

Agents non titulaires

La requalification des contrats des vacataires

Le recrutement de vacataires est fréquent au sein des collectivités locales. Pourtant le recours à ce type d'engagement doit être exceptionnel et les collectivités qui recrutent de « faux vacataires » s'exposent à un risque financier non négligeable.

L'AUTEURE



MARJORIE
ABBAL,

avocate à la cour,
SCP Seban et associés

Les collectivités locales peuvent, sans publication d'avis de vacance de poste, bénéficier d'un personnel pour la plupart payé à l'heure et qui ne bénéficie pas des garanties instaurées par le décret du 15 février 1988 (1) (préavis, indemnité de licenciement etc.), qu'il s'agisse par exemple, d'animateurs, de médecins ou bien encore de professeurs de musique.

1. Critères d'identification des « faux vacataires »

La distinction entre vacataires et agents non-titulaires est particulièrement importante en tant que les vacataires ne peuvent bénéficier des garanties posées par le décret du 15 février 1988 et ceci dès lors que son article 1^{er} indique qu'il ne s'applique pas « aux agents engagés pour un acte déterminé ». Les vacataires sont donc une catégorie de personnel dont l'engagement n'est régi par aucun texte.

Afin de distinguer précisément entre le personnel en droit de se prévaloir des garanties posées par le décret précité, et, d'autre part, le personnel qui ne saurait faire valoir de droits particuliers en se fondant sur ce texte, on observera, en premier lieu, que le terme de personnel vacataire ne saurait être regardé comme parfaitement adéquat. En effet, les vacataires doivent, en principe, être recrutés pour l'accomplissement d'une tâche ponctuelle qui permet de les définir comme des collaborateurs occasionnels de l'administration ne disposant pas, de ce fait, de droits particuliers dans leurs relations avec celle-ci.

Compte tenu de l'absence de définition textuelle des vacataires, il convient, pour établir les critères d'identification et anticiper les risques liés à une erreur de qualification, de se référer à une réponse ministérielle (2) selon laquelle l'exécution d'un acte déterminé, l'absence de continuité dans le temps, les modalités de rémunération et l'absence de subordination directe à l'autorité administrative sont autant d'indices qui, lorsqu'ils font défaut, permettent de qualifier les agents de non-titulaires et, de ce fait, de les faire bénéficier du statut posé par le décret du 15 février 1988. C'est au regard de ces critères que le Conseil d'Etat (3) a d'ailleurs

récemment rappelé, pour déterminer si un agent, considéré par son employeur comme un « vacataire », n'aurait pas, en réalité, la qualité d'agent non-titulaire occupant un emploi permanent, qu'il convient d'apprécier :

- si les fonctions occupées répondent à un besoin permanent de l'administration;
- si la collectivité, en faisant appel de manière constante au même agent, n'a pas instauré avec lui un lien contractuel présentant les caractéristiques d'un recrutement dans un emploi permanent tel qu'il est prévu par l'article 3 de la loi du 26 janvier 1984.

Ainsi, il a été jugé que doit être regardé comme un agent non-titulaire et non comme un vacataire :

- le médecin qui a prêté son concours de manière continue à un dispensaire municipal pendant une durée de 13 ans et 5 mois à raison de 3 demi-journées par semaine en moyenne, même si l'acte d'engagement mentionnait un recrutement en qualité de vacataire et qu'il était rémunéré à la vacation sur la base d'un taux horaire (4);
- l'agent qui a dispensé pendant 8 ans des enseignements de piano pendant la période des vacances scolaires (5);
- l'agent exerçant depuis 20 ans des fonctions de professeur de chant à raison de 20 heures hebdomadaires, même s'il était tenu de signer des feuilles de présence et s'il était rémunéré sur la base de vacations mensuelles multipliées par un taux horaire (6).

Pour qu'un agent puisse être regardé comme un vacataire, on relèvera par ailleurs que le juge s'attache à déterminer la fréquence de réalisation des prestations. C'est dans ce cadre que la cour administrative d'appel de Douai a, par exemple,

À NOTER

 Pour qu'un agent puisse être regardé comme un vacataire, le juge s'attache à déterminer la fréquence de réalisation des prestations.

écarté la demande d'un agent visant à faire reconnaître qu'il aurait fait l'objet d'un licenciement illégal, en relevant le caractère occasionnel de ses interventions (7). Si une irrégularité dans la fréquence de l'emploi d'un vacataire peut donc permettre de justifier de la qualité de vacataire, le fait que l'importance des vacations vienne à varier d'un mois sur l'autre n'entraîne pas une telle solution. C'est ainsi que, dans l'arrêt du 4 mai 2011 précité, le Conseil d'Etat a jugé que la cour administrative d'appel

– en retenant, pour écarter la demande de requalification portée à sa connaissance, que le nombre de «vacations» effectuées variait d'un mois sur l'autre – avait entaché sa décision d'une erreur de droit. Compte tenu de ce que le recours à de «faux vacataires» est donc, dans les faits, relativement fréquent, il convient d'examiner les risques attachés à une confusion entre les deux notions.

