

Situation des personnels et changement de mode de gestion d'un service public

*Rapport du Groupe d'études présidé par
Gilles le Chatelier*



Octobre 2007

en partenariat avec

avec le concours de





Situation des personnels et changement de mode de gestion d'un service public

*Rapport du Groupe d'études présidé par
Gilles le Chatelier*

Rapporteurs : Antoine Lyon-Caen et Gilles Letort

Octobre 2007

Préface

L'évolution de la situation des personnels à l'occasion du changement de mode de gestion d'un service public est un enjeu important et sensible pour les collectivités publiques et leurs agents. Même si des textes législatifs encadrent aujourd'hui les modalités de traitement de la situation des personnels concernés, leur mise en œuvre peut devenir une véritable épreuve pour les élus, les agents concernés et les opérateurs si les droits ne sont pas scrupuleusement respectés et si le dialogue n'est pas au rendez-vous.

La sensibilité du sujet traité est à l'origine de la mise en place d'un groupe d'études chargé de dégager les voies pour une pratique maîtrisée, équitable et sans heurts de la phase délicate de changement du mode de gestion d'un service public. Ces travaux s'inscrivent dans l'objectif de rendre effectif le principe de libre choix du mode de gestion et de la réversibilité, promu par la Charte des services publics locaux*, et dans le prolongement du rapport du groupe de travail présidé par Christian Babusiaux** préconisant de "neutraliser les effets du changement des conditions d'emploi des personnels en cas de changement de mode de gestion".

Trois spécialistes reconnus de ces questions ont été appelés pour conduire la réflexion. La présidence du groupe d'études a été confiée à Gilles Le Chatelier, Conseiller d'Etat et Directeur général des services de la Région Rhône-Alpes. Antoine Lyon-Caen, Professeur de droit à l'Université de Paris X-Nanterre et Gilles Letort, Secrétaire du Comité d'Entreprise Européen de la société Eiffage en ont été les rapporteurs.

La problématique étudiée mérite en effet une démarche particulière à plusieurs titres :

- approche collective par l'importance qui doit être accordée à la préparation sociale du changement de mode de gestion. Celle-ci exige de la part de la collectivité et des employeurs à la fois d'anticiper les opérations et d'engager un dialogue empreint de pédagogie en y associant les organisations représentatives. En outre la justification économique et sociale du changement de mode de gestion doit être faite sur la base d'informations fiables et pertinentes mettant en évidence les contributions attendues des personnels, facteur clé du succès ;
- approche individuelle pour la mise en œuvre du changement de mode de gestion en prenant en compte le rôle et le devenir de chaque agent et en traitant les situations particulières. La persuasion au service de l'intérêt général ne doit pas, à cette occasion, porter atteinte à la liberté de choix individuelle.

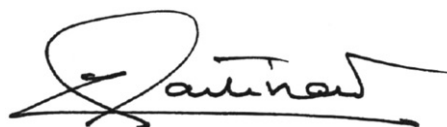
Les transferts de personnels, s'ils doivent être facilités, doivent être mis en œuvre dans le respect scrupuleux du cadre législatif et avec le discernement nécessaire de façon à trouver des solutions positives et partenariales dans l'intérêt de chacun et du service.

Les expériences présentées au groupe d'études ont ainsi permis de promouvoir une série de bonnes pratiques, en distinguant les opérations de reprise en gestion directe et celles de délégation du service public mais aussi de proposer des améliorations aux règles applicables.

L'Association des Maires de France et l'Institut de la Gestion Déléguée se félicitent qu'avec le concours de l'Association des Maires des Grandes Villes de France et du Centre National de la Fonction Publique Territoriale, le présent rapport soit mis à disposition de l'ensemble des acteurs concernés pour contribuer à faciliter le meilleur choix dans les modes de gestion. Ils tiennent spécialement à remercier tous ceux qui ont travaillé à ce guide pour une pratique à la hauteur des objectifs d'humanité et d'éthique qui doivent animer les acteurs de ces changements indispensables pour la cité.



Jacques Pelissard



Claude Martinand

* Charte signée le 16 janvier 2002 entre l'Association des Maires de France, l'Assemblée des Départements de France, l'Association des Régions de France et l'Institut de la Gestion Déléguée en présence du Président du Sénat et du Directeur Général des collectivités locales

** "Quelle compétition pour l'amélioration du service public" Institut de la Gestion Déléguée 2005

Sommaire

PRÉFACE	
INTRODUCTION	5
I LA PRÉPARATION SOCIALE DU CHANGEMENT DE MODE DE GESTION	9
A La prise en compte de la dimension sociale du passage de la gestion publique à la gestion déléguée	9
1 Le cas des SPIC	9
2 Anticiper et promouvoir l'intégration des agents publics au sein des entreprises délégataires de service public	9
a L'accompagnement de la délégation de service public par le détachement	10
i La diffusion des dispositifs juridiques permettant le détachement	10
ii Un dialogue en amont entre les différentes parties intéressées	10
• La procédure de délégation de service public	10
• La consultation des fonctionnaires en vue du détachement ou de la mise à disposition	11
• La situation des agents non titulaires	11
b La transition progressive et programmée de la délégation	11
i Proposition	11
ii Difficultés	12
c L'intervention des organes de consultation du personnel	12
B La prise en compte de la dimension sociale lors de la reprise en gestion directe	12
1 L'expertise sociale	12
a Le choix des modalités de l'expertise	12
b Les informations à collecter	13
2 Les outils offerts par le droit de la délégation de service public	15
a Le rapport annuel remis par le délégataire	15
b Le cahier des charges	15
3 L'intervention du personnel et de ses représentants	15
a Dans l'entreprise privée	15
b Au sein de la collectivité publique	16
II LA MISE EN ŒUVRE SOCIALE DU CHANGEMENT DE MODE GESTION	17
A La délégation de service public, le détachement et les autres positions d'activité	17
1 Le détachement	17
a Les conditions du détachement	17
i Une formule consensuelle	17
ii Un recours encadré	17
iii Une formule réservée aux fonctionnaires	18
b Effets du détachement	18
i Droit disciplinaire	18
ii Droit à l'avancement et à la retraite dans le cadre d'emploi d'origine	18
iii Conditions d'emploi et de travail	19
c La fin du détachement et la réintégration du détaché	19
i La réintégration à l'expiration du détachement	19
ii La réintégration avant l'expiration du détachement	19
• À la demande de l'administration ou de l'organisme d'accueil	19
• À la demande du fonctionnaire	19
2 Les autres positions d'activité du fonctionnaire	20
a Mise à disposition	20
b Disponibilité	21

B	Passage en gestion directe et reprise des salariés	21
1	Le passage en gestion directe dans le cadre d'un SPIC	22
a	Précisions sur le directeur d'un SPIC transféré à une collectivité publique	22
i	Le directeur d'un SPIC doit être placé dans un régime de droit public	22
ii	Conséquences sur les modalités de nomination du directeur	22
b	La création obligatoire d'une régie dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière	22
2	Le passage en gestion directe dans le cadre d'un SPA	23
a	Incertitudes quant au champ d'application de l'article 20	24
b	Incertitudes quant aux effets de la reprise de l'activité d'une entité économique	24
i	L'obligation de proposer un contrat de droit public	24
ii	La teneur du contrat de droit public selon l'article 20	25
	• Le "flou" des clauses substantielles	25
	• Tentative de détermination des clauses substantielles	25
	• Rémunération	25
	• Durée du travail et horaires de travail	26
	• Qualification	26
	• Congés, absences	26
	• Ancienneté	26
iii	Le statut du titulaire d'un CDI de droit public	27
	• Carrière	27
	• Maintien de la convention collective	28
	• Représentation du personnel	28
iv	Echapper au CDI de droit public ?	28
	• Les conséquences d'un refus de CDI de droit public	28
	• L'intégration dans la fonction publique	29
	• La situation des ressortissants non communautaires	29
	• La situation des citoyens français et des ressortissants européens	29

III	CONCLUSIONS	31
------------	--------------------	-----------

IV	COMPOSITION DU GROUPE DE TRAVAIL	35
-----------	---	-----------

Introduction

Genèse de la création du groupe de travail

Le groupe de travail “Changement de mode de gestion d’un service public et situation des personnels” mis en place par l’Institut de la Gestion Déléguée se trouve à la croisée de plusieurs chemins.

Il s’inscrit tout d’abord dans le prolongement du rapport “*Quelle compétition pour l’amélioration du service public*”¹, fruit de la réflexion du groupe de travail présidé par Christian Babusiaux. Ce rapport préconise de “neutraliser les effets du changement des conditions d’emploi des personnels en cas de changement de mode de gestion” (proposition 4.1). Cette préconisation est directement issue de l’objectif de réversibilité du choix du mode de gestion promu par la Charte des services publics locaux. Outre l’appel du rapport Babusiaux à approfondir les relations qui peuvent se nouer entre les “modes de gestion du service public et la situation des personnels”, l’actualité jurisprudentielle, tant européenne que nationale, a pleinement justifié la constitution et les travaux du groupe. En effet, la Cour de cassation² et le Conseil d’Etat³, sous la pression de la CJCE⁴, ont jugé que l’article L.122-12 du Code du travail est applicable en cas de transfert d’une entité économique autonome d’une personne morale de droit privé vers un service public administratif. Par conséquent, les salariés de l’entreprise de droit privé, affectés à l’entité transférée, doivent être repris par la collectivité publique, lorsque les conditions d’application de l’article L.122-12 du Code du travail sont réunies. Le principe a été consacré et ses conséquences aménagées par le législateur à l’article 20 de la loi du 26 juillet 2005⁵. En dépit de l’intervention législative, de nombreuses difficultés et interrogations subsistent. Ces difficultés ont tenu une large place dans les discussions du groupe.

Champ d’étude

Le groupe de travail ne s’est toutefois pas donné uniquement comme objectif d’étudier et d’anticiper les répercussions de cette jurisprudence et de l’article de loi qu’elle a provoqué. Au-delà de cette préoccupation, certes importante, ce sont toutes les pratiques de transfert de personnel entre le secteur public et le secteur privé, dans un sens et dans l’autre, consécutif à un changement de mode de gestion, qui ont retenu l’attention des participants. Ainsi défini, le domaine d’étude du groupe de travail ne s’étend toutefois pas aux procédés d’externalisation de certaines activités des personnes publiques qui ne s’accompagnent pas d’un changement de mode de gestion⁶, telle la passation de marchés publics⁷. Pour des raisons analogues, la décision a été rapidement prise d’exclure la succession de délégués de service du champ de réflexion du groupe de travail. Cette question, abondamment traitée par ailleurs⁸, ne semble du reste pas susciter en pratique de difficultés spécifiques. Pareillement, les transferts de personnels au sein des collectivités publiques, ou lors de la transformation d’entités publiques, ne relèvent pas du champ d’étude que s’est donné le groupe de travail. En effet, un tel transfert ne s’accompagne d’aucun changement de mode de gestion.

Aussi, le champ d’étude couvre-t-il tous les aspects de la dimension sociale des changements de mode de gestion du service public (passage de la régie à la gestion déléguée et réciproquement). Et, il est vite apparu que le changement de mode de gestion joue bien souvent le rôle – ingrat – de révélateur des problèmes liés aux particularités du traitement du personnel dans chacun des modes de gestion pris isolément. La situation des personnels lors des changements de mode de gestion fait

1 *Ch. Babusiaux, C. Lucas de Leyssac, Quelle compétition pour l’amélioration du service public, La documentation française, IGD, 2005*

2 *Soc., 25 juin 2002, n°01-43467, RJS, 2002, n°1078 chr. J-Pb. Lbernould, p.800, n°4 et s., AJDA, 2002, p.695, note S. Pugeault, Dr. Soc., 2002, p.1013, note A. Mazeaud.*

3 *CE, 22 octobre 2004, Dr. Soc., 2005, p.37, concl. P. Glaser.*

4 *CJCE, 26 septembre 2000, Mayeur, aff. C-175/99*

5 *Cet article est désormais codifié dans le nouveau Code du travail à l’article L.1224-3. Le nouveau Code du travail n’étant toutefois pas encore en vigueur, la référence à l’article 20 de la loi du 26 juillet 2005 sera préférée dans les développements qui suivent.*

6 *Sur ces phénomènes d’externalisation et leurs conséquences sur la situation des personnels, voir le rapport du Conseil Economique et Social, “Conséquences sur l’emploi et stratégies d’externalisation des activités”, publié au Moniteur, n°5296, 27 mai 2005.*

7 *Le groupe est, au demeurant, conscient que des difficultés de qualification peuvent apparaître. Mais, il s’agit là de difficultés très générales concernant le tracé des frontières entre les divers modes d’action des personnes publiques. Il n’appartenait pas au groupe de travail chargé d’examiner la situation des personnels à l’occasion d’un changement de mode de gestion, de retracer ou de redresser de telles frontières. Du reste, certains développements, notamment ceux suscités par l’article 20 de la loi du 26 juillet 2005, ne sont pas propres à la reprise en gestion directe : ils sont susceptibles de s’appliquer dès lors qu’un marché constitue une entité économique autonome au sens de l’article L.122-12 du Code du travail.*

8 *Voir dernièrement, A. Mazières, “Succession de délégués de service public et article L.122-12 du Code du travail : rencontre ou coexistence”, AJDA, 2006, Jur., p. 1227 ; Y. Chagny, “La continuité des contrats de travail du personnel d’un marché de prestations de services”, Rev. Dr. Trav., 2007, n°2, p.78.*

donc figure, par certains aspects, de miroir grossissant de problématiques qui existent, à l'état latent, pour ainsi dire, dans chacun des modes de gestion. Il a donc fallu prendre garde à ne pas importer dans le domaine spécifique du groupe de travail des préoccupations plus générales, qui pourraient faire croire, à tort, que le changement de mode de gestion est plus délicat qu'il n'est véritablement.

Organisation des travaux

Afin de ne pas laisser dans l'ombre un aspect méconnu de la question de la situation des personnels en cas de changement de mode de gestion, le groupe a décidé, au seuil de ces travaux, de diffuser un questionnaire puis de procéder à l'audition de différentes personnes-ressources.

Ont ainsi été entendues des personnalités issues des secteurs suivants :

- restauration collective
- stationnement urbain
- traitement des eaux
- installations et services sportifs
- création et développement culturels

A ces auditions destinées à enrichir la connaissance du groupe, il faut également ajouter l'expérience collective du groupe de travail, fort de la diversité de ses membres, issus tant du secteur privé que du secteur public, représentants de l'administration, des employeurs ou des personnels. De surcroît, un projet de rapport rassemblant les premières analyses et conclusions a été soumis à la discussion des organisations syndicales qui se sont déclarées intéressées.

C'est ainsi que l'ensemble des services publics déléguables, administratif, industriel et commercial, dans les trois fonctions publiques, a pu être évoqué faisant ainsi apparaître l'ampleur, la richesse et la fréquence des processus analysés.

De l'examen de ce large spectre, il ressort clairement que, pour répondre à ce qui, à tort ou à raison, est ressenti comme incertitude juridique, les différents opérateurs, publics et privés, ont développé des démarches à la fois prudentes, créatives et adaptées aux situations locales.

Ce faisant, les objectifs et le statut du rapport se sont peu à peu précisés et ont conduit le groupe à remettre sur le métier la notion de réversibilité sous les auspices de laquelle les travaux du groupe ont débuté.

La réversibilité, un objectif à préciser

Si la réversibilité a bien constitué le point de départ des travaux du groupe, les discussions en son sein se sont, en cours de route, peu à peu écartées de cet horizon initial.

Les membres du groupe ont pris conscience que la réversibilité, trop largement entendue, ne permettait de décrire fidèlement ni les règles existantes, ni même les besoins et les problèmes des acteurs des processus, ni finalement les solutions qu'ils ont pu y apporter. En effet, dans une acception large, la réversibilité désigne la faculté de se déplacer, de se produire, dans un sens ou dans le sens inverse. Une telle acception ne saurait être ici retenue, tant, en matière de personnel, l'écoulement du temps dans la constitution du rapport de travail et de la formation des personnels ainsi que l'hétérogénéité des statuts rendent assez improbable l'hypothèse d'allers-retours fréquents et insensibles aux répercussions sociales du changement de mode de gestion. Le terme "réversibilité" a alors dû être précisé, dans le champ spécifique du groupe, pour pouvoir utilement éclairer les situations que le groupe analysait, et fonder des propositions conformes aux souhaits des acteurs. Dans cette optique, la "réversibilité" doit être considérée non comme la possibilité d'une succession de multiples et rapides va et vient entre les modes de gestion, qui peuvent compromettre la continuité du service et la sécurité contractuelle et, en tous cas, la situation des personnels, mais bien plutôt comme l'assurance pour les collectivités publiques de conserver leur liberté dans le choix du mode de gestion. En somme, la complexité des transitions et la dynamique même de la gestion des ressources humaines invitent à adopter de la réversibilité une compréhension plus étroite, et partant plus réaliste, celle de la recherche d'une plus grande fluidité dans la transition d'un mode de gestion à un autre.

