

SERVICE JURIDIQUE

SERJU/06-366-12 du 16/10/06

L'AGENT CONTRACTUEL A DUREE DETERMINEE ET SON EMPLOYEUR (EPLE - ETAT)

Destinataires :

Messieurs les Inspecteurs d'Académie, Directeurs des Services Départementaux de l'Education Nationale

Mesdames et Messieurs les Inspecteurs de l'Education Nationale

Mesdames et Messieurs les Proviseurs, Principaux et Directeurs d'école

Affaire suivie par : M. BASTIEN, Tel : 04 42 91 75 24

M. GARRON, Tel : 04 42 91 75 13, Fax : 04 42 91 75 18

La présente étude est destinée à informer notamment les chefs d'établissements, les agents comptables et les gestionnaires des EPLE sur les dispositions juridiques applicables aux agents de droit public et de droit privé.

I - LES TEXTES APPLICABLES

Ils concernent les contrats de droit public et les contrats de droit privé

A - Les contrats de droit public

Loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat.

Décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions applicables aux **agents non titulaires de l'Etat** pris pour l'application de l'article 7 de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 :

l'agent non titulaire est recruté par contrat ou par engagement écrit. Outre sa date d'effet et la définition du poste occupé, ce contrat ou cet engagement précise les obligations et droits de l'agent lorsqu'il ne relève pas d'un texte de portée générale ou d'un statut particulier. Le contrat ou l'engagement peut comporter une période d'essai dont la durée peut être modulée en fonction de la durée du contrat.

Loi n° 2003-400 du 30 avril 2003 relative aux assistants d'éducation.

Décret n° 2003-484 du 6 juin 2003 fixant les conditions de recrutement et d'emploi des **assistants d'éducation**.

L'ordonnance n° 2005-901 du 2 août 2005 institue un nouveau mode d'accès à la fonction publique : le **PACTE** (parcours d'accès aux carrières de la fonction publique territoriale et de l'Etat). Ouvert aux jeunes de moins de 26 ans dont le niveau d'études est inférieur au baccalauréat, le PACTE est un contrat de formation en alternance donnant vocation à être titularisé dans un corps ou cadre d'emplois de catégorie C au bout de deux ans sans avoir à passer un concours.

En cas de litige, les contrats de droit public relèvent de la compétence des **juridictions administratives** (Tribunal Administratif, Cour Administrative d'Appel, Conseil d'Etat).

B - Les contrats de droit privé

Les Contrats Emplois Vie Scolaire (CEVS) sont soit des Contrats d'Avenir (CA) soumis aux dispositions de l'article de l'article L.322-4-10 du Code du Travail soit des Contrats d'Accompagnement dans l'Emploi (CAE) soumis aux dispositions de l'article L.322-4-7 du Code du Travail. Ils remplacent les Contrats Emploi Solidarité (CES) et les Contrats Emplois Consolidés (CEC).

En cas de litige, les contrats de travail de droit privé relèvent de la compétence des juridictions judiciaires (Conseil des Prud'hommes, Cour d'Appel et Cour de Cassation).

Les Contrats Emplois Jeunes (CEJ) :

Le Contrat Emploi Jeune est un contrat soumis aux dispositions des articles L322-4-18 à L322-4-20 du Code du Travail. Depuis fin décembre 2002, la création de nouveaux postes emplois n'est plus possible. Les derniers contrats en cours prendront fin en décembre 2007. De nouveaux dispositifs tels que le Contrat d'Insertion dans la Vie Sociale ou le statut d'Assistant d'Education prennent le relais.

Le Contrat d'Insertion dans la Vie Sociale (CIVIS) :

Ce contrat est soumis aux dispositions des articles L322-4-17-1 à L322-4-17-4 du Code du Travail.

En cas de litige, les contrats de travail de droit privé relèvent de la compétence des juridictions civiles (Conseil des Prud'hommes, Cour d'Appel, Cour de Cassation).

II - LES AGENTS CONTRACTUELS

Ils sont de droit public et de droit privé.

A - Les agents contractuels de droit public

Les assistants d'éducation sont recrutés par le chef de l'EPL. Les directeurs d'école seront associés à la procédure de recrutement lorsque les fonctions seront exercées dans l'enseignement primaire.

Cependant, les assistants d'éducation exerçant des fonctions d'auxiliaire de vie scolaire pour l'intégration individualisée des élèves handicapés (**AVSI**) sont recrutés par l'Etat (Inspecteur d'Académie, directeur des services départementaux de l'éducation nationale).