2. Les risques d'une confusion entre vacataires et non-titulaires

Les conséquences attachées à la requalification d'un engagement en qualité de vacataire en contrat conclu pour pourvoir à un besoin permanent et ainsi soumis au décret du 15 février 1988 sont nombreuses.

En premier lieu, il a été jugé à plusieurs reprises que les agents considérés, à tort, comme des vacataires étaient en droit de percevoir l'indemnité de licenciement prévue aux articles 43 et suivants du décret du 15 février 1988. Notamment, dans un arrêt du 5 février 2004 (8), la cour administrative d'appel de Bordeaux devait relever que le «vacataire» dont l'engagement avait été rompu aurait dû – s'agissant en fait d'un agent non-titulaire en tant qu'il occupait un emploi permanent – être licencié et, dans ce cadre, bénéficier des dispositions précitées.

En outre, compte tenu de ce que les modalités de rémunération des vacataires et des agents non-titulaires diffèrent sensiblement, il peut, à l'occasion d'un contentieux visant à la requalification de l'engagement d'un «faux vacataire», être demandé à ce que la collectivité soit condamnée à réparer

le préjudice financier imputable à cette différence de rémunération. Notamment, les agents qualifiés de vacataires ne bénéficient ni du supplément familial de traitement (SFT) ni de l'indemnité de résidence (IR), et ceci dès lors que le bénéfice de ces éléments de rémunération est exclusive-

À NOTER

Il peut être procédé à un règlement des litiges par la voie transactionnelle afin d'indemniser les préjudices nés antérieurement à la régularisation.

ment offert aux agents dont la rémunération est calculée sur la base d'un indice. Il peut être soutenu dans le cadre d'un recours que l'administration, qui aurait dû rémunérer son agent comme un non-titulaire et non comme un vacataire puisqu'il occupait en fait un emploi permanent, doit réparer le préjudice financier né de l'absence de versement du SFT et de l'IR imputable à l'employeur voire, aussi, de primes annuelles qui existent dans la collectivité et bénéficient tant aux fonctionnaires qu'aux agents non-titulaires. Dès lors, il sera relevé que les préjudices susceptibles d'être regardés comme imputables aux administrations sont, du

seul point de vue du versement des primes et indemnités, particulièrement nombreux, bien que soumis à prescription quadriennale (9).

Enfin, parce que le taux de cotisation retraite varie selon que l'agent est, ou non, employé en qualité de non-titulaire. Il peut résulter de cette situation un préjudice financier que les collectivités, dans le cadre de requalifications d'engagements, peuvent être condamnées à supporter.

C'est dans ces conditions que le tribunal administratif d'Amiens, dans un jugement du 30 décembre 2003, a condamné un département à verser à un dentiste scolaire une somme de 23000 euros sur ce fondement mais, également, une somme de 20000 euros au titre de l'absence de droits à congés constatée (10).

3. Les modalités de régularisation

Les risques liés à une erreur de qualification de l'engagement d'un agent étant importants, il convient d'envisager comment procéder à une régularisation des situations à risque pour l'avenir. Ainsi, les collectivités peuvent, pour l'avenir, proposer la signature de contrats de recrutement selon les conditions de l'article 3 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 (11) voire, lorsque les agents concernés peuvent être recrutés en qualité de fonctionnaire stagiaire, leur proposer un tel recrutement.

En outre, s'agissant de la réparation des préjudices nés antérieurement à la régularisation, il peut être envisagé de procéder à un règlement des litiges par la voie transactionnelle. Enfin, parce que les conséquences financières de la requalification d'un contrat de vacataire en contrat de non-titulaire peuvent être lourdes pour les collectivités, il convient d'être particulièrement vigilant lorsque le recours à un vacataire est envisagé.

À RETENIR

> Requalification. Le risque principal attaché au recrutement d'un «faux vacataire» est qu'il saisisse le juge administratif pour solliciter la requalification de son contrat en celui d'agent non-titulaire et, dans ce cadre, demande la régularisation de sa situation, cette dernière pouvant avoir des conséquences financières sérieuses.

RÉFÉRENCE

Décret n° 88-145 du 15 février 1988 pris pour l'application de l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984.

(1) Décret n°88-145 du 15 février 1988 pris pour l'application de l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984.

(2) Rép. min. n°37040, JOAN du 27 décembre 1999.

(3) CE req. n°318644, 4 mai 2011.

(4) CAA Paris 5 déc. 1989, req. n° 89PA00948.

(5) CE 15 janv. 1997, req. n°141737.

(6) CE 23 nov. 1988, req. n°59236.

(7) CAA Douai, req. n°00DA00824, 2 déc. 2003.

(8) CAA Bordeaux, req. n°00BX00213.

(9) Loi n°68-1250 du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'Etat, les départements, les communes et les établissements publics.

(10) TA Amiens, n°00439, AJFP 2004, p.222.

(11) Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.