

iaaj

**Les informations
administratives et juridiques**

Fonction publique territoriale

DOSSIER

La rémunération des agents contractuels territoriaux

VEILLE JURISPRUDENTIELLE

Publicité de la vacance de poste

Absence de décision expresse à l'issue du stage

● n° 6 - juin 2019



CIG petite couronne



**CENTRE INTERDÉPARTEMENTAL DE GESTION
DE LA PETITE COURONNE DE LA RÉGION ILE-DE-FRANCE**

1 rue Lucienne Gérard 93698 Pantin CEDEX
01 56 96 80 80 • info@cig929394.fr

www.cig929394.fr

DIRECTEUR DE LA PUBLICATION
Jacques Alain Benisti

CONCEPTION, RÉDACTION, DOCUMENTATION
ET MISE EN PAGES

Direction de la diffusion statutaire,
de la documentation
et des affaires juridiques

STATUT COMMENTÉ

Sylvie Naçabal - Suzanne Marques
Philippe David

ACTUALITÉ DOCUMENTAIRE

Fabienne Caurant - Lisa Baudry
Véronique Leyral

MAQUETTE ET MISE EN PAGES

Michèle Frot-Coutaz - Marion Aldebert

© DILA - Paris 2019

ISSN 1152-5908 - CPPAP 1120 B 07382

Commission paritaire n°2175 ADEP

« En application de la loi du 11 mars 1957 (art. 41) et du code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992, toute reproduction partielle ou totale à usage collectif de la présente publication est strictement interdite sans autorisation expresse de l'éditeur. Il est rappelé à cet égard que l'usage abusif et collectif de la photocopie met en danger l'équilibre économique des circuits du livre ».

Sommaire

n° 6 › juin 2019

■ Statut commenté

STATUT AU QUOTIDIEN

La rémunération des agents contractuels
territoriaux 2

VEILLE JURISPRUDENTIELLE

Absence de décision expresse
à l'issue du stage 20

Publicité de la vacance de poste 26

■ Actualité documentaire

LE POINT SUR...

Réforme de la fonction publique 30

ACTUALITÉ STATUTAIRE DU MOIS

37

À LIRE ÉGALEMENT

49

La rémunération des agents contractuels territoriaux

Dans la fonction publique territoriale, la composition de la rémunération des agents contractuels est encadrée par les dispositions législatives applicables aux fonctionnaires.

Toutefois, l'autorité territoriale dispose d'une marge de manœuvre pour en fixer le niveau au regard des critères définis par les textes.

Selon le principe général posé par l'article 3 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, les emplois permanents de la fonction publique sont occupés, sauf disposition législative contraire, par des fonctionnaires. Ce n'est donc qu'à titre dérogatoire que le recrutement d'agents contractuels est possible, sous réserve qu'une loi l'autorise expressément.

Les possibilités de recrutement d'agents contractuels sont principalement énumérées par les articles 3 à 3-3 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984. Outre ces hypothèses, qui représentent la majeure partie des recrutements, des dispositifs particuliers sont prévus, notamment par l'article 38 (travailleur handicapé), l'article 47 (recrutement direct dans certains emplois de direction) ou encore l'article 110 (collaborateur de cabinet) de cette même loi.

(1) Questions retraite et solidarité, *Les études* n° 26, avril 2019 : Les caractéristiques de l'emploi public dans la FPT.

Il ressort d'une étude récente de la Caisse des dépôts et consignations (1) portant sur les évolutions de l'emploi public au cours de la période 2011-2016 que sur l'ensemble de l'année 2016 les emplois contractuels ont représenté 27 % de l'emploi public territorial en équivalent temps plein et 23,5 % de la masse salariale totale versée par les collectivités territoriales (2). La moitié des personnes ayant travaillé comme contractuel avait des durées cumulées de contrat sur l'année inférieures à quatre mois, et un quart d'entre elles des durées d'activité d'un mois maximum, notamment pour des emplois saisonniers. Seuls 18 % des agents contractuels avaient travaillé toute l'année.

(2) Il est précisé que cette étude comptabilise les fonctionnaires qui occupent un ou plusieurs emplois à temps non complet pour une durée inférieure à 28 heures par semaine avec les agents contractuels.

Le régime de la rémunération des agents contractuels relève pour l'essentiel du décret du 15 février 1988 (3) qui, depuis sa modification en 2015 (4), définit les principaux critères devant être pris en compte par l'autorité territoriale pour déterminer, lors de l'engagement, le montant de la rémunération. Le principe d'une réévaluation périodique de la rémunération est également prévu pour les agents sous contrat à durée indéterminée et, sous certaines conditions, pour ceux recrutés sous contrat à durée déterminée.

Outre ces dispositions législatives et réglementaires, le niveau de la rémunération doit respecter les principes dégagés par la jurisprudence administrative.

Seront présentés les points suivants :

- les principes généraux,
- les éléments constitutifs de la rémunération,
- son niveau,
- son évolution,
- les dispositifs spécifiques.

Les modalités de rémunération des assistants maternels et familiaux qui reposent sur des dispositions spécifiques du code de l'action sociale et des familles ne seront pas abordées.

Les principes généraux

Le recrutement d'un agent contractuel doit être précédé de la création de l'emploi, sauf si celui-ci existe déjà. Par ailleurs, dans tous les cas où le recrutement s'effectue dans un emploi permanent, la vacance de l'emploi doit au préalable être déclarée auprès de l'instance de gestion, sauf s'il vise à assurer le remplacement temporaire d'un fonctionnaire ou d'un autre agent contractuel (5).

