

Restructuration et secteur public

Mars 2008
Mise à jour février 2010

En bref

Cette fiche a pour objet d'envisager les conséquences sociales engendrées par l'implication d'une personne publique lors de la restructuration d'une association. Plus précisément de savoir si l'article L. 1224-1 du Code du travail s'applique en cas de transfert impliquant une personne publique.

Mots clés

Agent public, contrat de travail, loi du 26 juillet 2005, personne publique, personne privée, SPA (service public administratif), SPIC (service public industriel et commercial), transfert.

Auteur

Amélie Costa-Marsollier, Conseillère technique Uriopss Paca et Corse
Agathe Barnay, Conseillère technique Uriopss Ile de France
Avec la contribution de Catherine Audias, Consultante
Mise à jour par Anne Bidou, Conseillère technique Uriopss Basse Normandie.

Plan

Propos introductifs

- I. L'implication d'une personne publique lors d'une restructuration
 - A- La reprise de l'activité d'une personne publique par le secteur privé
 - B- La reprise de l'activité d'une personne privée par le secteur public
 - C- Le transfert d'activité entre personnes publiques
- II. Le transfert des salariés vers la personne publique
 - A- Les modalités du transfert
 - B- Les difficultés liées au transfert

L'Uniopss (Union nationale interfédérale des œuvres et organismes privés à but non lucratif sanitaires et sociaux) est le Centre national d'animation et de ressources (Cnar) Action sociale, médico-sociale et santé au sein du Dispositif local d'accompagnement (DLA), dispositif national d'appui aux activités et services d'utilité sociale. Plus d'informations sur ce dispositif : <http://www.avise.org>

L'Uniopss propose des « fiches pratiques Restructurations & Droit social » pour outiller les associations et les accompagner dans leur démarche de pérennisation de leurs activités d'utilité sociale afin de consolider et développer les emplois. Elles sont notamment accessibles aux adhérents de l'Uniopss et des Uriopss identifiés, sur les sites Internet du réseau Uniopss-Uriopss (dont le site de l'Uniopss : <http://www.uniopss.asso.fr>)

Pour plus d'informations sur les conventions collectives du secteur, consulter les syndicats employeurs concernés. Ces fiches sont la propriété de l'Uniopss. Elles ne peuvent être reproduites sans son consentement écrit.

Avec le soutien de



Propos introductifs

Pour mémoire, l'article L. 1224-1 du Code du travail pose le principe du transfert des contrats de travail dès lors qu'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur. Cependant, pour qu'il y ait transfert, deux conditions cumulatives doivent être réunies : le transfert de l'activité doit porter sur une entité économique autonome conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise.

Précisons en préambule qu'il s'agit d'un thème à la frontière de plusieurs droits ayant des logiques différentes. Les notions de droit administratif seront abordées sous un angle généraliste afin de respecter l'optique de cette fiche : celle de l'élaboration d'un panorama général des situations auxquelles une association peut se voir confrontée.

Ainsi, cette fiche n'abordera pas la réorganisation de structures de l'administration et les transferts d'attributions administratives entre administrations publiques.

L'emploi fréquent des notions de SPA et de SPIC nous oblige à une définition succincte.

Il existe en France deux grandes catégories de services publics : les Services Publics à caractère Administratif (SPA) et les Services Publics à caractère Industriel et Commercial (SPIC).

La jurisprudence¹ a dégagé des critères permettant de déterminer si le service public est administratif ou industriel et commercial. Ces critères sont l'objet du service, l'origine des ressources et les modalités de fonctionnement.

La qualification de SPIC sera retenue lorsque l'objet du service est assimilable à celui d'une entreprise privée, lorsque l'essentiel des ressources provient d'un prix acquitté par les usagers et lorsque les règles d'organisation et de fonctionnement du service présentent des similitudes avec les procédés de gestion d'une entreprise privée. Le service public de distribution de l'eau est en principe, de par son objet, un SPIC.

La qualification de SPA sera retenue lorsqu'il s'agit d'une activité « classique » de service public régie par les règles du droit administratif et dont l'essentiel des ressources correspond à des fonds publics. C'est ainsi le cas des hôpitaux qui dépendent de la fonction publique hospitalière.

