



DOC CGT – ANNEXE 3

Article 23, 24 et 25 de la loi du 3 août 2009 SITUATION DES CONTRACTUELS DANS LES CAS DE TRANSFERTS D'ACTIVITES

La directive européenne du 12 mars 2001 (JOCE du 22 mars 2001) reprend les dispositions communautaires des directives du 14 février 1977 et 29 juin 1998 concernant le transfert des salariés en cas de modification de la situation juridique d'un employeur. Elle précise qu'en cas de transfert total ou partiel « *d'une entité économique maintenant son activité en vue de la poursuite d'une activité économique que celle-ci soit essentielle ou accessoire* » tous les contrats de travail à durée déterminée ou indéterminée sont transférés, dans leurs clauses substantielles, au repreneur.

Dans le droit français, de telles dispositions sont prévues pour les entreprises ou organismes de droit privé par l'article L 1224-1 du code du travail (ancien L 122-12). Pour les services publics à caractère industriel et commercial (EPIC, société d'économie mixte, GIP industrielle et commerciale) la cour de cassation a, de longue date, jugé que l'article L 122-12 s'appliquait que ce soit dans les cas d'externalisation (création de filiale, par ex.) ou dans les cas de réinternalisation auprès d'un autre SPIC par exemple reprise d'une concession de service public en régie industrielle et commerciale ou transfert d'une association para-administrative dans un EPIC.

Cependant, il a été jugé que la cession de tâche sans relation directe avec la fonction économique principale (par exemple entretien des locaux, restauration collective etc.) n'entraînait pas l'application de l'article L 122-12. Ce n'est que lorsque les missions exercées ne peuvent être dissociées de l'activité dominante que le repreneur sous traitant ou prestataire de service doit reprendre les contrats de travail des agents effectuant la mission transférée ou concédée. Cette réserve est de fait contournée par la loi du 3 août qui est susceptible de s'appliquer à tous les types de transfert.

Pour les services publics à caractère administratif, le statut général ne prévoyait jusqu'à récemment, aucune disposition particulière, les situations des fonctionnaires étant traitées par le statut général incluant aujourd'hui la position de réorientation professionnelle et bientôt le détachement. Pour les non titulaires à durée déterminée ou indéterminée, aucune disposition n'existait ce tant pour les cas « *descendants* » (externalisation) que pour les cas « *montants* » (réintégration de missions au sein d'un service public administratif) ou pour les transferts entre 2 entités juridiques publiques (service vers EPA, Etat vers territoriale).

Pour la Fonction publique de l'Etat, chaque évolution faisait ainsi l'objet de dispositions législatives particulières qui traitaient (ou ne traitaient pas) de la situation des contractuels.

En 2000, la cour de justice européenne a jugée (affaire 175/99 CJCE 26 septembre 2000) que la directive européenne prévoyant la reprise des salariés s'appliquait dans tous les cas de transfert d'activité économique peu importe le caractère administratif de l'une ou l'autre des parties.

En l'absence de disposition législative générale se sont donc les juges qui ont apprécié au cas par cas la situation des agents. Pour les reprises de mission administrative par une société privée (cas descendant), la cour de cassation a ainsi jugé que ne s'agissant pas d'activité économique, l'article L122-12 ne s'appliquait pas.

Un autre problème se posait pour les salariés de droit privé recrutés sous contrat à durée indéterminée lorsque l'activité était reprise par un service public administratif de droit commun (cas montant), c'est-à-dire ne pouvant recruter que des fonctionnaires titulaires pour l'accomplissement des missions permanentes à temps complet. Le transfert d'un contrat de travail de droit privé étant impossible en l'absence de mesures législatives spécifiques la reprise des contrats de travail entraînait de facto le licenciement des intéressés, sauf disposition législative prévoyant l'intégration dans un corps ou un cadre d'emploi.

Ces problèmes considérés comme marginaux ont pris une toute autre ampleur avec le vote de la loi Raffarin de décentralisation, puis avec l'accélération des restructurations dans la Fonction publique car de plus en plus de contractuels se sont tournés vers les tribunaux.

Pour régler ces situations, la loi du 21 janvier 2007 a traité des cas de reprise par un service public administratif d'activités exercées antérieurement pour une entité économique privée (I) en ajoutant un article L 1224-3 au code du travail. Cet article a été complété par l'article 24 de la loi « *mobilité* » du 3 août 2009.

L'article 25 de la loi mobilité a réglé également les cas où l'activité d'une entité employant des contractuels de droit public est reprise par une entreprise ou un organisme de droit privé en ajoutant un article L 1224-3-1 du code du travail (II).

Enfin l'article 23 de la loi mobilité traite les cas de transfert d'activités entre 2 personnes morales de droit administratif en ajoutant un article 14 ter à la loi du 13 juillet 1983 portant statut général (III).

Ces 3 dispositions législatives ne constituent pas réellement des mesures de transposition de la directive européenne, en partie du fait des spécificités du droit administratif français. Elles offrent surtout aux administrations des instruments juridiques permettant de traiter la situation des contractuels dans le cadre des restructurations. Elles ne se substituent pas aux mesures législatives antérieures qui ont pu régler des cas particuliers et ne font pas non plus obstacle à de nouvelle loi qui traiterait de cas spécifique. Elles dérogent largement à la jurisprudence de la cour européenne ce qui pourra être utilisé devant les juridictions françaises en cas de contentieux.