Ainsi entendue, la réversibilité n'est pas d'une nature différente de celle qu'a proclamée la Charte des services publics locaux. La Charte promeut en effet l'objectif de "Favoriser le libre choix par les élus du mode de gestion et sa réversibilité", notamment en s'assurant que "le passage des personnels d'une situation à une autre est organisé dans le respect de la réglementation en vigueur avec le souci d'un traitement équitable des situations particulières".

En revanche, il n'est pas paru possible au groupe d'atteindre l'objectif envisagé par le rapport Babusiaux de "neutraliser les effets du changement des conditions d'emploi des personnels en cas de changement de mode de gestion". Tant les cas analysés que les échanges entre les membres ont fait ressortir que l'ambition se devait d'être plus modeste : accompagner les transitions pour que les changements de mode de gestion puissent s'opérer de la manière la plus équilibrée et la plus satisfaisante possible.

Le présent rapport a ainsi pour objet essentiel de contribuer à une "pédagogie du changement".

Objectifs du rapport

A la lumière de cette vocation, le statut du rapport s'éclaire véritablement. Il s'agit d'analyser, dans un même mouvement, les règles applicables et la manière dont elles sont appliquées, afin d'offrir, le cas échéant, des axes de solutions aux difficultés pratiques et aux problèmes rencontrés.

Dès lors, le rapport poursuit plusieurs objectifs :

- recenser et diffuser les "bonnes pratiques" en matière de gestion des personnels lors des changements de mode de gestion,
- servir de guide pour la mise en œuvre de tels changements grâce à un exposé synthétique des règles applicables,
- suggérer une utilisation plus ample de certains dispositifs juridiques, parfois négligés,
- proposer enfin des améliorations aux règles en vigueur.

Plan du rapport

Lors des travaux du groupe de travail s'est d'abord imposé de manière évidente le caractère primordial de la préparation du changement de mode de gestion, sous l'aspect de la gestion des personnels. C'est à cette préparation sociale du changement de mode de gestion que la première partie du présent rapport est naturellement consacrée (I).

L'anticipation du changement de mode de gestion, aussi indispensable soit-elle, n'est toutefois pas suffisante pour que soit toujours correctement mis en œuvre, sur le plan social, la décision de changement de mode de gestion. Une seconde partie offre ainsi un aperçu juridique et pratique en vue de faciliter la mise en œuvre sociale de la décision de changement de mode de gestion (II). Enfin une dernière partie, prolongeant les deux premières, rassemble les propositions et conclusions partagées par les membres du groupe de travail (III).

I La préparation sociale du changement de mode de gestion

La décision de changement de mode de gestion exige une réflexion en amont portant sur l'opportunité d'un tel changement. Le rapport, publié sous l'égide de l'IGD, *"Quelle compétition pour l'amélioration du service public"* a déjà inventorié les conditions dans lesquelles s'exerce le choix du mode de gestion. Les motivations présidant à un tel choix ont donc été largement étudiées. Il ne s'agit donc pas de revenir sur les déterminants du choix d'un nouveau mode de gestion, mais bien plutôt de présenter comment préparer, informer, impliquer, associer les personnels, une fois le choix d'un mode de gestion effectué.

La préparation sociale du changement de mode de gestion exige du temps. La précipitation et l'unilatéralisme sont les écueils à éviter. Dans cette perspective, le droit offre bien souvent un cadre permettant de prendre en considération la dimension sociale du changement de mode de gestion, que ce changement s'opère du public vers le privé – hypothèse de la délégation (A) – ou, inversement, du privé vers le public – hypothèse de la reprise en gestion directe (B).

A. La prise en compte de la dimension sociale du passage de la gestion publique à la gestion déléguée

Réserve faite de la situation des services publics industriels et commerciaux gérés par une personne publique dont, normalement, le changement de mode de gestion n'affecte pas la situation des personnels (1), la délégation de service public ne s'accompagne d'aucune obligation de transférer le personnel. Néanmoins, les discussions du groupe de travail ont mis en lumière tout l'intérêt qu'il peut y avoir à anticiper et à promouvoir, dans certains cas et sous certaines conditions, l'intégration des agents publics affectés au service délégué au sein des entreprises délégataires (2).

1 Le cas des SPIC

Il est important de commencer par rappeler que, en toute rigueur, le personnel employé pour la gestion publique d'un SPIC est soumis au droit privé, à l'exception du directeur et du comptable⁹. Le passage en délégation de service public ne doit donc normalement poser aucun problème. Il s'agit d'un simple changement d'employeur comme en connaissent tous les travailleurs soumis au droit privé.

Généralement, il n'y a guère de difficultés dans les services exploités sous forme de régie à personnalité morale, où le personnel est soumis au droit du travail. En

revanche, force est de constater que certains SPIC continuent, contrairement aux dispositions du Code général des collectivités territoriales¹⁰ (CGCT), à être exploités sous forme de régie simple, employant du personnel sous régime de droit public. Outre qu'elle contrevient aux règles du droit de la fonction publique, cette situation freine le changement de mode de gestion. Une plus grande attention aux dispositions du CGCT permettrait donc aux collectivités concernées de simplifier considérablement le traitement de la situation du personnel en cas de changement de mode de gestion d'un SPIC.

Un aspect propre aux SPIC gérés par une personne publique mérite également d'être souligné : de tels SPIC, même lorsque le personnel est soumis au droit privé, accueillent fréquemment des fonctionnaires détachés. Le changement de mode de gestion, emportant changement de la personne morale d'accueil, met normalement fin au détachement. La poursuite du détachement exige donc qu'un nouveau détachement, auprès, cette fois, de l'entreprise privée soit prononcé. Loin d'être automatique, un tel détachement pourrait cependant être promu, à l'instar de l'intégration plus générale des agents publics au sein des entreprises délégataires de service public.

2 Anticiper et promouvoir l'intégration des agents publics au sein des entreprises délégataires de service public

La gestion du personnel dans l'entreprise délégataire demeure bien évidemment du seul domaine de compétence de l'opérateur privé, qui compte tenu des négociations et des conditions de la délégation, fera les choix d'organisation qui lui semblent les plus appropriés pour remplir la mission qui lui est confiée.

Néanmoins, cette liberté de choix n'interdit pas aux délégants et aux délégataires de chercher un terrain d'entente pour permettre l'accueil de certains agents publics au sein des entreprises privées. La formule du détachement constitue dans cette perspective la solution la mieux à même de satisfaire les intérêts des différentes parties en présence.

En effet, délégant et délégataire peuvent avoir intérêt à recourir au détachement¹¹.

La collectivité publique trouve dans cette formule la possibilité d'offrir à ses fonctionnaires des perspectives d'emploi motivantes. De surcroît, le détachement

⁹ Voir également *infra*

¹⁰ Art. 2221–28 du CGCT.

¹¹ Les modalités concrètes de la procédure de détachement seront exposées en 2^{ème} partie.

présente l'avantage d'éviter d'éventuels reclassements internes de fonctionnaires, rendus nécessaires par la disparition du service. De tels reclassements ne correspondent pas nécessairement aux souhaits des agents ni aux intérêts de la collectivité publique.

Quant à l'opérateur privé, l'accueil de fonctionnaires détachés est susceptible de lui fournir une connaissance, une expérience que ces derniers ont accumulée dans le service public.

Quant aux agents eux-mêmes, leurs réactions peuvent être diverses, le détachement pouvant soit être perçu comme une perspective de carrière stimulante soit au contraire comme un danger de dégradation des conditions de travail voire comme l'antichambre de la perte du statut de fonctionnaire. En l'état actuel du droit, et, même s'il est tentant d'encourager cette formule à laquelle toutes les parties peuvent trouver intérêt, il n'est nullement question d'imposer aux intéressés une solution dont ils ne voudraient pas.

Sans bien évidemment devenir une condition de la décision de délégation, le détachement est susceptible de rendre plus attractive la délégation pour les différentes parties en présence, sous réserve du respect de certaines précautions (a).

Dans les situations où la délégation de service public, fortement souhaitée par la collectivité, se heurte à la réticence du personnel, une voie contractuelle originale pourrait être explorée afin de rendre la décision plus acceptable socialement : la transition progressive et programmée de la délégation (b).

a L'accompagnement de la délégation de service public par le détachement

La promotion du détachement dépend de la réunion de conditions préalables : la connaissance et la diffusion des dispositifs juridiques régissant le détachement (i), un dialogue en amont de la décision entre les différentes parties intéressées (ii).

i La diffusion des dispositifs juridiques permettant le détachement

Les échanges au sein du groupe de travail ont largement fait apparaître que le détachement vers une structure de droit privé est un dispositif juridique méconnu aussi bien par les fonctionnaires, que par les collectivités publiques et les opérateurs privés. Une information claire et rigoureuse s'impose en direction de ces différents acteurs.

Dans cette perspective, une intervention plus active des ministères (Fonction publique, Intérieur, Santé) pourrait constituer un levier efficace dans la promotion du détachement vers une structure de droit privé. A ce stade, il n'est d'ailleurs pas tant question de réformes législatives ou réglementaires (cf. infra) que de diffusion des éléments juridiques pertinents.

On ne saurait que préconiser la mise au point d'un "livret du détachement" rassemblant les données nécessaires à la prise de décision, et bien évidemment la mise à disposition de ce livret grâce aux nouvelles technologies de l'information¹².

L'extension du champ d'application de la mise à disposition par la loi de modernisation de la fonction publique du 2 février 2007 appelle les mêmes remarques : les nouvelles possibilités doivent être largement diffusées.

ii Un dialogue en amont entre les différentes parties intéressées

Une telle amélioration de l'information ouvrirait ainsi la voie à une discussion très en amont de la décision de délégation sur le recours au détachement, ou à la mise à disposition¹³, entre les différentes parties impliquées : collectivité publique, personnel et entreprise privée. En effet, ce n'est que sur la base d'une information précise et sûre qu'un dialogue constructif peut se construire. L'information doit notamment porter sur la garantie de retour, la rémunération, la politique de professionnalisation et de formation du fonctionnaire détaché.

Le recours au détachement, ou à la mise à disposition, doit donc être négocié et discuté lors de la phase de préparation de la consultation puis des offres. Le temps de la procédure autorise en effet les parties à faire des offres, des propositions, des contre-propositions, à consulter les fonctionnaires éventuellement intéressés et à favoriser l'intégration dans l'entreprise privée des agents de droit public non titulaires.

- **La procédure de délégation de service public¹⁴**
 Excepté pour les contrats de faible importance¹⁵, la conclusion d'une délégation de service public suit une procédure qui se décompose en plusieurs phases. L'organe délibérant prend une décision sur le principe de la délégation, après avis de la Commission consultative des services publics locaux pour les collectivités territoriales. Une fois le principe de délégation acquis, un appel à candidatures est publié (R. 1411-1 CGCT). La Commission de délégation de service public issue de l'assemblée délibérante dresse ensuite la liste des candidats admis à présenter une

¹² Un effort en ce sens est déjà accompli par le ministère de la fonction publique, par la mise à disposition de fiches (toutefois trop sommaires) sur les conditions et les effets du détachement. Cf. www.fonction-publique.gouv.fr.

¹³ Sous réserve des difficultés liées au champ d'application de la mise à disposition tel que défini par la loi de modernisation de la fonction publique territoriale du 2 février 2007. Cf. infra.

¹⁴ Voir, Institut de la Gestion Délégée, Dexia, Partenariats public-privé : Recueil des textes et de la jurisprudence applicables aux collectivités locales, La documentation française, 2006, p.35 et s.

¹⁵ Voir l'article L.1411-12 CGCT pour les délégations de service public soumises à procédure simplifiée. Voir également la compétence autonome du maire, sous le contrôle du représentant de l'Etat, pour la conclusion de certains contrats limitativement énumérés aux articles L.2122-21 et 22 du CGCT.

offre, candidats auxquels la collectivité adresse un cahier des charges (L.1411-1 al. 3 CGCT). Enfin, l'autorité délégante, par l'intermédiaire de son organe exécutif, ouvre les négociations avec les candidats retenus. La décision finale revient à l'assemblée délibérante qui statue après avoir pris connaissance de l'avis de la commission de délégation de service public. Cette décision doit être transmise au représentant de l'Etat.

Bien que, par certains aspects, elle puisse paraître lourde, la procédure mise en place laisse le temps de la réflexion et de la négociation.

- **La consultation des fonctionnaires en vue du détachement ou de la mise à disposition**¹⁶

La collectivité délégante, si elle le souhaite, doit donc sonder les fonctionnaires qui sont à son service pour savoir si un éventuel détachement (ou une mise à disposition) est envisageable. En fonction des réponses et de ses besoins, le délégant peut alors proposer le recours au détachement (ou à la mise à disposition) aux candidats à la délégation. Il convient cependant de souligner que l'ensemble de cette négociation ne saurait être placé sous le signe de la contrainte : le détachement (ou la mise à disposition) peut être encouragé, il ne saurait être imposé.

Plus encore, la nécessité d'un accord du fonctionnaire détaché (ou mis à disposition), et la faculté de se rétracter tant que la convention n'a pas été conclue, s'opposent à ce que les détachements (ou les mises à disposition) soient stipulés à l'avance. Il importe en effet de souligner que le détachement, relation juridique triangulaire, n'est profitable que s'il est conçu comme un jeu à somme positive, où chaque participant tire avantage de son entrée dans le jeu.

- **La situation des agents non titulaires**

C'est aussi dans cet esprit que l'embauche des agents publics non statutaires par le délégataire doit être envisagée. Il n'y avait pour cette catégorie de personnel aucun dispositif de détachement ou de mise à disposition, jusque récemment. Or, les agents contractuels affectés au service délégué se trouvent dans une position fort inconfortable, leur poste étant supprimé. Ils risquent donc d'être licenciés pour suppression de poste. Néanmoins, il est fréquent – voire quasi systématiquement imposé contractuellement par les collectivités publiques – que l'entreprise privée intègre dans son personnel ces agents, en transformant leur contrat en contrat à durée indéterminée. Il y a dans ces transferts d'agents publics non titulaires le résultat

de négociations sereines et éclairées entre les parties intéressées. On peut s'en contenter en pratique.

Mais il est aussi possible, par la voie législative, d'imposer un tel transfert des agents publics non titulaires, sachant qu'à l'heure actuelle ni le droit interne ni le droit communautaire n'obligent à adopter une telle solution¹⁷.

Une autre hypothèse a été explorée par le groupe de travail : compléter les règles de gestion des agents publics par des dispositifs concernant la possibilité de changement de positions d'activité (détachement, congés de mobilité, etc.) des agents non titulaires de droit public¹⁸. Jusqu'au décret 2007-338 du 12 mars 2007, les agents non titulaires ne bénéficiaient d'aucune des possibilités ouvertes pour les fonctionnaires leur permettant de changer de position d'activité. La multiplication des agents non titulaires engagés à durée indéterminée oblige à s'interroger sur la possibilité d'offrir à ces personnels, liés durablement à la collectivité publique, des perspectives de carrière, comprenant notamment des changements de positions d'activité¹⁹.

b La transition progressive et programmée de la délégation

En complément du détachement, une transition programmée de la dévolution des missions de la délégation a été explorée par le groupe de travail. Une telle proposition est susceptible de constituer une alternative acceptable lorsque le principe de la délégation se heurte à la réticence des personnels (i). Néanmoins, certaines difficultés demeurent difficilement surmontables (ii).

i Proposition

Cette transition programmée implique une certaine divisibilité du service à déléguer. Le cœur du service est délégué, mais certains aspects périphériques demeurent dans le giron de la personne publique qui peu à peu déléguera les unités périphériques. La progressivité de la délégation de l'activité rend alors plus fluide et plus acceptable la délégation.

Bien que cette solution n'y ait pas été véritablement mise en oeuvre, il est loisible de s'inspirer du domaine de la restauration collective. L'unité centrale de production des repas serait immédiatement déléguée, alors que la distribution locale dans chaque restaurant demeurerait sous la responsabilité et la direction de la collectivité publique. Les "satellites" ne seraient alors délégués que progressivement.