La délibération créant l'emploi

En vertu de l'article 34 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, l'organe délibérant de la collectivité ou de l'établissement procède aux créations d'emplois nécessaires au fonctionnement des services. Les créations doivent s'accompagner de l'inscription au chapitre budgétaire correspondant des crédits nécessaires au paiement de la rémunération de l'agent.

Il ressort de la jurisprudence que la création des emplois ne peut résulter d'un état du personnel fixant les effectifs budgétaires en annexe au budget de la collectivité ; ce document ne pouvant tenir lieu de délibération portant création d'emplois (6). Elle ne peut pas davantage être décidée par une délibération qui se borne à récapituler les emplois des agents permanents et à remanier leur nomenclature, ni d'une modification de l'organigramme de la collectivité (7).

En l'absence de délibération préalable créant l'emploi, le recrutement d'un agent contractuel sur cet emploi peut être annulé par le juge de l'excès de pouvoir sur déféré du représentant de l'État, dans le cadre du contrôle de légalité (8) ou à la demande d'un tiers justifiant d'un intérêt suffisant (9).

Le Conseil d'État a établi que les organes délibérants des collectivités territoriales ne peuvent créer des emplois permanents exclusivement réservés à des agents contractuels. En revanche, les délibérations peuvent préciser que ces emplois sont susceptibles d'être occupés par de tels agents et fixer les conditions de leur recrutement (10).

Ce principe est repris par l'article 34 de la loi du 26 janvier 1984 précité selon lequel la délibération doit préciser le grade ou, le cas échéant, les grades correspondant à l'emploi créé. Elle indique, le cas échéant, si l'emploi peut également être pourvu par un agent contractuel sur le fondement de l'article 3-3 et dans ce cas, précise le motif invoqué, la nature des fonctions, les niveaux de recrutement et de rémunération de l'emploi créé.

Sont concernés les emplois permanents occupés de manière permanente par des agents contractuels dans les cas suivants (11) :

- lorsqu'il n'existe pas de cadre d'emplois de fonctionnaires susceptibles d'assurer les fonctions correspondantes,
- dans le cas des emplois du niveau de la catégorie A, lorsque les besoins des services ou la nature des fonctions le justifient et sous réserve qu'aucun fonctionnaire n'ait pu être recruté,

direct » dans certains emplois fonctionnels sans publicité de la création ou de la vacance de l'emploi (Conseil d'État, 30 septembre 2015, req. n° 375730). Se reporter au dossier consacré à « la vacance d'emploi, déclaration et publicité » dans le numéro des IAJ de mai 2018.

(3) 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 contractuels de la fonction publique territoriale.
 (4) Les nouvelles dispositions issues du décret n° 2015-1912 du 29 décembre 2015 ont fait l'objet de dossiers publiés dans les numéros des IAJ de février et mars 2016.
 (5) Par ailleurs, le juge administratif a précisé que les dispositions de l'article 47 de la loi du 26 janvier 1984 autorisent le « recrutement

(6) Cour administrative d'appel de Douai, 3 avril 2002, req. n°98DA02212.
 (7) Cour administrative d'appel de Marseille, 18 mars 2008, req. n° 05MA00753.
 (8) Article L. 2131-6 du CGCT.
 (9) Conseil d'État, 30 octobre 1998, req. n° 149662 ; cour administrative d'appel de Paris, 7 août 2003, req. n° 03PA00229.
 (10) Conseil d'État, 12 juin 1996, req. n° 167514, 167528, 168350 et 168351.
 (11) Se reporter au *Mémo statut* consacré aux cas de recrutement des agents contractuels publié dans le numéro des IAJ de février 2018.

- pour les emplois de secrétaire de mairie des communes de moins de 1 000 habitants et des groupements composés de communes dont la population moyenne est inférieure à ce seuil,
- pour les emplois à temps non complet, dont la quotité de temps de travail n'exécède pas la moitié d'un temps complet, dans les communes de moins de 1 000 habitants et les groupements composés de communes dont la population moyenne est inférieure à ce seuil,
- pour les emplois des communes de moins de 2 000 habitants et des groupements de communes de moins de 10 000 habitants dont la création ou la suppression dépend de la décision d'une autorité qui s'impose à la collectivité ou à l'établissement en matière de création, de changement de périmètre ou de suppression d'un service public.

On signalera que le projet de loi de transformation de la fonction publique prévoit d'élargir ces cas de recrutement.

À l'inverse, dans le cas des recrutements pour répondre à des besoins temporaires (articles 3-1 et 3-2 de la loi), la délibération n'a pas à définir le niveau de rémunération préalablement à la nomination de l'agent. Ce principe vise les situations suivantes :

- le remplacement temporaire d'un fonctionnaire ou d'un autre agent contractuel,
- la vacance d'un emploi dans l'attente du recrutement d'un fonctionnaire.

Conformément à l'article L. 2131-2 du code général des collectivités territoriales (CGCT), pour être exécutoire, la délibération doit faire l'objet d'une publicité, par voie de publication ou d'affichage, et être transmise au représentant de l'État dans le département ou à son délégué dans l'arrondissement. Cette transmission peut s'effectuer par voie électronique, selon des modalités fixées par décret.

