

TRANSFERT D'ENTREPRISE – Reprise par une personne publique chargée de la gestion d'un service public administratif – Obligation de proposer un contrat de droit public présentant des caractéristiques similaires – Licenciement en cas de refus du salarié – Compétence respective des juridictions de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif.

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 1^{er} juin 2010
La Domitienne contre Société Coved et a. (pourvoi n° 09-40.679)

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. Basile était employé comme chauffeur poids-lourds par la société Coved qui assurait pour la communauté de communes La Domitienne la collecte et le traitement des déchets ; que cette dernière, qui a repris ces activités en régie directe à compter du 1^{er} mai 2006, a proposé à M. Basile le 24 novembre 2006 un contrat de droit public pour des fonctions de ripeur qu'il a refusé ; que celui-ci a saisi le Conseil de prud'hommes le 19 avril 2007 pour demander que l'établissement public soit condamné à lui proposer un contrat de travail à durée indéterminée comme chauffeur " poids-lourds", sous peine d'une astreinte, et à lui payer des dommages-intérêts ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que la communauté de communes fait grief à l'arrêt de la condamner à payer les salaires à M. Basile avec effet rétroactif à compter du 1^{er} mai 2006, à lui remettre les bulletins de paie, le tout sous astreinte, et de la condamner à

lui payer des dommages et intérêts en réparation du préjudice moral, alors, selon le moyen :

1°/ qu'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 ; qu'il ne résulte d'aucune disposition de ce texte que les contrats de travail seraient de plein droit et automatiquement transférés à la personne publique du jour de la reprise prétendue de l'activité, alors bien au contraire que le salarié a simplement vocation à un contrat de droit public, et que le transfert de son contrat est conditionnel, si bien qu'en condamnant rétroactivement la communauté de

communes à compter du 1^{er} mai 2006 à payer à M. Basile les salaires correspondants avec remise des bulletins de paie, la Cour d'appel, infirmant le jugement, n'a pas justifié légalement sa décision au regard du texte susvisé ;

2°/ et alors que, comme l'avait mentionné la communauté de communes dans ses conclusions, M. Basile avait lui-même invoqué la poursuite de son contrat de travail de droit privé le 1^{er} mai 2006 avec la SA Cavet, si bien qu'en condamnant pourtant la personne publique à payer au salarié ses salaires et à lui remettre ses bulletins de paye à compter du 1^{er} mai 2006, sans limiter la réparation au préjudice subi par le salarié en raison de l'absence prétendue de proposition d'un contrat de droit public, la Cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article 20 de la loi du 26 juillet 2005 ;

Mais attendu, d'abord, qu'à la suite du transfert d'une entité économique à une personne morale de droit public dans le cadre d'un service public administratif, les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le personnel de l'entreprise et le nouvel employeur, qui est tenu, dès la reprise de l'activité, de continuer à rémunérer les salariés transférés dans les conditions prévues par leur contrat de droit privé jusqu'à ce que ceux-ci acceptent le contrat de droit public qui leur sera proposé, ou jusqu'à leur licenciement, s'ils le refusent ;

Et attendu, ensuite, que le grief de la seconde branche manque en fait ;

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

Mais sur le troisième moyen :

Vu l'article 20 de la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 alors en vigueur, ensemble le principe de séparation des pouvoirs, la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III ;

Attendu que lorsque l'activité d'une entité économique employant des salariés de droit privé est, par transfert de cette activité, 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 reprenant les clauses substantielles de leur contrat, notamment concernant la rémunération, et qu'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 Code du travail et par leur

contrat ; que si le juge judiciaire est compétent pour statuer sur tout litige relatif à l'exécution et à la rupture du contrat de travail tant que le nouvel employeur n'a pas placé les salariés dans un régime de droit public, il ne peut, ni se prononcer sur le contrat de droit public proposé par la personne morale de droit public au regard des exigences de l'article 20 de la loi du 26 juillet 2005, ni lui faire injonction de proposer un tel contrat ; qu'il peut seulement, en cas de difficulté sérieuse, surseoir à statuer en invitant les parties à saisir le juge administratif d'une question préjudicielle portant sur la conformité des offres faites par le nouvel employeur public aux dispositions législatives et réglementaires ;

