

Janvier 2021- 2021-1

## Spéciale « Agent.es contractuel·le·s »

### Vacataires

- *Quand les remplacements réguliers répondent à un besoin permanent, requalification du vacataire en agent contractuel*

Employé à de multiples reprises pendant dix ans par le centre d'action sociale (CAS) de Paris pour exercer régulièrement des fonctions de gardien remplaçant, le requérant s'est vu écarté de sa dernière mission. Le CAS lui a signifié qu'il ne ferait plus appel à lui. Ce dernier saisit le juge afin de faire valoir que ses missions de gardiennage n'étaient pas de simples vacances mais répondaient à un besoin permanent de l'administration. De fait, il aurait dû être regardé comme un agent contractuel. L'enjeu de cette requalification est que les dispositions réglementaires applicables aux agents publics contractuels, qui contiennent de nombreuses garanties, ne sont pas applicables aux vacataires.

C'est l'occasion ici pour le Conseil d'Etat de rappeler qu'un agent de droit public « doit être regardé comme ayant été engagé pour exécuter un acte déterminé lorsqu'il a été recruté pour répondre ponctuellement à un besoin de l'administration ». La circonstance que cet agent a été recruté plusieurs fois, au cours de différentes années, pour exécuter des actes déterminés n'a pas pour effet, à elle seule, de lui conférer la qualité d'agent contractuel (Conseil d'Etat, 11 février 2013, n°347145). En revanche, lorsque l'exécution d'actes déterminés multiples répond à un **besoin permanent de l'administration**, l'agent doit être regardé comme ayant la qualité d'agent non titulaire de l'administration. Il appartient aux juges de rechercher :

- si les fonctions occupées par un agent dans le cadre de vacances multiples correspondent en réalité à un besoin permanent de la collectivité qui l'emploie et ;
- si la collectivité, « en faisant appel de manière constante au même agent, n'avait pas en fait instauré avec lui un lien contractuel » autrement dit celles d'un emploi permanent susceptible d'être pourvu par des agents contractuels. Tel était le cas en l'espèce : la présence d'un gardien, de jour comme de nuit, en remplacement des agents titulaires, est une nécessité pour le bon fonctionnement des résidences en cause. [Conseil d'Etat, 2 décembre 2019, n°412941](#)

**A noter que :** Il n'existe pas de définition légale de la notion de vacataire. C'est la jurisprudence qui est venue apporter des précisions. Ainsi, pour être employé en tant que vacataire, il faut remplir 2 conditions :

- Être recruté pour exécuter une **tâche déterminée et ponctuelle** (l'emploi ne doit pas correspondre à un besoin permanent) ;
- **Être rémunéré à la vacation**, c'est-à-dire à la tâche.

Si l'une de ces conditions manque, la personne n'est pas employée en tant que vacataire mais en tant qu'agent contractuel.

---

## Transformation CDD en CDI - CNRS

---

- *La consécration de la théorie de l'employeur unique et véritable*

Un agent est recruté en CDD par le CNRS à dix reprises entre 2004 et 2011, en tant qu'ingénieur d'études au sein du Laboratoire d'astrophysique de Marseille (LAM) pour une durée totale de cinq ans et sept mois. Dans la foulée, il signe un contrat de prestation de services avec le CNRS, sous le statut d'auto-entrepreneur. Au terme de celui-ci l'agent a demandé à bénéficier d'un CDI sur le fondement de [l'article 8 de la loi du 12 mars 2021](#) dite « loi Sauvadet ». Cet article prévoit la transformation obligatoire en CDI du contrat d'un agent public qui justifie d'une durée **de services effectifs de six années** accomplis auprès **du même employeur**, au cours des huit années précédant la publication de ladite loi.

Appliquant la théorie de l'employeur unique et véritable, le Conseil d'Etat confirme que les services réalisés en tant qu'auto-entrepreneur devaient bien être regardés comme accomplis auprès du seul CNRS dans la mesure où :

- le choix de conclure avec le requérant un contrat de prestation de services en tant qu'auto-entrepreneur avait pour objectif de ne pas dépasser la durée de six années de services publics effectifs ;
- le requérant, en tant qu'auto-entrepreneur avait pour unique client le CNRS et sa mission était remplie sous l'autorité du responsable d'équipe du LAM ;
- l'exécution du contrat de prestation s'était fait dans les locaux du laboratoire et avait reçu « une contribution forfaitaire » d'un niveau analogue à la rémunération qu'il percevait lorsqu'il était employé en CDD par le CNRS.

