

L'ARTICLE L 122-12 ALINEA 2 DU CODE DU TRAVAIL ET LE TRANSFERT D'UN SALARIE VERS UN SERVICE PUBLIC ADMINISTRATIF GERÉ PAR UNE PERSONNE PUBLIQUE

*Par Serge FARNOCCHIA
Maître de conférences à l'Université de La Réunion*

Il s'agit ici d'aborder, partiellement, le thème des contrats des personnes publiques à la croisée du droit du travail.

Partiellement, car la présence de multiples liens entre le droit du travail et le droit public interne pose une foule de questions sensibles. Le débat est très vaste et il faudrait sans doute analyser toutes ces interconnexions sans oublier le Droit constitutionnel ni le Droit de la Sécurité sociale. Du point de vue doctrinal, il conviendrait de mesurer l'influence exacte des théories du Droit public sur le Droit social et vice versa.

On se limitera à tenter de décrire l'une des illustrations de l'idée selon laquelle le droit social vu du droit public est un lieu d'hybridation (l'expression est du Professeur Christian-Albert GARBAR¹) à travers le thème suivant : l'application de l'article L 122-12 alinéa 2 du Code du travail en cas de transfert d'une entité économique jusque là exploitée par une entreprise de droit privé vers une personne publique gérant un service public administratif.

Comment justifier l'étude de cette question alors que les débats sont consacrés aux contrats des personnes publiques et que l'article L 122-12 alinéa 2 ne concerne que les contrats de travail de droit privé ?

Une première justification serait tirée de l'idée selon laquelle certaines personnes publiques sont habilitées à conclure des contrats de droit privé. Que l'on songe, par exemple, aux contrats emploi-solidarité institués par une loi du 19 décembre 1989, contrats pouvant être passés par des établissements publics et restant néanmoins des contrats de droit privé. On pourrait aussi évoquer les contrats emploi-jeunes ou son pendant pour les moins jeunes le dispositif « adultes-relais ». Pensons aussi à la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 : dans son article 35, ce texte dispose que les agents non titulaires des collectivités territoriales et des établissements publics en relevant en fonction à la date de publication de ladite loi et assurant des fonctions du niveau de la catégorie C d'entretien, de gardiennage ou de restauration bénéficient d'un contrat de travail à durée indéterminée et ont pu

¹ SSL n° spécial, supplément au n° 1095, p. 40.

demander que leur contrat de travail soit un contrat de droit privé soumis aux dispositions du Code du travail.

Dans ces dernières hypothèses cependant, l'admission du droit privé du travail dans certaines personnes publiques a été expressément prévue par le Législateur et ces contrats sont très précisément régis par des textes au sein desquels l'esprit du droit public n'est pas tout à fait absent.

En vérité, la justification des propos à venir tient plutôt de la notion de « contrat imposé », concept bien connu des civilistes qui l'appréhendent comme une exception au principe de la liberté contractuelle. Nous allons pouvoir constater que le jeu de l'article L 122-12 alinéa 2 du Code du travail a pour effet aujourd'hui, en vertu d'une jurisprudence récente, d'imposer au sein de personnes publiques gérant un EPA la présence de salariés soumis à un contrat de travail de droit commun.

Les occurrences sont nombreuses où cette règle nouvelle est amenée à jouer : reprise en régie directe par une commune d'une activité jusque là exercée par une entreprise privée (association ou société) telle que l'exploitation d'une piscine, d'un port de plaisance, d'abattoirs, le ramassage des ordures, la gestion de l'eau, reprise par un hôpital public des activités d'une clinique privée...

Première question : comment en est-on arrivé là ?

Deuxième interrogation : quelles peuvent être les conséquences d'une telle situation ?

Ces deux énigmes ont déjà fait couler beaucoup d'encre. Mais pas tant que cela en définitive. Certes, les aspects historiques d'une telle évolution ont été maintes fois décrits et nous nous contenterons alors, dans une première partie, de reprendre ces descriptions.

Les auteurs sont en revanche peu prolixes lorsqu'il s'agit d'envisager les effets de cette règle prétorienne. Comment appliquer les règles du secteur privé là où celles de la fonction publique règnent en maître ? Quelles peuvent être les conséquences de ce choc des cultures ? C'est dans une seconde partie que nous nous risquerons à ébaucher quelques débuts de réponse.

I/ LE TRANSFERT D'UN SALARIE DE DROIT COMMUN VERS UN ETABLISSEMENT PUBLIC GERANT UN SPA EN APPLICATION DE L'ARTICLE L 122-12 ALINEA 2 DU CODE DU TRAVAIL

L'article L 122-12 alinéa 2 du Code du travail dispose :

« S'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ».

