

Les collectivités publiques peuvent (continuer de) recourir au droit privé pour régir les relations de travail avec certains de leurs agents; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_227/2014

Valérie Défago Gaudin, avocate à Genève, chargée d'enseignement à l'Université de Neuchâtel, chargée de cours suppléante à l'Université de Genève

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt porte sur la question de l'admissibilité de soumettre au droit privé les rapports de travail d'un employé communal.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Monsieur A. a été engagé par la commune fribourgeoise de V. en qualité de responsable de la déchetterie à partir du 1^{er} mai 2004, sur la base d'un « contrat de travail pour le personnel auxiliaire » du 27 avril 2004. Le contrat faisait explicitement référence aux art. 319ss du Code des obligations. Le salaire horaire brut convenu s'élevait à 22 fr. (vacances comprises). L'employé avait droit en outre à une indemnité annuelle pour les frais de voiture et de téléphone de 100 fr. Il était précisé que la commune s'engageait à annoncer suffisamment à l'avance « toutes modifications futures du règlement, du cahier des charges, directives et consignes ».

En mars 2013, Monsieur A. a été informé de la suppression de certaines de ses tâches, impliquant une réduction de ses heures de travail. Après divers échanges de correspondance, la commune lui a, par courrier du 10 mai 2013, confirmé la réduction de son horaire de travail et lui a proposé un nouveau cahier des charges à partir du 1^{er} août 2013.

Monsieur A. a recouru devant le Préfet de X. en contestant les motifs avancés par la commune pour justifier la diminution de ses heures de travail.

Le 2 septembre 2013, le Préfet a déclaré le recours irrecevable au motif que les parties étaient liées par un contrat de droit privé et que, par conséquent, la contestation relevait de la juridiction des prud'hommes.

Monsieur A. a recouru auprès de la Cour administrative du Tribunal cantonal fribourgeois en concluant à l'annulation de cette décision et au renvoi de la cause à l'autorité inférieure pour qu'elle statue au fond. Il faisait valoir que son statut était soumis au droit public et qu'en conséquence, la voie du recours administratif était ouverte à l'encontre de la décision de la commune.

Par arrêt du 12 février 2014, la 1^{ère} Cour administrative du Tribunal cantonal fribourgeois a rejeté le recours.

Monsieur A. interjette un recours en matière de droit public et un recours constitutionnel subsidiaire dans lesquels il conclut à l'annulation de l'arrêt cantonal et demande au Tribunal fédéral de constater que le contrat de travail conclu le 27 avril 2004 entre les parties est soumis au droit public.

B. Le droit

Le Tribunal fédéral commence par rappeler qu'il lui appartient de faire application de la théorie de la double pertinence dans la mesure où l'examen de la recevabilité du recours suppose de résoudre une question qui se recoupe avec le fond du litige. En l'occurrence, il s'agit de savoir si l'on est en présence d'une cause de droit public relevant du droit de la fonction publique au sens de l'art. 83 let. g LTF, ce qui constitue justement, aussi, la question de fond du litige. Il a donc suffi au recourant de rendre vraisemblable la réalisation des conditions fondant la compétence du Tribunal fédéral (c. 2.1).

Le Tribunal fédéral identifie ensuite les textes applicables aux relations entre Monsieur A. et la commune. Se fondant sur la compétence réglementaire attribuée aux communes par la loi fribourgeoise sur les communes, la Commune a adopté en mars 2004 le règlement du personnel communal (RPers), dont l'art. 1^{er} al. 1 prévoit que ledit règlement régit les rapports de travail, de droit public, du personnel communal. L'ancienne version de l'art. 4 RPers - applicable au moment de l'engagement du recourant - prévoyait ceci : Le Conseil communal peut engager d'autres catégories de personnel, notamment auxiliaire ou temporaire. Elles sont notamment soumises aux dispositions du Code des obligations et de la Loi sur le travail et font l'objet d'un contrat de travail spécifique (al. 1). Pour la rémunération des autres catégories de personnel, le Conseil communal se réfère aux salaires versés sur le marché du travail, aux conventions collectives et à l'équité à respecter envers les autres collaborateurs et collaboratrices de la commune (al. 2) (c.3).

