

N° 432608, Mme B...

N° 432686, Ministre de l'agriculture et de l'alimentation

3^{ème} et 8^{ème} chambres réunies

Séance du 10 novembre 2021

Décision du 9 décembre 2021

A paraître aux Tables

CONCLUSIONS

Mme Marie-Gabrielle Merloz, Rapporteur public

1. Cette affaire porte sur les modalités de classement d'un ingénieur forestier au sein de l'Office national des forêts (ONF) dans le corps des ingénieurs de l'agriculture et de l'environnement (IAE) à la suite de sa réussite à un concours réservé. Mais la portée de ce que vous allez juger dépasse le cadre de ce litige, comme nous allons le voir.

2. L'ONF est, vous le savez, un établissement public industriel et commercial par détermination de la loi (voyez, aujourd'hui, l'article L. 221-1 du code forestier¹). Il présente néanmoins, selon la formule consacrée, un « double visage ». Comme l'a admis le Tribunal des conflits dans la décision du 9 juin 1986, *Commune de Kintzheim* (n° 02428, aux T.), il exerce à côté de son activité industrielle et commerciale de gestion et d'équipement des forêts une activité distincte de protection, de conservation et de surveillance de la forêt qui relève de sa mission de service public administratif.

La jurisprudence a eu, par la suite, plusieurs occasions de préciser la ligne de partage entre ces deux types d'activité. Transposant la grille d'analyse dégagée dans sa décision *Epoux BL... c. Voies navigables de France* du 29 décembre 2004 (n° 3416, au Rec.) qui fait du critère des prérogatives de puissance publique un critère central de la qualification d'une mission de service public administratif et, partant, de la compétence de la juridiction administrative, le Tribunal des conflits a jugé que les litiges relatifs aux contrats par lesquels l'ONF se voit confier la gestion et la régie de ses bois par un propriétaire forestier privé relèvent d'un régime administratif obligatoire fondé sur l'usage de prérogatives de puissance publique de l'Office (TC, 28 mars 2011, *Groupement forestier de Beaume Haie c/ ONF*, n° 3787, aux T.). Il en va en revanche différemment de la mission de signalisation des sentiers de randonnée, d'affichage des arrêtés temporaires d'interdiction de circuler et de contrôle de l'état des chemins (CE, 31 mai 2013, *Consorts D...*, n°s 346876, 346945, aux T.), tout comme

¹ Anciennement L. 121-1, al. 1^{er}.

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 l'entretien des bois et forêts relevant du régime forestier (TC, 3 juillet 2017, *M. R... c/ Commune de Fontaine-le-Comte et Office national des forêts*, n° 4084, inédite au Rec.).

Ce Janus juridique présente la particularité d'employer principalement des fonctionnaires tout en conservant la possibilité de recruter des personnels de droit privé. Dans l'état actuel du droit, l'article L. 222-6 du code forestier² prévoit qu'il dispose de corps propres de fonctionnaires, régis par des statuts particuliers pris en application de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires³ et de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat⁴ (c'est-à-dire par décrets en Conseil d'Etat). Il peut en outre employer, sur le fondement de l'article L. 222-5 du code forestier⁵, pour l'exercice de fonctions participant à des missions autres que celles de service public administratif, des agents de droit privé soumis, conformément au droit commun, aux dispositions du code du travail. L'article L. 222-7⁶ permet enfin le recrutement d'agents contractuels de droit public pour l'exercice de fonctions ne participant pas à ses missions de service public industriel et commercial.

