

# Contrat de partenariat et gestion des personnels



Groupe de travail présidé par Gilles Le CHATELIER

Mai 2012



---

**INSTITUT DE LA GESTION DELEGUEE**

Président : Gilles Le CHATELIER, Conseiller d'Etat en disponibilité  
Avocat associé au cabinet ADAMAS

***Contrat de partenariat  
et gestion des personnels***

Rapporteur : Françoise LAVARDE

# PRÉAMBULE

Le libre choix du mode de gestion et la réversibilité de ce choix, sont deux principes fondamentaux de la Charte des Services Publics Locaux, signée en janvier 2002 par les trois principales associations d'élus sous le parrainage du Président du Sénat et ratifiée depuis par 23 organisations professionnelles. Ces principes, ont pour conséquence que les personnels affectés à la mise en œuvre d'un service public ou à celle d'une mission concourant à la réalisation d'un service public peuvent se trouver confrontés à un changement de situation juridique de leur employeur.

Le contexte actuel, caractérisé par la multiplicité des supports juridiques pour la gestion déléguée, l'évolution engagée vers les démarches qualités, les contraintes financières durables, le souhait de baisser le coût du service pour l'utilisateur, la réforme des collectivités, peut amener les décideurs à reconsidérer le mode de réalisation des services publics locaux.

Les raisons d'externaliser<sup>1</sup> des missions sont de plus en plus nombreuses<sup>2</sup>, en conséquence la problématique du devenir des personnels se pose de plus en plus souvent.

Toutefois, la question de l'incidence du changement de mode de gestion sur les personnels en place soulève de réelles difficultés et constitue souvent un facteur bloquant qui conduit à privilégier les projets entièrement nouveaux pour lesquels cette question est moins prégnante<sup>3</sup> et à continuer à gérer les projets de rénovation-extension avec les méthodes classiques même si elles ne constituent pas la solution la mieux disante économiquement.

Les évolutions législatives récentes ont permis de lever beaucoup d'obstacles mais tous les problèmes n'ont pas encore été résolus. L'hétérogénéité des dispositions applicables aux trois fonctions publiques est une source de complication certaine, tant pour les élus que pour l'opérateur ou les agents, les problèmes ne pouvant pas se résoudre par l'application froide d'articles de lois et de circulaires. Seule une plus grande fluidité de parcours professionnels sécurisés permettra que les questions de ressources humaines ne soient plus un frein au libre choix du mode de gestion.

En outre, trop souvent, cet aspect n'est pas pris en compte dans l'étude préalable conduisant au choix du mode de gestion ou lors des négociations pour l'attribution du contrat privant les parties de la recherche d'une solution gagnant-gagnant.

Les audits ont montré qu'il n'y avait pas de solution généralisable, chaque contrat étant un cas particulier, néanmoins des lignes directrices communes peuvent être dégagées.

La question de l'incidence du changement de mode de gestion sur le statut des personnels n'est pas nouvelle pour l'Institut de la Gestion Déléguée (IGD), elle est clairement ressortie de l'analyse conduite par Christian Babusiaux en 2005<sup>4</sup> et a déjà fait l'objet d'une étude en 2007<sup>5</sup>, étude qui s'est limitée au passage de la régie en Délégation de Service Public (DSP) et réciproquement. Le présent rapport s'inscrit donc dans le droit fil des travaux précédents qu'il met à jour parce que d'importantes évolutions législatives sont intervenues et parce que la question se pose pour toutes les formes de partenariats public-privé contractuels.

En revanche, l'objet n'est pas de traiter de la façon dont il faut gérer en amont le changement. De même, le cadre de l'étude exclut les transferts entre les collectivités territoriales et leurs structures de coopération et ne traite pas de l'opportunité du choix du mode de gestion (mission déléguable / externalisable ou non).

<sup>1</sup> L'externalisation, parfois qualifiée de délégation, peut être définie comme l'opération par laquelle une personne publique confie à un opérateur privé une activité ou un service qu'elle prend traditionnellement elle-même en charge

<sup>2</sup> RGPP, CP/CPA, création d'EPCI

<sup>3</sup> Sauf si d'autres considérations interviennent, fiscales notamment, constituant des entraves à l'externalisation

<sup>4</sup> Quelle compétition pour l'amélioration du service public, C. Babusiaux, La documentation française, juin 2005

<sup>5</sup> Situation des personnels et changement de mode de gestion d'un service public, rapport du groupe d'études présidé par Gilles Le Chatelier, IGD, Octobre 2007

Cette étude, destinée tant aux personnes publiques, Etat, collectivités locales, établissements hospitaliers, qu'aux opérateurs de services publics et aux titulaires de contrats, a pour ambition de rendre plus compréhensibles les modalités de la mobilité entre les secteurs publics et privés au cours de la carrière, de fournir des outils pratiques, à partir de l'analyse des règles en vigueur et de la façon dont elles sont appliquées, et d'offrir, le cas échéant, des axes de solution aux difficultés pratiques et aux problèmes rencontrés.

Le groupe de travail qui s'est constitué à l'initiative de Gilles Le Chatelier, Conseiller d'Etat, que je remercie très sincèrement d'en avoir accepté la présidence, s'est attelé avec enthousiasme au sujet. Nombre de ses membres étaient directement impliqués dans ces questions. Leur réflexion a été nourrie par les témoignages et contributions d'acteurs de terrain qui ont accepté de participer aux auditions, qu'ils en soient également chaleureusement remerciés, tout comme le délégué général adjoint de l'IGD qui a assuré le rôle de rapporteur. Je vous invite à découvrir dans les pages qui suivent le fruit de leur travail et je formule le vœu que leur lecture facilite votre progression dans les méandres des dispositions législatives éparpillées et des jurisprudences contradictoires, à défaut d'y trouver la réponse précise à vos questions, tant le sujet est complexe.



Claude **MARTINAND**  
*Président de l'Institut  
de la Gestion Déléguée*



# SOMMAIRE

PRÉAMBULE .....	2
INTRODUCTION .....	7
AVERTISSEMENT .....	8
LISTE DES SIGLES ET ABRÉVIATIONS .....	9
I. GÉNÉRALITÉS SUR LES CONSÉQUENCES DU CHANGEMENT D'EMPLOYEUR POUR LES PERSONNELS .....	10
II. LES CONTRATS COMPLEXES DE LONG TERME : INCIDENCE EN TERMES DE GESTION DES RESSOURCES HUMAINES .....	14
III. QUELQUES SOLUTIONS OPÉRATIONNELLES .....	16
IV. LES MONTAGES À ÉVITER .....	20
V. DES POINTS À PRÉCISER, DES ÉVOLUTIONS À APPORTER AU NIVEAU LÉGISLATIF ET RÉGLEMENTAIRE .....	22
VI. ANNEXES	
6.1 Textes de référence sur le statut des fonctionnaires .....	26
6.2 Les différents cas de transfert de personnels .....	27
6.3 Les différentes positions administratives .....	29
6.4 Comparaison des rémunérations .....	34
6.5 Déroulement de carrière dans la fonction publique .....	37
6.6 Les contractuels de droit public .....	39
6.7 Les modalités du dialogue social .....	41
6.8 Composition du groupe de travail .....	42
6.9 Liste des personnes auditionnées .....	43
6.10 Note de cadrage du groupe de travail « statut des personnels et changement de mode gestion » .....	44



# INTRODUCTION

L'Institut de la Gestion Déléguée récidive ! Après un premier rapport, établi en octobre 2007 par un groupe de travail déjà placé sous ma présidence et portant sur « Situation des personnels et changement de mode de gestion d'un service public », la présente analyse vise à décliner ce sujet à la situation particulière des personnels dont l'employeur public décide de conclure un contrat de partenariat pour mener certains de ses projets. La proximité dans le temps entre ces deux rapports pourrait interroger : tout n'avait-il pas été dit à l'occasion de ce premier rapport ? L'actualité depuis octobre 2007, si elle a été riche s'agissant de la législation sur les contrats de partenariat, ne l'a pas été autant pour les agents publics, mise à part la loi du 2 août 2009 sur la mobilité. De même, la création des contrats de partenariat reste récente – juin 2004 –, leur mise en application a été pour le moins timide, au moins dans un premier temps et le recul nécessaire pour examiner les expériences conduites n'est peut-être pas suffisant pour en tirer des enseignements véritablement significatifs.