Inspiré du Droit allemand qui avait laissé des traces en Lorraine et adopté sans discussion en juillet 1928 par l'assemblée Nationale, ce texte est l'un des plus

commentés du Code du travail (13 pages du Code Dalloz édition 2003). Il est exposé par la doctrine civiliste comme une exception au principe de l'effet relatif des contrats de l'article 1165 du Code civil.

A l'origine, la question du maintien du contrat de travail en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur (on parle aujourd'hui plus volontiers de transfert d'entreprise) était liée au texte relatif au délai-congé garanti aux salariés en cas de cessation de l'entreprise, texte codifié aujourd'hui à l'alinéa 1^{er} de l'article L 122-12 du Code du travail.

On a pu, un temps, présenter L 122-12 alinéa 2 comme une disposition répondant à la préoccupation du sort des contrats de travail en cas de succession concernant les petites entreprises individuelles ; mais on s'est vite aperçu que cette présentation était contraire à la lettre même du texte qui évoque en particulier la mise en société, la vente, la fusion... autant d'opérations qui concernent aussi bien les petites entreprises que les grosses.

Aujourd'hui, ce texte est perçu comme l'expression de la volonté de garantir la stabilité de l'emploi face au pouvoir de gestion des entrepreneurs et à leurs impératifs économiques. Ce qui explique que son interprétation a varié selon les époques, la jurisprudence ayant fait œuvre prétorienne afin de garantir aux plus faibles un peu de sécurité dans la possession de leur emploi.

Les choses sont encore un peu plus compliquées depuis que le droit européen s'est emparé de la question à travers la directive 77/187 du 14 février 1977¹ telle que modifiée par la directive 98/50 du 29 juin 1998², l'ensemble ayant été codifié par la directive 2001/23 du 12 mars 2001³. Et l'on sait qu'un texte interne doit être interprété « à la lumière » du Droit européen.

Pour couronner le tout, on fera remarquer que la liste des hypothèses de transfert d'entreprise donnée par l'article L 122-12 alinéa 2 du Code du travail n'est pas exhaustive : les exégètes savent combien l'usage de l'adverbe notamment dans un texte de loi est source de difficultés...

On décrira d'abord - et succinctement - les principales étapes de l'évolution jurisprudentielle relative à l'application de l'article L 122-12 dans les rapports de pur droit privé (A) car c'est l'aboutissement de cette évolution qui permet d'appréhender les enjeux de la question qui nous préoccupe ici, à savoir l'application de ce texte en cas de transfert d'entreprise vers un établissement de droit public exploitant un service public administratif (B).

¹ JOCE, L 61, 5 mars 1977, p. 26.

² JOCE, L 201, 17 juillet 1998, p. 88.

³ JOCE, 22 mars 2001, L 82/16.

A/ L'article L 122-12 C. trav. dans les rapports de droit privé : de l'exigence d'un lien de droit entre les employeurs successifs à celle du transfert d'une entité économique autonome.

Les hypothèses expressément visées par l'article L 122-12 alinéa 2 C. trav. ne posent guère de difficultés pratiques : succession, vente, fusion... L'opération porte à chaque fois sur une entreprise, un fonds de commerce, qu'il soit exploité sous la forme individuelle ou sous forme de société. De l'expiration d'une location-gérance à l'offre publique d'achat, L 122-12 s'applique naturellement. Les activités sont transférées en même temps que l'entreprise.

La difficulté survint avec le développement des formes d'externalisation de l'emploi, une entreprise, préférant concentrer ses ressources propres sur ses tâches historiques (« ce qu'elle sait faire ») et faisant appel à un prestataire de services pour faire effectuer les travaux accessoires et néanmoins nécessaires : nettoyage, restauration d'entreprise, gardiennage...

L'attribution de ce marché génère un chiffre d'affaire pour le prestataire de services attributaire. Mais, à l'expiration du contrat, ce dernier peut ne pas être renouvelé, l'entreprise cliente préférant confier ce marché à une autre entreprise prestataire de services ; ceci va entraîner une baisse du chiffre d'affaire chez le prestataire initial et sans doute des difficultés économiques qui le conduiront à envisager des licenciements économiques.

On conçoit alors l'intérêt pour les salariés du prestataire initial concernés par ces mesures de licenciement d'invoquer à leur profit le jeu de l'article L 122-12 alinéa 2 du Code du travail afin de se voir juridiquement rattachés à l'entreprise du nouveau prestataire, nouvel attributaire du marché et ceci en gardant le bénéfice de leurs avantages individuels acquis sous l'empire de leur ancien employeur !

La Cour de cassation leur donna satisfaction, au nom de la stabilité de l'emploi, dès 1934¹ et maintint cette position pendant près de 50 ans. Le texte était alors étendu bien au-delà de ses limites intrinsèques puisque la reprise d'une activité avec les mêmes moyens suffisait pour qu'il soit applicable, sans qu'aucun lien de droit n'existe entre les employeurs successifs.