L'état du droit n'était cependant pas aussi clair au cours des années en litige. La possibilité pour l'ONF de faire appel, notamment, à des personnels contractuels était subordonnée, conformément au second alinéa de l'article L. 122-4 du code forestier alors applicable, dans sa rédaction antérieure à l'article 12 de la loi « Sauvadet »⁷ et son transfert à l'article L. 222-7, à l'adoption d'un décret en Conseil d'Etat. Or, ce décret d'application a tardé à voir le jour, si bien que ces dispositions sont restées inapplicables jusqu'à son adoption le 30 décembre 2005⁸. L'ONF a tenté de combler ce vide juridique lui-même en fixant les conditions de gestion de ces différents personnels par voie d'instruction de son directeur général au titre du pouvoir « *Jamart* ». Mais cette ambition n'a pas survécu à la décision du 28 décembre 2001, *Syndicat national des personnels administratifs de l'Office National des Forêts – FO* (n° 216745, aux T.). Vous avez censuré, pour incompétence, une instruction de 1999, au motif que la situation des personnels non titulaires, notamment en ce qui concerne les conditions de leur recrutement, ne peut être fixée que par le décret prévu à l'article L. 122-4. Cela n'a toutefois pas découragé l'ONF de recruter des personnels contractuels de droit public, comme de droit privé. Ce litige en est une illustration.

² Anciennement L. 122-3.

³ N° 83-634.

⁴ N° 84-16.

⁵ Anciennement L. 122-4, al. 1.

⁶ Anciennement L. 122-4, al. 2.

⁷ 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.

⁸ Décret n° 2005-1779 du 30 décembre 2005 pris pour l'application de l'article L. 122-4 du code forestier.

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.

3. Mme B... a été employée par l'ONF du 15 février 1996 au 31 mai 2015. Initialement recrutée en qualité d'ingénieur forestier dans le cadre d'un contrat de droit privé à durée indéterminée, elle a exercé successivement des fonctions d'adjointe au chef de la division de Saint-Dié (Vosges) au sein de la direction régionale de Lorraine, puis, à compter du 1^{er} septembre 2002, de responsable de production « Suivi et application des aménagements forestiers » à l'agence de Saint-Dié relevant de la direction territoriale de Lorraine. Son engagement a été renouvelé, sur ce même poste, à compter du 1^{er} janvier 2007, mais par un contrat de droit public à durée indéterminée en qualité de cadre contractuel technique de niveau IV. Elle a été placée à temps partiel à 90 % à compter du 1^{er} janvier 2004.

Le litige s'est noué lorsqu'elle a intégré le corps des IAE à la suite de sa réussite au concours réservé de 2014, ouvert aux agents non titulaires en application de la loi « Sauvadet ». Par un arrêté du 18 mai 2015, complété par une décision du même jour portant « notification de situation administrative », elle a été nommée dans ce corps comme ingénieure stagiaire à compter du 1^{er} juin 2015 et classée au 4^{ème} échelon de ce grade. Elle a conservé le bénéfice de l'indice brut 574 qu'elle détenait précédemment en tant qu'agent contractuel et une ancienneté de 5 ans, 5 mois et 9 jours.

Estimant erronées les modalités de calcul de sa rémunération et insuffisante la durée de reprise de son ancienneté, Mme B... a immédiatement contesté ces décisions. Le 16 octobre 2015, le ministre chargé de l'agriculture a rejeté son recours. Elle a alors saisi le tribunal administratif de Nancy d'une demande tendant à l'annulation de ces trois décisions en tant qu'elles procèdent à son reclassement au 4^{ème} échelon, avec un niveau de rémunération correspondant à l'indice brut 574 et une ancienneté conservée au 22 juin 2013, et fixent son niveau de rémunération. Par un jugement du 21 février 2017, le tribunal a rejeté sa demande.

Par un arrêt du 14 mai 2019, la cour administrative d'appel de Nancy a fait droit à l'appel de Mme B... s'agissant du volet « rémunération ». Elle a annulé les décisions attaquées en tant qu'elles fixent à l'indice 574 le traitement de Mme B... dans le grade des IAE, enjoint au ministre de l'agriculture et de l'alimentation de fixer ce traitement de façon à ce qu'il corresponde effectivement à l'indice le plus proche de celui qui permet à l'intéressée d'obtenir un traitement mensuel brut égal à 70 % de sa rémunération mensuelle antérieure, en prenant en compte le solde de la prime de service et de résultats versé en juillet 2014 dans cette rémunération antérieure servant de référence pour le calcul du traitement, et réformé, dans cette mesure, le jugement attaqué.

