

N° 355788

Syndicat des cadres de la fonction publique

Section du contentieux

Séance du 22 février 2013

Lecture du 8 mars 2013

## CONCLUSIONS

**M. Edouard CREPEY, rapporteur public**

*(Ce texte est celui qui a été prononcé par M. Crépey en séance publique ; il a toutefois dû subir quelques modifications uniquement destinées à permettre d'identifier sans ambiguïté les références de jurisprudence citées dont les noms étaient effacés pour la mise en ligne.)*

« *Quand l'incompréhensible se conjugue à l'inapplicable* » : c'est en ces termes vigoureux que le professeur D. Jean-Pierre (JCP G 2004, II-10200) avait commenté votre décision de Section L... (22 octobre 2004, n° 245154, Rec. p. 382, RJS 1/05 n° 12, chronique C. Landais et F. Lénica AJDA 2004 p. 2153), par laquelle, dans l'attente d'une éventuelle intervention du législateur et pour tirer les conséquences d'une jurisprudence communautaire alors récente, vous aviez entrepris de **fixer le sort du personnel des entités économiques employant des salariés de droit privé, lorsque celles-ci font l'objet d'un transfert** au profit d'une personne publique gérant un service public administratif qui en poursuit l'activité.

**Aux confins du droit du travail, du droit de la fonction publique et du droit européen**, vous vous étiez, par cette décision, essayé à une conciliation constructive entre les différentes contraintes qui s'imposent, en pareil cas, aux gestionnaires publics, en leur offrant, contrairement d'ailleurs aux conclusions de votre commissaire du gouvernement E. Glaser (RFDA 1/05 p. 187, Dr. soc. 2005 p. 37 et BJCL 1/05 p. 37), la plus grande souplesse possible.

Les incertitudes et difficultés qui, paradoxalement, en résultaient ont finalement **décidé le législateur à intervenir, lui-même au demeurant s'y reprenant à deux fois**, avec l'article 20 de la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique et l'article 24 de la loi n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique, pour bâtir à l'article L. 1224-3 nouveau du code du travail un régime qui n'est toujours pas complètement stabilisé.

**L'ajout d'une pincée de droit constitutionnel et d'un zeste de droit de l'outre-mer** à ce mélange déjà épicé peut faire craindre les pires maux de tête ou d'estomac. C'est

-1-

---

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

pourtant l'exercice auquel contraint la requête qui vous est soumise et nous nous efforcerons d'y apporter une solution sinon vraiment digeste, du moins raisonnable. Vous constaterez par vous-mêmes que l'affaire ne va pas sans mal et conduit à revisiter assez profondément, au moins dans ses principes, l'édifice construit depuis une quinzaine d'années.

\*

Tout est parti des recommandations d'un **rapport conjoint de l'IGF, de l'IGA et de l'IGAS** rendu en septembre 2010 dans le cadre d'une mission d'appui sollicitée par le président du gouvernement de la Polynésie française. Dans un contexte budgétaire et financier fortement dégradé, le rapport invitait notamment son commanditaire à s'engager dans une politique de réduction du nombre d'opérateurs aux statuts divers qui avaient jusqu'alors foisonné, soit par suppression pure et simple, soit par réintégration au sein de l'administration. Dans cette seconde hypothèse, il s'agissait de faire assumer par des services administratifs ou des EPA des missions qui, selon le rapport, n'auraient jamais dû être confiées à des tiers et ne l'avaient, semble-t-il, été que pour échapper aux rigueurs des règles de gestion du personnel administratif.

S'appropriant les conclusions de ce rapport, les autorités polynésiennes **ont entendu se donner les moyens juridiques de les mettre en œuvre avec la loi du pays n° 2011-32 LP/APF du 1<sup>er</sup> décembre 2011 qui vous est déférée**. Quelques explications sont ici nécessaires.

Le code du travail de la Polynésie française comportait déjà un article LP 1212-5 aux termes duquel : « *S'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation de fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et les salariés de l'entreprise* ». Cette disposition est **la reprise exacte, pour la Polynésie française, de l'ancien article L. 122-12** bien connu (devenu L. 1224-1) du code du travail imposant, en droit commun, qu'en cas de cession d'entreprise et par dérogation à l'effet relatif des contrats, les droits et obligations résultant pour le cédant des contrats de travail qui existaient alors soient eux-mêmes transférés au cessionnaire.

Vous savez qu'issue à l'origine d'une loi du 19 juillet 1928 elle-même inspirée par le droit alsacien-mosellan, **ce principe protecteur pour les salariés dont l'entreprise fait l'objet de restructurations impliquant des mutations de propriété a été élevé au niveau européen** par la directive 77/187/CEE du Conseil du 14 février 1977, elle-même modifiée à diverses reprises et codifiée, dans son dernier état, par la directive 2001/23/CE du Conseil 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.

La Cour de cassation jugeait traditionnellement, comme vous-même d'ailleurs, que l'article L. 122-12 du code du travail ne pouvait recevoir application en cas de reprise d'une activité par un **service public administratif** (voyez par exemple Cass. soc., 7 octobre 1992, *Lazareff c/ Maire de Soulac*, Bull. civ., 1992, V, n° 499, JCP E 1992 II-21973, note Ph. Waquet et, par le prisme du contrôle de l'autorisation administrative de licenciement, CE, 23 octobre 1987, n° 67267, *S...*, Rec. p. 324) ; les personnes morales de droit public

-2-

---

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

cessionnaires n'étaient le cas échéant concernées que lorsqu'elles avaient une activité industrielle et commerciale et entretenaient avec leurs agents des rapports de droit privé (ainsi Cass. soc., 7 avril 1998, *Assedic Toulouse Midi-Pyrénées et autre c/ Salvetat et autre*, Bull. civ., 1998, V, n° 200, RJS 5/98 n° 569 avec chronique J.-Ph. Lhernould p. 799, à propos de la reprise d'un abattoir).

L'intervention de la Cour de Luxembourg a cependant redessiné, ou plutôt bouleversé ce jardin à la française : dans un arrêt *Mayeur c/ Association Promotion de l'information messine* du 26 septembre 2000 (aff. C-175/99, Rec. p. I-7755, RJS 1/01 n° 138), elle a ignoré la distinction, propre au droit français, entre services publics administratif d'une part, industriel et commercial d'autre part, et jugé que **la seule nature économique, entendue en un sens très large, de l'activité reprise emportait application du principe de continuité** des contrats de travail, sous réserve que soient réunies les autres conditions usuelles. Seule est soustraite à ce principe, donc, la reprise d'activités relevant de l'exercice des prérogatives de puissance publique (voyez CJCE, 15 octobre 1996, *Henke*, aff. C-298/94, Rec. p. I-4989, point 17, admettant de faire jouer cette réserve dans le cas de la création d'un groupement intercommunal et de la reprise par celui-ci de certaines compétences des communes qui en font partie, et plus récemment CJUE, 6 septembre 2011, *Ivana Scattolon contre Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*, aff. C-108/10, points 44 et 54, à publier au Recueil avec chronique M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat AJDA 2011 p. 701, le refusant en revanche pour la reprise, au niveau d'un ministère, de tâches d'entretien et maintenance d'établissements scolaires jusqu'alors assumées par des communes).

