



# Le recours dérogatoire aux contractuels dans la fonction publique territoriale

publié le 26/03/2010, vu 38898 fois, Auteur : [Anne-Sophie SARDAY](#)

**Le développement du recours aux agents dits contractuels, par exception aux principes du recrutement de titulaires sur des emplois permanents, a entraîné de nombreuses incertitudes quant au statut applicable à ces agents, conduisant le Juge administratif à développer progressivement un "quasi-statut" définissant les principes de la carrière de ces agents.**

Les agents non titulaires ne forment pas une catégorie homogène d'agents. La Cour des comptes dans son 11ème rapport public particulier d'avril 2001 rappelle ainsi que :

*« En définitive, les personnels contractuels constituent un large spectre continu plutôt que discontinu, les différentes catégories se chevauchant. Cet ensemble est fortement hétérogène car on y trouve des agents rémunérés sur des emplois budgétaires ou sur des crédits, bénéficiaires de contrats ou de décisions unilatérales de recrutement, recrutés sur contrats à durée indéterminée ou pour des périodes variant de quelques jours à trois ans reconduites ou non, soumis à des règlements de gestion ou non, recrutés par quasi-concours ou sans procédure, éventuellement détachés depuis des corps de fonctionnaires titulaires, exerçant à temps complet ou incomplet, remplissant des fonctions similaires à ceux des fonctionnaires titulaires ou au contraire des fonctions particulières, ayant enfin vocation ou non à titularisation. »*

Diverses appellations ont pu être utilisées pour désigner ces agents : auxiliaires, vacataires, temporaires, contractuels. Marcel POCHARD rappelle qu'aujourd'hui il est *« de bon ordre de les qualifier de façon générale d'agents contractuels »* (Marcel POCHARD, *« Les agents contractuels ou la mauvaise conscience de la fonction publique »*, Cahier de la fonction publique, juin 2002, p. 3).

Le développement du recours à ces agents, notamment via un contrat, par exception aux principes législatifs en vigueur (I), a entraîné de nombreuses incertitudes quant au statut applicable à ces agents (II).

## I. L'EXTENSION CONSTANTE DES FACULTES DE RECOURS AUX AGENTS NON CONTRACTUELS

Les statuts de la fonction publique (Etat, territoriale, hospitalière) affirment très clairement que, par principe, l'Administration doit recruter des agents titulaires (A). Ils prévoient cependant des cas dérogatoires pour lesquels le recrutement par voie contractuelle est envisageable (B).

### A. Le principe : le recrutement de titulaires sur des emplois permanents

Pierre angulaire du droit de la fonction publique, le principe obligeant les Administrations à recourir

à des agents titulaires sur des emplois permanents (1) n'en reste pas moins un principe très régulièrement critiqué (2).

## **1- L'obligation de recruter des agents titulaires**

L'article 3 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires dispose que :

*« Sauf dérogation prévue par une disposition législative, les emplois civils permanents de l'Etat, des régions, des départements, des communes et de leurs établissements publics à caractère administratif sont, à l'exception de ceux réservés aux magistrats de l'ordre judiciaire et aux fonctionnaires des assemblées parlementaires, occupés soit par des fonctionnaires régis par le présent titre, soit par des fonctionnaires des assemblées parlementaires, des magistrats de l'ordre judiciaire ou des militaires dans les conditions prévues par leur statut. »*

Par principe, les collectivités locales sont donc tenues de procéder à des recrutements par voie de concours ou par voie de mutation.

Ce principe fondamental des différents statuts de la fonction publique selon lequel les emplois permanents de l'Administration doivent être occupés par des fonctionnaires implique que le recours à des agents non titulaires ne peut être qu'exceptionnel et temporaire.

Une réponse ministérielle rappelle ainsi que :

*« La loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires a posé, en son article 3, un principe général selon lequel les emplois civils permanents de l'Etat doivent être occupés par des personnels titulaires. A cet égard, le recrutement d'agents non titulaires constitue une dérogation à ce principe, qui ne peut intervenir que dans des conditions strictement fixées par le législateur. » Rép. Min. n°5396, JOAN du 8 décembre 1997, p. 4528.*

## **2- Un principe très contesté**

Ce principe est très régulièrement contesté notamment par les collectivités territoriales qui considèrent qu'il constitue un frein à leur liberté de recrutement.

C'est d'ailleurs sur ce fondement qu'une proposition de loi a été enregistrée à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 21 janvier 2009 afin de réformer en profondeur cette règle.

