

REPRISE D'UNE ACTIVITÉ EN RÉGIE DIRECTE ET DEVENIR DES SALARIÉS : LES OBLIGATIONS DE LA PERSONNE PUBLIQUE REPRENEUR

Dans le but de limiter les conséquences du changement d'employeur sur les contrats de travail en cas de vente d'entreprise, fusion de sociétés, mise en location gérance ou encore cession d'une branche d'activité, le Code du travail organise le transfert des personnels.

Le Code du travail permet donc la continuation des contrats de travail dans l'hypothèse d'un changement d'employeur.

La reprise du personnel et le transfert des contrats de travail interviennent soit lorsque les conditions imposées par l'article L. 1224-1 du Code du travail sont réunies, soit lorsqu'une convention collective le prévoit, soit encore en cas d'application volontaire.

La notion de reprise du personnel issue du Code du travail intéresse également les collectivités locales et leurs établissements publics dans deux hypothèses bien distinctes :

- lors de la remise en concurrence d'un marché public par exemple ;
- lors d'une reprise en régie directe par une collectivité territoriale ou un établissement public d'une activité auparavant gérée par une structure de droit privé par exemple.

La présente étude a pour objet de déterminer les obligations à la charge du nouvel employeur public dans l'hypothèse où l'activité d'une structure de droit privé est reprise en régie par une collectivité territoriale ou un établissement public.

1. Rappel du contexte légal

Bien connu du secteur privé, le transfert des contrats de travail intéresse également les organismes publics depuis un arrêt fondateur en la matière.

La CJCE (26 septembre 2000, n°C-175/99) a fait application de la directive 77/187/CEE, du 14 février 1977 pour considérer que la reprise du personnel s'impose aux personnes publiques dès lors que l'identité de l'activité transférée est conservée.

Codifié aux articles [L. 1224-3 du Code de travail](#), le transfert des contrats de travail concerne aujourd'hui les organismes publics, et en particulier les collectivités territoriales et leurs établissements publics.

S'agissant des reprises concernant des organismes publics, l'article L. 1224-3 du Code du travail dispose que :

« 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 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 ».

Cet article constitue le socle de référence des transferts de contrats privés vers un organisme public gérant un service public administratif.

C'est en particulier l'hypothèse dans laquelle une activité auparavant déléguée par une personne de droit public à une structure de droit privé (souvent une association loi 1901) est reprise en régie directe.

2. À quelles conditions les salariés de droit privé sont-ils repris par la personne publique ?

En premier lieu, il appartient à la collectivité publique repreneur de déterminer si l'activité qu'elle reprend entre dans le cadre du transfert d'entreprise et donc répond aux conditions posées par l'article L. 1224-1 du Code du travail et explicitées par la jurisprudence judiciaire.

Les contrats de travail seront transférés à la collectivité publique lorsque deux conditions sont réunies:

- L'existence du transfert d'une activité économique autonome :

L'entité économique autonome se définit comme un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels et incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui se poursuit. Il s'agit du personnel spécialement affecté à l'exercice de l'activité transférée et des moyens corporels (bâtiment, atelier, terrain, équipement, outillage) ou incorporels (clientèle, droit sur une marque, droit au bail).

- l'activité est poursuivie ou reprise en conservant son identité :

Les moyens corporels et incorporels doivent participer à l'exercice d'une activité poursuivant un objectif propre.

L'obligation de reprise de personnel s'analyse *in concreto*, à l'aide des critères exposés ci-dessus.

En cas de difficulté sur l'analyse de la réunion des critères nécessaires au transfert, la question de la compétence du juge judiciaire est désormais tranchée.