I – Reprise d’activité par un service public administratif

Dans les cas de transfert de sociétés ou organismes privés, vers l’Etat, les collectivités territoriales ou leurs établissements publics à caractère administratif doivent aujourd’hui proposer aux salariés concernés un contrat administratif de manière dérogatoire au statut général. Ce contrat peut être à durée indéterminée si l’intéressé était précédemment sous CDI. Dans le cas d’un CDD ce contrat prend fin au terme prévu initialement et ne peut être reconduit que dans les cas et conditions prévus par le statut général.

Contrairement à ce qui est prévu par l’article L 1224-1 pour les reprises d’activité privé/privé il n’y a pas transfert des contrats de travail vers le nouvel employeur. De plus, si le contrat proposé doit reprendre les clauses substantielles du contrat dont les salariés sont titulaires, les conditions générales de rémunération et d’emploi ne doivent pas être contraires aux dispositions « *législatives ou générales* » applicables aux contractuels de l’administration d’accueil. Les intéressés pourront ainsi, pour leur contrat administratif, se voir proposer des conditions nettement plus défavorables que celles dont ils bénéficiaient antérieurement en fonction des conventions collectives, des accords d’entreprises applicables à leur employeur d’origine ou de dispositions particulières de leur contrat de travail.

Ainsi, le Conseil d’Etat a jugé (299 307 du 21 mai 2007) que la rémunération proposée par le contrat administratif pouvait être inférieure à ce que le salarié percevrait initialement si cette dernière excédait « *les règles générales que la personne publique a, le cas échéant, fixé pour la rémunération de ses agents titulaires* ». La même limite est vraisemblablement posée pour la durée du travail qui, en application du décret d’avant 2000, modifié, ne saurait, sauf dérogation prévu par le dit décret, être inférieure à 1607 heures annuelles.

Cette absence de transfert du contrat pose aussi la question de la reprise d’ancienneté. Cette dernière qui doit être prise en compte pour le calcul de la rémunération, notamment dans les cas où existent des grilles indiciaires dans l’administration d’accueil, n’est pas nécessairement prise en compte pour l’accès au concours interne.

De même subsistent des incertitudes en ce qui concerne d’autres dispositions collectives éventuellement applicables chez l’employeur d’origine notamment en matière de protection sociale complémentaire (mutuelle, prévoyance, retraite complémentaire...).

In fine, en l’absence de transfert de l’intégralité des dispositions du contrat de travail, les clauses substantielles se résument, à la qualification, la fonction et le lieu de travail et aux éventuelles dispositions annexes fixées par le contrat, tel un logement de fonction.

Dans la rédaction de l’article L 1224-3 antérieur à la loi du 3 août 2009, contrairement aux dispositions applicables au secteur privé par l’article L1224-1 du code du travail, les salariés qui refusaient le contrat administratif n’étaient pas considérés comme démissionnaire, la loi du 25 juillet 2005 prévoyant qu’ils étaient licenciés, ceci permettait aux intéressés de percevoir des indemnités de licenciement et de chômage. Cette disposition, a été modifiée subtilement, par l’article 23 de la loi de mobilité qui dispose que « *le contrat prend fin de plein droit* », mais que l’administration reprenneuse « *applique les dispositions relatives aux agents licenciés prévues par le droit du travail et par leur contrat* ».

La nouvelle rédaction de l'article L 1224-3 pose d'abord la question des droits aux indemnités de chômage. La notion de « fin de contrat de plein droit » ne figure pas dans la liste limitative des cas de perte involontaire d'emploi ouvrant droit aux indemnités journalières prévues sur la convention UNEDIC. Cependant le fait que l'administration repreneuse « *applique les dispositions relatives aux agents licenciés* » pourrait laisser entendre qu'il s'agit d'une démission légitime et que cette dernière doit malgré tout versée aux intéressés des indemnités journalières équivalentes à celles dues dans les cas de licenciement. Si tel était le cas, ceci serait paradoxal car l'employeur principal de droit privé, cotisait aux ASSEDIC.

Par ailleurs, la rédaction initiale de cet alinéa permettait en outre de faire valoir devant le juge de droit commun (prud'hommes et cour d'appel sociale) le caractère économique (restructuration) du licenciement. Désormais le refus d'un contrat administratif ne constitue plus un licenciement et ce sera au juge administratif d'apprécier les litiges notamment concernant d'éventuelles indemnités pour perte d'emploi.

II – Reprise d'activité d'une personne publique administrative par une personne morale de droit privé

Créé par l'article 25 de la loi mobilité, l'article L 1224-3-1 du code du travail traite désormais la situation des contractuels de droit public concernée par des mesures de privatisation, d'externalisation et de transfert de mission à un EPIC ou un GIP. Contrairement à la voix « montante », ces mesures s'appliquent à toutes les activités et non au seul transfert d'entité économique ce qui ouvre la porte à des transferts partiels.