Néanmoins, tous ces arguments n'ont pas paru suffisants pour faire craindre aux membres du groupe de travail qui ont conduit cette réflexion l'inutilité de la tâche qu'ils engageaient. Plusieurs constats rapides les en ont aisément convaincus du contraire. Tout d'abord, la faiblesse des informations portant sur les retours d'expérience disponibles en ce domaine, comme si la dimension relative à la situation des personnels était « oubliée » dans le montage des contrats de partenariat. La littérature – imposante sur les sujets financiers et juridiques – reste paradoxalement très restreinte sur les sujets de gestion du personnel, alors même que toutes les personnalités auditionnées ont largement insisté sur la sensibilité de cet aspect des projets et sur l'absolue nécessité d'une préparation minutieuse avant la mise en œuvre de ce volet du projet.

De même, il y a une réelle originalité de ce sujet par rapport aux autres formules d'externalisation. En effet, dans le cadre des délégations de service public et surtout si c'est un service public à caractère industriel et commercial qui est en cause, l'opération d'externalisation (ou de reprise en régie) est neutre pour des personnels qui gardent, quoi qu'il arrive, leur statut de salarié de droit privé. La question est souvent plus complexe dans l'hypothèse du recours au contrat de partenariat qui concerne le plus souvent des fonctionnaires dont l'employeur public n'aura pas nécessairement l'usage si ceux-ci décident de revenir dans leur administration d'origine. Il faut bien le dire ici : parce que le recours au contrat de partenariat fait le choix d'une forme de gestion privée, il a un impact fort sur la situation des personnels dont les missions font l'objet dudit contrat. Cette spécificité mérite d'être pleinement prise en considération dans l'analyse du sujet.

Sans pouvoir faire le tour d'une question qui est appelée à connaître des développements encore importants, tant le recours au contrat de partenariat apparaît aujourd'hui dans une phase ascendante, nul doute que ce rapport apportera plusieurs premières réponses concrètes pour les praticiens intéressés par le sujet.

Avant de vous inviter à la lecture des développements qui suivent, je souhaite chaleureusement remercier les membres du groupe de travail qui ont apporté leur expérience et leur compétence à ses travaux ainsi que les équipes de l'IGD qui ont su organiser nos travaux dans un souci constant d'efficacité. Mes remerciements vont tout particulièrement à Françoise Lavarde dont le talent et l'énergie auront rendu possible ce travail.

Bonne lecture.

Gilles **LE CHATELIER**  
*Conseiller d'Etat en disponibilité*  
*Avocat à la cour*



# AVERTISSEMENT

Les rédacteurs se sont attachés, autant que possible, à ne pas limiter ce rapport aux seules considérations juridiques. Son objet nécessairement plus large a, en effet, pour ambition d'éclairer le droit par la pratique. Néanmoins, certaines références étaient indispensables pour appuyer le contenu du rapport et renvoyer les praticiens aux références utiles s'ils souhaitent pouvoir approfondir tel ou tel aspect. Dans la mesure du possible, seules les références juridiques majeures ont été conservées dans le corps du texte, les autres ayant été renvoyées en notes de bas de page.

En revanche, il n'a pas été possible de s'affranchir de références explicites aux différentes fonctions publiques dans la mesure où certaines dispositions ne sont valables que pour l'une d'entre elles. Le lecteur en sera informé par la mention, entre parenthèses, de la fonction publique concernée.

Enfin, sauf mention explicite, le mot agent est synonyme de fonctionnaire ou contractuel de droit public, le terme salarié désigne une personne titulaire d'un contrat de droit privé et le vocable personnel est utilisé lorsqu'il n'y a pas lieu de faire la différence entre les deux situations précédentes.

Le document a vocation à traiter de tous les cas de transfert, notamment ceux liés à la réversibilité du choix du mode de gestion qui conduit à traiter du passage du secteur privé au secteur public. Cependant, compte-tenu de l'état de la réglementation, un éclairage particulier est apporté à la problématique de l'externalisation à un opérateur privé d'une mission exercée précédemment par un organisme public.

Toutefois, il n'a pas toujours été possible de traduire dans le texte toutes les spécificités des contextes territoriaux et hospitaliers en ce qui concerne la gestion des personnels. En particulier, pour la fonction publique territoriale, on ne doit pas perdre de vue que c'est une fonction publique de métiers, que les employeurs sont indépendants les uns des autres et s'inscrivent dans un contexte politique local. En conséquence la mise en œuvre de certaines propositions peut se révéler délicate et sembler irréaliste, elle constitue néanmoins, aux yeux des rédacteurs, un objectif à atteindre.

Malgré le soin apporté au travail de comparaison des différents statuts, l'analyse effectuée reste contingente dans certaines interprétations et non exhaustive quant à ses références fluctuantes par nature. Le présent document n'ayant à pas fait l'objet de commentaires de la part de la DGAFP qui était associée aux travaux, ses annexes techniques n'engagent à ce jour que l'IGD et doivent être conçues comme une première approche.

# LISTE DES SIGLES ET ABRÉVIATIONS

- A** **AMO** : assistance à maîtrise d'ouvrage
- AOT/LOA** : autorisation d'occupation temporaire/location avec option d'achat
- B** **BEA** : bail emphytéotique administratif
- BEH** : bail emphytéotique hospitalier
- C** **CAP** : commission administrative paritaire
- CDI** : contrat à durée indéterminée
- CDD** : contrat à durée déterminée
- CT** : commission technique (remplace depuis la loi du 3 août 2009 les commissions techniques paritaires ou CTP)
- CNFPT** : centre national de la fonction publique territoriale
- CE** : Conseil d'Etat
- CET** : compte épargne temps
- CJCE** : Cour de Justice de la Communauté Européenne
- CP** : contrat de partenariat, au sens de l'ordonnance de 2004 modifiée
- CPA** : contrat de partenariat assimilé (BEA, BEH, AOT-LOA)
- D** **DGAFP** : direction générale de l'administration et de la fonction publique
- DGME** : direction générale de la modernisation de l'Etat
- DSP** : délégation de service public
- E** **EPCI** : établissement public de coopération intercommunal
- EPL** : entreprise publique locale
- F** **FPE** : fonction publique d'Etat
- FPH** : fonction publique hospitalière
- FPT** : fonction publique territoriale
- L** **LOLF** : loi organique relative aux lois de finances du premier août 2001
- M** **MAD** : mise à disposition
- MALD** : mise à la disposition
- MAPPP** : Mission d'appui aux partenariats public-privé
- MOP** : maîtrise d'ouvrage publique
- P** **PEE** : plan épargne entreprise
- PERCO** : plan épargne retraite collectif
- PPP** : partenariat public privé (DSP, CP, CPA, régie intéressée,...)
- R** **RAFP** : régime de retraite additionnelle de la fonction publique
- RGPP** : révision générale des politiques publiques
- S** **SEM** : société d'économie mixte
- SPIC** : service public industriel et commercial
- SPA** : service public administratif
- SPL** : société publique locale
- T** **TOS** : techniciens, ouvriers de service

# I. GÉNÉRALITÉS SUR LES CONSÉQUENCES DU CHANGEMENT D'EMPLOYEUR POUR LES PERSONNELS

Les opérations d'externalisation ou de ré-internalisation entraînent très souvent un transfert de personnel entre deux organismes. Quel que soit le projet, l'aspect social est un élément fondamental et une opération mal préparée sur ce plan peut être freinée, engendrer des surcoûts importants, voire être remise en cause.