Cette décision **consacre solennellement la théorie de l'employeur unique et véritable dans le contentieux de la transformation des CDD en CDI** : « lorsqu'un agent demande la transformation de son contrat en contrat à durée indéterminée, il appartient au juge administratif, de rechercher, en recourant au besoin à la méthode du faisceau d'indices, si en dépit de l'existence de plusieurs employeurs apparents, l'agent peut être regardé comme ayant accompli la durée nécessaire de services publics effectifs auprès d'un employeur unique ». Les indices permettant de déceler un employeur unique sont : **les conditions d'exécution du contrat, la nature des missions qui lui sont confiées et l'existence ou non du lien de subordination vis-à-vis du chef du service concerné**. De plus, se trouve clairement confirmée, la solution selon laquelle la théorie de l'employeur unique et véritable a tout autant vocation à jouer lorsque l'un des employeurs successifs est une personne privée, la période privée (ici en tant qu'auto-entrepreneur) pouvant être incluse dans la durée des services publics effectifs requise pour la transformation du contrat. [Conseil d'Etat, 9 octobre 2019, n°422874](#)

- *Plusieurs employeurs apparents peuvent ne cacher « qu'un seul et véritable employeur »*

Cette décision de la cour d'appel de Marseille s'inscrit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. Une assistante ingénieure en biologie avait été recrutée en CDD successifs par le CNRS pendant 5 ans, puis par une société de droit privé pendant 18 mois, et à nouveau par le CNRS. La requérante sollicitait la transformation de son contrat en CDI. La Cour d'appel de Marseille considère qu'en dépit de l'emploi en contrat de travail par une personne morale de droit privé, l'agente a effectué une durée de services publics effectifs auprès du même employeur, au regard notamment de ses liens fonctionnels et financiers avec le CNRS durant le contrat de travail ainsi que de sa subordination juridique à son égard. En effet, concernant les conditions d'exécution du contrat, en particulier dans le lieu d'affectation, l'agente a continué d'être employée dans la même équipe de recherche. Sur la nature des missions confiées, l'agente était sur le même poste de travail en qualité de responsable d'une expérimentation bien définie et précise. Sur l'existence ou non d'un lien de subordination vis-à-vis du chef de service concerné, l'agente avait continué à être employée sous la direction scientifique de la même directrice de recherche du CNRS. Enfin, durant cette période d'emploi, sa rémunération était assurée au moyen d'un contrat de collaboration financé en partie par le CNRS. Le lien de subordination avait ainsi perduré avec le CNRS. [Cour administrative d'appel de Marseille, 19 novembre 2019, n°19MA02646](#)

- *Quand la théorie de l'employeur véritable se heurte à l'objet du contrat*

Par plusieurs CDD successifs, un agent avait été employé par le CNRS comme ingénieur de recherche au sein de l'unité mixte de recherche (UMR) 8161, puis par l'université de Lille comme attaché temporaire d'enseignement et de recherche (ATER) tout en continuant ses activités au sein de l'UMR. Il a été ensuite employé à l'Institut Pasteur de Lille pour mener des travaux au sein de la même UMR. Il demandait au CNRS la transformation du CDD, signé avec l'Institut Pasteur, en CDI conclu avec le CNRS. Le CNRS a refusé. Le Conseil d'Etat juge que la cour d'appel ne pouvait pas estimer que les indices tirés de la continuité des activités de recherche traduisaient des services effectifs assurés auprès d'un même employeur (le CNRS) sans tenir compte de l'objet principal du contrat d'ATER, qui est de définir des obligations d'enseignement pour le compte exclusif de l'université. En effet, aux termes de [l'article 6 bis de la loi du 11 janvier 1984](#), « un contrat en cours est réputé être conclu à durée indéterminée lorsque l'agent peut justifier de six années de service (au titre des contrats visés aux articles 4, 6, 6 quater à 6 sexies) mais ce à deux conditions :

- d'une part, que cette durée ait été accomplie dans sa totalité « auprès du même département ministériel, de la même autorité publique ou du même établissement public » (continuité d'employeur) ;
- d'autre part, qu'elle l'ait été « dans des fonctions relevant de la même catégorie hiérarchique (continuité du niveau des fonctions).

