DU 15 FÉVRIER 1988).

5-1. Congé parental

La nouvelle rédaction du paragraphe I de l'article 14 du décret du 15 février 1988 prévient toute erreur d'interprétation en rendant plus explicite le fait que le droit au congé parental est ouvert soit au père soit à la mère.

Par ailleurs, il convient de rappeler que le transfert du droit de l'un à l'autre parent ne peut être réalisé que si le statut du bénéficiaire est le même. Le transfert du bénéfice du congé parental obtenu par un agent non titulaire ne pourra ainsi l'être qu'au profit du père ou de la mère, lui aussi agent non titulaire (paragraphe II, inchangé, de l'article 14).

5-2. Congé pour adoption

L'article 14-1 est corrigé pour prendre en compte la réforme du statut des collectivités d'outre-mer (loi constitutionnelle n°2003-276 du 28 mars 2003 ayant modifié les articles 72 à 74-1 de la Constitution).

5-3. Congé pour événements familiaux

Le champ d'application de ce congé est étendu. Autrefois prévu pour élever un enfant âgé de moins de huit ans ou atteint d'une infirmité exigeant des soins continus, il est élargi à d'autres cas de figure par le décret du 24 décembre 2007 :

- congé pour donner des soins à un enfant à charge, au conjoint, au partenaire de pacte civil de solidarité, à un ascendant à la suite d'un accident ou d'une maladie grave ou atteint d'un handicap nécessitant la présence d'une tierce personne ;
- congé pour suivre son conjoint ou le partenaire de 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 de l'agent non titulaire.

Il est rappelé que ce congé non rémunéré prévu par l'article 15 du décret du 15 février 1988 est accordé de plein droit dès lors que l'agent est employé de manière continue depuis un an et qu'il en fait la demande. Il peut être fractionné et ne comprend pas de période minimale. Il est renouvelable et ne peut excéder une durée maximale de 5 ans pour l'ensemble des contrats successifs de l'agent quel que soit le nombre d'enfants.

⁴ « Peuvent également faire l'objet de financements par le fonds les adaptations des postes de travail destinés à maintenir dans leur emploi les agents reconnus inaptes à l'exercice de leurs fonctions dans les conditions réglementaires applicables à chaque fonction publique ».

5- 4. Le congé pour convenances personnelles

Les conditions d'octroi et de durée du congé pour convenances personnelles prévues à l'article 17 du décret du 15 février 1988 ont été modifiées.

Pour en bénéficier, l'agent non titulaire sollicite par écrit l'octroi de ce congé. Il doit avoir été employé de manière continue depuis au moins trois ans avant de pouvoir en bénéficier. En outre, il ne doit pas avoir bénéficié d'un congé du même type, d'un congé pour création d'entreprise ou d'un congé pour formation professionnelle d'une durée d'au moins six mois dans les six ans qui précèdent sa demande de congé.

Le congé pour convenances personnelles est un congé sans rémunération qui n'est accordé que dans la mesure où il est compatible avec l'intérêt du service. Cette appréciation incombe à l'autorité hiérarchique dont relève l'agent, compte tenu notamment des besoins du service.

Ce congé est accordé pour une durée maximale de trois ans, renouvelable dans la limite d'une durée totale de six années pour l'ensemble des contrats successifs.

Par rapport à la réglementation antérieure, le congé n'a plus de durée minimale et la durée maximale a été augmentée, passant ainsi de 11 mois à 3 ans. En tout état de cause, ce congé ne pourra jamais être accordé au-delà de la durée du contrat à durée déterminée.

L'agent doit formuler sa demande au moins deux mois avant la date de début du congé, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Ce délai s'applique dans les mêmes conditions avant l'expiration de la période en cours lorsque l'agent demande à être réemployé au terme du congé pour convenances personnelles.

5- 5. Le congé pour création d'entreprise

Les conditions d'octroi et la durée du congé pour la création d'une entreprise prévues à l'article 18 du décret du 15 février 1988 n'ont pas été modifiées. Par parallélisme avec le congé pour convenances personnelles, le délai pour solliciter ce congé est réduit à deux mois au lieu de trois. Il en est de même s'agissant du délai à respecter pour son renouvellement.

Il est rappelé que pour ces deux types de congés, il convient de veiller à la compatibilité et de saisir, le cas échéant, la commission de déontologie, du projet de création d'entreprise ou d'exercice d'une autre activité d'un agent non titulaire au regard des dispositions déontologiques en vigueur (article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983).

5- 6. Activités dans la réserve

5- 6- 1. Activités dans la réserve opérationnelle

L'article 20 du décret de 1988 est modifié afin de clarifier le régime juridique de l'accomplissement d'une activité dans la réserve opérationnelle pour les agents non titulaires, à l'instar de ce qui a été fait pour les fonctionnaires. L'agent est placé en congé avec traitement, lorsque les activités accomplies sur le temps de travail dans la réserve opérationnelle sont d'une durée inférieure ou égale à 30 jours cumulés sur une année civile. Au delà de cette durée, il est mis en congé sans traitement. Il en est de même pour une période d'activité accomplie sur le temps de travail dans la réserve de sécurité civile d'une durée inférieure ou égale à quinze jours cumulés par année civile.

5- 6- 2. Activités dans la réserve sanitaire

Par ailleurs, l'article 20 précité, dans sa rédaction issue du décret du 24 décembre 2007, tire les conséquences de l'institution de la réserve sanitaire par la loi du 5 mars 2007 relative à la préparation du système de santé à des menaces sanitaires de grande ampleur.

