

AJDA 1996 p. 355

Les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public administratif sont des agents contractuels de droit public, quel que soit leur emploi.

Jacques-Henri Stahl

Didier Chauvaux, Maîtres des requêtes au Conseil d'Etat

Par une décision rendue le 25 mars 1996, le Tribunal des conflits a abandonné le critère de la participation directe au service public, qu'il avait notamment retenu pour qualifier la dame veuve Mazerand d'agent de droit public ou de droit privé dans sa décision du 25 novembre 1963 (Trib. confl. 25 novembre 1963, *Dame veuve Mazerand c/ Commune de Jonquières*, *Leb.* p. 79 ☞(1)). Le Tribunal considère désormais que tous les agents des services publics à caractère administratif sont des agents publics. En conséquence, le contentieux de l'ensemble des agents de ces services publics relève aujourd'hui de la seule compétence des juridictions administratives. Cette décision du Tribunal des conflits, rendue conformément aux conclusions de son commissaire du gouvernement Philippe Martin ☞(2), met ainsi un terme à une jurisprudence dont le maniement était devenu trop subtil et procède à une unification bienvenue des règles de compétence pour les agents des services publics administratifs.

Une jurisprudence devenue très pointilliste

La jurisprudence à laquelle le Tribunal des conflits vient de mettre un terme trouvait son origine dans les décisions du Conseil d'Etat rendues en section le 4 juin 1954, *Affortit et Vingtain* (*Leb.* p. 342). Auparavant, la détermination de l'ordre de juridiction compétent pour connaître des litiges intéressant les agents des services publics administratifs reposait sur la combinaison de plusieurs critères, tenant au caractère permanent ou précaire du lien avec le service public, aux clauses du contrat et à la nature de l'emploi. Ainsi un contrat éminemment précaire ne pouvait être regardé comme un contrat administratif (CE 28 mai 1952, *Choppin de Janvry*, *Leb.* p. 282) ; ainsi les clauses d'un contrat se référant au droit commun du travail et ne comportant pas de sujétions débordant le cadre du droit privé faisaient relever l'agent contractuel des juridictions judiciaires (CE 5 mars 1947, *Champoiral*, *Leb.* p. 9 ☞(3) ; CE 9 juin 1948, *Cousin*, *Leb.* p. 254). Quant à la nature de l'emploi exercé, la jurisprudence distinguait deux catégories de fonctions : les fonctions de direction dont les occupants étaient des agents de droit public et les fonctions subalternes relevant du droit privé.

Dans les conclusions prononcées à l'occasion des décisions *Affortit et Vingtain*, le commissaire du gouvernement J. Chardeau soulignait que ces solutions antérieures étaient « extrêmement nuancées et complexes » et qu'on était en présence d'une « jurisprudence nuancée et fluctuante dont les subtilités risquent de passer pour byzantines ». C'est pour tenter de la clarifier qu'il avait alors suggéré au Conseil d'Etat de se fonder sur le critère de la participation directe au service public, pour déterminer si les agents contractuels d'un service public administratif étaient employés dans les conditions du droit public ou du droit privé. Il proposait de reconnaître que « relèvent du droit public tous les agents, quelles que soient les clauses de leur contrat, qui ont pour mission d'assurer le fonctionnement d'un service public ».

Le recours à ce nouveau critère a eu pour conséquence immédiate d'étendre quelque peu la compétence de la juridiction administrative, en reconnaissant plus largement qu'auparavant la qualité d'agent public. Il a aussi rendu plus claire la distinction entre agents de droit public et agents de droit privé, en focalisant le débat sur le seul critère de la participation directe au service public, alors qu'auparavant la jurisprudence combinait, de façon sinon aléatoire du moins peu prévisible, divers éléments tenant à la nature des fonctions, aux clauses du contrat, à la précarité de l'emploi.