De même, un bref rappel des différentes catégories de travailleurs employés dans la fonction publique est un préalable nécessaire. Traditionnellement, on distingue deux catégories de travailleurs : les fonctionnaires soumis à des statuts de la fonction publique et les salariés soumis au droit du travail. Mais il est également fait appel à des agents n'ayant pas la qualité de fonctionnaire plus connus sous le vocable d'agents non titulaires.

I. L'implication d'une personne publique² lors d'une restructuration

L'implication d'une personne publique dans une restructuration peut être envisagée dans trois cas : soit l'activité de la personne publique est reprise par une personne privée, soit l'activité de la personne privée est reprise par une personne publique, soit l'activité de la personne publique est reprise par une personne publique.

A- La reprise de l'activité d'une personne publique par le secteur privé

Quel est le sort réservé au personnel rattaché à une personne publique dont l'activité est transférée à une association ?

¹ TC, 22 janvier 1921, « Bac d'Eloka ».

² Selon le Lexique des termes juridiques Dalloz, "Personne publique, Droit administratif : Terme générique désignant une collectivité publique : Etat, collectivité locale, établissement public."

La réponse à cette question dépend du statut du personnel occupé par la personne publique.

En effet, si les salariés embauchés par une personne de droit privé sont tous soumis à l'application du Code du travail, le statut des personnes travaillant pour le compte d'une personne publique est bien plus complexe.

- **Les personnels des services publics à caractère administratif** se divisent en deux catégories de travailleurs : les fonctionnaires soumis à des statuts de droit public et les agents non titulaires qui sont soumis soit au droit public, soit au droit privé.

La loi du 3 août 2009³ a inséré une nouvelle disposition, l'article L.1224-3-1, dans le code du travail. Désormais, lorsque l'activité d'une personne morale de droit public employant des agents non titulaires de droit public est reprise par une personne morale de droit privé, cette personne morale propose à ces agents un contrat de droit privé.

Les personnes ayant un statut de droit public ne peuvent être transférées vers une personne privée, mais un détachement ou une mise à disposition de ces personnes est possible.

- **En revanche, les personnels des services publics à caractère industriel et commercial** sont soumis au droit privé et donc au droit du travail⁴. Il en ressort que l'article L. 1224-1 du Code du travail leur est applicable.

De ce fait, en cas de reprise par une personne privée d'une activité préalablement occupée par une personne publique dans le cadre d'un SPIC, le personnel attaché à cette activité sera transféré si les conditions d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail sont réunies.

cf. fiche Transfert des contrats de travail : Art. L. 1224-1 du Code du travail

Toutefois, dans les SPIC, le directeur et le chef de la comptabilité sont des agents publics⁵, ils ne pourront donc pas être transférés dans le cadre de l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail.

B- La reprise de l'activité d'une personne privée par le secteur public

L'applicabilité de l'article L. 1224-1 du Code du travail à la reprise d'une activité par une personne publique a généré une jurisprudence abondante puis une intervention du législateur en 2005⁶.

Là encore, il convient de distinguer selon que le service public est un SPA ou un SPIC.

- Lorsqu'une personne publique gérant un service public industriel et commercial reprend une activité préalablement exercée par une personne privée, l'article L. 1224-1 du Code du travail trouve pleinement application. Les contrats de travail des salariés seront donc automatiquement transférés à la personne publique si l'activité poursuivie ou reprise constitue une entité économique autonome qui, lors de son transfert, conserve son identité. Le transfert de ces salariés se fera dans les conditions prévues au Code du travail puisque la personne publique gérant un SPIC est normalement liée à son personnel par des rapports de droit privé.

³ Loi n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique

⁴ Sauf exceptions prévues par le législateur

⁵ Autre exception : les agents de l'ONF sont des agents publics

⁶ Loi n°2005-843 du 26 juillet 2005

Restructuration et secteur public

Il en va autrement du directeur et du chef de la comptabilité d'un SPIC, agents de droit public, pour qui le transfert de leur contrat vers la personne publique requiert la mise en œuvre d'un régime de droit public.

- Lorsqu'une personne publique gérant un service public administratif reprend une activité préalablement exercée par une personne privée, il faut désormais appliquer l'article L.1224-3 du code du travail.