Les députés l'ayant signée proposent en effet d'instituer la liberté de recrutement pour les collectivités territoriales dans les termes suivants :

*« Les personnels des administrations des régions, des départements, des communes, et de leurs établissements publics mentionnés à l'article 2 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires sont recrutés par contrat, à l'exception de ceux exerçant une mission de service public, qui restent soumis aux dispositions actuellement en vigueur.*

*Un décret en Conseil d'Etat précise les modalités d'application du présent article. »*

## B. La dérogation : le recrutement d'agents contractuels

Le statut de la fonction publique territoriale prévoit un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles il est possible de déroger au principe susmentionné.

Aux termes de l'article 3 alinéa 1er de la loi du 26 janvier 1984 modifiée par la loi du 13 juillet 1987, les collectivités locales ne peuvent recruter des agents non titulaires pour occuper des emplois permanents que :

- d'une part, pour assurer le remplacement momentané de titulaires autorisés à exercer leurs fonctions à temps partiel ou indisponibles en raison d'un congé de maladie, d'un congé de maternité ou d'un congé parental, ou de l'accomplissement du service national, du rappel ou du maintien sous les drapeaux (*Pour un exemple, voir CE, 8 juillet 1991, Commune d'IGNY, n° 81700, Rec. p. 277*),
- d'autre part, pour faire face temporairement et pour une durée maximale d'un an à la vacance d'un emploi qui ne peut être immédiatement pourvu dans les conditions prévues par la loi.

Les collectivités territoriales peuvent, en outre, recruter des agents non titulaires pour exercer des fonctions correspondant à un besoin saisonnier pour une durée maximale de six mois pendant une même période de douze mois et conclure pour une durée maximale de trois mois, renouvelable une seule fois à titre exceptionnel, des contrats pour faire face à un besoin occasionnel, en application de l'alinéa 2 de l'article 3 de la loi précitée (*Par exemple pour les besoins d'un service en voie d'extinction : TA de LYON, 29 novembre 2000, Mlle DOULACHE, n° 9701219, AJFP 2001, p. 46*).

Le législateur a, par ailleurs, étendu les dérogations admises pour la fonction d'Etat à la fonction publique territoriale. Ainsi, des emplois permanents peuvent être occupés par des agents contractuels dans les mêmes cas et selon les mêmes conditions de durée que ceux mentionnés à l'article 4 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, à savoir :

- lorsqu'il n'existe pas de corps de fonctionnaires susceptibles d'assurer les fonctions correspondantes. Le Conseil d'Etat a ainsi considéré « *qu'en décidant, à l'occasion de la modernisation de son système informatique, de créer par la délibération attaquée, un emploi d'ingénieur développement contractuel assimilé à ingénieur en chef territorial et un emploi d'ingénieur système contractuel assimilé à ingénieur en chef de 1ère catégorie* », le conseil général de l'Essonne a, compte-tenu de la nature des fonctions qui devaient ainsi être exercées, répondu aux besoins des services du département, au sens des dispositions précitées du 2° de l'article 3 de la loi du 11 janvier 1984 » (*CE, 27 février 1995, Préfet de l'ESSONNE, n°150631, Rec. p. 113*) ;
- lorsque, pour les emplois de catégorie A, la nature des fonctions (connaissances techniques) ou les besoins du service (urgence, besoins précis et absence de candidat, profil d'un agent pour des tâches précises) le justifient. Le Juge administratif sera alors particulièrement attentif à ce que la collectivité ne commette pas d'erreur manifeste d'appréciation en vérifiant que le recrutement correspond bien aux hypothèses posées par le législateur. Il vérifie ainsi que la création d'un emploi sur ce fondement nécessite bien une qualification particulière et des connaissances spécialisées, ce qui n'est pas le cas pour le recrutement d'un contractuel responsable du service culturel et communication d'une commune (*Voir, en ce sens, CAA de MARSEILLE, 20 mars 2001, Commune de DIGNE LES BAINS, n°98MA02225*).

Aux termes de l'article 3 alinéa 6 de la loi de 1984, « dans les communes de moins de 1 000 habitants et dans les groupements de communes dont la moyenne arithmétique des nombres d'habitants ne dépasse pas ce seuil, des contrats peuvent être conclus pour pourvoir des emplois permanents à temps non complet pour lesquels la durée de travail n'excède pas la moitié de celle des agents publics à temps complet ou pour pourvoir l'emploi de secrétaire de mairie quelle que soit la durée du temps de travail. Dans les communes de moins de 2 000 habitants et dans les groupements de communes de moins de 10 000 habitants, lorsque la création ou la suppression d'un emploi dépend de la décision d'une autorité qui s'impose à la collectivité en matière de création, de changement de périmètre ou de suppression d'un service public, la collectivité peut pourvoir à cet emploi par un agent non titulaire ».