Il résulte que l'objet principal du contrat d'ATER est de définir les obligations d'enseignement de l'intéressé pour le compte de l'université. L'arrêt suggère que, malgré la poursuite de facto d'activités au bénéfice d'une seule et même personne publique à l'occasion de CDD successifs, la circonstance qu'un de ces contrats impose, en vertu des textes, l'exercice exclusif d'une activité au profit d'une autre personne publique **suffit à rendre inapplicable la théorie de l'employeur unique et véritable.**  
[Conseil d'Etat, 9 octobre 2019, n°422866](#)

### **Règles et conditions pour renouveler un CDD et CDI dans la fonction publique.**

*Texte de référence* : Articles 4, 6, 6 bis de la [loi n°84-16 du 11 janvier 1984](#) portant dispositions statutaires relatives à la FPE

Selon le motif de son recrutement, l'agent contractuel peut être recruté en CDD renouvelable en CDI au bout de 6 ans de services ou directement en CDI. Les cas de recrutement en CDD cdisable ou directement en CDI varient selon les fonctions publiques.

Tout contrat conclu ou renouvelé sur l'un des emplois ou fonctions énumérés dans les articles précités de la loi du 11 janvier 1984 avec un **agent qui justifie déjà de 6 ans de services publics** accomplis en totalité **au sein du même ministère** (ou de la même autorité publique ou du même établissement public) et **dans des fonctions de même catégorie hiérarchique** est conclu pour une durée indéterminée.

Quand un agent atteint l'ancienneté de 6 ans en cours de CDD, ce CDD est alors considéré comme étant conclu à durée indéterminée. L'administration adresse à l'agent une proposition d'avenant confirmant la nouvelle nature de son contrat. En cas de refus de cet avenant, l'agent est maintenu en fonctions jusqu'à la fin de son CDD en cours.

Les services accomplis de manière discontinue sont pris en compte si la durée des interruptions entre 2 contrats ne dépasse pas 4 mois. Pour le calcul de la durée d'interruption entre 2 contrats à partir du 12 mars 2020, la période de l'état d'urgence sanitaire du 24 mars au 10 juillet 2020 n'est pas prise en compte.

Rappel : le renouvellement d'un CDD en CDD ou en CDI n'est pas un droit.

---

## Non-renouvellement de CDD

---

Parce que le CDD comprend un terme précis dont le renouvellement doit être expressément prévu par l'administration lorsque le besoin qui a justifié le recrutement d'un agent contractuel n'a pas disparu, le juge ne reconnaît pas de droit au renouvellement du contrat. La décision de non-renouvellement de contrat n'a pas être formellement motivée. Pour autant, l'absence de droit à renouvellement du contrat ne dispense pas l'administration d'avoir à justifier, notamment en cas de contentieux, d'un motif de non-renouvellement.

- *L'intérêt du service*

Le Conseil d'Etat rappelle ici qu'un agent qui a été recruté par un CDD ne bénéficie ni d'un droit au renouvellement de son contrat ni, à plus forte raison d'un droit au maintien de ses clauses si l'administration envisage de procéder à son renouvellement. Toutefois l'administration ne peut légalement décider, au terme de son contrat, de ne pas le renouveler ou de proposer à l'agent, sans son accord, un nouveau contrat substantiellement différent du précédent, que pour un motif tiré de l'intérêt du service. Un tel motif s'apprécie au regard **des besoins du service ou de considérations tenant à la personne de l'agent**. [Conseil d'Etat, 19 décembre 2019, n°423685](#)

- *La justification budgétaire*

Le non-renouvellement d'un agent doit être justifié par l'intérêt du service. Il est ici admis que ce dernier prenne la forme d'un motif purement budgétaire. Les agents contractuels apparaissent bien ici, pour ce qu'ils sont parfois : une variable d'ajustement financière. [Cour administrative d'appel de Versailles, 19 novembre 2019, n°16VE00856](#)

### Quelques règles sur le non-renouvellement

*Textes de référence* : [Décret n°86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux agents contractuels de la FPE](#)

[Circulaire du 20 octobre 2016 relative aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'État](#)

L'absence de droit au renouvellement du contrat est valable même si l'agent est en congé de maternité, ou en congé de maladie à la date de fin de contrat initialement prévue. En application de [l'article 27 du décret du 17 janvier 1986](#), « lorsque le contrat est conclu pour une durée déterminée, les congés prévus aux titres III, IV, V et VI ne peuvent être attribués au-delà de la période d'engagement restant à courir ». L'interdiction de licencier une agente en état de grossesse ne s'applique donc pas à un non-renouvellement de contrat de travail, à l'expiration de celui-ci.

