

SERVICE JURIDIQUE

SERJU/09-469-17 du 28/09/2009

L'AGENT CONTRACTUEL A DUREE DETERMINEE ET SON EMPLOYEUR (EPL - 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 - Fax : 04 42 91 75 18

La présente note est destinée à rappeler notamment aux chefs d'établissements, aux agents comptables et aux gestionnaires des EPLE 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.

Décret n°2000-815 du 25 août 2000 relatif à l'aménagement et à la réduction du temps de travail dans la fonction publique de l'Etat.

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

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'Accompagnement dans l'Emploi (CAE)** soumis aux dispositions des articles L.5134-20 à L5134-34 du Code du travail, soit des **Contrats d'Avenir (CA)**, soumis aux dispositions des articles L5134-35 à L5134-53 du Code du travail.

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, 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 sont associés à la procédure de recrutement lorsque les fonctions sont exercées dans l'enseignement primaire.

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.

Le décret n°2000-815 du 25 août 2000 relatif à l'aménagement et à la réduction du temps de travail dans la fonction publique de l'Etat fixe la durée du travail effectif à trente cinq heures par semaine dans les services et établissements publics administratifs de l'Etat ainsi que dans les établissements publics locaux d'enseignement.

Le décompte du temps de travail est réalisé sur la base d'une durée annuelle de travail effectif de 1607 heures maximum, sans préjudice des heures supplémentaires susceptibles d'être effectuées.

La durée hebdomadaire du travail effectif, heures supplémentaires comprises, ne peut excéder ni quarante-huit heures au cours d'une même semaine, ni quarante quatre heures en moyenne sur une période de douze semaines consécutives et le repos hebdomadaire, comprenant en principe le dimanche ne peut être inférieur à trente cinq heures.

La durée quotidienne du travail ne peut excéder dix heures. Les agents bénéficient d'un repos quotidien de onze heures. L'amplitude maximale de la journée de travail est fixée à douze heures.

Aucun temps de travail quotidien ne peut atteindre six heures sans que les agents bénéficient d'un temps de pause de vingt minutes.

L'administration est tenue, en application des dispositions de l'article 45 du décret n°86-83 du 17 janvier 1986, de notifier à l'agent non titulaire recruté par contrat à durée déterminée, susceptible d'être reconduit son intention de renouveler ou non l'engagement au plus tard :

- au début du mois précédant le terme du contrat pour l'agent recruté pour une durée supérieure ou égale à six mois et inférieure à deux ans ;
- au début du deuxième mois précédant le terme de l'engagement pour l'agent recruté pour une durée supérieure ou égale à deux ans ;
- au début du troisième mois précédant le terme de l'engagement pour le contrat susceptible d'être reconduit pour une durée indéterminée. Dans ce cas, la notification de la décision doit être précédée d'un entretien.

La décision par laquelle l'autorité administrative met fin aux relations contractuelles doit être regardée comme un refus de renouvellement du contrat si elle intervient à l'échéance du contrat et comme un licenciement si elle intervient au cours de ce contrat. Cette décision n'a pas à être motivée dans l'hypothèse d'un refus de renouvellement, au terme du contrat.

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 acceptation. En cas de non-réponse dans ce délai, l'intéressé est présumé renoncer à l'emploi.

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

a) Les contrats d'accompagnement dans l'emploi (CAE)

Recrutement :

Le contrat d'accompagnement dans l'emploi a pour but de faciliter l'insertion professionnelle des personnes sans emploi rencontrant des difficultés d'accès à l'emploi.

La conclusion de chaque contrat d'accompagnement dans l'emploi est subordonnée à la signature d'une convention entre le directeur du Pôle Emploi 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, dans la limite de la durée maximale de **24 mois**.

La période d'essai est fixée à un mois sauf clause conventionnelle prévoyant une durée inférieure. La durée hebdomadaire du travail ne peut être inférieure à **20 heures** sauf lorsque la convention le prévoit en particulier pour 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 de l'article L.1243-2 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 à l'article L. 6314-1 du Code du travail.

En cas de rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur (article R.5134-34 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 : rupture au titre de la période d'essai, faute du salarié, licenciement, inaptitude médicalement constatée, embauche du salarié par l'employeur.

b) Les contrats d'avenir (CA)

Recrutement :

Le contrat d'avenir est un contrat de travail de droit privé à durée déterminée réservé aux bénéficiaires du revenu de solidarité active (**RSA**), de l'allocation spécifique de solidarité (**ASS**), ou de l'allocation pour adulte handicapé.

Le contrat d'avenir est supprimé à compter du **1^{er} janvier 2010**. Les contrats en cours à cette date se poursuivront jusqu'au terme de la convention au titre de laquelle ils ont été établis mais ne pourront pas être renouvelés.

