

Les vacataires dans la fonction publique territoriale

Les employeurs territoriaux peuvent recruter des agents vacataires pour exécuter un acte déterminé ne justifiant pas la création d'un emploi. Le recours à ce type de recrutement doit cependant rester limité aux situations le justifiant réellement car les agents concernés, ne bénéficiant pas des mêmes garanties que les agents non titulaires, se trouvent dans une situation encore plus précaire. Le juge administratif exerce donc un contrôle approfondi des situations qu'il est amené à connaître et il lui arrive fréquemment de requalifier en agent non titulaire une personne qualifiée à tort de vacataire.

En application de l'article 3 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, les emplois permanents des collectivités territoriales et de leurs établissements publics sont, en principe, pourvus par des fonctionnaires.

La loi du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale autorise le recrutement d'agents non titulaires sur ce type d'emplois dans certains cas limitativement énumérés. Des agents non titulaires peuvent aussi être recrutés pour faire face à un besoin occasionnel ou saisonnier.

Le décret n°88-145 du 15 février 1988 prévoit un ensemble de dispositions applicables à ces agents non titulaires, en précisant dans son article 1^{er} que ces dispositions ne s'appliquent pas « *aux agents engagés pour un acte déterminé* ».

Un troisième type de recrutement est donc reconnu par les textes : celui d'agents engagés non pas pour pourvoir un emploi de la collectivité, mais pour exécuter un acte déterminé.

Aucune disposition législative ni réglementaire ne donne de définition plus précise de la qualité de vacataire. C'est donc la jurisprudence qui a dégagé des critères permettant de distinguer les agents vacataires des agents non titulaires. Ces critères ont été à plusieurs reprises synthétisés de la façon suivante par le ministre de la fonction publique en réponse à des questions parlementaires : « *Seule la jurisprudence apporte des précisions en (...) caractérisant [la qualité de vacataire] par trois conditions cumulatives :*

spécificité (le vacataire est recruté pour exécuter un acte déterminé), discontinuité dans le temps (l'emploi ne correspond pas à un besoin permanent) et rémunération attachée à l'acte. Si l'une de ces conditions fait défaut, l'intéressé n'est pas considéré comme vacataire mais comme agent non titulaire »⁽¹⁾.

Mais dans certaines situations, il n'est pas aisé d'appliquer ces critères et de nombreux agents se trouvent qualifiés de vacataires, et gérés comme tels par les collectivités, alors que leurs fonctions et les conditions dans lesquelles ils les exercent devraient leur permettre de bénéficier de la qualité d'agent non titulaire.

La distinction est pourtant fondamentale puisque qualifier un agent de vacataire conduit notamment à l'exclure du bénéfice des droits prévus à l'égard des agents non titulaires par le décret précité du 15 février 1988.

En conséquence, le juge administratif a eu de nombreuses occasions de préciser les conditions d'application des critères qu'il a dégagés, voire de requalifier en agents non titulaires certains agents abusivement considérés comme vacataires par leur employeur.

Le présent dossier s'attachera à cerner les situations dans lesquelles les employeurs territoriaux peuvent légitimement qualifier certains agents de vacataires avant de définir le régime applicable à ces agents.

La distinction entre vacataires et agents non titulaires soumis au décret du 15 février 1988

Les critères dégagés par le juge administratif

Le juge administratif a dégagé les critères de la spécificité de l'objet du recrutement, de la discontinuité dans le temps de la collaboration entre la collectivité et l'agent, et de la rémunération attachée à l'acte.

Lorsque ces trois critères sont cumulativement remplis, la qualité de vacataire est évidente. Cependant, dans de nombreuses situations, la distinction entre agent non titulaire et vacataire ne relève pas de l'évidence et le juge examine alors l'ensemble des conditions de recrutement de l'agent pour dégager un faisceau d'indices lui permettant de valider ou refuser sa qualification de vacataire.

Les conditions de recrutement de l'agent constituent un faisceau d'indices permettant de le qualifier d'agent non titulaire ou de vacataire

La spécificité de l'acte pour lequel le vacataire est recruté

L'agent vacataire n'est pas recruté pour pourvoir un emploi de la collectivité, correspondant à un ensemble de tâches à accomplir, mais pour exécuter un acte isolé et identifiable. Dans certains cas, il est assez aisé de distinguer le caractère spécifique de l'acte pour lequel le vacataire est recruté. C'est le cas, par exemple, des formateurs intervenant ponctuellement pour le compte du Centre national de la fonction publique territoriale (CNFPT) :

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que, malgré le nombre de ses engagements et leur caractère successif, M^{me} X a été recrutée par le Centre national de la fonction publique territoriale, non pas pour exercer une mission ayant un caractère permanent, mais pour l'exécution d'un acte déterminé au sens de l'article 1^{er} du décret précité du 15 février 1988 »⁽²⁾.

