

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

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 le devenir du statut collectif des salariés de droit privé vers un employeur de droit public. Lorsqu'un accord d'intéressement ratifié à la majorité des 2/3 prévoit une clause de tacite reconduction, les salariés peuvent demander la renégociation de l'accord ; à défaut, la reconduction est de trois ans.

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

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

« 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 contraires, 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 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 ».

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

L'obligation de reprise des salariés ne s'impose à la collectivité publique qu'en cas de reprise d'une « entité économique », impliquant des moyens matériels et immatériels d'exploitation (Cass. soc, 29 novembre 2006).

Il n'est cependant pas précisé si cette entité doit conserver ou non son identité après le transfert, comme l'exige l'article L 1224-1 pour le transfert de personnel entre deux employeurs de droit privé.

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

- transfert d'un employeur de droit privé (association) vers un employeur de droit public gérant un service public administratif (SPA),
- transfert d'un Etablissement public à caractère industriel et commercial (EPIC) employant du personnel de droit privé (c'est-à-dire tout le personnel sauf le directeur et le comptable) à une personne morale de droit public gérant un service public administratif (SPA).

b. Le transfert des contrats et la proposition d'un contrat de droit public

Cet article L1224-3 du Code du travail fait peser une obligation (« il appartient ») à la charge de la personne publique de proposer aux salariés un contrat de droit public. Il ne s'agit pas de transférer le contrat de travail de droit privé initial, mais bien de proposer au salarié un nouveau contrat placé sous un régime de droit public.

Ce contrat de droit public proposé doit reprendre les clauses substantielles du contrat initial dont le salarié est titulaire. Ces éléments essentiels du contrat ont été définis par la jurisprudence :

- 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. Les salariés de droit privé transférés seront nécessairement repris en tant qu'agents contractuels et ne peuvent prétendre au statut de fonctionnaire dont l'accès se fait en principe par concours.
- la durée contractuelle du travail : Les salariés concernés par la reprise de l'activité de l'association doivent conserver la durée contractuelle de travail figurant sur leur contrat de travail initial sous réserve qu'elle soit conforme aux règles statutaires dans la fonction publique.
- l'ancienneté : suite à l'entrée en vigueur de la loi Travail du 8 août 2016, les services accomplis par le salarié au sein de l'entité économique d'origine sont assimilés à des services accomplis au sein de la personne publique d'accueil. En d'autres termes, l'ancienneté du salarié est reprise.
- les fonctions exercées : Ceci n'interdit pas pour autant l'adaptation de celles-ci en fonction des besoins de la nouvelle organisation du service.
- la rémunération : La rémunération proposée dans le contrat de droit public ne peut être inférieure à celle prévue dans le contrat initial. Cependant, elle doit rester compatible avec les dispositions réglementaires et législatives et les conditions générales d'emploi et de rémunération des agents publics contractuels (CE, avis 21 mai 2007). Ainsi, l'organisme de droit public ne peut proposer aux salariés une rémunération inférieure à celle dont ils bénéficiaient au seul motif qu'elle dépasse celle des agents en fonction dans l'organisme d'accueil, à moins que le niveau de rémunération n'excède manifestement celui que prévoient les règles générales de la personne publique.

Par ailleurs, il convient d'observer que le Code du travail ne précise aucun délai dans lequel la personne publique doit proposer le nouveau contrat de droit public, ni même de combien de temps le salarié dispose pour accepter ou refuser ce contrat.

Cependant, dans un souci d'éviter le contentieux, il est préférable de proposer un contrat de droit public dans les meilleurs délais après le transfert, et d'indiquer au salarié 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 du salarié transféré au contrat de droit public proposé

Tant que le salarié transféré n'a pas accepté le contrat de travail de droit public proposé, son contrat reste de droit privé. Toutefois, une fois le contrat de droit public accepté par le salarié transféré, ce dernier devient agent de droit public et non pas un fonctionnaire. Il est alors soumis au droit public.

Le salarié garde la possibilité de refuser le contrat de droit public proposé, mais il s'expose alors à des conséquences non négligeables.

En effet, la loi du 3 août 2009 est venue préciser que si le salarié transféré refuse le contrat de droit public proposé, il est alors licencié par la personne publique « nouvel employeur » dans les conditions prévues par le droit auquel est soumis son contrat initial, c'est-à-dire le droit privé. Il s'agit ainsi d'un licenciement *sui generis*, puisqu'il est de plein droit, le refus du salarié de changer de statut constituant à lui seul la cause du licenciement (Cour de cassation, soc, 30 septembre 2009).

Il convient de noter que l'article L1224-3 ne précise pas les modalités de la rupture, telles que la nécessité d'un entretien préalable, le respect d'un préavis ou les conditions de dispense éventuelle et de paiement du préavis non effectué.

Cependant, pour éviter tout contentieux, les règles de droit du travail devant être appliquées, il semble nécessaire de respecter toute la procédure de licenciement prévue par le Code du travail. Les indemnités de licenciement seront calculées selon les règles prévues par le contrat de travail, le Code du travail et, la convention collective.

2. Le devenir des conventions collectives lors du transfert de personnel de droit privé à un employeur de droit public

Le législateur est resté muet sur le sort des conventions collectives lors d'un transfert dans le cadre de l'article L 1224-3 du Code du travail.

Selon le principe général, 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 effet jusqu'à l'entrée en vigueur du texte qui lui est substitué ou, à défaut, pendant un an à compter de l'expiration du délai de préavis de 3 mois, sauf clause prévoyant une durée supérieure. Elle continue donc à s'appliquer pendant un délai de 15 mois.

Au terme de ce délai, depuis la loi Travail du 8 août 2016, lorsque la convention ou l'accord dénoncé ou mis en cause n'a pas été remplacé par une nouvelle convention ou un nouvel accord, les salariés des entreprises concernées conservent seulement, en application de la convention ou de l'accord dénoncé, une rémunération dont le montant annuel, pour une durée de travail équivalente à celle prévue par leur contrat de travail, ne peut être inférieur à la rémunération versée lors des douze derniers mois. C'est là, en effet, nouvelle définition de la notion de « *maintien des avantages individuels acquis* ».

Cela signifie clairement que hormis la notion de rémunération, tous les autres avantages sont perdus (durée de travail, RTT notamment).

La question est donc de savoir ce qu'il advient pendant ce délai de 15 mois : la Convention collective nationale continue-t-elle à s'appliquer ?

Pour certains auteurs, il est possible de considérer que la signature d'un nouveau contrat de travail de droit public fait échec à l'application de l'article L 2261-14 du Code du travail.

D'ailleurs, la Cour de cassation a affirmé dans un arrêt du 17 mai 2005, n° 03-13.582 que les salariés absorbés par une entreprise à statut (en l'espèce Air France) devaient être soumis de plein droit au statut du personnel du nouvel employeur et que les dispositions de l'article L 2261-14 du Code du travail ne s'appliquaient donc pas.

On peut donc envisager une application similaire des textes et considérer que dès la signature du nouveau contrat de travail, c'est le statut particulier des agents contractuels de droit public qui s'applique. Cette question n'est cependant pas tranchée par la Cour de cassation. Il subsiste donc un « flou juridique » pendant cette période transitoire.

En revanche, au-delà du délai de 15 mois, la Convention collective nationale n'est plus applicable et, seul le statut public s'applique. La loi du 8 août 2016 prévoit toutefois, à l'issue de ce délai, le maintien d'une rémunération dont le montant annuel ne peut être inférieur à la rémunération versée lors des douze derniers mois.