La Cour de cassation d'abord (Cass. soc., 25 juin 2002, *AGS de Paris et autre c/ Hamon et autres*, Bull. civ., 2002, V, n° 209, RJS 10/02 n° 1078 dans le cas d'une clinique constituée sous forme de société anonyme et reprise par un centre hospitalier), le Tribunal des conflits ensuite (19 janvier 2004, n° 3393, *Mme D... et autres c/ Commune de Saint-Chamond*, Rec. p. 509, RJS 4/04 n° 506, Dr. soc. 2004 p. 433 obs. A. Mazeaud), le Conseil d'Etat enfin (décision *L...* précitée du 22 octobre 2004, n° 245154) en ont **tiré les conséquences en droit métropolitain**, et le législateur national, comme nous l'avons rappelé, a ensuite apporté un certain nombre de précisions. Désormais, donc, la seule circonstance que le cessionnaire soit un service 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, modification de l'identité qui était le fondement théorique des solutions antérieures : en effet il est bien admis, et sur ce point la jurisprudence est constante, qu'il n'y a transfert au sens de la directive que lorsque l'entité transférée conserve son identité après l'opération de transfert en termes d'activité, d'encadrement, d'organisation du travail, de méthodes ou de moyens d'exploitation (voir par exemple l'arrêt *Mayeur* précité, point 49).

Contrairement à ce qui est soutenu par le syndicat requérant, **la directive européenne n'est certes pas applicable à la Polynésie française** en sa qualité de pays ou territoire d'outre-mer au sens des articles 198 et suivants du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, complétés par la décision 2001/822 du 27 novembre 2001 du Conseil modifiée relative à l'association des pays et territoires d'outre-mer à la Communauté européenne.

Mais l'assemblée de la Polynésie française a d'elle-même institué, par la loi du pays attaquée, un mécanisme de maintien des contrats de travail en cas de reprise d'une entité de

droit privé par la collectivité elle-même ou l'un de ses établissements publics administratifs. Or, par rapport aux précédents connus en métropole, le dispositif présente la particularité de prévoir, en ses articles 2 et 3, **l'intégration dans un cadre d'emplois de la fonction publique de ceux des salariés qui étaient titulaires, avant la cession, d'un contrat de travail à durée indéterminée (CDI)**, ceux qui avaient un contrat à durée déterminée (CDD) se voyant plus classiquement proposer un contrat de fonction publique.

C'est notamment cette disposition qui a décidé le **syndicat des cadres de la fonction publique** à déférer cette loi du pays à votre examen, dans les conditions prévues au II de l'article 176 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française. Vous êtes, en vertu de ces dispositions, compétents pour connaître en premier et dernier ressort de ces lois du pays qui ont le caractère d'actes administratifs (voyez CC, 12 février 2004, n° 2004-490 DC, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, Rec. p. 41, cons. 75) mais qui font l'objet d'un contrôle juridictionnel présentant de fortes spécificités et qui, pour reprendre la formule du président Stahl dans ses conclusions à la RFDA 2006 p. 271 sur l'affaire *Commune de Papara et M. S...* (CE, Section, 1<sup>er</sup> février 2006, n° 286584, Rec. p. 40), « *s'apparente au contrôle de constitutionnalité des lois* ». C'est ce qui, souvent, et singulièrement en l'espèce, donne à ce contentieux un intérêt particulier.

La requête est par ailleurs **recevable** : l'intérêt à agir du syndicat requérant n'est, au demeurant, pas contesté et, contrairement à ce qui est soutenu en défense, son représentant a bien été habilité par le conseil d'administration, conformément aux articles 23 et 25 de ses statuts, pour agir en justice. Sont seulement irrecevables les conclusions dirigées non pas contre la loi du pays mais contre l'acte de promulgation de ce texte : cette promulgation n'est pas encore intervenue, comme c'est normal puisque les lois du pays adoptées par l'assemblée de la Polynésie française sont d'abord publiées pour information pour pouvoir faire l'objet d'éventuels recours de la part des tiers intéressés dans le délai de deux mois, le rejet de la ou des requêtes conditionnant enfin la promulgation.

\*

Les moyens de **légalité externe**, sur lesquels nous passerons rapidement, sont sans valeur.

Il est soutenu en premier lieu, mais sans le moindre début de justification, que **l'avis du conseil supérieur de la fonction publique** imposé par l'article 40 de la délibération n° 1995-215 AT du 14 décembre 1995 portant statut général de la fonction publique de la Polynésie française serait vicié : la convocation n'aurait pas été régulière, ni la composition conforme aux règles qui régissent le conseil et à son règlement intérieur, ni le quorum respecté. Vous écarterez ces pures allégations comme dépourvues de toute précision permettant d'en apprécier le bien-fondé, d'autant qu'il n'était pas difficile, pour le syndicat requérant, de quérir toute information utile à sa démonstration.

Le moyen tiré, en deuxième lieu, de ce que le **conseil économique, social et culturel** n'aurait pas été consulté, en méconnaissance des dispositions du II de l'article 151 de la loi organique statutaire, n'est pas fondé. Que le conseil n'ait pas adopté dans le délai requis

un avis exprès est indifférent dès lors qu'il a été dûment saisi et que le troisième alinéa de ce II prévoit en toutes lettres que l'avis est réputé rendu à l'expiration du délai imparti.

Le troisième moyen, selon lequel le projet de loi du pays litigieux aurait été dépourvu de **l'exposé des motifs** pourtant exigé par le second alinéa de l'article 141 de la loi organique, manque en fait.

\*

**Sur le fond** en revanche, l'argumentation du syndicat requérant est des plus sérieuses.

Tel n'est certes pas le cas du premier moyen de légalité interne, selon lequel la loi du pays attaquée aurait méconnu les dispositions de **l'article LP 1212-5 précité du code du travail de la Polynésie française** en ce qu'au lieu de prévoir le maintien du contrat de travail des salariés titulaires d'un CDI, elle leur imposerait, sauf pour eux à s'exposer à un licenciement, l'intégration dans un cadre d'emplois de la fonction publique. Mais la disposition invoquée n'est pas d'un niveau normatif supérieur à l'acte attaqué, puisque le code du travail est issu de la loi du pays n° 2011-15 du 4 mai 2011, le droit du travail comme le droit de la fonction publique territoriale relevant des compétences de la Polynésie française.

La violation, fugitivement suggérée, des **directives européennes** pertinentes, est inexistante, ces textes ne s'appliquant pas à la Polynésie française comme il a déjà été dit.