¹⁶ Sous réserve des difficultés liées au champ d'application de la mise à disposition tel que défini par la loi de modernisation de la fonction publique territoriale du 2 février 2007. Cf. *infra*.

¹⁷ Voir notamment CJCE, 14 septembre 2000, *Collino*, aff. C-343/98. Seuls les travailleurs soumis au droit privé du travail avant transfert peuvent bénéficier des dispositions de la directive (notamment le maintien des contrats de travail)

¹⁸ Cf. *infra*.

¹⁹ Cf. *infra*.

Ces approches sont exemplaires en ce qu'elles proposent une délégation "en douceur". Elles attestent de surcroît la créativité des acteurs, et l'importance de l'adaptation des cadres juridiques aux situations locales.

ii Difficultés

D'une part, la règle doit demeurer la délégation globale du service et de telles pratiques limitées aux réelles difficultés de transition d'un mode de gestion à l'autre.

D'autre part, la Cour de justice des communautés européennes paraît peu encline à accepter de telles innovations²⁰. Certes, une dissociation de l'activité déléguée ne paraît pas condamnée par la Cour. Mais, elle refuse que soient dissociés le transfert de l'activité et le transfert des personnels²¹.

c L'intervention des organes de consultation du personnel

Les organes de représentation du personnel (comités techniques paritaires, comité technique d'établissement) doivent être consultés sur les questions relatives à l'organisation de l'administration²². Néanmoins, la généralité de ces termes ne spécifie pas suffisamment les obligations de la personne publique en la matière. Mais il a été jugé que la décision de délégation doit être précédée d'une consultation de ces organes²³. L'intégration de la jurisprudence au sein des textes régissant les attributions des organes de consultation du personnel serait bienvenue.

De surcroît, dans l'hypothèse où des détachements sont envisagés, la consultation des institutions représentatives du personnel sur ce point particulier devrait être formellement prévue²⁴. En effet, une telle consultation est susceptible dans certaines situations de constituer un levier pour la diffusion du détachement, tout en entourant la formule des garanties liées au dialogue. A l'inverse, l'absence d'information et de consultation des représentants du personnel bride le recours au détachement, par l'opacité de la prise de la décision.

B. La prise en compte de la dimension sociale lors de la reprise en gestion directe

La reprise en gestion directe d'un service public, qu'il soit administratif ou industriel et commercial oblige désormais la collectivité publique à la reprise du personnel attaché au service antérieurement délégué²⁵.

L'automatisme du transfert des personnels rend encore plus nécessaire la prise en compte de la dimension sociale du changement de mode de gestion. Dans cette perspective, l'expertise sociale préalable (1), l'utilisation des outils offerts par le droit de la délégation de service public (2), et l'information des personnels (3) constituent des éléments de première importance.

Il convient cependant de rappeler l'observation faite ci-dessus : les services publics industriels et commerciaux ne doivent employer que des agents relevant du droit privé, exception faite du directeur et du comptable. Le respect de cette règle assurerait que le passage de la gestion déléguée à la gestion directe s'opère sans difficultés spécifiques. Les développements qui vont suivre ne devraient donc concerner que les reprises en gestion directe des SPA.

1 L'expertise sociale

Afin de mener à bien, sur le plan social, le changement de mode de gestion, une connaissance précise des conditions d'emploi des personnels ayant vocation à être transférés présente une utilité évidente.

Deux voies peuvent être empruntées : l'expertise par un cabinet extérieur ou l'expertise par les services de la collectivité publique. Le choix des modalités de l'expertise (a) ne doit cependant pas influencer sur la nature des éléments d'information à collecter (b).

a Le choix des modalités de l'expertise

La collectivité publique peut procéder elle-même à cette expertise. L'avantage réside bien évidemment dans l'économie que permet l'utilisation des ressources humaines dont dispose la personne publique. Grâce à une évaluation menée "en interne", les agents de la collectivité publique s'approprient en outre la décision de changement de mode de gestion et se préparent à l'accueil de nouveaux personnels.

Toutefois, lorsque la personne publique ne dispose pas des ressources propres pour procéder à un audit, le recours à un cabinet d'expertise paraît indispensable. Le caractère extérieur du regard d'un cabinet d'audit garantit également la neutralité des informations collectées et le recul nécessaire à une bonne compréhension de la situation. Gage d'une certaine impartialité, l'audit par un cabinet extérieur tend à conjurer les risques de remise en cause qu'encourent les évaluations menées par la collectivité publique.

²⁰ CJCE 26 mai 2005 aff. 478/03

²¹ J.-Pb. Lbermould, "La Cour de justice ferme les portes aux transferts progressifs d'entreprise", RJS, décembre 2005 : "La Cour condamne tous les montages consistant à procéder à des transferts progressifs d'entreprise et de personnels dans des cas particuliers tels qu'une opération de privatisation. Il n'est donc pas question de prévoir une période de démarrage (avec décalage dans le temps entre d'un côté le transfert des moyens d'activité et des compétences humaines et d'un autre côté le transfert des contrats de travail intervenant à la suite d'une période de détachement ou de mise à disposition.) pour procéder à un transfert d'entreprise retardé".

²² Cf. pour les comités techniques paritaires dans la fonction publique territoriale, l'article 33 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984.

²³ CE, 11 mars 1998, Commune de Rognes, req. n°168403

²⁴ L'information, et non la consultation, est toutefois détaillée en matière de mise à disposition. Cf. les articles 43 bis de la loi du 11 janvier 1984, 62 de la loi du 26 janvier 1984, 49-2 de la loi du 9 janvier 1986 (modifiés par la loi de modernisation de la fonction publique du 2 février 2007).

²⁵ Cf. infra.

Lorsque les deux modalités d'expertise sont matériellement possibles, le choix entre audit et évaluation directe par la collectivité dépend en fait de la distance - et partant, de la nature de la légitimation - que recherche la collectivité publique sur les dimensions sociales du projet de reprise en gestion directe.

b Les informations à collecter

Qu'il soit fait en interne ou en externe, l'audit social doit permettre de collecter l'ensemble des informations relatives aux personnels destinés à être transférés. La structure et la diversité des rémunérations, les régimes de prévoyance complémentaire, les éventuelles réorganisations sont autant de domaines sur lesquels la collectivité publique doit être éclairée, et ce pour deux raisons.

D'une part, la loi fait obligation aux personnes publiques de maintenir la rémunération des personnels transférés²⁶, ce qui exige la prise en considération préalable des rémunérations moyennes effectives. Il ressort des différentes auditions diligentées par le groupe que la participation et l'intéressement ainsi que le bénéfice de la convention collective, nécessairement perdus lors du

passage dans le secteur public, ont toutefois été pris en compte dans le calcul des rémunérations.

D'autre part, les salariés transférés peuvent être attachés à leur système de prévoyance sociale complémentaire ; des contacts précoces avec les institutions gérant ces systèmes assurent la continuité des droits. La loi Sapin du 3 janvier 2001 prévoyait expressément le maintien des avantages issus des régimes complémentaires au profit des anciens salariés des associations dissoutes dont l'activité était reprise par une personne publique²⁷. Cependant, la part des prestations financée par l'employeur privé ne peut être prise en charge par la collectivité publique. Il appartiendra donc à l'agent de cotiser lui-même pour l'intégralité des cotisations.

Reste que la seule comparaison des rémunérations brutes effectives ne saurait suffire pour que la collectivité publique évalue exactement les charges afférentes au transfert de personnel. Sur ce point, le rapport "Quelle compétition pour l'amélioration du service public" demeure une référence et son analyse doit être ici rappelée :

²⁶ Cf. Art. 20 de la loi du 26 juillet 2005. Cf. également *infra*.

²⁷ Article 9 de la loi Sapin n°2001-2 du 3 janvier 2001 : les salariés transférés "peuvent conserver le bénéfice de leur contrat à durée indéterminée ainsi que celui de la rémunération perçue au titre de leur contrat de travail antérieur et de leur régime de retraite complémentaire et de prévoyance".

Les charges de personnel :

Le coût du travail constituerait une différenciation en ce que le secteur privé doit payer et donc incorporer dans le prix qu'il propose des charges qui n'existent pas, ou en tout cas pas au même niveau, en cas de régie. Il n'y aurait en somme pas de vérité des coûts du travail.

Dans certains cas, par exemple celui des établissements publics locaux d'enseignement, le recours à des fonctionnaires d'Etat permet de faire payer par l'Etat l'ensemble des charges afférentes à ce personnel, sans que l'établissement soit conduit à les intégrer dans ses coûts. Une différenciation peut en résulter dans le choix entre déléguer la restauration scolaire et l'assurer en régie.

De manière plus générale, des différenciations peuvent provenir des charges sociales.

En matière de retraites, une entreprise doit payer les charges afférentes aux cotisations au régime de retraite, qui représentent environ 10% de la masse salariale globale ; elle doit provisionner ses engagements propres de retraite, par exemple ceux qui tiennent à un régime de retraite qui lui est propre. Dans le cas des régies des collectivités locales, seules les cotisations au régime de répartition sont comptabilisées dans les charges du service. Cette différenciation peut jouer dans la comparaison de coûts entre les services territoriaux de l'équipement ou de l'agriculture et le recours à une entreprise privée.

La cotisation chômage n'est pas due pour les fonctionnaires et est facultative pour les agents contractuels de droit public. Certes, dans ce dernier cas, la collectivité doit, si elle n'a pas cotisé au régime d'assurance chômage, les allocations chômage au cas où elle procéderait à des licenciements ou de venue à échéance des contrats à durée déterminée. Elle risque cependant de ne pas prendre en charge une telle éventualité dans une comparaison de coûts avec ceux d'une entreprise privée. Le BIPE évalue, pour les services d'eau, l'écart de coût tenant à l'assurance chômage et à la retraite complémentaire à de l'ordre de 10% de la masse salariale²⁸.

En matière de cotisations de sécurité sociale, deux différenciations existent : d'une part, les cotisations aux branches famille et maladie sont calculées sur la base des traitements soumis à retenue pour pension, lesquels correspondent uniquement au traitement indiciaire à l'exclusion des rémunérations annexes (indemnités de résidence, supplément familial de traitement, primes, heures supplémentaires) ; d'autre part, pour les fonctionnaires de l'Etat, le taux de cotisation à l'assurance maladie est fixé à 9,7% au lieu de 12,8% pour les entreprises privées. Cette différence est justifiée par les administrations par le fait que les prestations en espèces (indemnités journalières et prestations d'invalidité et de décès) et l'action sanitaire et sociale sont financées directement par l'Etat et non par les caisses. Cependant, la Cour des comptes a calculé que le taux de parité devrait s'établir à 11,9% et non à 9,7% (BIPE, étude préc., p.76).

Les indemnités journalières, en cas d'arrêt maladie, des fonctionnaires sont à la charge de la collectivité employeuse, sans mutualisation, contrairement à celles des salariés des entreprises privées. Cette différence joue en faveur soit de la gestion en régie, soit de la délégation, selon que la fréquence des arrêts de travail est inférieure ou supérieure à la moyenne.

A l'inverse, les entreprises privées ont pu recevoir d'importantes aides de l'Etat pour la mise en place des 35 heures alors que les régies n'étaient pas éligibles à ces aides.

28 BIPE, étude précitée, p. 76.

Enfin, les ajustements organisationnels consécutifs au transfert impliquent une compréhension et une perception aussi exactes que possible des modalités et des conditions de travail. Dans cette perspective, le droit de la délégation offre de précieux outils.

2 Les outils offerts par le droit de la délégation de service public

Deux documents sont susceptibles d'aider à l'évaluation sociale d'un changement de mode de gestion : le rapport annuel du délégataire (a) et le cahier des charges (b).

a Le rapport annuel remis par le délégataire

Le rapport annuel que doit remettre le délégataire au délégant est appelé à jouer un rôle central dans la connaissance par la collectivité publique des éventuelles conditions d'une reprise en gestion directe. En effet, l'article R. 1411-7 I h) prévoit que ce rapport comprend les "engagements à incidence financière, y compris en matière de personnel, liés à la délégation de service public". Littéralement, cette disposition n'oblige pas le délégataire à une information complète sur les conditions d'emploi et de rémunération de ces salariés. En matière de personnel, ne paraissent visés que les engagements liés aux reprises de personnel obligatoires et au "cut off" des engagements financiers pris à l'égard des salariés en raison des droits qu'ils ont acquis (prévoyance, compte épargne temps...). Néanmoins, une interprétation plus large pourrait être souhaitée dans le cadre d'une plus grande fluidité des modes de gestion. Dès lors, il appartiendrait aux parties de définir précisément les informations transmises annuellement par le délégataire. La teneur de ces informations pourrait varier en fonction de la proximité de l'échéance du contrat. Assez générales, lorsque cette échéance est lointaine, les informations délivrées, sous réserve du caractère confidentiel de certaines données, devraient gagner en précision à mesure que l'échéance se rapproche, autant pour préparer une remise en concurrence qu'une reprise en régie.

b Le cahier des charges

La fluidité d'une éventuelle reprise en régie doit être anticipée dès la décision de délégation. Aussi, la communication des caractéristiques des conditions d'emploi et de rémunération pourrait utilement être comprise dans le cahier des charges au titre des "mesures de continuité". Même sans cette précaution, le devoir général d'information du délégataire lui interdit de refuser la communication d'éléments en sa possession qui seraient manifestement indispensables à la collectivité pour l'application du contrat (dont l'échéance contractuelle fait partie).

Des mesures de fin de contrat pourraient également

prendre en compte la valeur patrimoniale du savoir-faire des salariés transférés. En effet, il a été souligné, dans les travaux du groupe, que si rien n'est fait en ce sens, le risque existe de voir des entreprises limiter le savoir-faire des personnels locaux (susceptibles de les quitter pour la régie, ou d'ailleurs aussi un autre délégataire, à l'expiration du contrat) en les cantonnant aux tâches d'exécution, et de situer la valeur ajoutée de l'entreprise dans des structures mutualisées que l'entreprise conservera²⁹. En ce domaine, il convient cependant de se garder de positions trop tranchées. Aussi, faut-il ici laisser libre cours à des règles souples laissant aux protagonistes le soin de s'ajuster entre eux.

3 L'intervention du personnel et de ses représentants

Doit être distinguée l'intervention du personnel de l'entreprise privée (a) de celle du personnel de l'entreprise publique (b).

a Dans l'entreprise privée

La collecte d'informations en amont de la décision de reprise en gestion directe doit être accompagnée d'une information des représentants du personnel au sein de l'entreprise privée. A cet égard, il importe de rappeler que l'article L.432-1 du Code du travail oblige le chef d'entreprise à informer et consulter le comité d'entreprise lorsque les conditions de l'article L.122-12 alinéa 2 du Code du travail sont réunies. Conformément à l'article L.431-5, cette consultation doit avoir lieu avant la mise en oeuvre de la décision de reprise. En l'absence de comité d'entreprise et de délégués du personnel, le droit communautaire – non transposé sur ce point en droit interne – impose d'informer directement le personnel³⁰.

Au-delà du strict cadre juridique, doit être engagé un dialogue avec les représentants du personnel, voire directement avec le personnel. Un travail de pédagogie doit donc être entrepris. Ce dialogue doit porter sur plusieurs points : la chronologie du transfert, la nature du contrat dont les salariés bénéficieront après le transfert, la rémunération qui leur sera versée, les évolutions de carrière possibles...

Ces discussions ne sauraient modifier le caractère automatique du transfert des personnels. Elles sont cependant indispensables à une bonne acceptabilité sociale du transfert. Du reste, bien que le transfert des personnels s'impose aux différentes parties en présence (entité publique, entreprise privée et salariés) il demeure légalement possible à l'employeur d'origine de conserver un salarié à son service à condition que le salarié ainsi que le repreneur potentiel y consentent. A défaut de ce triple accord, le transfert du personnel est automatique, sans qu'aucune des parties ne puissent valablement s'y

29 Voir toutefois, Soc., 9 novembre 2005, n°03-47188. *Le contrat de travail d'un directeur d'exploitation d'un service de remontées mécaniques délégué est transféré au nouveau délégataire, quand bien même le directeur exerçait au siège de la première société, car il avait été spécialement et exclusivement affecté à la gestion des remontées mécaniques.*

30 Art. 7 § 6 de la directive 2001/23 CE du 12 mars 2001.

opposer. Notamment, le salarié qui ne se soumet pas au transfert risque de voir son contrat de travail rompu sans indemnités³¹.

b Au sein de la collectivité publique

Le dialogue avec le personnel ne saurait bien sûr être limité au personnel transféré. Les personnels de la collectivité d'accueil devraient également être consultés, notamment par l'intermédiaire des comités techniques paritaires. L'article 33 de la loi du 26 janvier 1984, applicable aux collectivités territoriales, dispose que les comités techniques paritaires sont obligatoirement consultés sur les questions relatives à "l'organisation des administrations", et celles relatives aux "conditions générales de fonctionnement de ces administrations". Le Conseil d'Etat a précisé que cette consultation doit intervenir en amont du processus décisionnel³¹. Des dispositions similaires existent dans la fonction publique d'Etat³³ et la fonction publique hospitalière³⁴.

