

TRANSFERT D'ENTREPRISE – Reprise d'activité par une personne publique chargée d'un service public administratif – Application de l'article L. 122-12 – Effets – Rémunération – Maintien (oui) – Exception (oui).

CONSEIL D'ETAT, 21 mai 2007

Manolis

Vu, enregistré le 4 décembre 2006 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, le jugement du 1er décembre 2006 par lequel le tribunal administratif de Nice, avant de statuer sur les demandes présentées par Mme Mireille A, Mme Michelle D, Mme Esther E, Mme Jeanne F, Mme Françoise C, M. Léon B et Mme Stéphanie G et tendant à l'annulation des contrats à durée indéterminée par lesquels le président de la communauté d'agglomération dracénoise les a recrutés à compter du 1er janvier 2006 et des délibérations du conseil communautaire du 17 novembre 2005 qui en constituent le

support, a décidé, par application des dispositions de l'article L. 113-1 du Code de justice administrative, de transmettre le dossier de ces demandes au Conseil d'Etat, en soumettant à son examen la question de savoir si, en cas de reprise par une personne publique gérant un service public administratif d'une activité précédemment exercée par une entité économique employant des salariés de droit privé, la fixation de la rémunération des salariés transférés par référence à celle des agents exerçant des fonctions similaires plutôt qu'à celle que les intéressés percevaient jusqu'alors méconnaît ou non les dispositions

de l'article 20 de la loi du 26 juillet 2005 qui prévoient, sauf disposition législative ou réglementaire ou conditions générales de rémunération et d'emploi des agents non titulaires de la personne publique contrares, la reprise des clauses substantielles du contrat et en particulier de celles qui concernent la rémunération ;

Vu les pièces du dossier transmises par le Tribunal administratif de Nice ;

Vu les observations, enregistrées le 30 janvier 2007, présentées par le ministre de la fonction publique ; il soutient qu'en vertu des dispositions combinées de l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984 et de l'article 20 de la loi du 13 juillet 1983, les agents non titulaires de la fonction publique territoriale ont droit à une rémunération comprenant le traitement, l'indemnité de résidence, le supplément familial de traitement ainsi que les indemnités instituées par un texte législatif ou réglementaire, le traitement étant fixé en fonction de l'emploi où l'intéressé a été nommé ; que les collectivités territoriales ne peuvent attribuer aux agents non titulaires des rémunérations qui excèderaient celles auxquelles peuvent prétendre des agents de l'Etat occupant des fonctions et ayant des qualifications équivalentes ; qu'il appartient à l'autorité territoriale de fixer, sous le contrôle du juge, la rémunération des agents non titulaires pour lesquels une correspondance étroite avec la fonction publique de l'Etat ne peut être trouvée en prenant en compte, notamment, les fonctions occupées et la qualification de l'agent ; que cette rémunération ne doit pas être manifestement disproportionnée par rapport à celle d'agents de l'Etat de qualification équivalente exerçant des fonctions analogues ; qu'ainsi, il ressort de la jurisprudence constante du Conseil d'Etat que le niveau de rémunération des agents non titulaires doit être fixé par référence à ce que percevrait normalement un fonctionnaire exerçant les mêmes fonctions en tenant compte toutefois des qualifications et de l'expérience professionnelle de l'intéressé ; que la directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 telle qu'interprétée par la Cour de justice des Communautés européennes ne s'oppose pas en principe à ce qu'en cas de transfert d'entreprise d'une personne morale de droit privé à l'Etat, celui-ci, en tant que nouvel employeur, procède à une réduction du montant de la rémunération des travailleurs concernés aux fins de se conformer aux règles nationales en vigueur relatives aux employés publics ; que les conditions de fixation de la rémunération des agents non titulaires dégagées par la jurisprudence sont appliquées par l'ensemble des collectivités territoriales ; qu'elles constituent l'une des composantes des conditions générales de rémunération et d'emploi des agents non titulaires de la personne publique visées à l'article 20 de la loi du 26 juillet 2005 ; que l'objectif poursuivi par le législateur est le respect du principe à travail égal, salaire égal ; que l'article 20 de la loi de 2005 n'a pas pour objet de créer une nouvelle catégorie d'agents non titulaires ;