La protection des salariés de droit privé en cas de modification de la situation juridique de l'employeur, en particulier en assurant le maintien de leur contrat de travail, est une obligation communautaire<sup>6</sup>.

Dans le secteur privé, ce principe est appliqué sans difficulté majeure de longue date en France puisque l'article L1224-1 du Code du travail trouve son origine dans la loi du 19 juillet 1928. La principale difficulté peut provenir du fait que le nouvel employeur n'est pas forcément enclin à reprendre la totalité des agents concernés par le transfert ; toutefois, ce point est normalement réglé par la négociation et les intéressés protégés par les dispositions de l'article L.1224-1.

S'agissant de la sphère publique, la question a longtemps été plus complexe, excepté pour la gestion des services publics à caractère industriel et commercial. Dans ce cas, en effet, les employés – mis à part le directeur et l'agent comptable – sont des salariés de droit privé et les dispositions prévalant pour le secteur privé s'appliquent à peu près sans difficulté<sup>7</sup>. Tant la décision de transférer une régie publique à un délégataire privé, que l'opération inverse ou encore le changement de délégataire sont neutres sur la situation des employés qui demeurent régis par un contrat de travail.

Pour les agents des services publics administratifs, la question s'est longtemps posée en des termes différents puisque ces services étaient soit gérés directement par la collectivité avec des agents titulaires ou des contractuels de droit public soit confiés à une association et gérés par des salariés de droit privé. Toutefois jusqu'à récemment, des salariés de droit privé dont le service était réinternalisé ne pouvaient pas se prévaloir des dispositions susmentionnées du code du travail. Le juge estimait en effet que le principe de continuation des contrats de travail ne pouvait s'imposer à la personne publique qui reprenait le service et qui devait dès lors soumettre les agents en cause à un régime de droit public. C'est l'intervention du juge communautaire qui devait

ici changer la donne, la CJCE jugeant<sup>8</sup> que le changement de nature juridique de l'employeur devait être sans effet sur le droit à la continuation de son contrat de travail que le salarié tenait de la directive européenne. La Cour de cassation<sup>9</sup>, puis le Conseil d'Etat<sup>10</sup> devaient reprendre à leur compte cette analyse. Le législateur est ensuite intervenu à deux reprises – lois du 20 juillet 2005 et du 3 août 2009 – pour régler la situation des personnes concernées et les placer dans une situation, à peu près inédite avant 2005, de contractuels en CDI de droit public<sup>11</sup>. De façon symétrique<sup>12</sup>, il a été prévu qu'en cas d'externalisation d'un SPA, l'opérateur doit proposer aux contractuels de droit public un contrat de droit privé.

Pour résumer la situation telle qu'elle se présente donc aujourd'hui pour les personnels ne relevant pas statutairement d'une des trois fonctions publiques, c'est-à-dire les salariés de droit privé et les contractuels de droit public, dès lors que survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, il y a soit transfert des contrats de travail (cas où une activité gérée par une personne privée est reprise par une personne privée) soit obligation pour le repreneur, public ou privé, de proposer un nouveau contrat de travail, de droit public ou de droit privé, reprenant les clauses substantielles du précédent. Dans la quasi totalité des situations<sup>13</sup>, lorsque le personnel concerné refuse le transfert ou refuse le nouveau contrat, il est licencié.

Certes, l'application des articles L1224-1, L1224-3 et L1224-3-1 suppose que le transfert concerne une entité économique autonome<sup>14</sup> qui conserve son identité<sup>15</sup> et dont l'activité, que celle-ci soit essentielle ou accessoire, est poursuivie ou reprise, directement ou indirectement par le nouvel exploitant.

Toutefois, d'une part, on doit noter que dans la transposition en droit interne, notamment en ce qui concerne les transferts d'activités entre personnes de droit public et de droit privé, il est fait référence à une activité, terme plus large qu'une entité économique, et, d'autre part, on assiste à des revirements de jurisprudence<sup>16</sup> tendant à élargir le champ d'application de la notion « d'entité économique autonome ».

Par ailleurs, certaines conventions collectives<sup>17</sup> prévoient une application volontaire de ce transfert.

<sup>6</sup> Directive 2001/23/CE

<sup>7</sup> Une des principales difficultés pouvait ici provenir du fait que la régie publique emploie des agents ayant le statut de fonctionnaire, alors même que le service en cause était un SPIC, situation qui pouvait notamment résulter de l'hypothèse où la régie n'aurait pas été individualisée...

<sup>8</sup> Arrêt du 26 septembre 2000 *Mayeur c/ APIM* (aff C-175/99)

<sup>9</sup> Cass. Soc. 25 juin 2002

<sup>10</sup> CE 22 octobre 2002

<sup>11</sup> Article L1224-3 du code du travail

La différence essentielle réside dans le fait que, dans ce cas, le transfert des contrats de travail ne peut se faire qu'avec l'accord explicite des salariés concernés et qu'il n'y a pas de maintien des mandats représentatifs.

Enfin, dans les cas de reprise par une personne publique d'une activité gérée par une personne privée, la personne publique est souvent dans la quasi obligation de reprendre les personnels même en l'absence d'obligation légale.

L'annexe 6.2 résume les différents cas en fonction de la nature du transfert et du statut du personnel concerné.

Toutefois tous les problèmes ne sont pas pour autant résolus car :

- **les fonctionnaires titulaires sont exclus de l'application de ces dispositifs.** S'ils acceptent le changement d'employeur, ils souhaitent en général conserver leur statut et il faut trouver une solution compatible avec ce dernier [cf. annexe 6.3]. En outre, tout changement de position est subordonné à leur accord préalable et à l'avis des instances ad'hoc (comités techniques, commissions administratives paritaires,...), comme le Conseil d'Etat vient de le rappeler de manière solennelle<sup>18</sup>. S'ils refusent ou si le délégataire ne leur propose aucun poste, la personne publique doit les affecter à une autre fonction correspondant à leur grade ou les reclasser. En cas d'impossibilité, le fonctionnaire peut être licencié au motif de la suppression de son poste (FPT)<sup>19</sup>, en vertu de dispositions législatives de dégageant des cadres (FPE). Dans tous les cas, cette gestion de personnels en surnombre a un coût pour la personne publique qui doit en outre, le cas échéant, verser les indemnités de licenciement ;
- même si en théorie il existe une panoplie de solutions dans la plupart des cas le **détachement de l'agent auprès de l'opérateur** est actuellement la seule solution opérationnelle en cas d'externalisation de ses missions. Suivant la fonction publique à laquelle l'agent appartient, les modalités diffèrent, les dispositions s'appliquant à la FPT étant les plus contraignantes [cf. p. 30] ;
- **un agent public n'est pas libre de se faire embaucher dans le secteur privé ou de réintégrer la fonction**

**publique après un emploi dans le privé.** L'avis de la commission de déontologie est obligatoire pour apprécier la compatibilité de l'activité salariée dans une entreprise ou un organisme privé dès lors que, de par ses fonctions au cours de trois années précédentes, l'agent a été chargé d'assurer la surveillance ou le contrôle de l'entreprise, de passer des contrats de toute nature ou de formuler des avis sur ces contrats, de proposer des décisions relatives à des opérations effectuées par l'entreprise ou de formuler un avis sur de telles décisions. Si la commission émet un avis d'incompatibilité<sup>20</sup> alors que l'agent a déjà signé son contrat, le contrat prend fin à la date de la notification de l'avis de la commission, sans préavis et sans indemnité de rupture. De façon symétrique, la mise à disposition d'une personne publique de personnels d'une entreprise privée peut rencontrer des obstacles ;