Des dispositions similaires, prévues par les articles L. 3131-2, L. 4141-2 et L. 5211-3 du CGCT, sont applicables respectivement aux délibérations prises par les conseils départementaux ou régionaux, et les délibérations des organes délibérants des établissements publics de coopération intercommunale (EPCI).

Le contrat d'engagement

En application de l'article 3 du décret du 15 février 1988, l'engagement de l'agent prend obligatoirement la forme d'un contrat écrit. Entre autres mentions, le contrat doit préciser l'article de la loi du 26 janvier 1984 sur le fondement duquel il est conclu (ainsi que l'alinéa dans le cas des articles 3 et 3-3 de la loi), le poste occupé et la catégorie hiérarchique ainsi que les conditions de rémunération de l'agent.

On rappellera que pour les agents recrutés sur le fondement de l'article 3-3 de la loi, la durée de l'engagement est de trois ans maximum, renouvelable par décision expresse dans la limite d'une durée maximale de six ans. Au terme de cette durée, si l'engagement est reconduit, il est obligatoirement conclu par décision expresse et pour une durée indéterminée.

Après avoir été signé par l'autorité territoriale et l'agent, le contrat est transmis au contrôle de légalité afin d'être exécutoire, sauf dans le cas des recrutements pour faire face à un accroissement temporaire ou saisonnier d'activité (article 3 1^o et 2^o de la loi du 26 janvier 1984). Pour les communes, cette exigence résulte de l'article L. 2131-2 (5^o) du CGCT qui rend obligatoire la transmission au représentant de l'État dans le département du contrat d'engagement.

Conformément aux règles de droit commun, la transmission doit comporter le texte intégral du contrat et être accompagnée des documents annexes nécessaires pour mettre le représentant de l'État à même d'en apprécier la portée et la légalité. À défaut, celui-ci peut demander à l'autorité territoriale, dans le délai du recours contentieux, de compléter sa transmission (12).

Le Conseil d'État a précisé qu'à l'égard des tiers le contrat de recrutement et le bulletin de salaire d'un agent public sont des documents administratifs librement communi-

Le contrat de recrutement est un document communicable.

cables à toute personne qui en fait la demande en application des dispositions de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 (13) sous réserve que soient préalablement occultées toutes les mentions qui porteraient atteinte à la protection de la vie privée ou comporteraient une appréciation ou un jugement sur la valeur de l'intéressé. Lorsque la rémunération figurant dans le contrat résulte de l'application des règles régissant l'emploi concerné, sa communication n'est pas susceptible de révéler une appréciation ou un jugement de valeur sur la personne recrutée. En revanche, lorsqu'elle est arrêtée d'un commun accord entre les parties sans référence à des règles la déterminant, elle révèle nécessairement une appréciation et un jugement de valeur portés sur la personne recrutée. Dans ce cas, la communication du contrat ne peut intervenir qu'après occultation des éléments relatifs à la rémunération (14).

(12) Conseil d'État, 13 janvier 1988, req. n° 68166.

(13) Pour l'essentiel, les dispositions de cette loi sont désormais codifiées au code des relations entre le public et l'administration.

(14) Conseil d'État, 26 mai 2014, req. n° 342339 ; Conseil d'État, 24 avril 2013, req. n° 343024.

De même, lorsque le régime indemnitaire comporte une part modulable en fonction de la manière de servir, et donc une appréciation sur le comportement des agents concernés, les arrêtés individuels ne peuvent être communiqués qu'après occultation de la mention du nom des intéressés et le cas échéant des autres mentions permettant d'identifier la personne concernée (15).

Dans son arrêt de principe du 30 octobre 1998 précédemment mentionné, le Conseil d'État a établi qu'un tiers justifiant d'un intérêt à agir suffisant est recevable à demander l'annulation d'un contrat de recrutement au juge administratif. En l'espèce, il a considéré qu'un conseiller municipal justifiait d'un tel intérêt (16). Dans une autre décision, il a précisé qu'en égard aux intérêts dont ils ont la charge, les membres de l'organe délibérant peuvent invoquer tout moyen à l'appui d'un recours contre de tels contrats, y compris celui tiré de l'illégalité de stipulations relatives au montant de la rémunération (17).

L'agent contractuel lui-même est recevable à agir au contentieux contre le contrat qu'il a signé lorsque les stipulations qu'il prévoit en matière de rémunération sont contraires aux dispositions législatives et réglementaires qui lui seraient applicables. Il peut saisir le juge pour en solliciter le bénéfice (18). On rappellera cependant que dans le cas où le litige porte sur un élément obligatoire de rémunération au sens de l'article 20 (1^{er} alinéa) de la loi du 13 juillet 1983 et que la collectivité ou l'établissement employeur a adhéré à la mission de médiation préalable obligatoire auprès du centre gestion, l'agent doit préalablement saisir le médiateur dans le délai du recours contentieux (19).

Par ailleurs, le juge considère que la clause fixant la rémunération de l'agent n'est pas divisible du contrat de recrutement. Par voie de conséquence, le recours demandant l'annulation de cette seule clause est irrecevable (20).

La composition de la rémunération

Le cadre juridique

L'article 136 de la loi du 26 janvier 1984 rend applicable aux agents contractuels de la fonction publique territoriale les dispositions de l'article 20 (1^{er} et 2^e alinéa) de la loi du 13 juillet 1983. Par l'effet de ce renvoi, les agents contractuels ont ainsi droit, après service fait, aux mêmes éléments de rémunération que les fonctionnaires : le

traitement indiciaire, l'indemnité de résidence, le supplément familial de traitement ainsi que les indemnités instituées par un texte législatif ou réglementaire. S'y ajoutent les prestations familiales obligatoires.