De même, le pigiste rémunéré pour rédiger des articles exécute une succession d'actes déterminés, sans avoir de lien de subordination avec la collectivité :

« Considérant qu'il est constant que M^{lle} D. a collaboré pendant un an à l'élaboration du "Journal des Amiénois", par la rédaction d'articles rémunérés exclusivement à la pige réellement produite et selon un tarif comportant des éléments de personnalisation ; que, par définition, ce type d'activité est une succession d'actes déterminés au sens du décret [du 15 février 1988], en raison de la spécificité de chaque article ou pige ; que, par suite, M^{lle} D. n'est pas fondée à soutenir qu'elle a fait l'objet d'un licenciement et ne peut prétendre à des indemnités de ce chef »⁽³⁾.

Le vacataire, recruté pour réaliser un acte déterminé, ne répond donc pas à un besoin permanent de la collectivité, qui justifierait la création d'un emploi permanent à pourvoir par un fonctionnaire ou, à défaut, par un agent non titulaire. Le juge a d'ailleurs précisé qu'un agent recruté par un contrat à durée indéterminée pour assurer des missions ayant par nature un caractère permanent ne pouvait être regardé comme engagé pour exécuter un acte déterminé (voir encadré).

Cour administrative d'appel de Bordeaux, 23 juin 2005, req. n° 02BX01107 (extrait)

« Considérant que les agents publics recrutés au moyen d'un contrat à durée indéterminée, qui assurent des missions ayant par nature un caractère permanent, ne peuvent être regardés comme engagés pour exécuter un acte déterminé, caractéristique d'un emploi de vacataire ; que par suite, en refusant de reconnaître à M^{me} R., engagée comme vacataire pour une durée indéterminée et qui au surplus exerçait de façon permanente depuis le 1^{er} mars 1991 les fonctions de psychologue, la qualité d'agent non-titulaire relevant des dispositions du décret du 15 février 1988, le président du conseil général de la Gironde a méconnu les dispositions de l'article 1^{er} dudit décret ».

(1) Voir par exemple la question écrite n°26505 du 20 octobre 2003, J.O.A.N. (Q), n° 12, 23 mars 2004, p.2323.

(2) Cour administrative d'appel de Douai, 2 décembre 2003, req. n° 00DA00824.

(3) Tribunal administratif d'Amiens, 25 février 2003, req. n° 00180.

Mais le recrutement d'un vacataire ne répond pas non plus à un besoin occasionnel ou saisonnier de la collectivité. En effet, les besoins occasionnels et saisonniers doivent faire l'objet de créations d'emplois et être pourvus par des agents non titulaires, en application du 2^e alinéa de l'article 3 de la loi du 26 janvier 1984. Or la distinction entre un acte déterminé et un besoin occasionnel ou saisonnier n'est pas toujours facile à établir, l'ensemble de ces recrutements servant à répondre à un besoin non permanent de la collectivité.

Le juge administratif s'est prononcé sur la distinction entre besoin occasionnel et acte déterminé :

« Considérant, en premier lieu, qu'il ressort des pièces du dossier que M. X. été recruté en qualité d'animateur vacataire par la commune de Saint-Ouen le 2 novembre 1998 à la suite du transfert à la commune de la gestion des centres de loisirs associatifs ; qu'il a été employé depuis cette date par des arrêtés mensuels successifs pour un nombre d'heures variant d'un mois sur l'autre en fonction des besoins d'accueil des enfants afin de remplacer ou de compléter les effectifs des personnels titulaires les mercredis et pendant les périodes de vacances scolaires ; que ces services, d'une durée inférieure à six mois, correspondaient ainsi à des besoins occasionnels ; qu'ainsi le requérant n'a pas la qualité de vacataire dès lors qu'il n'a pas été recruté ponctuellement pour un acte déterminé mais travaille de manière continue pour la commune depuis son recrutement en 1998 en occupant un emploi répondant aux caractéristiques définies à l'article 3 de la loi du 13 juillet 1983 »⁽⁴⁾.

Le juge a considéré, dans cette espèce, que le recrutement par arrêtés mensuels d'un agent chargé de remplacer des animateurs absents ou de compléter les effectifs du service en périodes de forte affluence ne correspondait pas à l'exécution d'un acte déterminé mais permettait de pourvoir à un besoin occasionnel de la collectivité. Pour aboutir à cette conclusion et requalifier en non titulaire cet agent que la commune considérait comme un vacataire, le juge a pris en compte, outre la durée du recrutement, la nature des tâches confiées à l'agent. Il s'agissait d'exercer les mêmes fonctions que celles pour lesquelles des animateurs titulaires ou non titulaires avaient été recrutés dans le service. Ces fonctions, qui avaient justifié la création d'emplois par la collectivité, ne pouvaient donc pas être considérées comme une succession d'actes déterminés.

S'il est difficile de définir ce qu'est un acte déterminé, le juge semble indiquer qu'il ne peut correspondre à des fonctions également exercées par des agents recrutés sur des emplois de la collectivité.

Les besoins occasionnels ou saisonniers sont pourvus par des agents non titulaires. Seule l'exécution d'actes déterminés permet de recourir à des vacataires.

