

Transfert de salariés à une personne publique : une compétence prud'homale élargie

Conclusions de *Jacques DUPLAT* *, Commissaire du gouvernement

PLAN

I. L'étendue de la saisine

II. L'applicabilité de l'article
L 122-12 alinéa 2 du Code
du travail

III. Quel est le juge compétent
pour statuer sur une action
des salariés, licenciés
par l'association, dirigée
contre le nouvel employeur
la commune aux fins
d'obtenir réparation du
préjudice du licenciement ?

1. Une solution simple en apparence : la frontière de la date de changement d'employeur
2. La mise en oeuvre de cette solution peut toutefois s'avérer incertaine
3. Une solution plus sûre : la frontière de la date de la décision administrative plaçant le salarié dans le régime de droit public

La présente affaire est l'occasion de vous prononcer pour la première fois sur l'ordre de juridiction compétent pour statuer sur une action engagée contre une commune sur le fondement de l'article L 122-12 du Code du travail.

Le litige est né dans les circonstances suivantes.

Une association "Ecole de musique de Saint-Chamond" assurait depuis 1985 une mission d'enseignement musical auprès des habitants de la commune qui avait mis gratuitement des locaux, à sa disposition, et la subventionnait à hauteur de 80 % de son budget en vertu d'une convention conclue en 1996.

Au cours de l'été 2001, la municipalité décidait de ne plus renouveler la subvention pour le prochain exercice.

Cette situation provoquait la dissolution de l'association le 2 octobre 2001 et le licenciement de tous les salariés par une lettre du 6 octobre 2001 les informant de la "*décision de la municipalité de ne pas renouveler la convention ainsi que la subvention pour l'année 2002*", l'association étant contrainte à cesser toute activité salariée.

Parallèlement, la commune de Saint-Chamond annonçait à la fin de l'été aux parents d'élèves son intention de créer une école de musique municipale pour la rentrée 2001-2002.

C'est ainsi que l'activité d'enseignement de la musique à Saint-Chamond reprenait à l'automne 2001 dans les mêmes locaux, avec les mêmes moyens matériels et le concours d'enseignants nouvellement recrutés à la suite d'une délibération du conseil municipal du 5 novembre 2001, les candidatures de sept des salariés de l'association ayant été rejetée.

Le 8 février 2002, les sept salariés ont saisi le Conseil de prud'hommes de Saint-Chamond, de demandes tendant à la condamnation de l'association à leur payer diverses sommes au titre du non respect de la procédure de licenciement, de l'absence de cause réelle et sérieuse de licenciement et de la réparation de leur préjudice moral et professionnel.

En cours de procédure, les salariés étendaient leur action à la commune de Saint-Chamond dont ils demandaient la condamnation conjointe et solidaire au paiement de ces sommes sur le fondement de l'article L 122-12 alinéa 2 du Code du travail, dans la mesure où la cause du licenciement résidait dans le transfert effectif de l'activité au profit de la commune depuis le 26 septembre 2001, date à laquelle celle-ci aurait recueilli les premières inscriptions.

Le 3 mars 2003, le préfet de la Loire, adressait au Procureur de la République près le Tribunal de grande instance de Saint-Etienne un déclinatoire de compétence.

* Le titre et les renvois au Droit Ouvrier ont été effectués par la revue.

Le Conseil de prud'hommes de Saint-Chamond ayant rejeté le déclinatoire de compétence par jugement du 23 juin 2003, le Préfet de la Loire a pris le 1^{er} juillet 2003 un arrêté élevant le conflit en ce qui concerne le litige opposant les salariés à la commune.

Dans leur mémoire, Mme D. et les autres salariés concluent à la compétence du juge judiciaire, alors que le Ministère des affaires sociales, du travail et de la solidarité se prononce dans ses observations en faveur de la compétence de la juridiction administrative.

Avant d'examiner les questions de l'applicabilité de l'article L 122-12 au cas d'espèce et de la détermination du juge compétent pour connaître d'une action des salariés contre le cessionnaire, il convient de s'interroger brièvement sur l'étendue de votre saisine.

■ I. L'étendue de la saisine ■

Votre saisine est normalement délimitée par l'arrêté de conflit lui-même.

