

N°s 422866 et 422874
CNRS

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies
Séance du 25 septembre 2019
Lecture du 9 octobre 2019

CONCLUSIONS

Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique

Les deux affaires qui viennent d’être appelées vous conduiront à examiner la qualification de différents types de contrats d’agents exerçant au Centre national de la recherche scientifique (CNRS). Plus précisément, est en cause la question de la « CDisation » après six années de services.

Précisons pour ôter tout doute, que malgré la diversité d’employeurs ou de contrats conclus, comme nous le verrons, le juge administratif est bien compétent pour connaître de ces litiges. Ils sont en effet nés d’une décision de refus du CNRS, établissement public national à caractère scientifique et technologique. Confrontés à des agents estimant avoir accompli six années de services au CNRS et réclamant de ce fait un CDI, le CNRS a opposé des décisions de refus, en l’espèce à M. G... d’une part, et M. F..., d’autre part.

1. Vous savez qu’en application de l’article 6 bis de la loi du 11 janvier 1984 *portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l’Etat*, tout contrat conclu ou renouvelé avec un agent qui justifie une durée de services effectifs de six ans est conclu pour une durée indéterminée¹.

Ces dispositions sont issues de la loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 *sur l’amélioration des conditions d’emploi des agents contractuels de la fonction publique*, dite loi Sauvadet. Cette loi faisait suite à un protocole d’accord signé le 30 mars 2011 entre le gouvernement et six des huit organisations représentatives des fonctionnaires. Outre des dispositions portant sur la titularisation d’agents contractuels, elle prévoyait un dispositif de « CDisation ». Ce mouvement, comme le rappelle Sophie-Justine Lieber dans ses conclusions sur une autre décision CNRS (28 mars 2018, n° 402913), était « déjà largement amorcé, sous l’influence du droit communautaire, par la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 ».

Bien que ce mécanisme ait pu être critiqué, paradoxalement, comme fragilisant le statut des fonctionnaires, il a pour objectif majeur d’éviter la précarité liée à la succession de CDD, sur des périodes longues, auxquels bon nombre d’administrations avaient parfois recours, dans des conditions parfois peu exemplaires.

¹ Sauf si l’agent le refuse

L'article 8 de la loi Sauvadet a prévu des dispositions transitoires, pour les agents ayant accompli auprès du même employeur public une durée de services effectifs au moins égale à 6 ans au cours des 8 années précédant la publication de la loi.

L'article 6 bis – dispositif pérenne – de la loi du 11 janvier 1984 prévoit logiquement un certain nombre de conditions à la CDisation. Il faut d'abord que les fonctions concernées relèvent « de la même catégorie hiérarchique », notion que vous avez très récemment interprétée (28 juin 2019, H..., n° 421458, conclusions Gilles Pellissier).

L'article 6 bis précise également que cette durée de six ans « doit avoir été accomplie dans sa totalité auprès du même département ministériel, de la même autorité publique ou du même établissement public ». Rien de plus logique en effet : il faut une identité d'employeur pour apprécier si le contrat doit, au lieu, d'être conclu en CDD, être transformé en CDI. Cette règle n'aurait guère de sens avec des employeurs différents. Le dernier employeur, s'il est distinct du précédent, n'a aucune raison de se voir appliquer cette règle.

Encore faut-il déceler qui est l'employeur, ce qui dans certaines hypothèses, n'est pas aisé. De façon générale, lorsque vous devez identifier le véritable employeur d'un agent, vous utilisez la méthode du faisceau d'indices.

Vous l'avez inaugurée avec votre avis du 16 mai 2001, Mlle J... et Mlle P... (n° 229810, 229811, au Recueil, conclusions Pdte Fombeur), s'agissant des contrats emploi-solidarité, pour vérifier si l'Etat n'était pas en réalité le véritable employeur dans certaines situations, en précisant que les indices pouvaient être « trouvés dans les conditions d'exécution du contrat » (affectation, tâches confiées, lien de subordination).

