

Références :

- ✓ Loi n°2009-972 du 3 août 2009 (loi de mobilité)
- ✓ Loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, articles 20 et 21
- ✓ Loi n° 2001-2 du 3 janvier 2001, relative à la résorption de l'emploi précaire et à la modernisation du recrutement dans la fonction publique ainsi qu'au temps de travail dans la fonction publique territoriale, article 9
- ✓ Loi n° 99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale, article 63
- ✓ Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la Fonction Publique Territoriale (JO du 27 janvier 1984)
- ✓ Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 modifiée portant droits et obligations des fonctionnaires (JO du 14 juillet 1983)
- ✓ Code du travail, notamment les articles L. 1224-1 et suivants
- ✓ Code général des collectivités territoriales
- ✓ Directive du Conseil n° 2001/23/CEE du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, JOCE n° L 082 du 2 mars 2001
- ✓ Directive du Conseil n° 1999/70/CE du 28 juin 1999 relative à l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée, JOCE n° L 175 du 10 juillet 1999
- ✓ Loi n°2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales
- ✓ Décret n°2011-515 du 10 mai 2011 relatif au calcul des modalités de remboursement des frais de fonctionnement des services mis à disposition dans le cadre de l'article L. 5211-4-1 du code général des collectivités territoriales

Cette note d'information vise à présenter les principales dispositions en matière de transfert de personnels, qu'il intervienne entre employeurs publics et privés ou entre deux employeurs publics.

Sommaire

I – Les transferts de personnels d’un employeur privé vers un employeur public	3
A - Un transfert de droit.....	3
B - La procédure de transfert	5
C - L’acceptation ou le refus du salarié :	6
1) Accord écrit et non équivoque du salarié : recrutement du salarié	6
2) Refus exprès ou tacite du salarié : licenciement du salarié.....	6
II -Les transferts de personnels d’un employeur public vers un employeur privé	7
III - les transferts de personnels entre des employeurs publics	8
A - 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 :	8
B - Transfert de compétences et de personnels en application des lois relatives à l’intercommunalité.....	9
1) Agents exerçant en totalité leurs fonctions dans un service transféré : transfert obligatoire et automatique des agents à l’EPCI.....	9
2) Agents exerçant partiellement leurs activités dans un service transféré : application du droit commun de la fonction publique territoriale.....	10
3) Rémunération : maintien du régime indemnitaire plus favorable.....	10

I – Les transferts de personnels d’un employeur privé vers un employeur public

Afin de se mettre en conformité avec le droit communautaire, le législateur a réglementé le transfert de personnel du privé vers le public.

L’employeur public qui reprend l’activité est obligé de faire une proposition de recrutement conforme au droit public, le salarié a le droit de refuser cette modification et donc ce recrutement. Dans cette hypothèse, l’employeur de droit public doit le licencier et payer les indemnités afférentes.

L’article 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 dispositions 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 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. »

Un large champ d’application :

- Sont visées des entités économiques employant des salariés de droit privé sans plus de précisions, ce qui peut concerner tout employeur du secteur privé (associations, société d’économie mixte, SA, SARL, etc.).
- Sont visés les salariés de droit privé. Par conséquent sont concernés tous les salariés : CDD, CDI, contrats à temps partiel, etc.

A - Un transfert de droit

Le transfert d'une activité auprès d'un nouvel employeur, qu'il relève du secteur privé ou du secteur public, est régi par les dispositions de l'article L.1224-3 du code du travail.

Concrètement, les dispositions de l'article L. 1224-3 du code du travail sont d'ordre public. Il en résulte que le transfert des contrats de travail s'effectue de plein droit lors du transfert (Cass. Soc. 16 janvier 1990, n° 88-4054).

Ainsi, au moment de la reprise de l'activité, l'administration devient l'employeur des salariés.

Le transfert n'a cependant pas pour effet de transformer la nature juridique du contrat. En effet, tant que l'employeur public n'a pas conclu d'acte d'engagement relevant du droit public, les salariés transférés relèvent toujours du code du travail et les éventuels litiges nés du transfert restent de la compétence du seul juge judiciaire (Tribunal des Conflits, 19/01/2004, Mme Devun c/ commune de St Chamond et CE 04/04/2005, commune de Reichshoffen).

Le maintien des clauses substantielles du contrat

L'article 20 de la loi du 26 juillet 2005 précise que lorsque le service est repris sous forme de service public administratif, il appartient à la collectivité ou l'établissement public de proposer au salarié un contrat de droit public à durée déterminée ou indéterminée selon la nature du contrat de travail détenu auparavant.

