

LES CONSÉQUENCES DU RECRUTEMENT ILLÉGAL

Le recrutement des agents contractuels de droit public est soumis à des conditions particulières. Il est fréquent que l'une de ces conditions ne soit pas remplie.

L'IRRÉGULARITÉ DU CONTRAT DE RECRUTEMENT

Dès lors que les conditions de recours à un agent contractuel de droit public ne sont pas remplies, le contrat ou l'acte d'unilatéral d'engagement sera considéré comme illégal.

Exemples

Le recrutement d'un agent contractuel de droit public pour faire face à une vacance de poste alors même que cette vacance n'a pas fait l'objet d'une publicité, que cette publicité était incomplète ou que la durée séparant la publicité du recrutement était insuffisante, sera considéré comme illégal.

CE, 24 juillet 2009, n° 311850

Le recrutement d'un agent contractuel sur un emploi de chargé de mission dont la création par délibération de la collectivité territoriale employeur n'a pas été communiquée au centre de gestion, alors même qu'il existe un corps de fonctionnaire chargé d'effectuer les fonctions correspondantes sera également considéré comme illégal.

CE, 14 mars 1997, n° 143800

Le recrutement d'un agent contractuel sur un poste vacant d'adjoint administratif territorial a été annulé au motif que l'avis de vacance de poste transmis au centre départemental de gestion compétent mentionnait un poste d'agent administratif et non celui d'adjoint administratif territorial ; la nature de l'erreur commise en l'espèce dans la désignation de l'emploi ouvert au recrutement étant de nature à en entacher la légalité du recrutement.

CE, 17 décembre 2003, n° 236036

Le juge administratif a considéré comme suffisant pour permettre à des agents titulaires de se porter éventuellement candidat, le délai de deux mois qui sépare la réception par le centre de gestion de la déclaration de vacance du recrutement auquel a procédé la collectivité plus de deux mois après.

CAA Paris, 13 octobre 2009, n° 08PA01647

L'employeur ayant recruté un agent contractuel de droit public pour nécessité de service devra justifier cette dernière devant le juge en cas de recours ; à défaut le contrat sera considéré comme illégal.

CAA, Bordeaux, 24 juin 2003, n° 01BX00387

La nomination d'un agent contractuel de droit public en tant que directeur d'une régie communale alors même que ladite régie n'est pas au nombre des établissements publics dont l'emploi de directeur pouvait être pourvu par recrutement direct en application des dispositions de l'article 47 de la loi du 26 janvier 1984 sera considérée comme illégale.

CE, 1^{er} octobre 2001, n° 221037

LES CONSÉQUENCES DU RECRUTEMENT ILLÉGAL

Ce n'est pas parce que le recrutement est illégal que l'agent ne peut se prévaloir de droits issus de ce dernier.

Le juge administratif considère en effet que, sauf s'il présente un caractère fictif ou frauduleux, le contrat de recrutement d'un agent contractuel de droit public, même conclu en méconnaissance d'une disposition législative ou réglementaire, crée des droits au profit de celui-ci.

CE, 24 juillet 2009, n° 311850

En cas de recrutement illégal, l'employeur est obligé de proposer soit une régularisation de ce dernier, soit un emploi de niveau équivalent, soit de procéder au licenciement de l'agent dans les conditions applicables aux agents contractuels.

LA RÉGULARISATION DU CONTRAT

Lorsque le contrat de recrutement est illégal, l'employeur public est obligé de proposer à l'agent contractuel concerné une régularisation de son contrat afin que son exécution puisse se poursuivre régulièrement.

CE, 24 juillet 2009, n° 311850

La régularisation peut être une modification de la durée du contrat, illégalement conclu pour une durée indéterminée. Cependant, L'employeur public n'est tenu d'apporter au contrat que les modifications strictement nécessaires afin que son exécution puisse se poursuivre régulièrement.

Exemple

Un contrat illégalement conclu pour une durée indéterminée ne sera pas, afin de respecter les droits acquis de l'agent, substitué par un contrat d'une durée d'un an seulement dans la mesure où aucun texte ne le prévoit.