Vous êtes saisis des deux pourvois croisés de Mme B..., s'agissant du volet « reprise d'ancienneté » de ce litige, et du ministre, s'agissant de son volet « rémunération », que vous pourrez joindre.

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.

3. Le sort à réserver à ce dernier étant scellé par la décision du 18 mai 2021, *Min. c/ G...* (n° 447953, aux T.), nous commencerons par examiner le pourvoi de Mme B... qui a justifié l'examen de ces affaires par votre formation de jugement.

3.1. Ainsi que le prévoit l'article 18 du décret du 4 janvier 2006 relatif au statut particulier du corps des IAE⁹, le classement de l'agent lors de sa nomination en qualité d'ingénieur stagiaire ou titulaire dans ce corps est déterminé conformément aux règles fixées par le décret du 23 décembre 2006 relatif aux règles du classement d'échelon consécutif à la nomination dans certains corps de catégorie A de la fonction publique de l'Etat¹⁰, à l'exception de ses articles 4 à 6. Ce décret constitue l'un des volets réglementaires liés à l'amélioration des carrières dans la fonction publique résultant du protocole dit « Jacob »¹¹ et instaure une meilleure prise en compte de l'expérience professionnelle antérieure, qu'elle ait été acquise dans le cadre de services publics ou privés.

Le 1° du I de l'article 7 prévoit en ce sens, pour les agents qui justifient, notamment, « *de services d'agent public non titulaire* », que l'échelon de classement est déterminé en prenant en compte une fraction de leur ancienneté de services publics civils, à raison, lorsque les services ont été accomplis dans des fonctions du niveau de la catégorie A, de la moitié de leur durée jusqu'à douze ans et des trois quarts de cette durée au-delà de douze ans.

L'article 9, applicable aux « *personnes qui justifient de l'exercice d'une ou plusieurs activités professionnelles accomplies sous un régime juridique autre que celui d'agent public, dans des fonctions et domaines d'activité susceptibles d'être rapprochés de ceux dans lesquels exercent les membres du corps dans lequel ils sont nommés* », prescrit quant à lui de prendre en compte, dans la limite de sept années, la moitié de cette durée totale d'activité professionnelle.

Ces deux règles de classement sont exclusives l'une de l'autre. Le I de l'article 3 précise en effet qu'une même personne ne peut bénéficier de l'application de plus d'une des dispositions des articles 4 à 10 et qu'une même période ne peut être prise en compte qu'à un seul titre. Si l'agent concerné vient à relever de plusieurs de ces articles, les règles applicables sont celles qui correspondent à sa dernière situation. Une souplesse est néanmoins prévue : l'agent peut demander que lui soient appliquées les dispositions d'un autre de ces articles qui lui serait plus favorable, à la seule condition de le faire dans un délai maximal de six mois à compter de la notification de la décision prononçant son classement.

⁹ N° 2006-8.

¹⁰ N° 2006-1827.

¹¹ Protocole d'accord du 25 janvier 2006 sur l'amélioration des carrières et l'évolution de l'action sociale dans la fonction publique, en 2006-2008.

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.

Mme B... étant titulaire, avant son entrée dans le corps des IAE, d'un contrat de droit public, sa reprise d'ancienneté aurait dû être déterminée en prenant en compte les services effectués du 1^{er} janvier 2007 au 31 mai 2015 en application de l'article 7 de ce décret. L'administration lui a néanmoins appliqué d'office les dispositions de l'article 9, qui lui étaient plus favorables, en prenant en compte les services qu'elle avait accomplis en qualité d'agent contractuel de droit privé du 15 février 1996 au 31 décembre 2006. Mme B... objecte que les modalités de son classement auraient dû être fixées en application des dispositions de l'article 7 en prenant en compte l'ensemble de ses années de services au sein de l'ONF, y compris sur cette période allant du 15 février 1996 au 31 décembre 2006, dès lors que les fonctions qu'elle a exercées se rattachaient, selon elle, aux missions de service public administratif de l'ONF et qu'elle devait donc en réalité être regardée, au titre de cette période, comme ayant eu la qualité d'agent public.