En troisième lieu nous ne pensons pas, contrairement à ce qui est soutenu, que les articles LP 6 et LP 4 de la loi du pays attaquée créent des ruptures d'égalité dans les **conditions de rémunération**.

S'agissant d'abord des **fonctionnaires**, ceux qui seraient issus du nouveau dispositif bénéficieraient d'une indemnité différentielle compensant « *tout ou partie* », avant résorption progressive, de la perte de rémunération le cas échéant constatée en fonction de leur indice de reclassement. Il existe bien un principe (CE, Section, 26 octobre 1979, n° 9573, *M...*, Rec. p. 396) constitutionnel (voir notamment CC, 22 juillet 1987, n° 87-229 DC, *Loi relative aux établissements d'hospitalisation et à l'équipement sanitaire*, Rec. p. 44, cons. 9 ou CC, 16 juillet 2009, n° 2009-584 DC, *Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires*, Rec. p. 140, cons. 26 ; CC, 17 juin 2011, n° 2011-134 QPC, *Union générale des fédérations de fonctionnaires CGT et autres*) d'égalité de traitement dans le déroulement de la carrière des fonctionnaires mais celui-ci « *ne s'oppose pas à ce que soient appliqués des traitements différents à des (...) agents se trouvant dans des situations différentes dès lors que cette différence de situation présente un caractère objectif et qu'elle est motivée par l'intérêt qui s'attache à la continuité du service public* » (décision du Conseil constitutionnel de 2009 précitée). Tel est bien le cas en l'espèce et le mécanisme en cause est des plus habituels.

S'agissant ensuite des conditions de rémunération des **contractuels**, la loi du pays reprend très exactement les termes de votre avis contentieux *Mme M... et autres* (21 mai 2007, n° 299307, Rec. p. 214, RJS 10/07 n° 1023 avec conclusions F. Séners BJCL 7/07 p. 488 et RJEP n° 646 p. 319, note J.-M. Lemoyne de Forges AJDA 2008 p. 204) : les contrats

-5-

---

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

de droit public reprendraient, sauf dispositions statutaires ou conditions générales de rémunération contraires, les clauses substantielles des anciens contrats, en ce compris la rémunération, celle-ci toutefois ne devant, en tout état de cause, pas excéder manifestement celle des agents de la Polynésie française de qualification équivalente exerçant des fonctions analogues en tenant compte, notamment, de leur ancienneté. Elle nous semble, dans cette mesure, être à l'abri de votre critique. Il est vrai que le texte, contrairement à votre avis, paraît autoriser une comparaison avec les rémunérations servies non pas aux contractuels, mais aux titulaires exerçant des fonctions analogues mais cette ambiguïté pourrait aisément être dissipée par votre décision.

Beaucoup plus substantielle est la critique portée au dispositif sur le terrain de la méconnaissance des exigences découlant du principe constitutionnel d'égalité et, spécifiquement, de **l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et des citoyens du 26 août 1789**, en vertu duquel tous les citoyens étant égaux aux yeux de la loi, ils sont « *également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* ».

Ce **principe cardinal**, vous êtes les premiers à en avoir marqué l'importance (CE, Assemblée, 28 mai 1954, n<sup>os</sup> 28238 et autres, *Barel*, Rec. p. 308, GAJA 17<sup>e</sup> éd. n<sup>o</sup> 70) et vous en avez toujours fait, par la suite, une application vigilante (CE, Assemblée, 22 janvier 1982, n<sup>o</sup> 36128, *B...*, Rec. p. 27 avec chronique F. Tiberghien et B. Lasserre AJDA 1982 p. 440 à propos justement de la Polynésie française et d'une disposition réservant aux « *notables* » le droit de figurer sur la liste des assesseurs appelés à siéger à la cour criminelle ; CE, Assemblée, 21 décembre 1990, n<sup>os</sup> 72834 et 72897, *Amicale des anciens élèves de l'Ecole normale supérieure de Saint-Cloud et autre et Association des anciens élèves de l'Ecole nationale d'administration*, Rec. p. 378).

\*

C'est en tant que la loi du pays prévoit, en faveur des salariés bénéficiant d'un CDI, la **titularisation comme fonctionnaires** que la critique faite par le syndicat apparaît avec le plus d'évidence comme fondée.

En l'absence de toute mesure d'adaptation du principe général de continuité des contrats de travail posé par le code du travail localement applicable, il est clair que la reprise, par la Polynésie française ou l'un de ses établissements publics, de l'activité d'une entité de droit privé n'ouvrirait en tout état de cause, pour les salariés concernés, **aucun droit à titularisation dans un corps ou cadre d'emplois de la fonction publique**. Ceci ressort directement de votre décision de Section L... précitée (22 octobre 2004, n<sup>o</sup> 245154) : à moins qu'une disposition spécifique en dispose autrement, il incombe seulement à la personne publique soit de maintenir le contrat de droit privé des intéressés, soit de leur proposer un contrat de droit public reprenant les clauses substantielles de leur ancien contrat dans la mesure où des dispositions législatives ou réglementaires n'y font pas obstacle ; et si de tels obstacles existent, le refus des salariés d'accepter les modifications qui résulteraient de cette proposition implique leur licenciement par la personne publique, aux conditions prévues par le droit du travail et leur ancien contrat.

La question est de savoir si la **titularisation directe** comme fonctionnaires des salariés bénéficiant jusqu'alors d'un CDI, à défaut donc de découler du mécanisme de droit

commun, peut, sans qu'il soit porté atteinte aux règles et principes constitutionnels, être prévue par une disposition *ad hoc*.

Le président de la Polynésie française vous explique que ce choix original, quoique pas sans précédent – nous y reviendrons –, offre le meilleur compromis entre l'exigence de protection des salariés concernés et celle d'une bonne gestion de la fonction publique polynésienne compte tenu des problèmes que poserait la multiplication des CDI de droit public appelant de toute façon à terme une titularisation. Il souligne également que le système est **encadré par des critères objectifs**, l'article LP 5 de la loi du pays attaquée disposant que la proposition d'intégration doit tenir compte, d'une part, des fonctions réellement exercées par les agents, du niveau et de la nature des emplois qu'ils occupent et, d'autre part, des titres ou diplômes exigés pour l'accès aux emplois concernés, et que l'échelon d'intégration de l'agent dans le premier grade du cadre d'emplois d'intégration est déterminé par la durée totale des services.

Peut-on voir là un **substitut acceptable** aux garanties entourant normalement l'accès aux emplois publics, et singulièrement à la qualité de fonctionnaire, pour assurer le respect du principe d'égalité ?

Il est certain, d'abord, que la voie d'accès ainsi instituée à ce qui est une fonction publique de carrière est **déroatoire à toutes les règles connues de recrutement des fonctionnaires**, règles qui ont pour objet de satisfaire aux exigences de l'article 6 de la Déclaration de 1789.