En effet, le Tribunal des conflits ([TC, 9 mars 2015, n°3994](#)) et la Cour de cassation ([Cass. Soc. 22 septembre 2015, n°13-26.032](#)) donnent compétence au juge judiciaire pour constater la réunion des conditions requises au transfert de l'entité économique autonome :

« qu'il en résulte que tant que les salariés concernés n'ont pas été placés sous un régime de droit public, **leurs contrats demeurent des contrats de droit privé de sorte que le juge judiciaire est seul compétent** pour statuer sur les litiges nés du refus de l'un ou l'autre des deux employeurs successifs de poursuivre l'exécution de ces contrats de travail, qui ne mettent en cause, jusqu'à la mise en œuvre du régime de droit public, que des rapports de droit privé et, partant, **pour apprécier les conditions d'application des dispositions légales** et leurs conséquences, notamment l'existence d'une entité économique transférée et poursuivie ainsi que **la teneur des offres faites aux salariés** ». (TC, 9 mars 2015, n°3994).

Et le juge judiciaire de reprendre ce considérant :

« Attendu que lorsque l'activité d'une entité économique employant des salariés de droit privé est, par transfert de cette activité, reprise par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif, il appartient à cette personne publique de proposer aux salariés un contrat de droit public reprenant les clauses substantielles de leur contrat, notamment concernant la rémunération, et qu'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 Code du travail et par leur contrat ; que si le juge judiciaire est seul compétent pour statuer sur les litiges nés du refus de l'un ou l'autre des deux employeurs successifs de poursuivre l'exécution du contrat de travail, qui ne mettent en cause, jusqu'à la mise en œuvre du régime de droit public, que des rapports de droit privé et, partant, **pour apprécier les conditions d'application des dispositions légales, notamment l'existence d'une entité économique transférée et poursuivie, la teneur des offres faites aux salariés par la personne publique**, ainsi que pour tirer les conséquences indemnitaires d'une rupture des contrats par cette personne résultant de son refus illégal de proposer des contrats de droit public lorsque les salariés se prévalent d'une telle rupture, il ne peut faire injonction à la personne publique de proposer de tels contrats ; que lorsque les salariés se prévalent de la poursuite de leur emploi au service de la personne de droit public, le juge judiciaire, après avoir constaté la réunion des conditions requises, doit renvoyer les salariés à mieux se pourvoir afin que soit faite injonction à la personne publique de faire les offres de contrat auxquelles elle est tenue ;

L'analyse par le juge judiciaire de la réunion des conditions nécessaires au transfert est assez logique dans la mesure où l'activité en cause est encore une activité privée puisque que la reprise en régie directe par la personne publique n'est pas encore intervenue.

3. Le contenu du contrat de droit public proposé

3.1 Reprise des clauses substantielles du contrat de travail : l'exemple de la durée et de la rémunération

[La circulaire en date du 19 novembre 2009 \(NOR : BCFF0926531C\)](#) précise que constituent les clauses substantielles du contrat de travail : la durée, l'objet, la quotité de temps de travail, la qualification, l'ancienneté et la rémunération.

Le Code du travail semble toutefois opérer une distinction entre les clauses substantielles elles-mêmes.

En effet, [le premier alinéa de l'article L. 1224-3 du Code du travail](#) s'intéresse spécifiquement à la durée du contrat de travail CDI ou CDD. La durée proposée par le contrat de droit public doit être strictement identique à celle prévue au sein du contrat de travail.

Les autres clauses substantielles et en particulier celle concernant la rémunération sont régies par le deuxième alinéa de l'article L. 1224-3 du Code du travail et peuvent subir quelques modifications au sein du nouveau contrat de droit public au regard des règles de la fonction publique.

3.2 La rémunération du nouveau contrat de droit public

S'agissant de la rémunération, l'article L. 1224-3 dispose expressément que la rémunération n'est pas obligatoirement identique à celle précédemment prévue par le contrat de travail :

« 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 ».

Sur ce point, le Conseil d'État a eu l'occasion de se prononcer :

« le législateur n'a pas entendu autoriser cette dernière à proposer aux intéressés 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 fonctions dans l'organisme d'accueil à la date du transfert.