Mais cette situation avait ses inconvénients. Le Professeur Ray fait remarquer non sans humour « qu'il est vain d'espérer améliorer la cuisine du restaurant d'entreprise si le « chef » doit poursuivre ses méfaits en passant d'un prestataire à l'autre »². De plus, pouvait-on parler de « modification dans la situation juridique de l'employeur » ? Il fallait bien l'avouer, cette jurisprudence était contraire à la lettre du texte.

Cela explique qu'elle fût abandonnée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en 1985³ puis un an après, par la Chambre sociale¹. A partir de cette

¹ Cass. civ. 27 février 1934, DH 1934, p. 252.

² J. E. Ray, Droit du travail Droit vivant, 11^{ème} éd. 2002/2003, Liaisons, p. 219.

³ Cass. plén. 15 novembre 1985, Dr. soc. 1986, p. 7, note G. Couturier.

époque, la modification dans la situation juridique de l'employeur ne pouvait plus résulter de la seule perte d'un marché. L'application de l'article L 122-12 C. trav. supposait l'existence d'un lien de droit entre les employeurs successifs.

Les professions principalement concernées par ce revirement de jurisprudence durent réagir. Leur activité consistant dans l'exécution de marchés, la perte de ces derniers impliquait de « provisionner » le coût lié aux licenciements économiques qui nécessairement s'ensuivraient. La réaction se fit par voie conventionnelle : des accords collectifs de branche s'inspirant de l'ancienne jurisprudence (avec des aménagements : par exemple, reprise de 80% des salariés ayant une certaine ancienneté...) furent conclus.

Cette nouvelle position jurisprudentielle ne résista pas très longtemps à l'emprise du droit communautaire. Par un arrêt du 10 février 1988², la CJCE, saisie d'une demande d'interprétation de la directive CEE du 14 février 1977 écarta toute exigence d'un lien de droit pour l'application de L 122-12 al. 2 ; et l'Assemblée plénière de la Cour de cassation lui emboîta le pas dans un arrêt du 16 mars 1990³ : au visa de la directive de 1977, la Cour précise que l'article L 122-12 al. 2 s'applique, même en l'absence de lien de droit entre les employeurs successifs, dès lors qu'il y a « transfert d'une entité économique conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise ».

Aujourd'hui, il convient donc de se demander deux choses :

1°/ Y a-t-il transfert d'une entité économique autonome ? Celle-ci étant entendue comme un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité qui poursuit un objectif propre. Ainsi, par exemple, un arrêt du 11 juin 2002⁴ indique que le changement de concessionnaire exclusif d'une marque automobile entraîne un tel transfert et qu'il ne s'agit pas de la simple perte d'un marché. Distinguo subtil qui n'a rien d'évident, selon la doctrine⁵...

2°/ Est-ce que l'entité économique transférée a gardé, suite au transfert, son identité ? Cette dernière question nous intéresse plus particulièrement lorsque l'un des acteurs de ce transfert d'activité est une personne publique.

¹ Cass. soc. 12 juin 1986, Bull. civ. n° 299.

² Dr. soc. 1988, p. 455, note G. Couturier.

³ Bull. civ. ass. plén., n° 4.

⁴ N° 01-43.051 P+B+R+I, SSL n° 1082, p. 11.

⁵ J. E. Ray, op. cit., p. 220.

B/ L'entité économique garde-t-elle son identité lorsqu'elle est transférée vers un établissement public gérant un service public administratif ? (L'histoire d'un revirement annoncé)

1°/ La jurisprudence antérieure à l'arrêt du 25 juin 2002

Lorsque l'un des acteurs du transfert d'activité était une personne publique, la Cour de cassation, jusqu'à une période récente, établissait une distinction entre service public à caractère industriel et commercial et service public à caractère administratif.

Dans la première hypothèse, l'article L 122-12 alinéa 2 du Code du travail pouvait s'appliquer. Ainsi, par exemple, en cas d'acquisition par une commune d'un immeuble et d'un fonds de commerce exploité dans cet immeuble, dès lors que l'exploitation est continuée sous forme de SPIC¹. Ou encore quand une commune reprend un service de distribution d'eau potable et qu'elle l'exploite sous forme de SPIC², la reprise en régie directe sous forme de SPIC étant possible en vertu de l'article L 323-1 du Code des communes³.

Dans la seconde hypothèse, la Haute Cour considérait que l'activité exercée sous la forme d'un service public administratif était exclusive de l'applicabilité de l'article L 122-12 alinéa 2 du Code du travail. Ainsi, par exemple, à propos de la cession d'une clinique privée à un établissement public hospitalier à caractère administratif⁴. Mais aussi concernant la reprise par une commune de la gestion d'une piscine⁵... ou d'un service de distribution d'eau⁶ !!