Depuis, vous avez appliqué régulièrement cette méthode (par exemple : 26 octobre 2005, Ministre de la culture et de la communication, n° 267062, aux Tables).

Dans ses conclusions sur la décision INSERM (23 septembre 2016, n° 391143), Vincent Daumas souligne à juste titre que « la requalification d'un contrat est une opération à laquelle les juges du fond ne se livrent qu'avec précaution ». Vous exercez quant à vous en cassation un contrôle de qualification juridique sur cette requalification opérée, le cas échéant, par les juges du fond (voir par ex. décision CNRS précitée).

2. Vous devez apprécier la qualification de trois types de contrats particuliers, pour deux agents employés par le CNRS, qui a refusé la transformation de leur CDD en CDI :

- Un contrat d'ATER
- Une bourse de recherche
- Un contrat d'auto-entrepreneur,

les deux premiers concernant le premier pourvoi, le dernier le second pourvoi.

Les cours administratives d'appel de Marseille et de Douai ont estimé que les services effectués dans le cadre de ces contrats devaient être pris en compte pour le calcul de la durée des six ans travaillés auprès du CNRS et justifiaient, en conséquence, la CDisation.

Disons d'emblée que nous pensons que le cas des ATER doit être isolé, alors que les autres contrats justifiaient la requalification opérée par le juge.

Pour vous en convaincre, il nous faut d'abord dire un mot rapide des textes régissant le CNRS. L'article 2 du décret n° 82-993 du 24 novembre 1982 *portant organisation et fonctionnement du Centre national de la recherche scientifique* prévoit que sa première mission est « d'identifier, d'effectuer ou de faire effectuer, seul ou avec ses partenaires, toutes recherches présentant un intérêt pour l'avancement de la science ainsi que pour le progrès économique, social et culturel du pays ». Le travail en partenariat avec des personnes publiques ou privées est ainsi inhérent à l'action du CNRS, ce qui contribue à expliquer la diversité de contrats en présence.

Le CNRS est par ailleurs organisé en instituts, et en unités de recherche. Il emploie des personnels ayant la qualité de fonctionnaires ou des agents contractuels à durée déterminée ou indéterminée, ainsi que des étudiants, doctorants ou post-doctorants, notamment à l'occasion de stages, selon des dispositions spécifiques.

3. Commençons par le cas des ATER (les allocataires de recherche). Ce que vous jugerez aura une importance certaine dans le milieu universitaire et de la recherche.

M. G... a conclu quatre contrats successifs, dont deux directement avec le CNRS puis deux autres, l'un comme ATER, l'autre, adossé à une bourse de recherche, avec l'Institut Pasteur.

Vous avez été amenés à vous prononcer sur les allocataires de recherche par votre décision Secrétaire d'Etat auprès du Premier ministre chargé de la recherche c/ T... (26 mars 1982, n° 33827), en application du décret du 8 septembre 1976 qui a créé les allocations de recherche. Vous avez alors jugé qu'ils devaient être regardés comme ayant la qualité d'agents de l'Etat pour l'application des règles du code du travail précisant les conditions dans lesquelles les agents non titulaires avaient droit, en cas de licenciement, à une indemnisation.

Leur situation a ensuite été hissée au rang législatif, avec la loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation, qui a prévu que les allocataires de recherche sont « titulaires de contrats à durée déterminée pour la période de formation », leur permettant une affiliation au régime général de la sécurité sociale, disposition reprise à l'article L. 412-2 du code de la recherche depuis 2006².

L'article 1^{er} du décret du 7 mai 1988 *relatif au recrutement d'attachés temporaires d'enseignement et de recherche dans les établissements publics d'enseignement supérieur* prévoit que les établissements publics d'enseignement supérieur relevant du ministre chargé de l'enseignement supérieur peuvent faire appel à des ATER recrutés par CDD. L'article 10 du même décret prévoit qu'ils assurent annuellement un certain nombre d'heures d'enseignement.