A l'appui de son opinion selon laquelle la relation de travail doit être soumise au droit public, Monsieur A. se prévaut de l'art. 8 al. 1 Cst. Selon lui, ce n'est que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles que le droit privé peut s'appliquer à des employés d'une collectivité publique. Tel est uniquement le cas lorsque les prestations fournies par la collectivité présentent un caractère lucratif industriel ou commercial et sont offertes en concurrence sur le marché ou en présence de situations exceptionnelles, comme un engagement pour une durée limitée ou dans un but clairement défini. Par conséquent il ne serait pas possible d'engager par contrat de droit privé des personnes pour occuper des postes nécessaires au fonctionnement de la collectivité publique (cf. 4.1).

Le Tribunal fédéral commence par constater que les statuts de la fonction publique restent pour l'essentiel soumis au droit public. Tel est le cas alors même que la plupart des cantons ou communes ont abandonné le régime de la période administrative ou de la fonction de durée déterminée au profit d'engagements des agents de l'Etat pour une période indéterminée, impliquant la possibilité en tout temps d'une résiliation ordinaire. La soumission au droit public n'exclut pas que les réglementations applicables contiennent des renvois au droit privé, mais celui-ci ne s'applique généralement qu'à titre de droit public supplétif (c. 4.2.1).

Le Tribunal fédéral rappelle ensuite que la Constitution fédérale ne règle pas la nature juridique des rapports de travail des employés des collectivités publiques. Les motifs qui plaident en faveur du rapport de droit public résident notamment dans la nature particulière de l'Etat et des tâches exercées par son personnel, les contraintes constitutionnelles qui pèsent sur l'Etat employeur, ainsi que l'absence de besoin d'un recours au droit privé. Aussi bien la doctrine majoritaire privilégie-t-elle le droit public pour régler les rapports de travail du personnel de l'Etat tout en admettant, avec plus ou moins de restrictions, la possibilité de recourir aux contrats de droit privé pour certains salariés. Il n'existe donc pas d'exclusion générale du recours au droit privé pour réglementer les rapports de travail du personnel étatique. Et le Tribunal fédéral de relever que la loi fédérale sur le personnel de la Confédération permet au Conseil fédéral de soumettre au Code des obligations certaines catégories de personnel, notamment le personnel auxiliaire et les stagiaires, lorsque cette mesure se justifie (c. 4.2.2).

Le Tribunal fédéral rappelle ensuite les cas dans lesquels il a jugé admissible le recours au droit privé, tout en rappelant qu'il ne s'est pas prononcé sur la question de savoir si les cantons peuvent de manière générale soumettre les rapports de travail qui les lient à des collaborateurs au droit privé. A été jugé admissible le recours au droit privé s'agissant d'une directrice d'une crèche gérée tout d'abord par une fondation, puis par un comité de gestion mandaté par le conseil administratif d'une commune. Le recours au droit privé a été retenu en présence d'un contrat de travail qui avait été signé par les deux parties, à savoir une ergothérapeute et une association subventionnée par le canton ; ledit contrat renvoyait certes, pour ce qui était du salaire, à la classification cantonale des traitements et il avait été ratifié par l'exécutif cantonal ; cependant, il n'était pas contesté que l'intéressée avait été engagée sur la base d'un contrat de travail, et non pas en qualité de fonctionnaire. Dans une autre affaire concernant un employé du canton du Valais, le Tribunal fédéral a précisé que pour déterminer si un rapport juridique relevait du droit privé ou du droit public, on ne pouvait pas se fonder sur la qualification juridique utilisée par les parties. Ce qui était décisif, c'était le contenu réel du rapport de droit. Dans cette affaire, l'Etat apparaissait comme l'employeur direct et l'intéressé avait été traité comme un fonctionnaire soumis au droit public pendant toute la durée de son engagement. Les éléments de droit public de ses rapports de service l'emportaient ainsi sur l'élément « contrat de droit privé » qui, formellement, était prédominant dans la décision d'engagement (c. 4.2.3).

