

## Transfert d'entreprise

**TRANSFERT D'ENTREPRISE – Champ d'application – Concession d'un service public à une personne privée – Reprise en régie directe par la commune concédante – Qualité de SPIC ou de SPA indifférente – Reprise des contrats de travail (oui).**

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.)  
14 janvier 2003

**Commune de Théoule sur Mer contre H.**

Sur le moyen unique :

Attendu que, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 10 avril 2001), la commune de Théoule-sur-Mer a décidé d'exploiter en régie directe, à compter du 1<sup>er</sup> mars 2000, le port de plaisance de la Figeirette à Miramar, jusque là concédée à la société civile immobilière du port de Miramar ; que Mme H., salariée de ladite société en qualité de secrétaire de direction, a saisi le juge prud'homal des référés pour avoir paiement, par la commune, d'une provision sur ses salaires dus à compter du 1<sup>er</sup> mars 2000 ;

Attendu que la commune de Théoule-sur-Mer fait grief à l'arrêt jugé que la responsabilité du contrat de travail de Mme H., lui était échue et qu'elle devait satisfaire à ses obligations d'employeur, alors, selon le moyen :

1° que la commune de Théoule-sur-Mer déniait la compétence du juge des référés prud'homaux en raison d'une contestation sérieuse sur l'application au litige des dispositions de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail, dès lors que celles-ci ne sont pas applicables à la reprise en régie directe par une commune d'une activité relevant d'un service public administratif ; qu'en faisant application de ces

dispositions, au seul motif qu'en procédant au rachat anticipé de la concession accordée à la SCI du port de Miramar, la commune de Théoule-sur-Mer avait repris « le port de plaisance, ses installations et sa gestion », qui constituaient une « activité économique », sans s'expliquer sur le caractère du service public concédé, compte tenu de son objet, de l'origine de ses ressources et des modalités de son fonctionnement, la Cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard de l'article R. 516-30 du Code du travail ;

2° que, subsidiairement, en statuant ainsi, sans rechercher si la reprise en régie directe du service public par la commune de Théoule-sur-Mer n'avait pas entraîné, compte tenu de l'objet du service, de l'origine de ses ressources et des modalités de son fonctionnement, la création d'un service public à caractère administratif, la Cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard de l'article R. 516-30 du Code du travail ;

3° que, subsidiairement, en statuant ainsi, sans rechercher si l'activité à laquelle était affectée la secrétaire de direction, avant le rachat anticipé de la concession, ne relevait pas d'un service public à caractère administratif, comme le soutenait la commune de Théoule-sur-Mer, la Cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard de l'article R. 516-30 du Code du travail ;

4° que, subsidiairement, à l'appui de ses conclusions, la commune de Théoule-sur-Mer avait produit le jugement rendu en sa faveur le 13 juin 2000 par le Tribunal administratif de Nice, lequel avait relevé que « l'activité reprise sous forme ultérieure de régie directe par la commune correspondant à la police, l'aménagement du port et sa sécurité ainsi qu'au nettoyage des quais et terre-pleins est exercée au titre d'un service public administratif » ; que, « les activités proprement industrielles et commerciales liées à l'exploitation de

*l'outillage public avaient fait l'objet de contrats d'amodiation ; que, dès lors, la commune n'avait pas l'obligation de reprise des salariés au sens de l'article L. 122-12-2° du Code du travail lequel n'inclut dans son champ d'application industriel ou commercial » ; que « le rachat de la concession du port de La Figeirette par la commune de Théoule-sur-Mer est bien intervenu dans un intérêt général » ; que « l'activité reprise en régie directe est celle d'un service public administratif, et non un service public industriel et commercial » et qu'il « ressort des pièces du dossier que le port va pouvoir devenir un pôle d'animation avec l'organisation, notamment d'activités nautiques hors saison, que la présence physique en continu du personnel municipal devrait permettre d'implanter d'autres services municipaux en dehors de l'enceinte du port et de la poste polyvalente actuelle ; que la normalisation des inventions communales sera effective tant en matière de sécurité du fait de la participation d'un agent du port de plaisance à l'armement de la vedette de la police nautique municipale qu'en matière de financement des travaux, notamment de voirie, que la commune finançait déjà ... » ; qu'en omettant de s'en expliquer, à l'effet de rechercher si, eu égard au but d'intérêt général poursuivi par le rachat anticipé de la concession, à l'objet du service public tel qu'exploité désormais en régie directe par la commune de Théoule-sur-Mer, à l'origine de ses ressources et aux modalités de son fonctionnement, l'activité à laquelle était affectée la secrétaire de direction ne relevait pas désormais d'un service public à caractère administratif, la Cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard de l'article R. 516-30 du Code du travail ;*

Mais attendu qu'il résulte de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail interprété au regard de la directive n° 77/187/CEE du Conseil du 14 février 1977 que les contrats de travail en cours sont maintenus entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise en cas de transfert d'une entité économique conservant son identité, dont l'activité est poursuivie ou reprise ; que les circonstances que le cessionnaire soit une personne morale de droit public liée à son personnel par des rapports de droit public et que l'entité économique transférée soit un établissement public administratif ou un établissement public industriel ou commercial ne peut suffire à caractériser une modification dans l'identité de cette entité ;

