

TRANSFERT D'ACTIVITÉ ET TRANSFERT DE PERSONNELS : DERNIÈRES ÉVOLUTIONS

Pendant longtemps, les collectivités publiques n'ont pas été concernées par les dispositions relatives aux transferts de personnels en cas de reprise d'activité. Seule se posait éventuellement la question du sort des salariés en cas de changement du titulaire d'un marché ou d'une délégation de service public.

Le Conseil d'Etat a bouleversé la donne avec l'arrêt Lamblin du 22 octobre 2004 :

"Lorsque l'activité d'une personne publique employant des salariés de droit privé est reprise par une personne publique gérant un service public administratif, il appartient à cette dernière, en l'absence de disposition législative spécifique, et réserve faite du cas où le transfert entraînerait un changement d'identité de l'entité transféré, soit de maintenir le contrat de droit privé des intéressés, soit de leur proposer un contrat de droit public reprenant les clauses substantielles de leur ancien contrat dans la mesure (...) où des dispositions législatives ou réglementaires n'y font pas obstacle (et) que, dans cette dernière hypothèse, le refus des salariés d'accepter les modifications qui résulteraient de cette proposition implique leur licenciement par la personne publique, aux conditions prévues par le droit du travail et leur ancien contrat."

La possibilité de voir ainsi coexister, au sein des collectivités publiques, des agents non titulaires de droit privé et de droit public, a provoqué un certain émoi.

Le législateur est alors intervenu pour reprendre, à l'exception de cette possibilité d'un maintien de droit privé, le dispositif ainsi arrêté par le conseil.

La loi n°2005-843 du 26 juillet 2005 a ainsi introduit une nouvelle disposition devenue depuis l'article L.1224-3 du code du travail.

Toutefois, seule la reprise par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif de l'activité d'une entité économique employant des salariés de droit privé était visée par ce texte.

Se trouvaient ainsi exclues du dispositif les hypothèses suivantes :

- transfert d'une activité entre deux personnes publiques en l'absence de texte spécifique prévoyant le transfert des personnels
- reprise par une personne morale de droit privé ou par un organisme de droit public gérant un service public industriel et commercial, de l'activité d'une entité économique assurée par une personne publique.

C'est désormais chose faite.

LES DERNIÈRES MODIFICATIONS LÉGISLATIVES

La loi n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique a modifié les dispositions du code du travail et de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 relative aux droits et obligations des fonctionnaires en ce sens.

- 1) En premier lieu, l'article L.1224-3-1 nouveau du code du travail dispose désormais :

"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."

La loi introduit ainsi l'exact symétrie du mécanisme instauré par la loi n°2005-843 du 26 juillet 2005 précitée (L.1224-3 du code du travail) : en cas de transfert d'activité, les salariés de droit public verront donc leur contrat transféré à la personne privée ou à l'organisme à caractère industriel et commercial lequel devra leur proposer un contrat de droit privé reprenant les caractères essentiels du contrat (durée, rémunération notamment). En cas de refus de ce nouveau contrat, le nouvel employeur sera fondé à mettre fin au contrat transféré qui reste donc régi jusqu'à la rupture et y compris pour la rupture, par les règles de droit public (en particulier les décrets relatifs aux agents non-titulaires des différentes fonctions publiques).

Mais, encore faudra-t-il déterminer s'il y a bien transfert d'activité.

La jurisprudence issue de l'application de l'ancien article L.122-12 du code du travail (et de la directive européenne du 12 mars 2001) va donc être transposable aux nouveaux cas de transfert ainsi visés : or, il convient de rappeler que la jurisprudence tant européenne qu'interne considère que pour qu'il y ait transfert automatique des contrats en cours il faut qu'il y ait transfert d'une "*entité économique autonome ayant conservé son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise*".

La directive du 12 mars 2001 (article 1er § 1) précise que le transfert d'entreprise vise :

"est considéré comme transfert, au sens de la présente directive, > celui d'une entité économique maintenant son identité, entendue comme un ensemble organisé de moyens, en vue de la poursuite d'une activité économique, que celle-ci soit essentielle ou accessoire.

La jurisprudence européenne et interne peut donc, très schématiquement, se résumer comme suit :

- *l'entité économique ne saurait être réduite à l'activité dont elle est chargée (mais l'existence d'une activité économique est une condition nécessaire) ;*
- *l'activité doit être autonome ou poursuivre un objectif propre (les juges vont donc rechercher si l'activité était organisée de façon autonome au sein de l'entreprise) ;*
- *cette activité, qui doit être autonome, n'est pas nécessairement l'activité essentielle, mais peut être une activité accessoire (le transfert partiel est donc possible) ;*

- *cette activité économique doit être organisée de manière stable et accompagnée la plupart du temps par des transferts d'actifs (corporels ou incorporels) ; toutefois, dans certains secteurs où l'activité repose essentiellement sur la main d'oeuvre, une collectivité de travailleurs que réunit durablement une activité commune peut correspondre à une entité économique.*

L'appréciation est ainsi faite au cas par cas par le juge qui va chercher à caractériser l'existence d'une entité économique autonome, rechercher si elle garde son identité et si son activité se poursuit. On peut penser que seront systématiquement concernées les opérations d'externalisation des activités par le biais de délégation de service public notamment.

- 2) En second lieu, la loi du 3 août 2009 crée un nouvel article 14ter de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 ainsi libellé :

"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.

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

Les services accomplis au sein de la personne publique d'origine sont assimilés à des services accomplis au sein de la personne publique d'accueil.

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

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 (voir par exemple CAA Versailles 8 novembre 2007, n°05VE01925, CHARBIN).

Ce faisant le législateur est allé très au-delà de ce que lui imposait la directive européenne n° 2001/23/CE du conseil du 12 mars 2001 puisque celle-ci ne concerne que les travailleurs régis par le droit du travail et ne trouve donc pas application pour les agents soumis à un statut de droit public (voir CJCE 14 septembre 2000, Collino point 38).

La modification législative ne manquera pas de poser de nombreuses questions pour son application :

- quel sera le champ d'application précis de la notion d'activité reprise, en particulier pour le transfert entre personnes publiques ?
- quelle articulation avec d'autres dispositifs prévoyant les transferts de personnels non-titulaires (par exemple, en cas de mutualisation de services entre une commune et un établissement public de coopération intercommunale, le transfert étant prévu à l'article L.5211-4-1 du CGCT) ?
- l'agent transféré, devra-t-il être maintenu sur un emploi identique ou bien celui-ci pourra-t-il être modifié et quelles conséquences cela aurait-il sur les caractéristiques de son contrat (on peut ainsi rappeler que l'article 3 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 prévoit que les agents titulaires d'un CDI peuvent se voir maintenir le bénéfice de leur CDI en cas de recrutement pour occuper un nouvel emploi au sein de la même collectivité ou du même établissement à la condition que les nouvelles fonctions définies au contrat sont de même nature que celles exercées précédemment) ?

La liste n'est pas exhaustive et il est très probable que les collectivités publiques soient amenées à se pencher sur ces problèmes sans tarder.

Layla ASSOULINE
Avocat associée
Spécialisée en droit de la fonction publique
layla.assouline@cabinet-coudray.fr