- **les fonctionnaires** qui voient leur poste transféré au secteur privé ont la garantie d'être affectés dans un des emplois que leur grade leur donne vocation à occuper et ils ne peuvent pas se voir imposer une mobilité d'office sans avis de la CAP. Il en est en principe de même lorsqu'ils souhaitent réintégrer la fonction publique après un passage dans le privé. Toutefois, ils **peuvent rencontrer de réelles difficultés à retrouver un emploi** identique à celui qu'ils occupaient précédemment, ce d'autant plus que les liens avec l'employeur initial sont distendus (détachement, disponibilité,...) et que le transfert de l'activité peut déclencher le besoin, du côté public, de simplifier ou d'alléger la structure hiérarchique jusqu'alors justifiée. L'annexe 6.2 met en évidence que, à l'instar des salariés de droit privé et des agents contractuels, les agents titulaires de la fonction publique ne disposent d'aucune garantie quant au poste qui leur sera proposé et risquent même, après une procédure plus ou moins longue, d'être licenciés. Alors que par le passé le risque était minime (les affectations en surnombre ou sur des missions non indispensables constituant des solutions palliatives), le contexte de la réforme de la fonction publique et de réduction des effectifs le rend plus prégnant. Ils sont donc d'autant plus réticents à tenter l'aventure du privé et portés à utiliser cet argument pour négocier des incitations financières lors de leur changement d'employeur ;

<sup>18</sup> Article L1224-3-1 du code du travail

<sup>19</sup> La principale exception concerne les salariés protégés qui bénéficient de l'article L2414-1 qui interdit le transfert automatique de leur contrat de travail

<sup>20</sup> La jurisprudence européenne retient que l'entité économique s'entend comme un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels poursuivant un objectif économique propre et le transfert de l'entité ne s'opère que si des moyens corporels ou incorporels significatifs et nécessaires à l'exploitation de l'entité sont repris

<sup>15</sup> La conservation de l'identité s'analyse à travers différents indices matériels (transfert ou non d'actifs immobiliers et mobiliers, transfert ou non de la clientèle ; degré de similarité des activités exercées avant et après la reprise).

<sup>16</sup> Cass.soc., 27 mai 2009, n°08.40.393

<sup>17</sup> Notamment dans le secteur de l'eau, des déchets, de la restauration collective, de la propreté, de la prévention et de la sécurité, de la manutention ferroviaire,...

<sup>18</sup> CE Assemblée 11 décembre 2009 Syndicat national du travail, de l'emploi et de la formation SYNTEF-CFDT n°316479-317271

<sup>19</sup> Après respect d'une procédure qui passe par la mise à disposition du centre de gestion ou du CNFPT

<sup>20</sup> Plusieurs décisions récentes traduisent un renforcement du contrôle opéré, ce qui peut à terme largement freiner la mobilité entre le secteur public et privé

## LE TRANSFERT DES ACTIVITÉS DES TOS DE L'INSEP, UN EXEMPLE D'EXTERNALISATION DÉFINITIVE

Le contrat de partenariat signé par l'INSEP prévoyait de confier à des opérateurs privés les missions concernant l'accueil, le logement, la restauration des sportifs accueillis dans les locaux. Ces missions étaient effectuées par des fonctionnaires relevant du corps des TOS de l'éducation nationale. A la même période, la gestion des établissements d'enseignement secondaire ayant été décentralisée aux départements et aux régions, le ministère de l'éducation nationale a décidé de transférer à ces entités les TOS. L'INSEP n'étant pas un établissement d'enseignement secondaire, les TOS qui y étaient affectés n'avaient aucune vocation à être transférés à la région ou à un département d'Ile-de-France et d'ailleurs la question semblait réglée puisque les opérateurs privés pressentis pour le contrat se proposaient de les reprendre et le ministère acceptait de mettre en disponibilité pour convenance personnelle (seule solution envisageable à l'époque) les agents concernés.

Toutefois il est rapidement apparu qu'il serait administrativement impossible de garantir le droit à la réintégration aux agents qui souhaiteraient réintégrer le ministère en cours ou en fin de contrat puisqu'il n'y aurait plus d'emploi correspondant à leur grade dans le ministère. Les agents concernés devaient donc soit démissionner de la fonction publique et accepter un CDI dans la société de projet, laquelle s'était engagée à proposer de tels contrats, soit demander très rapidement à être affectés sur un des établissements d'enseignement secondaire de la région Ile-de-France, des universités ou des communes, lesquels n'avaient pas forcément des emplois à leur proposer (20 % des agents concernés ont pu néanmoins être ainsi réaffectés).

- malgré des évolutions certaines<sup>21</sup>, **la possibilité de mener une carrière en tant que contractuel de droit public reste limitée**, les agents non titulaires de la fonction publique étant sensés n'avoir que des missions de courte durée (cf. annexe 6.6). S'ils bénéficient d'un CDI – ce que la loi du 20 juillet 2005 a désormais rendu possible – se posera alors la question de leur déroulement de carrière, tant en ce qui concerne les responsabilités qui seront les leurs que pour ce qui a trait à l'évolution de leur rémunération qui, par définition, n'est pas calculée en référence à la grille de la fonction publique. Il peut en résulter des **difficultés** pour la gestion des ressources humaines, avec la **cohabitation** sur des fonctions semblables de **deux catégories d'agents** qui n'ont pas les mêmes perspectives en termes de déroulement de carrière et d'évolution des rémunérations ;  
A cet égard, les difficultés rencontrées dans les directions départementales interministérielles créées à la suite de la réorganisation de l'administration territoriale sont particulièrement instructives.

- dans les cas où les personnels concernés doivent changer de contrat, ce changement peut s'accompagner de modifications sensibles des clauses contractuelles et conventionnelles conduisant à un refus du nouveau contrat. Plusieurs facteurs expliquent cette situation :

>> **la reprise des clauses substantielles du contrat** donne lieu à une jurisprudence fluctuante. Les articles L124-3 et L1224-3-1 du code du travail précisent « en particulier celles qui concernent la rémunération ». Pour certains les clauses substantielles se limitent à la rémunération et au temps de travail, alors que la jurisprudence antérieure à 1996 y incluait la fonction exercée, la qualification professionnelle, l'aire géographique. Enfin, il convient de noter que dans le droit du travail il est fait référence désormais aux « éléments essentiels » du contrat ; en tout état de cause, il semble que tout ce qui relève de l'application d'une convention collective en soit exclu. En outre, en ce qui concerne la rémunération, il est admis qu'elle puisse être légèrement baissée, notamment dans le cas du passage du privé au public, pour respecter le principe « à travail égal salaire égal » avec les fonctionnaires titulaires dont les modalités de rémunération sont encadrées<sup>22</sup> ;

>> il existe des **différences** certaines **entre les modes de rémunération** du public et du privé (cf. tableaux comparatifs en annexe 6.4) ;

>> les **régimes de retraites** sont trop **dissemblables**

pour qu'on puisse envisager facilement d'en changer surtout pour les agents ayant une certaine ancienneté.

