

Gury

Geoffrey

Master I Droit social

Transfert des contrats de travail et reprise en régie directe d'un service public administratif

SIGLES ET ABREVIATIONS

AJDA: Actualité juridique de droit administratif

AJFP: Actualité juridique de la fonction publique

Ass. : Arrêt d'assemblée

Ass. Plen. : Arrêt rendu en Assemblée plénière

CA: Cour d'appel

Cass: Cour de cassation

CC : Conseil constitutionnel

CDD : Contrat à durée déterminée

CDI : Contrat à durée indéterminée

CFTC : Confédération française des travailleurs chrétiens

Cit. : Citation

Civ. : Chambre civile

CJCE : Cour de justice des communautés européennes

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

CNT : Confédération nationale du travail

D. : Recueil Dalloz Sirey, IR : Informations rapides

Dig. : Digeste, *Corpus juris civilis* de Justinien

Dir. CE : Directive des Communautés européennes

Dr. Soc : Revue de droit social

GAJA : Grands arrêts de la jurisprudence administrative

L.G.D.J : Librairie générale de jurisprudence

Liv. : Livre

Rec. Lebon : Recueil Lebon des décisions du Conseil d'Etat et du tribunal des conflits, des arrêts des cours administratives d'appel et des jugements des tribunaux administratifs.

Rec. CJCE : Recueil des arrêts de la Cour de justice des communautés européennes

RDP : Revue de droit public

RFDA : Revue française de droit administratif

Sec. : Arrêt de section

Soc: Chambre sociale

SPA: Service public administratif

SPIC: Service public industriel et commercial

TA: Tribunal administratif

TC: Tribunal des conflits

Sommaire

Introduction.....	1
I. Le sort du contrat de travail lors du transfert d'une entité économique à une personne publique.....	5
A. Le transfert d'entité économique en droit du travail	5
1. Le droit d'information et de consultation du salarié lors de la procédure de transfert.....	6
2. Les conséquences du transfert sur le contrat de travail.....	8
B. L'application communautaire du principe de continuité du contrat de travail	10
1. L'indifférence d'un lien de droit entre cédant et repreneur	12
2. Le critère décisif du maintien d'une activité identique et autonome	13
3. L'exigence de deux entités juridiques distinctes.....	14
II. La survie du contrat de travail suite au transfert	15
A. L'impossibilité de maintenir le contrat de travail	15
1. L'impossible coexistence de deux statuts juridiques différents.....	15
2. La régularisation par la proposition d'un contrat de droit public	18
B. L'établissement d'un mode de rupture <i>sui generis</i> du contrat de travail	20
1. La solution antérieure à la loi du 3 août 2009.....	20
2. La consécration d'une rupture <i>sui generis</i> par la loi du 3 août 2009.....	23
Bibliographie.....	25

Introduction

L'une des grandes particularités du droit français est la distinction entre le droit privé et le droit public, distinction qui s'est imposée naturellement, au fil des âges, et rarement remise en cause. Elle a fondé un contentieux riche et subtil tentant d'édicter des règles claires de délimitation de ces deux sphères. L'enjeu de cette *summa divisio* ne réside pas uniquement dans la volonté strictement théorique de dégager l'essence de ce qui constitue le droit public et le droit privé. En fonction de la catégorie dans laquelle une règle de droit sera classée c'est à un régime différent qu'elle obéira. Elle prendra place dans un ensemble organisé, habilement orchestré concurremment par le législateur, la doctrine et la jurisprudence.

Cette classification nous vient de l'antiquité romaine, période riche sur le plan juridique durant laquelle la doctrine avait considéré que les institutions juridiques ressortissent à deux grandes catégories suivant qu'elles sont orientées vers les intérêts publics ou les intérêts privés. C'est Ulpien qui dans le livre I du digeste de Justinien¹, fait la différence entre le droit public « *ad statum rei romane spectat* » et le droit privé « *ad singulorum utilitatem pertinet* ».

De manière générale, ce hiatus entre des intérêts différents a fondé des définitions usuelles. Le droit public regroupe « les lois dans le rapport qu'ont ceux qui gouvernent avec ceux qui sont gouvernés » et le droit privé « les lois dans le rapport que tous les citoyens ont entre eux »².

Comme l'a souligné François Terré³, les différences reposent alors sur trois critères. Le but, qui ressort de la définition même. Le caractère, forcément impératif compte tenu de l'essence de l'Etat, là où les rapports privés laissent plus de place à la volonté individuelle. Et enfin la sanction, plus aisément punitive lorsqu'elle vient de l'Etat, elle est compensatoire dans les rapports privés.

Il a même été nécessaire d'instituer une juridiction spéciale, capable de trancher les litiges qui s'élèvent jusqu'à elle pour des raisons de compétence. Depuis 1848⁴, c'est en effet le tribunal des conflits qui est chargé de juger quel ordre de juridiction, judiciaire ou administratif, est matériellement compétent pour connaître du différend juridique en cause.

Après une période de suppression durant le Second Empire, il sera réinstauré⁵ et ses attributions renforcées⁶. Il a dès lors façonné le droit par des décisions marquantes⁷ auxquelles il n'a été apporté que peu de modifications législatives.

Cette division académique à laquelle tous les étudiants en droit sont soumis lors du choix de leur spécialité n'est pourtant pas si rigide en pratique. Il est de nombreux domaines où le

¹ Dig, Liv. I, titre I, fr. 1, §2

² Raymond Guillien, Droit public et droit privé, *Mélanges Brèthe de La Gressaye*, 1967.

³ François Terré, *Introduction générale au droit*

⁴ Article 89 de la constitution du 4 novembre 1848

⁵ Loi du 24 mai 1872

⁶ Loi du 20 avril 1932 et décret du 25 juillet 1960

⁷ A titre d'exemple : TC 8 février 1873 *Blanco*, TC 22 juin 1921 *Société commerciale de l'Ouest Africain* ou « *bac d'Eloka* », TC 7 juin 1923 *Septfonds*

juriste doit concilier les deux types de droit. Il entre alors dans une véritable « zone grise », sorte de « méta-droit » où le vide juridique que suscite la rencontre des deux principales branches du droit n'est pas sans poser des difficultés majeures dans la résolution des conflits. Certaines matières sont, par leur nature transversale, propice à engendrer cette problématique. C'est le cas par exemple du droit pénal qui trouve des résonances dans le droit administratif répressif. Georges Dellis dans sa thèse « *Droit pénal et droit administratif : L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif* » analyse l'enchevêtrement de ces deux matières autour du mécanisme de la sanction. Le juge judiciaire, tout comme l'administration peuvent édicter des sanctions dans le but de sauvegarder l'ordre public. Le juge pénal et le juge administratif alors même qu'ils appartiennent à deux ordres de juridictions différentes sont donc amenés à élaborer ensemble un droit commun de la répression dans un souci évident de protection et de sécurité juridique des personnes.

Le droit du travail est également concerné par une telle problématique d'harmonisation. Même si il constitue une matière strictement privatiste où les rapports de droit en jeu sont régis à la fois par le code civil et le code du travail, il n'est pas complètement étanche aux problématiques publicistes.

Il ne serait pas caricatural à certaines occasions de parler d'incursion du droit administratif en droit du travail. C'est toujours le cas lorsqu'une personne publique intervient dans les rapports de droit unissant l'employeur et son salarié. Par exemple, l'autorisation donnée par l'inspecteur du travail à l'occasion du licenciement d'un salarié protégé⁸ peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir dans un délai de deux mois, devant le ministre du travail (recours hiérarchique) ou devant la juridiction administrative. Cela s'explique par le fait que l'inspecteur du travail est une personne publique qui, agissant dans le cadre de ses fonctions, donne à l'autorisation le caractère d'acte administratif unilatéral relevant de la compétence exclusive de la juridiction administrative.

Au-delà de cette immixtion du droit public dans le droit du travail, il est également important de s'interroger sur la frontière entre les relations de travail gouvernées par le droit public et celles soumises au droit privé. Le code du travail dispose⁹ dans son tout premier article qu'il ne s'applique qu'aux employeurs de droit privé ainsi qu'à leur salarié. Le personnel des personnes morales de droit privé est toujours salarié. Nonobstant, la loi a permis des exceptions dans des cas de privatisation de certains établissements publics administratifs c'est-à-dire des personnes morales de droit public (critère organique) gérant une activité d'intérêt général (critère matériel). Ce fut le cas pour la Société d'Exploitation Industrielle des Tabacs et des Allumettes (SEITA) lors de sa privatisation en 1980, pour le Groupement Industriel des Armements Terrestres devenu privé en 1989 ou encore pour la Caisse Nationale de Prévoyance, devenue privée en 1992. Ces sociétés privées ont pu conserver leur personnel fonctionnaire mais elles ont dû recruter de nouveaux salariés selon les règles du droit privé.

L'article L1111-1 du code du travail ajoute que les dispositions du code sont applicables au personnel des personnes publiques employé dans les conditions du droit privé, sous réserve

⁸ L2411-3 du Code du travail

⁹ L1111-1 du Code du travail

des dispositions particulières ayant le même objet résultant du statut qui régit ce personnel. C'est le cas pour les services publics industriels et commerciaux qui exploitent leur activité « *comme le ferait un industriel ordinaire* »¹⁰. Dans ce cas, les personnes employées ont un contrat de travail excepté le directeur¹¹ ainsi que le trésorier, qui a la qualité de comptable public¹². Au contraire dans le cas d'un service public administratif, c'est-à-dire dans toutes les hypothèses où une personne publique gère une activité d'intérêt général sans entrer dans une logique commerciale de recherche de profit, les agents non fonctionnaires employés sont des contractuels de droit public quand bien même ces personnes ne participeraient pas directement à l'exécution du service public¹³. Avant 1996, si ce dernier critère n'était pas rempli, il était possible pour un SPA d'employer des agents sous contrat de travail¹⁴. Le Tribunal des conflits, dans l'arrêt *Berkani* est venu mettre fin à cette dichotomie, très vite suivi par le Conseil d'Etat¹⁵ et la Cour de cassation¹⁶. La chambre sociale décline désormais sa compétence pour connaître d'un litige entre un SPA et un de ses agents sauf cas spécifique prévu par la loi au motif que « *les personnels 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.* » .

Ainsi il est loisible de constater que le législateur, ainsi que la jurisprudence ont peu à peu mis en place trois critères de différenciation entre salariat et fonction publique. La personnalité juridique de l'organisme employeur, la nature du service et la nature des fonctions de l'agent.

Au-delà des hypothèses de privatisation, d'autres interpénétrations furent possibles. Le Conseil d'Etat s'est inspiré du droit du travail pour dégager des principes généraux du droit applicables aux fonctionnaires ou aux contractuels de droit public. Les juges du palais royal ont en effet, au visa des dispositions du code du travail, interdit de licencier un agent non titulaire en état de grossesse¹⁷ ou même fixer pour les agents une rémunération mensuelle minimale égale au SMIC¹⁸. L'enjeu était ici d'appliquer aux agents publics, fonctionnaires ou non, une protection similaire à celle dont bénéficient les salariés. Une telle différence de traitement entre "travailleurs publics" et "travailleurs privés" devenait intolérable au regard du droit communautaire qui ne reconnaît aucune distinction entre salariat et fonction publique et tente de promouvoir une égalité de traitement entre tous les travailleurs.