Les conditions de transfert :

- Reprise de l'activité de l'entité économique.
- L'activité transférée doit être gérée par la personne publique sous forme de service public administratif (SPA), dans l'hypothèse où le service est géré sous forme de service public industriel et commercial (SPIC) cette disposition ne s'applique pas. Toutefois, selon la jurisprudence, l'article L.1224-3 du code du travail est applicable.

Les obligations de l'employeur public : Proposition de recrutement

L'administration a l'obligation de proposer aux salariés un contrat de droit public. Cette proposition doit tenir compte de la nature du contrat dont était titulaire le salarié : CDI s'ils étaient titulaires d'un CDI, CDD s'ils étaient titulaires d'un CDD.

Bien que la loi ne le précise pas, l'employeur sera considéré comme ayant rempli son obligation s'il propose un CDI à un salarié titulaire d'un CDD, ou s'il propose une nomination stagiaire.

Les clauses du contrat de droit privé et le régime du contrat de droit public :

Le régime du contrat de droit public n'est pas clairement défini. En effet, il doit reprendre les clauses substantielles du contrat de droit privé dont étaient titulaires les salariés, sauf disposition contraire.

Il convient d'examiner cette compatibilité au cas par cas.

La clause relative à la rémunération est maintenue dans les mêmes conditions, c'est-à-dire si elle est compatible avec le droit de la fonction publique territoriale.

L'arrêt CJCE, 11 novembre 2004, Delahaye c/ ministre de la fonction publique, reconnaît qu'en cas de transfert d'une activité économique d'une personne morale de droit privé à une personne morale de droit public, le droit communautaire « ne s'oppose pas à la réduction de la rémunération des travailleurs en vue de se conformer aux règles de droit public ».

Sur ce point concernant la rémunération du personnel transféré, le Conseil d'Etat, dans son avis rendu le 21 mai 2007, précise la marge de manœuvre du nouvel employeur. Le Conseil d'Etat considère qu'en rédigeant l'article 20 de la loi du 26/07/2005, le législateur n'a pas entendu autoriser le nouvel employeur à proposer au personnel transféré une rémunération inférieure à celle dont il bénéficiait auparavant au seul motif qu'elle dépasserait, à niveau de responsabilité et de qualification équivalents, celle des agents en fonction dans l'organisme d'accueil à la date du transfert.

En revanche, poursuit le Conseil d'Etat, les dispositions du 2ème alinéa de l'article 20 ont pour objet de faire obstacle à ce que soient reprises des clauses impliquant une rémunération dont le niveau, même corrigé de l'ancienneté, excéderait manifestement celui que prévoient les règles générales que l'employeur public a, le cas échéant, fixées pour la rémunération de ses agents non titulaires.

En l'absence d'institution de telles règles, la rémunération ne devrait pas excéder celle qui serait versée à un agent non titulaire de l'Etat ayant une qualification équivalente et exerçant des fonctions analogues. (Avis rendu par le Conseil d'Etat, 21 mai 2007, n° 299307).

B - La procédure de transfert

Le transfert de personnel d'une entité privée auprès d'un employeur public doit respecter un certain formalisme. La procédure doit privilégier également une information suivie auprès des personnes concernées.

❑ L'avis du comité technique paritaire

Le comité technique paritaire émet des avis sur l'organisation et les conditions générales de fonctionnement de l'administration. A ce titre, il doit être saisi pour avis préalablement au transfert.

❑ L'information écrite au personnel

Chaque personne concernée par le transfert doit être destinataire d'un courrier du nouvel employeur l'informant des conditions du transfert, des propositions de contrats (CDD, CDI, nomination stagiaire) et des clauses reprises de son contrat.

❑ Les délibérations

Le nouvel employeur crée par délibération les emplois permanents sur lesquels il va nommer les agents en CDD, CDI ou stagiaire s'ils remplissent les conditions. Un avis de vacance d'emploi est transmis au Centre de Gestion.

❑ La conclusion des contrats

Le nouvel employeur notifie à chaque nouvel agent l'acte d'engagement correspondant à sa situation. Si l'agent refuse une ou plusieurs clauses de son contrat, il est licencié faute d'accord avec son nouvel employeur. Le licenciement intervient au vu des dispositions régissant son contrat antérieur.

Cette proposition doit être accompagnée d'une information précise sur les conséquences du transfert sur les droits et obligations des salariés.