Le critère de la participation directe au service public n'a été qu'implicitement suivi par le Conseil d'Etat dans les affaires *Affortit et Vingtain* (4), mais la jurisprudence ultérieure l'a pleinement confirmé, tant pour le Conseil d'Etat (CE 2 novembre 1956, *Maurisset*, *Leb.* p. 412 ; CE 5 juillet 1957, *Evrard*, *Leb.* p. 446, concl. Tricot ; CE 2 novembre 1957, *Bertault*, *Leb.* p. 575 ; CE 20 mars 1959, *Lauthier*, *Leb.* p. 198), pour le Tribunal des conflits (Trib. confl. 23 novembre 1959, *Dlle Santelli*, *Leb.* p. 871 ; Trib. confl. 25 novembre 1963, *Dame veuve Mazerand c/ Commune de Jonquières*, préc.), que pour la Cour de cassation (Cass. soc. 15 février 1961, *Bull. cass.* IV, n° 206 ; Cass. soc. 17 février 1979, *Haut-Commissaire de France en Indochine*, *Bull. cass.* IV, n° 179 ; Cass. soc. 29 janvier 1969, *Hourdeaux c/ Ministre des Affaires sociales et agent judiciaire du Trésor*, *Bull. cass.* IV, n° 58).

Appliqué avec beaucoup d'attention par les juridictions, ce critère n'a cependant pas conduit à la simplification qui était souhaitée lorsqu'il a été dégagé. Les conclusions prononcées en 1954 par J. Chardeau témoignent de ce que le commissaire du gouvernement entendait faire oeuvre simplificatrice en proposant l'évolution jurisprudentielle qui a finalement été retenue. Il s'interrogeait sur l'opportunité de réviser le critère jurisprudentiel, « dans l'intérêt des requérants et de leurs conseils qui hésitent, on le comprend, à déterminer la juridiction qu'ils doivent saisir [...] et dans l'intérêt [du Conseil d'Etat], car il est regrettable qu'à chaque cas d'espèce il soit nécessaire de se livrer au préalable à une délicate appréciation de la situation du requérant, pour affirmer ou dénier la compétence [de la juridiction administrative] » Un rapide examen de la jurisprudence ultérieure montre que l'espoir placé par le commissaire du gouvernement dans le critère de la participation directe au service public est demeuré vain.

L'appréciation de la participation directe au service public s'est en effet avérée en pratique très délicate, pour les agents concernés, pour les services gestionnaires et pour les juridictions. Ces difficultés d'appréciation conduisaient à fragiliser considérablement la situation de ces personnels qui devaient parfois attendre fort longtemps - et notamment l'intervention d'une décision du Tribunal des conflits - pour connaître, sinon leur sort, du moins leur juge et le droit qui leur était applicable. Les juridictions de deux ordres, y compris les juridictions suprêmes, ont été confrontées à ces difficultés, comme en témoigne la fréquence des décisions rendues par les formations les plus élevées du Conseil d'Etat et des saisines du Tribunal des conflits, y compris par le Cour de cassation et le Conseil d'Etat. A s'en tenir aux seules décisions qui ont été publiées au *Recueil Lebon* ou mentionnées aux tables, le Tribunal des conflits s'est prononcé plus de vingt-cinq fois depuis 1986 sur ce type de question. Et il est intervenu à de très nombreuses autres reprises sans qu'il juge utile de faire publier ses décisions.