L'étendue de votre saisine peut être résumée dans la formule : *"uniquement le conflit, mais tout le conflit"* :

1) Votre saisine est limitée au conflit

Ainsi, bien que dans son jugement du 15 janvier le Conseil de prud'hommes de Saint-Chamond ait sursis à statuer sur l'ensemble du litige, l'arrêté de conflit du préfet de la Loire, qui reprend d'ailleurs le déclinatoire de compétence, n'a élevé le conflit qu'en ce qui concerne le litige opposant les salariés à la commune à l'occasion de l'examen des modalités de reprise des contrats de travail.

Le préfet ne conteste donc aucunement la compétence de la juridiction de l'ordre judiciaire pour statuer sur les conclusions dirigées par les salariés contre l'association.

Cet élément mérite d'être souligné, car il n'est pas indifférent dans le choix de la solution finale qui devra être retenue.

2) Votre saisine vous permet d'appréhender tout le conflit

Dans sa décision, *Société civile du domaine de Comteville* (1), votre tribunal a clairement consacré sa plénitude de juridiction dans les termes suivants : *"Le Tribunal des conflits, lorsqu'il est régulièrement saisi doit examiner non seulement les motifs invoqués par le Préfet tant dans le déclinatoire de compétence que dans l'arrêté de conflit, pour contester la compétence judiciaire, mais aussi, et au besoin d'office, dans*

la limite où le conflit est élevé, tous autres moyens intéressant la question de compétence posée".

Vous êtes, dès lors fondés à vous interroger sur le point de savoir si la compétence de la juridiction administrative ne pouvait pas être retenue en amont dans la mesure où l'association "Ecole de Musique de Saint-Chamond" constituait au sens de la jurisprudence du Conseil d'Etat *Diver* du 11 mai 1987 (1 bis) une association totalement transparente, revêtant la forme d'un démembrement de l'action communale eu égard à sa composition, ses ressources et aux activités exercées.

Toutefois, dans plusieurs décisions du 4 mai 1987 (2), votre tribunal s'est montré très strict dans cette appréciation et a refusé de considérer que les associations, eu égard à leur organisation et aux modalités de leur financement, avaient agi pour le compte d'une commune alors même qu'elles seraient chargées d'une *"mission de service public"* ou *"auraient poursuivi un objectif de service public"*.

Dans le cas d'espèce, si l'activité exercée par l'association "Ecole de Musique de Saint-Chamond" relève indiscutablement d'une mission de service public administratif, les éléments contenus dans le dossier concernant son organisation et son fonctionnement ne permettent pas de conclure à l'existence d'un pur démembrement de la commune, mais révèlent au contraire des indices d'autonomie, notamment dans l'organisation statutaire et un financement accessoire par des cotisations.

Dès lors, la compétence de la juridiction administrative ne saurait être retenue dès l'abord au motif que l'association aurait agi uniquement pour le compte de la commune en recrutant les enseignants de l'école de musique et ne serait pas le véritable employeur qui les a licenciés.

■ II. L'applicabilité de l'article L 122-12 alinéa 2 du Code du travail ■

L'applicabilité de l'article L 122-12 du Code du travail en cas de transfert d'une activité d'un employeur de droit privé à un employeur soumis au droit public est l'aboutissement d'une longue histoire qui passe par l'évolution du droit communautaire.

L'article L 122-12 du Code du travail est un des textes les plus anciens du droit du travail, issu de la loi du 19 juillet 1928.

Pour protéger l'emploi des salariés, il déroge au principe de l'effet relatif des contrats en posant le principe qu'en cas de *"modification juridique dans la situation de l'employeur"*, illustrée par certains exemples tels que succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, les contrats de travail en cours subsistent avec le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise.

(1) Tribunal des conflits 17 décembre 1962, Recueil Lebon p. 830.

(1 bis) RFDA p. 780.

(2) Rec p. 447 du Puy de Clinchamp, Mlle Egloff et Marx.

Toutefois, la notion de "modification dans la situation juridique de l'employeur" a fait l'objet d'une interprétation jurisprudentielle fluctuante à tel point que certains auteurs ont pu parler de "feuilleton de l'article L 122-12".