L'agent non titulaire accomplissant, sur son temps de travail, une période d'activité ou de formation dans la réserve sanitaire est placé en congé avec rémunération pendant toute la période considérée.

6 - DISPOSITIONS COMMUNES RELATIVES AUX CONGÉS ET AU TRAVAIL À TEMPS PARTIEL (TITRE VII DU DÉCRET DU 15 FÉVRIER 1988)

6-1. Ancienneté, conditions d'ouverture des droits

Un certain nombre de droits susceptibles d'être reconnus aux agents non titulaires sont soumis à des règles d'ancienneté et d'activité qui ne sont pas modifiées dont il convient de préciser le sens.

L'ancienneté s'entend comme la durée au cours de laquelle l'agent est au service de l'administration territoriale. Les articles 28, 29, 29-1 et 30 précisent les modalités de décompte de l'ancienneté.

La durée de service s'entend comme une période d'activité effective de l'agent, étant précisé que certains congés sont assimilés à du travail effectif pour le décompte de l'ancienneté (article 27 du décret du 15 février 1988).

Lorsqu'un agent non titulaire cesse d'être employé par son administration et est recruté par une autre, l'ancienneté qu'il avait acquise au titre de son premier emploi peut dans certaines hypothèses être conservée. Sont récapitulées ci-après les conditions déjà prévues par le décret de 1988, ainsi que celle introduite par le décret du 24 décembre 2007 pour prendre en compte les agents recrutés à la suite d'un transfert à une personne publique d'une activité jusqu'alors assurée par une personne privée (nouvel article 29-1 du décret de 1988).

Depuis l'introduction d'un nouvel article 29-1, lorsque les agents sont recrutés à la suite d'un transfert d'activité en application de l'article 20 de la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 précitée⁵, les services effectués auprès de leur employeur précédent sont assimilés, pour l'ouverture des droits à formation et à congés, ainsi que, le cas échéant, pour l'application du titre X du présent décret (renouvellement de l'engagement, démission et licenciement) et du titre II du décret n°2004-777 du 29 juillet 2004, à des services accomplis auprès de la personne publique concernée.

En conséquence, les services en cause doivent être pris en compte pour la durée de services exigée en vue de l'ouverture des droits précités, par exemple lors d'une demande de congés.

6-2. Dispositions concernant les contrats à durée déterminée

La modification de l'article 32 du décret du 15 février 1988 prend en compte l'introduction des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique.

⁵ Cet article est codifié à l'article L.1224-3 du code du travail.

L'article 32 en vertu duquel aucun congé ne peut être accordé au-delà de la durée du contrat et de l'engagement restant à courir, s'applique désormais aux seuls CDD. Durant la période d'emploi en CDD limitée à 6 ans, les congés ne pourront pas être accordés au-delà du terme du contrat.

Toutefois, lorsque l'administration se propose de renouveler un contrat ou un engagement à durée déterminée, un congé pris en partie à la fin du contrat ou de l'engagement initial peut se prolonger sur le contrat ou l'engagement résultant du renouvellement.

Par exemple, pour un contrat de trois ans prenant fin le 31 août ; si l'agent non titulaire bénéficie au 15 juillet d'un congé d'adoption dont la durée théorique aurait dû être de dix semaines, ce congé s'achèvera néanmoins avec le contrat à la date du 31 août, sauf reconduction du contrat, qui permet que le congé se prolonge sur le mois de septembre.

7- CESSATION PROGRESSIVE D'ACTIVITÉ (TITRE VII BIS DU DECRET DU 15 FEVRIER 1988)

L'article 32-1 du décret du 15 février 1988 est mis en conformité avec l'article 73 de la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites.

Les agents non titulaires occupant un emploi permanent à temps complet peuvent bénéficier du dispositif de cessation progressive d'activité. Lorsqu'ils sont admis à bénéficier de ce dispositif, ils sont régis par les dispositions du décret précité relatives au temps partiel (titre VII) ainsi que par les dispositions de l'ordonnance n°82-298 du 31 mars 1982 relative à la cessation progressive d'activité des agents titulaires des collectivités locales et de leurs établissements publics à caractère administratif et par les dispositions du décret n° 2004-777 du 29 juillet 2004 relatif à la mise en oeuvre du temps partiel dans la fonction publique territoriale (chapitre 1^{er} du titre II).

Les agents non titulaires à temps complet peuvent demander à travailler à temps partiel selon les quotités prévues à l'article 2-1 de l'ordonnance n° 82-298 du 31 mars 1982 puisque les conditions de travail de la cessation progressive d'activité ne sont plus limitées au mi-temps.

En outre, la date de fin de la cessation progressive d'activité n'étant plus obligatoirement fixée à 60 ans, ils peuvent poursuivre leur activité dans cette position au-delà de la date de l'âge d'ouverture de leurs droits à la retraite et jusqu'à ce qu'ils justifient d'une durée d'assurance égale au nombre de trimestres nécessaire pour obtenir une liquidation de leur retraite à taux plein, sans toutefois pouvoir dépasser la limite d'âge de 65 ans fixée par l'article L. 422-7 du code des communes.

Un guide sur la cessation progressive d'activité est consultable à l'adresse électronique suivante :

http://www.fonction-publique.retraites.gouv.fr/data/Public/documents/guide_cpa.pdf.