Pour le législateur national (voyez l'article 16 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 modifiée portant droits et obligations des fonctionnaires) comme d'ailleurs pour le législateur polynésien (cf. les articles 17 et 53 de la délibération n° 1995-215 AT du 14 décembre 1995 déjà mentionnée), les fonctionnaires sont **normalement, sauf dérogation prévue par la loi, recrutés par concours**, celui-ci restant l'expression même du principe d'égalité en dépit des critiques plus fréquentes dont il fait l'objet dans la société actuelle.

La Constitution n'interdit certes pas au législateur d'aménager **d'autres voies d'accès**, notamment à des fins de promotion sociale ou de diversification du recrutement.

Il a ainsi été jugé par le Conseil constitutionnel, à propos de l'institution d'une troisième voie d'accès à l'ENA, que le principe de l'égal accès des citoyens aux emplois publics ne s'oppose pas à ce que les règles de recrutement destinées à permettre l'appréciation des aptitudes et des qualités des candidats à l'entrée dans une école de formation ou dans un corps de fonctionnaires soient **différenciées pour tenir compte tant de la variété des mérites à prendre en considération que de celle des besoins du service public** (CC, 14 janvier 1983, n° 82-153 DC, *Loi relative au statut général des fonctionnaires*, Rec. p. 35, cons. 5). Cette marge d'appréciation laissée au législateur peut en particulier lui permettre, sans qu'aucune règle ou principe de valeur constitutionnelle y fasse obstacle, de prévoir que les statuts particuliers de certains corps de fonctionnaires pourront autoriser le recrutement d'agents sans concours (CC, 30 août 1984, n° 84-178 DC, *Loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, et notamment ses articles 12, 131 et 137*, Rec. p. 69, cons. 10 à 13 ; voir aussi, à propos d'une disposition concernant le recrutement de la haute fonction diplomatique, CC, 16 janvier 1986, n° 85-204 DC, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social*, Rec. p. 18, cons. 7).

-7-

---

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Mais, dans chacun de ces trois cas, il a été **réaffirmé et vérifié par le Conseil constitutionnel que, pour autant, il ne pouvait être tenu compte que de la capacité, des vertus et des talents** des intéressés.

De même, si le Conseil constitutionnel admet que le Gouvernement soit autorisé par le législateur à procéder à des **recrutements au tour extérieur** pour lesquels il dispose d'un large pouvoir d'appréciation, c'est en rappelant qu'il n'est pas dispensé pour autant de respecter les dispositions de l'article 6 de la Déclaration de 1789, qui exige que le choix des candidats soit effectué en fonction des capacités nécessaires à l'exercice des attributions qui leur seront confiées (CC, 12 septembre 1984, n° 84-179 DC, *Loi relative à limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public*, Rec. p. 73, cons. 17, à propos des nominations dans les corps d'inspection et de contrôle). C'est à vous qu'il appartient d'y veiller dans l'exercice de votre contrôle juridictionnel et vous avez, récemment encore, montré que ce contrôle est effectif (CE, 23 décembre 2011, *Syndicat parisien des administrations centrales, économiques et financières*, à publier au Recueil avec conclusions G. Dumortier AJFP 2/2012 p. 71, censurant une erreur manifeste d'appréciation entachant une nomination dans le corps du contrôle général économique et financier ; voyez aussi, plus anciennement, CE, Assemblée, 16 décembre 1988, n° 77713, *B... et autres c/ S...*, Rec. p. 451, conclusions C. Vigouroux RFDA 1989 p. 522).

D'ailleurs, les divers dispositifs de titularisation mis en œuvre par le législateur au profit des agents contractuels ont toujours **pris soin de prévoir l'intervention d'un mécanisme d'appréciation des mérites ou de vérification des aptitudes** dont la sélectivité est plus ou moins effective, mais qui imposent toujours une certaine discipline à l'autorité de nomination. Le dispositif de droit commun, institué par l'article 79 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, repose ainsi sur des examens professionnels ou sur l'inscription sur des listes d'aptitude établies « *en fonction de la valeur professionnelle des candidats* » ; des dispositions analogues ont été prévues par le statut général de la fonction publique polynésienne (article 57). Les lois Perben n° 96-1093 du 16 décembre 1996 relative à l'emploi dans la fonction publique et à diverses mesures d'ordre statutaire et Sapin n° 2001-2 du 3 janvier 2001 relative à la résorption de l'emploi précaire et à la modernisation du recrutement dans la fonction publique ainsi qu'au temps de travail dans la fonction publique territoriale ont eu recours aux concours réservés. Plus près de nous, la loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique est sans doute allée au plus loin des possibilités en introduisant, selon les termes de l'article 1<sup>er</sup>, plusieurs « *modes de recrutement réservés valorisant les acquis professionnels* » parmi lesquels, comme il est dit à l'article 5, des examens professionnalisés réservés, des concours réservés mais aussi des « *recrutements réservés sans concours pour l'accès au premier grade des corps de catégorie C accessibles sans concours* », pour lesquels il est toutefois précisé qu'ils sont fondés notamment sur « *la prise en compte des acquis de l'expérience professionnelle correspondant aux fonctions auxquelles destine le corps d'accueil sollicité par le candidat* ».

Il est manifeste que **le dispositif adopté par l'assemblée de Polynésie française ne satisfait pas aux exigences ainsi rappelées** en ce qu'il ne permet pas la mise en œuvre d'une vérification, même minimale, des aptitudes avant l'intégration dans la fonction publique. Le

fait que le choix du cadre d'emplois d'intégration se fasse en considération des fonctions réellement exercées par les agents et du niveau et de la nature des emplois qu'ils occupent ne saurait être regardé comme offrant une vraie réponse, le droit à titularisation restant inconditionnel.

A cet égard, le dispositif critiqué **se distingue défavorablement de celui prévu en métropole en matière de restructurations hospitalières**. L'article 102 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière et le décret n° 99-643 du 21 juillet 1999 fixant les conditions d'intégration dans la fonction publique hospitalière de personnels d'établissements privés à caractère sanitaire ou social, qui le complète, offrent certes aux salariés des cliniques privées reprises par un établissement public de santé la possibilité d'une titularisation. Mais, d'une part, il est précisé que les demandeurs doivent remplir les conditions générales d'accès à la fonction publique (nationalité, jouissance des droits civiques, absence d'incompatibilité des mentions portées au bulletin n° 2 du casier judiciaire et aptitude physique) ; d'autre part, l'intégration ne peut avoir lieu que s'il existe dans la fonction publique hospitalière des corps et emplois correspondant aux fonctions. Enfin et surtout, l'intégration n'est pas de droit, les salariés concernés devant justifier de la possession des titres, diplômes ou qualifications exigés ou, dans le cas contraire, avoir satisfait aux épreuves d'un examen professionnel.