La confrontation entre droit public et droit du travail se pose d'autant plus lorsque l'Etat délègue des services publics à des entreprises privées. La délégation de service public se définit comme « un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la

¹⁰ TC, 2 janvier 1921- *Société commerciale de l'Ouest africain*

¹¹ CE, 26 Janvier 1923 - *Robert de Lafreygère*

¹² CE, sect., 8 mars 1957, *Jalencques de Labeau*

¹³ TC, 25 Mars 1996 - *Berkani*

¹⁴ CE, 25 novembre 1963- *Dame veuve Mazerand*

¹⁵ CE, 26 Juin 1996 - *Commune de Cereste*

¹⁶ CC, Ch.soc, 9 Juillet 1996 - *Syndicat intercommunal Jean Wiener*

¹⁷ CE, Ass, 8 Juin 1973 - *Dame Peynet*

¹⁸ CE, 23 Avril 1982 - *Ville de Toulouse c/ Mme Aragnou*

rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service »¹⁹. Ce type de contrats administratifs qui permettent à l'administration de multiplier son action s'est fortement développé ces dernières années. Le recours à des entreprises privées en matière d'assainissement, de distribution d'eau ou pour la gestion d'équipements sportifs et culturels ne sont pas sporadiques à une époque où les collectivités publiques cherchent à rationaliser leurs actions et limiter leurs coûts. Une délégation permet en effet de profiter d'une gestion privée de l'activité tout en faisant peser une partie du risque de celle-ci sur le cocontractant, sa rémunération dépendant de sa gestion. Cela évite à la collectivité d'être exploitante de l'activité et ainsi de devoir gérer seule, à ses risques et périls, en engageant les fonds, les moyens et le personnel public.

Toutefois, la personne privée n'est que délégataire d'un service public. Il ne lui a pas été transféré *ad vitam aeternam*. La collectivité publique délégante peut décider de reprendre le service pour l'exercer en régie directe. Dans ce cas, la situation des salariés s'en trouve sensiblement bouleversé. La modification de l'identité juridique de l'employeur basculant du droit privé au droit public entraîne-t-elle automatiquement le passage à un autre régime juridique ou au contraire favorise-t-elle la prééminence de l'une des branches voire même une conciliation pragmatique ? Plus concrètement, faut-il appliquer à cette situation hybride le droit privé de continuité des contrats de travail en cas de transfert d'activité ?

Autant de question auxquelles il est impératif de s'intéresser pour empêcher qu'une distinction historique, académique puis juridictionnelle ne vienne nuire à la sécurité des salariés. Bien souvent les subtilités distinctives autant que les méandres procédurales leurs sont inconnus et la seule chose à laquelle ils peuvent se raccrocher est ce qu'ils ont signé antérieurement ; leur contrat de travail. Toutefois, à cet intérêt privé des salariés peut être opposé l'exorbitance de la personne publique, cause suffisante de son droit spécial. Les principes spécifiques lié à ce droits ne risquent-ils pas d'être malmenés par l'application du droit du travail ?

Avant même d'analyser ces problèmes en profondeur, une intuition paraît qu'il s'agira de valider ou de réfuter. Face à cette confrontation, des règles particulières seront nécessaires pour éviter que la situation ne se sclérose. Un corpus *sui generis* permettant de sauvegarder intérêt privé et intérêt public doit être mis en place dans le cadre du transfert d'une entreprise privée à un service public administratif. Il n'est pas irraisonnable de penser qu'à la frontière entre droit public et droit privé existent des règles souples de résolutions des litiges et d'organisation de la relation de travail qui permettent d'adapter la rigidité de la distinction aux situations concrètes toujours plus complexes.

Il n'est qu'une question de temps entre le moment où l'activité délégué nécessite des salariés de droit privé et sa reprise en régie par la personne publique. La question du transfert de l'activité et des contrats de travail afférents est d'autant plus problématique que l'intégration au service public est effective. Il convient donc d'étudier chronologiquement le sort du contrat de travail tout au long de la procédure en se concentrant d'une part sur le moment même du transfert d'activité (I) et d'autre part sur la période s'ouvrant suite au transfert (II).

¹⁹ Article 3 de la loi du 11 décembre 2001 dite *Murcef*

I. Le sort du contrat de travail lors du transfert d'une entité économique à une personne publique

La première question qui se pose à l'occasion d'une étude "travailleuse" de la reprise en régie directe est celle d'un hypothétique transfert des contrats de travail à la personne publique reprenneuse. Le transfert d'entité économique en droit du travail (A) conduisant à la continuité des contrats de travail a été adapté à cette situation par la jurisprudence communautaire (B).

A. Le transfert d'entité économique en droit du travail

Le droit du travail a dû nécessairement s'adapter à l'évolution économique mondiale et notamment aux phénomènes de concentration visible depuis le début des années 1980. Le commerce international induit un regroupement d'agents économiques, regroupement qui peut prendre la forme de fusions, d'acquisitions ou encore d'absorption. Les restructurations font de ce fait l'objet de multiples réformes en droit du travail²⁰. La problématique du transfert d'entité économique s'inscrit totalement dans ce cadre. Quand bien même ce transfert aurait lieu au profit d'une personne publique gérant un SPA, il s'agit tout de même de la cessation de tout ou partie d'une activité devant être analysé comme une restructuration.

D'un point de vue économique, le principal enjeu est alors de concilier stabilité de l'emploi pour les salariés et flexibilité pour les entreprises. Dans un ordre plus juridique il est important de réfléchir à la place du salarié dans un contexte de « *perpétuel changement et de recomposition permanente du tissu productif* »²¹, le conseil constitutionnel s'est exprimé sur la question dans une décision du 13 janvier 2000 rendu à l'occasion de la loi de programmation de cohésion sociale. Aux termes de cette décision « *il incombe au législateur, dans le cadre de la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail, d'assurer la mise en œuvre des principes économiques et sociaux du Préambule de 1946, tout en les conciliant avec les libertés constitutionnellement garanties ; que, pour poser des règles propres à assurer au mieux, conformément au cinquième alinéa du Préambule de 1946, le droit pour chacun d'obtenir un emploi, il peut apporter à la liberté d'entreprendre des limitations liées à cette exigence constitutionnelle, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi* ». A la lecture de ce considérant, c'est le droit à l'emploi qui semble imposer sa primauté sur la liberté d'entreprendre qu'il peut venir limiter raisonnablement.

Ces limitations qui assurent au salarié une sécurité relative en période de bouleversement économique se traduisent d'une part par un droit à l'information lors du processus de transfert d'entité économique et également par la continuation des contrats de travail dans l'entreprise reprenneuse.

²⁰ Loi de cohésion sociale du 18 janvier 2005

²¹ Cit. Pierre-Yves Verkindt

1. Le droit d'information et de consultation du salarié lors de la procédure de transfert

Les opérations de restructuration des entreprises répondant à une exigence de flexibilité par rapport aux contraintes du marché ne sont pas sans conséquences sur le dialogue social dans l'entreprise tant leurs conséquences peuvent être lourdes pour l'emploi. Ces opérations doivent donc être précédées d'un dialogue. A cet égard, la position des partenaires sociaux européens est significative. Tel qu'il résulte du texte commun élaboré en 2003 et nommé « Orientations de référence pour gérer le changement et ses conséquences sociales » ; *« L'adaptation au changement est un phénomène permanent de la vie des entreprises et des salariés. La majeure partie de cette adaptation n'entraîne pas de pertes d'emplois. Toutefois, il se peut qu'une restructuration plus en profondeur soit nécessaire à certains moments. L'existence d'un dialogue social de qualité dans un climat de confiance et une attitude positive face au changement sont des facteurs importants pour éviter ou limiter les conséquences sociales négatives. »*

Il est également important de souligner l'intervention des institutions communautaires dans l'élaboration du rapprochement entre les législations des Etats membres. La commission européenne, à force de proposition, façonne le droit social de demain et justifie son intervention par le caractère international des opérations de restructurations. A cet égard, l'agenda social 2005-2010 élaboré par ses soins mentionnait l'enjeu d'un *« meilleur accompagnement des restructurations, avec une implication accrue des partenaires sociaux grâce à la deuxième phase de consultation sur les restructurations ; et la révision de la directive sur le comité d'entreprise européen de 1994²². »*

Enfin, la directive du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements énonce dans son article 7 que *« le cédant et le cessionnaire sont tenus d'informer les représentants de leurs travailleurs respectifs concernés par le transfert sur :*

- la date fixée ou proposée pour le transfert,*
- le motif du transfert,*
- les conséquences juridiques, économiques et sociales du transfert pour les travailleurs,*
- les mesures envisagées à l'égard des travailleurs.*

Le cédant est tenu de communiquer ces informations aux représentants des travailleurs en temps utile avant la réalisation du transfert.

Le cessionnaire est tenu de communiquer ces informations aux représentants de ses travailleurs en temps utile, et en tout cas avant que ses travailleurs ne soient affectés directement dans leurs conditions d'emploi et de travail par le transfert. »

²² Directive 94/45/CE

Au-delà de ces textes de principe élaborés au niveau européen, l'impératif de concertation et de négociation acquiert toute son effectivité en droit interne. Les salariés étant les premiers concernés par les modifications structurelles que pourrait subir l'entreprise, ils doivent être en mesure de participer au processus décisionnel²³. Pour ce faire, le salarié dispose d'un représentant collectif non négligeable en la personne du comité d'entreprise. Institution représentative du personnel par excellence, le comité d'entreprise « a pour objet d'assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise, à l'organisation du travail, à la formation professionnelle et aux technologies de production. » Ainsi, le législateur a institué un véritable droit de participation et de consultation générale à la vie de l'entreprise dès lors qu'une décision, même si elle ne s'accompagne pas encore de mesures précises et concrètes²⁴, touche à la marche générale de l'entreprise²⁵. En effet, aux termes de l'article L2323-6 du code du travail, « le comité d'entreprise est informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et, notamment, sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs [...] »

Dans le cas de la reprise en régie directe par un SPA, le problème de l'application de la consultation peut se poser quant à la nécessité d'une décision de l'employeur. Lors d'une reprise, l'employeur n'est pas à l'origine de la décision. Cette dernière est la résultante de la volonté unilatérale de la collectivité publique de récupérer la gestion d'un service qu'elle avait délégué. Il serait alors paradoxal, d'un point de vue strictement juridique, que l'employeur consulte le comité d'entreprise alors même qu'il n'a pas de marge de manœuvre quant à la décision prise.