Admettant d'entrer dans cette logique de requalification, la cour a examiné la nature des missions relevant des deux services où elle a été successivement affectée du 15 février 1996 au 31 août 2002, puis du 1^{er} septembre 2002 au 23 décembre 2006. Elle a estimé, en substance, que ces missions se rattachaient, à titre principal ou prépondérant, aux activités de service public et industriel et commercial dont l'ONF est chargé en vue d'assurer la gestion et l'aménagements des bois et forêts et ne mettaient pas en cause l'exercice, par cet établissement, de prérogatives de puissance publique en lien, notamment, avec les activités de réglementation de police et de contrôle de cet établissement. Elle en a déduit que les services effectués du 15 février 1996 au 31 décembre 2006 ne pouvaient être regardés comme des services d'agent public non titulaire au sens des dispositions de l'article 7 du décret de 2006.

3.2. Vous pourriez au préalable vous interroger sur le caractère opérant de la demande de Mme B.... Elle n'est pas discutée par le ministre défendeur mais relève de votre office.

Vous ne vous interdisez pas de rechercher la nature véritable du contrat de travail liant un agent à son employeur.

Saisi d'un recours en excès de pouvoir ou d'une requête indemnitaire mettant en cause directement la nature du contrat de travail, le juge administratif ne s'arrête pas à la qualification donnée par les parties mais examine concrètement les fonctions exercées par l'agent pour déterminer, par exemple, s'il a occupé un emploi à caractère permanent ou a été recruté pour répondre ponctuellement à un besoin de l'administration et requalifie, le cas échéant, le contrat de vacataire qui le liait à son employeur en contrat d'agent non titulaire de l'administration (voyez en guise d'illustration : CE, 4 mai 2011, P..., n° 318644, aux T. à propos d'un contentieux indemnitaire ; CE, 11 février 2013, BA..., n° 347145, aux T. s'agissant d'un agent

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.

contractuel de l'Etat ; CE, 2 décembre 2019, *BO...*, n° 412941, aux T. s'agissant d'un agent contractuel des collectivités territoriales).

Vous êtes par ailleurs familiers de l'exercice délicat consistant à rechercher le véritable employeur d'un agent. Votre avis du 16 mai 2001, *J... et PA...* (n°s 229811 229810, au Rec.), qui tire les conséquences de la décision du Tribunal des conflits du 7 juin 1999, *Préfet de l'Essonne c/ Conseil des prud'hommes de Longjumeau* (n°03152, au Rec.), a ouvert la voie en matière de contrats-aidés : lorsqu'un faisceau d'indices révèle qu'un contrat emploi-solidarité est conclu, en dépit de l'interdiction légale, pour le compte de l'Etat, il appartient au juge administratif de le requalifier en contrat de droit public avec toutes les conséquences qui en découlent.

Vous avez transposé cette solution pour la qualification des « *services publics effectifs* » au sens des dispositions transitoires de l'article 8 de la loi « Sauvadet »¹². Par vos décisions du 9 octobre 2019, *CNRS* (n°422866 et n°422874, aux T. s'agissant respectivement d'un chercheur et d'un autoentrepreneur), vous avez ainsi jugé que lorsqu'un agent demande la transformation de son contrat en CDI, il y a lieu de rechercher, en recourant au besoin à la méthode du faisceau d'indices, si en dépit de l'existence de plusieurs employeurs apparents, l'agent peut être regardé, comme il le soutient, comme ayant accompli la durée nécessaire de services publics effectifs auprès d'un employeur unique.