Attendu que pour ordonner à la communauté de communes de proposer au salarié un contrat de droit public reprenant sa qualification et sa rémunération, l'arrêt, par motifs propres et adoptés, après avoir constaté que M. Basile avait refusé le contrat de droit public, comme ne correspondant pas à ses qualification et rémunération antérieures, retient que le contrat ainsi proposé n'était pas conforme aux prescriptions de la loi du 26 juillet 2005, en sorte qu'aucun contrat de droit public n'avait été conclu, ce dont il déduit que le juge judiciaire est compétent pour ordonner à la communauté des communes de proposer un autre contrat de droit public ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel, qui ne pouvait, sans violer le principe de la séparation des pouvoirs, se prononcer sur la conformité d'un contrat de droit public aux dispositions de l'article 20 de la loi du 26 juillet 2005, ni faire injonction à la communauté de communes de proposer un autre contrat de droit public, a violé le texte et les principes susvisés ;

Casse et annule, sauf en ce qu'il a condamné la communauté des communes La Domitienne à payer à M. Basile une somme à titre de dommages-intérêts et les salaires à compter du 1^{er} mai 2006, l'arrêt rendu le 12 novembre 2008, entre les parties, par la Cour d'appel de Montpellier ; remet, en conséquence, sur les autres points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel de Nîmes.

(Mme Collomp, prés. – Mme Pérony, rapp. – M. Allix, av. gén. – SCP Gadiou et Chevallier, SCP Waquet, Farge et Hazan, av.)

Note .

La solution donnée par cet arrêt étonnera au premier abord. A l'examen, elle semble pourtant découler des principes dégagés par la jurisprudence. En l'occurrence, le litige concernait un chauffeur poids-lourds d'une société assurant la collecte des déchets au bénéfice d'une communauté de communes, activité que cette dernière avait décidé de reprendre en régie directe (1).

L'article 20 de la loi du 26 juillet 2005 (article L. 1224-3 du Code du travail) dispose :

« 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 contraires, le contrat qu'elle propose reprend les clauses substantielles du contrat dont les salariés sont titulaires, en particulier celles qui concernent la rémunération.

(1) Sur la question plus générale des modes de gestion des services publics, on renverra au numéro spécial du Droit Ouvrier, avril 2008, *Personnes privées et personnes publiques dans la gestion*

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).

Cette loi est intervenue après la jurisprudence de la Cour de Luxembourg (3), puis de la Cour de cassation (4) et du Tribunal des conflits (5), d'où il résulte que la reprise d'une entité économique par une personne publique, même chargée d'un service administratif, n'opère pas modification des contrats de travail, de sorte que l'établissement repreneur se trouve investi des obligations de l'ancien employeur, les contrats continuant d'être régis par le Code du travail et de relever des juridictions judiciaires (6). Le Conseil d'Etat s'était rangé à cette solution, en précisant que l'obligation de maintenir les contrats de travail existait « *en l'absence de dispositions législatives spécifiques* » (7). Le législateur a saisi la perche et, pour sauvegarder le principe suivant lequel les agents non titulaires engagés par un établissement public administratif sont des agents de droit public (8), la nouvelle loi place le salarié dans l'alternative suivante : soit ils acceptent la transformation de leur contrat, soit ils refusent et leur nouvel employeur doit les licencier (ce licenciement étant soumis au droit du travail).

Dans l'affaire tranchée par l'arrêt commenté, le salarié avait refusé la transformation de son contrat aux conditions proposées par la communauté de communes et saisi la juridiction prud'homale en demandant (et en obtenant en appel), d'une part, la condamnation au versement des salaires et, d'autre part, qu'il soit enjoint à l'employeur de proposer un contrat de droit public reprenant les conditions substantielles du contrat de travail.