En l'absence de contentieux il est difficile de répondre pratiquement à cette question. Toutefois, il serait préjudiciable pour le dialogue social dans l'entreprise que le projet de la collectivité ne soit pas abordé en temps utile devant le comité d'entreprise alors même que la directive de 2001 impose une information. D'autant qu'une compétence spéciale lui a été dévolue par le législateur en cas de restructuration. Le comité d'entreprise doit être informé et consulté sur les modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise, notamment en cas de fusion, de cession ou de modification importante des structures de production de l'entreprise²⁶. Le législateur a eu la prudence d'utiliser l'adverbe « notamment », signe que la liste n'est pas exhaustive et que les dispositions s'appliquent dès lors que l'opération projetée modifie l'organisation économique, juridique et/ou social de l'entreprise. Tel est le cas lors d'une reprise en régie où de nombreuses conséquences sont à craindre pour l'entreprise sur tous ces plans.

L'employeur ne doit pas se contenter d'informer le comité d'entreprise, il doit lui transmettre des documents suffisamment clairs et précis et lui laisser un délai d'examen suffisant pour que ce dernier examine le dossier²⁷. Dans l'hypothèse d'une restructuration intéressant une ou plusieurs entreprises privées comme dans le cadre d'une fusion par exemple, le juge judiciaire peut, en cas de retard dans la transmission des informations ou de

²³ Article 8 du préambule de la constitution de 1946

²⁴ Article L2323-1 du code du travail

²⁵ Article L2323-2 du code du travail

²⁶ Article L2323-19 du code du travail

²⁷ Article L2323-4 du code du travail

qualité insuffisante de celles-ci, suspendre l'opération projetée et enjoindre l'employeur de communiquer les pièces ou de laisser un délai d'examen suffisant au comité d'entreprise. Encore une fois l'application de cette règle lors d'une reprise en régie directe est douteuse puisqu'aucune disposition ne permet au juge judiciaire de suspendre la décision d'une collectivité publique. D'un point de vue communautaire, le manque de latitude de l'employeur ne remet pas forcément en cause le droit de consultation.

L'absence d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise n'exonère pas l'employeur de son obligation d'information du salarié tel que l'a récemment rappelé la Cour de cassation²⁸. Cette obligation provient du droit communautaire, plus précisément de l'article 7, paragraphe 6, de la directive n° 2001/23/CE du 12 mars 2001 relative au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise qui prévoit qu'en l'absence de représentants du personnel les travailleurs concernés sont informés préalablement sur différents points. Le défaut d'information de la part de l'employeur n'entache pas le transfert lui-même et par conséquent n'entraîne pas la réintégration du salarié dans l'entreprise d'origine. Par contre la chambre sociale estime que le manque d'information cause un préjudice au salarié qu'il conviendra de compenser par l'allocation de dommages-intérêts²⁹.

2. Les conséquences du transfert sur le contrat de travail

Un contrat n'a en principe aucun effet vis à vis des tiers. Il ne s'applique pas *erga omnes* et sa force obligatoire ne concerne que les parties qui l'ont signé. C'est un principe phare du droit des obligations, énoncé explicitement dans le code civil aux termes duquel « *les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point aux tiers et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121* »³⁰.

A priori, le contrat de travail étant un contrat spécial du droit civil et donc soumis au droit des obligations, cette disposition devrait s'appliquer. Pourtant, dans le cas d'un transfert d'entreprise, un tiers au contrat va se voir reconnaître *de jure* la qualité de partie. Le cessionnaire va devenir employeur des salariés de l'entreprise cédante. L'intérêt est alors de protéger les salariés qui sans cette règle verraient leur contrat de travail rompu de la seule volonté de l'employeur de restructurer l'entreprise.

C'est la loi du 19 juillet 1928 qui a introduit en droit interne le principe de la survie du contrat de travail en cas de modification de la situation juridique de l'employeur, aujourd'hui codifié à l'article L1224-1 du code du travail. Le droit communautaire n'est pas en reste car les dispositions internes sont aujourd'hui doublées d'une directive européenne de 2001³¹ précédemment citée venue reformuler une directive du 14 février 1977 déjà modifiée en 1998.

Les conditions, pour que ce dispositif s'applique seront étudiées ultérieurement dans le cadre de l'examen de leur application à la reprise en régie directe. Il faut pour le moment s'attarder sur la portée de ce principe.

²⁸ Cass. Soc. 18 novembre 2009

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Article 1165 du code civil

³¹ Dir. 2001/23 du 12 mars 2001

Aux termes de l'article L1224-1 du Code du travail « *Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise.* » Classiquement, la continuité du contrat de travail emporte deux types de conséquences qui vont peser sur l'entreprise cessionnaire devenue employeur de nouveaux salariés. Cette disposition est d'ordre public, elle s'applique donc de droit et sans qu'aucune clause contraire prévue par les parties ne vienne lui faire échec³². Pour autant, il existe une spécificité en ce qui concerne les salariés protégés. Ceux-ci ne seront pas, comme leurs collègues, transférés de plein droit. Leur transfert sous l'autorité du cessionnaire nécessite une décision de l'inspecteur du travail l'autorisant³³. L'autorité administrative va alors vérifier que les conditions d'application de l'article L1224-1 du Code du travail sont remplies³⁴ et que le transfert n'aura pas pour objet ou pour effet de porter atteinte aux fonctions de représentation du salarié. Le juge judiciaire sera d'ailleurs tenu de respecter cet avis, ne pouvant le remettre en cause du fait de la séparation des pouvoirs³⁵. Le seul recours possible pour le chef d'entreprise ou pour le salarié réside dans le recours gracieux, hiérarchique ou encore contentieux devant la juridiction administrative.

D'une part, le contrat est intégralement poursuivi dans l'entreprise cessionnaire. Il faut s'en tenir à une définition stricte du contrat de travail dans la mesure où la jurisprudence refuse constamment d'appliquer l'article 1224-1 du Code du travail aux accords et conventions collectives³⁶. Le nouvel employeur se trouve alors investi des pouvoirs de direction, de contrôle et de sanction. Le lien de subordination a été transféré en même temps que l'activité comme tous les droits et obligations attachés au contrat de travail. Le salarié aura donc l'obligation de respecter le rapport hiérarchique instauré ainsi que l'obligation de loyauté attaché au contrat.

D'un point de vue disciplinaire, la possibilité pour le nouvel employeur de poursuivre le salarié pour des faits commis sous l'autorité de l'ancien employeur³⁷ témoigne d'une continuité certaine. Toutefois, le cessionnaire ne peut, pour justifier le licenciement du salarié, se baser sur une faute commise avant le transfert plus de deux mois après que le cédant en ait eu connaissance³⁸.

Au-delà de ces obligations, le salarié conserve aussi ses droits. Il peut donc faire valoir auprès de son nouvel employeur son ancienneté, sa rémunération ou une priorité de réembauchage³⁹. Les clauses du contrat de travail comme la clause de non-concurrence sont maintenues⁴⁰. Les engagements unilatéraux ainsi que les usages en vigueur dans l'entreprise

³² Cass. Soc. 13 juin 1990

³³ Article L. 2414-1 du Code du travail

³⁴ CE 29 décembre 2000

³⁵ Cass. Soc. 3 mars 2010

³⁶ Cass. Soc. 29 avril 1965

³⁷ Cass. Soc. 29 mai 1990

³⁸ Cass. Soc. 27 mai 2009

³⁹ Cass. Soc. 7 décembre 2005

⁴⁰ Cass. Soc. 15 octobre 1997

cédante sont conservés⁴¹ mais uniquement pour ceux dont le contrat a subi le transfert, le personnel embauché postérieurement ne pourra donc pas s'en prévaloir⁴².

Financièrement, l'ancien et le nouvel employeur sont solidaires des dettes en vertu de l'article L1224-2 du Code du travail sauf en cas de procédure de sauvegarde, de redressement ou liquidation judiciaires et également lorsque la substitution d'employeurs intervient sans convention entre eux. Nous verrons que cette exception empêche *a priori* la solidarité financière entre le service public administratif repreneur et l'entreprise cédante étant donné que le transfert résulte d'une « *d'une décision unilatérale* »⁴³. A noter que le premier employeur sera tenu de rembourser les sommes acquittées par le cessionnaire sauf stipulation contraire dans la convention conclue entre eux.

Enfin en ce qui concerne les licenciements éventuels que le cédant pourrait prononcer à l'occasion du transfert, ils sont illégaux et privés d'effets⁴⁴. Ainsi, la chambre sociale a longtemps considéré que le salarié ne pouvait pas réclamer d'indemnités de licenciement au cédant. Le licenciement étant privé d'effet, il ne pouvait que demander au cessionnaire la reprise de son contrat de travail. La jurisprudence *Maldonado* de 2002 a atténué cette règle et désormais le salarié possède une option. Il peut demander au repreneur la continuation du contrat mais il est également en droit de demander au cédant l'allocation de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi du fait du licenciement⁴⁵. Nonobstant, si le repreneur notifie durant la durée du préavis qu'il a l'intention de poursuivre le contrat, le salarié ne dispose plus de la faculté d'être indemnisé auprès du cédant⁴⁶.

Pour que les effets de l'article 1224-1 du Code du travail s'appliquent il faut que les conditions dégagées par le juge soient réunies. La vérification opérée par le juge communautaire en cas de transfert du secteur privé au secteur public a permis l'application du principe de continuité.

B. L'application communautaire du principe de continuité du contrat de travail

Il est impératif que les conditions prétoriennes soient remplies. Elles permettent au juge de qualifier une situation de transfert d'entité économique et de lui appliquer le régime vu précédemment. C'est justement à l'occasion de cette qualification, qui relève l'appréciation souveraine des juges du fond que la reprise en régie directe de l'activité par un service public administratif a pu poser problème.

⁴¹ Cass. Soc. 9 octobre 2001 pour les usages et Cass. Soc. 12 mars 2008 pour les engagements unilatéraux.

⁴² Cass. Soc. 7 décembre 2005

⁴³ Cass. Soc. 18 novembre 1992

⁴⁴ Soc. 20 janv. 1998, *Guermonprez* et 20 mars 2002, *Maldonado*

⁴⁵ Confirmation voir Cass. Soc. 28 janv. 2004

⁴⁶ Cass. Soc. 13 mai 2009

A noter que si les conditions ne sont pas remplies, il est possible pour les deux employeurs d'opérer une application volontaire ou conventionnelle et le transfert des contrats nécessite dès lors l'accord des salariés à leur transfert. Antérieurement, ce droit de refus était fondé sur l'application du régime de la modification du contrat de travail⁴⁷. Désormais la chambre sociale se base sur la novation⁴⁸. Celle-ci, ne peut, en vertu d'un principe majeur du droit civil des obligations être imposée et nécessite donc obligatoirement l'accord du cocontractant⁴⁹.