- **l'opérateur privé souhaite en général que les personnels soient placés sous sa pleine autorité**<sup>23</sup>. Il a ainsi une meilleure garantie de la stabilité de ses effectifs et sa gestion des ressources humaines est simplifiée. Les avantages de la convention collective de branche, voire des accords particuliers d'entreprise, et les possibilités d'évolution professionnelle, via la formation professionnelle, sont des facteurs incitant les agents à opter définitivement pour le secteur privé ;

- même lorsque les conditions de transfert sont réunies, **certains personnels**, qui n'étaient pas affectés à temps plein à la mission, **peuvent en être exclus** car le transfert s'effectue dans la limite de l'effectif équivalent temps-plein correspondant au contrat ;

- **un transfert de personnels entre deux entités**, que leur statut soit public ou privé, **nécessite un climat social serein**, or les organisations syndicales assimilent volontiers la passation d'un PPP contractuel (CP, CPA, DSP,...) à une « privatisation du service public » et durcissent encore le ton en cas de transfert de personnel. Ces divergences d'opinion sur la passation de ces contrats engendrent donc un climat social tendu qui fait souvent reculer la personne publique devant la possibilité d'externaliser certaines tâches et le personnel y afférent ; au demeurant l'inacceptabilité sociale d'un projet conduit le plus souvent à son abandon.

<sup>21</sup> Un cycle de négociation sur le statut des contractuels de la fonction publique a débuté en janvier 2011.

<sup>22</sup> CE, n°299307 du 21 mai 2007, Cass. Ass. Plén. 27 février 2009.

<sup>23</sup> La situation est un peu différente dans le secteur des SPIC où, dans le cadre de DSP, les opérateurs sont habitués à accueillir des agents détachés des collectivités territoriales organisatrices du service, toutefois en minorité (500 personnes sur 1500 chez Veolia eau).

## II. LES CONTRATS COMPLEXES DE LONG TERME : INCIDENCE EN TERMES DE GESTION DES RESSOURCES HUMAINES

Lors de la passation d'un contrat complexe de long terme emportant externalisation à un opérateur privé de missions exécutées par la personne publique, trois logiques différentes sont à l'œuvre.

A priori, celles des deux contractants peuvent trouver un terrain d'entente. En effet, l'employeur public souhaitera, à travers le contrat, ne plus être reponsable de tâches pour lesquelles il ne s'estime pas totalement compétent ou diminuer sa masse salariale et envisagera parfois l'opération comme un départ sans retour possible. Obtenir qu'un maximum d'agents acceptent de travailler pour l'opérateur est un enjeu fort pour lui. De même, l'opérateur est en général fortement intéressé à reprendre les personnels, ce qui pourra le conduire à une certaine souplesse au regard de son objectif de se ménager la plus grande liberté dans la gestion des ressources humaines et la meilleure homogénéité des statuts des collaborateurs placés sous sa responsabilité. Les discussions porteront donc sur le nombre et les catégories d'agents transférés, sur les modalités du transfert mais les deux parties seront à priori d'accord sur l'objectif global<sup>24</sup>.

En conséquence, les arbitres de ce débat sont les agents puisque le changement ne peut pas leur être imposé. En cas d'externalisation de leur mission, ils sont partagés entre des souhaits d'évolution professionnelle, qui pourrait s'avérer plus attractive dans le secteur privé et la perte d'un statut de fonctionnaire, protecteur dans un contexte d'emploi qui peut sembler défavorable. En outre, pour eux, le changement d'employeur se traduit par une modification profonde. En effet, les fondamentaux de la relation à l'employeur diffèrent entre le public et le privé :

- dans le privé, les salariés se positionnent par rapport à un métier, une fonction, une activité et ils décident de leur carrière, leur employeur leur offrant des opportunités de parcours professionnel ;
- dans la fonction publique, les agents se situent par rapport à un grade, synonyme de niveau de responsabilité hiérarchique et correspondant statutairement à un certain nombre de missions ; ils sont au service de son employeur qui gère leur carrière en leur garantissant<sup>25</sup> un emploi à défaut d'un métier.

### DU POINT DE VUE DE LA PERSONNE PUBLIQUE :

Une externalisation s'analyse comme un partenariat dans la durée. Elle nécessite une forte capacité de contrôle de la fonction externalisée avec un co-pilotage du projet par les deux partenaires. Les incidences sur l'organisation interne du partenaire public ne sont pas négligeables.

Par ailleurs, pour la personne publique, lors de la passation de contrats de partenariat au sens de l'ordonnance de 2004 ou d'autres contrats complexes de long terme, les questions relatives à la gestion des ressources humaines prennent une acuité particulière car :

- **les transferts** concernent des activités relevant

substantiellement des SPA et impactent donc majoritairement **des fonctionnaires titulaires de la fonction publique** ;

- les CP et CPA, notamment ceux qui comportent une part de service majoritaire (par opposition aux CP « bâtimentaires »), s'inscrivent dans la politique de modernisation de la fonction publique, avec un recentrage des moyens humains et matériels sur le « cœur de métier » et sur les services publics stricto sensu qui ne sont pas concernés par ces contrats. L'externalisation, qui s'inscrit dans une stratégie globale de gestion prévisionnelle des effectifs et des compétences, peut alors être envisagée comme quasi définitive ;

<sup>24</sup> Il en sera au demeurant de même en cas de reprise d'une activité privée par une personne publique.

<sup>25</sup> Le fonctionnaire a des garanties fondamentales : être affecté dans un emploi pour y exercer les missions afférentes à son grade ; être nommé dans un emploi vacant de son grade ; ne pas être affecté à un emploi ne correspondant pas aux missions afférentes à son grade sans son accord ; pas de mutation (changement de résidence administrative et/ou modification de sa situation, notamment réduction des tâches), sans avis de la CAP et, au vu de l'arrêt récent du CE (28/12/2009), pas de mobilité individuelle sans son accord ; mobilité au sein des trois fonctions publiques.

## LE MINISTÈRE DE LA DÉFENSE, FORMALISATION DES CONDITIONS DU RECOURS À L'EXTERNALISATION

Quatre conditions ont été définies pour permettre de lancer un projet d'externalisation :

- ne pas affecter la capacité des armées à réaliser leurs missions opérationnelles,
- être assuré dans la durée de gains économiques et budgétaires significatifs, estimés par une méthode d'évaluation préalable rigoureuse,
- préserver les intérêts du personnel,
- vérifier l'existence d'une offre du marché répondant aux besoins avec un niveau concurrentiel suffisant.

Il s'agit au travers du recours à l'externalisation de bénéficier d'une amélioration du rapport qualité/prix sur les prestations proposées par les acteurs spécialisés du secteur concerné que permettent la mutualisation par effets d'échelle et la capitalisation des savoir-faire.

De plus, la relation contractuelle et la remise en concurrence périodique des contrats permettent au ministère de maintenir une forte pression sur la qualité et les coûts.

Toutefois, les projets d'externalisation envisagés actuellement s'inscrivent dans le contexte de la RGPP appliquée au Ministère de la Défense, qui entraîne notamment la suppression de 54 000 postes au titre des rationalisations et la mise en œuvre d'un important plan d'accompagnement du personnel.

Les possibilités de mobilité interne et les différents flux de départs aidés sont déjà largement saturés par cette réforme. Une opération d'externalisation dans ce contexte n'est donc envisageable sur le long terme que si une solution satisfaisante peut être proposée à chacune des personnes concernées, notamment en facilitant, sur la base du volontariat, les transferts vers les prestataires.

- la négociation, le suivi et le contrôle des contrats complexes nécessitent **la présence de compétences** internes spécifiques nécessaires à **l'élaboration, au suivi et au contrôle** du contrat qui peuvent ne pas préexister au sein de la personne publique. Il faudra alors procéder à des recrutements qui peuvent se révéler complexes soit par absence de candidats ayant le profil requis soit en raison de facteurs liés à la politique de management retenue pour la structure. En tout état de cause, les **emplois budgétaires correspondants** devront être maintenus ou créés ;
- **les activités concernées** peuvent être proches du « cœur de métier » (elles concourent à la mise en œuvre du service public) ; l'autorité organisatrice peut être contrainte à conserver une **compétence**

**minimum** en son sein ;

- que ce soit pour faciliter l'externalisation des agents et leur **adaptation à leur nouvel environnement professionnel** ou pour les aider à passer du « faire » au « faire faire », la personne publique devra mettre en œuvre un **plan de formation** spécifique et souvent conséquent ce qui suppose de mobiliser les financements nécessaires.