Sans doute le dispositif envisagé par la loi du pays attaquée ne peut-il pas être assimilé à un arbitraire pur et simple, la Polynésie française et ses établissements publics administratifs étant appelés, lorsqu'ils reprendront une activité jusqu'alors assurée par une entité de droit privé, à prendre les situations de fait telles qu'elles se présenteront à eux. Mais **la considération sociale, par ailleurs légitime, dont s'inspire le dispositif est étrangère aux critères de sélection tirés de la capacité des candidats et méconnaît ainsi le principe d'égal accès aux emplois publics**, comme vous aviez eu l'occasion de le juger dans un précédent particulièrement topique concernant une instruction du ministre de la défense qui avait entendu réserver un certain nombre d'emplois des établissements militaires de construction navale aux agents employés par une entreprise privée voisine alors en difficulté (CE, 14 février 1990, n° 104275, *Fédération syndicaliste Force Ouvrière de la défense, des industries de l'armement et secteurs assimilés*, T. p. 556, aux conclusions du Président Stirn).

Dans ces conditions, le dispositif **ne peut pas être regardé comme offrant les garanties requises** par l'article 6 de la Déclaration de 1789.

\*

Mais le principe d'égal accès à l'emploi public et les exigences qui en découlent valent **non seulement pour les fonctionnaires au sens statutaire du terme mais pour tous les autres titulaires d'un emploi public** au sens de la Déclaration de 1789 ; de sorte que le dispositif envisagé par la loi du pays attaquée pour les salariés titulaires d'un CDD, promis à un simple contrat de fonction publique, s'expose à nos yeux à la même critique.

En effet, il est expressément jugé que la notion de « *places et emplois publics* » au sens de l'article 6 de la Déclaration de 1789, **sans se limiter aux emplois permanents normalement occupés par des fonctionnaires, peut aussi s'étendre, certes sans automatisme absolu, à ceux sur lesquels sont recrutés des agents contractuels**.

-9-

---

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Le Conseil constitutionnel en a ainsi fait application, « *en raison de la mission* » qui leur est confiée a-t-il précisé, pour les **assistants d'éducation** recrutés dans les établissements scolaires (CC, 24 avril 2003, n° 2003-471 DC du 24 avril 2003, *Loi relative aux assistants d'éducation*, Rec. p. 364, cons. 10, qui en déduit qu'il appartiendra dès lors aux chefs d'établissement de fonder leurs décisions de recrutement sur la capacité des intéressés à satisfaire les besoins de l'établissement). Le Conseil constitutionnel a, de même, jugé que le principe d'égal accès aux emplois publics, s'il n'interdit pas au législateur de prévoir que des personnes n'ayant pas la qualité de fonctionnaire puissent être nommées à des emplois permanents de **direction d'établissement public** (de santé, en l'espèce), exige alors que le pouvoir réglementaire, chargé de prendre les mesures d'application, fixe les règles adéquates et précise les modalités selon lesquelles leurs aptitudes seront examinées, puis que les autorités compétentes fondent leur décision de nomination sur la capacité des intéressés à remplir leur mission (CC, 16 juillet 2009, n° 2009-584 DC, *Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires*, cons. 12). Et s'agissant des **emplois supérieurs pour lesquels les nominations sont laissées à la décision du Gouvernement**, auxquels peuvent accéder des non-fonctionnaires, le Conseil a eu l'occasion de préciser que les nominations ne sauraient être décidées qu'en prenant en considération les capacités requises pour l'exercice des attributions afférentes à l'emploi (CC, 28 janvier 2011, n° 2010-94 QPC, *M. Robert C.*, cons. 4).

Des précisions éclairantes sur la notion d'emplois publics ont enfin été apportées par la décision n° 2012-56 DC rendue le 24 octobre 2012 par le Conseil constitutionnel sur la loi portant création des **emplois d'avenir**. Le Conseil y retient, pour reprendre la formule du commentaire aux Cahiers, une « *conception organique autonome de l'article 6 de la Déclaration de 1789, distincte de la notion d'agent public* », que le même commentaire qualifie d'« *extensive* ». Elle est donc susceptible de s'appliquer indifféremment à des agents de droit public ou de droit privé ; elle peut valoir quelle que soit la nature administrative ou industrielle et commerciale du service auquel ils apportent leur concours ; et contrairement à ce que suggérerait une lecture trop rapide de la décision, elle peut viser autant les CDD que les CDI. La seule limite qu'a marquée, à cet égard, le Conseil touche à des CDD qui, eu égard à leurs caractéristiques et à leur objet, s'apparenteraient davantage, en fait, à des dispositifs sociaux d'aide à l'accès à l'emploi. Pour le reste, il a jugé, en application de l'article 6, que toute mesure de discrimination dite positive, en faveur en l'espèce de jeunes sans qualifications, serait contraire à la Constitution pour les emplois publics des personnes morales de droit public en général, et refusé pour ce motif, par une réserve d'interprétation, que celles-ci puissent conclure des contrats de travail associés à des emplois d'avenir.

De ce parcours de la jurisprudence constitutionnelle, il faut donc retenir que, **quelles que soient les formes qu'elles revêtent**, les modalités de recrutement aux emplois publics – qu'il s'agisse de titulaires ou de contractuels, de CDI ou de CDD, d'agents de droit public ou d'agents de droit privé, de SPIC et ou de SPA – ne peuvent permettre de procéder à des nominations qui méconnaîtraient l'égal accès des candidats aux emplois publics en fonction de leurs vertus et de leurs talents.

C'est donc, nous semble-t-il, le dispositif envisagé par la loi du pays attaquée **dans son ensemble**, et non pas seulement en tant qu'il offre à certains une titularisation, qui méconnaît les exigences de l'article 6. Il est vrai que, selon la jurisprudence constitutionnelle,

la qualification d'emploi public pour des agents contractuels n'est pas automatique et dépend de chaque cas d'espèce, mais eu égard à son caractère désormais très extensif et s'agissant d'une disposition à caractère général sur les modalités de reprise d'entités de droit privé, il n'y a guère d'autre choix que de considérer qu'il faut définir de façon générale un processus permettant à l'autorité de nomination de vérifier l'aptitude des nouveaux agents.

\*

Cette constatation, qui à la lumière de la présente affaire est presque une constatation d'évidence, **éclaire cependant d'un jour nouveau** l'œuvre jurisprudentielle et législative accomplie depuis votre décision précitée du 22 octobre 2004, L... (n° 245154), dont force est d'observer que la problématique de l'article 6 de la Déclaration de 1789 est totalement absente.

Or, appliquée au droit métropolitain, elle apparaît **beaucoup plus redoutable**, dans la mesure où elle pose la question de la compatibilité entre une exigence de continuité des contrats de travail qui découle désormais du droit européen et une norme constitutionnelle d'égal accès aux emplois publics qui est, comme on l'a rappelé, parmi les plus intangibles. Si cette considération pourrait être de nature à vous faire hésiter sur la solution à donner au litige, nous avons pour notre part la conviction que la contradiction, en apparence irréductible, peut trouver une issue.