Ainsi, « 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. »

En tout état de cause, le transfert des salariés reste subordonné à l'existence d'une entité économique autonome conservant son identité.

cf. fiche Transfert des contrats de travail : Art. L. 1224-1 du Code du travail

C- Le transfert d'activité entre personnes publiques

- Lorsqu'une personne publique gérant un service public industriel et commercial reprend une activité préalablement exercée par une personne publique gérant un service public administratif, il sera fait application de l'article L.1224-3-1 du code du travail pour les contrats de travail des agents non titulaires de droit public. Ainsi, la personne morale gérant le SPIC est tenue de proposer un contrat de travail de droit privé.

Par contre, cet article ne s'applique pas aux agents de droit public, qui pourront néanmoins être détachés ou mis à disposition.

- Lorsqu'une personne publique gérant un service public administratif reprend une activité préalablement exercée par une autre personne publique gérant un SPA, c'est le nouvel article 14ter de la loi portant droits et obligations des fonctionnaires⁷ qui va s'appliquer :

« Lorsque l'activité d'une personne morale de droit public employant des agents non titulaires de droit public est reprise par une autre personne publique dans le cadre d'un service public administratif, cette personne publique propose à ces agents un contrat de droit public, à durée déterminée ou indéterminée selon la nature du contrat dont ils sont titulaires. »

Ainsi en cas de dissolution d'un établissement public, la reprise de son activité (totalement ou partiellement) par une autre personne publique donnera lieu au transfert des contrats en cours ce qui était jusque là exclu.

II. Le transfert des salariés vers la personne publique

A- Les modalités du transfert

1/ Le passage d'un contrat de travail de droit privé à un contrat soumis au droit public

Selon l'article 20 de la loi 2005-843 du 26 juillet 2005⁸ portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique :

⁷ Créé par la loi du 3 août 2009

Restructuration et secteur public

« 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.

Sauf disposition légale ou conditions générales de rémunération et d'emploi des agents non titulaires de la personne publique contrares, le contrat qu'elle propose reprend les clauses substantielles du contrat dont les salariés sont titulaires, en particulier celles qui concernent la rémunération.

En cas de refus des salariés d'accepter les modifications de leur contrat, la personne publique procède à leur licenciement, dans les conditions prévues par le droit du travail et par leur contrat. »

La première remarque que l'on peut faire à la lecture de cet article, c'est que le législateur a adapté l'article L. 1224-1 du Code du travail au cas de reprise par un SPA. Si les salariés sont transférés, un nouveau contrat de travail, de droit public, doit être signé.

Or, lorsque l'article L. 1224-1 du Code du travail s'applique, en cas de reprise dans le cadre d'un service public industriel et commercial, par exemple, les contrats de travail en cours sont automatiquement transférés au nouvel employeur et doivent être maintenus dans les mêmes conditions. Pour le salarié, la modification de la situation juridique de son employeur n'emporte aucune conséquence sur l'existence et le contenu de son contrat de travail.

L'article 1224-3 du Code du travail impose donc à la personne publique de proposer aux salariés transférés un contrat de droit public. Il convient de noter qu'aucun délai n'est imposé à l'administration. De ce fait, tant que le contrat de droit public n'est pas signé, le contrat de droit privé, qui a été transféré à la personne publique survit. Le contrat de travail ne devient pas un contrat de droit public au moment du transfert.

Cette période transitoire a pour conséquence que les contentieux qui naissent à l'occasion du transfert de l'activité sont de la compétence du juge judiciaire⁸. Une fois le contrat de droit public signé, le salarié devient un agent public et le juge administratif devient le juge compétent.

Le contrat qui est proposé par la personne publique est à durée déterminée ou indéterminée selon la nature du contrat dont ils sont titulaires. On peut relever la faculté ouverte par le législateur de proposer un contrat de droit public à durée indéterminée. Jusqu'à présent seul un contrat de droit public à durée déterminée pouvait être proposé par une personne publique gérant un SPA.

Le contrat proposé doit, aux termes de la loi, reprendre les clauses substantielles du contrat de droit privé, sauf dispositions légales ou conditions générales de rémunération et d'emploi des agents non titulaires de la personne publique contrares.