En effet, le changement de régime entraîne notamment les conséquences suivantes :

- contrat à durée indéterminée de droit public,
- contrat à durée déterminée de droit public dont le renouvellement ne peut être garanti,
- possibilité de passer les concours de la fonction publique territoriale,
- nomination sur un emploi accessible sans concours au 1^{er} échelon, réglementation applicable au stagiaire,
- application du droit public et non du Code du travail et des conventions collectives,
- affiliation à l'IRCANTEC,
- protection sociale du régime général, mais protection statutaire en fonction de l'ancienneté en application du décret n° 88-145 du 15 février 1988, en cas de maladie, maternité, accident de service,
- droit à la formation selon le régime de la fonction publique territoriale,
- etc.

C - L'acceptation ou le refus du salarié :

Le salarié peut refuser ou accepter cette proposition de recrutement dans la mesure où elle constitue une modification substantielle du contrat de travail selon la directive et la jurisprudence européennes. En cas de refus, l'employeur public doit licencier le salarié en application du droit du travail.

Le licenciement est opéré par l'employeur public, dans le respect des règles définies par le contrat initial de l'agent, par sa convention collective ou par le code du travail.

Le versement de l'indemnité de licenciement est à la charge de l'employeur public.

1) Accord écrit et non équivoque du salarié : recrutement du salarié

Si le salarié accepte cette embauche, il convient de prendre un acte écrit, contrat ou arrêté, en application du dispositif appliqué et en application du statut de la fonction publique territoriale, notamment du décret n° 88-145 du 15 février 1988.

Dans cet acte, il convient de préciser 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 non titulaire s'y substitue.

2) Refus exprès ou tacite du salarié : licenciement du salarié

Si le salarié refuse, il convient de licencier la personne en respectant les règles posées par le code du travail et leur contrat de travail.

Sous réserve de l'appréciation du juge, il semble préférable d'appliquer la procédure de licenciement pour motif économique qui offre plus de garanties au salarié.

La collectivité doit payer toutes les indemnités de rupture, en application du code du travail et de la convention collective applicable, soit l'indemnité de licenciement, l'indemnité compensatrice de congés payés non pris, l'indemnité de préavis s'il n'est pas effectué.

II - Les transferts de personnels d'un employeur public vers un employeur privé

Selon l'article L. 1224-3-1 du code du travail, « 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. »

Pour les fonctionnaires, l'embauche directe, la mise à disposition ou le détachement sont étudiés. Les règles en matière de suppression d'emploi peuvent s'appliquer, en cas de refus de l'agent (surnombre, licenciement...).

Le Comité Technique Paritaire est également saisi préalablement à la décision.

III - les transferts de personnels entre des employeurs publics

A - 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

- ✓ Reprise du contrat de droit public dont l'agent est titulaire (CDD ou CDI).
- ✓ Les agents transférés, dans ce cadre, le sont pour la durée du contrat dont ils sont titulaires. Les agents en contrat à durée déterminée ne sont donc transférés que pour la durée restant à courir de leur contrat. Toutefois, il est possible de leur proposer un nouveau contrat d'une durée supérieure.
- ✓ Reprise des clauses substantielles du contrat, en particulier celles relatives à la rémunération (mais aussi la durée, l'objet, la quotité du temps de travail, la qualification ou l'ancienneté) sauf disposition législative ou réglementaire ou conditions générales de rémunération et d'emploi contraires au sein de la structure d'accueil.
- ✓ Les services accomplis auprès d'une personne publique d'origine sont assimilés à des services accomplis dans l'administration d'accueil. Cela vaut notamment pour l'ouverture des droits à congés et à formation auprès de la personne publique d'accueil ainsi que pour la reconduction, le cas échéant, d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée. Au terme des six années de contrats conclus pour l'exercice des mêmes fonctions, quand bien même celles-ci ont débuté auprès de l'organisme d'origine, l'organisme d'accueil devra obligatoirement proposer un CDI aux agents, s'il souhaite poursuivre la relation de travail.
- ✓ En cas de refus du contrat proposé, le contrat prend fin de plein droit. La personne publique qui reprend l'activité applique les dispositions relatives aux agents licenciés. Cependant, seules les dispositions postérieures à la décision de licenciement trouvent à s'appliquer. Ainsi il n'y a pas lieu de prévoir un entretien préalable de licenciement. Le licenciement n'a pas à être motivé. Par contre l'agent ouvre droit à une indemnisation dans les conditions prévues par les dispositions réglementaires applicables à l'organisme d'origine. Sont pris en compte dans le calcul du montant de cette indemnité les périodes d'emploi accomplies auprès de la personne morale d'origine.