La question de l'application des dispositions relatives au transfert n'a jamais posé de problème pour les services publics industriels et commerciaux. Ceux-ci exploitant l'activité comme des industriels ordinaires et les contrats les liant à leurs agents étant des contrats de travail, il n'y avait aucun frein à ce que ces derniers soient maintenus sous l'empire de la personne publique gestionnaire. La chambre sociale avait affirmé qu'en ce qui concerne la reprise en régie du service affermé de distribution d'eau potable et d'assainissement, « *la reprise par une commune d'une entité économique autonome conservant son identité, sous la forme d'un service public industriel et commercial (SPIC), entraîne l'application des dispositions de l'article L. 122-12, alinéa 2 (L1224-1 nouveau), du code du travail* »⁵⁰. Cette solution, confirmée par la suite⁵¹ (concernant la reprise des abattoirs par une commune), n'était pas adoptée lorsque le service public reprenneur avait un caractère administratif⁵² et non industriel et commercial alors même que le service pouvait matériellement être identique. Dans la mesure où les juges du fond constataient que la distribution d'eau et l'assainissement « *comprendait du personnel communal, était géré par la commune en régie directe sans même être doté de l'autonomie financière, et que la somme mise à la charge des usagers était inférieure au coût réel du service* »⁵³, ils justifiaient leur décision de déclarer inapplicable l'article 1224-1 du code du travail (L122-12 ancien). A ce propos, la position du Conseil d'Etat sur ce point était identique⁵⁴.

Comme l'ont affirmé MM G. Lyon-Caen, J. Péliissier, A. Supiot⁵⁵, cette distinction d'application entre SPA et SPIC s'expliquait par le changement d'identité de l'entreprise, passant d'un versant économique et de recherche de profit à un versant administratif de service aux usagers. Or, tel qu'il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation, l'un des critères d'application du transfert des contrats de travail réside dans la nécessité d'un maintien de l'entité transférée dans sa forme juridique. La position des juges du quai de l'horloge était cohérente dans la mesure où la situation inverse, c'est-à-dire dans le sens public-privé menait au même résultat⁵⁶.

Si un litige de cet ordre venait à s'élever jusque lui, le juge judiciaire devait alors opérer obligatoirement⁵⁷ une qualification du service public en cause et lui appliquer la règle idoine.

⁴⁷ Cass. Soc. 10 octobre 2006

⁴⁸ Cass. Soc. 8 avril 2009

⁴⁹ Article 1271 du Code civil

⁵⁰ Cass. Soc. 7 octobre 1992, *Compagnie des eaux et de l'ozone c/ Elie*

⁵¹ Cass. Soc. 7 avril 1998

⁵² Cass. Soc. 8 novembre 1978 *Sté Piscine de la Dame Blanche*

⁵³ Cass. Soc. 10 juillet 1995 *Compagnie des eaux et de l'ozone*

⁵⁴ CE 23 octobre 1987, *Siguier*

⁵⁵ Droit du travail, Dalloz, 19 éd., 1998, n° 334

⁵⁶ Cass. Soc. 1^{er} décembre 1995

⁵⁷ Cass. Soc. 7 octobre 1992

Cette solution posait une difficulté majeure d'application des critères de distinction SPA/SPIC dévolu en principe à la juridiction administrative. De plus, il fallait que le transfert soit consommé et la situation litigieuse entérinée puisque la qualification ne s'opérait qu'*a posteriori*, les juges ne pouvant prévoir à l'avance les modalités de gestion de l'activité par la personne publique. Se basant sur la jurisprudence du Conseil d'Etat⁵⁸, la chambre sociale analysait si l'objet, le mode de financement et les modalités de fonctionnement du service ressemblaient à ceux d'une entreprise privée. Si tel était le cas, le service était qualifié d'industriel et commercial et les règles du transfert des contrats de travail trouvaient à s'appliquer. Dans le cas contraire, la gestion était reconnue comme purement administrative, relevant d'un SPA et les contrats de travail ne pouvaient survivre au transfert.

Comme à l'accoutumé, c'est le Cour de justice des communautés européennes qui a amorcé un revirement de jurisprudence en droit interne. C'est dans l'arrêt *Mayeur* du 26 septembre 2000 que le juge communautaire a appliqué les critères classiques du transfert d'entité existant déjà en droit français. Pour ce faire, elle a bâti son raisonnement sur la directive CEE 77/187 du 14 février 1977 modifiée en 1988 mais à l'époque non encore remplacée quasiment à l'identique par la directive de 2001.

1. L'indifférence d'un lien de droit entre cédant et repreneur

En droit interne, la Cour de cassation avait tout d'abord affirmé qu'un lien de droit entre cédant et repreneur n'était pas nécessaire⁵⁹ avant de revenir sur cette décision⁶⁰ puis d'opérer un nouveau revirement dans le sens de l'inutilité d'un lien juridique⁶¹.

Le doute quant à l'exigence d'un lien de droit en droit interne, induite par la liste de l'article L1224-1 du Code du travail nécessitait que le juge communautaire tranche. La nécessité d'un lien de droit semblait corrélée par la directive de 1977 qui dans son article 1^{er} disposant que son champ d'application est circonscrite « *aux transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements à un autre chef d'entreprise, résultant d'une cession conventionnelle ou d'une fusion.* »

Une interprétation à la lettre de cet article conduirait à rejeter l'application du transfert lorsque les deux employeurs ne sont pas liés par une convention. Or, même si dans la majeure partie des cas la personne publique est liée à l'entreprise privée par une délégation de service public, le transfert lui-même peut ne pas résulter de la convention. La délégation de service public, comme tout contrat administratif peut faire l'objet d'une résiliation unilatérale de la part de l'administration⁶² alors même que le délégataire n'a pas commis de faute et ce à tout moment. L'unique impératif pour que l'administration procède à cette résiliation est qu'elle se fonde sur des « *motifs d'intérêt général justifiant, à la date à laquelle elle prend sa décision, que l'exploitation du service doit être abandonné ou établie sur des bases nouvelles.* »⁶³.

⁵⁸ CE, Ass. 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*

⁵⁹ Cass. Civ. 27 février 1934

⁶⁰ Cass. Soc. 12 juin 1986

⁶¹ Cass. Ass. Plén. 16 mars 1990

⁶² CE, Ass. 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*

⁶³ CE Ass. 2 février 1987, *Société TV6*

Ainsi, le premier obstacle à l'application de la continuité des contrats de travail résultait de ce pouvoir unilatéral de l'administration.

La Cour de justice des communautés européennes s'est alors basée sur sa propre jurisprudence⁶⁴ et rappelle que « *l'absence de lien conventionnel entre le cédant et le cessionnaire, si elle peut constituer un indice qu'aucun transfert au sens de la directive 77/187 n'est intervenu, ne saurait revêtir une importance déterminante à cet égard.* ». Réduisant le lien de droit entre les deux employeurs en un simple indice, comme l'avait confirmé avant elle la Cour de cassation⁶⁵, le juge européen donne corrélativement plus de force au critère du maintien de l'identité de l'entité économique suite au transfert.

2. Le critère décisif du maintien d'une activité identique et autonome

Si le critère strictement juridique d'un lien conventionnel unissant cédant et reprenneur a été fortement relativisé, c'est dans le but de concentrer l'essentiel de la qualification sur le critère matériel de l'activité transmise. Il appartient tout d'abord au juge d'apprécier souverainement son caractère économique. Le fait que l'activité soit exercée à but lucratif ou dans l'intérêt public ne peut pas enlever à l'activité ce caractère⁶⁶. Rien ne fait donc échec à ce qu'une personne publique gère une activité économique et entre par là même dans le champ d'application de la directive.

Dans un deuxième temps, il fallait que la Cour de justice des communautés européennes justifie le maintien de l'identité de cette activité malgré le passage du secteur privé au secteur public administratif. Les juges se sont attachés à constater la reprise pure et simple de l'activité, de la même manière qu'en droit interne. C'est-à-dire en exigeant que le personnel transféré ait été dans l'entreprise cédante spécialement affecté à l'activité cédée⁶⁷ et que des éléments d'actifs corporels ou incorporels participent de ce transfert. Autrement dit le service transféré doit posséder des moyens particuliers en personnel et en matériel, qui tendent à des résultats spécifiques et à une finalité propre⁶⁸.

C'est donc grâce à l'abandon de l'identité dans son sens juridique au profit d'une identité matérielle de l'activité que la Cour a permis l'application de la directive de 1977 et subséquemment la continuité des contrats de travail à la reprise en régie directe. L'essence même de cette décision contradictoire avec le droit interne tient dans le défaut de reconnaissance communautaire de la distinction droite privé/droit public. Défaut qui conduit à l'incapacité dans laquelle se trouve le juge européen de qualifier ou d'interpréter des notions purement administratives. La Cour le reconnaît d'ailleurs explicitement dans l'arrêt : « *Il y a lieu de relever que la notion de «service public administratif» constitue une notion de droit administratif français que la Cour, statuant dans le cadre de l'article 234 CE, n'est pas compétente pour interpréter.* »

⁶⁴ CJCE 11 mars 1997, *Süzen*

⁶⁵ Cass. Soc. 13 juin 1990.

⁶⁶ CJCE 18 mars 1986, *Spijkers*

⁶⁷ Cass. Soc. 23 janvier 2002

⁶⁸ *Ibid*

Il restait enfin l'exigence de deux chefs d'entreprise distincts pour que la continuité des contrats de travail puisse s'appliquer.

3. L'exigence de deux entités juridiques distinctes

Il est d'une évidence imparable que les règles concernant le transfert ne peuvent s'appliquer qu'en cas d'employeurs juridiquement distincts. Il convient de rappeler que selon une exigence constante de la Cour de justice des communautés européennes⁶⁹, le transfert ne saurait prendre la forme d'une réorganisation des structures de l'administration publique. Le problème ne se pose pas lorsque la collectivité publique a délégué le service à une entreprise privée mais dans le cas des associations para-communales créées par le conseil municipal et dont la majeure partie des fonds sont alloués par la commune, il peut être complexe de prouver une distinction substantielle d'entité. Comme il l'a rappelé dans l'arrêt *Henke*, le juge européen considère que la directive ne s'applique pas au transfert, à un groupement intercommunal, d'attributions administratives d'une commune relevant de l'exercice de la puissance publique.

Pour dénouer cette problématique propre à un domaine qu'elle se refuse d'interpréter, à savoir le droit public français, la Cour va s'en tenir à une exégèse de la directive de 1977 et se fonder sur la notion d'entreprise. D'un point de vue communautaire, l'entreprise se définit comme toute entité économique organisée de manière stable, c'est-à-dire un ensemble structuré de personnes et d'éléments permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre⁷⁰. Une telle notion est indépendante du statut juridique des parties et de leur mode de financement. Ainsi, le seul motif que le repreneur est un organisme de droit public ne permet pas d'exclure la reprise en régie directe du champ d'application de la directive. Une collectivité peut devenir chef d'entreprise et reprendre à son compte les contrats de travail dès lors que le transfert a lieu entre deux employeurs distincts hors réorganisation de structures de l'administration publique ou transfert d'attributions administratives entre des administrations publiques.

