LE VACATAIRE DANS LA FONCTION PUBLIQUE

De quoi s'agit-il ?

Il s'agit ici de préciser une notion à la fois fondamentale et marginale du droit de la fonction publique. En effet, cette notion est méconnue, voire dévoyée, tant le nombre de vacataires est faible, au point de ne pas être précisément répertorié, ni même, *a fortiori*, comptabilisé.

Les vacataires sont des agents engagés pour une tâche précise, ponctuelle, et limitée à l'exécution d'actes déterminés (par exemple : inscription d'étudiants, surveillances d'examens...). Telle pourrait en être la définition. Il s'agit de la formulation des articles 1er des décrets relatifs à l'emploi des contractuels dans la Fonction publique de l'État et la Fonction publique territoriale. Ces articles 1er, précisément, excluent les vacataires du champ d'application de ces textes *(pour mémoire, respectivement le décret n°86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents non titulaires de l'État pris pour l'application de l'article 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État et le décret n°88-145 du 15 février 1988 relatif aux agents contractuels de la fonction publique territoriale*).

À noter : suite à la recodification, le contenu des articles susmentionnés est désormais repris à l'article R331-1 (alinéa 7) du CGFP.

Le 1er problème réside donc en ce que le vacataire n'est régi par aucun texte spécial : il n'est pas fonctionnaire car il n'est pas titulaire d'un grade, même si certains auteurs ont qualifié le vacataire de « *fonctionnaire d'une catégorie particulière* » (De Laubadère, *Traité de droit administratif*, Tome 2). En effet, la qualification de vacataire est récente et se substitue à l'ancienne notion d'auxiliaire.

Et le régime juridique des contractuels exclut les vacataires : il ne s'agit donc pas non plus d'un contractuel. Eu égard au fait qu'il n'est titulaire d'aucun grade, qu'il n'est donc pas fonctionnaire, il convient d'en conclure que le vacataire est un agent public assimilé, la qualité d'agent public ayant, elle, été confirmée par la jurisprudence (arrêt CE 29 octobre 1947, *Etlin,* p. 394, et arrêt CE 26 juin 1974, *Université Paul Valéry,* p. 995).

Quelles sont les modalités d'embauche ?

Généralement, les vacataires sont embauchés par un arrêté, une lettre de mission, un ordre de mission, ou une lettre de demande d'intervention. Il s'agit donc d'actes unilatéraux. Ils sont parfois aussi embauchés par contrat, mais la qualification de vacataire peut alors être écartée par le Juge. Ils sont également parfois embauchés oralement.

Ici, intervient un élément problématique, né de la jurisprudence. En effet, il est fréquent que le Juge retienne la notion de contrat de vacation, ce qui est contradictoire puisque le vacataire n'est pas un contractuel. Surtout, un contrat n'est pas un acte unilatéral, mais un acte réciproque, avec toutes les conséquences juridiques qui s'y attachent.

De sorte, très fréquemment, lorsqu'un contrat de vacation est soumis au Juge, celui-ci est confronté à la nécessité de déterminer la nature juridique exacte du lien qui unit l'administration et l'employé et, ainsi, soit de requalifier l'agent de contractuel, soit, de confirmer le statut de vacataire.

Quelle durée ?

Traditionnellement, la jurisprudence exclut la qualification de vacataire pour les agents recrutés pour une durée d'au moins 1 an (arrêt CE 26 mars 2003, *Syndicat national CGT de l'INSEE,* n°230011). Toutefois, la qualification de vacataire peut être retenue, alors même qu'il est fait appel à la même personne durant plusieurs années mais sur des missions à chaque fois différentes, et que ces missions ne constituent pas le seul revenu de l'intéressé (arrêt CE 11 février 2013, *ministère de l'Intérieur*, n° 347145, Table 668, au sujet d'une interprète employée dans le cadre de réquisitions judiciaires pour exécuter des tâches précises et ponctuelles de traduction).

Quelles en sont les principales caractéristiques ?

Le vacataire se caractérise par 3 éléments qui doivent se cumuler entre eux. À défaut de l'un d'entre eux, la qualification de vacataire ne peut être retenue.

1° Le vacataire est embauché sur un poste non permanent.

Ainsi, un agent auquel il est fait appel pendant 4 ans dans le même établissement hospitalier pour exercer les mêmes fonctions de sage-femme voit son statut requalifié de contractuel, au motif qu'il s'agit d'un poste permanent, peu importe que la personne soit rémunérée à la tâche et qu'il n'y ait aucun contrat écrit (arrêt CE 28 novembre 2003, *APHP,* n° 236510). Il en résulte que l'agent bénéficie des même droits qu'un contractuel (indemnité de licenciement, droit à congés maladie et maternité).