Par clauses substantielles, on entend les éléments du contrat de travail qui ont été déterminants pour la conclusion du contrat, par nature ou par la volonté des parties et notamment la rémunération, la durée du travail, l'emploi occupé, etc.

Si le législateur pose le principe de la reprise des clauses substantielles, la portée de ce principe est fortement réduite par l'exigence que les clauses du nouveau contrat ne soient

⁸ Lors de la recodification du Code du travail, l'article 20 de la loi du 26 juillet 2005 a été intégré au Code du travail dans le cadre de l'article L. 1224-3.

⁹ TC, 15 mars 1999 et 19 janvier 2004

pas contraires aux conditions générales de rémunération et d'emploi des agents non titulaires de la personne publique.

Le Conseil d'État, dans un avis rendu le 21 mai 2007, affirme que le législateur n'a pas entendu autoriser la personne publique à proposer aux salariés transférés une rémunération inférieure à celle dont ils bénéficiaient auparavant au seul motif que celle-ci dépasserait, à niveaux de responsabilité et de qualification équivalents, celle des agents en fonction dans l'organisme d'accueil à la date du transfert. Les dispositions du deuxième alinéa de l'article 1224-3 du Code du travail ont en revanche pour objet et pour effet de faire obstacle à ce que soient reprises, dans le contrat de droit public proposé au salarié transféré, des clauses impliquant une rémunération dont le niveau, même corrigé de l'ancienneté, excéderait manifestement celui que prévoient les règles générales que la personne publique a, le cas échéant, fixées pour la rémunération de ses agents non titulaires.

Doit-on dès lors considérer, en se basant sur l'avis du Conseil d'État, que le contrat de droit public proposé par la personne publique doit reprendre la rémunération de l'ancien contrat sauf si elle excède manifestement celle des agents non titulaires occupant des fonctions analogues ?

En cas d'acceptation du contrat, le salarié devient un agent contractuel de droit public. En cas de refus du contrat, le salarié sera licencié en application des règles du code du travail.

En résumé, le salarié peut :

- Soit accepter le contrat et devenir un agent contractuel de droit public ;
- Soit refuser le contrat et être licencié en application des règles du Code du travail.

2/ Le passage d'un contrat de travail de droit public à un contrat de droit privé

Le nouvel article L.1224-3-1 du code du travail¹⁰ dispose désormais que : *"Sous réserve de l'application de dispositions législatives ou réglementaires spéciales, lorsque l'activité d'une personne morale de droit public employant des agents non titulaires de droit public est reprise par une personne morale de droit privé ou par un organisme de droit public gérant un service public industriel et commercial, cette personne morale ou cet organisme propose à ces agents un contrat régi par le présent code.*

Le contrat proposé reprend les clauses substantielles du contrat dont les agents sont titulaires, en particulier celles qui concernent la rémunération.

En cas de refus des agents d'accepter le contrat proposé, leur contrat prend fin de plein droit. La personne morale ou l'organisme qui reprend l'activité applique les dispositions de droit public relatives aux agents licenciés."

Cet article introduit ainsi l'exact symétrique du mécanisme instauré à l'article L1224-3 du code du travail : en cas de transfert d'activité, les salariés non titulaires de droit public verront donc leur contrat changer de nature, mais les caractères essentiels de celui-ci seront maintenus.

En cas de refus de ce nouveau contrat, le nouvel employeur sera fondé à mettre fin au contrat transféré qui reste régi jusqu'à la rupture par les règles de droit public.

En résumé, l'agent contractuel de droit public peut :

- Soit accepter le contrat et devenir salarié de droit privé

¹⁰ Issu de la loi n°2009-972 du 3 août 2009

- Soit refuser le contrat et être licencié en application des règles de droit public

B- Les difficultés liées au transfert

Parmi les difficultés naissant à l'occasion du transfert et laissées sans réponse par l'article L1224-3 et suivant du Code du travail, on trouve le motif du licenciement du salarié qui refuse le changement de son contrat de travail et le sort du statut collectif des salariés.