Par voie de conséquence, la rémunération des agents contractuels est obligatoirement fixée par référence à un indice, sans que pour autant les intéressés soient classés dans une grille indiciaire puisqu'ils ne sont pas fonctionnaires et ne relèvent donc pas des cadres d'emplois. L'autorité territoriale pourra fixer le traitement de l'agent en prenant comme référence la grille indiciaire du cadre d'emplois auquel correspondent les fonctions exercées, puis procéder

La rémunération est obligatoirement fixée par référence à un indice.

à des ajustements compte tenu du profil individuel du candidat.

Le juge administratif a confirmé que ces dispositions sont d'ordre public.

Dans un arrêt du 30 mars 2016, le Conseil d'État a ainsi jugé que la rémunération d'un agent contractuel occupant un emploi permanent fixée sur la base d'un taux horaire appliqué au nombre d'heures de travail effectuées, sans se référer à un indice et excluant le versement de tout complément de rémunération, était contraire aux dispositions combinées de l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984 et de l'article 20 (1^{er} et 2^e alinéas) de la loi du 13 juillet 1983 (21).

Dans les conclusions prononcées sous cet arrêt, le rapporteur public a notamment exposé que la notion de traitement au sens de l'article 20 de la loi du 13 juillet 1983, auquel renvoie l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984, doit être interprétée au regard des dispositions de l'article 2 du décret n° 85-1148 du 24 octobre 1985. Il en a déduit que lorsque les textes imposent une rémunération sous la forme de traitement, ce terme « doit être synonyme de "traitement indiciaire" : il suppose de définir la partie principale de la rémunération par référence à un indice » (22).

Seules peuvent être rémunérées selon un taux horaire les personnes ayant la qualité de vacataire, c'est-à-dire les agents engagés pour une tâche précise, ponctuelle et limitée à l'exécution d'actes déterminés.

Il est intéressant de noter que ce principe d'une référence indiciaire n'a pas d'équivalent pour les agents contractuels

(15) Conseil d'État, 10 mars 2010, requête n° 303814.

(16) Conseil d'État, 30 octobre 1998, req. n° 149662 précité

(17) Conseil d'État, 2 février 2015, req. n° 373520.

(18) Conseil d'État, 30 mars 2016, req. n° 380616. Cette décision a été commentée dans le numéro des *IAJ* d'août 2016.

(19) Se reporter à l'article relatif à l'expérimentation de la médiation préalable obligatoire publié dans le numéro des *IAJ* de mars 2018.

(20) Conseil d'État, 11 mars 1998, req. n° 107404.

(21) Conseil d'État, 30 mars 2016, req. n° 380616 précité. Cet arrêt a été commenté dans le numéro de juillet 2016 des *IAJ*.

(22) Conclusions de M. Jean Lessi, disponibles sur le site internet du Conseil d'État.

de l'État car les dispositions qui leur sont applicables ne comportent aucun mécanisme de renvoi à l'article 20 de la loi du 13 juillet 1983. C'est pourquoi le Conseil d'État a jugé que l'administration pouvait légalement calculer la rémunération de ses agents contractuels, même employés dans des conditions correspondant à un emploi permanent, sur la base d'un taux de vacation horaire (23).

Une circulaire du 20 octobre 2016 (24) relative au dispositif applicable aux agents contractuels de l'État préconise, lorsque la rémunération est définie par référence à un indice, de distinguer la part indiciaire et la part accessoire.

Conseil d'État, 30 mars 2016, req. n° 380616

(Extrait)

« Considérant qu'en application des dispositions combinées de l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984 et de l'article 20 de la loi du 13 juillet 1983, les agents non titulaires des collectivités territoriales occupant un emploi permanent ont droit à un traitement fixé en fonction de cet emploi, à une indemnité de résidence, le cas échéant au supplément familial de traitement ainsi qu'aux indemnités instituées par un texte législatif ou réglementaire ; que les stipulations du contrat de M^{me} A. qui, selon les énonciations de l'arrêt non arguées de dénaturation, fixaient sa rémunération sur la base d'un taux horaire appliqué au nombre d'heures de travail effectuées et excluaient le versement de tout complément de rémunération, méconnaissaient ces dispositions ; que ce motif, qui répond à un moyen soulevé devant les juges du fond et dont l'examen n'implique l'appréciation d'aucune circonstance de fait, doit être substitué aux motifs retenus par l'arrêt attaqué, dont il justifie le dispositif ; que, par suite, les moyens soulevés par la commune à l'encontre de cet arrêt, en tant qu'il déduit de la nature de l'emploi occupé par M^{me} A. l'illégalité de son contrat, ne peuvent qu'être écartés ».

(23) Conseil d'État, 16 mars 2011, req. n° 322206

(24) Circulaire du 20 octobre 2016 relative à la réforme du décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'État.

(25) Décret n° 85-1148 du 24 octobre 1985 modifié relatif à la rémunération des personnels civils et militaires de l'État, des personnels des collectivités territoriales et des personnels des établissements publics d'hospitalisation.

(26) Un dossier a été consacré à l'indemnité de résidence dans le numéro des IAJ d'août 2015.