La jurisprudence ressemble à une sorte d'inventaire poétique, qui dirait que sont de droit public un agent chargé de fonctions d'enseignement dans une université (Trib. confl. 29 juin 1987, *Mlle Ficheux*, n° 2481), le gérant d'un mess de sous-officiers (Trib. confl. 29 juin 1987, *Cazeau*, n° 2477), un contrôleur d'embauche de la main-d'oeuvre d'un port (Trib. confl. 14 mars 1988, *Daullet*, n° 2515), le responsable des équipements audiovisuels du palais des festivals de Cannes (Trib. confl. 19 décembre 1988, *Ville de Cannes c/ Ponce*, n° 2541), le directeur d'une concession aéroportuaire gérée par une chambre de commerce (Trib. confl. 15 avril 1991, *Jolibois*, n° 2644), un pompier d'un aérodrome (Trib. confl. 23 octobre 1989, *Nabo c/ Chambre de commerce et d'industrie de la Guyane*, n° 2582), un agent chargé du contrôle des ventes de l'Institut géographique national (Trib. confl. 15 janvier 1990, *Reinhardt c/ Institut géographique national*, n° 2605), une sténodactylographe du Centre national pour l'aménagement des structures des exploitations agricoles (Trib. confl. 19 février 1990, *CNASEA c/ Mlle Fillion*, n° 2591), l'hôtesse d'accueil d'un aéroport (Trib. confl. 19 décembre 1990, *Mme Goumas*, n° 2583), un médecin recruté par contrat par un centre de gestion de la fonction publique territoriale (Trib. confl. 11 octobre 1993, *Préfet de la Gironde c/ Conseil de prud'hommes de Bordeaux et Monteyrol*, n° 2875), les artistes engagés par un théâtre municipal (Trib. confl. 22 novembre 1993, *Martinucci*, n° 2879), l'entraîneur national de tir à l'arc recruté en vue de la préparation des Jeux olympiques (Trib. confl. 11 octobre 1993, *Barlet*, n° 2882).

Sont au contraire résolument regardés comme agents de droit privé les femmes de ménage,

dès lors du moins qu'elles n'effectuent que des tâches de nettoyage (Trib. confl. 14 avril 1986, *Mme Wagner c/ Commune de Ronchin*, nos 2405), un ouvrier professionnel chargé de l'entretien des immeubles et des espaces verts d'un office HLM (Trib. confl. 26 mars 1990, *Rambur*, n° 2608), ou encore une auxiliaire de cuisine dans un hôpital (Trib. confl. 4 novembre 1991, *Mme Celli*, n° 2663) (5).

S'agissant du domaine de l'éducation auquel pouvait se rattacher le sort de M. Berkani dont avait à connaître le Tribunal des conflits le 25 mars 1996, la jurisprudence tendait à considérer de manière extensive le critère de la participation au service public. Ainsi, un agent de service était-il de droit public s'il collectait les tickets représentant le prix des repas des enfants (Trib. confl. 4 novembre 1991, *Mlle de Guerequiz*, n° 2669), ou s'il participait à la surveillance de la cantine scolaire (Trib. confl. 22 juin 1992, *Mme Rouquier*, n° 2693). Mais ni une serveuse de restaurant universitaire (Trib. confl. 19 avril 1982, *Mlle Robert c/ CROUS de Rennes*, *Leb.* tables p. 645) ni un plongeur dans un restaurant universitaire (Trib. confl. 13 février 1984, *Cvetkowski*, *RDP* 1985, p. 517) n'ont été reconnus comme participant directement au service public.

Ces quelques exemples témoignent de l'excessive subtilité de cette jurisprudence juxtaposant les cas d'espèce, qui n'était pas suffisamment lisible même si elle n'était pas totalement incohérente (6). On ne pouvait à cet égard que souscrire au commentaire de René Chapus, pour lequel « il est bien évident que l'état du droit jurisprudentiel n'est pas satisfaisant (7) », surtout lorsque le Tribunal des conflits poussait l'application du critère de la participation directe au service public jusqu'à l'absurde, faisant d'une même personne tantôt un agent de droit public tantôt un agent de droit privé selon les périodes et au gré de ses activités (Trib. confl. 25 novembre 1963, *Dame veuve Mazerand c/ Commune de Jonquières*, préc. ; Trib. confl. 29 juin 1987, *Bungener*, *Leb.* p. 452) (8).