Les assistants d'éducation sont recrutés par contrat de droit public d'une durée maximale de trois ans renouvelable dans la limite d'une période d'engagement totale de six ans.

Le contrat précise les missions de l'assistant d'éducation ainsi que l'établissement où il exerce.

B - Les agents contractuels de droit privé (contrats emploi vie scolaire)

Les Contrats emploi vie scolaire sont composé des contrats d'accompagnement vers l'emploi et de contrats d'avenir

a) Les contrats d'accompagnement vers l'emploi

Recrutement :

La conclusion de chaque contrat d'accompagnement dans l'emploi est subordonnée à la signature d'une convention entre le directeur de l'ANPE en sa qualité de représentant de l'Etat et le chef de l'EPL employeur.

Durée du contrat et horaire hebdomadaire de travail :

Le contrat d'accompagnement dans l'emploi est un contrat de droit privé à durée déterminée d'une durée minimale de **6 mois** pouvant être renouvelé deux fois au maximum, dans la limite de la durée maximale de **24 mois**.

La durée hebdomadaire du travail ne peut être inférieure à **20 heures** sauf lorsque la convention le prévoit en vue de répondre aux difficultés de la personne embauchée.

Suspension et rupture du contrat :

Le salarié peut suspendre le contrat de travail en vue d'effectuer une période d'essai susceptible de conduire à une embauche pour une durée indéterminée ou pour une durée déterminée au moins égale à **6 mois**. En cas d'embauche à l'issue de cette période d'essai, le contrat est rompu sans préavis.

Par dérogation aux dispositions du deuxième alinéa de l'article L.122-3-8 du code du travail, les contrats d'accompagnement dans l'emploi peuvent être rompus avant leur terme, à l'initiative du salarié, lorsque la rupture du contrat a pour objet de lui permettre d'être embauché pour un contrat à durée indéterminée, ou un contrat à durée déterminée d'au moins 6 mois ou de suivre une formation conduisant à une qualification prévue aux quatre premiers alinéas de l'article L. 900-3 du code du travail.

En cas de rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur (article R.322-16-1 du code du travail) avant la fin de la convention, celle-ci est résiliée de plein droit. Les motifs de rupture à l'initiative de l'employeur sont les suivants : faute du salarié, inaptitude médicalement constatée, embauche du salarié par l'employeur.

b) Les contrats d'avenir

Recrutement :

Le contrat d'avenir est un contrat de travail de droit privé à durée déterminée destiné à faciliter l'insertion sociale et professionnelle des personnes bénéficiant du revenu minimum d'insertion, de l'allocation spécifique de solidarité, de l'allocation de parent isolé ou de l'allocation aux adultes handicapés.

La conclusion de chaque contrat est subordonnée à la signature d'une convention individuelle entre le bénéficiaire qui s'engage à prendre part à toutes les actions de formation et d'accompagnement qui peuvent être menées pendant et en dehors du temps de travail et le chef de l'EPL employeur.

Durée du contrat et horaire hebdomadaire de travail :

L'article L.322-4-12 du Code du Travail prévoit que le contrat d'avenir, contrat de droit privé à durée déterminée, est passé avec l'un des employeurs mentionnés à l'article L.322-4-11 (collectivités territoriales et autres personnes de droit public) ; il précise que le contrat est conclu pour une durée de **2 ans** mais, lorsque les circonstances particulières tenant au secteur d'activité professionnelle ou au profil de poste le justifient, le préfet peut prévoir une durée comprise entre **6 et 24 mois**.

En application de cet article, une circulaire interministérielle (emploi/éducation nationale) du 3 avril 2006 sur la programmation 2006 des recrutements des contrats aidés, fixe « *une durée dérogatoire de 10 mois pour couvrir le cycle scolaire 2006-2007* » (**le terme de ces contrats ne doit pas dépasser le 30 juin 2007**). Ceci pour les titulaires d'un contrat d'avenir qui exercent les fonctions « *d'assistance administrative aux directeurs d'école* » ou « *d'aide à la scolarisation des élèves handicapés* ».

Le contrat d'avenir prévoit que la durée hebdomadaire de travail est de **26 heures**.

Le salarié peut suspendre son contrat en vue d'effectuer une période d'essai susceptible de conduire à une embauche pour une durée indéterminée ou pour une durée déterminée au moins égale à **6 mois**. En cas d'embauche à l'issue de cette période d'essai, le contrat est rompu sans préavis.