Vous aviez précédemment déjà admis de faire primer la réalité sur les indications portées dans les contrats pour l'application de la condition de « *services publics effectifs* » permettant aux agents contractuels de l'Etat de se présenter à certains concours administratifs en application du 4° du I de l'article 1^{er} de la loi dite « Sapin »¹³ (CE, 26 octobre 2005, *Ministre de la culture c/ Maisonnave*, n° 267062, aux T.) ainsi que pour apprécier la durée et la nature des fonctions exercées pour l'application du dispositif de « CDisation » prévu dans la fonction publique territoriale par le II de l'article 15 de la loi dite « Dutreil »¹⁴ (CE, 28 novembre 2014, *Ville de Marseille*, n° 365120, aux T.) et par l'article 6 *bis* de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat¹⁵, dans sa rédaction issue de l'article 37 de la loi « Sauvadet » (CE, 28 juin 2019, *H..*, n° 421458, aux T.).

Vous n'avez pas non plus fermé la porte à une telle requalification dans le contexte particulier du contentieux des pensions, recherchant si une université peut être regardée comme le véritable employeur d'un agent recruté par une association dans le

¹² 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.

¹³ Loi n° 2001-2 du 3 janvier 2001 pour la résorption de l'emploi précaire dans la fonction publique.

¹⁴ Loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique.

¹⁵ N° 84-16

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.

cadre d'un programme de recherche pour admettre la prise en compte, pour la constitution du droit à pension en application de l'article L. 5 du code des pensions civiles et militaires de retraite, des services ainsi accomplis (CE, 11 décembre 2006, *Larue de Tournemine*, n° 281284, aux T.). Plus proche de la présente affaire, vous vous avez également admis de prendre en compte, pour la reprise d'ancienneté d'un agent à l'occasion de sa titularisation à la suite de sa réussite à un examen professionnel ou un concours réservé, les services accomplis en qualité de salarié de droit privé auprès d'une association (CE, 14 octobre 2009, *T...*, n° 299554, aux T. mobilisant votre jurisprudence sur les associations « transparentes » pour l'application de l'article 13 du décret du 31 mai 1997 portant statut particulier du cadre d'emplois des animateurs territoriaux¹⁶; CE, 1^{er} juin 2011, *X...*, n° 332036, inédite au Rec. recherchant le véritable employeur de l'intéressée pour l'application de l'article 6 du décret du 27 janvier 1970 relatif à l'organisation des carrières des fonctionnaires des catégories C et D¹⁷). La décision du 1^{er} octobre 2014, *M...* (n° 363482, au Rec.) s'est également inscrite dans cette logique pour apprécier la condition d'ancienneté permettant le recrutement d'un agent par voie de liste d'aptitude dans la fonction publique hospitalière.

Vous n'avez, à notre connaissance, jamais appliqué ce type de raisonnement pour l'application du décret du 23 décembre 2006 ici en litige. Il n'est pas complètement évident de le faire, dans la mesure où ce texte fixe la reprise d'ancienneté selon des modalités qui diffèrent en fonction de la catégorie hiérarchique des fonctions précédemment exercées et du statut juridique sous lequel cette activité antérieure a été placée. Vous pourriez être tentés, comme y invite la lettre de l'article 9, d'en rester au régime juridique sous lequel Mme B... a accompli son activité professionnelle de 1996 à 2006, sans rechercher si, au-delà de la base juridique formelle de son engagement qu'elle n'avait jusqu'à son intégration jamais contestée, les missions qui lui ont été effectivement confiées relevaient bien de ce régime juridique. Autrement dit, la requérante n'aurait pas choisi le bon terrain pour mener cette contestation, laquelle devrait plutôt se résoudre, si elle s'y croit fondée et dans le respect des règles de prescription, dans un contentieux tendant à la requalification de son contrat de travail ou sur le terrain indemnitaire par une réparation du préjudice qu'elle estime avoir subi du fait de la qualification erronée de son contrat.