(27) Circulaire interministérielle FP/7 n° 2000-budget 2B n° 01-350 du 14 mai 2001 du ministère de la fonction publique et de la réforme de l'État et du ministère de l'économie et des finances relative à la modification des zones d'indemnité de résidence.

Le traitement indiciaire

Selon les dispositions combinées des articles 2 et 3 du décret n° 85-1148 du 24 octobre 1985 (25), le traitement indiciaire brut annuel est calculé en multipliant la valeur afférent à l'indice 100 majoré par l'indice majoré du grade ou de l'emploi et échelon, et en divisant le résultat par 100.

Depuis le 1^{er} février 2017, la valeur de l'indice 100 reste fixée à 5 623,23 euros.

EXEMPLE

Soit un agent contractuel dont le contrat prévoit une rémunération calculée sur la base du 3^e échelon du grade de rédacteur (IM 355).

Son traitement mensuel est calculé comme suit :

$$\frac{(5\,623,23 \text{ euros} \times 355)}{100} \div 12 = 1\,663,54 \text{ €}$$

Les éléments accessoires obligatoires du traitement

● L'indemnité de résidence

En vertu de l'article 9 du décret du 24 octobre 1985, les agents occupant un emploi auquel est directement attaché un indice de la fonction publique sont éligibles à l'indemnité de résidence dans les conditions de droit commun (26).

On rappellera que cette indemnité, qui vise à compenser les différences de coût de la vie entre les zones géographiques d'affectation des fonctionnaires, est égale à un pourcentage du traitement indiciaire brut soumis aux retenues pour pension. Le taux de l'indemnité varie de 0 % à 3 % en fonction de la zone d'abattement de salaires pour le versement du SMIC dans laquelle est classée la résidence administrative.

La liste des communes classées dans les zones d'abattement figure en annexe de la circulaire interministérielle du 14 mai 2001 (27).

Des taux dérogatoires, prévus par les articles 9 et 9 bis du décret du 24 octobre 1985, sont applicables pour :

- les agents qui exercent leurs fonctions dans les départements de la Corse du Sud et de la Haute-Corse,
- les agents affectés dans une commune faisant partie d'une même agglomération urbaine multicommunale délimitée lors du dernier recensement de population,
- les agents exerçant leurs fonctions dans le périmètre d'une agglomération nouvelle définie par décret institutif pris en application de la loi n° 70-610 du 10 juillet 1970 tendant à faciliter la création d'agglomération nouvelle.

● Le supplément familial de traitement (SFT)

L'article 10 du décret du 24 octobre 1985 ouvre aux agents contractuels rémunérés par référence aux traitements indiciaires le bénéfice du supplément familial de traitement (SFT) pour chaque enfant dont ils assurent la charge effective et permanente à raison d'un seul droit par enfant. En revanche, les agents rétribués sur un taux horaire ou à la vacation ne sont pas éligibles au SFT.

Conformément au droit commun, le supplément familial de traitement est composé d'un élément fixe, variable en fonction du nombre d'enfants à charge, et d'un élément proportionnel, à partir du deuxième enfant, calculé en pourcentage du traitement indiciaire.

Des dispositions particulières, précisées par l'article 11 du décret, règlent l'attribution du SFT en cas de divorce, de séparation de droit ou de fait des époux, ou de cessation de vie commune des concubins (28).

● La nouvelle bonification indiciaire (NBI)

Instaurée par l'article 27 de la loi n° 91-73 du 18 janvier 1991, la nouvelle bonification indiciaire (NBI) est obligatoirement versée aux fonctionnaires titulaires ou stagiaires, dès lors qu'ils exercent les fonctions y ouvrant droit. Les agents contractuels n'entrent pas dans le champ des bénéficiaires prévu par la loi (29).

Une réponse ministérielle à la question d'un parlementaire a par ailleurs précisé que dans le cas où la collectivité souhaite attribuer à un agent contractuel occupant un emploi éligible à la NBI les mêmes avantages que ceux dont bénéficierait un fonctionnaire affecté sur cet emploi, il est possible de fixer la rémunération de l'agent en prenant en compte, dans les stipulations de son contrat, la responsabilité ou la technicité particulière de cet emploi. Cette disposition peut être prévue dans le contrat dès l'origine si l'emploi est occupé à compter du recrutement, ou faire l'objet d'un avenant s'il est occupé ultérieurement (30).

Le juge administratif a toutefois établi que les personnes reconnues travailleur handicapé au sens du code du travail recrutées en qualité d'agent contractuel sur le fondement de l'article 38 de la loi du 26 janvier 1984 peuvent prétendre à la NBI dans la mesure où elles ont vocation à être titularisées dans les mêmes conditions de procédure et de délai que les stagiaires (31).

(28) Un dossier a été consacré au supplément familial de traitement en cas de séparation des parents dans l'IAJ de novembre 2012.

(29) Lettre-circulaire du 15 mars 1993 relative à la nouvelle bonification indiciaire.

(30) Question écrite (A.N.) n° 76928 du 20 avril 2010.

(31) Cour administrative d'appel de Nancy, 17 novembre 2005, req. n° 00NC00952 et 01NC01299.