Pour bénéficier de la cessation progressive d'activité, les agents non titulaires à temps complet doivent justifier, entre autres conditions, de vingt-cinq années de services civils ou militaires effectifs. Pour les agents handicapés, cette durée peut être réduite de six années dans certains cas.

L'article 32-4 du décret du 15 février 1988 est modifié pour prendre en considération la disparition de la nomenclature des catégories A, B et C COTOREP relatives à la lourdeur du handicap. La modification prévue au 1° de l'article permet d'identifier les agents non

titulaires bénéficiaires de la réduction de six ans en fonction de l'importance du handicap en conformité avec l'ordonnance de 1982.

Ainsi, désormais, peuvent bénéficier d'une réduction de six années :

- les agents titulaires de la carte d'invalidité définitive dont le taux d'incapacité permanente est au moins de 80% ou classé en 3^{ème} catégorie de la pension d'invalidité de la sécurité sociale (article L. 241-3 du code de l'action sociale et des familles) ;
- les agents accidentés du travail ou victimes de maladies professionnelles ayant entraîné une incapacité permanente au moins égale à 10% et titulaires d'une rente attribuée au titre du régime général de sécurité sociale ou de tout autre régime de protection sociale obligatoire (2° de l'article L. 323-3 du code du travail) ;
- les anciens militaires et assimilés titulaires d'une pension militaire d'invalidité au titre du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre (4° de l'article L. 323-3 du code du travail).

Pour ces deux dernières catégories d'agents handicapés, la réduction ne peut être accordée que si le taux d'invalidité fixé par la commission de réforme est au moins égal à 60 %.

Par ailleurs, l'article 32-4 est complété par un alinéa précisant que les conditions requises pour le bénéfice de la réduction de six années s'apprécient à la date à laquelle est accordée l'autorisation.

8- CONDITIONS DE RÉEMPLOI (TITRE VIII DU DECRET DU 15 FEVRIER 1988)

L'article 33 du décret a été actualisé pour intégrer, parmi les congés donnant lieu à réemploi, le congé pour maladie professionnelle et le congé pour exercer les fonctions de membre du Gouvernement, prévu à l'article 19. Les commentaires suivants font un rappel du droit existant.

8- 1. Principe

A l'issue des congés accordés en application du décret du 15 février 1988, l'agent non titulaire est réemployé dans la mesure où il remplit toujours les conditions requises énumérées à l'article 2 du décret et où il est apte physiquement à l'exercice de ses fonctions.

Dans la mesure permise par le service, le réemploi a lieu sur le même emploi. Si le réemploi ne peut avoir lieu en raison des nécessités de service, l'agent non titulaire bénéficie d'une priorité pour obtenir une affectation équivalente à celle de son affectation antérieure compte tenu de son niveau de rémunération.

L'existence de cette priorité ne fait pas obstacle à ce que l'intéressé s'inscrive en parallèle comme demandeur d'emploi et bénéficie des allocations pour perte d'emploi auxquelles il peut prétendre.

8- 2. Cas d'un agent recruté par un contrat avec un terme fixe

Pour les agents recrutés pour une durée déterminée, le réemploi ne peut intervenir que pour la durée restant à courir du contrat ou de l'engagement sans que l'intervention du congé puisse en modifier l'échéance.

Par exemple, un agent recruté pour trois ans du 1er mai 2004 au 30 avril 2007 bénéficie d'un congé parental au 1er juillet 2005. S'il demande son réemploi à l'issue d'une année de congé parental, il peut être réemployé du 1er juillet 2006 au 30 avril 2007.

S'il le demande après 18 mois de congé, son réemploi couvrira la période du 1er janvier au 30 avril 2007. En tout état de cause, son congé parental ne peut être accordé au-delà du 30 avril 2007 sauf si son contrat est renouvelé entre temps.

8- 3. Modalités pour bénéficiaire du réemploi

Le réemploi après certains congés est par ailleurs subordonné à une demande présentée par l'agent qui doit respecter un délai de prévenance qui peut être de un à trois mois précédent le terme du contrat selon le type de congés.

En l'absence d'une telle demande, l'intéressé est considéré comme démissionnaire. (ex : congé sans rémunération pour élever un enfant : article 15 ; congé pour convenances personnelles : articles 17 et 35 ; congé pour création d'entreprise ou formation professionnelle : article 35 ; congé pour service national actif : article 35).

Il est évident que le non respect de cette formalité ne peut être opposée à l'intéressé si celui-ci ignorait les démarches qui lui incombent.

Il convient donc de les rappeler clairement dans toute notification d'acceptation du congé assortie d'une telle clause pour la réintégration.

9 – LA MOBILITE DES AGENTS NON TITULAIRES (TITRE VIII BIS DU DÉCRET DU 15 FÉVRIER 1988)

L'article 18 du décret du 24 décembre 2007 insère un titre VIII bis qui ouvre aux agents non titulaires le bénéfice de la mise à disposition d'une part et d'un congé de mobilité d'autre part.

9- 1. La mise à disposition de l'agent non titulaire

La définition de la mise à disposition est identique à celle des fonctionnaires : « *La mise à disposition est la situation de l'agent qui est réputé occuper son emploi, continue à percevoir la rémunération afférente à celui-ci, mais exerce des fonctions hors du service au sein duquel il a vocation à servir.* »

Ce dispositif a pour objet de faciliter la mobilité des agents employés sur des contrats à durée indéterminée et de permettre également à certaines collectivités territoriales ou établissements publics locaux de répondre à certains besoins spécifiques, qu'il s'agisse des administrations d'origine ou des administrations d'accueil.