3° Les dispositions précitées du deuxième alinéa de l'article 20 de la loi du 26 juillet 2005 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. En l'absence de telles règles au sein d'une collectivité territoriale, la reprise de la rémunération antérieure n'est, en tout état de cause, légalement possible que si elle peut être regardée comme n'excédant pas manifestement la rémunération que, dans le droit commun, il appartiendrait à l'autorité administrative compétente de fixer, sous le contrôle du juge, en tenant compte, notamment, des fonctions occupées par l'agent non titulaire, de sa qualification et de la rémunération des agents de l'État de qualification équivalente exerçant des fonctions analogues » ([CE, Avis n° 299307 du 21 mai 2007](#)).

La haute juridiction pose le principe selon lequel l'exception prévue à l'article L. 1224-3 du Code du travail n'a pas pour effet automatique de faire obstacle au maintien de la rémunération. La rémunération proposée peut néanmoins être inférieure (Principe rappelé par CJUE, 6 sept. 2011, aff. C-108/10).

Si la collectivité n'a pas mis en place de grille de rémunération pour ses agents contractuels, la rémunération de l'agent transféré ne doit pas excéder manifestement la rémunération qui serait allouée à un agent public. Pour ce faire, la rémunération peut être fixée au regard de la qualification et de la rémunération d'un agent déjà en poste de qualification équivalente exerçant des fonctions analogues.

3.3 La durée du nouveau contrat de droit public

Selon la circulaire et au regard du Code du travail, la durée du contrat – contrat à durée indéterminée ou contrat à durée déterminée – est une clause substantielle.

Mais contrairement à la rémunération, il semble que la durée du travail ne puisse subir aucune modification au sein du nouveau contrat de droit public.

En effet, le premier alinéa de l'article L. 1224-3 est très clair sur ce point, le salarié auparavant en contrat à durée indéterminée ne peut se voir proposer qu'un contrat lui-même à durée indéterminée :

« 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 ».

Il ressort de cet article que, contrairement à la rémunération, la durée du contrat de travail ne peut souffrir d'aucune exception. Or, certaines dispositions de droit public pourraient se trouver en contradiction.

C'est en particulier le cas des directeurs d'offices de tourisme. Un office de tourisme sous la forme associative emploie son directeur en CDI. L'activité de l'office est reprise en régie directe par la collectivité. À la lecture de cet article, la nouvelle collectivité doit proposer un contrat de droit public en CDI et ce quand bien même [l'article R. 133-11 du Code du tourisme](#) prévoit que les directeurs sont recrutés en CDD pour une durée de trois ans.

Transformer un CDI en CDD à l'occasion d'un transfert serait particulièrement inéquitable pour le salarié, c'est sans doute ce qui a motivé le législateur à privilégié les intérêts du futur agent public en lui permettant de conserver un CDI.

Il en résulte que le second alinéa de l'article L. 1224-3 du Code du travail qui permettrait de déroger à la reprise *in extenso* du contrat concerne toutes les clauses substantielles du contrat de travail à l'exception de celle relative à la durée.

4. Le juge du nouveau contrat de droit public proposé

Si survient une difficulté lors de la proposition du nouveau contrat de droit public, il appartient au juge judiciaire de se prononcer sur la teneur de l'offre du contrat de droit public ([TC, 9 mars 2015, n°3994](#) et [Cass. Soc. 22 septembre 2015, n°13-26.032](#), précités).

En effet, le Tribunal des conflits a considéré que tant que le nouveau contrat de droit public n'était pas signé, les parties sont toujours concernées par une relation de droit privé ce qui donne compétence au juge judiciaire.

De la même façon, il a été jugé qu'en l'absence de proposition d'un contrat de droit public faite par la collectivité publique reprenneur, il ne faut pas saisir le juge administratif de ce refus mais en premier lieu, le juge judiciaire qui aura pour mission comme cela a été précisé d'examiner la réunion des conditions du transfert.

Donner compétence au juge judiciaire d'examiner la teneur des offres du nouveau contrat de droit public n'est pas sans poser de difficulté.

Si on connaît désormais les juges compétents en matière de transfert impliquant un organisme public, certaines des conditions juridiques dudit transfert mériteraient d'être approfondies par la jurisprudence.