Cependant, une autre Cour a tenu un raisonnement différent la conduisant à reconnaître la qualité de vacataire à un agent ayant exercé les fonctions de cuisinier pour un établissement public pendant une durée de dix mois, de façon ponctuelle pour remplacer des personnes absentes ou pour faire face à un afflux occasionnel d'usagers du restaurant administratif : *« Considérant (...) que la cessation définitive de ses fonctions lui ayant été notifiée en avril 2001, l'appelant n'a travaillé pour cet établissement public que durant dix mois ; qu'en outre, pendant cette période il n'a exercé les fonctions de cuisinier que de manière ponctuelle, pour remplacer des personnes absentes ainsi qu'il l'a admis lui-même dans une lettre qu'il a adressée le 7 mars 2001 au directeur du service, ou pour faire face à un afflux occasionnel de commensaux au sein du restaurant administratif de l'établissement ; que le caractère ponctuel et non continu de son activité est établi par les sommes perçues à ce titre par M. X, d'un montant variable selon les mois ; que l'appelant ne saurait utilement soutenir que son engagement aurait été tacitement reconduit ; qu'il a en réalité été engagé, non sur un poste permanent de cuisinier comme il le soutient, mais pour des actes déterminés au sens de l'article 1^{er} du décret du 15 février 1988 précité ; que, par suite, M. X avait la qualité de vacataire »⁽⁵⁾.*

Dans cette situation, l'agent concerné avait également été recruté pour exercer des fonctions identiques à celles exercées par d'autres agents de l'établissement recrutés sur des emplois permanents. Mais le juge a pris en compte l'absence de continuité de l'activité de l'agent qui, contrairement à l'animateur évoqué ci-dessus, ne travaillait pas tous les mois avec un nombre d'heures variable, mais ponctuellement en fonction des besoins.

Le critère de la spécificité de l'acte doit donc être apprécié à la lumière du second critère, celui de la discontinuité de l'acte.

Discontinuité dans le temps de la relation entre la collectivité et l'agent

Dans de nombreux cas, le juge est amené à apprécier le caractère continu ou non de la collaboration entre l'employeur et l'agent pour qualifier la nature du recrutement.

Ce critère peut, par exemple, se révéler primordial pour qualifier les prestations d'enseignement de vacances ou au contraire d'occupation d'un emploi.

Ainsi, une collectivité peut recruter un agent vacataire pour dispenser, ponctuellement, un enseignement, sans qu'il y ait continuité entre plusieurs prestations.

Mais un professeur dispensant pendant sept ans en moyenne quatre heures hebdomadaires d'enseignement de la musique ne peut être considéré comme un agent vacataire :

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que M^{me} G. a été recrutée à compter de septembre 2000 par la commune de Liancourt aux termes d'un engagement verbal prévoyant qu'elle

⁽⁴⁾ Cour administrative d'appel de Versailles, 4 octobre 2007, req. n°05VE01741.

⁽⁵⁾ Cour administrative d'appel de Marseille, 4 mars 2008, M. B., req. n°05MA03217.

serait rémunérée par des vacances horaires dans des conditions prévues par délibération du conseil municipal pour assurer pendant la période scolaire des fonctions de professeur de musique ; que son recrutement a fait l'objet pour les années scolaires 2004-2005 et 2005-2006 d'arrêtés municipaux en date des 27 janvier et 18 octobre 2005 ; qu'elle a poursuivi ses fonctions jusqu'en juillet 2007 et a ainsi dispensé pendant sept ans en moyenne quatre heures hebdomadaires d'enseignement de la musique ; qu'elle ne saurait, par suite, et nonobstant la mention "d'agent vacataire" portée sur les arrêtés la recrutant et celle de "vacations" portée dans les délibérations fixant le taux horaire applicable aux professeurs de musique, être regardée comme un agent engagé pour un acte déterminé au sens de l'article 1^{er} du décret n° 88-145 susvisé, excluant de son champ d'application ces agents ; qu'elle doit être regardée comme occupant, non un poste de vacataire, mais un poste permanent d'agent non titulaire à temps partiel bénéficiant de contrats à durée déterminée successifs sans solution de continuité » (6).

A l'inverse, un agent recruté comme ouvreuse à raison de quelques heures mensuelles pendant deux saisons lyriques au sein d'un opéra doit être regardé comme étant recruté pour un acte déterminé et donc être qualifié de vacataire (7). S'il est aisé de réaliser que ce type de recrutement présente un caractère discontinu, la distinction peut s'avérer plus difficile lorsque la collaboration entre l'agent et la collectivité se prolonge un certain temps.

Le Conseil d'Etat a dégagé une position permettant de distinguer les vacataires des autres agents non titulaires dans ce type de cas (voir encadré). Il considère qu'au-delà d'une durée minimale (dans le cas d'espèce des agents recrutés par l'INSEE, cette durée est d'un an), des agents recrutés au moyen de contrats à durée déterminée ne peuvent être considérés comme des vacataires, alors que des agents recrutés pour une durée inférieure pour exercer des tâches ponctuelles et limitées sont, eux, recrutés pour exécuter un acte déterminé.