On tentait de justifier cette distinction en se fondant sur le critère du maintien de l'identité de l'entité économique transférée. Maintien lorsque l'activité était reprise par un SPIC et donc application de L 122-12 al. 2 ; absence de maintien quand l'entité économique était transférée à un SPA et donc inapplication de L 122-12 al. 2. Il est vrai que la législation sociale du droit privé et celle applicable aux personnes publiques gérant un service public administratif pouvaient sembler trop différentes ; l'application de L 122-12 al. 2 pouvait conduire à une modification « trop substantielle » de la situation juridique des « travailleurs » pour que l'on puisse considérer que l'activité économique transférée avait gardé son identité⁷.

Mais cette distinction appelait une critique fondamentale : elle reposait sur une conception trop absolue de la différenciation entre SPIC et SPA alors que celle-ci n'est pas aussi étanche. A cet égard, l'exemple de la gestion de l'eau est topique.

¹ Cass. soc. 2 octobre 1985, Bull. civ. n° 429.

² Cass. soc. 7 octobre 1992, Bull. civ. n° 500.

³ Cass. soc. 9 mai 2000, inédit, n° 98-40043, à propos de la reprise par la commune de Sainte-Foy Tarentaise d'un service de remontées mécaniques jusque là exploité par une société anonyme.

⁴ Cass. soc. 7 février 1980, Bull. civ. n° 115. Cass. soc. 24 octobre 1989, Bull. civ. n° 609.

⁵ Cass. soc. 8 novembre 1978, Bull. civ. n° 743.

⁶ Cass. soc. 10 juillet 1995, AJDA 1996, p. 396, note M. Bazex.

⁷ S. Pugeault, note sous Cass. soc. 25 juin 2002, AJDA 2002, p. 695.

On le sait, les maires soucieux de leur budget ont compris qu'il était plus économique de gérer eux-même ce service que d'en confier la gestion à une entreprise privé. Mais le transfert peut s'opérer aussi bien vers un SPIC que vers un SPA. Il s'agit pourtant bien de la même activité économique ! L'applicabilité de l'article L 122-12 alinéa 2 du Code du travail pourrait-elle donc dépendre de la volonté d'un Conseil municipal ? Rien n'est moins sûr...

Cette distinction, trop artificielle était amenée à disparaître.

2°/ L'arrêt du 25 juin 2002

Ici encore, le Droit européen a fait son œuvre.

On rappelle que la directive 77/187/CEE du 14 février 1977, modifiée par la directive 98/50/CE et « recodifiée » par la directive 2001/23/CE prévoit le transfert au cessionnaire des droits et obligations qui résultent, pour le cédant, d'un contrat de travail existant à la date du transfert. L'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive (dans la rédaction issue de la directive de 1998) prévoit son applicabilité « aux entreprises publiques et privées exerçant une activité économique, qu'elles poursuivent ou non un but lucratif... ».

Et l'on sait aussi que l'interprétation de L 122-12 al 2 C. trav. doit tenir compte de cette directive, ce que dit d'ailleurs la Cour de cassation depuis 1998, en visant, dans ses arrêts, l'article L 122-12 du Code du travail « tel qu'interprété au regard de la directive 77/187 du 14 février 1977¹ ».

Or, dans une décision du 26 septembre 2000, la Cour de justice s'était prononcée sur deux questions préjudicielles posées par le Conseil de prud'hommes de Metz relatives à l'interprétation du paragraphe 1^{er} de l'article 1^{er} de cette directive. Il s'agissait en l'occurrence d'une association paramunicipale chargée de promouvoir le développement économique de la ville de Metz, bref d'assurer la gestion de services publics dans des conditions plus souples que celles résultant de l'application du droit public. L'association fut dissoute et son activité reprise par la Ville en gestion directe. Les salariés furent préalablement licenciés pour motif économique (disparition de l'entreprise). L'un d'entre eux soutint devant le Conseil de prud'hommes que les dispositions de l'article L 122-12 al. 2 C. trav. devaient lui bénéficier. D'où la question préjudicielle, à laquelle la Cour de justice répondit que « le transfert d'une activité économique d'une personne morale de droit privé à une personne morale de droit public entre dans le champ d'application de la directive » et que les dispositions de la directive qui excluent de son champ d'application la réorganisation de structures de l'administration publique ou le transfert d'attributions administratives entre les administrations publiques ne permettent pas d'exclure le transfert d'une activité économique d'une personne morale de droit

¹ Cass. soc. 7 juillet 1998, Dr. soc. 1998, p. 948, note A. Mazeaud.

privé à une personne morale de droit public en raison du seul fait que le cessionnaire de l'activité est un organisme de droit public¹.

Cette analyse est contraire à l'idée en vertu de laquelle le fait qu'une activité exploitée par une personne privée soit reprise en régie directe par une collectivité publique sous forme de service public administratif serait suffisant à faire perdre à l'entité économique transférée son identité.