L'unification du statut des agents des services publics administratifs

Conscient du caractère insatisfaisant de sa jurisprudence, le Tribunal des conflits s'est décidé à renoncer au critère de la participation directe au service public, pour déterminer la qualité d'agent de droit public ou de droit privé des personnels des services publics administratifs, en optant cette fois pour une simplification radicale.

Il pouvait, pour ce faire, hésiter entre deux solutions opposées, qui avaient déjà été esquissées par le commissaire du gouvernement J. Chardeau dans ses conclusions sous les décisions de 1954 *Affortit et Vingtain* : « Soumettre tous les agents des services publics recrutés sur contrat, sans distinction, soit au droit privé, soit au droit public ». En faveur du droit privé, J. Chardeau avançait, dès 1954, « la tendance générale de l'Etat à se placer de plus en plus largement sur le même plan qu'un patron de droit privé [...]. On peut dire que du moment qu'un service public administratif de l'Etat recrute certains agents par voie contractuelle, sans avoir recours aux modes spéciaux prévus par le statut de la fonction publique, c'est qu'il entend renoncer à se prévaloir des règles spéciales du droit public et à demeurer sur le terrain du droit commun ». En sens inverse, il soulignait qu'on peut « rattacher tous les agents contractuels au droit public, si l'on met l'accent sur la qualité de l'employeur, toute personne employée par un service public administratif ayant automatiquement la qualité d'agent de droit public ». Mais J. Chardeau n'a finalement pas proposé au Conseil d'Etat de retenir une de ces deux solutions, parce qu'elles représentaient, et l'une et l'autre, une rupture trop brutale avec la jurisprudence antérieure (9).

Au-delà des arguments de J. Chardeau, une disposition législative a parfois été avancée au soutien de la thèse du droit privé : l'article L. 511-1 du Code du travail, issu de la loi n° 79-44 du 18 janvier 1979 relative aux conseils de prud'hommes, qui dispose que « les personnels des services publics, lorsqu'ils sont employés dans les conditions du droit privé, relèvent de la compétence du conseil de prud'hommes ». D'aucuns ont interprété cette disposition législative comme ayant entendu modifier les règles de répartition de compétence entre les deux ordres de juridiction, en ce qu'elle aurait voulu faire relever du droit privé les agents « employés dans les conditions du droit privé », c'est-à-dire ceux dont le contrat ne comporte pas de clauses exorbitantes du droit commun. Mais Philippe Martin faisait, dans ses

conclusions devant le Tribunal des conflits, justice d'une pareille interprétation : il soulignait notamment que les travaux préparatoires de la loi du 18 janvier 1979 démontraient que le législateur n'avait pas entendu, en fixant la compétence des conseils de prud'hommes, modifier la frontière entre agents de droit public et de droit privé.

En outre, le Tribunal des conflits avait d'ores et déjà refusé de faire sienne cette interprétation, notamment par une décision du 19 février 1990, *Centre national pour l'aménagement des structures des exploitations agricoles (CNASEA) c/ Mlle Fillion* (Leb. p. 388) : il avait alors jugé « qu'il résulte des termes mêmes des dispositions [de l'article L. 511-1 du Code du travail] qu'elles se bornent à attribuer compétence aux conseils de prud'hommes pour connaître des litiges concernant les agents des services publics qui n'ont pas la qualité d'agent public et qu'elles n'ont ni pour objet ni pour effet de modifier la règle en vertu de laquelle les agents qui participent à l'exécution même d'un service public administratif ne peuvent être employés dans les conditions du droit privé et ont la qualité d'agent public, quelles que soient les clauses de leur contrat ». En 1996, le Tribunal des conflits n'a pas remis en cause cette solution, confirmant implicitement la portée limitée qu'il entend donner aux dispositions de l'article L. 511-1 du Code du travail. Il a, ce faisant, écarté l'option radicale consistant à faire des agents contractuels des services publics administratifs des agents de droit privé, lorsque du moins leur contrat ne comporte pas de clauses exorbitantes du droit commun.