B - Transfert de compétences et de personnels en application des lois relatives à l'intercommunalité.

1) Agents exerçant en totalité leurs fonctions dans un service transféré : transfert obligatoire et automatique des agents à l'EPCI.

Le transfert de compétences d'une commune à un EPCI entraîne le transfert du service ou de la partie de service chargé de sa mise en œuvre.

Il en résulte que : « les fonctionnaires territoriaux et agents territoriaux non titulaires qui remplissent en totalité leurs fonctions dans un service ou une partie de service transféré en application de l'alinéa précédent sont transférés dans l'établissement public de coopération intercommunale. Ils relèvent de cet établissement dans les conditions de statut et d'emploi qui sont les leurs. »

☞ CGCT, art. L. 5211-4-1 créé par l'article 46 de la loi 2002-276 du 27.02.02

a - Champ d'application

Les agents concernés sont donc :

- les fonctionnaires titulaires et stagiaires à temps complet ou non complet,
- les agents non titulaires de droit public, quelle que soit leur appellation : contractuel, horaire, vacataire, ...,
- les agents non titulaires de droit privé si les deux employeurs publics successifs négocient avec la DIRECCTE le transfert de la convention autorisant leur embauche.

Les services concernés sont :

- les services transférés totalement à l'EPCI
- les services transférés partiellement à l'EPCI

Par conséquent, le critère n'est pas le transfert total ou partiel du service, mais bien l'exercice total ou partiel de ses fonctions par l'agent dans le service ou la partie de service transféré.

b - Caractéristiques du transfert

Ce transfert est automatique et obligatoire, à partir du moment où la compétence est transférée.

c - Conséquences du transfert

Ces agents relèvent donc de l'EPCI dans les conditions d'emploi et de statut qui sont les leurs.

d - Procédure

La procédure est simple :

- avis du CTP de la commune, sur le transfert des services et des emplois,
- avis du CTP de l'EPCI s'il existe,
- décision conjointe de la mairie et de l'EPCI pour chaque agent.

2) Agents exerçant partiellement leurs activités dans un service transféré.

Le législateur a prévu que « les questions relatives à la situation de fonctionnaires territoriaux exerçant pour partie seulement dans un service ou une partie de service transféré sont réglées par convention entre les communes et l'établissement public de coopération intercommunale après avis des commissions administratives paritaires concernées, dans le respect des conditions de statut et d'emploi fixées par la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale ».

☞ CGCT, art. L. 5211-4-1 modifié par la loi n°2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales

Le transfert peut être proposé aux fonctionnaires territoriaux et agents territoriaux non titulaires exerçant leurs fonctions pour partie seulement dans un service ou une partie de service transféré.

En cas de refus, ils sont de plein droit et sans limitation de durée, mis à disposition, à titre individuel et pour la partie de leurs fonctions relevant du service ou de la partie de service transféré. Ils sont placés, pour l'exercice de cette partie de leurs fonctions, sous l'autorité fonctionnelle du président de l'EPCI.

La mise à disposition étant de « de plein droit », cela signifie que les agents ne peuvent refuser les missions ou tâches qui leur sont confiées (contrairement à la réglementation relative à la mise à disposition : article 61 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 et décret n° 2008-580 du 18 juin 2008 prévoyant la saisine de la CAP et la possibilité pour l'agent de refuser la mise à disposition).

Les modalités de cette mise à disposition sont réglées par une convention conclue entre la commune et l'établissement public de coopération intercommunale après avis des CTP concernés.

Cette convention prévoit notamment les conditions de remboursement par la commune ou l'établissement public bénéficiaire de la mise à disposition des frais de fonctionnement du service. Les modalités de ce remboursement sont définies par le décret n°2011-515 du 10 mai 2011

3) Rémunération : maintien du régime indemnitaire plus favorable

Lorsque des agents sont transférés à un EPCI en application de l'article L.5211-4-1 du CGCT, ils conservent s'ils y ont intérêt, le bénéfice du régime indemnitaire qui leur était applicable.

Cela concerne les agents transférés obligatoirement car exerçant leur activité en totalité pour un service totalement ou partiellement transféré lors de la création de l'EPCI.

Cela ne concerne pas les agents recrutés ultérieurement par l'EPCI qui bénéficieront du régime indemnitaire institué par délibération par l'EPCI.