



Fiche pratique

TRANSFERT D'ACTIVITÉS DU PRIVÉ VERS LE PUBLIC – REPRISE DU PERSONNEL

Il arrive parfois que les collectivités territoriales soient amenées à reprendre l'activité exercée par le secteur privé. Il s'agit par exemple de reprises d'associations de garderie ou de restauration scolaire, de campings, d'entreprise de gestion de l'eau... D'un point de vue juridique, il s'agit d'un changement du mode de gestion du service public concerné.

Ces reprises impactent nécessairement le personnel des structures concernées. En effet, un principe général d'obligation de reprise des salariés concernés s'applique (1). Le contenu de l'obligation de reprise dans le cadre d'un service public industriel et commercial (2) ou le contenu de l'obligation de reprise dans le cadre d'un service public administratif ainsi que la procédure à suivre pour l'intégration des salariés suite à la reprise d'un service public administratif (3) doivent être rigoureusement suivis.

Références juridiques :

- *Code du Travail, et notamment l'article L. 1224-3*
- *Code Général des Collectivités Territoriales*
- *Code général de la fonction publique*

*Notre mission,
faciliter
les vôtres !*

1. Principe et champ d'application de l'obligation de reprise du personnel privé par une collectivité locale

Pour protéger et garantir les emplois des incidences économiques ou juridiques que subissent les entreprises, il est posé en droit du travail le principe de reprise du personnel privé à l'article L.1224-3 du Code du Travail. Le Conseil d'Etat a estimé que cette obligation s'appliquait aux collectivités locales.

L'obligation s'appliquera si l'organisme qui fait l'objet d'une reprise de son personnel correspond à la notion **d'entité économique**.

Elle peut être définie comme étant un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui va poursuivre un objectif propre. Elle aura donc une autonomie financière, une hiérarchie autonome et un personnel qui lui sera dédié. Une bibliothèque gérée par une association sera considérée comme étant une entité économique par exemple.

Tout employeur privé peut faire l'objet d'une reprise par une entité publique (association, société, société d'économie mixte...).

Enfin tout salarié peut faire l'objet de cette reprise : salarié en CDI, en CDD ou en contrat d'apprentissage, CUI/CAE.

Cependant, il convient de faire la distinction entre la reprise d'un Service Public Administratif (SPA) et celle d'un Service Public Industriel et Commercial (SPIC).

En effet, lorsqu'il s'agit d'un **Service Public Administratif (SPA)**, la reprise doit être faite sous l'élaboration de contrats publics, quelle que soit la fonction du salarié. Ce principe n'est cependant pas applicable aux activités de **Service Public Industriel et Commercial (SPIC)**.

2. Le contenu de l'obligation de reprise dans le cadre d'un service public industriel et commercial

Les agents repris dans ce type d'activité, restent soumis aux contrats de droit privé. Mais cette exception fait l'objet d'une particularité : le directeur de l'activité et le comptable devront être repris sous contrat de droit public, à l'inverse des salariés.

Pour identifier si une activité est un SPIC ou un SPA, il faut observer un faisceau d'indices :

1. L'objet du service ;
2. L'origine des ressources ;
3. Les modalités de fonctionnement.

Exemples :

- Une activité de transport public ;
- Un office du tourisme dans certaines situations.

Si au regard de l'ensemble de ces critères, le fonctionnement du service semble plus se rapprocher de celui d'une entreprise privée, alors le service sera qualifié de SPIC.

Concernant le directeur de l'entité reprise, il appartient à la personne publique qui gère le SPIC de lui proposer un contrat de droit public à durée déterminée ou indéterminée selon la nature du contrat dont il était titulaire, reprenant, sauf obstacle issu de dispositions législatives ou réglementaires, ou des conditions générales de rémunération et d'emploi des agents contractuels de la personne publique, les clauses substantielles de son ancien contrat. Pour ces agents, il convient d'appliquer les modalités de reprise dans le cadre d'un service public administratif.