Un projet d'externalisation doit donc s'inscrire dans un projet stratégique ; il appartient à la personne publique de mettre en œuvre les mesures d'accompagnement de ce projet, notamment au regard de ses incidences sur son organisation interne, et de ne pas en sous estimer le coût budgétaire.

### DU POINT DE VUE DE LA PERSONNE PRIVÉE :

L'opérateur est en général fortement intéressé à reprendre les personnels, d'une part parce qu'ils ont une connaissance du terrain, même en dehors des cas où le service est réalisé via une infrastructure en réseau, et, d'autre part, parce que s'il se montre fermé à l'éventualité de reprendre les personnels il risque de ne pas obtenir le contrat car l'autorité organisatrice ne pourra pas à la fois continuer à rémunérer ses agents sans emplois et à payer la prestation à l'entreprise.

Toutefois ce n'est pas sans incidence :

- **incorporation d'effectifs**, parfois conséquents, ce qui peut avoir une incidence en termes de représentation du personnel (bouleversement des équilibres internes préexistant) ou de financement du comité d'entreprise (par exemple, les personnels mis à la disposition par le Ministère de la Défense bénéficient du comité d'entreprise mais, n'étant pas rémunérés par l'entreprise, leur salaire n'est pas pris en compte dans le calcul de la dotation dudit comité) ;
- nécessité de **gérer des personnels de statuts différents affectés à des postes identiques** ou très proches. Même si la plupart des responsables auditionnés émettent le souhait de gérer des populations homogènes, force est de constater que, au moins dans un premier temps, nombre de fonctionnaires optent pour le statut de détaché auprès de l'opérateur. On ne doit pas sous estimer les **difficultés** managériales inhérentes à la gestion d'équipes où coexistent des personnels qui ne bénéficient pas des mêmes conditions de rémunération, de temps de travail ou des mêmes avantages sociaux.



# III. QUELQUES SOLUTIONS OPÉRATIONNELLES

Dans la mesure où les projets envisagés se situent dans une volonté stratégique du secteur public de mettre en place des nouveaux montages de gestion des ressources humaines, innovants et répondant à l'intérêt de toutes les parties prenantes, les audits réalisés ont permis d'identifier un certain nombre de procédures, relativement faciles à mettre en œuvre, ce d'autant plus que plusieurs d'entre elles relèvent du simple bon sens. Pour en faciliter la lecture, elles ont été présentées comme la réponse aux principales questions se posant aux acteurs telles qu'identifiées par les membres du groupe de travail.

## COMMENT INCITER UN OPÉRATEUR À REPRENDRE LE PERSONNEL ?

- Organiser une procédure d'**information** des candidats **sur les personnels à reprendre**. A cet effet, si le pouvoir adjudicateur ne peut de lui-même imposer une reprise des personnels, une ordonnance récente du tribunal administratif de Paris<sup>26</sup> juge que le défaut d'informations sur les personnels transférés prive les candidats d'une donnée essentielle de la procédure de consultation et que le défaut dans la fourniture de cette information est susceptible d'entraîner la nullité de la procédure. Les informations à réunir portent sur le nombre d'agents et pas seulement sur celui des équivalents temps plein, sur la nature des contrats à reprendre ou le type de position statutaire envisagée et sur les avantages dont disposent les agents, leur expérience, leur ancienneté, leur qualification.
- Instaurer, dès lors qu'il n'y a pas obligation de reprise de tous les agents, **une procédure de sélection des personnels concernés transparente et conjointe** entre l'autorité organisatrice et l'opérateur. Ce point concerne tout particulièrement les agents affectés à temps partiel sur la mission transférée, que ce soit parce qu'ils ont une autre mission complémentaire au sein de la collectivité ou parce que les modalités d'organisation de l'opérateur font que leur activité ne correspond pas à un travail à temps plein (par exemple, une activité de réceptionniste peut représenter un temps plein dans l'administration alors qu'elle ne

constituera qu'un 2/3 de temps dans le privé) ce qui impose pour l'agent transféré d'accepter d'autres missions en complément, (dans l'exemple précédent, entretien des locaux, classement de dossiers...), et de suivre les formations professionnelles nécessaires.

- **Evaluer correctement les possibilités de retour** des agents (*cf. la situation des TOS de l'INSEP*) et jouer la transparence. Si l'externalisation est envisagée comme définitive, l'autorité organisatrice doit en informer l'opérateur car il doit être en mesure de proposer aux agents une perspective de carrière dans le secteur privé. Au demeurant l'opérateur n'acceptera pas, en règle générale, de se faire le complice d'un défaut d'information et de donner l'impression aux agents qu'il les a attirés dans un « piège », en acceptant notamment de prendre des agents en détachement, car son image commerciale en pâtirait.
- **Proposer des contrats d'une durée adaptée**. Plus le contrat a une durée longue plus l'opérateur dispose de marges de manœuvre pour reprendre un nombre élevé d'agents, y compris en surnombre par rapport à ses objectifs cibles. La durée du contrat influe également sur les modalités de reprise : par exemple, pour les contrats courts, le détachement sera en général favorisé car l'opérateur ne veut pas prendre le risque, au cas où il ne serait pas reconduit, de se retrouver avec un nombre important de salariés à transférer au nouvel opérateur ou à licencier.

<sup>26</sup> TA Paris ord.7 juin 2010, n°1008939

## COMMENT L'AUTORITÉ ORGANISATRICE PEUT-ELLE INCITER SES AGENTS À REJOINDRE L'OPÉRATEUR ?

- Inscrire l'externalisation de la mission dans **une stratégie d'organisation du service et de gestion prévisionnelle des effectifs et des compétences** qui permet d'évaluer le caractère plus ou moins définitif du transfert ;
- Rappeler que, sauf exception<sup>27</sup>, la possibilité de réintégration de la fonction publique reste de droit sans sous estimer les éventuelles difficultés pour retrouver un poste identique.
- Si l'externalisation doit être envisagée comme définitive, ne pas proposer aux agents une position en détachement ou en disponibilité pour convenance personnelle qui impliquent un droit à réintégration qui ne pourra pas se matérialiser..
- Mettre en place, le plus en amont possible, un **large dispositif d'informations**<sup>28</sup> des représentants des personnels, voire une possibilité d'information individuelle des agents susceptibles d'être concernés tant chez l'autorité organisatrice que chez l'opérateur pressenti ; ceci vient en complément des obligations de consultation des comités techniques<sup>29</sup> et des CAP. Il ne faut toutefois pas sous estimer la difficulté inhérente à communiquer des éléments clés d'un contrat avant qu'il soit signé<sup>30</sup>. Dès que le projet prend corps, il faut informer les agents de la décision d'externaliser, du périmètre de l'externalisation, du calendrier envisagé, des modalités retenues pour les tenir informés de l'avancement du projet et des conséquences de celui-ci sur leur situation personnelle.
- Veiller à ce que les personnels puissent exprimer leurs attentes et s'assurer que les réponses apportées sont pertinentes. L'objectif est de rassurer les agents quant au fait qu'ils seront entendus et que leurs inquiétudes, leurs besoins ou leurs souhaits seront pris en compte.
- Prendre le temps **d'expliquer** en détail, les **différences** entre un emploi régi par un statut et un emploi régi par un contrat, les différences dans les modalités de rémunération (cf. annexe 6.4), les compléments de rémunération ne rentrant pas dans le salaire (avantages en nature, intéressement, participation, plan épargne entreprise, plan épargne retraite collectif), les différences en matière de protection et d'œuvres sociales, le rôle du comité d'entreprise et la comparaison entre les modalités de représentation des personnels (cf. annexe 6.7), les mesures incitatives possibles,

notamment, le cas échéant, les primes au départ volontaire.