La Cour de cassation allait-elle suivre ?

Une première décision datant de janvier 2002 permettait déjà de le penser. Il s'agissait d'apprécier l'effet du licenciement du gérant salarié d'une société exploitant des abattoirs, société ayant été liquidé et dont l'activité avait été reprise en régie directe par la commune de Pamiers. Certes, les abattoirs sont un SPIC par l'effet de la loi, ce qui, *a priori*, excluait cette affaire de notre débat. Cependant, le salarié concerné était aussi le gérant de la société des abattoirs. Or, en vertu d'une jurisprudence du Conseil d'Etat presque centenaire, la fonction de directeur d'un SPIC est soumise à un régime de droit public². Pourtant, la Cour de cassation n'hésite pas à appliquer à notre gérant d'abattoirs l'article L 122-12 al. 2 pour priver d'effet le licenciement³.

C'est par une décision en date du 25 juin 2002 que la Chambre sociale de la Cour de cassation posa le principe que « la seule circonstance que le cessionnaire soit un établissement public à caractère administratif lié à son personnel par des rapports de droit public ne peut suffire à caractériser une modification dans l'identité de l'entité économique transférée » pour refuser d'écarter l'article L 122-12 al. 2 C. trav. à l'hypothèse de la reprise par un centre hospitalier d'une clinique privée⁴.

Ce faisant, la Cour de cassation se range à l'analyse de la Cour de justice. Cette nouvelle position a été réaffirmée depuis.

D'abord, dans une décision en date du 14 janvier 2003⁵, à l'occasion de la reprise en régie directe par une commune de la gestion d'un port de plaisance jusque là exploité par une société civile immobilière. L'attendu de principe de cette dernière décision est encore plus clair quant à l'abandon de l'ancienne distinction entre SPIC et SPA : quel que soit le caractère du service public nous dit en substance la Cour, l'article L 122-12 alinéa 2 C. trav. a vocation à s'appliquer.

¹ Arrêt Mayeur c/ Association Promotion de l'information messine du 26 septembre 2000, Rec. p. I-07755 ; RJS 1/01, n° 138.

² CE 26 janvier 1923, *de Robert Lafreygère*, RDP 1923, p. 237. Voir aussi CE Sect. 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau*, D. 1957, p. 387.

³ Cass. soc. 22 janvier 2002, Dr. soc. 2002, p. 463, note A. Mazeaud.

⁴ Cass. soc. ; 25 juin 2002, AJDA 2002, p. 695, note S. Pugeault ; JSL 2002, n° 108, p. 19, note J. E. Tourreil ; Dr. soc. 2002, p. 1013, note A. Mazeaud. C'est en fait 3 arrêts qui sont rendus le même jour et concernant la même affaire.

⁵ Cass. soc. 14 janvier 2003, JSL n° 117, p. 16, note J.E. Tourreil. Dr. soc. 2003, p. 437, note A. Mazeaud.

Ensuite, dans une décision du 17 décembre 2003¹, toujours à propos de la reprise d'une clinique privée par le centre hospitalier de la ville.

On peut dès lors parler de jurisprudence bien établie !

Reste alors à se demander quelles peuvent être les conséquences de cette nouvelle position.

II/ LES CONSEQUENCES DU TRANSFERT VERS UN EPA GERANT UN SPA D'UN SALARIE DE DROIT PRIVE

La doctrine s'accorde à estimer qu'un tel transfert ne sera pas chose aisée, compte tenu de la différence de statuts des travailleurs concernés. La plupart des auteurs appellent de leurs vœux l'intervention du législateur². De son côté, la Cour de cassation se garde bien de se prononcer sur la nature du contrat de travail qui lie désormais le salarié à l'établissement public gérant un SPA. Or, la situation de chaque intéressé relève à partir du transfert, de l'après L 122-12 al. 2, selon l'expression d'Antoine Mazeaud.

Cet auteur écrivait en avril 2003³, à propos de l'arrêt de la Chambre sociale du 14 janvier 2003 (reprise en régie directe par une commune de la gestion d'un port de plaisance jusque là exploitée par une SCI) que « si la commune gère un service public administratif, nul doute que le contrat de travail de l'intéressée n'est plus un contrat de droit privé, depuis l'arrêt Berkani ».

Ce n'est pourtant pas l'avis du tribunal des conflits : dans une décision du 13 janvier 2004⁴, après avoir rappelé l'applicabilité de l'article L 122-12 alinéa 2 du Code du travail à l'hypothèse de la reprise en régie directe par une commune de l'activité d'une école de musique jusque là exploitée par une association qui avait fait l'objet d'une liquidation judiciaire, le tribunal précise que cette application « n'a pas pour effet de transformer la nature juridique des contrats de travail en cause, qui demeurent des contrats de droit privé tant que le nouvel employeur public n'a pas placé les salariés dans un régime de droit public » ; et le tribunal d'en tirer les conséquences : « le juge judiciaire est seul compétent pour statuer sur les litiges nés du refus de l'un ou l'autre des deux employeurs successifs de poursuivre l'exécution de ce contrat de travail, (litiges) qui ne mettent en cause, jusqu'à la mise en œuvre du régime de droit public...que des rapports de droit privé ».