Toutefois, une précision pourrait être apportée aux différents décrets organisant l'intervention des représentants des personnels dans le secteur public pour que soit clairement inscrite l'obligation de consultation en cas de reprise en gestion directe.

Conclusion

En définitive, la préparation sociale du changement de mode de gestion exige une attention particulière des différents acteurs en présence. Le temps de la négociation et de l'explication doit être pris en fonction des contextes locaux. C'est en fait un travail d'accompagnement sur mesure qui exige d'être mis en oeuvre. A ce titre, il convient de rappeler que lorsqu'un contrat de délégation vient à échéance, la collectivité peut, pour un motif d'intérêt général, prolonger le contrat d'un an³⁵. Ainsi, le droit conjure ici tout risque de précipitation, lié à l'inéluctabilité de l'échéance. Il offre une marge de souplesse aux différentes parties en présence.

31 Cette solution résulte de la combinaison de deux arrêts de la Chambre sociale : Soc., 10 octobre 2006, RDT, 2006, p. 390, obs. Ph. Waquet ; Dr. Soc., 2006, p. 1191, obs. A. Mazeaud, et Soc., 14 décembre 2004, Auchan, Bull. V, n°331.

32 CE, 1^{er} juin 1994, syndicat CFDT Interco Maine et Loire, Dr. adm., 1994, comm. n°471.

33 Art. 5 de la loi du 11 janvier 1984.

34 Loi du 31 juillet 1991 sur les comités techniques d'établissement.

35 L.1411-2 du CGCT et art. 40 de la loi Sapin.

II La mise en œuvre sociale du changement de mode de gestion

Dans la transition d'une gestion publique à une gestion privée, le droit de la fonction publique offre différentes formules, au premier rang desquelles figure le détachement, qui ouvre la voie à une mobilité des personnels. Fondée sur la figure contractuelle, ces formules laissent place à des solutions négociées au cas par cas.

A l'inverse, le passage en gestion directe d'un service public, qu'il soit administratif ou industriel et commercial, donne lieu à un transfert automatique des personnels. Les difficultés liées à l'intégration de salariés au sein de personnes publiques gérant un SPA ainsi que les incertitudes liées à l'émergence de solutions juridiques nouvelles sont telles que les modalités de reprise des salariés et en cas de reprise en gestion directe exigent d'amples développements.

A. La délégation de service public, le détachement et les autres positions d'activité

Le détachement constitue l'un des éléments permettant de rendre plus fluide la transition d'une gestion en régie directe à une gestion déléguée (A). En effet, le détachement offre la possibilité à la collectivité publique de "reclasser" auprès de l'opérateur privé le fonctionnaire dont le service a été transféré. L'opérateur privé bénéficie de son côté des compétences acquises par le fonctionnaire détaché. Quant au fonctionnaire détaché, il s'ouvre de nouvelles perspectives de carrière et d'emploi. Néanmoins, le droit de la fonction publique livre d'autres formules qui, si elles ne sont que rarement utilisées, méritent d'être rappelées (B).

1 Le détachement

Le détachement est la position du fonctionnaire placé hors de son corps d'origine et continuant à bénéficier dans ce corps de ses droits à avancement et retraite. Le fonctionnaire détaché n'exerce plus les fonctions de l'un des emplois correspondant à son grade. Il travaille sous la subordination de l'employeur auprès duquel il est détaché. Trop souvent méconnues, les règles relatives au détachement consacrent le principe de la double carrière. Ce principe trouve à s'exprimer dans la détermination à la

fois des conditions (1), des effets (2) et de la cessation du détachement (3).

a Les conditions du détachement

Formule consensuelle (i) mais encadrée (ii), le détachement est réservé aux agents titulaires (iii).

i Une formule consensuelle

- Le détachement exige en premier lieu l'accord du fonctionnaire. Cet accord ne pourra toutefois être recueilli qu'à la condition que le fonctionnaire détaché soit informé précisément de ses droits et obligations. Cet accord sera suivi par un arrêté de détachement.
- Le détachement, vers une structure de droit privé, prend la forme d'une convention entre l'administration de départ et l'entreprise d'accueil.

Le consentement de toutes les parties est donc requis.

ii Un recours encadré

- Le détachement n'est prévu que dans des cas limitativement énumérés. Or, seul le décret relatif au détachement dans la fonction publique territoriale prévoit la possibilité de détacher un fonctionnaire auprès d'un délégataire privé³⁶. Les décrets relatifs aux régimes particuliers de certaines positions des fonctionnaires de l'Etat et de la fonction publique hospitalière ne contiennent pas de dispositions similaires³⁷.

Bien qu'il n'existe aucun principe imposant des règles analogues dans les trois fonctions publiques³⁸, le détachement d'un fonctionnaire chez un délégataire devrait être plus largement ouvert afin d'assurer une plus grande fluidité du changement de mode de gestion.

- Dans la fonction publique territoriale, le détachement ne peut être accordé que lorsque la rémunération perçue dans l'entreprise privée n'excède pas de plus de 15% la rémunération globale perçue dans l'emploi d'origine. Cette règle participe d'une saine gestion des personnels en anticipant le retour du fonctionnaire détaché³⁹. Il ne faudrait pas en effet que lors de sa réintégration, l'écart de rémunération soit trop

36 Art. 2 5° du décret 86-68 du 13 janvier 1986 : "Détachement auprès d'une entreprise privée assurant des missions d'intérêt général, notamment auprès d'une entreprise titulaire d'un traité de concession, d'affermage, de gérance ou de régie intéressée d'un service public d'une collectivité publique, sous réserve de l'approbation préalable, par la collectivité ou l'établissement dont relève l'agent, du projet de contrat et de ses avenants éventuels".

37 Cf. Art. 14 du décret 85-986 (Fonction publique d'Etat), article 13 du décret 88-976 (fonction publique hospitalière).

38 Voir en dernier lieu, CE, 30 juin 2006, Fédération CFTC Santé et sociaux et autres req n°243766.

39 Historiquement néanmoins, il semble que la limitation de l'écart de rémunération trouve davantage sa justification dans la volonté d'éviter des abus dans les transferts au sein des différents services administratifs. Cf., J. LAFITTE, "La rémunération contractuelle des fonctionnaires détachés", *Dr. Soc.*, 1986, p. 435.

important. Cependant la règle ne s'applique qu'au moment du détachement, elle n'a plus à être vérifiée durant le détachement. Reste que, lors du renouvellement du détachement, l'administration peut opposer un refus justifié par la différence très exagérée entre la rémunération dans l'emploi de détachement et celle dans l'administration d'origine⁴⁰.

Il n'en demeure pas moins que la règle dite "des 15%" paraît constituer un frein au détachement car le salaire que le délégataire doit verser en application des règles applicables dans son entreprise peut se révéler supérieur.

Aussi pourrait-il être envisagé d'assouplir la règle, notamment en avertissant le fonctionnaire du risque de perte de rémunération au moment du retour dans son administration d'origine, si le salaire de son emploi de détachement est largement supérieur au traitement qu'il percevait dans son administration d'origine - ou a vocation à le devenir.

iii Une formule réservée aux fonctionnaires

Le détachement n'est prévu que pour les agents titulaires de la fonction publique. Les agents non titulaires de la fonction publique ont, quant à eux, été longtemps exclus du bénéfice des dispositions régissant les différentes positions d'activité des fonctionnaires. Une telle exclusion était fondée sur le caractère exceptionnel et limité dans le temps du recrutement d'agents non titulaires.

Toutefois, la généralisation des hypothèses de contrats à durée indéterminée dans la fonction publique depuis l'intervention de la loi du 26 juillet 2005 invite à un réexamen de cette mise à l'écart. Si des agents publics non titulaires ont désormais vocation à demeurer dans l'administration, il convient en effet de prévoir les dispositifs de mobilité externe garantissant dans une certaine mesure leur réintégration à l'échéance de la mobilité. De tels dispositifs paraissent correspondre aux besoins des décideurs publics qui cherchent à offrir des perspectives aux agents non titulaires. De plus, la possibilité de détachement constitue, dans certaines situations, une alternative au licenciement de l'agent public non titulaire, consécutif à la suppression de son poste. Une telle situation peut notamment se présenter en cas de délégation du service auquel l'agent public est affecté⁴¹.

En ce sens, l'instauration par le décret 2007-338 du 12 mars 2007 d'une mise à disposition et d'un congé de mobilité des agents publics non titulaires dans la fonction publique d'Etat ne peut qu'être saluée⁴². Néanmoins, le groupe de travail regrette que ces différentes innovations soient cantonnées à la fonction publique d'Etat, alors que des besoins similaires se font déjà sentir dans la fonction publique territoriale.

b Effets du détachement

Les effets du détachement doivent être examinés dans trois domaines : le droit disciplinaire (i), le droit à l'avancement et à la retraite (ii) et les conditions de travail et d'emploi (iii).

i Droit disciplinaire

- Le fonctionnaire détaché est placé sous l'autorité de l'entreprise d'accueil. Cette dernière dispose donc à son égard de l'ensemble des pouvoirs disciplinaires qui lui sont reconnus à l'encontre des autres salariés de l'entreprise. Par conséquent, les dispositions du Code du travail sont applicables sauf celles relatives au CDD et à l'indemnité de licenciement⁴³. Les craintes parfois exprimées par les délégataires de ne pouvoir exercer les attributions qui leur sont normalement dévolues doivent être dissipées.
- Le fonctionnaire détaché demeure assujéti au pouvoir disciplinaire détenu par le chef du corps d'origine, exercé selon les règles de ce corps. En somme, le fonctionnaire détaché est enserré dans un double lien : un lien de subordination dans l'entreprise d'accueil et un lien hiérarchique dans son administration d'origine.

ii Droit à l'avancement et à la retraite dans le cadre d'emploi d'origine

- Le fonctionnaire conserve son droit à l'avancement dans son corps d'origine. La règle consacrée par les décrets consacrés au détachement a été rappelée dans l'arrêt *Kalck*⁴⁴. Cependant, le statut régissant le cadre d'emploi d'origine peut subordonner l'avancement⁴⁵ à des conditions relatives notamment à l'accomplissement de services effectifs dans ce cadre d'emploi, ce qui de fait exclut la période durant laquelle le fonctionnaire était détaché auprès d'un organisme privé⁴⁶.

40 Rappr. dans la fonction publique d'Etat CE, 30 juillet 1997, De Lacoste-Lareymondie, Rec., p.305, LPA, 26 janvier 1998, p.13, concl. contraires J.-C. Bonichot.

41 Voir également supra

42 Voir le nouveau titre VIII bis du décret 86-83 du 17 janvier 1986.

43 Les décisions les plus explicites sont : Trib. confl., 24 juin 1996, D., 1997, Jur., p.275, note Y. Saint-Jours : les rapports entre l'association "même si elle est investie d'une mission de service public 'et la fonctionnaire détachée' ne peuvent être que des rapports de droit privé" ; CE, 9 octobre 2002, n°233596, Société GIAT Industries, publié aux Tables du Lebon ; Soc., 27 juin 2000, n°97-43536. Voir déjà antérieurement : compétence prud'bomale en cas de litige (Ass. Plén., 20 décembre 1991, Dr. Soc., 1992, p.439, note J. Savatier), inscription sur les listes électorales prud'bomales (Ass. Plén., 5 novembre 1993, JcP, 1993, II, n°22180, concl. M. Jéol, note Y. Saint-Jours), inscription sur les listes électorales pour les délégués du personnel (Soc., 31 janvier 1973, Bull., V, n°52), désignation comme délégué syndical (Crim., 5 mai 1980, Bull. crim., n°133, D., 1980, IR, note Ph. Langlois).

44 CE, 21 mars 1986, Kalck, Rec., p. 77.

45 De grade et non d'échelon. L'avancement d'échelon a lieu normalement durant la période de détachement

46 CE, 29 avril 2006, AJDA, 17 juillet 2006, p.1447, note M.-C. MONTECLER.

- Les droits à la retraite que conserve le détaché sont garantis par un double versement. L'employeur privé est redevable d'une contribution complémentaire pour la constitution des droits à pension de l'intéressé. Le détaché ponctionne lui-même sur sa rémunération le reliquat de cotisations.

Il faut néanmoins distinguer l'ouverture des droits à pension, qui nécessite généralement 15 années de services effectifs, et la constitution des droits à pension⁴⁷. Par conséquent, les services effectués par un fonctionnaire dans une entreprise privée ne peuvent être qualifiés de services effectifs pour l'ouverture des droits à pension bien qu'ils soient pris en compte pour le calcul du montant de la pension.

iii Conditions d'emploi et de travail

- La rémunération du fonctionnaire détaché est - rappelons-le - versée par l'entreprise auprès de laquelle il est détaché. Cette rémunération est calculée en fonction des règles en vigueur dans l'entreprise et peut faire l'objet d'aménagements contractuels (sous réserve qu'ils soient plus favorables que les règles applicables⁴⁸).
- De manière plus générale, le fonctionnaire détaché est assimilé à un salarié de l'entreprise d'accueil. Assimilé à un salarié ordinaire, le fonctionnaire détaché peut se prévaloir du principe d'égalité de traitement. Il doit également "contribuer à l'assurance-chômage comme les autres salariés"⁴⁹.

Ce principe d'assimilation connaît deux exceptions. La première tient à l'exclusion du fonctionnaire détaché du bénéfice des indemnités légales et conventionnelles de rupture du contrat⁵⁰. En revanche, en cas de rupture abusive du contrat, le fonctionnaire détaché a droit au versement des indemnités destinées à compenser un licenciement sans cause réelle et sérieuse⁵¹.

La seconde est propre aux fonctionnaires détachés qui assumaient des fonctions de représentation du personnel dans l'organisme d'accueil. Ils ne bénéficient pas de la protection spéciale accordée aux salariés investis d'une fonction représentative⁵².

c La fin du détachement et la réintégration du détaché

Des circonstances entourant la fin du détachement dépend l'étendue du droit au retour du détaché. L'enjeu de ces règles est central, car le fonctionnaire, anticipant un éventuel retour, en tiendra compte, pour accepter le détachement. La décision de détachement est "réflexive".

Il faut ici distinguer la situation normale, la réintégration intervenant à l'expiration du détachement (i), de la situation atypique qui correspond à une réintégration avant la date d'échéance prévue (ii).

i La réintégration à l'expiration du détachement

Le détachement peut être décidé pour une durée de cinq ans maximum, renouvelables. A l'expiration du détachement, si la convention n'est pas renouvelée, le fonctionnaire est réintégré dans son corps ou cadre d'emploi dans un emploi correspondant à son grade de la collectivité d'origine. Il est réaffecté à la première vacance ou création d'emploi. A défaut d'emploi vacant ou créé, le fonctionnaire est maintenu en surnombre pendant un an dans sa collectivité d'origine puis pris en charge (donc rémunéré) soit par le CNFPT pour les fonctionnaires de catégorie A, soit par le centre de gestion, pour les autres catégories de fonctionnaires⁵³. La réintégration est un droit et la collectivité publique ne peut invoquer des difficultés financières pour refuser d'y procéder : elle doit donc le placer en surnombre pendant une durée d'un an, à défaut d'emploi vacant⁵⁴.

ii La réintégration avant l'expiration du détachement⁵⁵

• À la demande de l'administration ou de l'organisme d'accueil

Il peut être mis fin au détachement avant le terme fixé par l'arrêté le prononçant à la demande soit de l'administration d'origine soit de l'organisme d'accueil.

Lorsque le détachement est interrompu à la demande de l'organisme d'accueil, le fonctionnaire continue d'être rémunéré par cet organisme jusqu'à l'expiration normale de la durée du détachement si aucun emploi n'est vacant, sauf si la demande d'interruption est consécutive à une faute commise dans l'exercice des fonctions⁵⁶.

47 Rép. Min. n°06813, JO Sénat, Q 22 janv. 2004, p.174. CAA Nantes, 25 mars 1999, *Le Clec'h c./ Caisse des dépôts et consignations*.

48 Cf. Art. L.135-2 du Code du travail.

49 Soc., 27 juin 2000, Bull., V, n°251. Rapp. CE, 9 octobre 2002, *Société Giat Industries, req. 233596 : les fonctionnaires détachés doivent bénéficier du régime du chômage partiel*.