- Faire réaliser des bilans de compétence et organiser un **programme de formation professionnelle** favorisant le transfert. Le financement nécessaire doit être inscrit au budget dès le début du projet.
- **Former les responsables des ressources humaines** à la gestion et au suivi des agents mis à disposition ou en détachement. Il est indispensable de conserver un lien entre l'employeur initial et les agents mis à disposition et surtout détachés, notamment lorsque c'est pour une longue durée. Or trop souvent, ces agents, notamment les détachés qui ne sont plus rémunérés par leur employeur initial, sont quasiment « perdus de vue ».

Par ailleurs, si la personne publique est amenée à embaucher des contractuels de droit public, il conviendra de mettre en place un suivi approprié de leur carrière. En effet, alors que les statuts de la fonction publique garantissent un déroulé de carrière minimal aux agents, il n'en va pas de même pour les contractuels de droit public pour lesquels le respect des procédures, notamment d'évaluation de leur activité, revêt une importance non négligeable.

## COMMENT L'OPÉRATEUR PEUT-IL INCITER LES AGENTS À LE REJOINDRE ?

- Offrir une vraie **perspective d'évolution professionnelle**, ce qui implique, pour l'opérateur, un investissement dans la formation et dans le développement des compétences, un dialogue constructif et régulier avec les partenaires sociaux. En règle générale, lorsque l'opérateur est un grand groupe ou une de ses filiales, ce point ne pose pas de problème.
- Etre capable de **proposer à chacun un projet de contrat** qui tienne compte du contexte du nouvel employeur mais également des évolutions de carrière prévisibles chez l'ancien. Là encore les grands groupes, qui ont mis en place des services spécialisés, disposent d'un savoir-faire certain.

<sup>28</sup> La directive 2001/23/CE fait obligation au cédant et au cessionnaire d'informer les représentants de leurs personnels respectifs concernés ou ceux-ci directement de la date fixée ou proposée pour le transfert, du motif du transfert, des conséquences juridiques, économiques et sociales du transfert, des mesures envisagées.

<sup>29</sup> En application de la jurisprudence en vigueur, ils doivent être saisis dès lors que le contrat proposé à signature emporte modification des conditions générales de fonctionnement du service et évolution des effectifs qui y travaillent et de leur qualification ; TA Paris 12 mars 2008 UNSA Education et autres (AJDA 2008 p.1327 avec note J.D. DREYFUS).

<sup>30</sup> Les jurisprudences divergent sur ce point. Certaines conduisent à conclure que l'acheteur public ne peut communiquer des informations dont la divulgation porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des entreprises ou pourrait nuire au libre jeu de la concurrence entre elles.

## UN EXEMPLE, L'INGÉNIERIE SOCIALE CHEZ DALKIA

Le transfert d'activités avec reprise de personnel entraîne toujours pour les personnels de profonds changements, se traduisant par des craintes ou des résistances. La solution est l'anticipation, l'information, le respect des personnels et la conformité aux procédures applicables.

C'est pourquoi dès lors qu'une reprise de personnel est envisagée, la mise en œuvre d'un « volet social » constitue l'une des dimensions les plus importantes des projets.

Ainsi, depuis une quinzaine d'années, la stratégie du groupe a été de développer une véritable ingénierie d'intégration du personnel transféré, intégration que nous considérons comme un des facteurs clés de succès pour remporter des contrats. L'expertise dans ce domaine et le respect de l'éthique définie permettent d'accompagner au mieux les clients de la société.

L'ingénierie sociale que Dalkia propose repose sur trois leviers complémentaires :

- **La maîtrise du processus** de transfert par le respect des règles juridiques et l'élaboration d'un plan de communication à l'attention des partenaires sociaux et des salariés repris,
- **La sécurisation des salariés** par l'élaboration de documents fixant les conditions du transfert et l'application d'une méthodologie précise d'accueil et d'intégration,
- **La motivation des salariés** par la construction d'un projet professionnel porteur et l'élaboration d'un plan individuel de formation en appui du parcours de développement.

Grâce à la mise en œuvre de ces principes, Dalkia cherche à créer une situation de confiance et d'adhésion avec les salariés repris et gère en confiance la transition entre les employeurs cédant et repreneur.

- Inciter **financièrement** les agents acceptant un détachement auprès de l'opérateur : cette incitation compense le cas échéant l'écart de rémunération ou la perte d'avantages en nature comme un nombre plus restreint de RTT ou des horaires de travail plus contraignants et constitue une assurance en cas de non réaffectation sur le poste initial à la fin du détachement. A ce titre, la suppression de la règle des 15 % pour les détachements (décret du 2 juillet 2008) est un élément favorable pour encourager les agents à faire usage de leur « droit à détachement ». A contrario, cela pourra constituer une difficulté supplémentaire au cas où ils devraient réintégrer la fonction publique, surtout si l'incitation compense largement les sujétions.

- Instaurer une **procédure de suivi** spécifique **des agents mis à disposition ou détachés**. Pour ces derniers cela suppose une gestion de la paie spécifique, notamment au regard des retenues pour pensions mais également dans le cas où il a été choisi de conserver l'évolution salariale de la fonction publique. Concrètement, cela implique l'instauration de liens réguliers avec le service en charge des

ressources humaines chez l'employeur d'origine afin que celui-ci soit tenu informé de la façon dont l'agent est évalué par son employeur et qu'en retour celui-ci soit au courant des évolutions de carrière au sein du corps ou du cadre d'emploi. Cette coopération peut se traduire sous forme d'un **rapport annuel sur la situation des agents détachés**.

### COMMENT GÉRER DES STATUTS DIFFÉRENTS AU SEIN D'UNE MÊME ORGANISATION ?

- **Jouer la transparence** sur l'origine des variations de rémunération. Une différence de statut peut justifier qu'il y ait des écarts sur la composante principale du salaire. En revanche, les régimes indemnitaires doivent être financièrement équivalents, à défaut d'être juridiquement identiques, pour des activités similaires.

- **Imposer un choix clair** lorsque plusieurs options sont possibles (à titre anecdotique, éviter que les agents puissent bénéficier de l'arbre de Noël à la fois chez l'employeur d'origine et chez l'opérateur, le personnel choisit l'un ou l'autre une fois pour toutes).

## COMMENT LA PERSONNE PUBLIQUE PEUT S'ORGANISER ?

### - **Mettre en place une gestion prévisionnelle des emplois et compétences :**

- >> **anticiper le mouvement** en adoptant aussi tôt que possible une position de restriction aux nouveaux recrutements et gérer la transition via des marchés de services ;
- >> réaliser une **analyse fine de la pyramide des âges des personnels concernés** (au vu de la durée de la préparation du contrat, identifier tous ceux dont le cas serait réglé par un départ à la retraite assez rapide) ;
- >> faire preuve de **vigilance lors des reclassements**. Les personnels concernés par l'externalisation ont l'impression que leur mission n'est plus stratégique pour l'organisme, le contrat moral qu'ils estiment avoir passé avec lui est remis en cause ; ils ont le sentiment, même reclassés au sein de la structure, d'être devenus un coût sauf à ce que le reclassement intervienne dans un service dont les missions sont valorisées, ce qui implique souvent une formation professionnelle à l'adaptation au nouvel emploi, difficile à réaliser avec du personnel âgé.