Le salarié peut rompre le contrat d'avenir lorsqu'il signe un contrat de travail pour une durée indéterminée ou déterminée au moins égale à **6 mois**.

III - LE LICENCIEMENT

A - Le licenciement des agents de droit public non titulaires

Il est réglementé par les articles 45 à 56 du décret n° 86-83 du 17 janvier 1986. Les agents non titulaires sous contrat à durée déterminée, qui sont licenciés avant le terme prévu contractuellement ont droit à un préavis (article 46 du décret n°86-83 du 17 janvier 1986). Toutefois, ce préavis ne s'applique pas en cas de licenciement disciplinaire, de licenciement pour inaptitude physique après congés de maladie, ou après congé sans traitement consécutif à une maladie.

Le préavis est de :

- huit jours pour les agents qui ont moins de six mois de service
- un mois pour ceux qui ont au moins six mois et moins de deux ans de service
- deux mois pour ceux qui ont au moins deux ans de service.

En cas de licenciement (ou de départ) pendant ou à la fin de la période d'essai, aucun préavis n'est à donner ou à accomplir.

Ne peuvent être licenciés les agents :

-en état de grossesse médicalement constatée,
-en congé de maternité, de paternité ou d'adoption et pendant une période de quatre semaines suivant l'expiration de l'un de ces congés.

B - Le licenciement des salariés de droit privé

Le licenciement des personnels de droit privé (Articles L. 122-14 et suivants du code du travail)

L'employeur qui envisage de licencier un salarié de droit privé doit convoquer le salarié à un **entretien préalable**, par lettre recommandée ou **remise en main propre contre décharge**. Cette lettre doit **indiquer le jour, le lieu et l'heure de l'entretien** et doit **rappeler** au salarié qu'il a la **possibilité de se faire assister par un conseiller de son choix** inscrit sur une liste dressée par le représentant de l'Etat dans le

département. La lettre de convocation doit également préciser **l'objet de l'entretien**, à savoir le projet de licenciement.

L'entretien préalable ne peut avoir lieu moins de **cinq jours ouvrables** après la présentation de la lettre recommandée ou la remise en main propre de la lettre de convocation. Au cours de l'entretien, l'employeur est tenu d'indiquer **les motifs de la décision envisagée** et de **recueillir les explications du salarié**.

L'employeur qui **décide de licencier** un salarié doit notifier le licenciement par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Cette lettre ne peut être expédiée moins de **deux jours ouvrables** après la date pour laquelle le salarié a été convoqué en application des dispositions de l'article L. 122-4 du Code du Travail.

L'employeur est tenu **d'énoncer le ou les motifs du licenciement** (faute grave) dans la lettre de licenciement.

En cas de litige, le juge qui appréciera la régularité de la procédure suivie et le **caractère réel et sérieux des motifs du licenciement** invoqués par l'employeur, forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties.

L'article L.122-14-4 du Code du Travail prévoit que si le licenciement d'un salarié s'est effectué sans observation de la procédure mais pour une cause réelle et sérieuse, le tribunal saisi doit imposer à l'employeur l'accomplissement de la procédure prévue et accorder au salarié une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire.

Le salarié de droit privé qui conteste son licenciement doit saisir le conseil des prud'hommes.

IV - LES DECISIONS DE JUSTICE

Les licenciements disciplinaires des salariés de droit privé et des agents publics nécessitent la reconnaissance par l'employeur et, le cas échéant, par le juge, d'une **faute** professionnelle qui puisse leur être reprochée ; mais la notion de faute susceptible de permettre la rupture de leur contrat de travail varie selon qu'ils sont soumis aux dispositions du Code du travail ou à celles du décret du 17 janvier 1986.

A - Les salariés de droit privé

A titre liminaire, il y a lieu de rappeler que les **agissements** du salarié constitutifs d'une **faute** doivent être **énoncés précisément dans la lettre de licenciement** notifiée par recommandé AR, faute de quoi le licenciement sera jugé « *sans cause réelle et sérieuse* » et l'employeur (l'EPL) condamné (Cass. soc., 23 juin 1998, *Tiago*, pourvoi n° 96-41688). D'où l'importance de mentionner le moment et le lieu des faits, leur nature, leur répétition éventuelle... car le chef d'établissement ne pourra plus s'en prévaloir s'ils n'ont pas été indiqués formellement dans cette lettre, même s'ils sont établis !