50 Entre dans cette catégorie, l'indemnité conventionnelle de départ à la retraite, Soc., 25 janvier 2006, RJS, 2006, n°497.

51 Soc., 27 juin 2000, Bull., V, n°251.

52 Soc., 23 mai 2006, JcP éd. S, 1619, note J.-Y. KERBOUC'H.

53 Art. 67 de la loi du 26 janvier 1984 (statut de la fonction publique territoriale).

54 CE, 2 juin 2006, req. n°265873, AJFP, 2006, p. 326.

55 Le siège de la matière se trouve en grande partie à l'article 10 du décret 86-68 du 13 janvier 1986 (fonction publique territoriale).

56 Art. 67 alinéa 4 de la loi du 26 janvier 1984

Ici, une légère incertitude juridique doit être relevée. Ni la jurisprudence, ni le statut du fonctionnaire n'indique que l'exonération de prise en charge de la rémunération est soumise au respect des conditions du Code du travail relatives à la rupture du contrat de travail (procédure, motivation de la lettre de licenciement). Dès lors, il suffirait que l'entreprise privée invoque une faute (et puisse la prouver) pour ne pas être soumise à l'obligation de verser la rémunération jusqu'à l'expiration de la durée normale du détachement.

A l'inverse, la rupture du contrat de travail consécutive à l'interruption du détachement sur demande de l'organisme d'accueil est analysée par la Cour de cassation comme un licenciement. Par conséquent, elle est soumise aux exigences de procédure, de motivation et de justification prévues par le Code du travail pour le licenciement⁵⁷. A défaut du respect de ces conditions, l'entreprise d'accueil devra verser au fonctionnaire détaché les indemnités prévues en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

De la mise en regard de ces solutions, il résulte qu'en présence d'une faute avérée mais qui n'a pas donné lieu à un licenciement prononcé conformément aux règles du droit du travail, l'entreprise privée serait tenue de verser des indemnités pour licenciement abusif, mais ne serait pas tenue de maintenir la rémunération. La solution paraît quelque peu complexe, mais elle est commandée par l'articulation entre les règles de droit du travail et celle de la fonction publique.

Plus profondément, elle traduit le double lien du fonctionnaire détaché : soumis au droit privé dans le cadre des relations avec son employeur privé, régi par le droit de la fonction publique lorsqu'est en cause sa réintégration.

Toutefois, les règles de procédure et de motivation, garanties minimales avant toute sanction, ne devraient-elles pas être respectées dans les deux domaines (licenciement et exonération de la rémunération) ? Il est permis de le suggérer, tant désormais, la validité des sanctions est soumise à des conditions proches de celles qui gouvernent le procès équitable.

- **À la demande du fonctionnaire**

Le fonctionnaire peut également demander qu'il soit mis fin à son détachement avant le terme fixé. Cette décision est toutefois lourde de conséquences. Il cesse

d'être rémunéré si son administration d'origine ne peut le réintégrer immédiatement : il est alors placé en disponibilité jusqu'à ce qu'intervienne sa réintégration (cf. infra). Si à la date de l'échéance initialement prévue du détachement, le fonctionnaire n'a pas été réintégré, le fonctionnaire a droit à sa réintégration dans les conditions normales, celles prévues pour la réintégration à l'expiration du détachement.

De cet exposé des principales règles consacrées au retour du détaché, il ressort que le droit au retour et la protection du fonctionnaire sont des objectifs auxquels le droit de la fonction publique est sensible. Cependant, la prudence commande de ne pas conclure la convention de détachement initiale pour une durée trop longue. La possibilité de renouveler le détachement incite au contraire à organiser une progression de la durée du détachement.

Bien que le détachement constitue une formule assez souple, et suffisamment sécurisée, permettant la fluidité dans les changements des modes de gestion, d'autres positions d'activité des fonctionnaires doivent être évoquées.

2 Les autres positions d'activité du fonctionnaire

Outre le détachement, le droit de la fonction publique offre d'autres formules qui pourraient favoriser la mobilité du personnel en cas de changement de mode de gestion : la mise à disposition (a), et la disponibilité (b).

a Mise à disposition

Proche du détachement, la mise à disposition correspond à la situation où le fonctionnaire est réputé occuper son emploi, continue à percevoir la rémunération correspondante mais effectue son service hors de son administration. Pendant longtemps, la mise à disposition d'un fonctionnaire auprès d'un organisme privé à but lucratif assurant une mission de service public n'était en principe pas valable. Seule la mise à disposition auprès d'un EPIC ou d'une association "parapublique" était prévue par les textes⁵⁹. Depuis la loi de modernisation de la fonction publique du 2 février 2007, la mise à disposition est désormais possible auprès "des organismes contribuant à la mise en oeuvre d'une politique de l'Etat, des collectivités territoriales ou de leurs établissements publics administratifs, pour l'exercice des seules missions de service public confiées à ces organismes"⁶⁰, les textes prenant soin de rappeler que la mise à disposition donne lieu à remboursement. En dépit de l'obscurité de la formule retenue par le législateur, il semble bien que ce nouveau cas de mise à disposition vise notamment les délégués de service public⁶¹.

Cette nouveauté introduirait ainsi une voie nouvelle,

57 *Soc.*, 27 juin 2000, *préc.*

59 Art. 2 du décret 85-1081 du 8 octobre 1985 (*fonctionnaires territoriaux*)

60 Art. 42, 61-1 et 49 nouveaux, respectivement des lois du 11 janvier 1984 relative à la fonction publique d'Etat, du 26 janvier 1984 relative à la fonction publique territoriale et du 9 janvier 1986 relative à la fonction publique hospitalière.

61 En ce sens, D. Jean-Pierre, *JcP G.*, 14 février 2007, *Actualités*, 76 ; Ph. Lagrange, "La réforme des mises à disposition : nouvelle étape vers une fonction publique ouverte ?", *AJDA*, 2007, p.524.

parallèle à celle du détachement, afin de fluidifier le changement de mode de gestion. Le choix entre détachement et mise à disposition dépendra alors de plusieurs facteurs : le coût comparé du remboursement de la mise à disposition et du salaire versé au fonctionnaire détaché, la souplesse souhaitée par l'entreprise délégataire et par le fonctionnaire quant à la mobilité interne de ce dernier, sachant que la mise à disposition n'est prévue que "pour l'exercice des missions de service public", l'attractivité financière de chacune des formules pour le fonctionnaire.

Par ailleurs, il faut prendre garde à ce que la mise à disposition ne constitue pas une distorsion dans les règles de concurrence⁶². L'éventualité d'une présence accrue de fonctionnaires mis à disposition au sein d'organismes privés invite enfin à rappeler que la Cour de cassation considère ces fonctionnaires comme de véritables salariés et a récemment décidé qu'ils sont électeurs et éligibles aux élections du comité d'entreprise⁶³. En revanche, ils ne peuvent invoquer la règle "à travail égal, salaire égal"⁶⁴. Le choix entre mise à disposition et détachement devra donc être le fruit d'ajustements locaux aux variables spécifiques à chaque délégation.

b Disponibilité

Outre la mise à disposition, la disponibilité est une voie qu'il faut également envisager. En position de disponibilité, le fonctionnaire cesse de bénéficier de ses droits à avancement et à retraite (à la différence du détachement). Il n'est plus rémunéré par son administration d'origine. La disponibilité pour convenances personnelles peut être accordée par la collectivité publique, sans que cette dernière n'y soit contrainte. La disponibilité est prononcée pour une durée maximum de 3 ans renouvelable une fois, sans que la durée totale de la disponibilité ne puisse excéder 10 ans sur l'ensemble de la carrière⁶⁵.

A l'expiration de la disponibilité, le fonctionnaire fait connaître sa décision de réintégrer son corps ou son cadre d'emplois. S'il refuse successivement trois postes qui correspondent à son grade, il peut être licencié. Dans l'hypothèse où le fonctionnaire souhaite mettre fin à sa disponibilité avant l'échéance prévue initialement, il est maintenu en disponibilité. Un reclassement peut lui être proposé par son administration. En l'absence de reclassement, il est pris en charge par le CNFPT ou le centre de gestion, la prise en charge cessant après trois

offres d'emploi refusées par le fonctionnaire. Ce dernier est alors licencié⁶⁶.

La disponibilité peut présenter une alternative à la démission lorsque le fonctionnaire souhaite prendre des fonctions auprès du délégataire. Lui offrant une éventualité de réemploi, cette formule pourrait être employée dans certaines situations, notamment celles pour lesquelles le détachement n'est pas envisagé. Elle est la seule possible lorsque l'intéressé souhaite s'affranchir de la limite de 15% prévue pour le détachement.

En définitive, le statut de la fonction publique propose différents cadres facilitant la fluidité des personnels. La souplesse des différentes formules, notamment la durée du détachement, mériterait une information plus vaste en direction des différents acteurs. L'obligation faite aux personnes publiques de présenter un rapport annuel aux représentants du personnel portant sur le nombre des fonctionnaires mis à disposition et les organismes bénéficiaires de ces mises à disposition⁶⁷ doit être étendue au personnel détaché. Il n'est en effet aucune raison qui commande de restreindre cette obligation à la mise à disposition.

Des aménagements, notamment dans les fonctions publiques hospitalières et d'Etat, devraient également être mis à l'étude, par exemple pour rendre possible, le détachement auprès d'un délégataire de service public.

En ce qui concerne les agents non titulaires, les possibilités de mobilité externe – mise à disposition et congé de mobilité – créées par le décret du 12 mars 2007 et réservées à la fonction publique d'Etat, devraient être étendues à l'ensemble de la fonction publique.

B Passage en gestion directe et reprise des salariés

Lorsque l'activité gérée par un opérateur privé est reprise dans le cadre d'un service public industriel et commercial (SPIC), la situation des personnels reste, dans le changement de mode de gestion, soumise au droit privé, à l'exception du directeur et de l'agent comptable⁶⁸. La transition devrait donc se dérouler sans accroc. Néanmoins, les échanges au sein du groupe de travail ont mis en lumière quelques difficultés qui appellent quelques remarques (1).

La tâche qui s'est ouverte au groupe de travail a été d'une toute autre ampleur, lorsqu'il s'est agi d'examiner la dimension sociale du passage en gestion directe dans le cadre d'un service public administratif (SPA) (2).

62 Pour une telle éventualité, cf. TA Toulouse, 8 novembre 2001, AJFP, 2004, p. 49 (mise à disposition d'un fonctionnaire dans un EPIC chargé des pompes funèbres).

63 Soc., 23 mai 2006, n°05-60119.

64 Soc., 6 juillet 2005, pourvoi n°03-43074

65 Art. 2 b) du décret 86-68 du 13 janvier 1986 relatif aux positions d'activité des fonctionnaires territoriaux.

66 Art. 97 de la loi du 26 janvier 1984.

67 Art. 43 bis de la loi du 11 janvier 1984 relative à la fonction publique d'Etat, art. 62 de la loi du 26 janvier 1984 relative à la fonction publique territoriale ; art. 49-2 de la loi du 9 janvier 1986 relative à la fonction publique hospitalière.

68 CE, 8 mars 1957, Jalenque de Labeau, Lebon, p.501

1 Le passage en gestion directe dans le cadre d'un SPIC

De longue date, les juridictions tant judiciaires qu'administratives considèrent que les personnels travaillant au sein d'un SPIC géré par une personne publique sont soumis au droit du travail. Les services publics industriels et commerciaux ne connaissent que des rapports de travail de droit privé⁶⁹, exception faite du directeur et de l'agent comptable qui eux demeuraient soumis au droit public⁷⁰. Dès lors, il n'y a aucune raison d'écarter l'application de l'article L.122-12 du Code du travail, qui prévoit le transfert des contrats de travail en cas de transfert d'une entité économique autonome, lorsque le service passe d'une gestion privée à une gestion publique. La Cour de cassation applique sans réserve l'article L.122-12 lors du changement de mode de gestion d'un SPIC⁷¹. Reste que la situation du directeur du SPIC, agent de droit public, appelle une clarification (a). Au-delà de cette clarification, il convient de rappeler les règles relatives à la gestion des SPIC, car de la structure choisie dépend pour partie la fluidité sociale du changement de mode de gestion (b).

a Précisions sur le directeur d'un SPIC transféré à une collectivité publique

Le Tribunal des conflits est venu préciser la situation du directeur du SPIC (i). La solution retenue devrait emporter des conséquences sur les modalités de sa nomination (ii).

i *Le directeur d'un SPIC doit être placé dans un régime de droit public*

Selon le Tribunal des conflits⁷², la collectivité publique reprenneuse est tenue de respecter les contrats de travail en cours, notamment celui du directeur du SPIC. Toutefois, le maintien de l'intéressé à ce poste de responsabilité requiert la mise en oeuvre d'un régime de droit public, en application de l'arrêt Jalenques de Labeau⁷³. L'entité publique devrait donc proposer un contrat de droit public au directeur. A défaut, il s'agit d'un licenciement régi par les règles de droit privé.

ii *Conséquences sur les modalités de nomination du directeur*

Fondée sur le droit communautaire qui prévoit également le maintien des contrats en cours, la solution retenue par le Tribunal des conflits invite donc à écarter les règles nationales du droit de la fonction publique relatives au recrutement des directeurs de SPIC. La procédure de

publication du poste devrait ainsi être écartée. Le directeur du SPIC devrait bénéficier d'une priorité dans l'occupation de l'emploi qui correspond à celui qu'il occupait au sein de la structure de droit privé.

Cette interprétation de l'arrêt du Tribunal des conflits a une importante portée pratique. Lors de la "re-publicisation" des associations municipales ou départementales transparentes, le directeur de l'association devrait se voir proposer en priorité un contrat de droit public, sans que les règles du Code général des collectivités territoriales relatives au recrutement du directeur n'aient à s'appliquer⁷⁴. Au total, la délibération devrait se borner à accepter ou non la nomination du directeur qui bénéficiait antérieurement d'un contrat de travail, sachant que le refus de nomination pourrait s'analyser comme un licenciement sans cause réelle et sérieuse, aux conséquences financières importantes.

b La création obligatoire d'une régie dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière

La création d'une structure ad hoc s'impose lorsque l'activité d'un SPIC est reprise en régie. La gestion en régie simple est bannie depuis 1926 (Art. L.2221-28 du CGCT). Si une régie simple a été créée depuis lors, elle doit être transformée en suivant les prescriptions de l'article L.2221-4 du CGCT⁷⁵.

Cet article ouvre deux possibilités à la collectivité publique : la création d'une régie personnalisée ou celle d'une régie dotée de la seule autonomie financière. La première branche de l'alternative paraît devoir être privilégiée.

L'individualisation de l'activité industrielle et commerciale au sein d'une régie dotée de la personnalité morale permet à la fois de mieux garantir la comparabilité des modes de gestion et de résoudre l'essentiel des problèmes immédiats de transfert de personnel. Un code APE, permettant de déterminer la convention collective applicable⁷⁶, peut alors être délivré à la structure ainsi créée. De plus, les relations avec les autorités préfectorales sont facilitées, l'employeur nominal de ces personnels de droit privé n'étant pas une collectivité locale ayant isolé en son sein une activité industrielle et commerciale (régie dotée de la seule autonomie financière), mais un établissement public local industriel et commercial.

La création d'un EPIC, et non la simple mise en place

69 CE, 26 janvier 1923, *De Robert Lafregeyre, Lebon*, p.67. La possibilité de détachement de fonctionnaires au sein d'un SPIC étant toutefois prévue, cf. J.-M. AUBY, J.-B. AUBY, D. JEAN-PIERRE, A. TAILLEFAIT, *Droit de la fonction publique*, Dalloz, 4ème édition, 2002, n°362 et s.

70 CE, 8 mars 1957, *préc.*

71 *Soc.*, 7 octobre 1992, *Bull.*, V, n°499 ; *Soc.*, 7 avril 1998, *RJS*, 1998, n°569

72 *TC*, 15 mars 1999, *Faulcon, Dr. Soc.*, 1999, p. 673, *concl. J.-L. SAINTE-ROSE*

73 *préc. note n°68*

74 *Notamment les articles L.2221-10, et R. 2221-21 du CGCT.*

75 *En ce sens, Rép. Min, JO Sénat*, 20 octobre 2005, p.2724 à la *QE n°17067, JO Sénat*, 14 avril 2005, p. 1028.