Pour les agents en contrat de droit privé, le mode de gestion dépendra des statuts de la régie et du mode d'administration de celle-ci. Dans la mesure où il s'agit de contrats de droit privé, la procédure de création des postes par la collectivité n'est pas applicable.

3. Le contenu de l'obligation de reprise dans le cadre d'un service public administratif

L'article L.1224-3 du Code du travail dispose que « lorsque l'activité d'une entité économique employant des salariés de droit privé est, par transfert de cette entité, reprise par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif, il appartient à cette personne publique de proposer à ces salariés un contrat de droit public, à durée déterminée ou indéterminée selon la nature du contrat dont ils sont titulaires ».

Les clauses substantielles du contrat doivent être intégralement reprises.

1) La nature du contrat

Ainsi la collectivité a l'obligation de proposer aux salariés la reprise de leur contrat sous la forme d'un contrat de droit public.

Il est interdit pour la collectivité de refuser un recrutement pour quelques motifs que ce soit. Par exemple, un salarié en congé maladie doit se voir proposer un contrat.

Il en est de même pour le salarié qui ne remplit pas les conditions générales de recrutement des agents publics, notamment l'aptitude physique : la collectivité ne peut refuser de lui proposer un contrat de droit public.

Cependant, les conditions tenant à la nationalité, à la jouissance des droits civiques ou à la position régulière au regard du service national, peuvent être des conditions justifiant le licenciement de l'agent.

2) La durée du contrat

La collectivité doit suivre ce qui liait auparavant le salarié à son entreprise. Ainsi, si le salarié était titulaire d'un CDI, la collectivité devra obligatoirement lui proposer une reprise sous CDI.

Ceci vaut également pour les contrats de droits aidés qui le resteront obligatoirement après le transfert, et pour les contrats d'apprentissage qui resteront obligatoirement des contrats d'apprentissage.

Si le salarié était sous CDD, la collectivité devra proposer un CDD au salarié qui soit :

- Respectera le délai restant à courir ;
- Sera d'une durée supérieure à celle qui reste à courir au moment de la reprise.

Il conviendra de préciser dans le contrat, qu'il est mis fin au contrat de travail de droit privé liant le salarié à son employeur précédent et que le contrat d'agent contractuel s'y substitue.

La collectivité a également la possibilité de proposer une nomination stagiaire pour les grades accessibles sans concours (notamment le grade des cadres d'emplois de catégorie C dotés de l'échelle 3).

Dans ce cas, les services effectués au sein de l'entité transférée seront considérés comme des services privés pour la reprise de l'ancienneté à la nomination stagiaire.

3) Les missions de l'agent

Les missions exercées par l'agent constituent une clause substantielle du contrat. Par conséquent, les missions quotidiennes du salarié doivent demeurer. Elles peuvent être modifiées, mais de manière marginale.

4) La rémunération

Une décision de la CAA de Marseille rendue le 1^{er} juin 2006 (n° 08MA01228) a souligné que la collectivité devait faire en sorte de maintenir le montant de la rémunération perçue par le salarié au moment du transfert.

Il convient donc de calculer une rémunération équivalente, composée librement : la collectivité peut proposer une rémunération composée d'un traitement indiciaire, d'une indemnité de résidence et du supplément familial de traitement. Elle peut aussi proposer le régime indemnitaire si une délibération l'y autorise. S'agissant d'un contrat de droit public, il est vivement recommandé de faire référence à un indice de rémunération issu de la grille indiciaire du grade de référence.

La rémunération nette ne doit pas être inférieure à ce que percevait le salarié avant la reprise, mais elle ne doit pas non plus excéder ce que percevrait un agent public pour des fonctions analogues. Ainsi, trois critères peuvent guider la collectivité pour savoir si la rémunération du salarié peut être maintenue :

- Les fonctions occupées ;
- La qualification du salarié ;
- La rémunération des agents de l'Etat dans la même situation.

5) Le temps de travail

Les horaires de travail sont considérés comme étant des clauses substantielles à partir du moment où ils apparaissent dans le contrat de travail et qu'ils ont fait l'objet d'une négociation avec l'employeur.