En cas d'annulation par le juge d'une décision de non-renouvellement, l'agent ne dispose pas d'un droit à réintégration au-delà du terme initialement prévu de l'engagement. Par contre, le fait que l'autorité administrative indique à l'agent, après avoir recueilli son accord, qu'elle va lui faire parvenir un nouveau contrat, constitue une promesse d'engagement, dont le non-respect est de nature à engager la responsabilité de la collectivité, qui peut alors être condamnée à réparer le préjudice causé.

L'attention des administrations sur la jurisprudence relative au non-renouvellement a été rappelée dans la [circulaire du 22 juillet 2013](#).

---

## Période d'essai – Absence - Prorogation

---

- *En cas d'absence de l'agent contractuel au cours de sa période d'essai, la prorogation de celle-ci est possible*

Une psychologue contractuelle de l'Etat avait été recrutée par un CDD de trois ans prévoyant une période d'essai de trois mois susceptible d'être prorogée une fois pour la même durée, ce qui fut le cas en l'espèce. Ayant été en congé de maladie pendant plus d'un mois et demi au cours de la période d'essai de six mois, l'administration a décidé de proroger à nouveau la période d'essai de 49 jours. A la fin de cette période l'administration a procédé à son licenciement pour insuffisance professionnelle. La requérante conteste d'une part, la prorogation de sa période d'essai au-delà de sa durée maximale de six mois, d'autre part, son licenciement pour insuffisance professionnelle intervenu selon elle à une date où la période d'essai avait expiré. En effet, les conditions procédurales et les exigences de fond sont moins rigoureuses si le licenciement s'effectue en cours ou au terme de la période d'essai. Le tribunal administratif juge légale la prorogation de sa période d'essai, dont la possibilité n'est ni prévue par un texte ni inscrite au contrat, dans la mesure où elle répond à l'objet même de cette phase probatoire. En effet, aux termes de [l'article 9 du décret du 17 janvier 1986](#), le contrat ou l'engagement peut comporter une période d'essai qui permet à l'administration d'évaluer les compétences de l'agent dans son travail et à ce dernier d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent. C'est donc sans commettre d'erreur de droit ni d'appréciation que l'administration a prorogé la période d'essai. En revanche, le licenciement est annulé pour erreur de fait, la matérialité des griefs invoqués à l'encontre la requérante n'étant pas établie par les pièces du dossier. Le tribunal enjoint au ministre concerné de procéder à la réintégration juridique de la requérante. [Tribunal administratif de Montreuil, 22 novembre 2019, n°1808996, n°1811151](#)

A savoir que le droit applicable aux agents publics contractuels en matière de période d'essai s'inspire largement des dispositions du code du travail et de leur interprétation par le juge judiciaire (Cour de cassation). Il est intéressant de constater le mouvement qui le relie aussi au droit applicable aux fonctionnaires stagiaires. En effet le Conseil d'Etat a tendance à assimiler la situation de l'agent public contractuel en période d'essai à celle du fonctionnaire en période de stage.

**A noter que :** Le contrat peut prévoir une période d'essai. L'administration en fixe la durée dans la limite d'un jour ouvré par semaine de durée de contrat et de :

- 3 semaines pour un CDD inférieur à 6 mois,
- 1 mois pour un CDD inférieur à 1 an,
- 2 mois pour un CDD inférieur à 2 ans,
- 3 mois pour un CDD égal ou supérieur à 2 ans,
- 4 mois pour un CDI.

La période d'essai peut être renouvelée 1 fois pour une durée au maximum égale à la durée initiale. La durée de la période d'essai et la possibilité de la renouveler doivent figurer dans le contrat. Aucun préavis ne s'impose lorsque l'une des 2 parties souhaite mettre fin au contrat au cours ou à la fin de la période d'essai.

Aucune période d'essai ne peut être prévue quand un contrat est conclu ou renouvelé par la même administration avec un même agent pour exercer les mêmes fonctions ou occuper le même emploi qu'auparavant.