

**TRANSFERT D'ENTREPRISE – Service public administratif géré par une personne privée – Reprise par une personne publique – Situation du personnel – Maintien de liens de droit privé dans l'attente de décision explicite de la personne publique.**

CONSEIL D'ÉTAT (section) 22 octobre 2004

L.

M. L. demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'arrêt du 13 mars 2002 par lequel la Cour administrative d'appel de Douai a rejeté sa requête tendant à l'annulation du jugement du 4 février 1999 du Tribunal administratif de Lille rejetant sa demande tendant d'abord à l'annulation pour excès de pouvoir de l'arrêté du 31 décembre 1984 par lequel le président du Conseil général du Nord l'a titularisé en qualité d'ouvrier professionnel et non en qualité d'aide technique de laboratoire, ensuite à ce qu'il soit enjoint au président du Conseil général de le reclasser en qualité d'aide technique de laboratoire à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1985 et de reconstituer sa carrière et, enfin, à ce que le département du Nord soit condamné à réparer le préjudice qu'il a subi du fait de l'arrêté contesté ;

2°) statuant au fond, d'annuler le jugement du 4 février 1999, ensemble l'arrêté du 31 décembre 1984, d'enjoindre au

président du Conseil général de le reclasser en qualité d'aide technique de laboratoire à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1985 et de condamner le département du Nord à réparer le préjudice qu'il estime avoir subi du fait de cet arrêté ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la directive n° 77/187/CEE du Conseil du 14 février 1977 ;

Vu le Code du travail, notamment son article L. 122-12 ;

Vu la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 modifiée ;

Vu le Code de justice administrative ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, par délibération du bureau de son Conseil général en date du 17 décembre 1984, le département du Nord a décidé d'exploiter en régie les activités de lutte contre la tuberculose et de vaccination précédemment assurées pour son

compte par la Ligue du Nord d'hygiène sociale, constituée sous la forme d'une association reconnue d'utilité publique ; qu'il a créé à cet effet vingt emplois budgétaires, afin de rendre possible la titularisation de ceux des agents employés par cette association qui souhaitaient continuer à exercer leurs fonctions au sein du département ; que, par arrêté du 31 décembre 1984, le président du Conseil général du Nord a titularisé M. L., salarié de l'association, en qualité d'ouvrier professionnel de première classe ; que le Tribunal administratif de Lille, par un jugement du 4 février 1999, puis la Cour administrative d'appel de Douai, par un arrêt du 13 mars 2002, ont rejeté les conclusions de l'intéressé tendant, d'abord, à l'annulation dudit arrêté en tant qu'il n'avait pas procédé à sa titularisation comme aide technique de laboratoire, ensuite, à ce qu'il soit enjoint au département de le reclasser en cette qualité à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1985 et de reconstruire sa carrière et, enfin, à ce que le département du Nord soit condamné à réparer le préjudice qu'il estime avoir subi du fait de cet arrêté ; que M. L. se pourvoit en cassation contre cet arrêt ;

Considérant, en premier lieu, que l'article 3 de la directive n° 77/187/CEE du Conseil du 14 février 1977 impose, en cas de cession d'une entreprise, que les droits et obligations qui résultent pour le cédant de tout contrat de travail existant à la date du transfert soient transférés au cessionnaire ; qu'aux termes de l'article L. 122-12 du Code du travail, qui doit être regardé comme transposant ces dispositions pour ce qui concerne les salariés de droit privé : "(...) *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*" ; qu'il résulte de ces dispositions que, lorsque l'activité d'une entité économique employant des salariés de droit privé est reprise par une personne publique gérant un service public administratif, il appartient à cette dernière, en l'absence de dispositions législatives spécifiques, et réserve faite du cas où le transfert entraînerait un changement d'identité de l'entité transférée, soit de maintenir le contrat de droit privé des intéressés, soit de leur proposer un contrat de droit public reprenant les clauses substantielles de leur ancien contrat dans la mesure, ainsi que l'a jugé la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt n° C-175/99 du 26 septembre 2000, où des dispositions législatives ou réglementaires n'y font pas obstacle ; que, dans cette dernière hypothèse, le refus des salariés d'accepter les modifications qui résulteraient de cette proposition implique

leur licenciement par la personne publique, aux conditions prévues par le droit du travail et leur ancien contrat ; qu'en revanche, la garantie résultant des dispositions précitées ne peut être utilement invoquée à l'appui d'une contestation des conditions dans lesquelles la personne publique aurait procédé à leur titularisation dans un emploi, corps ou cadre d'emplois de la fonction publique ; que, par suite, la Cour administrative d'appel n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que l'article L. 122-12 du Code du travail, interprété au regard de la directive du 14 février 1977, ne conférait à M. L. aucun droit à être titularisé en qualité d'aide technique de laboratoire ;