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 :

Les articles L.5134-41 et L.5134-42 du Code du travail prévoient que le contrat d'avenir, contrat de droit privé à durée déterminée, est passé avec l'un des employeurs mentionnés à l'article L.5134-38-3° (collectivités territoriales et autres personnes morales de droit public) ; le contrat est conclu pour une durée de **2 ans**. La période d'essai est fixée à un mois sauf dispositions conventionnelles

prévoyant une durée inférieure. 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 46 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.

Le licenciement ne peut intervenir qu'à l'issue d'un **entretien préalable** et, le cas échéant, de la **consultation de la commission consultative paritaire (CCP)**. La décision de licenciement est notifiée à l'intéressé par une lettre recommandée avec avis de réception. Cette lettre précise le ou les motifs du licenciement ainsi que la date d'effet à laquelle celui-ci doit intervenir compte tenu des droits à congés annuels restant à courir et de la durée du préavis.

N.B. : La commission consultative paritaire ne doit nullement être consultée à l'occasion de non-renouvellement de contrat à durée déterminée, de licenciement intervenant au cours de la période d'essai ou pour les sanctions de l'avertissement et du blâme. Elle doit en revanche être obligatoirement consultée (article 22 de l'arrêté du 7 mars 2008) sur les décisions individuelles relatives aux licenciements intervenant postérieurement à la période d'essai et aux autres sanctions disciplinaires.

B - Le licenciement des salariés de droit privé

Il obéit aux articles L.1232-1 à L.1232-14 du Code du travail

Tout licenciement pour motif personnel doit être justifié par une cause réelle et sérieuse. 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 (modèle annexe 1).

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 cet

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 de licenciement 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.1232-6 du Code du travail (**modèle annexe 2**).

La décision mentionne **le ou les motifs précis du licenciement** constitutifs d'une **faute grave**.

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.

Les parties comparaissent en personne. L'employeur peut se faire assister ou représenter par un avocat ou par un membre de l'établissement (articles R.1453-1 et R.1453-2 du Code du travail). Le service juridique du rectorat ne peut représenter l'employeur ni devant le Conseil des prud'hommes ni devant la Cour d'appel.

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 la voie de la recommandation postale**, faute de quoi le licenciement sera jugé « *sans cause réelle et sérieuse* » et l'employeur (l'EPL) condamné (Cass. soc., 23 juin 1998, *Tiago*, 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...* ». 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. 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 lorsque l'employé :

- 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 un retard apporté par le salarié à la justification de son absence (Cass. Soc., 11 mai 1994, RJS 1994. 410, n° 665).

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 administratif 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 Caen, 23 septembre 2003, *M. Boulleret c/ Rectrice de l'académie de Caen*, req. 02-1634).

Tout comme en droit privé, l'exactitude matérielle des faits sera établie par la publication des rapports, témoignages ou autres éléments de preuve.

Signataire : Martine BURDIN, Secrétaire Générale de l'Académie d'Aix-Marseille

ANNEXE 1

Modèle de lettre de convocation à un entretien préalable de licenciement

EPLE

A.....le....2010

Adresse

**Lettre recommandée AR
(ou remise en main propre contre décharge)**

Le Chef d'établissement

à

**Mme, Mlle ou M. (Nom, prénom)
Adresse**

Je vous informe que j'envisage à votre égard une mesure de licenciement compte tenu de.... (ou suite aux faits qui se sont déroulés le...).

Conformément aux dispositions des articles L.1232-1 à L.1232-7 du Code du travail, je vous prie de vous présenter le...2010 à .. heures à mon bureau pour un entretien préalable à cette procédure.

Je vous précise que vous avez la faculté de vous faire assister lors de cet entretien par une personne de votre choix appartenant au personnel de l'établissement ou par un conseiller inscrit sur une liste dressée à cet effet par le préfet du département.

Vous pouvez consulter cette liste dans les locaux de l'inspection du travail ou à la mairie.

Prénom et nom du chef d'établissement

Signature

ANNEXE 2

Modèle de lettre de licenciement pour faute grave

EPLE

Ale.... 2010

Adresse

Lettre recommandée AR

Le chef d'établissement

à

Mme, Mlle ou M. (Nom, prénom)

Adresse

Au cours de l'entretien préalable en date du, je vous ai demandé de vous expliquer sur les agissements dont vous avez été l'auteur à savoir (description précise des faits et motivation).

Ces faits constituent une faute grave. En application des dispositions des articles L.1232-1 à L.1232-6 et L.1243-1 du Code du travail, je suis donc contraint de mettre fin à votre contrat de travail, votre attitude rendant impossible la poursuite de votre activité professionnelle au sein de l'établissement.

Par la présente, je vous notifie votre licenciement sans préavis, ni indemnité de rupture. Vous ne ferez plus partie du personnel de l'établissement à réception de cette lettre que je recommande.

Votre certificat de travail et votre attestation de Pôle Emploi sont à votre disposition ainsi que les salaires et l'indemnité compensatrice de congés payés qui vous sont dus à ce jour.

Prénom et nom du Chef d'établissement

Signature