76 *Le code APE ne constitue toutefois qu'un indice de l'application d'une convention collective. Le véritable critère de l'application d'une convention collective demeure l'activité réellement exercée par l'entreprise.*

d'une régie autonome, s'impose d'autant plus que le Code du travail ne s'applique qu'aux EPIC⁷⁷. Du reste, l'absence de création d'une personne morale aboutit à une situation quelque peu paradoxale : les personnels, qui exercent leur fonction dans une régie autonome, sont liés à la collectivité publique par un contrat de travail, leur employeur étant la collectivité publique, la plupart des règles du Code du travail leur sont inapplicables, car les dispositions ne s'adressent qu'aux "établissements publics industriels et commerciaux". La création d'un EPIC permet de concilier contrat de travail et droits et obligations des salariés tels qu'ils résultent du statut de salarié. A défaut, le SPIC serait composé de salariés qui ne bénéficient pas de la totalité des droits et obligations du statut de salarié.

La création d'une régie personnalisée est donc la voie qu'il faut emprunter afin de rendre plus fluide le changement du mode de gestion. Les régies personnalisées en charge d'un SPIC sont en effet pleinement soumises au Code du travail⁷⁸. Tel n'est pas le cas, lorsque l'activité relève d'un SPA.

2 Le passage en gestion directe dans le cadre d'un SPA

Pendant longtemps, le passage en gestion directe d'un service public administratif ne faisait peser sur la collectivité publique aucune obligation à l'égard des salariés de la personne privée jusqu'alors chargée de la mission de service public en cause. La Cour de cassation⁷⁹ tout comme le Conseil d'Etat⁸⁰ jugeaient inapplicable l'article L.122-12 du Code du travail lorsque le repreneur de l'entité économique était une personne publique gérant un service public administratif. Le refus de faire jouer l'article L.122-12 s'expliquait, in fine, par le fossé qui séparait le droit de la fonction publique et le droit privé du travail⁸¹ et, corrélativement, la situation des agents publics (titulaires ou non) et celle des salariés⁸². Bien que contestées⁸³, ces solutions jurisprudentielles avaient le mérite de respecter les principes régissant l'emploi des personnels au sein des

personnes publiques. En effet, le personnel d'une personne publique gérant un service public administratif (SPA) n'est normalement composé que d'agents publics, en vertu de la décision *Berkani*⁸⁴. L'article L.122-12 n'était donc pas applicable dans les SPA dont le personnel relève du droit de la fonction publique. Peu soucieux de la division binaire du droit administratif français, le droit communautaire a imposé une toute autre solution.

La CJCE, dans l'arrêt *Mayeur* du 26 septembre 2000⁸⁵, a décidé qu'entre dans le champ de la directive du 4 février 1977⁸⁶ – directive qui impose la poursuite des relations de travail entre employeurs successifs – la reprise par une collectivité publique d'une activité effectuée dans le cadre d'une entité économique ayant conservé son identité, peu important que cette activité soit reprise sous forme de service public administratif. Au visa de la directive, la Cour de cassation⁸⁷ a rapidement repris la solution de la CJCE, bientôt suivi par le Tribunal des conflits⁸⁸, et le Conseil d'Etat⁸⁹. Désormais, la collectivité publique est tenue de reprendre le personnel attaché à l'entité transférée. Le législateur français, prenant acte des conséquences de cette jurisprudence, a créé un nouveau contrat de droit public par la loi du 26 juillet 2005. Selon l'article 20 de cette loi, lorsqu'elle reprend l'activité d'une entité économique, la personne publique gérant un SPA doit proposer un contrat de droit public de même durée que celui dont bénéficiaient antérieurement les salariés transférés. Cet article répond ainsi à un louable objectif de simplicité grâce au maintien d'une nette démarcation entre le régime applicable aux agents recrutés par les personnes publiques en charge d'un SPA et celui que connaissent les salariés travaillant pour le compte d'une entité publique gérant un SPIC. Cet article a pour vocation de résoudre les premières difficultés liées à l'intégration durable de salariés dans le secteur public⁹⁰. Malgré l'existence de ce texte, de nombreuses incertitudes demeurent, qui pèsent sur la fluidité de la transition. Ces

77 Voir par exemple, les articles L.131-2, 200-1, 231-1, 236-1 du Code du travail.

78 Néanmoins, il existe au moins une particularité de l'application du droit du travail aux EPIC ou aux entreprises publiques. Il a été jugé que la convention collective applicable à l'ancien employeur disparaissait immédiatement si les salariés sont repris par une entreprise ou un EPIC doté d'un statut réglementaire. Soc., 17 mai 2005, RJS, 2005, n°919.

79 Soc., 8 novembre 1978, Bull., V, n°743 ; Soc., 30 juin 1983, Dr. Soc., 1984, p. 99 ; Soc., 24 octobre 1989, Bull., V, n°609 ; Soc., 7 octobre 1992, Bull., V, n°499.

80 CE, 23 octobre 1987, Siguier, n°67627, Lebon., p. 324.

81 S. PUGEAULT, "L'application de l'article L.122-12 du Code du travail aux services publics administratifs", AJDA, 2002, Jur., p. 695. Voir également, Ph. LEGER, *Concl. sous l'arrêt Mayeur*, CJCE, 26 septembre 2000, Rec., p. I-0755.

82 Voir notamment les attendus très explicites de CE, 23 octobre 1987, préc ; Soc., 30 juin 1983, préc.

83 Y. SAINT-JOURS, note sous Soc., 1er décembre 1996, JcP, 1993, II, 22330 ; M. BAZEX, note sous Soc., 10 juillet 1995, AJDA, 1996, p. 396.

84 TC, 25 mars 1996, Lebon, p. 535 ; RFDA, 1996, p. 819, concl. Ph. MARTIN ; AJDA, 1996, Cbr. J.-H. STAHL, D. CHAUVAUX.

85 Aff. C-175/99 ; RJS, 2001, n°138.

86 La directive du 14 février 1977 a été remplacée par la directive du 12 mars 2001, qui, en substance, agrège aux dispositions initiales la jurisprudence. Aussi peut-on considérer qu'il existe une continuité indéniable dans les solutions retenues.

87 Soc., 25 juin 2002, AJDA, 2002, note S. PUGEAULT ; Dr. Soc., 2002, p. 1013, obs. A. MAZEAUD.

88 TC, 19 janvier 2004, Mme Devun, Dr. Soc., 2004, p. 433, obs. A. MAZEAUD ; AJDA, 2004, Cbr. F. DONNAT, D. CASAS.

89 CE, 22 octobre 2004, Lamblin, Dr. Soc., 2005, p. 43, concl. E. GLASER ; AJDA, 2004, p. 2153, Cbr. C. LANDAIS, F. LENICA.

90 Il faut noter que l'article 20 ne s'applique pas uniquement aux reprises en gestion directe de services antérieurement délégués. Cette disposition est également susceptible de s'appliquer lorsqu'une entité publique décide d'assurer elle-même une prestation qui faisait antérieurement l'objet d'un marché public, à la condition bien évidemment que le marché constitue une entité économique autonome.

incertitudes portent tant sur le champ d'application de l'article 20 (a) que sur ses effets (b).

a Incertitudes quant au champ d'application de l'article 20

De jurisprudence constante en droit du travail, la poursuite des contrats de travail s'impose en cas de "transfert d'une entité économique conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise"⁹¹. La formule est constamment répétée. L'article 20 de la loi du 26 juillet 2005 n'a pas repris cette formulation. Selon cet article, "lorsque l'activité d'une entité économique... est par transfert de cette entité reprise par une personne publique", les salariés de droit privé doivent se voir proposer un contrat de droit public. L'accent est ainsi porté sur l'activité, à telle enseigne qu'on peut se demander s'il ne se dessine pas une identité entre activité de service public déléguée et transfert d'une entité économique. Dès lors, tout changement de mode de gestion d'un service public, même s'il n'est pas porté par une entité économique au sens de la jurisprudence judiciaire⁹², devrait emporter application de l'article 20.

Dans cette hypothèse, la reprise des personnels serait obligatoire en cas de rupture ou d'arrivée à l'échéance de la délégation. Une telle proposition, assez proche des solutions retenues par la jurisprudence récente, éviterait l'important contentieux que connaissent déjà les tribunaux judiciaires sur les conditions d'application de l'article L.122-12 du Code du travail.

Elle présente deux avantages supplémentaires :

- les collectivités publiques sont enclines à vouloir reprendre un personnel compétent et déjà formé plutôt que de devoir développer un service technique adapté ;
- il peut être de l'intérêt des entreprises privées de se défaire d'un personnel attaché à une délégation arrivée à échéance ou rompue.

Ces avantages doivent néanmoins être nuancés, et par certains aspects, sembler plutôt des inconvénients :

- une collectivité publique, déjà en excédent d'effectifs, ne souhaite pas nécessairement reprendre les agents du délégataire
- l'entreprise, qui a assuré à ses frais le savoir-faire de ses salariés, a parfois intérêt à conserver à son service les agents en question.

Devant la difficulté de prendre parti *in abstracto* sur le caractère avantageux ou défavorable de l'obligation de transférer le salarié dès lors que le service est repris, il semble que l'horizon d'une plus grande sécurité juridique puisse constituer le principal guide.

Parce qu'elle coupe court aux discussions sur le périmètre de l'entité économique, la correspondance entre transfert de salariés et transfert de l'activité de service public doit être privilégiée.

Reste que cette correspondance n'est pas, à proprement parler, consacrée par l'article 20. Aussi peut-on espérer que les juridictions saisies empruntent cette voie, ou même que le législateur explicite ici le texte de l'article 20.

b Incertitudes quant aux effets de la reprise de l'activité d'une entité économique

La reprise de l'activité d'une entité économique par une personne publique dans le cadre d'un SPA oblige cette dernière à proposer aux salariés transférés un contrat de droit public reprenant les "clauses substantielles" de l'ancien contrat (i). L'étendue de cette obligation laisse place à quelques interrogations. Plus encore, les obligations de la personne publique ne sont pas suffisamment spécifiées par le législateur (ii). Enfin, la nasse que constitue le CDI de droit public (iii) oblige à envisager des solutions alternatives (iv).

i L'obligation de proposer un contrat de droit public

En principe, le recrutement d'un agent public (titulaire ou non), exige un acte écrit : acte unilatéral de nomination, ou contrat écrit. C'est en s'inspirant de ce principe que le législateur a refusé toute intégration automatique au sein de la personne publique des salariés du délégataire. L'article 20 de la loi du 26 juillet 2005 a donc prévu qu'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". Le refus par le salarié de cette proposition est assimilé à un licenciement soumis au droit du travail. On peut supposer qu'un tel licenciement est fondé sur une cause réelle et sérieuse, celle de l'impossibilité de maintenir des salariés de droit privé dans les SPA (voir *infra*).

La situation inverse – l'absence de proposition d'un contrat de droit public par la personne publique – suscite, quant à elle, deux interprétations. De ces interprétations dépend l'intensité de l'obligation de proposer un contrat de droit public qui incombe au reprenneur.

1. On peut tout d'abord considérer que l'absence de proposition conduit à une rupture de la relation de travail par la personne publique. Le salarié n'est donc pas transféré si cette dernière ne lui propose aucun contrat. Le Tribunal des conflits a estimé que cette rupture relève du droit privé : tant que le salarié n'est pas intégré dans un statut de droit public, il demeure soumis au droit privé. La rupture est intervenue en méconnaissance de l'article 20. Elle doit donc être traitée comme un

91 Voir notamment, Ass. Plén., 16 mars 1990, D., 1990, note A. LYON-CAEN.

92 La Chambre sociale définit l'entité économique comme un "ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre".

licenciement, sans cause réelle et sérieuse, puisque l'employeur public n'a pas respecté ses obligations.

En somme, l'obligation qui pèse sur la personne publique se résout dans une indemnisation calculée à partir des règles du Code du travail. Dans cette perspective, l'article 20 peut être tenu pour une règle qui désigne le débiteur de l'indemnité de licenciement : la collectivité publique repreneuse.

2. On peut ensuite estimer que le contrat de droit privé n'a pas été rompu lors du transfert mais au contraire s'est poursuivi – au mépris certes de la jurisprudence Berkani. Le juge judiciaire saisi pourrait alors ordonner la réintégration du salarié au sein de la collectivité publique gérant un SPA⁹³. En d'autres termes, l'absence de proposition d'un contrat de droit public mène au maintien du contrat de droit privé.

Une telle interprétation ne semble pas correspondre à l'intention du législateur et aboutit à transformer l'obligation de proposition d'un contrat de droit public en simple faculté, à laquelle peut être préféré le maintien du contrat de travail. Néanmoins, le maintien du contrat de droit privé que l'on pourrait d'ailleurs ne concevoir que de manière provisoire laisse aux employeurs publics une appréciable marge de manœuvre dans la gestion des personnels (Voir infra propositions).

ii La teneur du contrat de droit public selon l'article 20

Selon les termes de l'article 20 de la loi du 26 juillet 2005, le contrat de droit public proposé par la personne publique doit reprendre "les clauses substantielles" du contrat antérieur.

• Le "flou" des clauses substantielles

Il n'est pas aisé de déterminer ce que recouvrent ces clauses substantielles. En effet, la terminologie retenue par le législateur n'est pas celle qui prévaut en droit du travail interne, ni en droit communautaire.

En droit du travail interne, la Cour de cassation a abandonné la distinction entre modification substantielle et modification non substantielle du contrat pour lui substituer une distinction entre modification du contrat et changement des conditions de travail. Ce n'est donc plus désormais l'importance de la modification qui détermine le droit au refus du salarié, mais la nature des modifications apportées. Si l'employeur souhaite faire évoluer l'un des piliers du socle contractuel (rémunération, qualification, durée du travail, et secteur d'activité géographique) ou s'il entend introduire ou modifier une stipulation contractuelle, il doit recueillir l'accord du salarié. En revanche, s'il impose un changement des conditions de travail (répartition des horaires, modification des tâches, etc.), le salarié doit s'y soumettre. En refusant

de faire référence à la distinction modification du contrat, changement des conditions de travail, le législateur s'éloigne des principes de solutions retenus par la Cour de cassation. L'analogie ne peut se déployer.

De même, le législateur de 2005 n'a pas repris le vocabulaire communautaire qui évoque la modification substantielle du contrat. Selon l'article 4§2 de la directive du 12 mars 2001, le contrat est présumé rompu du fait de l'employeur lorsque le salarié refuse une "modification substantielle des conditions de travail". Ainsi une modification de la rémunération de faible importance ne conduit pas à une résiliation de la relation de travail du fait de l'employeur. Pour le droit communautaire, l'importance de la modification permet d'imputer la responsabilité de la rupture du contrat de travail et dessine la marge d'adaptation des conditions de travail laissée à l'employeur lors du transfert.

L'article 20 de la loi du 26 juillet 2005 retient une conception différente des obligations de l'employeur public lors du transfert : il doit reprendre les clauses substantielles du contrat antérieur dont bénéficiait le salarié.

A défaut de guide sûr que l'on pourrait puiser dans d'autres branches du droit, il convient de se livrer à un exercice de prospective juridique pour déterminer quels éléments peuvent constituer une "clause substantielle" au sens de l'article 20.

• Tentative de détermination des clauses substantielles

Dans la recherche de ce que recouvre l'expression "clauses substantielles", il faut prêter une attention particulière à la précision qu'apporte l'article 20 : les clauses substantielles du contrat antérieur ne sont maintenues que dans la mesure où elles ne sont pas contraires aux dispositions législatives ou réglementaires ou aux conditions générales de rémunération et d'emploi des agents non titulaires. Cette précision limite singulièrement l'obligation faite à la personne publique de maintenir les clauses substantielles.

• Rémunération

Concernant la rémunération antérieure, l'article 20 de la loi du 26 juillet 2005 y fait expressément référence : la personne publique repreneuse doit maintenir la rémunération. Toutefois, les conditions générales de rémunération des non titulaires, telles qu'elles ont été déterminées par la juridiction administrative ou par la loi⁹⁴, peuvent faire obstacle à un tel maintien. En effet, il est de jurisprudence constante que l'agent non titulaire ne peut percevoir des rémunérations excédant "celles auxquelles peuvent prétendre des agents [titulaires] occupant des fonctions et ayant des qualifications équivalentes"⁹⁵. La collectivité publique pourrait donc être contrainte

⁹³ En ce sens, CA Nîmes, 29 mars 2004, Dr. Ouv., 2005, p. 501.

de baisser la rémunération du salarié.

- **Durée du travail et horaires de travail**

Ces questions sont réglementées par les statuts et décrets des différentes fonctions publiques. Aussi, le salarié ne pourra pas se prévaloir des conditions de travail dont il bénéficiait antérieurement même si elles étaient prévues contractuellement⁹⁶. Cependant, il n'a pas été relevé d'incompatibilités majeures entre les règles de droit privé et les règles de la fonction publique.