La notion d'entreprise, comprise comme une "activité", retenue par le célèbre arrêt *Goupy* de 1934 (3) a vite paru "trop vague et incertaine".

Aussi, la Cour de cassation a progressivement exigé qu'un transfert de l'activité, s'ajoutent l'existence et le maintien d'une certaine organisation.

Sous l'influence de la directive européenne du 14 février 1977, telle qu'interprétée par les arrêts de la CJCE, notamment les arrêts *Spijkers* du 18 mars 1986 (4) et *Tellerup* du 10 février 1988 (5), la jurisprudence de la Cour de cassation, à la suite de trois arrêts de l'assemblée plénière du 16 mars 1990 (6) notamment de l'arrêt dit du *Camping du Bois de Boulogne*, a subordonné l'application de l'article L 122-12 : "à tout transfert d'une entité économique conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise, même en l'absence d'un lien de droit entre les employeurs successifs".

Toutefois, traditionnellement depuis un arrêt *Piscine de la Dame Blanche* (6 bis), la Cour de cassation excluait le maintien de l'identité de l'activité économique, lorsqu'un service public administratif, géré par une personne privée, était repris par une collectivité locale.

Elle a jugé de même, dans un arrêt du 7 février 1980, B. n° 115 que lorsqu'une clinique privée exploitée en société anonyme était cédée à un centre hospitalier, l'entreprise était considérée comme ayant disparu, peu important que les salariés exercent au service du centre hospitalier des fonctions semblables à celles qu'ils avaient eues précédemment au service de la clinique.

En sens inverse, la Cour de cassation a également jugé que l'article L 122-12 du Code du travail était inapplicable en cas de reprise par une association d'un théâtre lyrique exploité en service public administratif, car il n'y avait pas au départ d'entité économique au sens de l'article L 122-12 du Code du travail (7).

La directive du 29 juin 1998, codifiée en 2001 (8), a modifié celle du 14 février 1977 en élargissant son champ d'application.

Est désormais considéré comme "transfert" aux termes de l'article 1 § 1b celui d'une "entité économique maintenant son identité, entendu comme un ensemble organisé de moyens, en vue de la poursuite d'une activité économique, que celle-ci soit essentielle ou accessoire".

L'article 1 § 1a de la directive de 1998 précise qu'elle est applicable : "aux entreprises publiques et privées exerçant une activité économique, qu'elles poursuivent ou non un but lucratif".

Intégrant la jurisprudence *Henke* (8 bis), la directive laisse seulement en dehors de son champ d'application "les mesures de réorganisation de l'administration ou de transfert

d'attributions administratives entre les administrations publiques".

Il était dès lors logique que, par l'arrêt *Mayeur* du 26 septembre 2000 (9), la CJCE, pose le principe que les dispositions de la directive s'appliquaient désormais au transfert d'une activité économique d'une personne morale de droit privée à une personne morale de droit public.

Il s'agissait, dans le cas d'espèce, du transfert des activités de promotion et d'information de l'agglomération messine d'une association à la Ville de Metz.

Il convient de noter que, dans son arrêt, la CJCE a observé que la notion de service public administratif était une notion de droit administratif français, qu'elle n'avait pas qualité pour interpréter et que le transfert d'une activité économique d'une personne morale de droit privé à une personne morale de droit public ne pouvait être exclue du champ d'application de la directive, en raison du seul fait que le cessionnaire de l'activité est un organisme de droit public.

Un revirement de la jurisprudence de la Cour de cassation était dès lors attendu et est effectivement intervenu par l'arrêt *AGS de Paris c. Hamon* du 25 juin 2002 (10).

Cette décision a affirmé que dans le cas de la cession d'une clinique à un centre hospitalier, "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 faire perdre son identité à l'activité transférée".

Cette jurisprudence a été confirmée dans les mêmes termes par un arrêt du 14 janvier 2003 *Commune de Théoule-sur-Mer* (11) à propos de la reprise en régie directe par une commune de l'exploitation d'un port de plaisance, concédée à une société civile immobilière.