La Cour de Cassation confirme l'arrêt en ce qu'il condamne au versement des salaires, mais elle censure la Cour d'appel pour avoir ordonné à la communauté de communes de proposer un contrat de droit public reprenant les conditions antérieures, au motif qu'il n'appartient aux juridictions civiles, ni de se prononcer sur la conformité d'un contrat de droit public à l'article 20 de la loi du 26 juillet 2005, ni davantage d'adresser des injonctions à une personne publique chargée d'un service public administratif (ci-dessus). La Cour précise que le juge judiciaire « *peut seulement, en cas de difficulté sérieuse, surseoir à statuer en invitant les parties à saisir le juge administratif d'une question préjudicielle portant sur la conformité des offres faites par le nouvel employeur public aux dispositions législatives et réglementaires* ».

Cette solution est logique et découle de l'application combinée de trois principes solidement implantés dans notre droit :

- la continuité des contrats de travail en cas de transfert de l'activité économique (article L. 1224-1 du Code du travail) (9) ;
- l'impossibilité d'imposer au salarié une modification de son contrat de travail (10) ;
- le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires qui interdit au juge judiciaire de s'immiscer dans les opérations de l'administration (11).

En effet, dès lors que le contrat est transféré, il continue de produire ses effets : l'employeur est tenu au versement des salaires et il ne peut mettre fin au contrat que par un licenciement. En revanche, bien que la loi oblige la personne publique à « *proposer* » au salarié un contrat de droit public et, en cas de refus, à « *procéder à son licenciement* », il n'appartient pas aux juridictions judiciaires d'ordonner l'exécution de cette obligation. Dans la mesure où elle contredit la logique contractuelle, cette obligation est clairement exorbitante du droit commun et elle n'est justifiée qu'en raison du caractère administratif du service. Or, il n'appartient pas au juge judiciaire de s'immiscer dans l'exécution d'une obligation qui, par nature, relève de la fonction administrative.

(2) Ce dernier alinéa a été modifié par la loi n° 2009-972 du 3 août 2009 (cf. *infra*), qui ne s'appliquait pas aux faits de l'espèce.

(3) CJCE 26 septembre 2000 *Mayeur c/ Association Promotion de l'information messine (APIM)*.

(4) Cass. Soc. 25 juin 2002, nos de pourvoi : 01-43467 01-43477 01-43499, Dr. Ouv. 2002 p. 507 n. M. Carles.

(5) TC 19 janvier 2004 n° C3393, Dr. Ouv. 2004 p. 146, concl. J. Duplat, n. C. Verdin.

(6) TC 19 janvier 2004 précité ; 29 décembre 2004 n° C 3415.

(7) CE 22 octobre 2004 *Lamblin*, arrêt très commenté (voir not. Dr. Ouv. 2005 p. 78 n. J.L. Rey, AJDA 2004, p. 2153).

(8) C'est le célèbre arrêt *Berkani*, TC 25 mars 1996, Lebon p. 535, Dr. Ouv. 1996 p. 465 n. J.L. Rey.

(9) V. le numéro spécial « Le transfert d'entreprise », RPDS n° 773 sept. 2009.

(10) Soc. 10 juillet 1996 (deux esp.), Dr. Ouv. 1996 p. 459 n. P. Moussy ; v. en dernier lieu « La modification du contrat de travail », RPDS 2010 nos 781 et 783.

(11) Loi des 16-24 août 1790 et décret du 16 fructidor an III ; TC 16 juin 1923, *Septfonds*.

La solution paraît cohérente. Comment la Cour de cassation pourrait-elle ordonner à l'employeur de prendre des mesures aboutissant de façon certaine à mettre un terme au contrat de travail, alors qu'elle affirme depuis des années que l'employeur est tenu de respecter le contrat initial tant que le salarié n'a pas consenti à le modifier ?

Enfin, contrairement aux apparences, les conséquences pratiques de cette solution ne paraissent pas déraisonnables. En réalité, tant que le salarié n'a pas accepté le contrat de droit public, le contrat de travail subsiste et, avec lui, les obligations de l'employeur, parmi lesquelles celles de confier des tâches et de verser le salaire stipulé. La Cour se montre d'ailleurs disposée à sanctionner l'inexécution du contrat et toute faute contractuelle, puisqu'elle confirme la condamnation au versement des salaires et à des dommages-intérêts.