- **Qualification**

La collectivité publique est tenue de maintenir les missions, et fonctions des salariés. Sur ce point, le maintien de la qualification ne pose guère de difficultés. Toutefois, une adaptation des tâches et des missions peut être envisagée, et ce dans la perspective d'une éventuelle intégration au corps des fonctionnaires.

- **Congés, absences**

Dans ces domaines, le contrat de travail s'efface devant les dispositions assez précises des décrets régissant la situation des agents non titulaires

- **Ancienneté**

L'ancienneté n'est pas à proprement parler une clause substantielle du contrat. Néanmoins, le maintien de l'ancienneté constitue l'une des conséquences du maintien de la relation de travail. La juridiction judiciaire décide d'ailleurs que dans le cadre de l'article L.122-12 du Code du travail entre entreprises privées, le salarié peut invoquer à l'encontre du nouvel employeur tous les avantages liés à son ancienneté⁹⁷. La reprise d'ancienneté recèle des enjeux majeurs pour le salarié transféré en application de l'article 20, dans la mesure où de nombreux droits ne sont accordés ou calculés qu'en fonction de l'ancienneté. Notamment, l'ancienneté commande le droit à la titularisation et l'accès à certains concours. Bien souvent en effet, les dispositions organisant de telles voies d'accès au

statut de fonctionnaire exige une "durée de services publics effectifs"⁹⁸ ou de "services effectifs"⁹⁹. Doit-on considérer que le salarié transféré par l'effet de l'article 20 a, avant le transfert, effectué une période de "services effectifs" ? Il est permis de le croire, car la personne morale de droit privé qui l'employait avant le transfert était chargée d'une mission de service public. Le salarié a donc déjà accompli une période de "services effectifs"¹⁰⁰. Néanmoins, la reprise de l'ancienneté exigera, pour être véritablement prise en compte, une traduction réglementaire, car les décrets portant statut des agents non titulaires décomptent l'ancienneté à partir de la conclusion du contrat de droit public¹⁰¹.

Un premier pas a été fait en ce sens : le décret 2007-338, du 12 mars 2007 modifiant le décret du 17 janvier 1986 applicable aux agents non titulaires de l'Etat, prévoit en son article 18 que les agents titulaires d'un CDI de droit public en application de l'article 20 de la loi du 26 juillet 2005 voient les services effectués chez leur précédent employeur pris en compte pour l'ouverture des droits à formation, à congés, au travail à temps partiel ainsi que pour l'application des règles relatives au licenciement.

En définitive, le passage au service d'une personne publique peut faire naître pour les salariés concernés un risque de détérioration de leur condition d'emploi. Afin d'éviter tout litige, il est donc essentiel que les conditions de la reprise des salariés soient clairement exposées, notamment pour trouver les ajustements nécessaires à une transition fluide entre les modes de gestion. En particulier, les points non réglés par les statuts peuvent être négociés dans le contrat.

Si des accords et adaptations particulières peuvent être trouvés pour faciliter le changement de mode de gestion, la "stagnation" de l'agent public non titulaire constitue un obstacle, non pas au changement de mode de gestion, mais plutôt à la gestion des ressources humaines au sein des collectivités publiques.

94 Cf. article 136 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale qui renvoie aux deux premiers alinéas de l'article 20 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 modifiée portant droits et obligations des fonctionnaires (dite titre I) : "Les fonctionnaires ont droit, après service fait, à une rémunération comprenant le traitement, l'indemnité de résidence, le supplément familial de traitement ainsi que les indemnités instituées par un texte législatif ou réglementaire. S'y ajoutent les prestations familiales obligatoires. Le montant du traitement est fixé en fonction du grade de l'agent et de l'échelon auquel il est parvenu, ou de l'emploi auquel il a été nommé". Le renvoi suggère que les agents non titulaires ne peuvent percevoir une rémunération supérieure à celle d'un fonctionnaire occupant un emploi similaire, mais il paraît également prévoir une égalité de traitement en ce qui concerne les primes devant leur être versées.

95 CE, 28 juillet 1995, M. Delisle, n°84029.

96 Un jugement du Tribunal administratif de Pau vient toutefois jeter le trouble sur cette question : l'administration ne peut modifier le contrat de droit public de l'agent sans son consentement, TA Pau, 21 février 2006, AJFP, 2006, p. 331. La juridiction administrative reprend ici la jurisprudence Raquin de la Cour de cassation, Soc. 8 octobre 1987, Bull., V, n°541.

97 J. PELISSIER, A. SUPLOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Dalloz, n°343.

98 Voir par exemple, l'article 1 I 4° de la loi du 3 janvier 2001 relative à la résorption de l'emploi précaire

99 Voir par exemples les articles 36 et 126 de la loi du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.

100 Toutefois, certaines dispositions exigent que les services soient effectifs dans un cadre d'emploi déterminé. Dans cette hypothèse, le CE a refusé de prendre en compte les services accomplis par un fonctionnaire territorial détaché dans une entreprise privée pour l'avancement dans le grade ou la promotion interne. CE, 28 avril 2006, Commune de Toulon, n°279673, AJDA, 2006, p.1447.

101 En ce sens, art. 28 des décrets 86-83 (FPE), 88-145 (FPT) et 91-155 (FPH).

iii Le statut du titulaire d'un CDI de droit public

Pour l'heure, les titulaires d'un CDI de droit public en application de l'article 20 de la loi du 26 juillet 2005 n'ont pas été intégrés dans les champs d'application des décrets relatifs aux agents non titulaires des fonctions publiques territoriale et hospitalière¹⁰². On peut raisonnablement penser que les modifications réglementaires ne tarderont pas à intervenir.

A cette remarque liminaire, il faut ajouter que les difficultés soulevées par la généralisation des agents contractuels de la fonction publique titulaires d'un CDI ne sont pas propres au changement de mode de gestion. Plus encore, les difficultés sont d'une toute autre ampleur pour les agents publics titulaire d'un CDI en application d'autres articles de la loi du 26 juillet 2005¹⁰³, principalement, les agents non titulaires engagés à durée déterminée qui ont accompli 6 ans de service.

Néanmoins, les difficultés de gestion et de management des titulaires de CDI de droit public doivent être évoquées, car l'impasse dans laquelle se trouve, à l'heure actuelle, les managers publics constitue un obstacle à la fluidité du changement de mode de gestion. Le blocage de la carrière des non titulaires est commun à tous les contractuels. En revanche, le maintien de la convention collective et la représentation de ces personnels appellent des développements plus spécifiques aux agents titulaires d'un CDI en application de l'article 20.

• Carrière

Le principe d'occupation des emplois permanents de la fonction publique par des fonctionnaires¹⁰⁴ connaît d'importantes répercussions sur la mobilité de l'agent non titulaire. D'une part, il est fort difficile d'affecter un non titulaire sur un emploi différent de celui pour lequel il a été recruté, car l'emploi vacant auquel il serait destiné est réservé par priorité aux fonctionnaires en application du principe susmentionné. D'autre part, toute modification importante du contrat du non titulaire (forte hausse de la rémunération, évolution des tâches) est assimilée à la conclusion d'un nouveau contrat auquel s'oppose le principe d'occupation des emplois permanents par des titulaires¹⁰⁵. Le contrat de droit public ne saurait pas davantage organiser une évolution de carrière de l'agent non titulaire¹⁰⁶.

En somme, la collectivité publique reprenneuse ne peut offrir aucune perspective de carrière aux salariés recrutés. Le personnel ainsi recruté stagne dans les emplois occupés, ce qui est susceptible de pénaliser

non seulement les agents concernés mais également les collectivités. Le CDI de droit public a parfois des allures de "nasse", bridant voire faisant totalement obstacle à la carrière de l'agent.

Une brèche a été ouverte, dans la fonction publique d'Etat, par le décret du 12 mars 2007 retouchant le décret de 1986 relatif aux agents non titulaires, et dans la fonction publique territoriale par la loi du 19 février 2007 qui est venue modifier l'article 136 du statut.

Pour ce qui est de la rémunération, l'article 136 de la loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale permet au pouvoir réglementaire de déterminer les conditions dans lesquelles le titulaire d'un CDI de droit public est susceptible de voir sa rémunération évoluer. Dans la fonction publique d'Etat, le nouvel article 1-3 du décret du 17 janvier 1986 instaure un réexamen triennal de la rémunération des agents publics titulaires d'un CDI. Ces dispositions souffrent encore d'une grande imprécision. Si toutefois le trait qu'elles dessinent s'accusait, seraient alors ébauchées les premières lignes d'une perspective de carrière au bénéfice des agents non titulaires.

La mobilité des agents non titulaires, employés en CDI, a fait également l'objet d'améliorations notables. Le dispositif est précisément détaillé pour les agents non titulaires de l'Etat dans un titre VIII bis du décret du 17 janvier 1986. Il offre des possibilités assez larges de mise à disposition, notamment dans le secteur privé, et de congé de mobilité inspirées de celles applicables aux fonctionnaires. Dans la fonction publique territoriale en revanche, la mobilité de l'agent non titulaire employé en CDI est moins bien assurée. La loi n'autorise que la mise à disposition et ce uniquement dans le giron de la collectivité publique qui l'emploie¹⁰⁷. Outre les disparités peu compréhensibles entre les deux fonctions publiques, on ne peut que regretter l'absence de toute prévision pour la fonction publique hospitalière, elle aussi confrontée à la difficile gestion des agents non titulaires bénéficiaires d'un CDI de droit public. A côté de ces difficultés suscitées par la carrière de l'agent qui sont communes à tous les CDI de droit public, des problèmes spécifiques aux CDI recrutés en application de l'article 20 de la loi du 26 juillet 2005 doivent être mentionnées. Ces problèmes naissent de la confrontation entre le statut réservé aux titulaires

¹⁰² Pour la fonction publique d'Etat, voir l'article 1^{er} du décret du 12 mars 2007 modifiant l'article 1^{er} du décret du 17 janvier 1986.

¹⁰³ Voir notamment, V. BOUHIER, "De l'exception à la généralisation des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique", *Petites Affiches*, 2 février 2006, n°24, p.4 ; *Gaz. Cnes*, 15 mai 2006, p.62.

¹⁰⁴ Art. 3 du titre I du statut général des fonctionnaires (loi du 13 juillet 1983)

¹⁰⁵ En ce sens, la réponse à la QE n°88817, JOAN, 23 mai 2006, p. 5416. et l'avis du Conseil d'Etat du 30 janvier 1997 cité. Voir également, CE, 25 novembre 1998, *Préfet de la Corse*, n°151067.

¹⁰⁶ CE, 15 janvier 1997, *Préfet du Nord*, AJFP, 1997, p.43 ; CE, 3 juin 1993, *Préfet de la région Martinique*, n°120658.

¹⁰⁷ Cf. le nouvel article 136 de la loi du 26 janvier 1984 in fine.

d'un CDI de droit public et les règles communautaires qui régissent le transfert d'entreprises. Ils concernent le maintien de la convention collective et la représentation du personnel.

- **Maintien de la convention collective**

La directive 2001/23 du 12 mars 2001, qui reprend les directives précédentes et la jurisprudence relative aux transferts d'entreprise, prévoit en son article 3§3 al. 2 le maintien pendant un an des droits issus de la convention collective au bénéfice des salariés repris.

La Cour de cassation a toutefois jugé qu'une convention collective cesse immédiatement ses effets lorsqu'une entité économique est transférée à une entreprise publique dont le personnel est régi par un statut, écartant l'application de l'article 3§3 alinéa 2¹⁰⁸. Par analogie, il est loisible de considérer que de manière générale, lors du transfert des salariés du privé vers le public, la convention collective antérieurement applicable disparaît purement et simplement. Toutefois, la compatibilité de la solution retenue par la Cour de cassation avec la directive demeure sujette à discussion¹⁰⁹. Un nouvel épisode jurisprudentiel, devant la CJCE cette fois, n'est pas à exclure.

- **Représentation du personnel**

En matière de représentation, les agents non titulaires sont électeurs et éligibles aux comités techniques paritaires dans la fonction publique territoriale. Ils peuvent être membres des CTP et des comités d'établissement dans les autres fonctions publiques, et l'appréciation de la représentativité des syndicats doit prendre en compte l'audience auprès des non titulaires¹¹⁰. Ils sont également pris en compte pour la mise en place des CHSCT¹¹¹. Le droit constitutionnel à la participation des agents non titulaires paraît donc garanti.

Néanmoins, la directive contient une disposition spécifique pour éviter que le transfert s'accompagne d'une "béance" de la représentation. L'article 6§1 alinéa 4 indique que les travailleurs transférés doivent continuer "à être convenablement représentés durant la période nécessaire à une nouvelle formation ou représentation des travailleurs". Il incombe donc à la personne publique de s'assurer, au besoin par de nouvelles élections¹¹², que les nouveaux agents sont correctement représentés au sein des différents comités. Cette attention particulière à la représentation des agents titulaires d'un CDI de droit

public a été consacrée, dans la fonction publique d'Etat, par le décret du 12 mars 2007. Ce dernier crée, en son article 2 intégré à l'article 1-2 du décret du 17 janvier 1986, des commissions consultatives paritaires, qui, à l'instar des commissions administratives paritaires, sont consultées sur toutes les mesures disciplinaires individuelles affectant les agents publics non titulaires¹¹³.

iv Echapper au CDI de droit public ?

La situation parfois inconfortable de l'agent titulaire d'un contrat de droit public invite à s'interroger sur la possibilité d'échapper à l'application des règles définissant le statut du contractuel. Le salarié peut refuser d'entrer dans le statut, en refusant la proposition faite par la collectivité publique. Le titulaire d'un CDI peut tenter de sortir du statut en devenant fonctionnaire. De nombreux obstacles se tiennent devant l'une et l'autre échappatoire.

- **Les conséquences d'un refus de CDI de droit public**

Tout d'abord, il importe d'exposer les conséquences d'un refus par le salarié de la proposition d'un contrat de droit public faite par la collectivité publique. Ce refus est soumis au droit privé et à la compétence judiciaire¹¹⁴. Un tel refus peut être analysé comme un refus de la modification du contrat de travail initial – qui se transforme en un contrat de droit public – consécutif à un transfert d'entreprise. La jurisprudence a décidé que de tels refus donnaient lieu à un licenciement pour motif économique, car non inhérent à la personne du salarié, quand bien même la cause de la réorganisation ne pouvait être trouvée dans des difficultés économiques ou dans la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise¹¹⁵. Dans le cadre du transfert de salariés à une personne publique, le licenciement devrait être considéré comme justifié par l'interdiction faite aux personnes publiques gérant un SPA de recruter des salariés de droit privé.

Néanmoins, la qualification de licenciement pour motif économique a pour conséquence d'imposer à la collectivité publique des obligations difficilement conciliables avec son statut. Le licenciement pour motif économique n'est en effet justifié que si des efforts de reclassement ont été entrepris et si un plan de sauvegarde de l'emploi a été mis en place (pour les licenciements de plus de 10 salariés dans les entreprises de plus de 50 salariés).

108 *Soc.*, 17 mai 2005, PA, 2006, n°21, p. 7, note J. CHORIN.

109 J. CHORIN, note préc.

110 CE, 13 juin 1997, *Syndicat autonome national des techniciens de l'équipement*.

111 *En revanche, ils ne le sont pas aux commissions administratives paritaires qui n'ont du reste compétence qu'à l'égard des fonctionnaires.*

112 Voir l'article 32 c du décret du 30 mai 1985 relatif aux CTP des collectivités territoriales et de leurs établissements publics.

113 *Le nouvel article 1-2 suscite une importante difficulté. Il prévoit en effet que seuls les membres occupant un emploi au moins égal à celui de l'agent concerné se prononcent sur les mesures disciplinaires individuelles. En l'absence de catégories au sein des agents publics non titulaires, il sera ardu de mettre en œuvre cette disposition.*

114 *Trib. Confl.*, 26 juin 2006, n°3508, *Mme Finot c/ Commune de Chaulgnes*.

115 *Soc.*, 29 janvier 2003, *Bull.*, V, n°29 ; et sur renvoi après cassation, *Soc.*, 9 mai 2006, n°04-46271

Sur ce point la législation mérite d'être précisée. Plusieurs choix sont ouverts :

- créer un licenciement "sui generis" offrant aux salariés des garanties d'indemnisation proches de celles prévues par le Code du travail, mais sans qu'ils bénéficient du droit au reclassement¹¹⁶. Le refus du contrat de droit public serait alors indemnisé, sachant que les indemnités pour licenciement économique justifiées sont assez faibles¹¹⁷.