La cour administrative d'appel de Paris a poussé ce raisonnement plus loin en distinguant les vacataires des agents non titulaires, parmi des agents exerçant tous les mêmes missions, sur la base de leur durée totale d'engagement :
 « Considérant que, par délibération du 29 mars 1996, le Département des Hauts-de-Seine, pour faire face aux phénomènes de violence auxquels se trouvaient confrontés les collègues du département, a décidé la mise en place de médiateurs éducatifs et a recruté une quarantaine de personnes ayant pour mission de prévenir les conflits pouvant surgir dans les établissements scolaires réputés difficiles ;
 « Considérant que, par le jugement attaqué du 15 novembre 2001, le tribunal administratif de Paris a, sur déféré du préfet des Hauts-de-Seine, annulé la décision du 9 février 2001 du président du conseil général reconduisant pour six mois M. X, engagé depuis le 1^{er} novembre 1999 en qualité de médiateur éducatif, en tant que cette décision conférait à l'intéressé la

Conseil d'Etat, 26 mars 2003, Syndicat national CGT de l'INSEE, req. n° 230011 (extrait)

« Considérant qu'il ressort des pièces versées au dossier que, parmi les agents contractuels recrutés comme enquêteur par l'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE), certains sont engagés au moyen d'un contrat à durée indéterminée, que d'autres agents sont recrutés au moyen d'un contrat à durée déterminée pour une durée d'au moins une année, que d'autres, enfin, sont recrutés au moyen d'un contrat à durée déterminée pour moins d'un an afin d'exécuter une tâche ponctuelle dans le cadre d'une ou plusieurs enquêtes données ;

« Considérant que tant les agents recrutés par l'INSEE au moyen d'un contrat à durée indéterminée qui assurent, par définition, des missions ayant un caractère permanent que les agents recrutés au moyen d'un contrat à durée déterminée d'une durée d'au moins un an ne peuvent être regardés comme engagés pour

exécuter un acte déterminé ; que, dès lors, ils sont soumis aux dispositions du décret du 17 janvier 1986 (8) ;

« Considérant en revanche que les autres enquêteurs de l'Institut national de la statistique et des études économiques recrutés pour une durée inférieure à un an le sont sur la base de contrats définissant des tâches ponctuelles dans le but de recueillir les données nécessaires à l'établissement d'une ou plusieurs enquêtes déterminées, la liste de ces enquêtes étant fixée chaque année par arrêté ministériel en fonction des besoins de l'administration ; qu'aux termes de ces contrats à durée déterminée, leur mission, qui présente, d'ailleurs, le caractère d'une activité professionnelle accessoire, est strictement limitée à l'exécution d'une ou plusieurs enquêtes données ; que les enquêteurs recrutés dans ces conditions doivent être regardés comme engagés pour l'exécution d'un acte déterminé au sens des dispositions de l'article 1^{er} du décret du 17 janvier 1986 précité ; que, par suite, les dispositions de ce décret ne leur sont pas applicables ».

(6) Tribunal administratif d'Amiens, 17 février 2009, req. n° 0700034.

(7) Cour administrative d'appel de Marseille, 14 novembre 2006, req. n° 03MA02422.

(8) Décret n°86-83 du 17 janvier 1986 : décret relatif aux agents non titulaires de l'Etat.

qualité de vacataire ; que le département fait appel de ce jugement en faisant valoir qu'eu égard au caractère ponctuel et temporaire des missions qui leurs sont confiées, les médiateurs éducatifs sont des vacataires et non des agents contractuels ; Considérant que si les médiateurs éducatifs recrutés pour une durée inférieure à un an afin d'exécuter une mission ponctuelle dans un ou plusieurs établissements scolaires doivent être regardés comme engagés pour exécuter un acte déterminé au sens des dispositions de l'article 1^{er} du décret du 15 février 1988, tel n'est pas le cas de ceux qui, comme M. X, ont été recrutés à temps plein au moyen d'un ou plusieurs contrats à durée déterminée d'une durée totale supérieure à un an pour des missions successives dans des établissements scolaires ; que le tribunal n'a, par suite, pas commis d'erreur de droit en estimant, par un jugement suffisamment motivé, que M. X ne pouvait être regardé comme un vacataire engagé pour un acte déterminé au sens de l'article 1^{er} du décret du 15 février 1988 »⁽⁹⁾.

Mais ce critère de la durée du contrat ne peut être suffisant en lui-même, dans la mesure où des agents recrutés pour un besoin occasionnel ou saisonnier seront, eux-aussi, recrutés pour une durée inférieure à un an, mais seront qualifiés d'agents non titulaires et non de vacataires, en raison de la nature même de l'activité considérée.