Face à ce coup de force de la juridiction communautaire dont le but était « *d'assurer la continuité des relations de travail existant dans le cadre d'une entité économique, indépendamment du changement de propriétaire de celle-ci* », le juge interne a nécessairement dû s'adapter. Dans un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation⁷¹ de 2002 confirmé par la suite⁷², les juges du droit ont affirmé que « *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 caractériser une modification dans l'identité de l'entité économique transférée.* ». Cette solution a également été suivie par le Conseil d'Etat⁷³ et par le tribunal des conflits⁷⁴ qui en a tiré la conséquence d'une compétence de la juridiction judiciaire pour toutes les actions engagées par les salariés sur le fondement de l'article 1224-1 du Code du travail tant que le nouvel employeur ne les aura pas placés dans une situation de droit public.

⁶⁹ CJCE 15 octobre 1996, *Henke*

⁷⁰ CJCE 2 décembre 1999, *Allen e.a*

⁷¹ Cass.soc. 25 juin 2002 ; *AGS de Paris et a. c/ H*

⁷² Cass.soc. 14 janvier 2003 *commune de Théoule-sur-Mer*

⁷³ CE, 22 oct. 2004, *Lamblin*

⁷⁴ TC 19 janvier 2004, *Mme Devun et autres c/ commune de Saint-Chamond*

A partir de ces arrêts, les salariés ont donc pu valablement opposé à la personne publique repreneuse le corpus privatiste du transfert d'entité économique et par la même la continuation de leur contrat de travail. Ainsi, l'hypothèse de règles spécifiques applicables à cette situation n'est pas tenable au moment même du transfert. Nous ne pouvons que constater une survie, voire même une ingérence des règles de droit privé dans la gestion publique. Mais cette survie peut-elle résister longtemps dans un système juridique où l'emploi réside sur une distinction fondamentale entre salariat et fonction publique. Il convient de s'intéresser à cette question.

II. La survie du contrat de travail suite au transfert

Appliquer la continuité des contrats de travail à la reprise en régie directe d'une activité économique par un service public administratif est la résultante d'une volonté communautaire de protéger les salariés lors d'un transfert. Il serait inégalitaire, du seul fait de la personnalité juridique du repreneur de ne pas permettre aux travailleurs de survivre à une restructuration. Pour autant, admettre la continuité est une chose mais permettre sa pérennisation à long terme en est une autre. Le législateur ainsi que la jurisprudence ont donc limité l'application du transfert dans le temps en rendant impossible le maintien du contrat de travail (A) et, subséquentement, en introduisant une manière de le rompre tout à fait dérogatoire au droit commun (B).

A. L'impossibilité de maintenir le contrat de travail

Le législateur est intervenu (2) pour résoudre la délicate cohabitation, suite au transfert entre salariat et fonctionariat public du fait de l'exorbitance du droit public (1).

1. L'impossible coexistence de deux statuts juridiques différents

L'arrêt Mayeur et ses introductions prétoriennes en droit interne ont considérablement perturbé la cohérence qui avait été établi au fil des décisions du Conseil d'Etat pour clarifier la situation des agents concourant à l'exécution d'un service public. L'arrêt *Berkani* avait en effet reconnu à toute personne non titulaire c'est-à-dire non fonctionnaire participant à l'exécution d'un service public administratif est un agent contractuel de droit public et ce, quelque soit son emploi. Ce vœu du tribunal des conflits avait d'ailleurs été suivi aussi bien par la Cour de cassation⁷⁵ que par le Conseil d'Etat⁷⁶. Ainsi, le contrat se publicise de plein droit du fait de ce critère finaliste consacré depuis longtemps en droit des contrats

⁷⁵ Cass. Soc. 18 juin 1996 *Gonin*

⁷⁶ CE 26 juin 1996 *Commune de Cereste contre Moreschi*

administratifs⁷⁷. A côté de ce frein positif à l'application de règles privatistes il existe également un frein négatif. Il est de jurisprudence constante que le code du travail ne s'applique pas au personnel contractuel de droit public travaillant pour une personne publique gestionnaire d'un SPA⁷⁸ sauf si un texte le prévoit ou si le contrat renvoie expressément aux dispositions du code du travail⁷⁹. Ce dispositif jurisprudentiel rendait donc impossible le maintien du contrat de travail suite au transfert et avait justifié avant le revirement que les règles de transfert ne s'appliquent pas. Il était contradictoire d'imposer la survie du contrat de travail alors même que son application sous l'empire du nouvel employeur public était impossible.

Pour sortir de cette situation délicate, une solution avancée en doctrine⁸⁰ consistait en l'application simultanée du droit du travail et des dispositions légales et réglementaires applicables aux agents publics. C'est ce raisonnement qu'avait pu utiliser aussi bien la Cour de cassation que le Conseil d'Etat pour les litiges opposant salariés de droit privé et leur employeur établissements publics. Les juges faisaient alors une application distributive des dispositions en présence fondée sur le principe de faveur. Cela avait amené la Cour de cassation dans le cas de la SNCF à privilégier l'application des statuts si ceux-ci privilégiaient le salarié⁸¹ ou le Code du travail dans le cas contraire⁸².

Cette hypothèse qui aurait le mérite d'être très favorable au salarié trouverait pourtant sa limite dans le caractère administratif du service géré. L'application distributive ne trouve pas de réel frein dans le cas d'un établissement public ou plus largement d'un service public industriel et commercial puisque l'activité est gérée de la même façon que dans le secteur privé. Au contraire, le SPA est emprunt d'une spécificité publique, d'une exorbitance qui empêche l'application des règles travaillistes quand bien même celles-ci seraient bien plus avantageuse.

Il faut dès lors rappeler que la spécificité du droit de la fonction publique tient à la spécificité même de l'Etat dont le service aux usagers se doit d'être continu, neutre et soumis au principe de mutabilité et d'égalité.

C'est au sujet des libertés individuelles que l'érection d'un corpus mixte public/privé peut s'avérer dangereux pour l'administration. La liberté d'expression du salarié est admise dès lors que le salarié n'en abuse pas⁸³ et ne porte pas atteinte au devoir de loyauté envers son employeur. Cette garantie découle d'un principe à valeur constitutionnelle⁸⁴ et de dispositions législatives du code du travail relatives à la négociation collective. Pour ce qui est des agents publics, l'obligation de neutralité prime sur la liberté d'expression.

⁷⁷ CE, 20 avril 1956, *Epoux Bertin*

⁷⁸ CE 8 juillet 1959, *Section de la Corrèze du syndicat national de l'apprentissage*

⁷⁹ CE 05 octobre 1973, *Ministre de la justice c/ Dame Gilles*

⁸⁰ « *A propos du maintien des contrats de travail en cas de reprise n régie par un service public* » Julien Martin, AJDA 2003, p. 768

⁸¹ Cass. Soc. 17 juillet 1996 *SNCF c/ Boj*

⁸² Cass. Soc. 11 mai 1993 *Rousson*

⁸³ Cass. Soc. 14 décembre 1999

⁸⁴ Article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789

En vertu du principe d'égalité, les fonctionnaires et agents publics ne peuvent faire aucune distinction ou discrimination entre usagers. Cette règle se décline en conséquence sur leur propre attitude qui se doit de rester neutre, comme l'Etat dont ils sont les travailleurs. Ils ne peuvent donc se livrer à aucun acte de prosélytisme envers une religion sans atteindre gravement au devoir de neutralité⁸⁵. De la même façon, un fonctionnaire, autant qu'un contractuel de droit public ne peut pas manifester des signes religieux. Dans une entreprise privée, une sanction dont le leitmotiv serait lié aussi sensiblement aux convictions et expressions religieuses du salarié serait annulé et pourrait même tomber sous le joug des dispositions interdisant la discrimination. D'autant que dans le droit du travail, la liberté d'expression du salarié se décline individuellement mais aussi collectivement par le biais de l'activité syndicale. A cet égard, il serait impossible pour le syndicat CFTC d'exercer son activité syndicale dans un SPA du fait de l'inspiration chrétienne de son action comme le rappelle l'article 1.1 des statuts confédéraux de la Confédération Française des Travailleurs Chrétiens aux termes duquel « *La Confédération se réclame et s'inspire dans son action, des principes de la morale sociale chrétienne.* ».

Cette problématique n'est pas réduite aux convictions religieuses mais concerne également l'activité politique ou syndicale. De la même façon que pour le prosélytisme religieux, un agent public ne peut manifester des idées hostiles à la nation sans encourir une sanction disciplinaire. Il serait dès lors difficile de concilier cette règle avec l'émergence de certains syndicats à tendance anarchistes pour qui « l'abolition de l'Etat » est une étape de l'accomplissement d'une société débarrassée de l'aliénation du travail salarié au profit d'une société sans classe et autogérée⁸⁶. Nonobstant la conformité de ces statuts avec les valeurs républicaines⁸⁷, nécessité imposé pour constituer un syndicat dans une entreprise⁸⁸, l'adéquation entre ce type d'idéologie et le service de L'Etat est plus que douteuse.

Le droit de grève fait également preuve d'une restriction spécifique dans le droit de la fonction publique. Du fait de la nécessité d'assurer la continuité du service public et le devoir d'obéissance hiérarchique, la grève a longtemps été considéré comme un acte de rébellion. Ainsi, avant 1946, l'exercice du droit de grève était reconnu comme une faute grave sanctionné sans bénéfice des garanties disciplinaires ordinaires. Il a par la suite été permis⁸⁹ sous l'impulsion des dispositions du préambule de la constitution de 1946⁹⁰ en vertu desquelles « *Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent* ». Principe constitutionnel⁹¹, tout autant que la continuité du service public, c'est le législateur qui est venu le limiter dans un but de conciliation de valeurs contradictoires. Il faut citer à titre d'exemple la loi du 21 août 2007 qui prévoit une négociation dans les entreprises chargées d'une mission de service public de transport et vise à mettre en œuvre un service garanti en cas de grève et de perturbations prévisibles du trafic. C'est ce service minimum qui peut

⁸⁵ CE, 3 mai 2000, *Demoiselle Marteaux*

⁸⁶ Statuts SCIAL-RP CNT de la Confédération Nationale du Travail

⁸⁷ Cass. Soc. 13 octobre 2010

⁸⁸ Article L.2142-1 du Code du travail

⁸⁹ CE 7 juillet 1950, *Dehaene*

⁹⁰ Article 7

⁹¹ CC 25 juillet 1979

porter atteinte à l'exercice du droit de grève tel qu'il est reconnu à tous dans les entreprises privés et sans qu'aucun salarié ne puisse être réquisitionné pour assurer une activité minimale.

En appliquant, comme dans les entreprises publiques une distributivité sous l'aune du principe de faveur, ce sont les valeurs de l'administration et ses principes fondateurs qui risquent d'être atteints. Le salarié bénéficierait par rapport à l'agent public de libertés accrues pour un même travail, dans un même service et dans la même organisation hiérarchique.