9- 1- 1. Conditions pour en bénéficier

L'article 35-1 précise que seul l'agent employé pour une durée indéterminée peut faire l'objet d'une mise à disposition. Cette mise à disposition intervient avec l'accord de l'agent dans le cadre d'une convention conclue entre l'administration d'origine et

l'administration d'accueil qui peut s'inspirer de celles en vigueur pour la mise à disposition des fonctionnaires territoriaux.

9- 1- 2. Modalités de la mise à disposition des agents non titulaires

Le régime de la mise à disposition des agents non titulaires est identique à celui prévu à l'égard des fonctionnaires territoriaux.

Dans cette situation, l'agent demeure régi par les dispositions du décret du 15 février 1988. L'autorité de l'administration d'origine exerce le pouvoir disciplinaire.

Durant sa mise à disposition, l'agent est placé sous l'autorité directe du responsable de la collectivité territoriale ou de l'établissement public auprès duquel il exerce ses fonctions, qui fixe ses conditions de travail. Il a une relation « fonctionnelle » avec cette administration et est soumis à ses règles de fonctionnement telles que celles afférentes notamment à la durée et aux horaires de travail.

La mise à disposition ne peut intervenir qu'après signature d'une convention passée entre l'administration gestionnaire et l'administration d'accueil.

Ce document définit notamment la nature et le niveau des activités exercées par l'agent, ses conditions d'emploi et les modalités du contrôle et de l'évaluation desdites activités. Il fixe également la durée de la mise à disposition ainsi que les modalités de remboursement. La convention est un outil de gestion interne à l'administration dont le but est de favoriser la « traçabilité » des mises à dispositions.

9- 1- 2- 1. Personnes morales pouvant bénéficier de la mise à disposition (article 136 de la loi du 26 janvier 1984)

La mise à disposition peut intervenir :

- Pour les agents employés par une collectivité territoriale, auprès d'un établissement public qui lui est rattaché, d'un établissement public de coopération intercommunale dont elle est membre ou d'un établissement public rattaché à l'établissement public de coopération intercommunale dont elle est membre ;

- Pour les agents employés par un établissement public, auprès de la commune à laquelle il est rattaché ;

- Pour les agents employés par un établissement public de coopération intercommunale, auprès de l'une des communes qui en est membre ou de l'un des établissements publics qui lui est rattaché.

9- 1- 2- 2. Durée et renouvellement

La mise à disposition ne peut excéder trois ans. Elle peut être renouvelée dans la même limite, sans que sa durée totale ne puisse excéder six ans.

9- 1- 3. Fin de la mise à disposition

La mise à disposition peut prendre fin, avant l'expiration de la durée initialement prévue dans la convention, à la demande de l'agent, de l'administration d'origine ou de l'administration d'accueil.

Dans le cas d'une fin anticipée de la mise à disposition, celle-ci doit respecter les délais de préavis prévus par la convention de mise à disposition.

Toutefois, en cas de faute disciplinaire, il peut être mis fin à la mise à disposition sans préavis, par accord entre l'administration gestionnaire et l'administration ou l'organisme d'accueil.

9- 1- 4. Réemploi

A l'instar du fonctionnaire territorial, l'agent non titulaire est, à l'issue de sa mise à disposition, réemployé pour exercer les mêmes fonctions que celles dont il était précédemment chargé et répondant au même besoin que celui qui a justifié son recrutement. A défaut, il sera réemployé sur un poste équivalent de son administration d'origine.

9- 1- 5. Remboursement

9- 1- 5- 1. Principe

La mise à disposition donne lieu à un remboursement dont les modalités sont prévues par la convention de mise à disposition.

9- 1- 5- 2. Exception

Il peut être dérogé à la règle précitée, conformément à une décision prise par délibération de l'assemblée délibérante de la collectivité ou de l'établissement public administratif gestionnaire, à l'exception du cas de la mise à disposition auprès d'un établissement public rattaché à l'établissement public de coopération intercommunale dont la collectivité ou l'établissement public administratif est membre.

9- 1- 6. Bilan

Le point VII de l'article 35-1 du décret du 15 février 1988 oblige chaque collectivité territoriale ou établissement public local à établir un état retraçant le nombre de ses agents non titulaires mis à disposition ainsi que leur répartition entre les organismes bénéficiaires. Cet état est inclus dans le rapport annuel soumis aux comités techniques paritaires prévu à l'article 33 de la loi du 26 janvier 1984.

9-2. Le congé de mobilité

L'article 35-2 du décret du 15 février 1988 innove en créant un « congé de mobilité ». Ce nouveau type de congé doit permettre à l'agent non titulaire d'être recruté par une autre administration, tout en conservant la possibilité de retrouver son emploi précédent sous réserve des nécessités de service. Ainsi, les agents non titulaires employés à durée indéterminée pourront effectuer une mobilité dans un autre organisme, notamment dans un objectif d'évolution professionnelle, tout en conservant la possibilité de réemploi au sein de l'administration d'origine.

Ce congé créé pour les agents non titulaires employés pour une durée indéterminée offre les conditions d'une mobilité sans toutefois déroger aux dispositions de l'article 3 du titre III du statut général des fonctionnaires puisque l'agent qui bénéficie de ces dispositions

est également recruté par une autre administration sur la base d'un nouveau CDD, conformément au statut général des fonctionnaires.