● La garantie individuelle du pouvoir d'achat (GIPA)

À l'instar des fonctionnaires, les agents contractuels peuvent prétendre, sous certaines conditions, à la garantie individuelle du pouvoir d'achat (GIPA), instaurée par le décret n° 2008-539 du 6 juin 2008 (32) dans le but de compenser la perte de pouvoir d'achat subie par l'agent lorsque son traitement brut indiciaire évolue moins rapidement que l'inflation sur une période de référence.

Elle peut être versée aux agents contractuels rémunérés par référence expresse à un indice et recrutés :

- sous contrat à durée indéterminée,
- ou sous contrat à durée déterminée s'ils ont été employés de manière continue sur la période de référence par le même employeur public.

L'indemnité est établie sur la base d'une comparaison entre l'évolution du traitement indiciaire brut (TIB) détenu par l'agent sur une période de quatre ans et l'évolution de l'indice des prix à la consommation (IPC hors tabac en moyenne annuelle) sur la même période. Elle est versée si le TIB perçu par l'agent sur la période a évolué moins vite que l'inflation.

Les valeurs de base pour la mise en œuvre du dispositif sont réévaluées chaque année par arrêté ministériel.

Les éléments accessoires facultatifs du traitement

● Le régime indemnitaire

Pour rappel, en vertu du principe de libre administration posé par l'article 72 de la Constitution du 4 octobre 1958, les collectivités territoriales ont toute latitude pour décider d'instaurer un régime indemnitaire au profit de leurs agents, dans les conditions fixées par délibération de leur organe délibérant, sous réserve de respecter le principe de parité posé par l'article 88 de la loi du 26 janvier 1984. Les primes et indemnités attribuées doivent être prévues par un texte législatif ou réglementaire.

Le juge administratif admet que la délibération réserve l'attribution de certains éléments du régime indemnitaire aux fonctionnaires de la collectivité (33), ou à l'inverse qu'elle exclut ces derniers de la liste des bénéficiaires pour les destiner uniquement aux agents contractuels (34).

(32) Le décret n° 2008-539 du 6 juin 2008 relatif à l'instauration d'une indemnité dite de garantie individuelle du pouvoir d'achat a été présenté dans le numéro des IAJ de juin 2008.

(33) Cour administrative d'appel de Bordeaux, 30 décembre 2003, req. n° 99BX02175.

(34) Cour administrative d'appel de Paris, 22 février 2000, req. n° 98PA01459.

La délibération peut aussi prévoir de verser aux agents contractuels les mêmes avantages indemnitaires que ceux accordés aux fonctionnaires. Le juge administratif a précisé que le régime indemnitaire peut être accordé aux agents contractuels par une délibération de portée générale sous réserve que celle-ci prévoise, soit la liste, soit les caractéristiques des fonctions donnant droit à chaque indemnité (35).

À propos du régime indemnitaire tenant compte des fonctions, sujétions, expertise et engagement professionnel (RIFSEEP) instauré par le décret n° 2014-513 du 20 mai 2014, une réponse de la Direction générale des collectivités locales (DGCL) du 13 août 2018 (36) a précisé que les agents contractuels recrutés sur le fondement des articles 3, 3-1, 3-2 et 3-3 de la loi du 26 janvier 1984 peuvent bénéficier du RIFSEEP dès lors qu'une délibération de l'organe délibérant le prévoit expressément et que les agents concernés exercent des tâches ou missions comparables à des fonctionnaires de l'État ou territoriaux à qualification et expérience professionnelle équivalentes ou, à défaut, compte tenu des fonctions occupées et de la qualification de l'agent. La mise en œuvre du RIFSEEP implique la fixation des deux parts (CIA et IFSE). Il appartient à l'autorité territoriale d'apprécier, pour l'attribution ou non d'une part CIA, l'engagement professionnel de l'agent et sa manière de servir, le cas échéant, en dehors du cadre d'un entretien professionnel.

● Les compléments de rémunération collectivement acquis

Les agents contractuels peuvent aussi se voir octroyer les « *compléments de rémunération* » collectivement acquis c'est-à-dire les primes et indemnités dont bénéficiaient les fonctionnaires avant la loi du 26 janvier 1984. Par exception au principe de parité, l'article 111 de cette même loi permet en effet à l'assemblée délibérante de maintenir ces compléments, sous réserve qu'ils aient été mis en place avant son entrée en vigueur et qu'ils soient pris en compte dans le budget de la collectivité ou de l'établissement, au profit de l'ensemble des agents de la collectivité ou de l'établissement, qu'ils soient fonctionnaires ou agents contractuels, quelle que soit la date de leur recrutement.

La délibération ne doit toutefois pas exclure les agents contractuels du champ des bénéficiaires.

Le niveau de la rémunération

L'article 20 de la loi du 13 juillet 1983 pose le principe selon lequel le montant du traitement est fixé en fonction de l'emploi auquel l'agent a été nommé. Cet élément est repris par l'article 1-2 du décret du 15 février 1988 qui définit les principaux critères devant être utilisés pour déterminer le niveau de rémunération d'un agent contractuel.

Ces critères ont été introduits dans le décret du 15 février 1988 par le décret n° 2015-1912 du 29 décembre 2015. On signalera que le projet de loi de transformation de la fonction publique prévoit d'inscrire des critères similaires à l'article 20 de la loi du 13 juillet 1983.

Selon cet article, la rémunération est fixée par l'autorité territoriale en prenant notamment en considération :

- les fonctions occupées,
- la qualification requise pour leur exercice,
- la qualification détenue par l'agent,
- ainsi que son expérience.