Au vu de cette exorbitance du droit public dans le domaine des relations de travail, une constatation peut être faite sans trop d'audace. Un mode *sui generis* qui viserait à faire coexister dispositions de droit publics et règles de droit du travail ne saurait émerger. Formant une brèche dans la jurisprudence *Berkani* dont il est lui-même l'auteur, le Tribunal des Conflits dans une décision du 15 mars 1999, *Faulcon c/ Commune de Châtellerault*, à l'occasion d'une reprise d'abattoirs par une commune, avait maintenu les circonstances de fait et de droit antérieurs au transfert et empêché le directeur de tirer les conséquences de son transfert, à savoir l'acquisition du statut de contractuel de droit public.

Face à cette incohérence jurisprudentielle, il a fallu que le législateur intervienne et impose un statut public.

2. La régularisation par la proposition d'un contrat de droit public

L'arrêt Lamblin du Conseil d'Etat⁹², précédemment cité, a permis de clarifier la situation en permettant aux personnes publiques repreneuses de choisir entre maintenir le contrat de travail ou proposer au salarié un contrat de droit public reprenant les clauses substantielles de leur ancien contrat dans la mesure où des dispositions législatives ou réglementaires n'y feraient pas obstacle. Dans cette dernière hypothèse, le refus du salarié entraînerait son licenciement aux conditions prévues par le droit privé et l'ancien contrat. Le litige né de ce refus relève de la compétence judiciaire⁹³ tout comme les litiges nés du respect de la part de l'employeur de proposer un contrat de droit public du même type⁹⁴. Cette compétence est logique dans la mesure où, comme vu précédemment, dans l'attente de la proposition, c'est bien le contrat de travail qui survit et s'applique.

Cette jurisprudence a permis d'apporter une nouvelle solution ultérieurement confirmée législativement. La loi du 26 juillet 2005, portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique a tout d'abord confirmé la continuité des contrats de travail lors d'une reprise d'activité par un service public, quand bien même serait-il purement administratif. L'article 20 codifié à l'article L1224-4 du code du travail en exprime la possibilité par l'utilisation des termes : « *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* » A noter que la loi ne fait

⁹² CE, 22 oct. 2004, *Lamblin*

⁹³ TC 29 déc. 2004, *M Durand c/ Centre hospitalier régional de Metz-Thionville* et CE, 4 avr. 2005, *M Goua*,

⁹⁴ TC 23 novembre 2005

pas appel au critère d'identité de l'activité transféré pourtant primordial aux yeux de la CJUE et de la Cour de cassation. Pour autant, la loi s'interprète au regard de la directive de 2001⁹⁵, ce qui retire à cette omission tout effet néfaste de dispositions trop larges.

L'article poursuit en rendant impératif la possibilité émise par l'arrêt *Lamblin*. Dorénavant, le repreneur public sera dans l'obligation de proposer au salarié un contrat de droit public à durée déterminée ou à durée indéterminée selon la nature du contrat dont ils sont titulaires.

Avant que cette proposition ait lieu, le salarié reste vis-à-vis de son nouvel employeur dans une situation de droit privé. Par conséquent, aucune spécificité publique ne peut venir entacher le contrat de travail avant que l'employeur ait pris ses dispositions. Il s'en déduit que la personne publique « *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* »⁹⁶.

L'obligation de proposer un contrat de droit public renoue donc avec la jurisprudence *Berkani* et empêche la coexistence trop prolongée dans un SPA de contrats publics et privés. Cette solution qui a le mérite de rétablir une cohérence dans le système jurisprudentiel administratif perd sa logique au regard de la directive de 2001 et de la jurisprudence *Mayeur*. Il est légitime de se demander à quoi cela sert-il de transférer un contrat qui ne peut valablement subsister dans le service repreneur. Pour palier à ce paradoxe induit par la séparation droit privé/droit public, le législateur incite le salarié à accepter le contrat public proposé grâce à deux mécanismes protecteurs. D'une part, le contrat proposé doit correspondre au contrat de travail quant à sa nature. D'autre part il doit reprendre les clauses substantielles qui y figuraient.

L'emploi de ce terme peut laisser perplexe, d'autant que la loi ne précise pas ce qui distingue une clause substantielle d'une clause qui ne le serait pas. Elle ne fait que préciser que la rémunération en fait partie. Faut-il dès lors rapprocher cette notion de celle de modification substantielle du contrat de travail par rapport à la modification des conditions de travail ? Dans ce cas, les clauses substantielles se réduiraient classiquement à la rémunération, la qualification, le lieu de travail, la durée et les horaires de travail.

Le lieu de travail ne pose pas problème puisqu'il est parfois, du fait même du transfert déplacé. La transposition de la qualification n'est pas sensé être modifiée non plus. Dans la mesure où l'activité garde son identité, il est probable que l'administration conserve les salariés dans la situation ancienne.

La rémunération est au contraire un sujet sensible lors de la reprise en régie directe par un SPA. Le législateur, bien conscient que le niveau de rémunération n'est pas identique dans le secteur privé et dans le secteur public a prévu d'insister sur cet élément. La loi restant floue sur cette question, le Conseil d'Etat, dans un avis du 21 mai 2007 a affirmé que le contrat de droit public proposé par la personne publique doit reprendre la rémunération de l'ancien contrat sauf si elle excède manifestement celle des agents non titulaires occupant des fonctions analogues. Ceci s'explique par la fixation réglementaire de la rémunération s'appliquant aux

⁹⁵ CJCE, 10 avril 1984, *Van Colson et Kalman*

⁹⁶ Cass. Soc. 01 juin 2010

contractuels de droit publics. De la même façon c'est un dispositif légal et réglementaire statutaire qui fixe la durée et l'horaire de travail et auquel le contrat ne peut déroger. Dans ces conditions, l'administration devra forcément adapter sa proposition aux contraintes de services et parfois s'éloigner de la substance de l'ancien contrat. En conséquence, l'obligation de reprise des clauses substantielles du contrat de travail est considérablement freiné par l'exigence que le nouveau contrat ne soit pas contraire aux conditions générales de rémunération et d'emploi des agents non titulaires de la personne publique

A ce stade, c'est bien le droit public qui prend le relai et empêche qu'un traitement différencié, à la marge ou *sui generis* soit appliqué aux salariés suite à leur transfert. Le salarié peut toutefois refuser le contrat public qui lui est proposé. Dans ce cas, l'article 20 de la loi de 2005, reprenant littéralement les termes de l'arrêt *Lamblin* disposait que ce refus impliquait le licenciement du salarié par la personne publique selon les conditions de son contrat et des règles du droit du travail. Il reste donc à analyser ce licenciement et plus généralement la rupture du contrat dont le motif ne correspond pas à ceux prévus par la loi.

B. L'établissement d'un mode de rupture *sui generis* du contrat de travail

Il est indispensable d'analyser le dispositif qui prévalait avant l'introduction de la loi du 3 août 2009 (1) pour mesurer toute l'ampleur des bouleversements qu'elle a induite (2).

1. La solution antérieure à la loi du 3 août 2009

En vertu de l'alinéa 2 l'article 20 de la loi du 26 juillet 2005, le salarié qui refusait un contrat de droit public reprenant les clauses substantielles de son contrat de travail antérieur était licencié par la personne *publique* « *dans les conditions prévues par le droit du travail et par leur contrat* ». La personne publique devait donc utiliser les règles applicable au droit privé pour procéder au licenciement, ce qui était logique au regard de la subsistance du contrat suite au transfert.

Classiquement, pour ce qui est des CDI, il existe deux motifs de licenciement en droit du travail. Le motif personnel qui puise sa raison dans le comportement du salarié et le motif économique ou autrement dit non inhérent à la personne du salarié⁹⁷ qui répond à des exigences d'adaptation à la conjoncture économique subie par l'entreprise.

A priori, le refus opposé par le salarié à son employeur d'effectuer une novation en remplaçant le contrat de travail par un contrat de droit public s'approcherait d'une cause économique de rupture. En effet, l'élément générateur est la restructuration de l'entreprise cédante impliquant la cessation d'une partie ou de la totalité de l'activité et son transfert à la personne publique. Pour autant, cette réorganisation de l'entreprise n'est pas fondée sur des difficultés économiques. Même si la jurisprudence accepte qu'une réorganisation de l'entreprise puisse constituer une cause économique de suppression d'emploi, elle a pu

⁹⁷ Loi du 02 août 1989

affirmer⁹⁸ « *qu'une réorganisation, lorsqu'elle n'est pas liée à des difficultés économiques ou des mutations technologiques, ne peut constituer un motif économique de licenciement que si elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise* ». La reprise en régie directe peut dans certains cas résulter des difficultés économiques de l'entreprise mais elle est en toute circonstance décidée unilatéralement par la personne publique après le transfert et dans un cadre non concurrentiel puisqu'administratif.

Il serait également aisé de rapprocher la situation en cause d'une cessation d'activité de l'entreprise depuis qu'elle est devenue un motif de recours au licenciement économique⁹⁹. Il faut néanmoins que cette cessation ne repose pas sur une faute de l'employeur ou une légèreté blâmable. Dans l'hypothèse de la reprise, il pourrait être soutenu que le licenciement résulte de l'arrêt de l'activité dans l'entreprise cédante. Il est malgré tout plus plausible que cet argument soit rejeté du fait du maintien de l'activité sous l'empire de la personne publique et du maintien des contrats de travail afférents.

Enfin, en vertu de l'article L1233-3 du Code du travail, « *constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant [...] d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques* ». Encore une fois, malgré l'utilisation de l'adverbe "notamment" par le législateur, la chambre sociale exige que la modification du contrat repose sur un motif économique¹⁰⁰. Même si le transfert peut se justifier par un motif économique, par exemple dans le cas où la personne publique reprend par peur que le délégataire ne puisse assumer la charge financière de l'exploitation, l'activité ne subit plus vraiment de difficultés économiques une fois transmise. La modification en contrat de droit public ne saurait donc, même si elle s'en rapproche constituer un motif économique.