Il s'apparente à la procédure de détachement des fonctionnaires. Il permet aux agents non titulaires de changer d'employeur et de fonction sans toutefois perdre le bénéfice, si la nouvelle fonction ne les satisfait pas, de la relation contractuelle initiale à durée indéterminée.

Le CDI est suspendu durant cette période.

9- 2- 1. Conditions d'ouverture

L'agent non titulaire doit être employé pour une durée indéterminée. Le congé est accordé sous réserve des nécessités du service : l'administration pourra refuser le bénéfice de ce congé si des considérations d'intérêt du service tirées de l'organisation ou de l'accomplissement des missions qui lui sont dévolues, s'y opposent.

9- 2- 2. Principes

Il s'agit d'un congé sans rémunération. Il ne peut être accordé que lorsque l'agent est recruté par une autre personne morale de droit public qui ne peut le recruter initialement que pour une durée déterminée.

9- 2- 3. Modalités

L'agent doit solliciter ce congé par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. L'administration est tenue d'y répondre dans un délai de deux mois. En cas de décision implicite de rejet, l'intéressé pourra demander à l'administration les motifs qui fondent la décision de refus.

9- 2- 4. Durée et renouvellement.

Ce congé peut être accordé pour une durée maximale de trois ans renouvelable, dans la limite d'une durée totale de six ans.

Ces délais doivent permettre à l'agent de remplir les conditions pour bénéficier de la reconduction éventuelle de son contrat pour une durée indéterminée auprès de son nouvel employeur, tout en conservant une certaine sécurité lui permettant de revenir travailler auprès de son employeur initial le cas échéant et surtout de ne pas perdre le bénéfice de son CDI. Si tel n'est pas le cas, il peut demander à réintégrer son administration d'origine.

Le renouvellement du congé est sollicité par l'agent au moins deux mois avant le terme du congé par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Un nouveau congé de même nature ne peut être accordé que si l'intéressé a repris ses fonctions pendant trois ans au moins. C'est-à-dire qu'un agent qui reprend ses fonctions dans son administration d'origine ne peut pas bénéficier d'un autre congé de mobilité pour rejoindre une autre administration avant ce délai.

9- 2- 5. Réemploi

La demande de réemploi de l'agent par son administration d'origine est sollicitée au moins deux mois avant le terme du congé par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

L'agent est réemployé, selon les nécessités du service, dans les conditions prévues aux articles 33 et 34 du décret du 15 février 1988, c'est-à-dire qu'il doit être physiquement apte et qu'il remplit toujours les conditions de l'article 2 du décret de 1988.

L'agent est réemployé sur son emploi précédent dans la mesure permise par le service. Dans le cas contraire, il dispose d'une priorité pour être réemployé sur un emploi similaire, assortis d'une rémunération équivalente.

Si l'agent, au terme du congé, n'a pas exprimé son intention dans le délai de deux mois précédent le terme du congé, il est présumé renoncer à son emploi et ne peut percevoir aucune indemnité à ce titre.

10 - DISCIPLINE (TITRE IX DU DECRET DU 15 FEVRIER 1988)

10- 1. Procédure disciplinaire

L'article 36 établit le principe de la responsabilité disciplinaire des agents non titulaires, en cas de manquement aux obligations auxquelles ils sont soumis et les conditions de déclenchement de leur responsabilité.

Dès lors qu'une faute a été commise par un agent non titulaire, l'autorité qui a procédé à son recrutement peut prononcer une sanction qui doit être motivée et proportionnée à la faute commise. Cette appréciation est effectuée sous le contrôle du juge administratif.

10- 2. L'enquête disciplinaire

L'enquête est indispensable car la sanction doit être motivée en fait et en droit et c'est à l'administration qu'il appartient de démontrer que les faits reprochés ont existé et qu'ils méritent d'être sanctionnés. C'est sur elle que repose la charge de la preuve de l'existence des faits reprochés.

L'enquête va permettre dans un premier temps de vérifier la réalité matérielle des faits reprochés, et de vérifier leur imputabilité à l'agent.

La responsabilité de l'intéressé peut être écartée, si les faits reprochés sont dus :

- soit à un événement imprévisible, indépendant de la volonté de l'intéressé et insurmontable ;
- soit à un état pathologique entraînant son irresponsabilité ; il est donc indispensable de faire procéder aux examens médicaux nécessaires afin d'éclairer l'autorité ayant pouvoir disciplinaire chaque fois que l'état de santé de l'intéressé paraît le justifier ou que ce moyen de défense peut être allégué.

Cette enquête va permettre dans un second temps de qualifier les faits reprochés, c'est-à-dire d'identifier l'obligation professionnelle enfreinte et de retenir conséquemment la qualification du manquement qui lui correspond.

10- 3. L'information de l'agent et le respect de ses droits

Dans un souci du respect des droits de la défense de l'agent, dès l'engagement d'une procédure disciplinaire, il est conseillé à l'administration d'informer l'agent par écrit.

Cette lettre comporte au minimum les mentions suivantes :

- la mention des faits reprochés ;
- la sanction qu'il est envisagé de prendre ;
- l'indication des droits de l'intéressé, à savoir :

- La possibilité de consulter l'intégralité de son dossier individuel (cf. point 2.1.2.1. Selon l'article 37 du décret du décret du 15 février 1988 l'administration a l'obligation d'informer l'agent de son droit à obtenir cette communication ainsi que celle de tous les documents annexes) ;

- La possibilité de formuler des observations écrites ou orales et de se faire assister par un ou plusieurs défenseurs de son choix, la défense pouvant être assurée par un avocat.