Et attendu que la Cour d'appel a constaté qu'à la suite du rachat de la concession, la commune de Théoule-sur-Mer avait repris à son compte les installations portuaires et la gestion du port de plaisance jusqu'alors assurée par la société du port de Miramar ; qu'elle a pu en déduire que le contrat de travail de Mme H., s'était poursuivi de plein droit avec la commune, quel que soit le caractère du service public et, par voie de conséquence, allouer à l'intéressée une provision sur les salaires qui lui étaient dus ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

Rejette le pourvoi ;

(MM. Sargos, prés. – Chagny, rapp. – Duplat, av. gén. – SCP Tiffreau, av.)

NOTE. – Dans l'arrêt ci-dessus, qui confirme le revirement opéré par l'arrêt *AGS de Paris* (Cass. Soc. 25 juin 2002, Dr. Ouv. 202 p. 507 n. M. Carles, AJDA 2002 p. 685, n. S. Pugeault), la Cour de cassation considère désormais « qu'il résulte de l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail interprété au regard de la directive n° 77/187/CEE du Conseil du 14 février 1977 (1) que les contrats de travail en cours sont maintenus entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise en cas de

*transfert d'une entité économique conservant son identité, dont l'activité est poursuivie ou reprise ; que les circonstances que le cessionnaire soit une personne morale de droit public liée à son personnel par des rapports de droit public et que l'entité économique transférée soit un établissement public administratif ou un établissement public industriel ou commercial ne peut suffire à caractériser une modification dans l'identité de cette entité ».*

Ce faisant, elle tend à aligner le mode de gestion des personnels non statutaires des services publics administratifs (SPA) soumis au droit public, sur celui des personnels des services publics industriels et commerciaux (SPIC) soumis au droit privé, en renversant la jurisprudence antérieure relative à l'application de l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail (voir notamment notre étude « De l'application de l'article L. 122-12-2, alinéa 2 du Code du travail en cas de modification du mode de gestion publique ou privée d'un service public » JCP 1986 Ed. E n° 15.354, et nos notes sous C.A. Paris 22 décembre 1978. Dr. Ouv. 1978 p. 179 et sous Cass. Soc. 1<sup>er</sup> décembre 1993, JCP 1994-II-22.230).

En effet, dérivé du droit communautaire, ce nouveau principe de transfert des contrats de travail de droit privé du concessionnaire à la collectivité publique cessionnaire, à la suite de la reprise par celle-ci, en régie directe d'un service public administratif, fait prévaloir le critère d'une entité économique conservant son identité sur celui de la modification dans la situation juridique de l'employeur expressément visé par le Code du travail. Principe qui fait problème au regard de la dualité droit privé/droit public de notre système juridique toujours en vigueur.

D'une part, il est pour le moins contestable de traiter de manière identique, notamment en matière de gestion du personnel des services publics, des situations juridiques différentes. En effet, si les SPIC participent, en raison de la nature de leur activité industrielle et commerciale d'une entité économique, par contre, l'activité des SPA en est exclue par définition, sinon il s'agirait de SPIC. C'est tellement vrai que lorsque un EPA gère distinctement de son activité administrative, de manière accessoire ou à titre concessionnaire, une activité économique, celle-ci est constitutive d'un SPIC et le personnel qui lui est affecté est soumis au droit privé. C'est notamment le cas des Chambres de commerce et d'industrie qui sont également gestionnaires d'aéroports ou d'installations portuaires.

D'autre part, l'arrêt ci-dessus heurte de front la jurisprudence *Berkani* en vertu de laquelle « les personnes non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif sont des agents contractuels de droit public quel que soit leur emploi » (Trib. Confl. 25 mars 1996 *Berkani*, Rec. Lebon p. 536 concl. P. Martin, Dr. Ouv. 1996 p. 465 n. J.L. Rey, D. 1996, jur. p. 598, note Y. Saint-Jours, Dr. Soc. 1996, p. 735 obs. X. Prétot, AJDA 1996 p. 355, obs. J.H. Stahl et D. Chauveaux...). Certes l'arrêt *Berkani* n'a jamais mis fin aux exceptions légales permettant d'employer dans les

(1) Cette directive, modifiée en 1998, a finalement fait l'objet d'une consolidation sous le n° 2001/23 ; elle a été publiée au Dr. Ouv. 2002 p. 523.

SPA des personnes non statutaires soumis au droit privé (voir nos chroniques « Les personnels non statutaires des SPA soumis au droit privé », D. 2000, chr. p. 47 et « Les agents des services publics et le Code du travail », Le courrier juridique des finances, octobre 1998 n° 91).