De plus, un agent peut être employé à plusieurs reprises sur une longue période mais néanmoins qualifié de vacataire en raison du caractère ponctuel de chaque mission effectuée : « Considérant que M^{me} H. a été employée par la commune de Mimet du 21 septembre 1998 jusqu'au 23 septembre 2002, pour effectuer ponctuellement, en fonction des besoins en personnel, des activités d'animation au centre de loisir communal, ainsi que des remplacements dans les réfectoires des écoles ; que compte tenu des modalités d'intervention de l'intéressée et de la forte variabilité de ses horaires et de ses périodes d'emploi, M^{me} H. doit être regardée comme ayant eu la qualité de vacataire engagé pour un acte déterminé qui s'est répété »⁽¹⁰⁾.

De la même façon, une cour a considéré qu'un agent recruté pour une durée de six ans pouvait être un vacataire, dans la mesure où il avait été recruté pour exercer une étude déterminée, considérée comme une vacation :

« Considérant que la ville de Nantes et l'Institut national de la santé et de la recherche médicale (INSERM) ont conclu, le 2 septembre 1991, une convention ayant pour objet de définir les conditions et les modalités de mise à disposition par la ville de Nantes des personnels, des locaux et des moyens nécessaires aux fins de la réalisation d'un programme de recherche épidémiologique sur le pré-vieillessement conduite sous la responsabilité de l'INSERM, pour une durée de six ans ; qu'en vertu des stipulations de cette convention, l'INSERM devait

remettre à la ville de Nantes les fonds nécessaires à la rémunération du personnel employé pour cette étude, l'article 3.1.4 de ladite convention stipulant que le personnel rétribué dans le cadre de ce budget est recruté par la ville de Nantes et soumis aux obligations législatives et réglementaires applicables en la matière ; que, dans le cadre de cette convention, M^{me} X a été recrutée en qualité de vacataire, par un arrêté du maire de Nantes en date du 4 juillet 1991, pour une durée de six ans à compter du 15 mai 1991, pour effectuer l'étude sur le vieillissement artériel ; que par une décision du 14 décembre 1993, l'INSERM a mis fin à l'activité de M^{me} X en raison de modifications dans les conditions d'exécution de l'étude susmentionnée, entraînant la nécessité de réduire les horaires de vacations ; qu'afin d'être indemnisée du préjudice résultant de cette décision, et après avoir saisi le Conseil de prud'hommes de Nantes qui s'est déclaré incompétent, M^{me} X a saisi le tribunal administratif d'une demande tendant à la condamnation solidaire de l'INSERM et de la ville de Nantes, ou de l'un à défaut de l'autre, à lui verser une somme de 231 404 F en réparation de son préjudice financier et de 100 000 F en réparation de son préjudice moral ; que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Nantes a condamné l'INSERM à lui verser la somme de 106 000 F ;

« Considérant que s'il est vrai que l'arrêté du 4 juillet 1991 indiquait que M^{me} X était recrutée pour une durée de six ans, ces dispositions étaient relatives à la durée de l'étude et ne faisaient pas obstacle à ce que M^{me} X qui avait été recrutée pour cette étude et était rémunérée à la vacation, dût être regardée comme une vacataire ; que par suite, et quel que soit son employeur, il pouvait être mis fin à ses fonctions, dans l'intérêt du service pour des motifs budgétaires et scientifiques »⁽¹¹⁾.

Il convient donc d'insister à nouveau sur la nécessaire combinaison des différents critères dégagés par le juge afin de déterminer si un agent est engagé pour « un acte déterminé » ou pour pourvoir à un emploi de la collectivité.

Une rémunération attachée à l'acte

Le vacataire étant recruté pour exécuter un acte déterminé, il est rémunéré pour cet acte et ne perçoit pas une rémunération mensuelle ou correspondant à la durée d'un contrat.

Il convient toutefois de ne pas déduire trop hâtivement la qualité de vacataire d'un agent rémunéré par des « vacations » horaires ou journalières. En effet, de nombreux agents sont rémunérés par des vacations par les collectivités, qui les considèrent en conséquence comme des vacataires et ne leur appliquent pas les dispositions du décret du 15 février 1988, alors que les fonctions qu'ils exercent et la continuité de leur recrutement devraient en réalité leur conférer la qualité d'agents non titulaires. Le juge est souvent amené, dans ce type

⁽⁹⁾ Cour administrative d'appel de Paris, 7 mars 2006, req. n° 02PA0025.

⁽¹⁰⁾ Cour administrative d'appel de Marseille, 18 mars 2008, req. n° 05MA00991.

⁽¹¹⁾ Cour administrative d'appel de Nantes, 20 juin 2003, INSERM, req. n° 01NT01648.

de situations, à requalifier ces « faux vacataires » en agents non titulaires, leur reconnaissant alors les droits prévus par le décret du 15 février 1988.

Ainsi, dans le domaine de la protection de la santé, les intervenants sont très souvent rémunérés par des vacances, mais ils ne répondent pourtant pas tous à la définition du vacataire.