La Cour de cassation a récemment tranché en ce sens¹⁰¹, précisant une solution déjà retenue dans un arrêt antérieur¹⁰². Elle a considéré que « *le refus, par le salarié, des conditions d'intégration proposées par la personne publique reprenant l'entité économique à laquelle il est rattaché, en raison des modifications qu'elles apportent au contrat de travail en cours au jour du transfert, constitue pour l'employeur public une cause réelle et sérieuse de licenciement, ne relevant pas des dispositions relatives au licenciement économique, dès lors qu'il ne lui est pas possible, au regard des dispositions législatives ou réglementaires dont relève son personnel, de maintenir le contrat de travail de droit privé en cours au jour du transfert ou d'offrir à l'intéressé un emploi reprenant les conditions de ce contrat* ». C'est donc bien l'état du droit et la classification droit public/droit privé qui justifie le licenciement et non la conjoncture économique. D'autant que reconnaître au licenciement un motif économique emporterait nécessairement application de la procédure particulière afférente, procédure qui n'est pas adaptée à la gestion publique du personnel. A cet égard, le licenciement économique n'intervient qu'après que tous les efforts de formation et de

⁹⁸ Cass. Soc. 29 mai 2001

⁹⁹ Cass. Soc. 16 janvier 2001

¹⁰⁰ Cass. Soc. 19 février 1997

¹⁰¹ Cass. Soc. 02 décembre 2009

¹⁰² Cass. Soc. 30 septembre 2009

d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré dans l'entreprise ou dans les entreprises du groupe auquel appartient l'entreprise¹⁰³. Le rapport de la Cour de cassation de 2006 fait d'ailleurs état de l'opportunité de la décision. La Cour reconnaît que le motif économique était parfaitement envisageable : « *le nouvel article L. 1233-1 du Code du travail paraît l'exclure, puisqu'il ne déclare les dispositions du chapitre sur les licenciements économiques applicables qu'aux seules entreprises publiques et aux établissements publics industriels et commerciaux. Mais les textes en vigueur avant la recodification ne revêtaient pas une portée aussi générale et si l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi était écartée, il n'était pas évident que le motif de rupture, non inhérent à la personne du salarié, échappe à la qualification de motif économique et au régime qui en découle* ». Pour les juges du quai de l'horloge, la justification de la décision tenait donc à l'incohérence théorique de l'application d'un plan de sauvegarde de l'emploi et d'une obligation reclassement : « *il ne paraît, en effet, pas raisonnable de subordonner le licenciement d'un salarié qui refuse de changer de statut à une recherche de reclassement que ce refus rend impossible, alors que la loi impose en ce cas à l'employeur de mettre fin au contrat de travail en cours, créant ainsi une véritable obligation de licencier à la charge de la personne publique* ». La jurisprudence ne pouvait pas valider la coexistence d'une obligation de licencier et d'une obligation de reclasser. Théoriquement et pratiquement, le motif économique ne tenait pas.

La Cour de cassation n'a pas dit pour autant que le licenciement avait un motif personnel alors même qu'une interprétation *a contrario* de l'arrêt menait à cette conclusion. De plus, le motif personnel n'était pas plus adapté au refus du salarié de devenir agent public. La modification substantielle du contrat de travail c'est-à-dire non circonscrite aux conditions de travail, nécessite l'accord du salarié¹⁰⁴ et le licenciement sur lequel il est fondé ne repose pas sur un motif réel et sérieux. *A fortiori*, la novation d'un contrat de droit privé par un contrat de droit public nécessite que les deux parties soient d'accord. Comment justifier que ce refus, légitime au regard des règles fondamentales gouvernant le droit des contrats, puisse constituer un motif inhérent à la personne. Ce refus est avant tout un droit, et non une attitude personnelle blâmable sur le plan de la faute simple, grave ou lourde.

Une partie de la doctrine¹⁰⁵ a donc pu parler d'un licenciement *sui generis* justifié par l'exorbitance du droit public par rapport au droit du travail. Pour certains, ce mode de rupture se rapprochait sensiblement du dispositif établi par la loi Aubry II¹⁰⁶. Son article 30 dispose que « *lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent une modification de leur contrat de travail en application d'un accord de réduction de durée du travail, leur licenciement est un licenciement individuel ne reposant pas sur un motif économique et est soumis aux dispositions des articles L 122-14 et L 122-17 du code du travail* ». De la même façon, le seul refus du salarié à la modification dans le cas de la loi Aubry II, ou à la novation de son contrat de travail dans le cas de la reprise en régie, justifie le licenciement. Cette rupture n'est pas

¹⁰³ Article L1233-4 du Code du travail

¹⁰⁴ Cass. Soc. 31 octobre 2000

¹⁰⁵ WOLMARK (C.), Le sort des contrats de travail en cas de reprise en gestion directe d'un service public, *Revue de droit du travail* 2006 p. 159.

¹⁰⁶ Loi du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail.

sans poser quelques soucis à la protection du salariat qui se trouve dans l'impossibilité de bénéficier des dispositions salvatrices du reclassement applicables lors d'un licenciement économique. Elle n'en est pas moins cohérente avec l'hypothèse de l'hybridation du droit lorsqu'il est confronté à une zone grise entre droit public et droit privé des relations de travail.

La même problématique est transposable aux contrats à durée déterminée dont la rupture anticipée ne peut intervenir que pour faute grave, force majeure¹⁰⁷, accord des parties ou à l'initiative du salarié qui justifie de la conclusion d'un CDI. Aucun de ces motifs ne correspond à l'hypothèse du refus de conclure un contrat de droit public dont l'exorbitance a été confirmé par une loi récente du 3 août 2009.

2. La consécration d'une rupture *sui generis* par la loi du 3 août 2009

Bien conscient de ces difficultés, le législateur est une nouvelle fois intervenu et a modifié l'article 1224-3 du Code du travail en remplaçant l'ancienne formulation résultant de la loi de 2005. Dorénavant, tel qu'il ressort des termes de l'article L1224-3 du Code du travail modifié par la loi du 3 août 2009¹⁰⁸, « *En cas de refus des salariés d'accepter le contrat proposé, leur contrat prend fin de plein droit. La personne publique applique les dispositions relatives aux agents licenciés prévues par le droit du travail et par leur contrat* ».

C'est une modification en demi-teinte puisqu'elle ne remet pas en cause l'effet de la rupture semblable au licenciement pour motif personnel. Mais c'est la nature de la rupture qui a subi le changement. Il ne s'agit plus d'un licenciement mais d'une cessation automatique du contrat de travail du seul fait du refus. Ne se rattachant même plus à une notion existante en droit du travail, le législateur consacre ainsi un mode *sui generis* de rupture. Il faut dès lors se tourner vers le droit civil pour trouver un élément de réponse.

Le contrat de travail étant un contrat spécial du droit civil, il n'est pas interdit de comparer cette mort du contrat aux règles classiques de rupture en droit des contrats. Il ne peut s'agir d'une nullité du contrat de travail car il n'est pas question d'un défaut dans un des éléments essentiels de formation du contrat. Il est également possible de rejeter l'hypothèse d'une résolution qui nécessite un anéantissement rétroactif du contrat, impossible pour un contrat à exécution successive tel que le contrat de travail. Tout comme la résolution, l'application de la résiliation ne serait pas envisageable dans la mesure où le motif de la rupture ne réside ni dans l'inexécution par l'une des parties de ses obligations contractuelles, ni dans une clause résolutoire prévu à l'avance. Cette clause ne pouvant d'ailleurs pas s'appliquer du fait du caractère d'ordre public de la continuité des contrats de travail.

Il reste donc la caducité qui joue un rôle à part puisqu'elle frappe un acte régulièrement formé mais qui perd, postérieurement à sa conclusion ; un élément essentiel à sa validité ou un élément nécessaire à sa perfection, du fait de la survenance d'un événement indépendant de la

¹⁰⁷ Article L1243-1 du Code du travail

¹⁰⁸ Article 24

volonté des parties ou dans la dépendance partielle de leur volonté¹⁰⁹. Ainsi, un contrat conclu *intuitu personae* est caduc lorsque l'une des parties disparaît. En cela, la continuité des contrats de travail déroge à la notion de caducité. Le contrat de travail étant un contrat *intuitu personae*, le transfert qui opère à la substitution de l'une des parties au contrat devrait en principe être illicite. Tel ne fut pas la volonté du législateur dans un souci évident de protection des salariés et d'adaptation à la réalité économique.

La caducité du contrat de travail ne trouverait donc pas son fait générateur dans le changement d'identité de l'employeur mais plutôt dans l'impossibilité vu précédemment de faire subsister le contrat. Le contrat perd dès lors toute force juridique et quitte même l'ordonnement juridique sans effet rétroactif.

Le législateur devait toutefois éviter que la caducité ne précarise la situation du salarié. Aux termes de la loi de 2009, la caducité emprunte au droit du travail en général et aux licenciements en particulier les effets de protection. D'un point de vue civiliste, le contrat n'existe plus, mais d'un point de vue travailliste, le salarié a été licencié et il doit donc bénéficier de tous les droits attachés au licenciement parmi lesquels les indemnités qui vont bénéficier au travailleur évincé. La jurisprudence antérieure n'est pas abandonnée complètement et il y a fort à parier que le salarié ne pourra toujours pas se prévaloir de la procédure attachée au licenciement économique. Il pourra au contraire demander application de toutes les conséquences du licenciement prévues aux articles L1234-1 à L1235-6 du Code du travail, notamment le respect du délai de préavis, des indemnités de licenciement et la remise de documents par l'employeur.

Si c'est à l'occasion de la rupture que l'hypothèse trouve sa validité, cela tient au fait qu'elle réside à la frontière entre droit public et droit privé à mi-chemin entre la survie du contrat de travail et le relai du contrat de droit public. Il serait souhaitable que le législateur régule définitivement la reprise en prévoyant un licenciement spécifique, défini et encadré, tant sur le plan de la procédure que des effets.

¹⁰⁹ TERRE (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), Droit civil-Les obligations, *Edition Dalloz*, 9^{ème} édition, 2005, p. 98.

Références bibliographiques

I) Ouvrages, monographies et thèses

-AUBY (J-M.) (J-B), JEAN-PIERRE (D.) et TAILLEFAIT (A.), Droit de la fonction publique, *Edition Dalloz*, 6^{ème} édition, 2009.

-BOSSU (B.), DUMONT (F.), et VERKINDT (P-Y.), Cours droit du travail, Tome 1, *Edition Montchrestien*, 2^{ème} édition, 2009.

-CORMIER LE GOFF (A.) et BENARD (E.), Restructurations et droit du travail, Editions Liaisons, 2^{ème} éditions, 2006.

-DELLIS (G.), Droit pénal et droit administratif, l'influence du droit pénal sur le droit administratif répressif, Bibliothèque de droit public, Tome 184, Edition L.G.D.J, 1997.

-FAVENNEC-HERY (F.) et VERKINDT (P-Y.), Manuel de droit du travail, *Edition L.G.D.J*, 2^{ème} édition, 2010.

-GUILLIEN (R.), Droit public et droit privé, Mélanges Brèthe de La Gressaye, 1967.

-KRUST (D.), Le transfert des contrats dans le cadre de la réintégration de services publics locaux, Encyclopédie des collectivités locales, *Edition Dalloz*, Chapitre 3 (folio n°10730) - La résorption de l'emploi précaire, 2007.

-LOMBARD (M.) et DUMONT (G.), Droit administratif, *Edition Dalloz*, 7^{ème} édition, 2007.

-LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DELVOLVE (P.) et GENEVOIS (B.), Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, *Edition Dalloz*, 16^{ème} édition, 2007.

- LYON-CAEN (G.), PELLISSIER (J.), SUPIOT (A.), Droit du travail, Dalloz, 19 éd., 1998, n° 334.