Quand l'agent est à temps partiel, la collectivité doit vérifier si ceci était mis en place à sa demande ou non. Si ce n'est pas le cas, la collectivité devra créer un emploi à temps non complet. En effet, la distinction entre temps partiel et temps non-complet n'existe pas en droit privé.

6) Les clauses substantielles

Il est possible d'identifier d'autres clauses substantielles qui devront faire l'objet de reprise dans le contrat. Ainsi par exemple :

- Les missions principales ;
- Le lieu d'affectation ;
- L'ancienneté ;
- La qualification.

7) Le Compte Epargne Temps (CET)

Aucune disposition ne précise réellement le sort de la reprise du compte épargne temps. Cependant, si le salarié qui fait l'objet de la reprise dispose d'un mécanisme tel que le compte épargne temps auprès de son employeur privé, il semblerait cohérent que la collectivité lui propose de reprendre les jours épargnés, à la condition que ce salarié ait un an d'ancienneté minimum auprès de son employeur privé.

8) Le transfert partiel

Le transfert peut être total ou partiel. Ainsi la personne morale n'a pas à être dissoute dans tous les cas pour qu'il y ait transfert. Peut faire l'objet d'un transfert seul un secteur d'activité, une branche, une activité secondaire ou accessoire de la personne morale dès lors qu'une entité économique peut être identifiée.

Si le salarié était partiellement mais majoritairement affecté dans l'entité transférée, il doit lui être proposé un contrat de droit public **à temps plein**. En effet, le juge considère que le salarié est transféré pour la totalité de son temps de travail.

A titre d'exemple, une collectivité souhaite reprendre en régie, un service de restauration scolaire, géré jusqu'ici par une association. Les salariés de l'association exercent en plus de la restauration scolaire, des missions annexes. Le temps de travail repris par la collectivité correspondra uniquement au temps réalisé durant la restauration scolaire.

Cas n° 1 : La collectivité, après avoir évalué le besoin, estime que le transfert peut s'opérer à raison de 6 heures par semaine. Le contrat initial est de 9 heures. L'agent est majoritairement affecté dans le service transféré. La collectivité a l'obligation de lui proposer un contrat de 9 heures par semaine.

Cas n° 2 : La collectivité estime que le transfert pourra s'opérer sur la base de 5 heures par semaine. Le contrat initial est de 17 heures. Dans ce cas, le salarié n'est pas majoritairement affecté dans l'entité transféré. Il n'y a donc pas d'obligation de reprendre l'intégralité de son temps de travail. L'agent verra une partie de son contrat maintenu au sein de l'entité économique.

4. La procédure à suivre pour l'intégration des salariés suite à la reprise d'un service public administratif

1) L'avis du Comité social territorial (CST) sur les conditions de reprise

Dans un premier temps, avant une reprise de personnel, l'avis du Comité social territorial doit être sollicité. Le CST doit statuer en ayant en sa possession tous les documents disponibles sur la reprise, via un rapport de l'autorité territoriale.

L'avis portera d'une part sur le changement de mode de gestion du service, et d'autre part sur les conditions de reprises du service et des agents.



La reprise de l'activité peut impacter d'autres supports. Par exemple :

- *L'organigramme devra certainement être modifié après avis du CST, afin de tenir compte de la nouvelle organisation ;*
- *Des délibérations relatives au régime indemnitaire d'une nouvelle filière devront être adoptées après avis du CST ;*
- *Le protocole RTT devra peut-être être réadapté à la nouvelle activité, après avis du CST ;*
- *La délibération obligatoire pour le sort du CET...*

Les éléments à communiquer aux membres du Comité social territorial sont les suivants :

- Le contexte ;
- Les conditions de reprise des agents (missions proposées, nature et durée du contrat proposé, rémunération et impact du changement d'employeur sur les salariés) ;
- L'information mise en œuvre auprès des salariés ;
- Les conditions de travail de ces agents.

2) Une délibération actant la reprise

Comme en dispose l'article L.2121-29 du Code général des collectivités territoriales, à la suite de l'avis rendu par le Comité social territorial, la collectivité doit prendre une délibération afin de procéder à la reprise.