Si les médecins agréés chargés des visites médicales d'embauche, payés à l'acte, exercent bien une activité ponctuelle constituée d'une série d'actes déterminés, et sont donc réellement des vacataires (12), de nombreux autres professionnels de ce secteur rémunérés par des vacances sont considérés à tort comme des vacataires.

Un agent rémunéré par une «vacation» horaire ou journalière n'est pas forcément un vrai vacataire.

Le juge a, par exemple, considéré qu'un psychologue ayant exercé, de façon continue, des fonctions de conseiller conjugal pendant 16 ans à raison de 40 à 60 heures par mois ne pouvait pas être qualifié de vacataire, alors même que ses actes d'engagement précisaient cette qualité et qu'il était rémunéré sur la base de vacances :

« Considérant qu'il résulte de l'instruction et qu'il n'est d'ailleurs pas contesté que M^{lle} C., psychologue, a prêté son concours de manière continue comme conseillère conjugale dans différents centres de planning familial du département des Alpes Maritimes depuis 1983 pendant une durée de 16 ans, à raison de 40 puis 50 h puis 60 h par mois ; que par suite, M^{lle} C., qui occupait un emploi permanent, ne peut être regardée comme ayant eu la qualité de vacataire, alors même que les actes d'engagement annuels successifs par lesquels elle était nommée dans cet emploi faisait mention d'un recrutement en cette qualité et qu'elle était rémunérée sur la base d'un nombre de vacances multiplié par un taux horaire ; que M^{lle} C. avait la qualité d'agent non titulaire de la fonction publique territoriale » (13).

Selon le même raisonnement, un grand nombre de médecins de prévention sont employés pour répondre à un besoin constant de l'administration et ne devraient donc pas être qualifiés de vacataires, bien qu'ils soient rémunérés sous la forme de vacances.

Si les vrais vacataires sont rémunérés à l'acte, il ne suffit pas de rémunérer un agent par des vacances pour que l'intéressé soit un vacataire et que l'employeur puisse s'exonérer de l'application de l'ensemble des droits reconnus aux agents non titulaires.

Les éléments n'ayant pas d'incidence sur la qualification du recrutement

Certaines particularités dans le mode d'exercice des fonctions conduisent parfois l'administration à qualifier à tort des agents de vacataires, alors que ces éléments n'ont, en réalité, aucun impact sur la qualité d'agent non titulaire des intéressés.

L'absence de contrat écrit

L'absence de contrat écrit ne permet pas de présumer de la qualité de vacataire d'un agent. En effet, en cas de contentieux dans ce type de situation, le juge ne tiendra pas compte de l'absence de contrat écrit mais s'attachera à examiner la nature des fonctions exercées et le caractère continu ou non du recrutement pour déterminer la qualité de l'agent.

Le Conseil d'Etat a ainsi jugé qu'une sage-femme, employée de manière continue pendant quatre ans dans le même service d'un établissement public et exerçant une activité répondant à un besoin permanent du service devait être considérée comme un agent contractuel de droit public, alors même qu'elle ne disposait d'aucun contrat écrit :

« Considérant qu'il ressort des constatations faites souverainement par les juges du fond, que M^{me} X a prêté son concours, en qualité de sage-femme, de manière continue dans le même service de l'hôpital Saint-Vincent de Paul, dépendant de l'Assistance Publique- Hôpitaux de Paris, pendant quatre ans, à compter du 1^{er} juillet 1990, en effectuant entre 39 heures et 50 heures de travail hebdomadaire ; que cette activité répondait à un besoin permanent du service dans lequel elle était affectée ; que, par suite, en jugeant que, nonobstant le fait qu'elle ait été rémunérée par des vacances mensuelles et qu'elle ne disposait d'aucun contrat écrit et alors même que l'emploi de sage-femme qu'elle occupait ne pouvait être exercé, en raison de ses caractéristiques, que par un agent titulaire, elle devait être regardée comme ayant eu la qualité d'agent contractuel de droit public, et non de vacataire (...) la Cour n'a pas inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis » (14).

De la même façon, le juge a considéré que des agents recrutés sans contrat de travail mais reconduits continuellement dans leurs fonctions pour effectuer un travail équivalent à celui effectué par certains agents titulaires du même service n'étaient pas des vacataires :

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que les agents concernés par la décision litigieuse ont été recrutés par décision du CNRS afin d'exercer les fonctions d'analyste documentaire consistant à analyser, indexer et traduire des titres d'ouvrages ou publications en anglais afin d'alimenter la base de données bibliographiques PASCAL au sein de l'unité propre du service intitulé "Institut de l'information scientifique et technique" ;

(12) Voir la question écrite n°9180 du 2 octobre 2003, J.O.S. (Q), n° 1, 6 janvier 2005, p. 29.

(13) Cour administrative d'appel de Marseille, 28 février 2006, req. n° 02MA00703.