Considérant, en deuxième lieu, qu'en vertu de l'article 16 de la loi du 13 juillet 1983, les fonctionnaires ne peuvent être recrutés que par concours, sauf dérogation prévue par la loi ; qu'en l'absence d'une telle dérogation, M. L. n'avait aucun droit à titularisation ; que, dès lors, la Cour n'a pas commis d'erreur de droit en écartant pour ce motif le moyen tiré par l'intéressé, au soutien de ses conclusions d'annulation, du caractère insuffisant de son grade et de sa rémunération, sans rechercher si le département s'était conformé aux règles qu'il aurait lui-même fixées pour la prise en compte des conditions d'emploi dont le requérant bénéficiait antérieurement ;

Considérant, en troisième et dernier lieu, que M. L. n'avait, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, aucun droit à être titularisé ; qu'aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe général du droit n'imposent, lors d'une titularisation, la prise en compte de la situation et de la carrière antérieure de l'intéressé ; que, contrairement à ce que soutient le requérant, il ne ressort pas des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le département du Nord se serait engagé à lui offrir une situation au moins aussi favorable ; qu'ainsi, la Cour administrative d'appel de Douai a pu, sans dénaturer les faits, rejeter les conclusions indemnitaires de M. L. au motif que le département du Nord n'avait pas commis de faute en ne tenant pas compte d'une promotion dont celui-ci aurait bénéficié dans son précédent emploi ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que M. L. n'est pas fondé à demander l'annulation de l'arrêt attaqué ;

DÉCIDE :

Article 1<sup>er</sup> : La requête de M. L. est rejetée.

(M. Crépy, rapp. - M. Glaser, comm. gov. - SCP Peignot et Garreau, av.)

## Note.

I. Jusqu'il y a peu, il était admis que les dispositions du deuxième alinéa de l'article L 122-12 du Code du travail qui posent le principe de la continuité des contrats de travail en cas de reprise d'une activité ne s'appliquaient pas lorsqu'était en jeu un service public à caractère administratif (1). Mais récemment la Cour de justice des communautés européennes a fait une interprétation extensive de l'article 3 de la directive 77/187 CE du 14 février 1977 depuis codifiée par la directive 2001/23 CE du 12 mars 2001 (2) qui reprend le principe énoncé par l'art. L 122-12 du Code du travail. La Cour saisie d'une question préjudicielle par une juridiction française a indiqué que la directive ne permettait pas d'exclure de son champ d'application "*le transfert d'une activité économique d'une personne morale de droit privé à une personne morale de droit public, en raison du seul fait que le cessionnaire de l'activité est un organisme de droit public*" (3).

La Cour de cassation a été la première à tirer les conséquences de cet arrêt (4). Ainsi, qu'il s'agisse d'un service public industriel ou commercial ou d'un service public administratif, sa reprise en régie directe par une commune entraîne la reprise des contrats de travail.

(1) V. par ex. Cass. Soc. 8 novembre 1978 *dame Lelieur c/ Frery, liquidateur de la piscine de la dame Blanche*, Bull. Civ. V n° 713 et dans le même sens CE 23 octobre 1987 *Siguiet* Rec. p. 324.

(2) Dr. Ouv. 2002 p. 523.

(3) CJCE 26 septembre 2000 *Didier Mayeur et Association Promotion de l'information messine - APIM*, Dr. Ouv. 11/2000 p. 511, RJS 1/01 n° 138.

(4) Cass. Soc. 25 juin 2002 *AGS de Paris et autres c/ M. Yves et autres* Dr. Ouv. 10/02 p. 507 note Carles ; v. également l'arrêt rendu le même jour AGS de Paris *c/ Harmon* RJS 10/02 n° 1078, solution confirmée par Cass. Soc. 14 janvier 2003 *commune de Théoule-sur-Mer c/ Hermann*, Dr. Ouv. 6/03 p. 253 note Saint jours ou RJS 3/03 n° 319.