Ces critères, qui correspondent à ceux qui ont été progressivement admis par la jurisprudence, ne sont pas énoncés de manière limitative. L'autorité territoriale peut également prendre en compte l'intérêt du service ou encore les sujétions liées à l'exercice des fonctions.

Le montant de la rémunération est ainsi déterminé, au cas par cas, sur la base de critères objectifs liés notamment à la nature du poste à pourvoir, à l'expérience professionnelle du candidat, et le cas échéant aux caractéristiques des fonctions.

La circulaire du 20 octobre 2016 évoquée plus haut a précisé que la notion de qualification permet de moduler la rémunération au vu du niveau des qualifications requises pour l'exercice des fonctions, de celles dont justifie l'agent mais également des difficultés éventuellement rencontrées pour recruter sur des qualifications ou spécialités rares ou très recherchées.

L'autorité administrative peut prendre comme référence la grille indiciaire du cadre d'emplois auquel correspondent les fonctions exercées, puis opérer des ajustements individuels en fonction du profil des agents, en tenant compte notamment des critères tels que le diplôme et l'expérience professionnelle.

Au regard de ces éléments, si l'autorité territoriale dispose d'une marge d'appréciation relativement large pour déterminer le niveau de rémunération des agents contractuels, elle doit prendre en considération les principes dégagés à cet égard par le juge administratif. On précisera que de manière générale, le juge exerce un contrôle restreint, limité à l'erreur manifeste d'appréciation, sur le montant de la rémunération.

(35) Conseil d'État, 29 décembre 2000, req. n° 171377.

(36) Se reporter au site internet www.collectivites-locales.gouv.fr

D'une part, le Conseil d'État a établi qu'en vertu d'un principe général du droit dont s'inspire le code du travail, la rémunération des agents contractuels, comme celle d'ailleurs des fonctionnaires, ne peut en aucun cas être inférieure au SMIC (37). En cas de décalage entre l'évolution indiciaire et l'augmentation du SMIC, une indemnité différentielle est versée à l'agent en application du décret du 2 août 1991 (38) afin d'assurer le respect de ce principe.

La rémunération ne peut être inférieure au SMIC.

Au demeurant, au 1^{er} janvier 2019, aucun échelon des grilles indiciaires des cadres d'emplois de la fonction publique territoriale ne correspond à une rémunération inférieure à la valeur du SMIC (1 521,22 euros brut mensuel).

En revanche, le montant de la rémunération doit prendre en compte les avantages en nature dont l'agent peut, le cas échéant, bénéficier. Ainsi, dans une espèce relative à un agent contractuel disposant de la mise à disposition gratuite d'un logement et de la prise en charge du gaz et de l'électricité, pour un montant évalué à 10 000 euros, en contrepartie d'un service de gardiennage estimé à sept heures par semaine, le juge a considéré que le montant des avantages en nature accordés à l'intéressé excédait celui de la rémunération pécuniaire à laquelle il aurait eu droit. Sa collectivité n'avait donc pas commis de faute en cessant de le rémunérer lorsqu'il a été affecté sur une activité de gardiennage (39).

D'autre part, le Conseil d'État considère que les agents contractuels et les fonctionnaires ne se trouvant pas dans une même situation juridique au regard du service public, l'administration n'est pas tenue de soumettre les uns et les autres à la même réglementation. Sur le fondement de cette considération, il a ainsi jugé que le refus de faire bénéficier les agents contractuels admis à l'École nationale d'administration (ENA) d'un régime de rémunération identique à celui applicable aux fonctionnaires titulaires admis dans le même établissement n'est pas contraire au principe d'égalité (40).

Partant de ce principe, la cour administrative d'appel de Lyon a estimé, dans le cas d'un agent contractuel recruté en qualité de professeur par un établissement régional d'enseignement, que l'autorité administrative pouvait, sans porter atteinte au principe d'égalité de traitement, refuser à l'intéressé de lui appliquer la grille indiciaire applicable aux agents titulaires exerçant les mêmes fonctions d'enseignement (41).

En dernier lieu, conformément au principe de parité entre les fonctions publiques, les agents contractuels territoriaux ne peuvent se voir attribuer une rémunération qui excéderait celle des agents de la fonction publique d'État exerçant des fonctions analogues. Pour le Conseil d'État, lorsqu'une correspondance étroite entre les fonctions ne peut être trouvée, l'autorité territoriale peut établir la rémunération en prenant en compte, notamment, les fonctions occupées et la qualification de l'agent (42).

ILLUSTRATIONS JURISPRUDENTIELLES

Au fil de sa jurisprudence, le juge administratif a précisé les éléments permettant de déterminer, au cas par cas, le niveau de rémunération des agents contractuels

→ Le remplacement d'un fonctionnaire ou d'un agent contractuel temporairement absent et la vacance temporaire d'un emploi (art. 3-1 et 3-2, loi du 26 janvier 1984)

La loi statutaire autorise les collectivités et établissements à recruter des agents contractuels sur des emplois permanents à titre temporaire. Ils peuvent être recrutés pour assurer le remplacement de fonctionnaires ou d'agents contractuels autorisés à exercer leurs fonctions à temps partiel ou indisponibles en raison d'un congé. Des emplois permanents peuvent aussi être occupés par des agents contractuels pour faire face à une vacance temporaire d'emploi dans l'attente du recrutement d'un fonctionnaire, pour les

besoins de la continuité du service. Dans ce dernier cas, le contrat est conclu pour une durée déterminée qui ne peut excéder un an, renouvelable dans la limite d'une durée totale de deux ans.