Sur ce dernier point, la Cour ouvre cependant une exception notable. Elle refuse de sanctionner la faute consistant à ne pas proposer un contrat de droit public qui « *reprend les clauses substantielles du contrat dont les salariés sont titulaires, en particulier celles qui concernent la rémunération* ». Cela paraît sensé, si l'on considère que cette faute « administrative » naît de la méconnaissance d'obligations exorbitantes qui ne s'imposent que dans la mesure où la personne publique poursuit l'exécution d'un service public administratif. La Cour rappelle d'ailleurs que le salarié peut demander aux juridictions administratives, seules compétentes, de constater la faute par la voie préjudicielle.

Que se passera-t-il, désormais, en cas de transfert d'une entité économique à une personne publique ? Si l'activité est poursuivie sous la forme d'un service industriel et commercial, les contrats de travail seront maintenus aux mêmes conditions (12). Si elle est poursuivie sous la forme d'un service public administratif, l'employeur devra proposer aux salariés un contrat de droit public et, s'ils refusent, il devra les licencier. Il appartiendra alors aux juridictions judiciaires d'apprécier si ce licenciement respecte « *les conditions prévues par le droit du travail et par leur contrat* ». La Cour de cassation a déjà jugé, dans un arrêt du 2 décembre 2009 (13), que le refus d'accepter une modification résultant des dispositions législatives ou réglementaires s'imposant à la personne publique « *constitue pour l'employeur une cause réelle et sérieuse de licenciement, ne relevant pas des dispositions relatives au licenciement économique* ». Cette solution paraît résulter désormais de la loi, le dernier alinéa de l'article L. 1224-3 du Code du travail ayant été modifié pour indiquer qu'en cas de refus du contrat public proposé, le contrat de travail « *prend fin de plein droit* » (14) (loi n° 2009-972 du 3 août 2009).

Et si la personne publique tente de revoir à la baisse les conditions d'emploi reprises dans le contrat public (15) ? On peut penser que le salarié qui « accepte » pourra toujours s'adresser au juge administratif, lequel fait primer la logique statutaire et pourra déclarer illégales, et de nul effet, les stipulations contraires aux dispositions légales et réglementaires (notamment à l'article L. 1224-3 du Code du travail commandant la reprise des clauses substantielles du contrat de travail). Mais le salarié peut aussi refuser, auquel cas il sera licencié et pourra réclamer les indemnités de rupture devant le juge judiciaire, sans préjudice de toutes autres et, notamment, de l'indemnisation du dommage causé par la violation de l'obligation de reprise des conditions substantielles du contrat. En ce dernier cas, il devra, certes, faire constater le manquement par le juge administratif, par la voie du recours préjudiciel.

Joao Viegas, Avocat au Barreau de Paris

(12) Y. Saint-Jours « La situation juridique des personnels employés dans les services publics », Dr. Ouv. avr. 2008 p. 186.

(13) Cass. Soc. 2 décembre 2009, n° 07-45.304 ; voir sur ce point le commentaire publié dans *La Semaine Juridique Sociale* n° 6, 9 février 2010, 1056.

(14) L'expression « *prend fin de plein droit* » ne met pas en cause le fait que la rupture produit les effets d'un licenciement, puisque le législateur n'a pas modifié la suite du texte qui

dispose que « *la personne publique applique les dispositions relatives aux agents licenciés prévues par le droit du travail et par leur contrat* ». Sur le plan terminologique, elle n'en est pas moins problématique et on ne saurait exclure qu'elle donne lieu à des difficultés. Par exemple, exigera-t-on que le salarié soit préalablement mis en mesure de peser les conséquences de sa décision ? De quelle manière ? La jurisprudence pourrait avoir à éclaircir ces questions...

(15) Avis CE, 21 mai 2007, *Manolis*, Dr. Ouv. 2008 p. 148.