Vu les observations, enregistrées le 16 mars 2007, présentées pour la communauté d'agglomération dracénoise ; elle soutient que les travaux préparatoires de la loi du 26 juillet 2005 n'offrent aucun élément d'interprétation sur la portée de son article 20 ; que les observations du ministre sont conformes à l'objet du texte ; que le maintien de la rémunération perçue dans le cadre du contrat de travail antérieur, lorsqu'elle est supérieure à celle perçue par les agents de la collectivité, aurait pour effet de créer entre des agents exerçant les mêmes fonctions et ayant des qualifications analogues une différence de traitement source de difficultés de gestion ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements ;

Vu la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique ;

Vu le Code de justice administrative, et notamment ses articles L. 113-1 et R. 113-1 à R. 113-4 ;

Rend l'avis suivant :

DECIDE :

1°) Aux termes de l'article 20 de la loi du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique : lorsque l'activité d'une entité économique employant des salariés de droit privé est, par transfert de cette entité, reprise par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif, il appartient à cette personne publique de proposer à ces salariés un contrat de droit public, à durée déterminée ou indéterminée selon la nature du contrat dont ils sont titulaires.

Sauf disposition législative ou réglementaire ou conditions générales de rémunération et d'emploi des agents non titulaires de la personne publique contrares, le contrat qu'elle propose reprend les clauses substantielles du contrat dont les salariés sont titulaires, en particulier celles qui concernent la rémunération.

En cas de refus des salariés d'accepter les modifications de leur contrat, la personne publique procède à leur licenciement, dans les conditions prévues par le droit du travail et par leur contrat.

2°) Il résulte de ces dispositions, interprétées au regard des objectifs poursuivis par la directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, qu'en écartant, en l'absence même de toute disposition législative ou réglementaire contraire, la reprise des clauses du contrat dont le salarié transféré était titulaire relatives à la rémunération, lorsque celles-ci ne sont pas conformes aux conditions générales de rémunération et d'emploi des agents non titulaires de la personne publique, le législateur n'a pas entendu autoriser cette dernière à proposer aux intéressés une rémunération inférieure à celle dont ils bénéficiaient auparavant au seul motif que celle-ci dépasserait, à niveaux de responsabilité et de qualification équivalents, celle des agents en fonctions dans l'organisme d'accueil à la date du transfert.

3°) Les dispositions précitées du deuxième alinéa de l'article 20 de la loi du 26 juillet 2005 ont en revanche pour objet et pour effet de faire obstacle à ce que soient reprises, dans le contrat de droit public proposé au salarié transféré, des clauses impliquant une rémunération dont le niveau, même corrigé de l'ancienneté, excèderait manifestement celui que prévoient les règles générales que la personne publique a, le cas échéant, fixées pour la rémunération de ses agents non titulaires. En l'absence de telles règles au sein d'une collectivité territoriale, la reprise de la rémunération antérieure n'est en tout état de cause légalement possible que si elle peut être regardée comme n'excédant pas manifestement la rémunération que, dans le droit commun, il appartiendrait à l'autorité administrative compétente de fixer, sous le contrôle du juge, en tenant compte, notamment, des fonctions occupées par l'agent non titulaire, de sa qualification et de la rémunération des agents de l'Etat de qualification équivalente exerçant des fonctions analogues.

(M. Crepey, rapp. – M. Séners, comm. gouv. – SCP Peignot et Garreau, av.)

Note.

La loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 (1) transpose la directive européenne 2001/23 au cas particulier de certaines personnes publiques. Le texte (2), reproduit au 1° de l'avis contentieux ci-dessus, organise la reprise d'activités exercées dans un cadre privé, par des personnes gérant un service public administratif.

L'avis analyse les conséquences de ce texte en matière de rémunération (3), particulièrement dans l'appréciation du niveau de celle-ci (4) : le référent est-il constitué par la situation antérieure du salarié ou par rapport au cadre réglementaire d'accueil ?