Mais ces exceptions, même si elles ne cessent de s'étendre dans un contexte de privatisations des services publics, sont légalement prévues à titre dérogoire. Il en est ainsi respectivement :

– de la « sous-traitance » de services publics administratifs (SPA) à des personnes physiques ou des personnes morales privées, voire à des EPIC, sous la forme de concession, de mission ou d'association au service public,

– de l'habilitation spéciale d'établissements publics administratifs (EPA) à employer du personnel sous régime du droit privé, comme c'est notamment le cas des caisses nationales du régime général de la Sécurité sociale (art. L. 224.7 C. S. S.),

– de l'activité mixte des EPA gérant, à titre accessoire ou de concessionnaires, un ou plusieurs SPIC comme c'est le cas précité des Chambres de commerce et d'industrie gestionnaires d'aéroports ou d'installations portuaires,

– des dispositions particulières du Code du travail, habitant, les personnes morales de droit public à conclure des contrats de travail de droit privé : contrats emploi-solidarité (art. L. 322-4-8) emploi-consolidé (art. L. 322-4-8-1) et emplois-jeunes (art. L. 322-4-20), ces derniers étant en voie d'extinction.

Au regard de la jurisprudence *Berkani*, l'arrêt ci-dessus paraît également contestable dans son fondement dès lors qu'il n'existe pas, en l'espèce, et quoiqu'en dise la Cour de cassation, d'entité identique entre l'activité administrative de la commune cessionnaire et l'activité économique du concessionnaire du SPA concédé afin de le gérer sous le droit privé, mais des entités distinctes relevant de deux corpus juridiques parallèles, droit privé/droit public.

Enfin, ni l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail, ni la directive communautaire du 14 février 1977 précités ne peuvent, qu'il s'agisse de la concession d'un SPA à une

personne privée, voire à un SPIC, ou de sa reprise, en régie directe, par la collectivité publique cessionnaire, avoir pour effet d'opérer une transmutation automatique des contrats de travail de droit public en contrats de travail de droit privé, ou l'inverse, afin de garantir le personnel de la continuité de la relation de travail, car les règles juridiques applicables à ces deux types de contrats de travail s'opposent à cette automaticité.

La solution logique, pour combler ce hiatus, paraît être la rupture des contrats de travail en cours, assortie d'un droit d'option, pour le personnel non statutaire, de conclure un contrat de travail en adéquation avec le nouveau mode de gestion du SPA et consolidant les avantages antérieurement acquis : ancienneté, qualification professionnelle, niveau de rémunération...

Telle n'est pas la solution retenue par la Cour de cassation qui, dans le cas d'espèce ci-dessus, fait supporter à la commune cessionnaire la charge financière d'un hypothétique transfert du contrat de travail de droit privé conclu avec le concessionnaire alors qu'aucune collectivité publique n'est admise à conclure des contrats de travail de droit privé pour gérer, en régie directe, un SPA si elle ne dispose pas d'une dérogation légale à ce sujet.

Bref, on se trouve en présence d'un imbroglio juridique, qui n'est pas sans rappeler les avatars de la jurisprudence *Veuve Mazerand* (Tribunal des Conflits 25 novembre 1963, Rec. 792, JCP 1964-II-13466, note R.L.) et laisse présager de nouvelles controverses doctrinales.

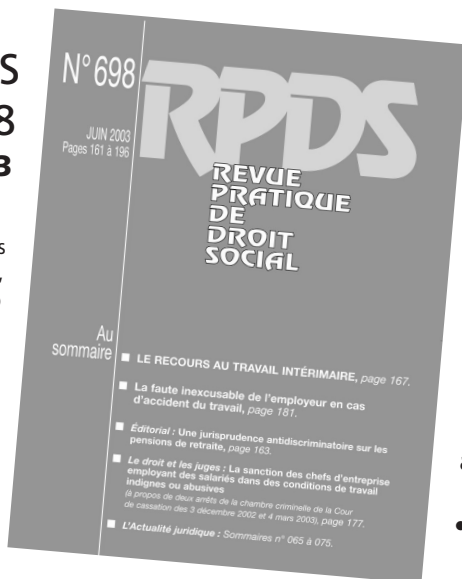
C'est en tout cas une question à suivre, tant au plan juridique que syndical, surtout dans un contexte de privatisation des services publics et de perspectives communautaires, visant à réduire les fonctions publiques de l'Etat et des collectivités publiques territoriales et hospitalières aux grands corps constitués des serviteurs de la puissance publique et aux agents publics d'autorité, à l'exclusion des agents d'exécution relégués dans des situations de droit privé plus ou moins précaires, les privant à la fois des garanties statutaires et de la protection du Code des pensions civiles et militaires.

Yves Saint-Jours,

Professeur émérite de l'Université de Perpignan

RPDS  
n° 698  
Juin 2003

Pour les lecteurs non abonnés  
à la RPDS,  
ce numéro  
peut être commandé à NSA  
La Vie Ouvrière,  
B.P. n° 27, 75560 PARIS  
cedex 12 (Prix : 5,49 € +  
2,59 €  
par envoi).  
Abonne-ment :  
56,41 €  
par an



Au sommaire :

- Le recours au travail intérimaire
- La faute inexcusable de l'employeur en cas d'accident du travail
- La sanction des chefs d'entreprise employant des salariés dans des conditions de travail indignes ou abusives
- Sommaires de jurisprudence