Hormis ces hypothèses, certains textes particuliers autorisent le recours à des agents contractuels :

- les collectivités locales peuvent accueillir de jeunes demandeurs d'emploi pour des stages d'adaptation ou de réadaptation à la vie professionnelle, dans le cadre des "programmes d'insertion locale" : PIL (Décret n°87-236 du 3 avril 1987 relatif aux programmes d'insertion locale) ;

- les collectivités locales peuvent engager des personnes handicapées comme contractuels pour une période d'un an, renouvelable, avant d'être titularisées si elles ont manifesté leur aptitude à l'exercice de leur fonction (Loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, Article 33).

## **II. LES INCERTITUDES LIEES A LA SITUATION JURIDIQUE DES AGENTS CONTRACTUELS**

Le Juge administratif a été conduit à développer progressivement un "quasi-statut", c'est-à-dire l'équivalent d'un "statut particulier" définissant les principes de la carrière d'une catégorie de personnels contractuels des agents non titulaires (A), afin de faire face au développement constant du recours, parfois abusif, aux agents contractuels (B).

### **A. La situation « quasi-réglementaire » des agents publics contractuels**

Si, dans un premier temps, il a été régulièrement rappelé par la jurisprudence que les agents contractuels étaient placés dans des situations différentes des agents titulaires, le Juge administratif a progressivement développé un "quasi-statut" des agents non titulaires (1) tout en encadrant la durée de leur contrat (2).

#### **1- Le développement progressif d'un "quasi-statut"**

La multiplication législative des hypothèses de recrutement des agents contractuels a rapidement été encadrée par le Juge administratif qui est régulièrement venu rappeler, dans un premier temps, la situation strictement "contractuelle" et, en aucun cas "statutaire", de ces agents.

La jurisprudence a ainsi très tôt affirmé que les agents publics contractuels n'étaient pas assimilables aux salariés de droit privé et qu'il ne pouvait y avoir d'application directe du Code du travail à ces agents (CE, 13 janvier 1995, M. GRANERO, n°147235).

Ces agents sont donc clairement placés dans une situation juridique différente des fonctionnaires

titulaires (CE, 11 janvier 1980, M. DELAUNAY et autres, n° 11112 : « Considérant que les agents contractuels et les fonctionnaires titulaires ne se trouvent pas dans la même situation juridique au regard du service public ». Pour un rappel récent, voir CE, 15 décembre 2004, M. CHICHERY, n°261215).

Le Conseil d'Etat indique très clairement que :

*« Il n'existe aucun principe général du droit imposant de faire bénéficier les agents non titulaires de règles équivalentes à celles applicables aux fonctionnaires.*

(...)

*Il résulte de la combinaison des dispositions des lois susvisées du 13 juillet 1983 et du 11 janvier 1984 que le législateur a érigé en principe que les emplois civils permanents de l'Etat et de ses établissements publics administratifs sont occupés par des fonctionnaires titularisés dans un grade et regroupés dans des corps et qu'il n'a entendu autoriser le recrutement d'agents contractuels qu'à titre exceptionnel et dans des cas particuliers qu'il énumère. Il importe, dès lors, que le Gouvernement s'attache à définir pour chacune des catégories de contractuels, un régime juridique adapté aux conditions fonctionnelles posées par la loi pour autoriser le recrutement de ces agents. D'une façon générale, le pouvoir réglementaire ne pourrait, sans méconnaître l'habilitation reçue du législateur, transposer purement et simplement aux contractuels des règles statutaires qui, élaborées pour des corps de fonctionnaires de carrière recrutés en principe sur concours, ne sont, par construction, pas adaptées à la spécificité des conditions d'emploi d'agents contractuels recrutés dans le cadre et pour les besoins définis par le législateur. Il a été ainsi jugé par le Conseil d'Etat statuant au contentieux qu'était illégale une délibération organisant sur une longue période la carrière d'agents contractuels recrutés dans les conditions prévues à l'article 4 de la loi susvisée du 11 janvier 1984 (30 juin 1993 - Préfet de la Martinique c. commune de Sainte-Marie). » CE avis, 30 janvier 1997, n°359964*

Tout en réaffirmant régulièrement la spécificité du lien purement contractuel liant les agents non titulaires à l'Administration (CE Section, 30 octobre 1998, Ville de LISIEUX, n° 149662), le Conseil d'Etat a peu à peu « assimiler les agents contractuels aux fonctionnaires, du moins s'agissant des principes fondamentaux applicables aux agents publics » (Emmanuel GLASER, « La situation des agents publics contractuels – Conclusions sur CE Ass., 31 décembre 2008, M. CAVALLO », RFDA, 2009, p. 89).