Avant tout prononcé d'une sanction, l'agent doit avoir été mis en mesure de produire ses observations en réponse aux faits reprochés par l'administration, que la sanction envisagée nécessite ou non la consultation du conseil de discipline.

10- 4. Le prononcé de la sanction

Les mêmes faits ne peuvent donner lieu qu'à une seule sanction.

La sanction ne peut être choisie que parmi celle figurant sur l'échelle prévue par l'article 36-1 du décret du 15 février 1988.

Celui-ci reprend pour la majorité d'entre elles, les dispositions de l'ancien article 36. Cependant, il modifie la durée de l'exclusion temporaire, compte tenu de la durée des contrats qui peut désormais être indéterminée. L'exclusion temporaire peut être prononcée pour une durée maximale de six mois pour un agent en CDD et pour une durée maximale d'un an pour un agent en CDI.

Cet article rappelle le principe de motivation des décisions prises en matière disciplinaire. Ce principe signifie que la décision de sanction doit comporter l'ensemble des éléments de faits et de droit sur lesquels elle repose c'est-à-dire le descriptif des faits reprochés et la mention des textes appliqués. L'agent doit en effet, pouvoir comprendre la raison pour laquelle il est sanctionné dès la première lecture de la décision.

Enfin, aucune sanction ne peut prendre effet avant la date à laquelle elle est portée à la connaissance de l'agent.

11 - RENOUELEMENT DE L'ENGAGEMENT, DÉMISSION ET LICENCIEMENT (TITRE X DU DÉCRET DU 15 FÉVRIER 1988)

11- 1. Renouvellement du contrat ou de l'engagement

L'article 38 du décret du 15 février 1988 précise les conditions dans lesquelles les contrats ou engagements à durée déterminée peuvent être renouvelés.

Le renouvellement doit être exprès, ce qui exclut tout renouvellement par tacite reconduction.

Par ailleurs, il faut souligner qu'en application de l'article 41 de la loi du 26 janvier 1984 précitée, le recrutement comme le renouvellement de contrat d'un agent non titulaire doit être précédé d'un avis de vacance de l'emploi au centre de gestion compétent, ce qui constitue une formalité substantielle (CE, 14 mars 1997, département des Alpes-Maritimes – CAA Bordeaux, 10 juin 1996, Mme Ferland – CAA Paris, 3 mars 1998, Département du Val-de-Marne).

Ces dispositions ont pour objet la vérification que les conditions légales ayant justifié le recrutement initial sont toujours remplies et notamment que l'emploi permanent en question ne peut, par exception au principe général du recrutement de fonctionnaires désormais inséré à l'article 3, être occupé par un fonctionnaire.

L'employeur territorial doit notifier son intention de renouveler ou non l'engagement de l'agent non titulaire au minimum :

- huit jours avant le terme de l'engagement pour l'agent recruté pour une durée inférieure à six mois ;
- un mois avant le terme de l'engagement pour l'agent recruté pour une durée supérieure ou égale à six mois et inférieure à deux ans ;
- deux mois avant le terme de l'engagement pour l'agent recruté pour une durée supérieure ou égale à deux ans.

Désormais, en application de l'article 3 de la loi du 26 janvier 1984 (dans sa rédaction issue de la loi n°2005-843 du 26 juillet 2005), l'employeur territorial qui souhaite faire perdurer la relation contractuelle au terme d'une période de six années pour répondre aux mêmes besoins et pour l'exercice de fonctions similaires, ne peut le faire que par la reconduction du contrat pour une durée indéterminée.

Cette obligation revêt une triple portée :

- 1) l'administration ne peut reconduire au terme de ces six années, un même contrat pour une durée déterminée ;
- 2) il s'agit d'un changement de situation contractuelle qui implique un acte exprès de la part de l'administration sous la forme d'un avenant visant à reconduire le contrat antérieur ;
- 3) il ne peut être question de renouveler le contrat pour une durée indéterminée avant le terme de la période de six années d'emploi en CDD.

Dans cette hypothèse, le nouvel alinéa 5 de l'article 38 impose à l'employeur de respecter un délai de prévenance de 3 mois pour faire connaître son intention de renouveler ou non le contrat. Par ailleurs, il fait obligation aux administrations d'organiser un entretien préalable à la notification de la décision. Cette disposition n'impose nullement à l'administration de justifier les raisons qui ont poussé à sa décision mais d'informer l'agent sur son sort de vive voix, à l'occasion de cet entretien.

Lorsqu'il est proposé de renouveler le contrat, l'agent non titulaire dispose d'un délai de huit jours pour faire connaître, le cas échéant, son accord. En cas de non-réponse dans ce délai, l'intéressé est présumé renoncer à l'emploi. Ce délai part du jour de la réception de la proposition de l'administration (signature de l'accusé de réception). La lettre de l'administration (qui peut être un formulaire type) doit au minimum indiquer le délai dans lequel l'intéressé est tenu d'y répondre. Il est important que cette procédure s'inscrive dans une politique de gestion prévisionnelle des effectifs et que les reconductions des contrats en CDI soient pleinement prises en compte dans les anticipations des besoins de recrutement, de formation et de construction des parcours professionnels des agents territoriaux.

11-2. Fin des fonctions

11-2-1. Principe

Les fonctions d'un agent non titulaire peuvent prendre fin dans les hypothèses suivantes :

- fin d'un contrat à durée déterminée ;
- atteinte de la limite d'âge fixée à 65 ans sans possibilité de dérogation, en application de l'article 20 de la loi n° 47-465 du 8 août 1947 ;
- licenciement ;
- départ à la retraite soit par limite d'âge ou à la demande de l'agent qui remplit les conditions ;
- démission ;
- décès.