Il est en outre difficile de savoir si c'est de manière consciente ou inconsciente que le législateur a étendu l'application de cet article à toutes les missions publiques. En tout état de cause, il est désormais possible de rétrocéder à des employeurs privés des contractuels de droit public participant à des missions purement administratives contrairement aux décisions antérieures du Conseil d'Etat.

Comme dans le cas précédent et contrairement aux dispositions de l'article L 1224-1, il n'y a pas transfert du contrat de travail mais « *proposition* » d'un nouveau contrat de droit privé aux agents concernés. Dans ce cas de figure, il n'y a pas de limitation des conditions de rémunération ou de règle générale d'emploi, ce qui signifie que les intéressés doivent, a minima, conserver les clauses substantielles de leur contrat antérieur mais aussi bénéficier des éventuelles avantages prévus par les accords de branches ou d'entreprises applicables au repreneur.

L'absence de reprise du contrat pose les mêmes problèmes que dans les cas de l'article L 1224-3. En cas de licenciement ultérieur, l'ancienneté du salarié pourra s'apprécier à la date du transfert et non à la date du 1^{er} recrutement.

Par ailleurs, cet article instaure dans le code de travail un nouveau type de fin de contrat; l'agent public qui refuse le contrat de droit privé n'est pas licencié par son administration mais son « *contrat prend fin de plein droit* » et c'est le repreneur de droit privé avec lequel il n'a aucun lien contractuel qui « *applique les dispositions de droit public relatives aux agents licenciés* ».

Les agents placés dans cette situation ne pourront donc faire valoir ni une modification substantielle du contrat de travail ni un licenciement pour motif économique, disposition prévue par le code du travail, et qui sont nettement plus favorable que celle applicable au licenciement dans le secteur public.

De plus, les éventuels litiges ne seront pas examinés par le TA alors même qu'il s'agit de l'application de disposition de droit public.

Enfin, il n'est pas certain que les intéressés puissent percevoir des indemnités de chômage. En effet, les ASSEDIC ne verseront pas d'indemnité journalière car l'employeur principal, avant la perte d'emploi, était une personne publique à caractère administratif. On voit mal comment une entreprise privée, pourrait appliquer « *les dispositions de droit public relatives aux agents licenciés* » et verser, sur ses fonds propres des indemnités journalières en lieu et place d'une administration à un salarié avec lequel elle n'a jamais eu de lien contractuel.

Dans l'état actuel des textes, l'enjeu est de faire reconnaître, a minima, qu'il s'agit d'une démission légitime.

III – Transfert d'activité entre 2 personnes morales de droit public à caractère administratif :

Les contractuels de droit public étant recrutés par une entité juridique précise et pour une fonction déterminée strictement encadrée par la loi, théoriquement il n'existe pas de difficulté pour transférer leurs contrats si l'activité de leur employeur est reprise par une autre personne de droit public à caractère administratif.

Pourtant, en infraction aux dispositions de la directive européenne, ce n'est pas cette solution qui a été retenue par l'article 23 de la loi du 3 août 2009. En effet, là encore, la collectivité reprenneuse doit proposer un nouveau contrat aux intéressés qui sont libres d'accepter ou de refuser.

Toutefois, contrairement à ce qui a été prévu par les transferts publics/privés ou privés/publics dans ce cas de figure, les services accomplis dans l'administration de départ sont assimilés à des services accomplis dans l'administration d'accueil, ce qui, théoriquement devrait régler toutes les questions relatives à l'ancienneté.

Le nouveau contrat doit reprendre les clauses substantielles du contrat d'origine « *sauf disposition législative ou réglementaire aux conditions générales de rémunération et d'emploi des agents non titulaires de la personne publique [d'accueil] contraire* ».

Ainsi d'éventuels acquis sectoriels (grille indiciaire, temps de travail, protection sociale complémentaire) peuvent se voir opposés, une simple « *condition générale de rémunération ou d'emploi* » fixée par exemple par le conseil d'administration d'un EPA.

Concernant le droit à chômage, les mêmes questions se posent pour les cas I et II. Si l'agent non titulaire refuse le contrat proposé par l'administration d'accueil, c'est cette dernière qui devra lui verser des indemnités équivalentes à celles auxquelles il pourrait prévaloir dans un cas de licenciement. La question de l'indemnisation du chômage est posée dans les mêmes termes puisque, dans ce cas de figure « *le contrat prend fin de plein droit* » ce qui, a priori exclue la possibilité de versement d'indemnité journalière du fait des règles UNEDIC.

Si la formule « applique les dispositions applicables aux agents licenciés » englobe les indemnités de chômage, la collectivité ou l'établissement d'accueil devront assurer les paiements à des agents qui n'auront jamais travaillés par leur compte !

Le principal risque qui existe à l'occasion du transfert d'activité entre deux entités administratives et que la structure d'accueil exploite cette nouvelle possibilité pour déroger au statut général. Il sera en effet facile, par simple modification de l'objet du contrat des agents transférés de recourir à des non titulaires pour pourvoir des besoins permanents devant être assurés par des fonctionnaires titulaires.