Cette décision mérite l'analyse : l'attendu de principe nous invite à revenir sur deux points. Tant que le nouvel employeur public n'a pas placé les salariés dans

¹ Cass. soc. 17 décembre 2003, JSL n° 140, p. 22, note C.P.

² J. E. Tourreil, note sous Cass. soc. 14 janvier 2003, précité ; S. Pugeault, note sous Cass. soc. 25 juin 2002, précité.

³ Dr. soc. 2003, p. 438.

⁴ T. confl. 19 janvier 2004, Mme Devun c/ Commune de Saint Chamond, n° 3393 ; SSL n° 1154, p. 14, note Françoise Champeaux ; AJDA 2004, p. 119.

un régime de droit public (B), les contrats transférés à l'établissement public gérant un SPA par application de L 122-12 al. 2 restent des contrats de droit privé (A).

A/ Le contrat transféré reste un contrat de droit privé...

Ainsi que remarqué ci-dessus, on pouvait douter d'une telle solution depuis l'arrêt Berkani¹. La décision, unanimement saluée en doctrine, était présentée comme ayant mis fin à une distinction complexe et inutile entre agent public et agent de droit privé de l'administration retenue depuis 1954. Désormais, semblait-il, tout agent non titulaire recruté par une personne publique et affecté à un service public administratif relevait de la catégorie des agents publics.

Cependant, le tribunal des conflits avait apporté trois ans plus tard, une atténuation à sa jurisprudence Berkani dans une décision M. Faulcon c/ commune de Chatellerault². Certes, cette décision intervint à l'occasion du transfert d'un SPIC (des abattoirs municipaux) repris en régie par une commune ; mais elle concernait le cas particulier du directeur du service, dont on sait qu'il a la qualité d'agent public : la décision précisait que « le maintien de l'intéressé à ce poste de responsabilité requiert la mise en œuvre d'un régime de droit public » et « qu'à la date où a été prise la décision de licenciement pour motif économique de (ce directeur), l'intéressé demeurait lié à la commune par un contrat de travail ».

Pour résumer, le Tribunal admet d'une part, l'application à l'égard du directeur d'un SPIC de l'article L 122-12 alinéa 2 du Code du travail et, d'autre part, en raison de la volonté de la commune de ne pas maintenir le directeur dans ses fonctions, que celui-ci n'est pas encore soumis à un régime de droit public. Bref le fait d'être au service d'une personne morale de droit public et d'être affecté à l'exercice d'un service public administratif n'entraîne pas ipso facto la qualité d'agent public ; il faut pour cela que la personne publique recoure à un acte formel d'engagement plaçant l'intéressé dans une situation légale et réglementaire. Guère satisfaisante pour certains³, la jurisprudence du tribunal des conflits issue de cette décision de 1999 et concernant le cas particulier du transfert du contrat du directeur d'un SPIC semble bien avoir été étendue par la décision de janvier 2004, à tous les cas de transfert d'un contrat de droit privé préexistant. Certains avaient envisagé une telle solution⁴.

On peut alors se permettre de décrire en deux propositions le nouvel état du droit concernant cette question.

Première proposition : en cas de reprise de l'activité par une personne de droit public sous forme d'un SPA, le salarié voit son contrat de travail maintenu dans les mêmes termes et auquel le Code du travail continue à s'appliquer.

¹ T. confl. 25 mars 1996, Dr. soc. 1996, p. 735, note X. Prétot.

² T. confl. 15 mars 1999, AJFP 2000-1, p. 10 ; Dr. soc. 1999, p. 673, concl. J. Sainte-Rose.

³ J. Martin, A propos du maintien des contrats de travail en cas de reprise en régie d'un service public, AJDA 2003, p. 768.

⁴ Voir D. Artus, concl. sur T. A. Poitiers 14 mai 2003, AJDA 2003, p. 1280.

Remarquons que l'on se retrouve très loin du schéma voulu par l'arrêt Berkani : le salarié pouvait exercer, sous la subordination de son ex employeur privé, une mission de service public ; et bien, il continuera à l'exercer au sein d'une personne publique tout en restant soumis à un statut de droit privé !