Le Tribunal des conflits a lui aussi admis le transfert des contrats de travail lors de la reprise d'un service public administratif par une personne publique (5). Mais il a estimé que la reprise du contrat, imposée par l'article L 122-12 n'avait pas pour effet de transformer la nature juridique des contrats qui demeurent de droit privé "tant que le nouvel employeur public n'a pas placé les salariés dans un régime de droit public".

Un Tribunal administratif avait fait application de l'article L 122-12 au transfert d'un service public administratif (6), mais le Conseil d'Etat n'avait pas encore eu l'occasion de se prononcer sur cette question depuis l'arrêt *APIM* de la CJCE. Il vient de le faire par un arrêt de section du 22 octobre 2004 (7). Sans surprise, le Conseil d'Etat se range à l'interprétation de la CJCE qui s'impose à toutes les juridictions internes aux Etats membres. Il fait d'ailleurs, comme c'est l'habitude, expressément référence à l'interprétation de l'arrêt *APIM*.

Ainsi, le principe du maintien des contrats de travail en cours au moment de la reprise d'un service public administratif par une personne publique est-il unanimement reconnu par les juridictions françaises. La seule exception figurant dans l'arrêt *Lamblin* ("*réserve faite l'entité transférée*") n'a pas pour objet d'ouvrir une possibilité de contourner le principe ainsi posé puisqu'elle est la copie conforme de la jurisprudence judiciaire en matière d'application de l'article L 122-12 (8).

Un tel contournement ne serait d'ailleurs pas licite puisque le principe figurant à l'article L 122-12 revêt un caractère d'ordre public (9).

Mais si le principe du transfert des contrats de travail est désormais étendu à la reprise d'activité à une personne publique, ses effets sur le statut des salariés en cause posent de redoutables difficultés que l'arrêt *Lamblin* aborde sans apporter de réponse réellement satisfaisante.

**II.** Le principe du maintien du contrat de travail tel qu'il résulte de la jurisprudence judiciaire sur l'art L. 122-12 se heurte, lorsqu'une activité de service public administratif est transférée du privé au public à trois grands principes qui régissent le droit de la fonction publique.

D'abord, en application de la jurisprudence *Berkani* (10), les personnes employées par une personne publique gérant une SPA bénéficient d'un régime de droit public. Ensuite, sauf dérogation législative, les emplois permanents des collectivités publiques et des établissements publics doivent être occupés par des fonctionnaires (11) dont le recrutement se fait par concours (12).

Enfin si le recours à des contractuels de droit public est possible dans un certain nombre de cas, il ne peut s'agir sauf exception législative, que de contrats d'une durée limitée à trois ans renouvelables par reconduction expresse, ce qui exclut le recrutement à durée indéterminée (13).

**III.** Par son arrêt *Lamblin*, le Conseil d'Etat a estimé "*que la personne publique devait, en l'absence de dispositions législatives spécifiques*", soit maintenir le contrat de droit privé des intéressés, soit leur proposer un contrat de droit public reprenant les clauses substantielles de leur ancien contrat "*dans la mesure où des dispositions législatives ou réglementaires n'y font pas obstacle*".

La première solution se heurte à la jurisprudence *Berkani* et risque d'avoir pour inconvénient de pérenniser la coexistence dans un même service de salariés de statuts radicalement différents et devant, en cas de conflit, s'adresser à des juges distincts. Or on le sait, la présence d'agents en contrats emploi-jeune ou en contrats emploi-solidarité dont la loi fait des salariés de droit privé n'était déjà pas sans poser certains problèmes.

Quant à la seconde solution, elle ne peut en l'état actuel du droit que déboucher sur un contrat à durée déterminée ce qui pour un salarié titulaire d'un contrat à durée indéterminée constitue une modification substantielle. En cas de refus du salarié d'accepter une telle modification, c'est bien sûr à la personne publique d'en tirer les conséquences. La rupture du contrat de travail étant imputable à cette dernière (14). Comme il n'y a pas eu d'acte faisant passer l'intéressé sous le régime de droit public, ce sont les conditions du licenciement prévues par le Code du travail et le contrat privé qui s'appliquent, sous le contrôle du Conseil de prud'hommes.

(5) TC 19 janvier 2004 *Mme Devun c/ Commune de Saint-Chamond* Dr. Ouv. 4/04 p. 146, conclusions Duplat et note Verdin ; TC 29 décembre 2004, *Préfet de la Moselle contre CHR Metz Thionville*, D. 2005 IR 168.