Force est de reconnaître qu'en dépit de quelques détours, la jurisprudence relative à l'article L 122-12 du Code du travail, non seulement est restée fidèle à son inspiration d'origine, le maintien de l'emploi, mais qu'elle a été étendue au-delà des frontières du droit privé.

Peut-on considérer que cette jurisprudence est applicable au cas d'espèce ?

Il ne fait pas de doute qu'on n'est pas en présence de la réorganisation administrative d'une autorité publique, ni du transfert de fonctions administratives publiques mais qu'il s'agit effectivement du transfert d'une activité économique, consistant en une prestation d'enseignement musical dispensée par une association partiellement financée par les usagers et qui a été reprise par une commune.

Certes, à la différence des deux affaires jugées par la Cour de cassation, le transfert d'activité ne résulte pas d'un acte juridique de cession ou de rachat anticipé d'une concession.

Toutefois, le transfert de l'entité économique, conservant son identité dont l'activité est poursuivie ou reprise, paraît caractérisée par plusieurs éléments :

(3) Rec. 1934 252.

(4) Rec. CJCE 1119.

(5) DS 1988 455, Dr. Ouv. 1989 p. 319 n. F. Saramito.

(6) DS 1990 399, Dr. Ouv. 1990 p. 217 en annexe à E. Wagner "Le nouveau champ d'application de l'art. L. 122-12".

(6 bis) Soc. 8 nov. 1978, B. n° 763.

(7) Soc. 1^{er} décembre 1993 RJS 1994 n° 6.

(8) Directive 2001/23 Dr. Ouv. 2002 p. 523.

(8 bis) CJCE du 15 octobre 1996 n° C 298 94.

(9) Rec. P I 07 755, Dr. Ouv. 2000 p. 511 n. M. Bonnechère.

(10) Dr. Ouv. 2002 p. 507 n. M. Carles.

(11) Dr. Ouv. 2003 p. 253 n. Y. Saint-Jours.

- d'une part, en ce qui concerne le transfert de l'activité économique, il y a concordance de temps entre les opérations de liquidation de l'association et la création de l'Ecole municipale de musique, la volonté de substitution résultant clairement des démarches effectuées par la municipalité auprès des familles constituant le même public potentiel ;

- d'autre part, en ce qui concerne le maintien de son identité, c'est-à-dire d'un ensemble organisé en vue de la poursuite de l'activité économique, il n'est pas contesté que la nouvelle école s'est installée dans les mêmes locaux et fonctionne avec les mêmes moyens matériels.

Dès lors, vous êtes fondés à considérer que la commune de Saint-Chamond est devenue, à compter du transfert de l'activité,

le "nouvel employeur", au sens de l'article L 122-12 du Code du travail, des salariés précédemment employés par l'association "Ecole de musique de Saint-Chamond".

Toutefois, ce constat permet seulement, pour l'instant, d'affirmer qu'il incomberait à la commune d'assumer devant le juge administratif les conséquences d'un licenciement prononcé après le transfert.

Mais quel est le juge compétent pour connaître de l'action des salariés dirigée contre la commune, "nouvel employeur", pour obtenir une condamnation conjointe et solidaire de celle-ci avec l'association à réparer le préjudice né du licenciement prononcé par l'ancien employeur, au moment du transfert ?

■ III. Quel est le juge compétent pour statuer ■ sur une action des salariés, licenciés par l'association, dirigée contre le nouvel employeur la commune aux fins d'obtenir réparation du préjudice du licenciement ?

La réponse à apporter à cette question passe par trois niveaux de réflexion successifs :

- une solution d'apparence simple : la frontière de la date du changement d'employeur ;

- la mise en œuvre de cette solution peut toutefois s'avérer incertaine ;

- une solution plus certaine : la frontière de la date de décision administrative plaçant le salarié sous un régime de droit public.

1) Une solution simple en apparence : la frontière de la date de changement d'employeur

Le mécanisme de l'article L 122-12 du Code du travail repose sur le maintien du contrat de travail malgré le changement d'employeur.

Les obligations respectives de l'ancien et du nouvel employeur sont donc étroitement liées à la date du transfert de l'activité économique de l'ancien employeur au nouvel employeur.

