

## Le transfert du personnel de droit public à un employeur de droit privé

Lors de la modification dans la situation juridique de l'employeur, quid du devenir des contrats de travail lors de cette opération, c'est-à-dire du transfert des contrats de travail entre les deux employeurs.

De même, on peut s'interroger sur l'application des conventions collectives aux salariés transférés.

### 1. Le transfert des contrats de travail de droit public vers un employeur de droit privé

L'article L1224-3-1 du Code du travail dispose:

*« 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 ».*

#### a. Les conditions d'application de l'article L 1224-3-1 du Code du travail

Avant tout, il est indispensable de rappeler que cet article ne s'applique que pour le transfert des agents non titulaires de droit public, c'est-à-dire les agents contractuels de droit public.

S'agissant des fonctionnaires, ils ont droit au maintien de leur statut. Il leur est donc possible de renoncer à leur statut pour conclure un contrat de travail de droit privé avec son nouvel employeur. Cependant, s'ils souhaitent conserver leur statut de fonctionnaire, deux choix s'offre alors à eux ; la mise à disposition ou le détachement.

Pour mémoire, l'article 61 de la loi du 26 janvier 1984 dispose que la mise à disposition est « la situation du fonctionnaire qui demeure dans son cadre d'emploi ou corps d'origine, est réputé y occuper un emploi, continue à percevoir la rémunération correspondante, mais qui exerce ses fonctions hors du service où il a vocation à servir ».

Le détachement quant à lui, est la position du fonctionnaire placé hors de son cadre d'emploi ou corps d'origine, mais continuant à bénéficier de ses droits à l'avancement et retraite.

La circulaire du 19 novembre 2009 relative à l'application de la loi du 3 août 2009 a précisé que ces dispositions nouvelles ne jouent que lorsque les dispositions spéciales, législatives ou réglementaires, poursuivant le même objectif de sécurisation du transfert de personnel dans le cadre de transfert d'activité ne trouvent à s'appliquer.

Cet article trouve à s'appliquer dans plusieurs cas de transfert :

- transfert d'un employeur de droit public sous la forme d'un service public administratif (SPA) à un employeur de droit privé (association)
- transfert d'un employeur de droit public (SPA) à un employeur de droit public gérant un établissement public industriel et commercial (EPIC).
- transfert d'une personne publique gérant un établissement public industriel et commercial (EPIC) à une personne de droit privée (association), mais seulement en ce qui concerne le directeur et le comptable de cet EPIC. Ce type de transfert ne sera cependant pas traité dans cette note.

## **b. Le transfert des contrats et la proposition d'un contrat de droit privé**

En application de cet article L1224-3-1 du Code du travail, l'organisme d'accueil est tenu de proposer un nouveau contrat de droit privé aux agents non titulaires participant à l'exercice de l'activité transférée.

Ce contrat régi par le Code du travail doit reprendre les clauses substantielles du contrat de travail initial :

- le maintien en CDI ou CDD selon le contrat de travail antérieur : les titulaires d'un CDD doivent se voir proposer un contrat à durée déterminée pour la durée restant à courir en application du contrat de travail initial. Les salariés en CDI se voient eux proposer un autre CDI.
- la durée contractuelle du travail : les salariés concernés par la reprise de l'activité doivent conserver la durée contractuelle de travail figurant sur leur contrat de travail initial.
- l'ancienneté : un agent contractuel transféré conserve tous ses droits attachés à l'ancienneté requise. Il en découle notamment le calcul de l'indemnité de licenciement, la durée du maintien en cas de maladie, ou encore le calcul de l'indemnité de préavis.
- les fonctions exercées : ceci n'interdit pas pour autant l'adaptation de celles-ci en fonction des besoins de la nouvelle organisation de la personne de droit privé.
- la rémunération : la rémunération proposée ne peut être inférieure à celle prévue dans le contrat initial.

Il convient d'observer que le Code du travail ne précise aucun délai dans lequel la personne privée doit proposer le nouveau contrat de droit privé, ni même de combien de temps l'agent dispose pour accepter ou refuser ce contrat.

Cependant, dans un souci d'éviter le contentieux, il est préférable de proposer un contrat de droit privé dans les meilleurs délais après le transfert, et d'indiquer à l'agent le délai à l'issue duquel il sera réputé avoir refusé la proposition en l'absence de réponse et lui préciser les conséquences d'un tel refus.

### **c. La réponse de l'agent transféré au contrat de droit privé proposé**

Lorsque l'agent accepte le contrat de droit privé proposé, il se voit alors soumis au droit privé. Il a tout de même la possibilité de refuser ce contrat proposé, mais il s'expose alors à des conséquences non négligeables.

En effet, en application de l'article L1224-3-1 du Code du travail, en cas de refus du nouveau contrat proposé, le contrat initial de l'agent prend fin de plein droit, selon les règles de droit publiques relatives aux agents licenciés.

La personne privée repreneuse doit notifier le licenciement à l'intéressé et prendre en charge son indemnisation. L'indemnité de licenciement est calculée selon les règles transversales applicables aux agents non titulaires dans la fonction publique concernée et non selon les règles du Code du travail. Cette indemnité de licenciement est prévue par l'article 46 du Décret n°88-145 du 15 février 1988. A ce titre, elle est égale à la moitié de la rémunération de base pour chacune des douze premières années de service, au tiers de la même rémunération pour chacune des années suivantes, sans pouvoir excéder douze fois la rémunération de base.

Les agents ainsi 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 prévues au Code du travail (article R5424-2 à R5424-5 du Code du travail).

## **2. L'application des conventions collectives aux agents transférés**

Outre le fait que le « nouvel employeur » personne publique a l'obligation de proposer un contrat de droit privé qui reprend les clauses substantielles du contrat initial de l'agent, il n'existe en revanche aucune garantie de maintien du statut antérieur.

La notion de « maintien des avantages acquis » ne trouve pas à s'appliquer ici, tant dans sa version antérieure à la loi de travail que dans sa définition nouvelle.

Les agents transférés ayant signé un contrat de droit privé bénéficient de plein droit de l'ensemble des avantages figurant dans la Convention collective ou l'accord d'entreprise applicable dans l'entreprise d'accueil de droit privé, ou résultant d'usages ou d'engagements unilatéraux.