Les agents contractuels sont ainsi soumis à :

- l'obligation de réserve (CE Section, 5 janvier 1968, *Ministre du Travail c/ Caisse régionale de sécurité sociale de Rennes*, n° 67890) ;
- celle de jouir de l'intégralité de leurs droits civiques pour accéder à un emploi public (CE, 19 mai 1989, *Commune de SAINTE-MARIE*, n°72177).

Parallèlement, ils bénéficient :

- du remboursement des frais de déplacement (CE Ass., 9 décembre 1966, *Sieur QUEINNEC*, n° 59687),
- du droit à la communication de leur dossier avant toute mesure prise en considération de leur personne (CE, 9 mars 1938, *Sieur DE SAGAREFF*, rec. p. 244),

- du droit à paiement de leur salaire en cas de suspension non suivie d'une sanction disciplinaire ( *CE Ass., 29 avril 1994, M. COLOMBANI, n° 105401*).

De même, le Conseil d'Etat a dégagé un principe général du droit s'inspirant du Code du travail, selon lequel les agents publics ne peuvent percevoir un traitement inférieur au salaire minimum prévu par ledit code (*CE Section, 23 avril 1982, Mme ARAGNOU, n° 36851*).

Il est ainsi rapidement apparu que le contrat de recrutement d'un agent public, même contractuel, n'était pas un contrat comme les autres, Emmanuel GLASER, alors commissaire du gouvernement, affirmant d'ailleurs que « *le contrat de fonction publique ne se distingue donc plus de l'acte unilatéral* » (*Emmanuel GLASER, « La situation des agents publics contractuels – Conclusions sur CE Ass., 31 décembre 2008, M. CAVALLO », précité*).

Dès 1979, le président Bruno GENEVOIS affirmait d'ailleurs que « *l'aspect proprement contractuel est illusoire dans la mesure où le contenu du contrat est le plus souvent prédéterminé par des dispositions réglementaires qui s'imposent aux parties. Derrière le contrat, il y a en fait un statut qui se dessine* » (*Bruno GENEVOIS, Conclusions sur CE Section, 25 mai 1979, Mme RABUT, rec. p. 231*).

De fait, le Conseil d'Etat a largement assimilé le contrat de recrutement à un acte administratif unilatéral, notamment d'un point de vue contentieux en ouvrant aux tiers la possibilité d'exercer un recours pour excès de pouvoir à l'encontre dudit contrat (*CE Section, 30 octobre 1998, Ville de LISIEUX, précité*).

Tout récemment, l'arrêt CAVALLO a prolongé cette assimilation en refusant de mettre en œuvre en matière de fonction publique le régime ordinaire de la nullité des contrats administratifs ( *CE Ass., 31 décembre 2008, M. CAVALLO, n° 283256*), ce qui a conduit une partie de la doctrine à confirmer l'existence d'« une situation quasi-réglementaire » des agents contractuels ( *Pour un exemple, voir Fabrice MELLERAY, « Nouvelle illustration de la situation « quasi-réglementaire » des agents publics contractuels », DA, n°3, mars 2009, com. 41*).

C'est d'ailleurs dans ce contexte que le Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer et des Collectivités territoriales a récemment publié une circulaire illustrant parfaitement la situation \"quasi-statutaire\" des agents contractuels (*Circulaire du 16 juillet 2008 relative aux 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 (NOR : INT/B/08/00134/C)*).

## **2- L'obligation de conclure des contrats à durée déterminée**

Si le Juge administratif a mis en place un \"quasi-statut\" des agents contractuels, il n'a pas pourtant élargi démesurément les possibilités d'accès à la fonction publique.

Le Conseil d'Etat a, en effet, encadré la durée des contrats en obligeant, dans le célèbre BAYEUX, l'Administration à conclure des contrats à durée déterminant, le recrutement d'agents titulaires sur des emplois permanents restant bien le principe.