En ce qui concerne plus précisément la charge du licenciement, il paraîtrait assez logique de poser le principe que l'appréciation de la cause de licenciement et de ses conséquences relève de la compétence du juge judiciaire, dès lors que le licenciement est prononcé, avant le transfert par l'association, employeur soumis au droit privé, et qu'il ne relèverait de la compétence du juge administratif, que s'il avait été prononcé par la commune, après le transfert.

En faveur de l'application de cette solution simple au cas d'espèce, il peut être avancé que l'association, qui a procédé au licenciement, se considérerait encore comme employeur au moment de la notification du licenciement et en être déduit, que le transfert de l'activité a dès lors été postérieur au licenciement.

Ainsi, le Conseil de prud'hommes pourrait être déclaré exclusivement compétent pour connaître, dans le cadre de l'instance déjà engagée devant lui, des conséquences dommageables du licenciement, peu important que la

commune, nouvel employeur, ait été attrait devant le juge prud'homal pour garantir la condamnation de l'association.

Mais, si l'affirmation de ce seul principe pourrait éventuellement suffire à justifier, dans le cas d'espèce, la compétence judiciaire, elle peut se révéler, dans d'autres hypothèses, grosse de difficultés, en raison des incertitudes pouvant entourer la date et les conditions de mise en œuvre du transfert de l'activité économique.

2) La mise en œuvre de cette solution peut toutefois s'avérer incertaine

La mise en œuvre du principe de la compétence fixée uniquement en fonction de la date du transfert est en effet susceptible de se heurter à des difficultés autant pratiques que juridiques.

a) Une difficulté de fait

Il n'est pas aisé de déterminer toujours avec précision la date du transfert effectif de l'activité exercée par l'entité économique.

Il n'y a pas de difficulté lorsque le transfert résulte d'un acte de cession ou d'un acte de rachat anticipé de concession ayant date certaine, comme dans les espèces *Hamon* ou *Commune de Théoule-sur-Mer* jugées par la Cour de cassation en 2002 et 2003.

Il n'en est pas de même, en revanche, s'agissant, comme dans le cas d'espèce, d'un processus à exécution successive, résultant de la fermeture d'un établissement suivie de la réouverture d'un autre, sous une appellation différente.

Faut-il alors retenir la date de la liquidation de l'association, la date de l'annonce aux usagers par le nouvel employeur de la création de la nouvelle structure ou celle de la reprise effective de l'activité ?

Dès lors qu'on lie la compétence juridictionnelle à la date de transfert, les juges administratif et judiciaire peuvent se trouver parallèlement investis du pouvoir d'apprécier la date de transfert et risquent de diverger sur la désignation de l'employeur à la date du licenciement.

Cette crainte est d'autant plus justifiée qu'on peut se trouver en présence d'une multitude d'actions concurrentes, qu'il

s'agisse des actions des salariés contre leurs employeurs successifs engagés devant le juge judiciaire ou devant le juge administratif, ou des actions en garantie engagées entre employeurs sur le fondement de l'article L 122-12-1 du Code du travail.

Une telle situation peut donc être la source de conflits positifs ou négatifs sur la compétence peu souhaitables.

Aussi, le seul critère de la date du changement d'employeur comme frontière de la compétence juridictionnelle est susceptible de créer de ce fait une première zone d'incertitude.

A cette difficulté de fait, s'ajoute une difficulté d'ordre juridique non négligeable.

b) Une difficulté juridique

L'article L 122-12 du Code du travail produit normalement entre des employeurs successifs de droit privé un effet automatique.

Il n'y a en principe pas de césure dans la vie du contrat qui se poursuit auprès du nouvel employeur.

Il ne peut pas en être de même, lorsqu'une relation de droit public succède à une relation de droit privé.

En effet, sauf texte dérogatoire exprès, ou principe général dégagé par le juge administratif, les dispositions du code du travail ne sont pas applicables aux agents contractuels de droit public.

Le nouvel employeur public est donc tenu de placer le salarié transféré dans une situation de droit public compatible avec les règles de la fonction publique.

Toutefois, la mise en oeuvre de cette obligation se heurte à deux obstacles :

- un obstacle de temps :

Il est en effet nécessaire pour la collectivité publique, en raison du maintien du contrat, de conclure un contrat de droit public ou de l'intégrer dans la fonction publique et donc de recourir à un acte formel d'engagement plaçant l'intéressé dans une situation légale et réglementaire.