La durée du contrat dépend de la catégorie de l'agent selon des dispositions précisées par le décret. Ainsi, par exemple, pour les fonctionnaires titulaires et stagiaires de catégorie A

² Loi n° 2006-450 du 18 avril 2006 de programme pour la recherche

préparant un doctorat ou une habilitation à diriger des recherches (HDR) ou s'engageant à se présenter à un concours de recrutement de l'enseignement supérieur, la durée du contrat est au maximum de trois ans et peut être renouvelé une fois pour une durée d'un an lorsque les travaux de recherche le justifient (*article 5 du décret*). En revanche, s'agissant des étudiants n'ayant pas achevé leur doctorat ou des titulaires d'un doctorat ou d'une HDR s'engageant à se présenter à un concours de recrutement de l'enseignement supérieur, la durée du contrat est au maximum d'un an, renouvelable une fois pour la même durée (*article 7-1 du décret*).

Les contrats d'ATER n'évoquent pas expressément leurs activités de recherche, mais renvoient au décret. Mais celui-ci n'évoque pas davantage les activités de recherche. Il ne mentionne que les obligations d'enseignement. On sait, eu égard à l'objet du dispositif et aux candidats susceptibles d'en bénéficier, que l'esprit des contrats d'ATER est bien de combiner enseignement et recherche, en permettant la poursuite des travaux de recherche et notamment souvent de thèse. Mais il est vrai que c'est plus ce que nous en savons que ce qui ressort du texte même. En tout état de cause, il est certain que le décret prévoit que l'employeur d'un ATER est un établissement d'enseignement supérieur et que la mission prévue au contrat est bien l'enseignement.

En conséquence, lorsqu'un agent exerce des fonctions d'ATER par un contrat conclu avec une université, pour y enseigner, nous ne pensons pas possible de considérer que le contrat a été accompli auprès du CNRS et doit y être assimilé pour la comptabilisation des six années, quand bien même ses activités de recherche sont effectuées au CNRS. Et ce pour deux raisons.

D'une part, l'employeur n'est pas le même (le CNRS n'est pas l'employeur du contrat d'ATER), ce qui est, comme on l'a vu, une condition posée par la loi pour la transformation du contrat en CDI. L'ancienneté acquise au titre d'un contrat conclu avec un établissement public n'est donc pas conservée à l'occasion d'un recrutement de l'agent par un autre établissement public.

D'autre part, cette raison ne nous arrêterait pas – et elle ne nous arrêtera d'ailleurs pas pour la suite - si l'université était en réalité un employeur « écran » alors que la réalité des fonctions seraient effectuées pour le compte du CNRS. Mais tel n'est pas le cas pour des fonctions d'ATER car elles ne consistent pas en un travail exclusif de recherche, mais elles comprennent une part d'enseignement. C'est même l'activité d'enseignement qui est principalement régie par le décret comme nous l'avons dit (*article 10*). Les fonctions ne sont donc pas les mêmes, ou seulement partiellement les mêmes, entre un contrat d'ATER et un contrat avec le CNRS pour des activités exclusives de recherche. Il n'y a donc pas lieu de considérer que le CNRS était le réel employeur. C'était l'université, non seulement formellement (car elle est signataire du contrat et exerce le pouvoir hiérarchique) mais aussi et surtout effectivement (compte tenu des missions d'enseignement).

Nous ne sommes donc pas dans un cas justifiant la CDisation et bien que cette logique soit souvent et logiquement perçue comme apportant une sécurisation professionnelle, nous pensons que le cas des ATER est particulier. Il y aurait des effets contre-productifs, dans l'intérêt des chercheurs eux-mêmes, à ce que ces contrats soient comptabilisés comme des CDD classiques. Ces postes sont par nature provisoires et ils ne sont conclus qu'en lien avec

un financement spécifique et un projet de thèse ou de concours. Bien que les arguments tenant aux effets pervers doivent toujours être maniés avec prudence, nous pensons en l'espèce, s'agissant des ATER, que les assimiler à des CDD classiques conclus avec l'organisme de recherche pourrait désinciter celui-ci à recruter des ATER ou à poursuivre le travail avec eux.