11-2- 2. Le délai de préavis

Un délai de préavis doit être respecté dans certains cas de licenciement. Il est rappelé que l'indemnité pour préavis non pris n'existe pas dans la fonction publique. De même, la transaction couramment utilisée dans le secteur marchand n'a pas d'application en droit public. Il convient de veiller, à l'occasion d'une décision de licenciement, à ce que la date d'effet de celui-ci soit fixée de façon à permettre à l'intéressé de bénéficier du préavis et des congés annuels auxquels il a droit.

En principe, le préavis est un délai dont l'échéance ne peut être reportée. Son cours ne peut donc être suspendu ou interrompu, même par des circonstances qui, normalement, suspendent le contrat⁶. Ainsi, ce délai ne peut être prorogé de la durée du congé de maladie de l'agent non titulaire.

Le congé annuel peut éventuellement être pris sur la période de préavis si l'intéressé en fait la demande, sachant que cette hypothèse reportera d'autant le terme du préavis, sauf arrangement avec l'employeur.

A cet égard, l'article 5 du décret permet la rémunération des congés annuels non pris en cas de licenciement n'intervenant pas à titre de sanction disciplinaire ou en cas de fin d'un CDD, si l'agent n'a pu prendre ses congés annuels du fait de l'administration. Un agent démissionnaire ne peut bénéficier de l'indemnité compensatrice de congés annuels. De même, les congés placés dans un compte épargne temps ne peuvent pas faire l'objet d'une rémunération.

11-2- 3. La procédure de licenciement

L'article 42 précise la procédure de licenciement qui s'impose à l'administration.

Le licenciement ne peut intervenir qu'à l'issue d'un entretien préalable. Cet entretien permet à l'administration de faire connaître suffisamment tôt les arguments sur lesquels elle fonde la procédure de licenciement, et à l'intéressé la possibilité de faire part de ses réactions et de ses observations préalables à l'engagement d'une telle procédure.

La décision de licenciement est notifiée à l'intéressé par une lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Cette lettre précise le ou les motifs du licenciement et

⁶ Cass. soc., 8 janvier 1987, N° 85-43.510 Azuar c/École Pigier

la date à laquelle celui-ci doit intervenir compte tenu des droits à congés annuels restant à courir et de la durée du préavis.

11-3. Indemnité de licenciement

La présente circulaire récapitule les dispositions sur l'indemnité de licenciement, celles déjà existantes ainsi que celles introduites par le décret du 24 décembre 2007.

11-3-1. Les bénéficiaires (article 43)

Cette indemnité est attribuée en cas de licenciement proprement dit, c'est-à-dire lorsque le contrat ou l'engagement est à durée indéterminée, ou lorsque, étant à durée déterminée, il est interrompu avant son terme.

Elle n'est versée que lorsque le contrat ou l'engagement a été confirmé après une éventuelle période d'essai. Elle n'est pas due si l'agent est licencié au cours ou à l'expiration de cette période.

Le licenciement peut intervenir au cours de l'exercice des fonctions ou lorsque l'agent, physiquement apte n'a pu être réintégré à l'issue d'un congé.

Dans cette dernière hypothèse, l'indemnité de licenciement est versée en cas de non réemploi, à l'issue des congés suivants :

- tous les congés pour raison de santé rémunérés ou non,
- le congé parental,
- le congé pour formation professionnelle,
- le congé non rémunéré à l'occasion de certains événements familiaux,
- le congé pour élever un enfant lorsque sa durée n'a pas excédé un mois,
- le congé pour l'exercice d'un mandat électif dont l'exercice est incompatible avec l'occupation d'un emploi public.

Par ailleurs, l'indemnité de licenciement est aussi versée lorsque le licenciement est prononcé pour inaptitude physique. Il est à noter, que l'indemnité de licenciement est réduite de moitié en cas de licenciement pour insuffisance professionnelle (article 46).

11-3-2. L'interdiction de verser l'indemnité de licenciement (articles 43 et 44)

En revanche, cette indemnité n'est pas servie dans les circonstances énoncées ci-dessous, si l'intéressé :

- arrive au terme de son contrat à durée déterminée,
- démissionne,
- est fonctionnaire détaché en qualité d'agent non titulaire, en disponibilité ou hors cadre,
- est licencié à titre de sanction disciplinaire,
- a atteint l'âge de soixante ans et justifie de la durée d'assurance, tous régimes de retraite de base confondus, exigée pour obtenir la liquidation d'une retraite au taux plein du régime général de la sécurité sociale,
- retrouve immédiatement un emploi équivalent dans le secteur public ou dans une société d'économie mixte dans laquelle l'Etat ou une collectivité territoriale a une participation majoritaire.

11-3-3. Modalités de calcul

11-3-3-1 Formule de calcul

Les articles 45 et 46 précisent les modalités de calcul de l'indemnité de licenciement, qui sont illustrées ci-dessous par quelques exemples.

D'une manière générale, il convient d'utiliser la formule :

$$I = ([A \times R] / 2) + ([A'' \times R] / 3) \text{ avec la limite } \leq 12 R$$

I = est l'indemnité de licenciement qui ne peut être supérieure à 12 fois la rémunération de base.