Il en résulte une période "grise" sur le sort et la qualification de la relation de travail entre la date du transfert et la date d'engagement dans un régime de droit public.

- un obstacle de texte :

Sauf à recruter les intéressés sur des emplois de titulaire, lorsque cela est possible, l'engagement des personnels transférés sur des contrats de droit public se heurte en effet à un vide juridique.

En effet, en matière de fonction publique territoriale, l'article 3 de la loi 84.53 du 26 janvier 1984 limite le renouvellement d'agents non titulaires à des hypothèses dont aucune ne peut satisfaire à l'exigence de poursuivre les contrats à durée indéterminée en application de l'article L 122-12 du Code du travail.

Seules deux lois spéciales, à effet limité dans le temps, ont prévu la possibilité, et non l'obligation, de réintégrer en qualité d'agents non titulaires les personnels d'une association :

- l'article 63 de la loi du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale (dite loi *Chevènement*) a prévu la possibilité de conserver les personnels affectés à l'activité d'une association gérant un service public en concluant avec eux des contrats à durée déterminée de trois ans au maximum, renouvelables, et avec maintien de leur rémunération antérieure ;

- l'article 9 de la loi du 3 janvier 2001 relative à la résorption de l'emploi précaire et à la modernisation du recrutement dans la fonction publique a aussi prévu, dans le cadre du transfert des compétences aux collectivités locales par les lois de décentralisation, la possibilité de réintégrer par contrat les personnels d'une association chargée d'un service public en qualité d'agents non titulaires.

Mais le champ d'application de cette dernière loi était limité aux associations, qui ont été créées ou qui ont succédé à des associations créées avant le 31 décembre de l'année au titre de laquelle sont intervenues les lois de décentralisation, et uniquement dans les domaines d'activité concernés par ces transferts.

Certes, il pourrait être soutenu que la combinaison de l'article L 122-12 du Code du travail et de la jurisprudence *Berkani* (12) au terme de laquelle les personnes non titulaires travaillant pour le compte d'un service public administratif sont des agents contractuels de droit public est de nature à permettre une requalification automatique du contrat de travail conclu avec l'employeur privé en contrat de droit public.

Toutefois, une telle approche, d'une part, ignore l'éventuelle intégration des salariés sur des emplois de titulaire et, d'autre part, se heurte aux inconvénients dénoncés découlant de l'incertitude sur la date du changement d'employeur.

Dès lors, en l'absence de texte précisant les effets de l'article L 122-12 au regard du droit public, notamment en ce qui concerne les conditions de recours au personnel contractuel dans la fonction publique territoriale, il apparaît souhaitable de s'appuyer sur une frontière de compétence plus sûre que celle de la date de changement d'employeur.

3) Une solution plus sûre : la frontière de la date de la décision administrative plaçant le salarié dans le régime de droit public

La solution, selon laquelle le juge judiciaire serait compétent tant qu'une décision administrative n'a pas placé le salarié dans un régime de droit public et le juge administratif le deviendrait après une telle décision, présente au moins deux avantages :

- tout d'abord, elle permet de poser le principe clair que le contrat de travail se poursuit selon les règles de fond, et de compétence prud'homale, qui en découlent, tant que le salarié n'a pas été expressément placé dans un régime de droit public, c'est à dire recruté en qualité de titulaire ou par un contrat de droit public.

Il n'y a plus de "zone grise".

- ensuite, l'incertitude de fait liée à la détermination de la date du changement d'employeur disparaît : la date de la décision administrative est en effet beaucoup plus facile à

(12) Tribunal des conflits 25 mars 1996, Dr. Ouv. 1996 p. 465 n. J.L. Rey.

identifier et, dans la mesure où elle ne laisse aucune marge d'appréciation au juge, les conflits de compétence devraient être évités.

Ce raisonnement devrait d'autant plus vous être accessible qu'il a été suivi par votre tribunal dans sa décision *F. c. Commune de Châtellerault* (13).