Néanmoins, en l'absence de droit au reclassement, pièce maîtresse du droit du licenciement, d'autres voies doivent être explorées.

- Un droit au refus du salarié pourrait également être reconnu. Dans cette hypothèse, le salarié pourrait s'opposer à son transfert et demeurerait alors dans l'entreprise d'accueil. Cette solution n'est pour l'instant pas celle que privilégie le droit français¹¹⁸. Néanmoins le droit communautaire ne s'y oppose pas¹¹⁹.
- Rappelons enfin et surtout, que les parties (opérateur privé, collectivité publique et salarié) peuvent s'entendre pour écarter le transfert du contrat de travail du salarié.

• L'intégration dans la fonction publique

Il faut ici distinguer la situation des ressortissants non communautaires de celles des citoyens français et européens.

- **La situation des ressortissants non communautaires**
Une remarque liminaire doit ici être faite. L'intégration dans la fonction publique est soumise à une condition de nationalité. Ne peuvent être fonctionnaires que les citoyens français et les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne, certains emplois demeurant toutefois fermés à ces derniers.

Pour les ressortissants des Etats tiers, ce sont tous les emplois de fonctionnaires, exception faite de ceux de l'enseignement supérieur, dont l'accès est barré. Ils ne pourront donc emprunter les éventuelles voies d'intégration dans la fonction publique. La difficulté n'est pas propre à l'article 20 mais le trait de la discrimination entre européens et étrangers est ici accusé par le maintien des derniers dans un statut que l'on a pu comparer à une nasse.

• La situation des citoyens français et des ressortissants européens

Les voies d'intégration dans la fonction publique sont connues : concours et titularisation.

Le concours exige des candidats une préparation que tous ne souhaitent pas entreprendre. Les concours réservés, davantage axés sur l'expérience professionnelle, instaurés par la loi Sapin ne peuvent plus être organisés (date butoir du 3 janvier 2006). Ces concours n'étaient du reste pas ouverts à toutes les catégories de contractuels.

La titularisation exige quant à elle une loi spécifique et, la plupart du temps, est subordonnée à une durée de services effectifs. Elle ne concerne habituellement que les agents publics ayant servi constamment une collectivité publique¹²⁰.

Dans une certaine mesure, des issues sont donc aménagées. Mais, elles ne sauraient concerner tous les agents titulaires d'un CDI de droit public et ayant vocation à demeurer dans le giron public. Aussi des préconisations s'imposent qui dépendent du point de savoir si le CDI doit être traité comme une anomalie provisoire du droit de la fonction publique ou comme une situation, si ce n'est normale sinon courante, à laquelle des améliorations doivent alors être apportées¹²¹.

116 La question de la consultation des représentants du personnel reste ouverte.

117 Indemnités de congés payés, indemnités de préavis, indemnités de licenciement (1/5^{ème} de mois de salaire par année d'ancienneté jusqu'à la dixième année, et un tiers pour les années suivantes, article R.122-2 du Code du travail)

118 Exception faite de l'application de l'article L.122-12 hors des cas légaux, Soc., 9 novembre 2005, Dr. Soc., mai 2006, p. 518, obs. A. MAZEAUD.

119 CJCE, 16 décembre 1992, Katsikas, aff. C-132/91

120 L'article 39 de la loi du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale autorise, "en vue de favoriser la promotion interne" l'inscription des agents non titulaires sur une liste d'aptitude établie par appréciation de la valeur professionnelle et des acquis de l'expérience professionnelle des agents.

121 Rappr. A. Fitte-Duval, "Contrat à durée indéterminée dans la fonction publique : les risques d'une transposition inadaptée", AJFP, 1/2007, p.4

III Conclusions

A côté des principes de bonne gestion rappelés par le groupe et qui peuvent d'ores et déjà améliorer la transition entre modes de gestion, d'autres propositions nécessitant une intervention législative ou réglementaire ont vu le jour.

Trois fiches présentent ainsi les conclusions du groupe de travail.

La première fiche expose les conditions, dégagées lors des travaux du groupe de travail, permettant de rendre plus fluide, plus aisé, le passage en délégation de service public.

La seconde, symétrique de la première, s'attache à expliciter les modalités, repérées par le groupe, offrant à la décision de passage en gestion directe, les meilleures chances de succès.

Ces deux premières fiches ont pour origine le constat, partagé par les membres du groupe de travail et par les personnalités entendues, de la nécessité première de favoriser la connaissance et la diffusion des "bonnes pratiques" en matière de situation du personnel lors des changements de mode de gestion. En un mot, elles consistent dans des préconisations de saine gestion.

La troisième et dernière fiche contient les propositions législatives ou réglementaires. Ces propositions ont différents objets : clarifier le droit applicable, étendre certaines dispositions jugées pertinentes dont le champ d'application est trop restreint, et enfin modifier les règles en vigueur.

A ce titre, le groupe de travail a noté avec satisfaction que le législateur et le pouvoir réglementaire confirmaient d'ores et déjà l'actualité et la pertinence de ses propositions. Les lois des 2 et 19 février 2007 ainsi que le décret du 12 mars 2007 rejoignent effectivement certaines des propositions formulées par le groupe de travail mis en place par l'IGD. Reste que le caractère parfois lacunaire ou imprécis de ces dispositions nouvelles n'ôte pas aux propositions ici formulées leur intérêt. Plus encore, ces imperfections rappellent qu'il faut prendre au sérieux la particularité des questions soulevées par le passage d'un mode de gestion à l'autre. La transition entre les modes de gestion mérite bien, en tant que telle, une analyse et un traitement spécifiques.

Fiche n°1

Rendre plus facile le passage en délégation de service public

A noter, s'agissant des SPIC, que le passage en délégation de service public est grandement facilité si les deux règles suivantes, imposées par la loi mais trop souvent oubliées, sont déjà respectées :

- Individualiser les SPIC dans une régie autonome.
- Soumettre au droit privé les personnels employés dans les SPIC.

> Associer les représentants du personnel, notamment :

- Informer et consulter les institutions représentatives du personnel préalablement à la décision de délégation
- Une fois la décision de déléguer prise, informer et consulter sur les conditions générales du détachement et de la mise à disposition
- Présenter le rapport annuel sur les personnels mis à disposition

> Informer les personnels, dès la décision de délégation prise, des règles s'appliquant en la matière :

- En cas de service public administratif (SPA) :
 - S'agissant des fonctionnaires : des possibilités de détachement, de mise à disposition ou éventuellement de reclassement ;
 - S'agissant des agents de droit public non titulaires : des éventuelles obligations de reprise mises à la charge du délégataire.
- En cas de service public industriel et commercial (SPIC) :
 - S'agissant des agents de droit privé : de l'obligation de reprise par le délégataire ;
 - S'agissant des fonctionnaires exerçant leurs fonctions au sein des services délégués, anticiper et prévoir, le cas échéant, leur détachement auprès de l'entreprise privée délégataire.

> Recueillir, dans le processus de délégation, dès que possible, le souhait des agents

> Informer les entreprises candidates, dans le cadre du dossier de consultation :

- En cas de SPA :
 - De la décision de recourir, ou non, au détachement et à la mise à disposition, et leur ampleur prévisible, et le cas échéant, s'il sera imposé ou non de reprendre les agents non titulaires.
- En cas de SPIC :
 - Du nombre et des caractéristiques des agents affectés au service et devant être transférés.

> Insérer dans le contrat de DSP des clauses prévoyant :

- Le transfert des agents non titulaires,
- Le type d'informations relatives aux agents affectés au service devant figurer dans le rapport annuel du délégataire

Fiche n°2

Rendre plus facile le passage en gestion directe d'un service public

- > **Anticiper, dès la signature du contrat de délégation, une éventuelle reprise en régie :**
 - Définir précisément les informations sociales que le délégataire doit fournir au délégant, notamment en matière de niveau et de structure de rémunération, dans les rapports annuels du délégataire, et particulièrement à l'approche de l'échéance du contrat ;
 - Inscrire dans le cahier des charges, au titre des mesures de continuité, l'obligation pesant sur le délégataire de fournir une information sociale complète, et ce, en vue d'une reprise en gestion directe. Eventuellement, prévoir une évaluation patrimoniale du savoir-faire.

- > **Informier et consulter les représentants du personnel à tous les stades de la procédure, tant dans la collectivité publique que dans l'entreprise délégataire, et notamment :**
 - Avant la décision de principe du passage en gestion directe ;
 - Lorsque les modalités précises de la reprise en gestion directe sont déterminées.

- > **Informier les personnels des modalités de transfert et favoriser leur intégration :**
 - En cas de SPIC :
 - Informer le personnel de l'obligation de reprise du personnel pesant sur la collectivité ;
 - Proposer de manière exclusive au directeur un contrat de droit public reprenant les éléments essentiels de son contrat de travail.
 - En cas de SPA :
 - Informer précisément le personnel de l'entreprise délégataire concerné par le transfert sur les conditions d'emploi et de travail qui leur seront appliquées ;
 - Assurer, autant que possible, le maintien de l'intégralité de la rémunération de chaque agent transféré.

- > **Faciliter l'accès des agents non titulaires à la fonction publique :**
 - Encourager la formation des agents en CDI afin de leur permettre de passer dans de bonnes conditions les concours de la fonction publique ;
 - Utiliser les outils de la validation des acquis de l'expérience.

Fiche n°3

Liste des propositions d'amélioration du droit applicable

- > **Améliorer l'information des représentants du personnel**
 - En inscrivant clairement dans les textes relatifs aux attributions des organes de représentation du personnel l'obligation d'information et de consultation préalable à la décision de délégation ou de passage en régie ;
 - En informant les représentants du personnel sur les conditions générales du détachement et de la mise à disposition lors de chaque réunion consacrée à la DSP envisagée et en recueillant leurs avis ;
 - En étendant l'obligation de présenter un rapport annuel aux représentants du personnel consacré à la situation des fonctionnaires détachés (déjà existante en matière de mise à disposition).

- > **Faciliter la mobilité des fonctionnaires**
 - En généralisant à l'ensemble des fonctions publiques la possibilité de détachement vers une entreprise de droit privé délégataire de service public (actuellement prévue uniquement pour les fonctionnaires territoriaux) ;
 - En clarifiant le champ d'application de la mise à disposition tel qu'il résulte de la loi de modernisation de la fonction publique du 2 février 2007.

- > **Garantir la situation des agents non titulaires en cas de délégation d'un service public**
 - En organisant un transfert automatique de ces personnels ;
 - En conservant la règle du maintien du lien d'emploi entre l'entité publique et l'agent public tout en ouvrant à ce dernier la possibilité de bénéficier d'un droit à la mobilité. Dans cette perspective, les possibilités de mobilité ouvertes aux agents non titulaires dans la fonction publique d'Etat devraient être étendues à toutes les fonctions publiques.

- > **Offrir des perspectives de carrière aux agents titulaires d'un CDI de droit public**
 - Etendre le champ d'application de la mise à disposition prévue, pour les agents non titulaires, dans la fonction publique territoriale, et prévoir un congé de mobilité, à l'image de celui instauré dans la fonction publique d'Etat ;
 - Prévoir des dispositifs de mobilité au bénéfice des agents non titulaires de la fonction publique hospitalière calqués sur ceux instaurés dans la fonction publique d'Etat ;
 - Faciliter la titularisation de ces agents par des concours réservés ;
 - Procéder de manière ponctuelle à des intégrations automatiques dans les corps de fonctionnaires, à l'image des prévisions de l'article 102 de la loi du 9 janvier 1986 ensemble le décret du 21 juillet 1999.

- > **Préciser les règles juridiques applicables en cas de passage en gestion directe**
 - En prévoyant la continuité du contrat du directeur du SPIC repris en gestion directe ;
 - En fixant le champ d'application de l'article 20 de la loi du 26 juillet 2005, de sorte que toute reprise en gestion directe d'un SPA antérieurement délégué y soit soumise ;
 - En clarifiant les conséquences d'une absence de proposition de contrat de droit public par la collectivité publique. Au regard de la jurisprudence, il faut trancher entre licenciement sans cause réelle et sérieuse et maintien provisoire du contrat de droit privé ;
 - En clarifiant les règles de rupture du contrat de travail consécutif au refus du salarié de passer au service de la personne publique. L'article 20 de la loi du 26 juillet 2005 pourrait être utilement complété par la disposition suivante :
“En cas de refus d'une proposition conforme à l'alinéa précédent, la personne publique convoque le salarié à un entretien préalable. Le salarié peut se faire assister d'une personne de son choix. Le refus réitéré, lors de l'entretien, emporte de plein droit rupture du contrat de travail et produit les effets d'un licenciement pour motif personnel”.
 - En fixant les éléments essentiels du contrat de travail de l'agent repris par la collectivité publique, notamment en assurant le maintien, autant que faire se peut, de la rémunération.

IV Composition du Groupe de travail

Président

Gilles Le Chatelier, *Conseiller d'Etat – DGS Région Rhône-Alpes*

Rapporteurs

Antoine Lyon-Caen, *Professeur de droit à l'Université de Paris X-Nanterre, Directeur d'études à l'EHESS*

Gilles Letort, *Secrétaire du Comité d'Entreprise Européen – Société Eiffage*

Assistés de

Hélène Nasom-Tissandier, *Maître de conférence, Université de Paris IX*

Cyril Wolmark, *Maître de conférence, Université de Paris X*

Membres du Groupe de travail

Marc Censi, *Président - Assemblée des Communautés de France (ADCF)*

Letizia Murret-Labarthe, *Chargée de mission – Assemblée des Départements de France (ADF)*

Christian Bosse, *Président – Association des Ingénieurs Territoriaux de France (AITF)*

Suzanne Grandpeix, *Chargée d'études – Association des Maires de France (AMF)*

J-M. Bodin, *Vice-Président du Conseil régional du Centre – Association des Régions de France (ARF)*

Pascal Bernard, *DRH, SEM Eaux de Paris – Association Nationale des Directeurs et Cadres de la fonction Personnel*

Yvon Mogno, *Directeur des Relations contractuelles, Veolia Environnement – FP2E*

Dominique Dumont, *Délégué aux affaires juridiques et sociales – FG3E*

Ludovic Brulefert et Jérôme Fréri – *FNADE*

Xavier Pintat, *Président – FNCCR*

Pascal Bernard, *DRH, SEM Eaux de Paris* et Jean-Michel Geneteau, *Responsable du département des SEM de services – FNSEM*

Aimeric Ramadier et Véronique Roblin – *Ministère de la fonction publique – DGAFP*

Valérie Le Gleut et Karim Kerzazi, *Attaché principal d'administration centrale au Ministère de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire – DGCL*

Etienne Marie, *Directeur* et Fabienne Grizeau-Hoarau – *Ministère de la santé et des solidarités – DAGPB*

Laurence Aviragnet – *Ministère de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement – Direction des Relations du Travail – DGT*

Dominique Benezet, *Délégué général – SNRC*

Pierre-François Kuhn, *Secrétaire général – UNSPIC*

Geneviève Rigolot, *Directeur à la coordination des métiers, Directeur juridique adjoint – Veolia Environnement*

Odile Proust, *Chef du service "Prospective", Direction des ressources humaines – Veolia Propreté*

Aude Jakiel, *Adjointe au DRH – Vinci Parck*

Les travaux ont été coordonnés par

Pierre Van de Vyver, *Délégué Général – IGD*

Assisté de

Laure Boulard, *Chargée de mission – IGD*

Remerciements

L'ensemble des membres du groupe de travail remercie les personnes suivantes d'avoir bien voulu partager avec eux leurs expériences :

- **Mireille Briens**, *Directrice des ressources humaines – Avenance Enseignement et Santé*
- **Pierre Duclos**, *Directeur général des services – Communauté urbaine de Cherbourg*
- **Aude Jakiel**, *Adjointe au Directeur des ressources humaines – Vinci Park*
- **Brigitte Janning**, *Présidente de l'ADeSL*
- **Yves Missaire**, *Secrétaire général – FGF/CFTC*
- **Marie-Thérèse Moussier**, *Directeur général des services – SIVOM Durance Lubéron*
- **Emmanuel Porcher**, *Directeur de l'EPCC "Centre Images"*
- **Philippe Vollot et Michel Angot**, *Secrétaires nationaux – FSU*



Institut de la Gestion Déléguée
84, rue de Grenelle • 75007 Paris
tél. : 01 44 39 27 00 • fax : 01 44 39 27 07
www.fondation-igd.org