Seconde proposition : suite à ce maintien, la personne publique (le nouvel employeur) a, en théorie du moins, trois possibilités : 1°/ soit se séparer du salarié, en respectant les règles du licenciement contenues dans le Code du travail, s'il s'agit d'un contrat de travail à durée indéterminée ou encore les règles relatives à la rupture avant terme d'un contrat de travail à durée déterminée s'il s'agit d'un tel contrat ; 2°/ soit « faire l'autruche » et laisser les choses en l'état ; 3°/ soit proposer à l'intéressé de le mettre dans une situation de droit public.

Nous traiterons de la dernière branche du choix un peu plus loin, comme nous l'impose notre plan. Revenons ici sur les deux premières possibilités.

1°/ La personne publique décide de se séparer du salarié

Cela semble être la voie normale, vu l'impossibilité résultant du statut de la fonction publique de recourir à la formule contractuelle pour l'emploi des personnels, en dehors des cas particuliers d'application de la loi du 3 janvier 2001¹ ou de la loi du 12 juillet 1999² ou encore par exemple, s'agissant de la fonction publique territoriale, des cas prévus à l'article 3 de la loi du 26 janvier 1984 (remplacement, besoin saisonnier, besoin occasionnel)³.

Le salarié sous CDI devra alors, en principe, être licencié. Il faudra d'abord tenir compte de son ancienneté acquise sous l'empire de l'ancien employeur pour calculer l'indemnité de licenciement et le droit à préavis. Il faudra ensuite lui appliquer tous les avantages dont il peut se prévaloir, en cas de rupture, au titre de son contrat de travail : clause d'indemnités de licenciement, contrepartie financière d'une obligation de non-concurrence, tout « avantage conventionnel contractualisé »...

Il conviendra enfin de se poser une question cruciale : le licenciement sera-t-il fondé ? Aura-t-il la fameuse cause réelle et sérieuse exigée par la loi ? Rien n'est

¹ L'article 9 de cette loi (J.O.R.F. 4 janvier 2001, p. 96) prévoit la possibilité de réintégrer au sein d'une collectivité territoriale les personnels d'une association chargée d'un service public en qualité d'agents non titulaires, et que ces personnels conservent le bénéfice de leur contrat à durée indéterminée. Mais le champ d'application de cette loi est limité : les associations visées sont seulement celles qui ont été créées, ou qui ont succédé à des associations créées, avant le 31 décembre de l'année au titre de laquelle sont intervenus les transferts de compétence liés aux lois de décentralisation et dans les domaines d'activités concernés par ces transferts. Voir S. Pugeault, op. cit.

² L'article 63 de la loi n° 99-586 du 12 juillet 1999 (dite loi Chevènement) relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale avait prévu que les collectivités locales puissent en cas d'intégration d'un service public géré par une association, conserver les personnels affectés à l'activité en concluant avec eux des contrats à durée déterminée de trois ans maximum, renouvelables, et avec maintien de leur rémunération antérieure.

³ Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, J.O.R.F. du 27 janvier ; l'article 3 de cette loi a été modifié par l'article 18-II de la loi n° 2001-2 du 3 janvier 2001.

moins sûr. Notre droit ne connaît que deux types de licenciement : celui pour cause personnelle (un motif inhérent à la personne du salarié) et celui pour motif économique (un motif non inhérent à la personne du salarié). *A priori*, rien ne permet de penser que le seul transfert caractérise l'un ou l'autre de ces motifs. La Cour de cassation aura sans doute à se prononcer bientôt...

Resterait alors, sans doute, à invoquer l'impossibilité juridique pour l'établissement public d'employer un « contractuel » en dehors des cas prévus par la loi. Si cette solution était admise, ce n'est plus sur le terrain du licenciement qu'il conviendrait de se placer pour justifier la rupture mais, plus radicalement, sur celui de la force majeure : le « fait du prince », l'ordre de la loi, qui empêche un employeur de garder à son service un salarié. Par exemple, l'article 8 du décret du 22 décembre 1959 portant réglementation des jeux dans les casinos des stations balnéaires, thermales et climatiques prévoit que le directeur responsable du casino est tenu de congédier sans délai toute personne employée à titre quelconque dans les salles de jeux à qui le ministre de l'Intérieur aurait retiré l'agrément. Selon la Cour de cassation, cette obligation de congédier constitue un cas de force majeure¹. Pourrait-on appliquer ce raisonnement à l'occurrence qui nous occupe ? Outre son caractère radical pour le salarié qui perd alors ses droits liés au préavis et au licenciement, on peut faire remarquer que l'impossibilité pour l'administration d'user de la formule contractuelle reste très théorique...

S'agissant d'un CDD transféré, c'est en tous cas la seule possibilité pour le nouvel employeur qui voudrait rompre avant terme, or faute grave du salarié ou « consentement mutuel ». Bref, ici, il est encore préférable de laisser les choses en l'état et d'attendre l'arrivée du terme.