CAA, Bordeaux, 29 octobre 2009

LE RECLASSEMENT

En cas d'impossibilité de régularisation, il appartient à l'administration, dans la limite des droits résultant du contrat initial, de proposer à l'agent un emploi de niveau équivalent, ou, à défaut d'un tel emploi et si l'intéressé le demande, tout autre emploi, afin de régulariser sa situation.

CE, 24 juillet 2009, n° 311850

LE LICENCIEMENT

Ce n'est que si l'agent contractuel de droit public concerné refuse la régularisation de son contrat ou si la régularisation de sa situation est impossible, que l'administration est tenue de le licencier.

CE, 24 juillet 2009, n° 311850

Ce licenciement se fera dans les conditions prévues pour les agents contractuels de droit public avec, notamment, le versement d'indemnités. Le juge considère que l'irrégularité du recrutement d'un agent contractuel de droit public n'a pas pour effet d'exclure l'agent concerné du champ des dispositions applicables aux agents contractuels de la fonction publique territoriale, notamment celles ayant trait aux conditions de licenciement.

CAA, Marseille, 22 février 2005, n° 03MA00640

CE, 1^{er} octobre 2001, n° 221037

L'action en responsabilité

Si l'agent contractuel recruté illégalement peut bénéficier des dispositions concernant les conditions de licenciement – notamment le calcul de l'indemnité de licenciement –, il ne pourra prétendre à aucune réparation indemnitaire du fait de son recrutement illégal.

Le juge considère en effet que, dans le cas où l'administration fait valoir que l'agent occupait un emploi auquel un fonctionnaire pouvait seul être affecté et se trouvait ainsi dans une situation irrégulière, et que, à la date à laquelle il a été mis fin à son contrat, aucun autre emploi ne pouvait lui être proposé dans les conditions définies ci-dessus, aux fins de régularisation de sa situation, l'agent ne peut prétendre avoir subi aucun préjudice du fait de la décision de mettre fin à son contrat, mais seulement demander le bénéfice des modalités de licenciement qui lui sont applicables.

CE, 31 décembre 2008, n° 283256

Cependant, le juge a condamné un employeur public au versement de dommages et intérêts à un agent illégalement recruté au motif, non pas de l'illégalité de son recrutement, mais du préjudice subi du fait de l'absence de conformation aux obligations de proposition d'un poste correspondant à un niveau hiérarchique équivalent.

L'employeur public, dont l'acte de recrutement a été annulé ou suspendu, ne peut poursuivre l'exécution du contrat mais doit rechercher les moyens de régulariser le recrutement de l'agent pour tenir compte des droits que le contrat a créés à son profit, sauf si ce dernier présente un caractère fictif ou frauduleux.

À cette fin, il appartient à l'employeur public de régulariser le vice dont le contrat initial est susceptible d'être entaché ou, si le contrat ne peut être régularisé, de proposer à l'agent dans la limite des droits résultant du contrat initial, un emploi de niveau équivalent ou, à défaut d'un tel emploi et si l'intéressé le demande, tout autre emploi.

Ainsi, l'employeur public qui suspend l'exécution du contrat à la suite d'une décision de justice; dont le contrat n'est, en raison de la nature de son irrégularité, pas susceptible de faire l'objet d'une régularisation, est alors tenu, dans la limite des droits résultant du contrat initial, de proposer à l'agent un emploi de niveau équivalent ; Ce n'est qu'à défaut d'un tel emploi, et si l'intéressé le demande, qu'il peut lui proposer tout autre emploi afin de régulariser sa situation.

L'employeur public qui adresse à l'agent contractuel recruté sur un poste de catégorie B dont le contrat a été suspendu et ne peut faire l'objet d'une régularisation, une proposition d'intégration en qualité de stagiaire, dans un emploi de catégorie C qui n'établit pas ne pas avoir été en mesure de lui proposer un emploi de niveau équivalent à celui de son contrat initial, ne satisfait pas aux obligations qui lui incombent.

L'agent concerné est donc en droit de demander la réparation du préjudice subi au titre de la période restant à courir dans son contrat initial, de même que le préjudice moral qui en est résulté.