Il est vrai que les **formulations retenues en France par les différents juges compétents** ne paraissent pas laisser de place pour une forme de sélection à l'entrée. Pour le tribunal des conflits, les dispositions de l'article L. 122-12 du code du travail interprétées au regard de la directive « *imposent le maintien des contrats de travail en cours* » (19 janvier 2004, n° 3393, *Mme D... et autres c/ Commune de Saint-Chamond*., précité ; voir aussi 29 décembre 2004, n° 3435, *Mme D... c/ CHR de Metz-Thionville*, Rec. p. 524 ; 26 juin 2006, n° 3508, *Mme F... c/ Commune de Chaulgnes*, T. p. 786) ; pour la Cour de cassation, « *les salariés relevant de l'entité transférée sont en droit d'exiger la poursuite de leur contrat de travail par le nouvel employeur* » (Cass. soc., 12 juin 2007, *CCI du Var c/ Jérôme et autres*, Bull. 2007, V, n° 96, RJS 8-9/07 n° 913, Droit social 9-10/2007 p. 1056 note A. Mazeaud).

Il est vrai, surtout, que **l'explicitation par la Cour de justice de Luxembourg des finalités des directives** de 1977 et 2001 peut d'abord impressionner. Leur objectif est en effet de « *protéger les salariés en cas de changement de chef d'entreprise* » (6 septembre 2011, *Scattolon*, précité, point 63 ; plus anciennement, CE, 19 mai 1992, *Redmond Stichting c/Bartol et autres*, aff. C-29/91, Rec. p. I-3189, point 11 ou 7 mars 1996, *Merckx et Neuhuys c/ Ford Motors Company Belgium SA*, aff. C-171/94 et C-172/94, Rec. p. I-1253, point 28). Il s'agit, plus précisément, « *d'assurer la continuité des relations de travail existant dans le cadre d'une entité économique, indépendamment du changement de propriétaire de celle-ci* » (CJCE, 26 septembre 2000, *Mayeur*, précité, point 34) en « *permettant [aux travailleurs] de rester au service du nouvel employeur dans les mêmes conditions que celles convenues avec le cédant* » (10 février 1988, *Tellerup, dit Daddy's Dance Hall*, aff. 324/86, Rec. p. 739, point 9 ; 26 mai 2005, *Celtec Ltd c/Astley et autres*, aff. C-478/03, Rec. p. I-4389, point 26, RJS 12/05 n° 1280 avec chronique J.-Ph. Lhernould p. 831) pour « *éviter que des travailleurs soient, du seul fait d'un transfert vers un autre employeur, mis dans une position défavorable comparée à celle dont ils bénéficiaient auparavant* » (11 juillet 1985, *Foreningen af*

*Arbejdsledere i Danmark contre Société en faillite A/S Danmols Inventar (dit Mikkelsen)*, aff. 105/84, Rec. p. 2639, point 26 ; *Scattolon*, précité, point 77).

Dire, comme nous allons vous proposer de le faire, qu'un employeur public peut néanmoins, et doit dès lors procéder, lors de la reprise, à l'examen des mérites et talents des salariés, et ne leur proposer une situation définitive qu'au vu de cet examen, ne paraît pas s'inscrire avec évidence dans les canons ainsi rappelés. Ce serait pourtant, selon nous, **se méprendre sur la portée des directives de 1977 et 2001** que d'y voir l'interdiction faite au repreneur d'exercer une telle forme de contrôle conformément au droit national de la fonction publique.

A deux reprises en effet, la Cour de justice a clairement pris position en ce sens que la directive de 1977 – et il en va de même pour celle de 2001 –, ne fait pas obstacle à ce que les Etats membres mettent en œuvre **les règles de leur droit national qui prescriraient, le cas échéant, la résiliation des contrats**, exigeant seulement qu'en pareil cas, le licenciement soit réputé intervenir du fait de l'employeur public et à ses frais.

Dans l'affaire *Mayeur* déjà citée, elle a, après avoir jugé que le transfert d'une activité économique d'une personne morale de droit privé à une personne morale de droit public entre en principe dans le champ d'application de la directive, énoncé, en un 56<sup>e</sup> et dernier point que nous citons intégralement : « *Quant à une éventuelle obligation, prescrite par le droit national, de résilier les contrats de travail de droit privé en cas de transfert d'une activité à une personne morale de droit public, il convient de constater qu'une telle obligation constitue, conformément à l'article 4, paragraphe 2, de la directive 77/187, une modification substantielle des conditions de travail au détriment du travailleur résultant directement du transfert, en sorte que la résiliation desdits contrats de travail doit, dans une telle hypothèse, être considérée comme intervenue du fait de l'employeur* ».

Alors isolée et sibylline, cette notation, déjà éclairée toutefois par les conclusions de l'avocat général Ph. Léger, a été **réaffirmée de manière plus claire**, dans un arrêt du 11 novembre 2004 à propos de la reprise par l'Etat luxembourgeois d'une association assurant des activités de formation des demandeurs d'emploi : « *La directive ne s'oppose pas, en cas de transfert d'une activité à une personne morale de droit public, à l'application du droit national prescrivant la résiliation des contrats de travail de droit privé (...)* » (*Johanna Maria Delahaye ép. Boor c/Ministre de la fonction publique et de la réforme administrative*, aff. C-425/02, Rec. p. I-10823, point 32, RJS 4/05 n° 324 avec note J.-Ph. Lhernoud p. 184, AJDA 2005 p. 314 chronique J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert, Droit social 2006 p. 383 note A. Mazeaud, JCP G 2005 II-10096 note A.-C. Vivien).

Cette position n'a, depuis lors, jamais été remise en cause (voyez par exemple CJUE, 12 février 2009, *Klarenberg c/ Ferrotron Technologies GmbH*, aff. C-466/07, Rec. p. I-803, point 52, RJS 5/09 n° 593 avec note J.-Ph. Lhernould p. 439, ou les conclusions de Mme E. Sharpston dans l'affaire C-151/09, 29 juillet 2010, *Federación de Servicios Públicos de la UGT(UGT-FSP) c/ Ayuntamiento de La Línea de la Concepción et autres*, Rec. p. I-7591, JCP S 42/10 p. 31, note E. Jeansen). Elle traduit un **équilibre certes subtil**, mais qui obéit à une véritable logique.