(14) Conseil d'Etat, 28 novembre 2003, AP-HP, req. n° 236510.

que ces agents, dépourvus de contrat de travail, ont été recrutés sur le fondement de décisions unilatérales pour des périodes inférieures ou égales à six mois, qu'ils ont, par la suite, été continuellement reconduits dans leurs fonctions pour effectuer au sein de ce service un travail à temps complet, équivalent à celui qui était effectué par certains agents titulaires du même service ; que, dès lors, ils ne pouvaient être considérés comme des agents vacataires engagés pour exécuter un acte déterminé, nonobstant la circonstance qu'ils aient été tenu de signer des feuilles de tâches ou le fait qu'ils aient été rémunérés sur la base de vacations mensuelles multipliées par un taux horaire ; qu'ainsi ces agents doivent être regardés comme ayant été engagés en qualité d'agents non titulaires de l'Etat » (15).

La mention de la qualité de vacataire dans l'acte d'engagement

D'une façon générale, le contenu d'un acte administratif prime sur sa forme et le juge administratif n'hésite pas à requalifier un acte dont le nom ne correspond pas à son contenu.

Ainsi, la mention de la qualité de vacataire, ou du caractère précaire et révoquant du recrutement, portée sur l'acte d'engagement n'emporte aucune conséquence sur la qualité réelle de l'agent. Si la nature des fonctions exercées et la pérennité du lien de subordination entre l'agent et la collectivité le justifient, l'intéressé sera tout de même un agent non titulaire.

La mention de la qualité de vacataire dans l'acte d'engagement n'emporte aucune conséquence sur la qualité réelle de l'agent.

Le juge a ainsi considéré que la précision selon laquelle l'agent était engagé à titre précaire et révoquant n'impliquait pas que l'agent soit vacataire, dans la mesure où il exerçait en fait un emploi permanent, pour lequel il était d'ailleurs rémunéré mensuellement :

« Considérant que les dispositions de la “décision d'embauchage” du 9 décembre 1975, suivant lesquelles, d'une part, M. X était engagé “à titre essentiellement précaire et révoquant” et, d'autre part, il serait rémunéré “au taux horaire correspondant à la catégorie B”, n'impliquent pas, par elles-mêmes, que l'intéressé ait été recruté comme agent rémunéré à la vacation ; qu'il n'est pas contesté que M. X a occupé un emploi permanent et qu'il était rémunéré mensuellement ; que le requérant est dans ces conditions fondé à soutenir qu'il était en droit de bénéficier de l'indemnité de licenciement » (16).

L'exercice des fonctions à temps non complet

Comme il a été précisé plus haut, un agent recruté pour occuper un emploi permanent de la collectivité ne peut pas être qualifié de vacataire.

Il convient de ne pas confondre la permanence de l'emploi avec la durée de service correspondant à cet emploi. Un emploi permanent peut être à temps complet ou, dans certains

cas, à temps non complet. C'est la permanence du besoin du service qui caractérise la permanence de l'emploi, et non pas le nombre d'heures hebdomadaires pendant lequel ce besoin s'exprime.

En conséquence, le fait qu'un contrat soit conclu pour pourvoir un emploi à temps non complet ne signifie pas qu'il ne réponde pas à un besoin permanent.

Le juge a ainsi précisé qu'un dentiste travaillant quelques heures par semaine dans un dispensaire municipal et rémunéré à la vacation occupait cependant un emploi permanent, dans la mesure où le besoin justifiant son recrutement était lui-même permanent (17).

De la même façon, de nombreuses collectivités ont recours à des agents qu'elles considèrent comme des vacataires pour surveiller les cantines scolaires. Pourtant, bien que ces fonctions ne soient exercées que quelques heures par semaine, elles nécessitent la création d'emplois car il s'agit de besoins permanents de la collectivité. Les agents recrutés sur ces emplois ne sont donc pas des vacataires mais des agents non titulaires.

La gestion des agents vacataires

A la différence des agents non titulaires recrutés sur des emplois permanents ou pour faire face à un besoin saisonnier ou occasionnel, les vrais vacataires, recrutés pour exécuter un acte déterminé, ne sont pas soumis aux dispositions du décret du 15 février 1988 précité. Ils n'entrent d'ailleurs dans le champ d'application d'aucun texte applicable aux agents publics. Ainsi, à défaut d'être cités par l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984, ils ne bénéficient d'aucune disposition de cette loi, ni de celles de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligation des fonctionnaires.

Leurs situation juridique est donc précaire et leurs droits très limités, aussi bien pendant la durée de leur engagement que lorsque celui-ci prend fin.

Les droits limités des vacataires au cours de leur engagement

Comme il a été précisé en introduction, les vacataires n'entrent pas dans le champ d'application du décret n° 88-145 du 15 février 1988 relatif aux agents non titulaires de la fonction publique territoriale. En effet, ce décret a pour objet de régir les relations entre ces agents et leur employeur

(15) Tribunal administratif de Nancy, 30 décembre 2005, Syndicat SGEN-CFDT des travailleurs du CNRS, req. n° 0400410.

(16) Conseil d'Etat, 10 novembre 1982, req. n° 21628.