Il s'agissait de la reprise en régie directe par la commune de Châtellerault d'un abattoir, service public industriel et commercial, dont la gestion avait été confiée à une société par un contrat d'affermage.

Après la reprise, la commune avait licencié son directeur M. F. pour motif économique.

Saisi à la suite d'un conflit négatif, votre tribunal a estimé que la commune devait être considérée comme le nouvel employeur, au sens de l'article L 122-12 du Code du travail, mais que s'agissant d'un emploi de direction, le maintien de l'intéressé à ce poste de responsabilité requérait la mise en oeuvre d'un régime de droit public.

Vous avez déduit de cette situation, qu'à la date du licenciement l'intéressé demeurerait lié à la commune par un contrat de travail, la seule volonté de la commune de ne plus recourir à son concours pour la direction du service public n'ayant pu avoir pour effet de le placer sous un régime de droit public.

Dès lors, vous avez déclaré la juridiction de l'ordre judiciaire compétente pour connaître de la mesure de licenciement prise à son encontre, qui compte tenu de sa date d'intervention, se rattache à des rapports de droit privé.

Il existe d'autant moins de raison de ne pas transposer cette solution, qui crée un bloc de compétence judiciaire autour de l'article L 122-12 du Code du travail, que la jurisprudence communautaire et judiciaire n'opèrent plus aucune distinction entre les services publics administratifs et les services publics industriels et commerciaux.

La jurisprudence administrative, pour sa part, n'a pas non plus pris de position contraire.

En effet, dans une ordonnance du 13 mars 2002 (req. 243.927), *Mme Mori*, le juge des référés du Conseil d'Etat, saisi, dans le cadre d'une affaire similaire à celle qui vous est soumise, relative à la reprise par une commune d'une école de musique gérée par une association, d'une demande de réintégration par la commune des enseignants licenciés par l'association s'est implicitement déclaré compétent, en n'opposant pas l'incompétence de la juridiction administrative.

Toutefois, cette décision ne s'est pas expressément prononcée sur la question de compétence au fond, mais uniquement sur la compétence du juge des référés.

Elle a en effet rejeté un appel contre l'ordonnance du juge administratif ayant rejeté la demande de réintégration, au seul motif que les conditions dans lesquelles il est fait application, par une personne morale de droit public, des règles figurant dans les directives et à l'article L 122-12 du Code du travail relatives au maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise, ne sauraient être regardées comme touchant, par elles-mêmes, à l'exercice d'une liberté fondamentale au sens de l'article L 521-2 du Code de justice administrative.

C'est pourquoi, en l'absence de texte, il paraît souhaitable de confirmer pour l'instant votre jurisprudence *F.* en réaffirmant que, tant que l'intéressé n'a pas été placé dans une situation de droit public par une décision de l'autorité administrative, la situation reste régie par son contrat de travail antérieur dont le contentieux relève de la juridiction de l'ordre judiciaire.

Cette position apparaît d'autant plus justifiée, dans le cas d'espèce, que le Conseil de prud'hommes, déjà saisi de l'action dirigée contre l'association, est le mieux placé pour apprécier le rôle de la commune dans ce licenciement et répartir éventuellement la charge des conséquences du licenciement entre les deux employeurs successifs.

Nous avons en conséquence l'honneur de conclure à l'annulation de l'arrêté de conflit pris par le Préfet de la Loire le 1^{er} juillet 2003.

Jacques Duplat

(13) Tribunal des conflits 15 mars 1999, DS 1999 p. 676.

ANNEXE

TRANSFERT D'ENTREPRISE – Activité transférée à une personne morale entretenant habituellement des rapports de droit public avec son personnel – Sort du personnel – Période postérieure au transfert mais antérieure à une formalisation de l'embauche – Persistance de rapports de droit privé – Compétence prud'homale.