Elle est explicitement reliée par la Cour à l'idée selon laquelle la directive ne vise qu'à une harmonisation partielle de la matière et **ne tend pas à instaurer un niveau de protection uniforme pour l'ensemble des Etats membres** en fonction de critères communs (CJCE, 11 juillet 1985, *Danmols Inventar*, aff. 105/84, Rec. p. 2639, point 26 ; CJCE, 10 février 1988, *Tellerup, dit Daddy's Dance Hall*, aff. 324/86, Rec. p. 739, aff. 324/86, RJS 1/89 p. 15, points 16 et 17 ; CJCE, 6 novembre 2003, *Martin et autres c/ South Bank University*, aff. C-4/01, Rec. p. I-12859, points 41 et 42). De même que le nouvel employeur reste libre, comme l'aurait été l'ancien, de procéder, conformément au droit national en vigueur, à des licenciements pour tenir compte de l'environnement économique ou procéder à des réorganisations, il demeure soumis aux règles qui sont propres, en vertu du droit national, à sa qualité de personne morale de droit public et qui peuvent, le cas échéant, imposer la résiliation, à sa charge, des contrats de travail.

C'est pourquoi, d'ailleurs, comme vous l'avait montré E. Glaser, l'effort que vous avez fait dans la décision précitée *L...* du 22 octobre 2004, *L...* (n° 245154) pour permettre, moins de dix ans après la jurisprudence *B...* (T. confl., 13 mars 1996, n° 3000, *Préfet de la région Rhône-Alpes, préfet du Rhône et autres c/ Conseil de prud'hommes de Lyon*, Rec. p. 535 avec concl. Ph. Martin, RJS 7/96 n° 851, AJDA 1996 p. 355 chronique J.-H. Stahl et D. Chauvaux), la réintroduction dans les services publics administratifs d'agents de droit privé n'était pas juridiquement requis ; il n'a d'ailleurs pas été entériné par le législateur à l'article L. 1224-3 du code du travail. C'est pourquoi, aussi, vous avez pu, dans la seconde branche de l'alternative que vous avez offerte aux gestionnaires, considérer, et le législateur à votre suite, que le contrat de droit public à proposer aux intéressés n'avait à reprendre les clauses substantielles de l'ancien contrat que pour autant que des dispositions législatives ou réglementaires n'y fassent pas obstacle ; et en cas de refus des éventuelles modifications, il y a licenciement du fait du nouvel employeur public. En pareille hypothèse, il faut considérer que **ce n'est pas le transfert par lui-même qui est la cause de la résiliation, mais les règles inhérentes** au droit de la fonction publique.

Nous vous proposons donc de **raisonner en deux temps**, en Polynésie française comme implicitement en droit commun. L'absence de solution de continuité ne saurait évidemment être remise en cause au sens où le repreneur public a et conserve la charge, dès l'instant où intervient le transfert (Cass. soc., 1<sup>er</sup> juin 2010, n° 09-40.679, *Communauté des communes La Domitienne c/Société Coved*, Bull. 2010, V, n° 120, RJS 8-9/10 n° 643), d'assurer la continuation des contrats, de verser les salaires et d'assumer le licenciement si licenciement il doit y avoir, quel qu'en soit le motif. Mais, avant de proposer au salarié la poursuite de la relation de travail sous un régime de droit public voire le maintien de long terme sous un statut de droit privé – puisqu'en l'absence de disposition législative spécifique nous ne vous invitons pas, quelque fondées qu'aient été les critiques qu'elle avait suscitées, à revenir sur la jurisprudence *L...* (22 octobre 2004, *L...*, n° 245154) ouvrant cette possibilité –, il incombe à l'autorité administrative de s'assurer des mérites et aptitudes de l'intéressé, à défaut desquels le licenciement devra être prononcé.

Si pour les raisons qui viennent d'être dites, cette solution, certes innovante, nous apparaît conforme au droit européen, nous convenons en revanche qu'elle oblige à une **légère torsion des principes découlant de l'article 6 de la Déclaration de 1789**. Celui-ci, en toute rigueur, devrait s'appliquer en amont de l'accès à l'emploi public, et non pas *ex post*, fût-ce dans un délai aussi bref que possible ; or dans le cas considéré, les salariés de l'entité

transférée commencent par entrer, un instant de raison, dans l'emploi public, avant le cas échéant d'en être écartés pour des motifs liés à l'article 6. En ce sens, il y a bien une conciliation à opérer entre plusieurs exigences supra-législatives partiellement contradictoires mais, bien qu'elle se fasse, d'une certaine manière, au profit du droit européen, cette conciliation nous paraît préserver entièrement la portée utile des principes constitutionnels dont la primauté en droit interne n'est, dès lors, pas affectée.

\*

Si elle nous paraît donc conforme à l'ensemble des règles et principes supérieurs, nous ne mésestimons pas que la solution que nous venons d'exposer suscitera, au sein de la doctrine, chez les praticiens et parmi les salariés potentiellement concernés, **une surprise et une incompréhension** qui s'expliqueront aisément : alors que les opérations de reprise, passablement complexes par nature, commençaient à trouver un cadre juridique sinon parfait du moins connu, la Cour de cassation ayant eu l'occasion de préciser le régime de résiliation du contrat de travail, votre décision y introduirait un paramètre entièrement nouveau et potentiellement déstabilisateur puisque vous jugeriez en substance que l'article L. 1224-3 du code du travail ne satisfait pas aux exigences constitutionnelles, ou à tout le moins qu'il devrait être lu autrement qu'il ne l'était jusqu'alors.

Nous n'avons cependant **pas trouvé d'autre moyen** de combiner les contraintes juridiques.

Juger prétoriquement l'article 6 de la Déclaration de 1789 **inopérant** en pareil cas de figure nous paraît exclu eu égard au prix que vous attachez légitimement aux exigences qui en découlent. Ce serait, à nos yeux, au bénéfice d'un jeu sur les mots qui ne serait pas à la hauteur des enjeux, que de considérer que le cas ne pose pas de question d'égal accès public mais de simple maintien dans un emploi préexistant. Dès lors en particulier que la loi du pays attaquée, comme la législation nationale, envisage que soit proposé un nouveau contrat de droit public, il y a bien lieu, à nos yeux, à application de l'article 6, même si c'est poursuivre la même activité ; à défaut de quoi, d'ailleurs, on voit mal au nom de quoi vous réserveriez un sort différent à la disposition intéressant les fonctionnaires.

Quant à ériger, ce qui reviendrait à peu près au même, le principe de continuité de contrat de travail **au niveau constitutionnel**, cela ne nous paraît pouvoir se réclamer d'aucune accroche sérieuse dans le texte de la Constitution de la V<sup>e</sup> République ou dans son préambule, ni bien sûr d'aucun précédent du Conseil constitutionnel. Enfin, essayer de se glisser dans la jurisprudence constitutionnelle propre aux dispositions législatives qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive de l'Union européenne et qui, au nom de l'article 88-1 de la Constitution, sont pour ce motif à l'abri du contrôle de constitutionnalité (CC, 20 juillet 2006, n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, Rec. p. 88, cons. 19 ; voir plus récemment CC, 17 décembre 2010, n° 2010-79 QPC, *M. D.*, Rec. p. 406), serait en tout état de cause, à nos yeux, une voie sans issue : comme on l'a vu, la directive n'impose nullement de méconnaître l'article 6 et celui-ci relève probablement des règles et principes inhérents à **l'identité constitutionnelle de la France** que réserve cette jurisprudence.