Le Conseil d'Etat livre son interprétation de l'article précité au regard des objectifs poursuivis par la directive 2001/23/CE : « *le législateur n'a pas entendu autoriser [la personne publique] à proposer aux intéressés une rémunération inférieure à celle dont ils bénéficiaient auparavant au seul motif que celle-ci dépasserait, à niveaux de responsabilité et de qualification équivalents, celle des agents en fonctions dans l'organisme d'accueil à la date du transfert* » (ci-dessus). Cette affirmation est complétée par l'absence de prise en compte de l'argument présentée par le ministre de la Fonction publique selon lequel « *les collectivités territoriales ne peuvent attribuer aux agents non titulaires des rémunérations qui excèderaient celles auxquelles peuvent prétendre des agents de l'État occupant des fonctions et ayant des qualifications équivalentes* ». Le Conseil d'Etat considère donc qu'on ne peut voir dans cet énoncé, probablement trop général et abstrait même complété par certains principes tel le respect du SMIC (5), l'exception visée par l'article 20 permettant d'écarter la reprise des clauses substantielles (« *Sauf disposition législative ou réglementaire ou conditions générales de rémunération et d'emploi des agents non titulaires de la personne publique contrares...* ») (6).

Toutefois, le Conseil d'Etat admet deux exceptions au maintien du niveau de rémunération :

– tout d'abord l'article 20 a « *pour objet et pour effet de faire obstacle à ce que soient reprises, dans le contrat de droit public proposé au salarié transféré, des clauses impliquant une rémunération dont le niveau, même corrigé de l'ancienneté, excèderait manifestement celui que prévoient les règles générales que la personne publique a, le cas échéant, fixées pour la rémunération de ses agents non titulaires* ». Cette comparaison s'inspire d'un mécanisme qui trouve usuellement application entre agents des collectivités et agents de l'Etat (7). La personne publique doit cependant avoir explicitement établi des telles règles générales à l'égard de ses non-titulaires ;

– ensuite, l'avis poursuit : « *En l'absence de telles règles au sein d'une collectivité territoriale, la reprise de la rémunération antérieure n'est en tout état de cause légalement possible que si elle peut être regardée comme n'excédant pas manifestement la rémunération que, dans le droit commun, il appartiendrait à l'autorité administrative compétente de fixer, sous le contrôle du juge, en tenant compte, notamment, des fonctions occupées par l'agent non titulaire, de sa qualification et de la rémunération des agents de l'Etat de qualification équivalente exerçant des fonctions analogues* ». Face à une rémunération manifestement excessive, la collectivité d'accueil devra alors se fonder *in concreto* sur trois critères pour établir sa proposition : les fonctions occupées par l'agent non titulaire, sa qualification et la rémunération des agents de l'Etat de qualification équivalente exerçant des fonctions analogues.

Un agent transféré contestant le niveau de fixation de sa rémunération par ce procédé, mais admettant le principe du transfert, sera donc amené à saisir les juridictions administratives. Tandis que le salarié qui refuse purement et simplement la modification de cette clause substantielle sera licencié par la personne publique « *dans les conditions prévues par le droit du travail et par leur contrat* » (art. 20) et devra alors porter le différend devant les juridictions de l'ordre judiciaire. Les deux ordres de juridiction seront donc amenés à examiner les justifications et modalités de variation à la baisse de la rémunération.

(1) J. Lemoine de Forges "La loi de transposition du droit communautaire à la fonction publique", AJDA 2005 p. 2285 spec. p. 2289 ; G. Guglielmi et G. Koubi, *Droit du service public*, 2ème ed., 2007, Montchrestien, § 1041 s. ; antérieurement CE (Sect.) 22 oct. 2004, *Lamblin*, Dr. Ouv. 2005 p. 78 n. J.-L. Rey.

(2) L.1224-3 recod.

(3) CJCE 11 nov. 2004, *Delahaye*, aff. C 425/02, Dr. Soc. 2005 p.509 n. J.-Ph. Lhernould et N. Moizard, spec. p. 516.

(4) D. Jean-Pierre : "Comment fixer la rémunération des agents non titulaires dans la fonction publique territoriale ?", JCP 2007 ed. A n° 28 p. 28

(5) CE 23 avril 1982 *Ville de Toulouse c/ Aragnou*, Lebon p.152, Dr. Ouv. 1983 p.202

(6) J. Lemoine de Forges AJDA 2008 p.204, obs. sous le présent avis

(7) CE 28 juil. 1995, *Delisle*, Rec. Leb., req. n° 84029.