Pour régler le litige de compétence juridictionnelle intéressant M. Berkani, le Tribunal des conflits aurait pu envisager de se placer sous l'empire des textes spéciaux qui ont précisé, dans le domaine de l'éducation, la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction. Le premier texte invoqué par le préfet dans son arrêté de conflit était le décret n° 87-155 du 5 mars 1987 relatif aux missions et oeuvres universitaires, qui comporte un article disposant que « les personnels ouvriers, lesquels participent directement à la mission de service public de l'établissement, sont des agents contractuels de droit public ». Mais un simple décret ne peut modifier les règles de répartition des compétence entre les deux ordres de juridiction (CE Ass. 30 mars 1962, *Association nationale de la meunerie*, Leb. p. 233 ; Trib. confl. 2 mars 1970, *Sté Duvoir c/ SNCF*, Leb. p. 885, concl. Braibant). Comme le rappelait Guy Braibant dans ses conclusions devant le Tribunal des conflits en 1970, « dans la tradition républicaine, la répartition des compétences entre les juridictions administratives et judiciaires appartenait au domaine de la loi (CE Sect. 23 janvier 1953, *Avril*, Leb. p. 32 ; CE Ass. 16 mars 1956, *Garnett*, Leb. p. 125). Après l'intervention de la Constitution de 1958, [...] l'assemblée du contentieux du Conseil d'Etat a maintenu formellement et solennellement les principes traditionnels ». La décision du 30 mars 1962, *Association nationale de la meunerie* à laquelle faisait référence Guy Braibant a en effet solennellement affirmé « que, par application de l'article 34 de la Constitution [...], c'est au législateur seul qu'il appartient de fixer les limites de la compétence de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire ». Le décret du 5 mars 1987 ne pouvait dès lors être d'aucune utilité pour régler le sort de M. Berkani.

Un autre texte spécial, législatif celui-ci, était cependant susceptible d'être appliqué par le Tribunal des conflits. Il s'agit de l'article 15 de la loi n° 89-486 d'orientation sur l'éducation du 10 juillet 1989, qui précise que « les personnels administratifs, techniques, ouvriers, sociaux, de santé et de service sont membres de la communauté éducative. Ils concourent directement aux missions du service public de l'éducation et contribuent à assurer le fonctionnement des établissements et des services de l'éducation nationale ». La rédaction de la loi, qui fait écho au critère jurisprudentiel de la participation à la mission de service public, manifeste l'intention qui était celle du législateur en 1989, à savoir clarifier le statut des agents contractuels de l'éducation nationale. Mais l'intervention de la loi n'avait pas empêché le Tribunal des conflits de maintenir sa jurisprudence, pour le service public de l'éducation comme pour les autres services publics administratifs (par exemple Trib. confl. 11 octobre 1993, *Mme Prado*, n° 2857).

Finalement, le Tribunal des conflits a préféré mettre un terme à sa jurisprudence, provoquant de ce fait une unification de la compétence administrative pour l'ensemble des agents des services publics administratifs. Cette solution jurisprudentielle n'est pas limitée au service public de l'éducation. Désormais, tous les agents contractuels des services publics

administratifs sont des agents de droit public, « quel que soit leur emploi ». Cette évolution traduit un glissement notable d'un critère fonctionnel à un critère organique, plus simple à manier pour les agents, les services gestionnaires et pour les juridictions. L'application générale de ce critère conduira à un tarissement des interrogations sur la compétence juridictionnelle et le droit applicable à ces agents. Il confèrera à la situation des agents une plus grande stabilité juridique. Il contribuera à unifier le droit applicable dans les services publics administratifs. L'instauration de ce bloc de compétence en faveur des juridictions administratives se traduira sans doute par une augmentation des saisines des tribunaux administratifs. Mais il ne nous semble pas que l'application du critère organique désormais retenu par le Tribunal des conflits provoque une sensible augmentation du nombre des agents de droit public, par rapport au nombre d'agents publics déterminé jusqu'alors par application du critère de la participation directe au service public. La jurisprudence concevait déjà ce critère d'une façon très extensive. Le nouveau critère permettra d'éviter à ces agents de se perdre dans de sensibles complications procédurales avant d'identifier la juridiction compétente pour statuer sur leur sort.