Dans les précédents que nous avons mentionnés, le texte applicable posait explicitement une condition portant sur la réalité des fonctions exercées en évoquant les services accomplis ou effectivement accomplis et, si l'on excepte les décisions *Ville de Marseille* et *H...*, la requalification ne portait pas tant sur la nature des fonctions exercées que sur l'identification de l'employeur de l'agent. Ces solutions ont en outre souvent été guidées par l'objet et la finalité même des dispositions en cause tendant notamment à lutter contre l'emploi précaire ou favoriser la promotion du

¹⁶ N° 97-701.

¹⁷ N° 70-79.

personnel appartenant déjà à l'administration et par des considérations d'équité. Une interprétation trop stricte de la condition fixée risquait d'ouvrir la voie à des tentatives de contournement de la loi et même, s'agissant des dispositifs de « CDIisation », de se révéler en délicatesse avec la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne invitant à faire preuve de souplesse (CJCE, 4 juillet 2006, *Konstantinos Adeneler e.a.*, aff. C-212/04 ; CJUE, 3 juillet 2014, *F... e.a.*, aff. C-362/13, C-363/13 et C-407/13).

Ces différences ne nous paraissent cependant pas dirimantes. Ainsi que l'a relevé Fabienne Lambolez dans ses conclusions sur la décision *M...*, ces affaires avaient pour caractéristique commune de placer au cœur du litige la prise en compte d'une durée de services. Et comme nous l'avons dit, vous avez admis, au moins à deux reprises, d'entrer dans cette démarche de requalification pour le classement indiciaire d'un agent. Certes, les textes applicables étaient construits et rédigés différemment. Mais, à la réflexion, l'article 9 peut être lu, en dépit de la référence au régime juridique sous lequel l'activité antérieure a été placée, comme renvoyant à la réalité des fonctions exercées. La reprise d'ancienneté au titre d'une activité professionnelle antérieure dans le secteur privé est ainsi subordonnée à la condition que les fonctions et domaines d'activité soient susceptibles d'être rapprochés de ceux dans lesquels exercent les membres du corps dans lequel l'agent est nommé. L'arrêté du 7 mai 2008, qui fixe, en application de ces dispositions, la liste des professions prises en compte pour le classement d'échelon dans le corps des IAE, vise explicitement les « *périodes de travail effectif* » accomplies dans un emploi salarié d'entreprise (article 1^{er}) et invite l'agent à produire « *un descriptif détaillé de l'emploi tenu, portant notamment sur le domaine de l'activité, le positionnement de l'emploi au sein de l'organisme employeur, le niveau de qualification requis et les principales fonctions attachées à cet emploi* » (article 2). Il nous semble, au surplus, que cet article 9 doit être lu en combinaison avec l'article 7 qui se réfère à la notion de services publics civils accomplis.

Vous l'aurez compris à la longueur de ces développements, nous avons hésité sur la solution à retenir. Compte tenu de l'orientation générale de votre jurisprudence qui privilégie une approche réaliste, nous vous invitons en définitive à confirmer, sur ce point, l'arrêt attaqué et donc à rechercher si les fonctions antérieures effectivement exercées peuvent être regardées, en vue du classement d'échelon d'un agent à l'occasion de son intégration dans certains corps, comme des services d'agent public non titulaire au sens des dispositions de l'article 7 du décret du 23 décembre 2006. Nous avons conscience que cette interprétation complexifie la tâche des services gestionnaires. Cependant, en droite ligne avec votre jurisprudence constante, elle ne devrait pas heurter de plein fouet les pratiques actuelles (le ministre ne s'en fait, à tout le moins, pas l'écho). Gageons par ailleurs que la configuration d'espèce, qui relève tout de même d'un cas pathologique, ne sera pas si fréquente.

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.