En cas de contestation des motifs avancés, le juge « *forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties...* » (art. L. 122-14-3, C. trav.). L'employeur aura donc tout intérêt à **se ménager un dossier** rassemblant les différentes **pièces** de nature à fonder la décision de licenciement (lettres de remontrances, avertissements ou blâmes écrits, attestations des témoins éventuels...)

En principe, seule une **faute grave** justifie une rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée (art. L. 122-3-8 du Code du travail). Mais, à titre d'exception en matière de **contrats de droit privé (emplois-jeunes, contrats d'accompagnement dans l'emploi et contrats d'avenir)**, l'article L. 322-4-20 du Code du travail permet un licenciement anticipé **à l'expiration de chacune des périodes annuelles d'exécution** (au bout d'un an, deux ans...) pour **faute sérieuse**.

La **faute grave** s'entend de **la faute qui rend impossible le maintien du salarié dans l'établissement pendant la durée du préavis** (jurisprudence constante). Par exemple, la qualification de faute grave a été retenue lorsqu'il s'agit :

- refuse d'exécuter une tâche habituelle (Cass. Soc., 8 janvier 1987, D. 1987, IR, 13) ;
- refuse de reprendre son poste malgré une injonction de l'employeur (Cass. Soc., 12 juillet 2005, Bull. civ. V, n° 246) ;
- commet plusieurs actes d'insubordination (refus de se soumettre à une mise à pied avec attitude provocatrice... : Cass. Soc., 25 mai 2004, Bull. civ. V, n° 25).
- se comporte de manière particulièrement inconvenante et choquante pour la pudeur (Cass. Soc., 12 mars 2002, Bull. civ. V, n° 89).

Mais ni la maladie, ni l'insuffisance professionnelle (qui peut toutefois justifier un licenciement non disciplinaire) ne sont constitutives d'une faute grave (Cass. soc, 10 juin 1992, Bull. civ. V, n° 375) ; de même pour un retard apporté par le salarié à la justification de son absence (Cass. Soc., 11 mai 1994, RJS 1994. 410, n° 665).

La **faute sérieuse** peut justifier le licenciement d'un emploi-jeune à l'expiration de l'année en cours, sans revêtir l'importance de la faute grave. Elle s'observe dans les cas suivants :

- abandon brusque, sans autorisation et répété par un salarié de son poste de travail (Cass. Soc., 21 févr. 1980, Bull. civ. V, n° 172) ;
- absences non motivées qui perturbent le bon déroulement du service (Cass. Soc., 11 déc. 1985, Dr. Soc. 1986. 211) ;
- refus de se plier aux horaires de travail (Cass. Soc., 15 juin 1966, Bull. civ. IV, n° 590).

Mais ne commet pas de faute sérieuse l'employé qui s'en tient aux prescriptions du médecin consulté, en l'absence de certificat de complaisance (Cass. Soc., 13 juillet 2004, D. 2004, IR, 2762) ; ou qui refuse d'accomplir une tâche n'entrant pas dans ses attributions (Cass. Soc., 28 mars 1995, Dr. Soc. 1995. 505).

B - Les agents publics

En vertu de l'article 47 du décret n° 86-83 du 17 janvier 1986, le chef d'établissement doit **préciser dans la lettre de licenciement les motifs** de la rupture et la date à laquelle elle interviendra. Pour permettre au juge éventuellement saisi d'exercer son contrôle, il conviendra d'énoncer clairement les faits reprochés au salarié et considérés comme fautifs, leur date et, le cas échéant, leur répétition.

Comme pour les personnels relevant du droit privé, il n'existe pas de définition préétablie de la faute pouvant être sanctionnée par un licenciement. Mais en droit public une **faute simple** est susceptible de justifier la résiliation du contrat de travail, le tribunal se bornant à vérifier que l'employeur n'a pas commis d'**erreur manifeste d'appréciation**.

Ainsi ont pu être considérés comme fautifs :

- les absences non justifiées d'un agent contractuel (CE 3 mars 2004, *Mme A.*, req. 235063) ;
- le fait pour un surveillant d'externat de ne pas reprendre son poste après avoir été mis en demeure de le faire (TA de Caen, 23 septembre 2003, *M. Boulleret c/ Rectrice de l'Académie de Caen*, req. 02-1634).

Pour plus de renseignements sur ces questions, vous pouvez, bien entendu, vous adresser au Service Juridique (numéro de téléphone figurant ci-dessus).

Signataire : Jacky TERRAL, Secrétaire Général de l'Académie d'Aix-Marseille.