2°/ La personne publique décide de laisser les choses en l'état

C'est dans cette hypothèse que l'application de L 122-12 al. 2 C. trav. va prendre toute sa mesure. Ainsi cohabiteront dans un même service des fonctionnaires, des agents contractuels de droit public et des agents contractuels de droit privé !!

Ces derniers conserveront leur classification, leur salaire, leur ancienneté acquise au service du précédent employeur ; ils continueront de bénéficier des usages en vigueur chez leur ancien employeur, des engagements unilatéraux pris par ce dernier ainsi que, pendant un an à compter du transfert, des avantages tirés de la convention collective applicable chez lui.

On risque alors de se retrouver confronté à des différences de traitement injustifiables, si l'on songe que des personnes ayant des activités très voisines seront soumises à des régimes différents et si l'on se rappelle que l'agent public contractuel est exclu à la fois du droit du travail et du statut de fonctionnaire, seules quelques règles éparses d'origine réglementaire assorties de quelques « principes généraux du

¹ Cass. soc. 5 mai 1993, Bull. civ. n° 126.

droit du travail »¹ lui assurant quelques garanties. Bref, on pourrait retrouver une unité de régime...face à la grève que cette situation pourra entraîner² !!

B/ ...Tant que le nouvel employeur n'a pas placé l'intéressé dans une situation de droit public

Placer l'intéressé dans une situation de droit public. D'accord ; mais comment faire ? Concrètement, comment intègre-t-on la fonction publique ?

Première possibilité : le concours « classique ». Mais ce n'est plus, alors, l'employeur qui place l'intéressé dans une situation de droit public ; c'est l'intéressé lui-même qui tente de s'y placer, à condition qu'il réunisse les conditions pour passer tel ou tel concours ; à condition qu'il le réussisse ; à condition qu'il y ait des postes disponibles... Bref : on se retrouve concrètement dans l'une des situations précédentes. Il faudra se séparer du salarié ou le laisser dans sa situation de droit privé...tout en aménageant ses horaires pour lui permettre de préparer le concours !

Deuxième possibilité : la « sapinisation ». On le sait, ce terme barbare désigne les mécanismes mis en place par la loi du 3 janvier 2001 marquant la volonté du gouvernement de résorber l'emploi précaire dans l'administration en offrant des modes d'intégration particuliers : concours réservés, examens professionnels, intégration directe... Cependant, en dehors des personnes réunissant les conditions de l'article 9 de cette loi que nous avons déjà évoquée, il n'y a que très peu de chances pour que les intéressés satisfassent aux critères d'admission au bénéfice de cette loi (en particulier, avoir eu de l'ancienneté en tant qu'agent non titulaire de droit public)...

Troisième possibilité : proposer à l'intéressé une « contractualisation de droit public » ; il s'agit alors d'une modification de son contrat de travail et, à n'en pas douter, d'une modification substantielle (pour employer une terminologie désormais « passée de mode » mais plus « parlante » que l'actuelle) que le salarié pourra refuser sans se mettre à la faute. D'ailleurs, comme le faisait remarquer Xavier PRETOT, une telle proposition ressemble fort à un piège dans lequel le salarié bien renseigné ne tombera en principe pas ; en effet, pourquoi se priver du bénéfice des règles du droit privé du travail tout en restant exclu du statut de fonctionnaire ?

Quatrième possibilité : l'intervention du législateur ! Souhaitée par la doctrine³ pour aménager les conséquences de cette nouvelle position jurisprudentielle, elle serait l'occasion de repenser la nature des rapports qui lient le personnel à un établissement à caractère administratif⁴ et, peut-être, de prendre acte de l'existence d'une évolution qui, sous l'influence du droit communautaire, affecte

¹ Sur la liste de ces principes, voir J. Martin, op. cit. ; par exemple : l'interdiction de licencier une salariée en état de grossesse ; la prohibition des sanctions pécuniaires ; la mise en place d'une procédure en cas de sanction disciplinaire.

² La grève dans les services publics est régie par les articles L 521-2 et suivants du Code du travail.

³ Voir notamment J. E. Tourreil, JSL 2003, n° 117, p. 17, op. cit.

⁴ A. Mazeaud, Dr. soc. 2002, p. 1014, op. cit.

le corps de règles applicables aux personnes publiques, corpus progressivement pénétré par le droit privé¹.

Saint Denis, le 20 avril 2004

(Depuis cette communication, sont intervenues 3 décisions de justice et une loi :

- *Tribunal des Conflits, 21 juin 2004, n° C 3415 ;*
- *Conseil d'Etat, 22 octobre 2004, n° 245154 ;*
- *Article 20 de la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 ;*
- *Cour de cassation, Chambre sociale, 23 novembre 2005, n° 03-45439.*

Ces nouvelles données ne modifient pas fondamentalement le débat ici évoqué.)

¹ S. Pugeault, AJDA 2002, p. 695, op. cit.