Au total, tant en raison de la lettre que de l'esprit du texte, nous vous proposons de juger que les contrats d'ATER conclus avec une université ne peuvent être assimilés à des contrats de recherche conclus avec le CNRS. Il ne s'agit pas d'un montage ou d'un « faux-nez » mais de vrais contrats, de nature différente, conclus avec un employeur distinct.

Dans le premier pourvoi, la cour a donc commis une erreur de droit en retenant que dès lors que des activités de recherche étaient poursuivies, la durée du contrat d'ATER devait être comptabilisée dans les services accomplis au CNRS.

4. Deuxième contrat à qualifier : le contrat adossé à une bourse de recherche post-doctorale

Ce point vous retiendra moins longtemps.

D'abord, vous l'avez déjà tranché par votre décision CNRS du 28 mars 2018 (n° 402913, aux Tables) s'agissant d'une bourse de recherche versée par un organisme privé. En appliquant la technique du faisceau d'indices pour déterminer l'employeur, vous avez retenu qu'un agent ayant participé à des travaux de recherche au sein d'une unité de recherche du CNRS, sous la supervision directe du directeur de cette unité et en étant soumis aux mêmes obligations de travail et aux mêmes sujétions que les chercheurs du CNRS qui concouraient à ces travaux avait accompli des services auprès du CNRS, alors même qu'il n'était pas rémunéré par le CNRS mais touchait une « libéralité » versée annuellement par un autre organisme au titre de ses recherches (28 mars 2018, CNRS, n° 402913, aux Tables).

En l'espèce, M. G... a bénéficié d'une bourse de recherche versée par l'Agence nationale de recherche sur le SIDA et les hépatites virales (ANRS) et il a conclu à cette occasion un CDD avec l'Institut Pasteur de Lille, afin de mener de nouvelles recherches. La cour a relevé qu'il ressortait d'échanges électroniques entre le CNRS et l'Institut Pasteur que cette bourse de recherche constituait en réalité un mécanisme de « portage salarial » au profit du CNRS et que l'intéressé avait poursuivi les mêmes recherches dans les mêmes locaux, sous l'autorité directe du même directeur du CNRS. Elle a donc, à bon droit, estimé que ces fonctions devaient être comptabilisées dans les années de services auprès du CNRS.

Vous n'aurez toutefois pas à vous prononcer expressément sur ce moyen, sauf à vouloir le préciser, puisque vous annulerez l'arrêt, si vous nous suivez, sur le moyen concernant le contrat d'ATER.

5. Nous en venons au second pourvoi.

Le CNRS a conclu pas moins de 10 CDD avec M. F... entre 2004 et 2011. A la suite du refus du CNRS de lui proposer un nouveau CDD à l'expiration du 10^{ème} contrat, M. F... a opté pour le statut d'auto-entrepreneur et a alors signé un contrat de prestation avec le CNRS. Mais ce dernier a ensuite décidé qu'il ne souhaitait plus recourir à des auto-entrepreneurs. M. F... a

reçu une décision de rejet à sa demande de bénéficier d'un CDI (en application cette fois de l'article 8 de la loi Sauvadet). La CAA de Marseille a fait droit à la demande de M. F....

La question intéressante qui vous est ici posée est celle de la requalification d'un contrat d'auto-entrepreneur.

Cette requalification est évidemment sensible dans le contexte juridique, économique et social, qui voit se développer, dans différents secteurs, des formes d'auto-entrepreneuriat, parfois réelles, parfois moins, conduisant à des requalifications en salariat déguisé par le juge judiciaire.

Comme l'a très justement souligné la cour de Marseille, le bénéfice de l'article 8 de la loi Sauvadet « ne saurait être invoqué par un travailleur indépendant qui, à la date d'entrée en vigueur de la loi, est lié à l'administration par un contrat de prestation de services, sauf s'il est démontré que la conclusion de ce contrat est constitutive d'un détournement de procédure propre à dissimuler le lien de subordination auquel le cocontractant de l'administration est en réalité assujéti ». Elle en a très pertinemment déduit qu'il appartenait dans ce cas au juge administratif de requalifier la relation contractuelle qui unit les parties et d'apprécier si, en dépit de l'apparence formelle du contrat, les conditions posées par l'article 8 étaient, de fait, remplies.