(6) TA Poitiers 14 mai 2003 *Mme Coindre*, AJDA 2003 p. 1280, conclusions Artus.

(7) *Lamblin* à paraître au Recueil, reproduit ci-dessus.

(8) V. par ex Cass. Soc. 12 déc. 1990, *Droit Trav.* 2/91 p. 19.

(9) Cass. Soc., 6 mai 1978 : JCP 1978, ed. CI, I, 7287 p. 246 n°6 obs. Teysié et Descotte.

(10) TC 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes c/ CPH de Lyon*, Rec. p. 536 avec les conclusions de Ph. Martin, Dr. Ouv. 1996 p. 465 n. Rey

(11) Art. 3 de la loi du 13 juillet 1983 portant titre 1<sup>er</sup> du statut général des fonctionnaires.

(12) Art. 16 du même titre.

(13) Art. 4 titre 2 pour les agents de l'Etat et art. 3 titre 3 pour les agents publics territoriaux, CE, section, 27 octobre 1999, *Bayeux*, Rec. p. 335.

(14) Cass. Soc. 2 juin 1992 *Cah. Soc.* 1992, A 38.

Or Lamblin étant un ancien salarié de droit privé qui, titularisé dans la fonction publique territoriale lors de la reprise du service par la personne publique, contestait les modalités de cette titularisation, le Conseil d'Etat a estimé que le principe de l'art L 122-12 ne pouvait ouvrir droit à titularisation. Il a alors rappelé pour respecter les demandes du requérant un certain nombre de principes qui s'appliquent, sauf textes contraires heureusement nombreux, aux agents publics et en particulier l'absence d'obligation de prendre en compte le niveau de qualification, de rémunération ou d'ancienneté acquis avant d'être reclassé dans un emploi de la fonction publique (15).

L'alternative proposée aux collectivités et aux salariés dont le contrat a automatiquement été transféré en même temps que l'activité de service public administratif n'est guère enthousiasmante. On peut penser, et c'est en filigrane dans l'arrêt, que la haute juridiction administrative n'a pas voulu combler le vide juridique créé par l'extension de la notion de transfert d'entreprise opérée par le juge communautaire, laissant cela au législateur.

**IV.** La loi a d'ailleurs déjà prévu quelques exceptions aux principes du droit de la fonction publique. La plus notable est celle existante en cas de transfert de l'activité d'un établissement de santé privée à un hôpital public pour lequel les conditions de reprise du personnel sont prévues par l'art 102 de la loi du 9 janvier 1986 (16) et le décret du 21 juillet 1999. Ces textes prévoient une intégration à niveau équivalent, avec reconstitution partielle de carrière et possibilité d'indemnité différentielle.

Ces principes correspondent à ceux que vient de rappeler la CJCE saisie d'une question préjudicielle par la Cour administrative du Luxembourg (17). Si la Cour admet qu'une personne publique puisse procéder à une réduction du montant de la rémunération des salariés dont l'activité est reprise aux frais de se conformer aux règles nationales en vigueur relatives aux emplois publics, les autorités compétentes sont tenues d'appliquer et d'interpréter lesdites règles "*dans toute la mesure du possible à la lumière de la finalité de la directive en tenant notamment compte de l'ancienneté du travailleur... pour le calcul de sa rémunération*".

En attendant l'édiction des textes législatifs nécessaires qui feront, n'en doutons pas, l'objet d'une attention particulière des organisations syndicales représentatives, les syndicats locaux devront veiller à ce que les conditions de reprise des personnels dont l'activité est transférée à une personne publique soient conformes à la finalité du principe de l'article L. 12-12 C; Trav. et de la directive européenne.

**Jean-Louis Rey**, Conseiller à la Cour administrative d'appel de Bordeaux

(15) V. par ex CE 24 juin 1987 *Fédération nationale des syndicats de secrétaires et secrétaires adjoints de Conseils des prud'hommes*, Rec. Tables p 786 ou CE 27 juin 1990 *président du Conseil général du Tarn et Préfet du Tarn*, Rec. Tables p 830.

(16) Titre IV du statut général relatif à la fonction publique hospitalière.

(17) CJCE 11 novembre 2004, *Delahaye c/ Min. de la fonction publique* AJDA 11/2004 p. 2190, note de Montecler.