De même, un agent employé pendant 10 ans en qualité de gardien remplaçant, les week-end et jours fériés, dans des résidences pour personnes âgées, au sein desquelles la présence d'un gardien est exigée en permanence, mais où le personnel permanent est insuffisant, doit être regardé comme agent contractuel car il répond à un besoin permanent (arrêt CE 2 décembre 2019, *CASVP de Paris,* n° 412941, AJDA n° 42/2019, p. 2465).

2° Il est embauché pour une mission précise.

Le Juge a ainsi retenu qu'un agent recruté en qualité de chargé de mission par contrat d'une durée de 3 ans, renouvelable 1 fois, pour un projet d'étude et de restructuration est en CDD. Il n'est pas un vacataire, car une telle mission impose l'accomplissement de démarches et études diverses, et non l'accomplissement d'un acte déterminé au sens des dispositions du décret relatif à l'emploi des contractuels dans la fonction publique territoriale (arrêt CAA Lyon, 28 avril 2000, *District du Pays des Bauges,* n° 96LY01984). Par suite, la requalification en statut de vacataire ne peut qu'être exclue, et l'agent peut être licencié avant le terme du contrat.

3° Il est rémunéré à la tâche et non par un salaire mensuel.

Quels sont les droits de l'agent ?

Contrairement aux contractuels, l'agent vacataire ne bénéficie pas de la protection sociale applicable aux agents contractuels (arrêt CE, 26 mars 2003, *Syndicat national CGT de l'INSEE,* n° 230011), ni à la protection dont bénéficient les personnels régis par le Code du travail (arrêt CAA Bordeaux, 30 avril 2003, *Commune de Fort de France,* n°99BX01518).

L'agent vacataire n'a ainsi, par exemple, pas droit aux congés annuels.

Plus généralement, il résulte des caractéristiques de l'emploi, que le vacataire est exclu d'un certain nombre de droits.

Ainsi, en matière de rémunération, il ne peut bénéficier de l'indemnité de résidence (article 9 du décret n° 85-1148 du 24 octobre 1985 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) ni du supplément familial de traitement, puisque celui-ci est calculé par référence à un indice (article 10 du même décret).

Le caractère non permanent de l'emploi lui interdit la possibilité d'exercer ses fonctions à temps partiel.

Il n'a pas droit à la formation, puisqu'il n'est, ni titulaire, ni contractuel.

À noter : il a toutefois droit, en application du décret n° 2010-676 du 21 juin 2010 instituant une prise en charge partielle du prix des titres d'abonnement correspondant aux déplacements effectués par les agents publics entre leur résidence habituelle et leur lieu de travail, au remboursement de ses frais de transports en fonction du nombre d'heures travaillées (arrêt CE 7 février 2020, *Commune de Nanterre,* n°420567).

Quelles sont les obligations de l'agent ?

En sa qualité d'assimilé fonctionnaire, l'agent est soumis aux obligations statutaires (obéissance hiérarchique, obligation de servir, de discrétion et de secret professionnel) dont, évidemment, l'obligation de réserve, alors même que l'absence de statut tend plus à le considérer comme un prestataire de service que comme un agent soumis à des obligations statutaires.

Ainsi, un vacataire peut-il être licencié ? Sur quelle base légale ? Avec quelle indemnisation ? L'analyse de la jurisprudence du Conseil d'État, ENSTIMA du 10 octobre 2018, n°393132, s'avère très intéressante en ce que le la Haute Juridiction renvoie en son 8ème considérant à la théorie générale du droit administratif : « *Considérant qu'en vertu des principes généraux qui régissent la responsabilité de la puissance publique, un agent public irrégulièrement évincé a droit à la réparation intégrale du préjudice qu'il a effectivement subi du fait de la mesure illégalement prise à son encontre* ». Il n'est ici, ni question de rupture de contrat, ni de licenciement, mais seulement d'un acte individuel illégal dont il résulte que la responsabilité de l'administration est engagée à hauteur du préjudice subi.

Ainsi, eu égard au caractère particulièrement précaire de sa situation, de nombreuses questions se posent pour le vacataire, et renvoient au caractère accessoire ou annexe de cette position, notamment en matière de couverture sociale. Ainsi, si le contentieux est important, il est certainement à rechercher dans la jurisprudence de la 2e chambre civile de la Cour de cassation, compétente pour statuer sur le contentieux qui oppose l'URSSAF aux collectivités en matière de cotisations sociales. Force est d'admettre que le contentieux administratif est très restreint (il concerne essentiellement les enseignants et les professions médicales), le nombre de vacataires l'étant tout autant. De plus, bien souvent, leur statut fait l'objet d'une requalification par le Juge en contractuel.

Textes en vigueur :

CGFP : article R331-1.