En l'espèce, si nous passons le contrat litigieux au laser de votre faisceau d'indices, deux éléments apparaissent décisifs. D'une part, le CNRS était le seul client de M. F.... D'autre part et surtout, ce dernier a occupé les mêmes fonctions, dans les mêmes lieux, avec les mêmes moyens du laboratoire, et en travaillant sous la direction du même responsable de l'équipe scientifique que lorsqu'il était en CDD avec le CNRS, qui plus est avec une rémunération équivalente.

La cour a donc estimé sans erreur ni de droit, ni de qualification juridique, que malgré le statut d'auto-entrepreneur, l'intéressé devait être regardé comme ayant travaillé auprès du CNRS au sens de l'article 8 de la loi Sauvadet. La circonstance que l'intéressé se soit placé lui-même dans cette situation nous semble sans incidence compte tenu des autres éléments conduisant à la requalification du contrat.

Nous nous inscrivons donc pleinement dans le raisonnement de la cour qui, si vous nous suivez, vous conduira à valider la requalification d'un contrat d'auto-entrepreneur que nous pourrions qualifier d'abusif. Vous mettrez ainsi un coup d'arrêt salutaire à des pratiques que les administrations – qui ne sont parfois guère de meilleures employeuses que les entreprises – pourraient être tentées de développer.

Cette position nous semble, au demeurant, cohérente avec celle que vous avez dégagée dans votre récente décision *H...* précitée. Vous avez retenu que le juge ne devait pas s'arrêter à l'intitulé des contrats mais rechercher la réalité des fonctions exercées pour déterminer si elles relèvent d'une « même catégorie hiérarchique ». De même, il faut bien sûr prendre en compte qui est l'employeur signataire du contrat, mais cela ne suffit pas : il faut aussi tenir compte de la réalité des liens effectifs pour déterminer si l'employeur est en réalité le même sur toute la période de référence des six ans. Autrement dit, par ces deux voies, vous contribuerez à

assurer ainsi la pleine mise en œuvre du dispositif voulu par le législateur, dont la finalité est de réduire la précarité dans la fonction publique.

Précisons que la cour a retenu un détournement de procédure. Ce « détour par le détournement » est presque surabondant car ce qui compte, c'est la qualification du contrat, sur laquelle vous exercez un contrôle de qualification juridique, qui en l'espèce nous conduit à valider l'appréciation de la cour. En tout état de cause, les échanges de mails entre M. F... et l'administration prouvent la volonté de trouver un « montage » juridique pour éviter tout risque de CDIisation. L'arrêt n'est donc pas entaché de dénaturation sur ce point (*contrôle que vous exercez sur le détournement de procédure : par ex : 10 avril 2002, M. L..., n° 234005, au Recueil*).

Vous pourrez enfin écarter comme inopérant le moyen tiré de ce que la cour aurait inexactement qualifié les faits en comptabilisant des périodes correspondant à deux contrats passés entre l'intéressé et l'université de Provence-Aix-Marseille I pour une durée totale de quatre mois. La cour les a cités, créant il est vrai une certaine confusion à la lecture de son arrêt, mais elle n'a pas procédé, en ce qui les concerne, à une opération de requalification. Elle n'en dit rien en réalité, se contentant de les mentionner. Le motif retenu par la cour s'agissant du contrat d'auto-entrepreneur suffisait, en tout état de cause, à ce que la condition de durée de six ans de services effectifs soit remplie et, partant, à justifier l'annulation du refus de CDI.

Par ces motifs, nous concluons :

Sur le n° 422866 :

- à l'annulation de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Douai
- au renvoi de l'affaire devant cette cour
- au rejet des conclusions présentées par M. G... au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Sur le n° 422874 :

- au rejet du pourvoi du CNRS.