TRIBUNAL DES CONFLITS, 19 janvier 2004 - **Mme D. et autres** contre **Commune de Saint-Chamond**

Considérant qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article L. 122-12 du Code du travail : "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" ;

Considérant que si les dispositions précitées, interprétées au regard de la directive n° 77/187/CEE du Conseil du 14 février 1977, imposent le maintien des contrats de travail en cours y compris dans le cas où l'entité économique transférée constitue un service public administratif dont la gestion, jusqu'ici assurée par une personne privée, est reprise par une personne morale de droit public normalement liée à son

personnel par des rapports de droit public, elles n'ont 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 ; que le juge judiciaire est, par suite, 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, qui ne mettent en cause, jusqu'à la mise en oeuvre du régime de droit public évoqué plus haut, que des rapports de droit privé ;

Considérant qu'à la date à laquelle a été prise la décision de licencier Mme D. et autres, enseignants à l'école de musique de Saint-Chamond, ces salariés étaient exclusivement régis par le contrat de travail que chacun d'entre eux avait conclu, lors de son recrutement, avec l'association "Ecole de musique de Saint-Chamond", qui est une personne de droit privé ; que s'ils font valoir que leur licenciement, prononcé par

l'association en cours de liquidation, trouve sa cause réelle dans le transfert de l'activité à la commune de Saint-Chamond qui a repris la gestion de l'école en régie directe et que la commune est donc tenue, solidairement avec l'association, de réparer les conséquences dommageables du licenciement sur le fondement des dispositions précitées de l'article L. 122-12 du Code du travail, l'action ainsi engagée contre la commune ne met en cause, faute pour cette dernière d'avoir placé les intéressés dans un régime de droit public, que les rapports de droit privé nés du contrat de travail initialement conclu avec l'association ; que la juridiction de l'ordre judiciaire est, par suite, compétente pour en connaître ;

Décide :

Art. 1^{er} : L'arrêté de conflit pris le 1^{er} juillet 2003 par le Préfet de la Loire est annulé.

(M. Lasserre, rapp. - M. Duplat, comm. gouv.)

NOTE.

Le Tribunal des conflits était saisi d'une question de compétence dans le cadre d'un litige opposant un salarié et une personne morale de droit public, sur le fondement de l'article L. 122-12 du Code du travail, suite à la reprise d'un service public administratif en régie directe.

Le Tribunal énonce que dès lors que le contrat de travail a été conclu à l'origine avec une personne de droit privé, le Conseil de prud'hommes est compétent pour connaître du litige qui oppose le salarié à une personne publique, jusqu'à ce que celui-ci ait été placé dans une situation de droit public (intégration dans la fonction publique sur un emploi de titulaire, recrutement par un contrat de droit public).

Concrètement, certains litiges intéressant des personnels travaillant pour un service public administratif géré par une personne publique (commune, préfecture, hôpital public...) pourront dorénavant être portés devant le Conseil de prud'hommes.

Pour déterminer ou non sa compétence, le juge prud'homal devra s'interroger sur la nature privée ou publique de l'employeur signataire du contrat de travail *initial*.

Si le premier employeur est une personne de droit privée et qu'à la suite de la reprise du service public, le nouvel employeur de droit public n'a pris aucune décision plaçant l'intéressé sous un régime de droit public, le Conseil de prud'hommes *doit se déclarer compétent*. Il lui appartiendra alors de trancher le fond du litige et de faire application de l'article L 122-12 du Code du travail.

Le contrat de travail initial se poursuivra, avec tous ses éléments, selon les règles de fond et de compétence prud'homale qui en découlent, jusqu'à ce que le salarié soit placé dans un régime de droit public, moment à partir duquel seulement le Tribunal administratif deviendra compétent.

On aura donc recours à la jurisprudence usuelle découlant des articles L 122-12 et L 122-12-1 pour déterminer les droits des salariés ainsi que la répartition des obligations entre les employeurs successifs.

Le Conseil de prud'hommes demeurera également compétent pour tout litige qui opposerait par la suite le salarié à son nouvel employeur public (reprise à des conditions de rémunération différentes, non-paiement d'heures supplémentaires...), tant que ce dernier ne l'aura pas placé dans une situation de droit public.

Le Conseil de prud'hommes pourra ainsi être amené à se prononcer sur des litiges dont le nouvel employeur est une personne publique, dont le salarié en cause, travaille ou travaillait pour un service public administratif et dont le transfert d'activité s'est opéré depuis plusieurs mois, voire plusieurs années.

Chantal Verdin, Présidente du Conseil de prud'hommes de Paris