(17) Cour administrative d'appel de Paris, 11 juillet 2003, req. n° 98PA01046.

territorial, alors que les vacataires, recrutés pour exécuter un acte déterminé, n'entrent pas dans une relation de subordination vis-à-vis de l'autorité territoriale. L'exécution d'un acte déterminé s'apparente plus à une prestation de service qu'à un rapport employeur-employé. L'article 1^{er} du décret du 15 février 1988 tire donc la conséquence de ce postulat en écartant les vrais vacataires de son champ d'application.

En conséquence, les vacataires ne bénéficient d'aucun des droits prévus pour les agents non titulaires par ce décret. Ils sont également exclus du bénéfice de droits prévus par d'autres textes pour les agents non titulaires occupant un emploi permanent.

Qualifier à tort un agent de vacataire conduit à le priver des droits que lui accordent les textes applicables aux agents non titulaires.

■ L'absence de droit à congés

Les vacataires n'ont droit à aucun des congés prévus par le décret du 15 février 1988, qu'il s'agisse de congés annuels, de congés pour formation, de congé de représentation, de congés pour raison de santé, de maternité, de paternité, d'adoption, d'accident de travail, ou de congés non rémunérés pour raisons familiales ou personnelles.

Si cette absence de droit à congés est cohérente avec le caractère spécifique et ponctuel de l'acte déterminé accompli par le vacataire, on mesure les effets néfastes d'une utilisation abusive de la qualification de vacataire pour des agents qui entretiennent, en réalité, une collaboration suivie avec leur employeur et qui se voient illégalement refuser le droit à ces congés. Ainsi, un agent qualifié de vacataire mais répondant en réalité à un besoin permanent de l'administration, tel un surveillant de cantine par exemple, ne se verra attribuer aucun congé annuel ni aucun maintien de traitement en cas de maladie, quand bien même il remplirait les conditions de durée de service définies par le décret du 15 février 1988.

■ L'impossibilité d'exercer les fonctions à temps partiel

Le décret n°2004-777 du 29 juillet 2004 prévoit la possibilité, pour les agents non titulaires, d'exercer leurs fonctions à temps partiel, soit sur autorisation, soit de droit, selon le motif.

Les vacataires n'exécutant qu'un acte déterminé et non pas un ensemble de fonctions, ils ne sont pas concernés par cette possibilité d'exercer leur activité à temps partiel, qui est associée à la notion d'emploi permanent (18).

Là encore, on remarquera que qualifier de vacataire un agent qui, en réalité, occupe un emploi permanent, conduit à le priver à tort de la possibilité d'exercer ses fonctions à temps partiel, quand bien même l'intéressé remplirait les conditions pour obtenir un temps partiel de droit en vertu de l'article 13 du décret du 29 juillet 2004.

■ L'absence de droit à la formation

Le décret n°2007-1845 du 26 décembre 2007 relatif à la formation professionnelle tout au long de la vie des agents de la fonction publique territoriale contient des dispositions permettant aux agents non titulaires de bénéficier de formations de perfectionnement, de préparation aux concours et examens de la fonction publique, de formation personnelle et d'un droit individuel à la formation. Ce décret précise les conditions dans lesquelles ces différents types de formations peuvent se dérouler pendant le temps de travail des agents, voire ouvrir droit à un congé.

Les vacataires n'étant pas des agents non titulaires recrutés pour pourvoir des emplois des collectivités, ils n'entrent pas dans le champ d'application de ces dispositions et ne bénéficient donc d'aucun droit à la formation.

■ L'absence de compléments obligatoires de rémunération

Les enfants à charge des agents non titulaires, comme ceux des fonctionnaires, leur ouvrent droit à un supplément familial de traitement (SFT) (19). Ce SFT est un complément obligatoire du traitement, ce qui implique que son versement est obligatoire dès lors que les conditions d'attributions sont remplies.

Par contre, l'article 10 du décret n°85-1148 du 24 octobre 1985 relatif à la rémunération exclue expressément du droit au SFT les agents rétribués sur un taux horaire ou à la vacation.

De la même façon, l'indemnité de résidence est un complément obligatoire au traitement des fonctionnaires et des agents non titulaires, mais elle ne peut être versée qu'aux agents occupant un emploi dont la rémunération est calculée sur la base d'un indice (20).

Les agents vacataires, qui n'occupent pas un emploi et dont la rémunération n'est pas calculée sur la base d'un indice sont donc exclus du bénéfice du SFT et de l'indemnité de résidence. Ces deux compléments obligatoires au traitement devraient pourtant être versés aux « faux vacataires » qui occupent en réalité un emploi et qui devraient être rémunérés sur la base d'un indice, comme les autres agents non titulaires.

(18) Voir la question écrite n° 10045 du 16 février 1998, J.O.A.N. (Q), n° 25, 22 juin 1998, p. 3447.

(19) Voir l'article 20 de la loi n°83-634 du 16 juillet 1983 et l'article 136 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 qui y renvoie pour les agents non titulaires.

(20) Article 9 du décret n° 85-1148 précité.