1/ Le motif du licenciement

Si le salarié ou l'agent refuse la proposition de contrat privé/public faite par l'entité qui le reprend, celle-ci doit licencier le salarié dans les conditions prévues par le Code du travail. Il est naturel de penser que le refus du salarié ne peut pas être considéré comme une faute.

Ce licenciement suscite de nombreuses questions :

- La première concerne les salariés titulaires de contrat à durée déterminée puisque le Code du travail n'autorise pas le licenciement des salariés sous CDD. En revanche, le Code du travail autorise des cas de rupture anticipée du CDD. Ces cas sont limitativement énumérés par le Code du travail : il s'agit de l'accord des parties, de la faute grave, d'un cas de force majeure et de la situation où le salarié a trouvé un CDI. En cas de refus du contrat de droit public par le salarié, la personne publique doit-elle attendre l'échéance du CDD faute de pouvoir justifier d'un cas de rupture anticipée du CDD ?
- La deuxième interrogation concerne le motif du licenciement. Si la cause réelle et sérieuse de ce licenciement est inscrite dans la loi comme résidant dans l'impossibilité pour la personne publique de proposer un contrat reprenant les clauses substantielles du contrat de droit privé, le motif de ce licenciement est incertain. En effet, le droit du travail prévoit qu'un licenciement peut avoir soit un motif personnel, soit un motif économique. En fonction du motif du licenciement, la procédure à suivre diffère.
Or ni le motif personnel, ni le motif économique ne nous paraisse pleinement satisfaisant. Pourrait-on alors envisager un motif *sui generis* découlant des articles L.1224-3 et L.1224-3-1 du Code du travail dont la nature singulière empêche de le classer dans un motif de licenciement déjà connu découlant du Code du travail et de la jurisprudence ?

2/ Le statut collectif des salariés

Le législateur est resté muet sur le sort du statut collectif des salariés (conventions et accords collectifs, mais également institutions représentatives du personnel).

Lors d'un transfert n'impliquant pas une personne publique, l'article L. 2261-14 du Code du travail prévoit que lorsque l'application de la convention ou de l'accord est mise en cause dans une entreprise en raison notamment d'une fusion, d'une cession, d'une scission ou d'un changement d'activité, ce texte continue de produire ses effets jusqu'à l'entrée en vigueur du texte qui lui est substitué ou, à défaut, pendant un délai d'un an à compter de l'expiration du délai de préavis. Passé ce délai, les salariés transférés conservent les avantages individuels acquis.

cf. fiche Dénonciation ou mise en cause d'un accord collectif

Cet article doit-il s'appliquer en cas de reprise d'activité par un SPA alors même que les SPA sont exclus du champ d'application de cet article par le Code du travail ?

Cependant, au moment du transfert, l'entité économique transférée est soumise à l'article L. 2261-14 du Code du travail.

Dans ce cas, ne faudrait-il pas considérer que la signature du nouveau contrat de travail – de droit public – fait échec à l'application des dispositions de l'article L. 2261-14 du Code du travail prévoyant la survie de l'accord collectif puis le maintien des avantages individuels acquis ?

En 2005, les juges de la chambre sociale de la Cour de cassation¹¹ ont eu à se prononcer sur le statut collectif applicable aux salariés d'Air Inter qui avaient été absorbés par Air France. Ils ont alors affirmé que les salariés d'Air Inter devaient être soumis de plein droit au statut du personnel de l'entreprise absorbante et que les dispositions de l'ancien article L. 132-8, alinéas 6 et 7 (devenu L 2261-14) du Code du travail ne s'appliquaient pas. Cette jurisprudence, concernant des entreprises à statut, sera-t-elle celle retenue par les magistrats en cas de reprise d'une activité par un service public administratif ? Rien n'est moins sûr.

En guise de conclusion, nous souhaitons souligner le point de vigilance suivant :

- L'identification préalable de la qualité de la personne publique est nécessaire (SPIC ou SPA) afin de bien aiguiller l'opération de restructuration.
- Lorsque la restructuration implique un SPA, il faut bien distinguer entre agents non titulaires de droit public dont le contrat peut être transféré, et agents de droit public pouvant uniquement être détachés ou mis à disposition.

¹¹ Cass. Soc. 17 mai 2005, n°03-13.582