R = est la rémunération correspondant à la dernière rémunération nette mensuelle qui a été perçue avant le licenciement. Dans l'hypothèse où l'agent travaillait à temps partiel, la rémunération prise en compte est celle d'un temps complet.

A = est l'ancienneté décomptée par années, inférieure ou égale à 12 ans.

A'' = est l'ancienneté décomptée par années à partir de la 13ème année.

Toute période supérieure ou égale à six mois est comptée pour une année, les périodes inférieures à six mois ne sont pas décomptées ; l'ancienneté est décomptée au prorata du temps de travail assuré durant la période considérée, que l'agent ait été recruté à temps incomplet ou autorisé à travailler à temps partiel.

Ne sont pris en compte pour le calcul de l'indemnité de licenciement que les services effectifs ininterrompus accomplis pour le compte de la même collectivité territoriale, de l'un de ses établissements publics à caractère administratif ou de l'un des établissements publics à caractère administratif auquel elle participe.

Depuis la publication du décret du 24 décembre 2007, lorsque le dernier traitement de l'agent est réduit de moitié en raison d'un congé de maladie ou de grave maladie, le traitement servant de base au calcul de l'indemnité de licenciement est sa dernière rémunération à plein traitement. Il en est de même lorsque le licenciement intervient après un congé non rémunéré.

11-3-3-1- Exemples

Cas n°1 :

Dernière rémunération nette 1200 euros
Ancienneté 16 ans

$$I = ([1200 \times 12] / 2) + ([1200 \times 4] / 3) = 8.800 \text{ euros}$$

Cas n°2

Dernière rémunération nette : 960 euros
Travail effectué à 80%
Ancienneté : 3 ans à 80%, 4 ans à 100% et 5 ans à 50%
Salaire rétabli à 100% = $960 \times 100 / 80 = 1200$ euros

$$I = ([3 \times 0.8 \times 1200] / 2) + ([4 \times 1200] / 2) + ([5 \times 0.5 \times 1200] / 2) = 5.340 \text{ euros}$$

(Décompte de l'ancienneté au prorata du temps effectué, utilisation de la rémunération correspondant à du temps plein)

Cas n°3

Ancienneté 4 mois : **pas d'indemnité**

Cas n°4

Dernière rémunération nette mensuelle : 1200 euros

Ancienneté 7 mois

Licenciement prononcé pour insuffisance professionnelle

$$I = ([1 \times 1200] / 2) / 2 = 300 \text{ euros}$$

L'ancienneté compte pour un an puisqu'elle est supérieure à 6 mois.

Le montant de l'indemnité est divisé par 2 puisque le licenciement est prononcé pour insuffisance professionnelle.

1- Réductions du montant de l'indemnité

Des réductions de l'indemnité peuvent être effectuées dans certains cas :

- en cas de licenciement pour insuffisance professionnelle, l'indemnité de licenciement est réduite de moitié,
- lorsque le contrat ou engagement à durée déterminée est interrompu avant son terme, l'indemnité ne peut être supérieure au nombre de mois qui restait à courir jusqu'au terme normal de l'engagement,
- pour l'agent âgé de plus de 60 ans mais ne justifiant pas d'une durée d'assurance tous régimes de retraite de base confondus au moins égale à celle exigée pour obtenir une retraite au taux plein, l'indemnité de licenciement est réduite de 1,67% par mois de service au-delà du soixantième anniversaire.

S'agissant de ce dernier cas, l'article 46 du décret de 1988 a été modifié afin de tenir compte de la réforme des retraites de 2003 précitée. La réduction de 1,67% pour les agents qui sont licenciés au-delà de leur 60ème anniversaire ne s'applique que lorsqu'ils ne justifient pas d'une durée d'assurance tous régimes de retraite de base confondus au moins égale à celle exigée pour obtenir une retraite au taux plein.

Exemple :

Dernier salaire net : 1200 euros

Ancienneté 11 ans

Durée de l'ancienneté au-delà de 60 ans : 24 mois

Indemnité de licenciement : $I = (1200 \times 11) / 2 = 6.600 \text{ euros}$

Réduction de l'indemnité de licenciement de 1,67% par mois de service au-delà de 60 ans :

$6600 \times 1,67\% = 110,22$ euros
Sur 24 mois = $110,22 \times 24 = 2645,28$
Indemnité réduite = $6600 - 2645,28 = 3954,72$ euros

2 - Modalité de versement

L'indemnité est versée en une seule fois par la collectivité ou l'établissement public qui a prononcé le licenciement.

12 - AMÉNAGEMENTS HORAIRES POUR LES PERSONNES HANDICAPÉES (TITRE XI NOUVEAU DU DÉCRET DU 15 FÉVRIER 1988)

Au sein du nouveau titre XI intitulé « Dispositions diverses », l'article 49-1 transpose, dans les mêmes conditions et au profit des agents non titulaires, le principe des aménagements d'horaires prévus pour le fonctionnaire handicapé ou aidant familial fixé par l'article 60 quinquies de la loi du 26 janvier 1984 relative à la fonction publique territoriale, issu de la loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances des personnes handicapées.

Je vous serais obligé de bien vouloir assurer la diffusion de la présente circulaire aux autorités territoriales des collectivités et établissements non affiliés ainsi qu'au président du centre de gestion, pour transmission aux collectivités et établissements affiliés à celui-ci. Celle-ci sera disponible en ligne sur le site *Intranet* de la DGCL ainsi que sur le site Internet du ministère de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales.

Pour le ministre et par délégation
Le directeur général
des collectivités locales

Edward JOSSA