-MONIOLLE (C.), Les agents non titulaires de la fonction publique de l'Etat, entre précarité et pérennité, Bibliothèque de droit public, Tome 208, *Edition L.G.D.J*, 1999.

-PELLETIER (C.), La caducité des actes juridiques en droit privé français, Edition L'harmattan, 1994.

-RAY (J-E.), Droit du travail, droit vivant, *Edition Liaisons*, 19^{ème} édition, 2010-2011.

-TERRE (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), Droit civil-Les obligations, *Edition Dalloz*, 9^{ème} édition, 2005.

-TERRE (F.), Introduction générale au droit, *Edition Dalloz*, 8^{ème} édition, 2009.

II) Articles, chroniques et notes de jurisprudence

-ARTUS (D.), Conséquences sur les contrats de la reprise en régie d'un SPA géré par une personne privée, *AJDA* 2003 p. 1280.

-CLAMOUR (G.), Plaidoyer pour l'arrêt *Lamblin*, *RFDA* 2005 p. 1205.

-CASTRIC (O.), Le maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise du secteur privé au secteur public, *RFDA* 2002 p. 1134.

-CHANLAIR (M-P.), Le transfert du contrat de travail du directeur d'un SPIC repris en régie, *AJFP* 2000 p. 10.

-CHAUVY (Y.), Transfert d'entreprise et service public : le sort des contrats de travail, Conclusions sous Cass. Soc, 10 juillet 1995, *M. Lazareff c/ Commune de Soulac-sur-Mer*, *RFDA* 1997 p. 403

-DERRIDJ (L.), L'application de l'article L. 122-12 du code du travail à la reprise des personnels de droit privé, *AJFP* 2004, p. 120.

-JOURNE (P.), Les salariés de droit privé d'un service public administratif repris en régie continuent de relever temporairement du juge judiciaire, *AJFP* 2004 p. 118.

-GLASER (E.), Conclusions sous CE, Section, 22 octobre 2004, *Lamblin*

-MARTIN (J.), A propos du maintien des contrats de travail en cas de reprise en régie d'un service public, *AJDA* 2003, p. 768.

-MAZEAUD (A.), Reprise d'une entité économique par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif, *RJS* 2006, p. 3.

-MORVAN (P.), Reprise d'activité sous forme de service public, note sous Cass. Soc, 2 décembre 2009, *La Semaine Juridique Social* n° 6, 9 Février 2010, p. 1056.

-MOUDOUDOU (P.), Service public et changement d'employeur, *AJDA* 1996 p. 339.

-RADE (C.), *Lexbase Hebdo* n° 394, 13 Mai 2010, Edition sociale, note sous Cass. Soc. 30 septembre 2009.

-RITLENG (D.), IV. - Maintien des contrats de travail en cas de reprise en régie d'un service public et droit communautaire, *Revue trimestrielle de droit européen* 2006 p. 301.

-TOUZEIL-DIVINA (M.), L'article L122-12 confronté au droit public, *AJFP* 2006 p. 172.

-WOLMARK (C.), Le sort des contrats de travail en cas de reprise en gestion directe d'un service public, *Revue de droit du travail* 2006 p. 159.

III) Décisions de justice

- Cour de justice des communautés européennes

CJCE, 10 avril 1984, *Van Colson et Kalman*, Rec. CJCE, 1984, I-1891

CJCE 18 mars 1986, *Spijkers*, Rec. CJCE 1986, p. 1119

CJCE 15 octobre 1996, *Henke*, Rec. CJCE, 1996, I-4989

CJCE 11 mars 1997, *Süzen*, Rec. CJCE, 1997, I-1259

CJCE 02 décembre 1999, *Allen e.a.*, Rec. CJCE, 1999, I-8643

CJCE 26 septembre 2000, *Mayeur*, Rec. CJCE, 2000, I-0755.

- Conseil Constitutionnel

Décision n°79-105 DC du 25 juillet 1979, Loi relative à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail.

Décision n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005, Loi de programmation pour la cohésion sociale.

- Tribunal des conflits

TC 8 février 1873, *Blanco*, GAJA, 2007, p. 1.

TC 2 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain* - Rec. Lebon p. 91.

TC 7 juin 1923, *Septfonds*, GAJA, 2007, p. 248. Rec. Lebon, 1923 p. 498.

TC 25 Mars 1996, *Berkani*, RFDA 1996, p. 819.

TC 19 janvier 2004, *Mme Devun et autres c/ commune de Saint-Chamond*, Dr. soc. 2004, p. 433.

TC 29 décembre 2004, *M Durand c/ Centre hospitalier régional de Metz-Thionville*, AJFP 2005, p. 110.

- Cour de cassation

- Assemblée plénière

- Ass. Plén. 16 mars 1990, Bulletin 1990 A.P. N° 4 p. 6

- Chambre civile

- Cass. Civ. 27 février 1934, DH 1934, p. 252

- Chambre sociale

- Cass. Soc. 29 avril 1965, Bulletin 1965, IV N°320.

- Cass. Soc. 08 novembre 1978, *Sté Piscine de la Dame Blanche*, Bulletin des arrêts de Cour de cassation, Chambre sociale N. 743 P. 559.

- Cass. Soc. 12 juin 1986, *Société Desquennes et Giral*, Bulletin 1986 V N° 299 p. 229.

- Cass. Soc. 29 mai 1990, Bulletin 1990 V N° 242 p. 144.

- Cass. Soc. 13 juin 1990 n° 86-45.216, Bulletin 1990 V N° 273 p. 164.

- Cass. Soc. 13 juin 1990 n°86-44.114, Bulletin 1990 V N° 276 p. 166.

- Cass. Soc. 07 octobre 1992, *Compagnie des eaux et de l'ozone c/ Elie*, N° 89-45.712, Bulletin 1992 V N° 499 p. 316, et N° 89-41.823, Bulletin 1992 V N° 500 p. 317.

- Cass. Soc. 18 novembre 1992, Bulletin 1992 V N° 549 p. 347

- Cass. Soc. 11 mai 1993, *Rousson*, Dr. Soc. 1993, p. 953

- Cass. Soc. 10 juillet 1995, *Compagnie des eaux et de l'ozone*, AJDA 1996, p. 396

- Cass. Soc. 18 juin 1996 *Gonin*, Bulletin 1996 V N° 249 p. 175

- Cass. Soc. 09 Juillet 1996, *Syndicat intercommunal Jean Wiener*, Bulletin 1996 V N° 275 p. 193

- Cass. Soc. 17 juillet 1996, *SNCF c/ Bo*, Bulletin 1996 V N° 297 p. 209

- Cass. Soc. 19 février 1997, Bulletin 1997 V N° 74 p. 51

- Cass. Soc. 15 octobre 1997

- Cass. Soc. 20 janvier. 1998, *Guermonprez*, Bulletin 1998 V N° 16 p. 13, RJS 1998, N°280.

- Cass. Soc. 07 avril 1998, Bulletin 1998 V N° 200 p. 148

- Cass. Soc. 14 décembre 1999, Bulletin 1999 V N° 488 p. 362

- Cass. Soc. 31 octobre 2000, Bulletin 2000 V N° 354 p. 271

Cass. Soc. 16 janvier 2001, Bulletin 2001 V N° 10 p. 7
Cass. Soc. 29 mai 2001, N° 99-41.930
Cass. Soc. 9 octobre 2001, Bulletin 2001 V N°311
Cass. Soc. 23 janvier 2002, N° 99-46.245
Cass. Soc. 20 mars 2002, *Maldonado*, Bulletin 2002 V N° 94 p. 102.
Cass. Soc. 25 juin 2002 ; *AGS de Paris et a. c/H*, AJDA, 2002, p. 695.
Cass. Soc. 14 janvier 2003, *commune de Théoule-sur-Mer*, Dalloz 2003, P. 311.
Cass. Soc. 28 janvier 2004, Bulletin 2004 V N° 28 p. 27.
Cass. Soc. 7 décembre 2005, N° 04-44.594 Bulletin 2005 V N° 356 p. 317.
Cass. Soc. 10 octobre 2006, Bulletin 2006 V N° 294 p. 281
Cass. Soc. 12 mars 2008, JCP édition sociale, 2008, p. 1320.
Cass. Soc. 8 avril 2009, Bulletin 2009, V, n° 104
Cass. Soc. 13 mai 2009, Bulletin 2009, V, n° 127
Cass. Soc. 27 mai 2009, Bulletin 2009, V, n° 137
Cass. Soc. 30 septembre 2009, Bulletin 2009, V, n° 212
Cass. Soc. 18 novembre 2009, Bulletin 2009, V, n° 256
Cass. Soc. 02 décembre 2009, Bulletin 2009, V, n° 270
Cass. Soc. 03 mars 2010, Bulletin 2010, V, n° 53
Cass. Soc. 01 juin 2010, N° 09-40.679, publication prochaine au Bulletin.
Cass. Soc. 13 octobre 2010, N° 10-60.130, publication prochaine au Bulletin.

- Conseil d'Etat

CE 26 Janvier 1923, *Robert de Lafreygère*, Rec. Lebon, 1923, p. 67. RDP 1923, p. 224.
CE. Ass. 7 juillet 1950, *Dehaene*, Dr. Soc. 1950, p. 317.
CE 20 avril 1956, *Epoux Bertin*, D. 1956, p. 433.
CE. Ass. 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, D. 1956, p. 759.
CE. Sect., 8 mars 1957, *Jalencques de Labeau*, Rec. Lebon, 1957, p.158.
CE. Ass. 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, AJDA, 1958, p. 582.
CE 08 juillet 1959, *Section de la Corrèze du syndicat national de l'apprentissage*, Rec. Lebon, 1959 p. 437 D. 1960, p. 280.

CE 25 novembre 1963, *Dame veuve Mazerand*, Rec. Lebon. 792.

CE. Ass, 8 Juin 1973, *Dame Peynet*, JCP 1975, II, 17957

CE 05 octobre 1973, *Ministre de la justice c/ Dame Gilles*, N° 83793
Mentionné dans les tables du recueil Lebon.

CE 23 Avril 1982, *Ville de Toulouse c/ Mme Aragnou*, Rec. Lebon, 1982, p. 152
AJDA 1982 p. 440.

CE. Ass. 2 février 1987, *Société TV6*, RFDA, 1987, p. 29.

CE 23 oct. 1987, *Siguier*, Rec. Lebon. 1987, p. 324.

CE 26 juin 1996, *Commune de Cereste contre Moreschi* Rec. Lebon. 1996, p. 246.

CE, Avis, 03 mai 2000, *Demoiselle Marteaux*, Revue de la recherche juridique-Droit prospectif, 2001, p. 2108

CE 29 décembre 2000

CE 22 oct. 2004, *Lamblin*, Dr. soc. 2005, p. 43.

CE 04 avril 2005, *M Goua*, AJDA 2005, p. 1141