3.3. Si vous franchissez avec nous cette étape liminaire, cette affaire va vous conduire à préciser le mode d'emploi que doit suivre le juge pour déterminer si le contrat de travail liant un agent à un établissement « à double visage » revêt un caractère administratif.

Nous croyons tout d'abord, comme la requérante, qu'il y a lieu de se référer aux fonctions effectivement confiées à l'agent et non de s'en tenir à la nature des missions dont son service d'affectation est en charge.

Nous concédons que cette solution est paradoxale au vu de la jurisprudence dite *Berkani* (TC, 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes, préfet du Rhône c. Conseil de prud'hommes de Lyon*, n° 03000, au Rec.) par laquelle le Tribunal des conflits a abandonné le subtil critère de la participation directe de l'agent au service public administratif au profit d'un critère organique : les personnels non statutaires des personnes morales de droit public travaillant pour le compte d'un service public administratif sont des agents de droit public quel que soit leur emploi.

Mais un tel critère ne permet pas de régler les difficultés propres aux établissements « à double visage ». Si, la plupart du temps, la qualification du service employant l'agent coïncidera avec celle des fonctions de l'agent, il ne peut être totalement exclu que le spectre des activités du service soit plus large et qu'il recouvre des activités relevant tant des missions de service public industriel et commercial de l'établissement que de ses missions de service public administratif. Se référer aux seules missions du service pourrait attirer dans le champ des agents de droit public des agents qui, en réalité, exercent des fonctions qui participent à des missions autres que celles de service public administratif. Pour éviter ce biais, il nous paraît plus cohérent avec l'équilibre général voulu par le législateur de se référer, pour qualifier le caractère administratif du contrat de travail liant l'agent à l'ONF, à la nature des fonctions effectivement confiées à l'agent. Pour procéder à cette analyse, la technique du faisceau d'indices est tout indiquée : l'analyse des missions dont le service est en charge peut constituer un premier élément d'analyse mais il doit être complété par l'examen particulier des fonctions de l'agent, telles qu'elle résulte de son contrat de travail ou de tout autre élément.

La cour a-t-elle sur ce point commis l'erreur de droit qui lui est reprochée ? La cour a commencé par énumérer les missions relevant des deux services successifs d'affectation de Mme B.... Puis, elle a porté une appréciation globale sur leur nature, mobilisant le critère des prérogatives de puissance publique, pour en déduire qu'elles se rattachaient au service public industriel et commercial. Enfin, répondant à une argumentation de Mme B..., elle s'est référée à certaines actions particulières qu'elle a menées, susceptibles de relever du service public administratif, mais que la cour a neutralisées au motif qu'elles ne constituaient pas l'activité principale ou prépondérante du service. La cour paraît ainsi s'être fondée, comme le lui reproche la requérante, sur la nature de l'activité et des missions de ses deux services d'affectation

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.

successifs. Il y a toutefois place pour une discussion compte tenu de l'incise sur certaines des missions effectivement exercées par Mme B.... Compte tenu de l'ambiguïté de l'arrêt, une lecture neutralisante ne serait pas hors de portée. Si vous nous suivez sur la réponse à apporter à la seconde question soulevée par le litige, cet effort ne sauverait pas pour autant l'arrêt attaqué.

3.4. Nous croyons en effet que la cour a commis une erreur de droit en déterminant le caractère administratif ou industriel et commercial des missions du service eu égard à sa seule activité principale ou prépondérante. Il nous semble que le juge n'a pas à rechercher quelle est la part déterminante de l'activité de l'agent mais uniquement si l'exercice de ses fonctions requiert la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique, selon le critère privilégié par la jurisprudence la plus récente du Tribunal des conflits. Si tel est le cas, ce critère emporte la qualification de missions relevant du service public administratif, alors même que cette partie de son activité ne revêtirait qu'un caractère accessoire ou subsidiaire. Dit autrement, l'agent d'un établissement public à « double visage » ne peut avoir qu'une seule casquette. Une solution contraire conduirait à admettre qu'un agent de droit privé puisse participer à des missions de service public administratif.