Une dernière hypothèse mérite toutefois d'être exposée : bien que tout à fait insusceptible, à notre sens, de prospérer, elle éclairera la portée pratique de votre décision puisqu'elle consisterait à soutenir que le recrutement préalable, par le précédent employeur privé, **peut tenir lieu de vérification des aptitudes au sens de l'article 6** de la Déclaration de 1789. La question est moins saugrenue qu'il y paraît d'abord si l'on veut bien songer à deux séries de facteurs.

D'une part, les employeurs privés ont été soumis, depuis les articles 27 et suivants de la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage, aujourd'hui repris et enrichis aux articles L. 1132-1 et suivants du code du travail, à un **principe strict de non-discrimination à l'embauche** : aucune personne, dans l'état actuel du texte, ne peut être écartée d'une procédure de recrutement « *en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation ou identité sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille ou en raison de son état de santé ou de son handicap* ». Un régime particulier d'établissement de la preuve de la discrimination, y compris indirecte, a, en outre, été plus récemment institué. Les informations demandées au candidat doivent par ailleurs avoir un lien direct et nécessaire avec l'emploi envisagé et les résultats obtenus rester confidentiels. Enfin l'article 225-2, 3° du code pénal punit spécifiquement la discrimination à l'embauche de trois ans d'emprisonnement et 4 5000 euros d'amende.

Il est frappant de constater que ce mouvement a été engagé par un rapport commandé par le ministre du travail de l'époque au professeur Lyon-Caen, que celui-ci a intitulé « Les libertés publiques et l'emploi » (Paris : La Documentation française, 1992) et dans lequel il faisait valoir qu'il y avait lieu d'**appliquer les règles définies par le juge administratif, en matière de libertés publiques, à des rapports entre particuliers**. A l'aune de ce rapprochement, on peut estimer particulièrement inopportun de compliquer notablement, et au détriment des salariés, le droit des restructurations, au nom d'un article 6 de la Déclaration de 1789 qui n'est plus totalement ignoré par les entreprises privées.

Le rapprochement, et c'est le second élément sur lequel nous voulions appeler votre attention, vient en un autre sens de l'extension, ou du moins de la révélation, du champ de l'article 6 par la décision déjà citée du Conseil constitutionnel sur les emplois d'avenir. Le Conseil y a implicitement mais nécessairement jugé, en octobre dernier, que l'article 6 vise aussi les **emplois de droit privé des EPIC**. Or, si l'on nous permet un instant de réalisme, le recrutement d'un chauffeur d'autocar, ou même d'un cadre, par une entreprise privée de transports urbains de voyageurs ne se distingue peut-être pas toujours si clairement de celui opéré par un exploitant public.

Pour autant, nous verrions mal, du moins dans l'état actuel du droit constitutionnel et de la fonction publique, que le Conseil d'Etat consacre une forme d'équivalence entre les modes de recrutement public et privé. Si en effet la prohibition de toute forme de discrimination est, aujourd'hui, réputée s'appliquer identiquement ou presque dans la fonction publique et dans le secteur privé, il subsiste, dans les critères positifs de recrutement, une **irréductible spécificité de l'emploi public**. Le recrutement privé a pour seul objet positif la

satisfaction de l'intérêt social de l'entreprise, qui ne peut être assimilée à la recherche des vertus et des talents pour le service de l'intérêt général telle qu'imposée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme.

Du constat du rapprochement entre les différents modes de recrutement, nous préférons donc tirer l'idée que le bouleversement résultant de votre décision ne sera, **en pratique, pas trop considérable**, au risque de nourrir, inversement, le sentiment que la cathédrale que la requête du syndicat national de la fonction publique vous oblige à construire fasse beaucoup de bruit pour peu de choses.

\*

Il n'en reste pas moins que M<sup>e</sup> M. Morand, auteur à la RJS 3/11 p. 185 d'une étude sur la jurisprudence *Lamblin* (22 octobre 2004, *L...*, n° 245154) et ses suites, n'imaginait sans doute pas son propos si prémonitoire lorsqu'il écrivait : « *Le moment de stupeur passé, cette intrusion forcée d'un corps étranger risque de se heurter à des anticorps qui n'auront de cesse que de l'expulser* ». Si vous nous suivez, il devrait en effet y avoir à l'avenir, en cas de reprise d'une entité économique par un service public administratif, **non plus une, mais deux causes sui generis de licenciement** – la Cour de cassation ayant, d'ailleurs à juste titre, écarté la qualification de motif économique et le régime qui y est spécifiquement attaché (Cass. soc., 30 septembre 2009, n° 08-40.846, *Biasotto c/Fondation Santé des étudiants de France*, Bull. 2009, V, n° 212, RJS 12/09 n° 899, à propos de l'intégration au conseil général du département de l'Isère d'un service d'aide aux personnes handicapées géré par une Fondation) : soit le salarié aura refusé les modifications apportées à son contrat, soit l'employeur public aura estimé ne pas pouvoir le conserver au sein du service en raison des exigences inhérentes à l'égal accès à l'emploi public.

Une complication supplémentaire vient de ce que c'est le juge judiciaire, et plus précisément le **juge prud'homal** qui est compétent pour statuer sur les litiges nés de tels licenciements (T. confl., 19 janvier 2004, *Mme D... et autres c/ Commune de Saint-Chamond*, n° 3393, précité ; Cass. soc., 23 novembre 2005, *Département de la Haute-Garonne c/T...*, Bull. civ., V, n° 339 p. 298, RJS 1/06 n° 12). Or la Cour de cassation a déjà jugé qu'il devait, le cas échéant, saisir le juge administratif d'une question préjudicielle afin que ce dernier s'assure que c'est pour de bons motifs que l'employeur public n'a pas repris telle clause substantielle dans le contrat de droit public que l'intéressé a refusé (Cass. soc., 1<sup>er</sup> juin 2010, *Communauté des communes La Domitienne c/Société Coved*, précité). Vous n'aurez pas à trancher la question mais il en irait probablement de même à l'avenir s'agissant du contrôle de l'appréciation, par l'autorité compétente, des mérites de l'agent au titre de l'article 6 de la Déclaration de 1789.

Si enfin l'employeur public méconnaissait les règles, une fois celles-ci clairement fixées à la suite de votre décision et de l'éventuelle intervention du législateur pour en tirer toutes les conséquences, la situation devra être examinée **au prisme notamment de votre jurisprudence C...** (Section, 31 décembre 2008, n° 283256, Rec. p. 481 avec concl. E. Glaser).

\*

Par ces motifs **nous concluons** à ce que la loi du pays attaquée du 1<sup>er</sup> décembre 2011 soit déclarée illégale et ne puisse être promulguée, à ce que la Polynésie française verse au syndicat national de la fonction publique une somme de 3000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du CJA et au rejet du surplus des conclusions de la requête.