3) La proposition de reprise

La proposition de recrutement devra être notifiée aux salariés par courrier. La collectivité peut ainsi transmettre, avec la proposition de recrutement, toutes les informations tenant aux conséquences du transfert (sur le statut de fonctionnaire, la rémunération, la protection sociale, les congés, le licenciement...).

Un délai de réflexion raisonnable doit être laissé au salarié pour qu'il puisse se décider sur la reprise de son contrat ou non. Les textes législatifs ne mentionnent pas la durée minimale ou maximale de ce délai (un mois au minimum par exemple).

Lorsque la collectivité envoie au salarié la proposition de recrutement et les informations écrites sur le changement de statut, elle précise que l'agent doit donner sa réponse dans un délai fixé par elle.

4) La création des emplois au tableau des effectifs

Il faut créer les nouveaux emplois au tableau des effectifs par délibération et inscrire les budgets correspondants. Il s'agira d'emplois permanents.

Il est également conseillé de procéder à une déclaration de vacance.

5) Le transfert des contrats en cas d'accord du salarié

La date du transfert des contrats intervient à la date à laquelle intervient la transmission de l'entité économique à la personne publique. La collectivité devient alors le nouvel employeur des salariés et ce de plein droit.

Cependant, tant que le salarié n'a pas accepté le contrat sous sa nouvelle forme, les relations entre lui et la collectivité restent régies par le contrat de travail de droit privé.

Son engagement ou son refus d'engagement permettra la fin de l'application des dispositions du contrat de droit privé.

- TC 3393 du 19.01.2004 Mme D. c/ commune de Saint-Chamond

- Cour de cassation, chambre sociale 07-44.048 du 03.12.2008 / mission locale de l'Étang de Berre

Afin d'éviter que la procédure ne s'enlise, en cas d'inaction du salarié conduisant à une situation extrêmement compliquée à mettre en œuvre pour la collectivité, au terme du délai fixé dans la proposition de reprise, l'administration pourra le mettre en demeure de répondre dans un délai raisonnable (une à deux semaines). S'il ne défère pas à la mise en demeure, le salarié sera considéré comme ayant refusé l'offre

En cas de nomination, la reprise de la moitié des services du privé est possible. Si l'agent est nommé à un échelon dont l'indice est inférieur à la rémunération antérieure, il y aura compensation de la perte par du régime indemnitaire.



Article L1224-3 du code du Travail « Les services accomplis au sein de l'entité économique d'origine sont assimilés à des services accomplis au sein de la personne publique d'accueil ». Cela concerne les droits à congés (dont congés de maladie) ; le droit à la formation ; le calcul de l'indemnité de licenciement et le temps partiel.

6) Le licenciement en cas de refus

Si le salarié refuse la proposition de recrutement, son contrat **prend fin de plein droit**.

L'article L.1224-3 du code du travail dispose que « *en cas de refus des salariés d'accepter le contrat proposé, leur contrat prend fin de plein droit. La personne publique applique les dispositions relatives aux agents licenciés prévues par le droit du travail et par leur contrat* ».

La procédure de licenciement devra être mise en œuvre par la collectivité après la date du transfert. Les règles du code du travail et de la convention collective de l'ancien employeur sont alors applicables. En revanche, il semble que l'entretien préalable ne soit pas obligatoire.

Sous réserve de l'interprétation du juge, il semble que le salarié n'ait pas à effectuer un préavis.

La collectivité devra verser au salarié :

- Une indemnité compensatrice de préavis si les conditions sont remplies ;
- Une indemnité de licenciement si les conditions sont remplies, selon les stipulations du contrat de droit privé.

Les agents licenciés bénéficient de **l'assurance chômage** dans la mesure où ils sont involontairement privés d'emploi, selon les règles de coordination des régimes d'assurance-chômage. L'Allocation Retour à l'Emploi (ARE) à laquelle peut prétendre le salarié sera versée par Pôle emploi.

Procédure de reprise d'activité privée par une collectivité (SPA)