Il a ainsi indiqué que :

« *Considérant qu'il résulte des dispositions législatives précitées que les contrats passés par les collectivités et établissements publics territoriaux en vue de recruter des agents non-titulaires doivent, sauf disposition législative spéciale contraire, être conclus pour une durée déterminée et ne peuvent être renouvelés que par reconduction expresse ; que, par suite, dans le cas où, contrairement à ces prescriptions, le contrat de recrutement d'un agent non-titulaire comporte une clause de tacite reconduction, cette stipulation ne peut légalement avoir pour effet de conférer au*

*contrat dès son origine une durée indéterminée ; que le maintien en fonction à l'issue du contrat initial a seulement pour effet de donner naissance à un nouveau contrat, conclu lui aussi pour une période déterminée et dont la durée est soit celle prévue par les parties, soit, à défaut, celle qui était assignée au contrat initial. » CE Section, 27 octobre 1999, M. BAYEUX, n°178412*

Il en ressort que la durée des contrats de recrutement ainsi que leurs modalités de reconduction sont particulièrement encadrées.

D'une manière générale, le Juge administratif a refusé de consacrer « *un principe général du droit du travail à bénéficier d'un CDI* » (CE, 22 novembre 2006, M. LEFAUCONNIER, n° 281993).

Le Juge administratif rappelle ainsi régulièrement que la survenance du terme prévu au contrat met fin de plein droit aux fonctions de l'agent, ce dernier ne disposant d'aucun droit au renouvellement de son contrat (Voir, en ce sens, CAA de LYON, 7 février 2000, Mme FREDERIC, n° 97LY03018 ; CAA de Lyon, 19 novembre 2002, Mme IMBERT, n° 99LY01982), nonobstant la circonstance que l'agent ait antérieurement bénéficié de renouvellements successifs de ses différents contrats à durée déterminée (Voir, en ce sens, CAA de NANTES, 2 avril 2002, CH de Dinan, n° 00NT01212).

C'est d'ailleurs bien notamment pour cette raison que l'on a coutume de parler de la précarité des agents contractuels.

## **B. Le constat : une utilisation abusive des contrats dans la fonction publique**

Malgré cet encadrement tant législatif et réglementaire que jurisprudentiel, le recours aux agents contractuels a explosé dans l'ensemble de la fonction publique.

*« Les collectivités locales ont très souvent recours à des agents contractuels ; ceux-ci représentent 36% environ des effectifs de niveau A de la fonction publique territoriale. » (Stéphane LAVIGNE, « La porte entrouverte au recrutement des contractuels par les collectivités locales », AJFP, 1998, p. 49).*

Quelques données chiffrées permettent de mieux se rendre compte de l'importance des agents contractuels dans la fonction publique :

- Rapport annuel de 2003 du Ministère de la Fonction publique (chiffres au 31 décembre 2002) :
  - o 203 000 agents non titulaires dans la fonction publique Etat ;
  - o 210 000 agents non titulaires dans la fonction publique territoriale ;
  - o 97 000 agents non titulaires dans la fonction publique hospitalière.
- Rapport annuel sur l'état de la fonction publique 2007-2008 (chiffres au 31 décembre 2006) :
  - o 139 244 agents non titulaires dans la fonction publique Etat ;
  - o 267 145 agents non titulaires dans la fonction publique territoriale ;
  - o 74 109 agents non titulaires dans la fonction publique hospitalière.

Ainsi, si la baisse a été constante dans les fonctions publiques étatique et hospitalière, le nombre d'agents contractuels n'a cessé de croître dans la fonction publique territoriale, premier employeur d'agents non titulaires.

La tendance s'est légèrement inversée depuis 2008, puisque l'on constate une consolidation du poids des titulaires.

Au 1er janvier 2008, la répartition statutaire des collectivités territoriales était la suivante :

- 73 % de titulaires et stagiaires,
- 23 % de non titulaires y compris les assistantes maternelles et les emplois de cabinet (14,7 % de permanents et 8,3 % de non permanents),
- 4 % d'emplois aidés.

Au sein des collectivités, la répartition statutaire reste comparable à celle de l'année passée. Seuls les organismes régionaux et départementaux voient leurs structures évoluer avec une augmentation de la part des titulaires : le poids des titulaires régionaux passe de 77 % début 2007 à 83 % début 2008 et celui des titulaires départementaux passe de 70 % à 73 % (Observatoire de la fonction publique, Tendances de l'emploi territorial, Note de conjoncture, n° 13, janvier 2009).