Il nous paraît ainsi que l'état du droit est aujourd'hui plus satisfaisant  (10) qu'hier, s'agissant de l'identification des agents de droit public et de droit privé. La jurisprudence combine désormais, pour l'essentiel, deux critères organiques pour déterminer si une personne présente le caractère d'un agent de droit public ou de droit privé. En premier lieu, si son employeur est une personne morale de droit privé, l'agent sera de droit privé. En second lieu, si l'employeur est une personne publique, l'agent sera de droit public s'il relève d'un service public administratif. Il sera de droit privé s'il relève d'un service public industriel et commercial, sauf s'il en est le directeur ou l'agent comptable (CE 26 janvier 1923, *de Robert Lafreygère*, *Leb.* p. 67 ; CE 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau*, *Leb.* p. 158).

#### **Mots clés :**

COMPETENCE \* Répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction \* Compétence déterminée par un critère jurisprudentiel \* Agent de droit public \* Agent des établissements publics à caractère administratif \* Agent participant directement à l'exécution d'un service public \* Service public administratif \* Conflit de compétence  
ENSEIGNEMENT \* Enseignement supérieur  
ETABLISSEMENT PUBLIC \* Régime juridique \* Personnel \* Qualité \* Agent public  
FONCTION PUBLIQUE \* Qualité de fonctionnaire ou d'agent public \* Qualité d'agent public

(1) Au cours de la même séance du Tribunal des conflits et pour une autre affaire, M. Gaunet, commissaire du gouvernement, a conclu à titre principal à l'irrecevabilité de l'arrêté de conflit, mais à titre subsidiaire à la même évolution de jurisprudence que celle proposée par Philippe Martin et finalement retenue par le Tribunal des conflits (Trib. confl. 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes, préfet du Rhône*, n° 2999).

(3) Les auteurs de la chronique de jurisprudence administrative notaient d'ailleurs avec beaucoup de prudence que « les commentateurs de ces arrêts doivent cependant se montrer réservés quant à leur portée réelle. La question de compétence n'y est tranchée que de manière implicite, le juge l'ayant soulevée d'office : le Conseil d'Etat s'est borné à rejeter au fond deux requêtes » (*AJDA* 1954, II *bis*, p. 6, chron. F. Gazier et M. Long).

(5) Mais pas le responsable des achats d'une cuisine hospitalière (CE 16 janvier 1995, *Delignières*, req. n° 150066) ni le chef boucher d'un CROUS (CE 23 septembre 1987, *Soulas*, *Leb.* tables p. 776).

(6) Pour une synthèse récente de cette jurisprudence, V. F. Querol, *Réflexions sur la jurisprudence récente relative à la participation directe à l'exécution du service public administratif*, *RDP* 1995, p. 1269.

(7) René Chapus, *Droit administratif général*, Montchrestien, tome 2, 8e éd. 1995, n° 24, p. 29.

(8) V. cependant l'heureux tempérament apporté pour le contentieux du licenciement (Trib. confl. 26 novembre 1990, *Mlle Sallière c/ Centre de cure médicale de Pignelin*, *Leb.* p. 402).

(9) Ainsi disait-il à la section du contentieux : « Nous ne nous faisons guère d'illusions sur la possibilité de voir triompher une de ces solutions, sans doute trop simplistes, car on ne peut faire absolument table rase de vingt ans de jurisprudence ».

(10) Pour reprendre les termes de René Chapus.