Dans le cas particulier, il est incontesté que le recourant a été engagé sur la base d'un contrat de travail soumis au droit privé et non pas selon les règles applicables au personnel communal en général. Il n'existe aucun élément qui ferait apparaître que cette qualification ne correspondait pas à la volonté des parties ou à la réalité du contenu de la relation. Il se pose dès lors la question d'une éventuelle requalification du contrat de droit privé en une

relation de droit public. Une requalification peut se justifier s'il apparaît que la réglementation applicable ne laisse pas de place au droit privé ou que les conditions posées pour qu'il soit possible d'y recourir ne soient pas réalisées. Elle peut aussi intervenir en application du principe de l'égalité de traitement s'il n'existe aucune raison objective de faire coexister des statuts différents (de droit privé et de droit public) (c. 4.2.4).

En l'espèce, les conditions d'une requalification ne sont pas remplies. Le règlement communal applicable prévoyait la possibilité d'un engagement selon le droit privé. Il n'est pas prétendu que le droit cantonal y fasse obstacle. Sans doute l'emploi du recourant ne pouvait pas, à proprement parler, être qualifié d'auxiliaire au sens de l'art. 4 RPers. Ce qualificatif s'applique en effet lorsque l'employeur a besoin de temps en temps des prestations d'un travailleur et présente certaines similitudes avec le contrat de travail sur appel. De même, l'emploi du recourant, de durée indéterminée, n'avait pas un caractère temporaire, permettant aussi, selon le règlement, un engagement de droit privé. L'utilisation à l'art. 4 RPers de l'adverbe « notamment » laisse toutefois à l'autorité une certaine marge d'appréciation quant à la possibilité de soumettre au Code des obligations d'autres formes particulières de travail. Dans le cas particulier, le recourant travaillait à temps très partiel. Dans un certificat de travail daté du 20 mai 2013, l'employeur a mentionné un horaire de travail de 30 heures « environ » par mois. Il s'agissait d'une activité purement accessoire. En effet, comme cela ressort du jugement attaqué, le recourant avait une activité principale à plein temps comme fonctionnaire au service de l'Etat de Vaud. L'égalité de traitement ne commande pas de soumettre à un même statut un employé communal qui est engagé par une seule et même collectivité et une personne qui a un emploi à plein temps au service de l'Etat, et qui, accessoirement et pour un nombre très limité d'heures de travail, se met au service d'une commune pour y accomplir une tâche spécifique. Dans ce dernier cas, le recours au droit privé peut se justifier par le fait qu'une réglementation de droit public n'est guère adaptée à ce genre très particulier de situation et qu'il peut être nécessaire d'individualiser la relation de travail par une convention de droit privé. Le fait qu'un emploi à temps partiel s'exerce en plus d'un horaire normal de travail peut requérir une certaine flexibilité de la part de l'employé, notamment quant au nombre d'heures de travail à fournir et quant à sa disponibilité par rapport à son activité principale à plein temps. Il est révélateur, à ce propos, que le contrat de travail conclu entre les parties ne prévoit pas un temps de travail minimal à accomplir et que l'employeur l'a estimé à 30 heures « environ » par mois. On peut en déduire que l'horaire accompli dépendait du cahier des charges de l'intéressé que la commune, d'ailleurs, se réservait de modifier tout en s'engageant à en informer suffisamment tôt l'intéressé, ainsi que cela ressort du contrat (c. 4.2.5).

D'autre part, les tâches assignées au recourant étaient certes des tâches d'intérêt public. Cependant, contrairement à ce qu'il soutient, elles n'étaient pas liées au bon fonctionnement de la collectivité au point qu'elles ne pouvaient être confiées qu'à une personne soumise à un statut de droit public. En effet, il est notoire que nombre de petites communes confient à des entreprises privées tout ou partie de la collecte et de la gestion des déchets (c. 4.2.6).