Dans un avis du 28 juillet 1995, le Conseil d'État avait indiqué que l'autorité territoriale peut fixer la rémunération des agents contractuels recrutés pour assurer un remplacement temporaire en prenant en compte principalement

(37) Conseil d'État, 23 avril 1982, req. n° 36851.

(38) Décret n° 91-769 du 2 août 1991 instituant une indemnité différentielle en faveur de certains personnels civils et militaires de l'État, des personnels des collectivités territoriales et des établissements publics d'hospitalisation.

(39) Cour administrative d'appel de Versailles, 30 juin 2016, req. n° 14VE02234.

(40) Conseil d'État, 11 janvier 1980, req. n° 11112.

(41) Cour administrative d'appel de Lyon, 7 février 2012, req. n° 11LY01252.

(42) Conseil d'État, 29 décembre 2000, req. n° 171377 précité.

la rémunération accordée aux titulaires qu'ils remplacent et, à titre accessoire, d'autres éléments tels que le niveau de diplôme et l'expérience professionnelle du candidat. Aucune disposition législative ou réglementaire ne lui impose de limiter la rémunération à l'indice du premier échelon du grade concerné.

Par exemple, le juge administratif a estimé qu'un agent contractuel recruté en qualité d'éducateur des activités physiques et sportives pouvait être rémunéré à un niveau très significativement inférieur à l'agent qu'il remplaçait, lequel était titulaire du brevet de maître nageur sauveteur et disposait d'une expérience professionnelle de plus de quinze ans (1).

De même, eu égard au fait que les agents contractuels ne peuvent prétendre à une évolution indiciaire comparable à celle des fonctionnaires, il a été jugé que l'autorité territoriale avait pu, sans erreur manifeste d'appréciation, fixer la rémunération d'un agent contractuel bénéficiant d'un nouveau contrat à un niveau identique à celui qui lui avait été attribué à l'occasion d'un précédent engagement, quand bien même un fonctionnaire « *se serait vu allouer à travail*

identique et ancienneté égale une rémunération supérieure de près de 20 % » (2).

En revanche, dans une autre espèce, le juge a considéré qu'un agent contractuel recruté pour exercer les fonctions de professeur de musique chargé du cours de percussion ne pouvait légalement être rémunéré à un niveau largement inférieur à la rémunération versée aux assistants territoriaux d'enseignement artistique, dès lors que ses fonctions étaient équivalentes à celles d'un fonctionnaire relevant de ce cadre d'emplois et qu'il n'était pas allégué que sa qualification professionnelle aurait été moindre que celle d'un assistant titulaire (3).

S'agissant des agents recrutés pour faire face à la vacance temporaire d'un emploi, la rémunération est déterminée selon des critères similaires. La circulaire du 20 octobre 2016 précédemment citée indique qu'ils peuvent être rémunérés sur la base d'un indice supérieur au 1^{er} échelon du grade concerné. L'autorité administrative peut fixer le niveau de rémunération en fonction de l'emploi occupé, mais également au regard des diplômes, de l'expérience professionnelle de la personne.

➔ L'accroissement temporaire ou saisonnier d'activité (art. 3, loi du 26 janvier 1984)

Le recrutement d'agents contractuels sur des emplois non permanents est possible pour faire face à un besoin lié à un accroissement temporaire d'activité (durée maximale de douze mois pendant une même période de dix-huit mois consécutifs) ou à un accroissement saisonnier d'activité (durée maximale de six mois pendant une même période de douze mois consécutifs).

À défaut de précisions réglementaires ou jurisprudentielles, la rémunération des agents recrutés dans ces hypothèses peut être déterminée sur la base des critères indiqués précédemment. L'autorité territoriale pourra ainsi se fonder sur l'échelle indiciaire des grades donnant vocation à occuper ces emplois, la nature des fonctions ainsi que sur le profil et l'expérience professionnelle des candidats retenus.

À titre indicatif, un rapport d'étude du Centre national de la fonction publique territoriale (CNFPT) sur les emplois saisonniers et occasionnels (4) établi à partir d'un échantillon de collectivités territoriales (communes, conseils départementaux...) et d'établissements publics rencontrés entre mai et juillet 2011 a indiqué que l'ensemble des agents saisonniers sont rémunérés à l'indice minimum, 1^{er} échelon, du grade d'adjoint administratif, technique, du patrimoine ou d'animation suivant le poste occupé. Dans certains cas, ils peuvent être rémunérés à un échelon supérieur lorsqu'ils sont chargés d'une régie, maîtrisent une langue étrangère, ou encore lorsqu'il s'agit de récompenser une ancienneté sur des emplois saisonniers. Des agents occupant des postes de maîtres-nageurs sauveteurs ont bénéficié d'une rémunération plus attractive sur le grade d'opérateur ou d'éducateur des activités physiques et sportives en raison de la forte concurrence du secteur privé.

(1) Cour administrative d'appel de Paris, 3 juin 1997, req. n°96PA01655.

(2) Cour administrative d'appel de Paris, 26 juin 2007, req. n°05PA00470.

(3) Cour administrative d'appel de Douai, 14 mars 2006, req. n°04DA00A.

(4) Les emplois saisonniers et occasionnels dans la fonction publique territoriale - CNFPT - mars 2012.