Le conseil d'État a donc entériné le jugement du tribunal administratif, ayant condamné un employeur public au versement à l'agent d'une indemnité correspondant à la perte de revenus subie entre la suspension de son contrat et le terme normal prévu par ce dernier, soit 5 mois ainsi qu'une indemnité de 1 000 € au titre du préjudice moral.

CE, 27 octobre 2010, n° 321469

LA RUPTURE DE PROMESSE D'EMBAUCHE

LA PROMESSE D'EMBAUCHE

La réglementation encadrant le recrutement des agents contractuels de droit public ne prévoit pas la gestion d'éventuelles promesses d'embauche.

Dans les faits, il arrive fréquemment que l'employeur public informe une personne candidate à un poste d'agent contractuel que sa candidature a été retenue. Cette information peut être considérée comme une promesse d'embauche.

Bien entendu, il appartiendra à l'agent de prouver la réalité de cette promesse ; preuve qui sera facilitée par la forme écrite de la promesse et plus délicate si la promesse n'a été que verbale. En tout état de cause l'agent pourra utiliser tous moyens.

Pour autant le recrutement ne sera effectif qu'après la vérification des conditions de recrutement en tant qu'agent contractuel et la signature de l'acte d'engagement.

LA RUPTURE DE LA PROMESSE D'EMBAUCHE

Cependant, il arrive aussi que, malgré une promesse d'embauche dûment formalisée, le candidat retenu ne soit jamais effectivement recruté.

Cette absence de recrutement peut résulter soit :

- de l'absence d'une des conditions pour être agent contractuel ;

Dans ce cas l'agent n'est pas recruté, soit licencié s'il a commencé à servir. Ce licenciement ne donnera pas lieu au versement des indemnités de licenciement s'il a lieu pendant la période d'essai qui a été prévu dans l'acte de recrutement. En l'absence de période d'essai, ce licenciement donnera lieu au versement d'indemnités de licenciement.

- de l'impossible recrutement de l'agent contractuel ;

Ce peut être le cas du recrutement d'un agent contractuel sur un emploi dont la création n'est pas encore effective ou de l'illégalité de l'annonce de recrutement.

- de la rétractation de l'employeur public.

Les conséquences de la rupture de la promesse d'embauche

Dans les deux derniers cas susmentionnés, ce refus d'emploi ne peut être regardé comme un licenciement dès lors que l'acte de recrutement n'a pas été signé.

L'agent concerné ne pourra donc pas prétendre au paiement d'une indemnité de licenciement résultant de la rupture de ce contrat.

Cependant, en donnant à un agent des assurances expresses, sous la forme d'une promesse d'embauche, quant à sa nomination qui se révéleraient inexactes, l'employeur public commet une faute de nature à engager sa responsabilité.

L'agent contractuel pourrait de ce fait bénéficier d'une indemnité en réparation du préjudice moral résultant de la promesse non tenue.

Exemple

Si la décision en date du 22 juillet 2006, par laquelle le maire d'une commune a informé l'agent qu'il renonçait à le recruter au motif du refus du conseil municipal de créer l'emploi d'agent du patrimoine après lui avoir fait savoir par lettre du 7 juillet 2006 que sa candidature au dit emploi était retenue, est justifiée, n'est entachée d'aucune illégalité fautive et ne peut être regardée comme un licenciement, il n'en demeure pas moins qu'en donnant à l'agent des assurances expresses quant à sa nomination qui se sont révélées inexactes, le maire de la commune a commis une faute de nature à engager la responsabilité de cette dernière.

Ainsi, le candidat est fondé à demander à être indemnisé du préjudice moral résultant pour lui de la promesse non tenue. Compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, de ce qu'il s'est écoulé seulement quinze jours entre l'annonce du recrutement et son abandon et de ce que la nomination était faite à titre précaire et révocable, il sera fait une juste évaluation de ce préjudice en fixant à 1 500 € la somme que la commune sera condamnée à lui verser à titre de réparation.

CAA, Bordeaux, 9 février 2010, n° 09BX01253