Le Tribunal retient en conséquence que la relation entre Monsieur A. et la commune était soumise au droit privé, conformément au contrat qu'ils avaient conclu, de sorte qu'il a rejeté le recours (c. 5).

III. Analyse

Cet arrêt présente l'intérêt de faire une synthèse très complète sur la question du recours au droit privé, par des collectivités publiques, pour régir les rapports avec certains de leurs agents. Il reste dans la ligne tracée par le Tribunal fédéral depuis les arrêts précédemment rendus en la matière.

Tout d'abord, le Tribunal fédéral confirme que les collectivités publiques peuvent choisir de recourir au droit privé pour l'engagement de leur personnel et que le procédé est, quant à son principe, parfaitement admissible, sous réserve bien entendu du principe de la légalité comme on le verra ci-après. Il n'est pas constitutif d'inégalité de traitement de soumettre certains agents communaux à un régime de droit public et d'autres membres du personnel communal à un régime de droit privé, pour autant que les circonstances particulières le justifient.

Sous l'angle de la base légale, le TF rappelle dans cet arrêt qu'il est nécessaire que la collectivité en cause se voie conférer le droit de recourir à ce type d'engagement. L'analyse doit se faire tant sous l'angle du droit supérieur que sous l'angle des prescriptions internes dont la collectivité s'est dotée. Autrement dit, le droit cantonal régissant les communes et le statut du personnel communal doivent laisser de la place à un engagement de droit privé.

Le TF pose ensuite un jalon supplémentaire pour l'admission du recours au droit privé lorsqu'il est prévu par le statut du personnel. Le recours au droit privé peut être prévu pour des membres du personnel accomplissant des tâches particulières, bien que régulières mais avec un emploi du temps très limité. Il s'agit en réalité d'un type de motif supplémentaire permettant de justifier une différence de traitement entre les membres du personnel d'une même collectivité, que l'on peut ajouter à la casuistique figurant au considérant 4.2.3.

De plus, pour le TF, le fait que la commune aurait pu confier à un tiers la tâche assumée par Monsieur A. est un signe permettant le recours au droit privé. Si l'argument convainc dans les circonstances du cas présent, la portée de ce critère doit à notre sens être relativisée. En effet, le fait pour une collectivité publique de se voir attribuer, respectivement se charger de tâches publiques par le droit supérieur n'empêche pas que celle-ci confie leur exécution à un tiers¹. De plus, la délégation d'une tâche publique peut comprendre la délégation du pouvoir de décision², de sorte que, hormis les activités liées à l'exercice du pouvoir de police au sens strict, toute activité pourrait *a priori* faire l'objet d'une délégation³. Le critère lié à la nature de la tâche ne nous paraît, pour ce motif, pas praticable.

Il est important de relever que l'application du droit privé à une relation de travail entre une collectivité publique et un agent n'évacue pas complètement l'application du droit public. En effet, de jurisprudence et doctrine constantes, il est admis que l'Etat doit respecter les droits et principes constitutionnels guidant son activité ainsi que les libertés – liberté d'expression, légalité, égalité de traitement, interdiction de l'arbitraire, intérêt public, proportionnalité,

¹ ATF 138 I 196, consid. 4.4.3.

² ATF 137 II 409, consid. 6.2.

³ ANNE-CHRISTINE FAVRE, « Délégation d'activités ministérielles », in E. Poltier, A.-C. Favre (éd.), *La délégation d'activités étatiques*, Lausanne 2015, à paraître.

bonne foi – et ce même lorsqu’il agit au moyen du droit privé⁴. Autre en revanche est la question de savoir comment, procéduralement, la violation de ces droits peut être invoquée.

Enfin, sur le plan procédural, on notera qu’avec cet arrêt la théorie de la double pertinence, qui était auparavant appliquée par analogie par le Tribunal fédéral dans les causes de droit public, est désormais directement reçue dans celles-ci.

⁴ THIERRY TANQUEREL, « Droit public et droit privé », in T. Tanquerel, F. Bellanger (éd.), *Les réformes de la fonction publique*, Genève 2012, pp. 49/58-59.