On trouve notamment trace de cette logique attractive de la notion de prérogatives de puissance publique dans la décision *Groupement forestier de Beaume Haie* déjà mentionnée par laquelle le Tribunal des conflits a jugé, à l'occasion d'un litige portant sur la qualification d'un contrat conclu entre l'ONF et un usager, que la présence de stipulations relevant de prérogatives de puissance publique sont « inséparables » des autres stipulations qui confient à l'ONF la régie des bois dans leur activité d'exploitation forestière.

Nous vous invitons donc à faire droit au pourvoi de Mme B....

4. L'examen du pourvoi du ministre, qui porte sur le volet « rémunération » du classement de Mme B..., ne vous retiendra pas. Comme indiqué au début de notre propos, il a perdu son intérêt contentieux puisqu'il pose une question en tous points similaire à celle que les 7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies ont tranché dans l'affaire intéressant Mme G..., également agent contractuel de l'ONF à temps partiel, et qui mettait en cause le dispositif de garantie de rémunération minimale prévu par les dispositions du II de l'article 12 du décret du 23 décembre 2006.

Rappelons que ce dispositif assure aux agents contractuels de droit public de conserver, lors de leur titularisation, « à titre personnel le bénéfice d'un traitement représentant une fraction conservée de leur rémunération antérieure, jusqu'au jour où ils bénéficient d'un traitement au moins égal au montant ainsi déterminé ». Cette fraction a été fixée à 70 % de la rémunération mensuelle antérieure par un arrêté du 29 juin 2007¹⁸.

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.

Vous en avez déduit qu'à quotité de travail inchangée, le traitement brut effectivement perçu par un agent postérieurement à sa titularisation ne peut être inférieur à 70 % de la rémunération moyenne mensuelle brute effectivement perçue avant cette titularisation, calculée sur la base des six meilleures rémunérations mensuelles perçues par l'agent dans son dernier emploi au cours de la période de douze mois précédant sa titularisation. Et vous avez précisé, s'agissant d'un agent employé à temps partiel, avant comme après sa titularisation, que la décision fixant sa rémunération à un indice brut tel que l'intéressé perçoit, consécutivement à sa titularisation, un traitement mensuel brut inférieur à 70 % de la rémunération mensuelle brute qu'il percevait antérieurement méconnaît ces dispositions. Cette lecture neutralisante des dispositions litigieuses vous a conduit à censurer l'arrêt attaqué pour erreur de droit, la cour ayant jugé que ces dispositions méconnaissaient le principe d'égalité en ne prenant pas en compte la situation des agents exerçant leurs fonctions à temps partiel et en ne leur assurant pas le montant de rémunération minimal qu'elles prévoient.

L'arrêt attaqué étant rédigé en des termes identiques, la solution est parfaitement transposable en l'espèce. Le pourvoi du ministre doit donc être accueilli. Les faits étant également identiques, vous pourriez de même régler l'affaire au fond dans cette mesure et annuler les décisions attaquées en tant qu'elles fixent la rémunération de Mme B... à l'indice 574. Mais comme nous ne vous le proposons pas s'agissant du volet « reprise d'ancienneté », il est plus simple de laisser à la cour de renvoi le soin de se prononcer sur l'ensemble du litige.

PCMNC :

- à l'annulation de l'arrêt attaqué,**
- au renvoi de l'affaire à la cour administrative d'appel de Nancy,**
- à ce que l'Etat verse à Mme B... la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.**

¹⁸ Art. 1^{er} de l'arrêté fixant le pourcentage et les éléments de rémunération pris en compte pour le maintien partiel de la rémunération de certains agents non titulaires accédant à un corps soumis aux dispositions du décret n° 2006- 1827 du 23 décembre 2006 relatif aux règles du classement d'échelon consécutif à la nomination dans certains corps de catégorie A de la fonction publique de l'Etat.

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.