- **Prévoir une assistance à maîtrise d'ouvrage pour la gestion des ressources humaines** ce qui ne veut pas dire pour autant que le service ressources humaines doit se désintéresser de la question car l'AMD ne prendra pas les décisions, elle ne fera que les éclairer. Toutefois, cette expertise qui porte sur des sujets complexes (comparaison dynamique entre le statut de fonctionnaire et celui de salarié de droit privé, évaluation des écarts de coût...) semble rare.

- **Recruter**, dans le cadre d'une mise à disposition entrante (cf. p.20) **un spécialiste des questions d'externalisation**, étant toutefois précisé que son acceptation au plan interne peut poser problème et que de tels spécialistes sont encore trop rares sur le marché. Un recrutement au sein de la fonction publique est également envisageable même si dans ce cas encore les candidats sont rares.

- A minima, créer une **structure dédiée** à la préparation de l'externalisation, au suivi des personnels externalisées et à la reconversion de ceux qui ne sont pas repris par les entreprises titulaires du contrat, à l'instar du dispositif d'assistance à la « manœuvre ressources humaines » du Ministère de la Défense.

- Etudier l'éventualité de **structures de mutualisation** des missions comme alternative provisoire à

l'externalisation si on constate que le projet n'est pas viable compte tenu du contexte social immédiat. A cet égard, les SPL, modulo les autres difficultés qui peuvent en découler, peuvent constituer une solution transitoire, permettant notamment d'offrir une réponse spécifique aux besoins de certains personnels, notamment en matière de contrat de travail. On peut également envisager de recourir à des partenariats public-privé institutionnel (PPP-I) de type SEM, comme vecteur d'externalisation.

- **Retarder**, le cas échéant, **l'externalisation** en cas d'impossibilité de reclassement ou d'adaptation à un nouvel emploi d'un trop grand nombre d'agents.

## IV. LES MONTAGES À ÉVITER

La complexité des dispositions législatives et réglementaires peut conduire à opter pour des solutions qui, tout en se révélant opérationnelles à court, voire à moyen, terme, sont porteuses d'insécurité juridique pour les partenaires du contrat.

Celles-ci sont donc à bannir ainsi que les solutions dont l'efficacité est restreinte.

Pour en faciliter la lecture, ce chapitre a été structuré suivant trois axes, correspondant à différentes situations.

### RECRUTEMENT EXTERNE DE COMPÉTENCES POUR GÉRER LE CONTRAT

- **Utiliser des MAD entrantes**<sup>31</sup> pour le suivi et le contrôle des contrats. Le recours à la mise à disposition de personnels étant encadré, on ne peut recourir à une MAD entrante que dans deux cas :

>> pour l'exercice d'une fonction requérant des qualifications techniques spécialisées détenues par des salariés de droit privé employés par des organismes contribuant à la mise en œuvre des politiques de l'Etat, des collectivités territoriales ou de leurs établissements publics (il convient de noter le parallélisme avec la définition des organismes d'accueil pour les agents mis à disposition) ; auquel cas la durée de la mise à disposition est limitée à trois ans renouvelable (FPE) ;

>> pour la réalisation d'une mission ou d'un projet déterminé qui ne pourrait être mené à bien sans les qualifications techniques spécialisées détenues par un salarié de droit privé, la durée de la mise à disposition est limitée à celle du projet sans pouvoir excéder quatre ans (FPE, FPH).

- Prévoir de **confier à des agents non titulaires des emplois permanents**, liés au suivi et au contrôle des contrats, notamment parce qu'il est difficile de trouver au sein de la fonction publique des agents ayant ces compétences. Certes le recrutement des agents non titulaires en CDD voire en CDI sur des missions permanentes est possible dans certains cas<sup>32</sup>. Cependant, au-delà de ces difficultés administratives, la personne publique va devoir recruter sur un marché concurrentiel, avec la contrainte de trouver un compromis entre le prix du marché et la nécessité de proposer des rémunérations qui ne soient pas trop éloignées de celles que percevaient des titulaires de même niveau. Nul doute que cette situation constitue une vraie difficulté pour attirer les bons profils.

Enfin, pour l'Etat et ses établissements publics, il existe des contraintes imposées par la LOLF (fongibilité asymétrique) à ne pas sous-estimer et des plafonds d'emploi qui peuvent conduire à empêcher le recrutement de contractuels.

Au demeurant, le recours à la mise à disposition de personnels privés peut, dans certaines hypothèses, s'assimiler à une prestation de services, devant alors être soumis à une procédure de marché public. Elle s'analyse en effet comme une convention de prêt de main d'œuvre spécialisée.

<sup>31</sup> A contrario, le recours à des personnels du privé mis à disposition temporairement auprès de la collectivité pour préparer le contrat, aider à gérer les aspects RH peut se révéler une option intéressante.

<sup>32</sup> Pour la FPH, c'est possible lorsqu'il n'existe pas de corps de fonctionnaire susceptible d'assurer les fonctions correspondantes ou lorsque la nature des fonctions ou les besoins du service le justifient. Dans ce dernier cas, pour la FPE et la FPT, le recrutement n'est autorisé que pour répondre aux besoins du service et ne peut concerner que des emplois de niveau de la catégorie A dont le recrutement se fait obligatoirement en CDD pour une durée de trois ans renouvelable, la transformation en CDI n'intervenant qu'au terme des six années.

## GESTION DES PERSONNELS NE SOUHAITANT PAS REJOINdre L'OPÉRATEUR

- Compter sur les **possibilités de mobilité entre les trois fonctions publiques** pour reclasser les agents. Les objectifs de réduction des effectifs et de non remplacement d'un départ à la retraite sur deux s'appliquent désormais à tous les secteurs et le jeu des "corporatismes internes" ne facilitera pas l'accueil des agents venant d'autres services administratifs. La loi du 3 août 2009, même si elle facilite la mobilité professionnelle entre les fonctions publiques, notamment en matière d'intégration dans une autre fonction publique que celle d'origine, ne suffit pas à elle seule à revenir sur toutes les préventions qui peuvent exister à ce sujet parmi les fonctionnaires.
- Tenter<sup>33</sup> de **faire supporter par l'opérateur le surcoût** lié à la gestion des personnels qui doivent être reclassés.

## REPRISE D'UNE ACTIVITÉ PAR UNE ENTITÉ PUBLIQUE

- **Ne pas proposer un contrat** de droit public à des personnels d'une entité de droit privé dont l'activité a été reprise en régie même si la loi ne fixe aucun délai pour proposer ces contrats. En effet, le salarié reste alors régi par le code du travail et, en cas de rupture du contrat, la collectivité s'expose à devoir payer des indemnités conséquentes. La mise à disposition par l'opérateur, qui n'est au demeurant possible que si la reprise d'activité ne concerne qu'une partie de l'activité dudit opérateur car ce dernier doit conserver sa personnalité morale, n'est pas non plus une solution opérationnelle (*cf. supra*).

<sup>33</sup> En cas de DSP, ce surcoût ne peut pas être reporté sur le délégataire en application de l'art L 1411-2 du CGCT qui stipule que « les conventions de DSP ne peuvent contenir de clauses par lesquelles le délégataire prend en charge l'exécution de services ou de paiements étrangers à l'objet de la délégation ».

# V. DES POINTS À PRÉCISER, DES ÉVOLUTIONS À APPORTER AU NIVEAU LÉGISLATIF ET RÉGLEMENTAIRE

A la fois pour améliorer les solutions existantes et pour sécuriser certains montages actuellement source d'insécurité juridique, le groupe de travail a formulé plusieurs propositions. La majorité d'entre elles concernent le statut de la fonction publique ou les conditions d'exécution des contrats de long terme.

## SUR L'HARMONISATION OU L'AMÉLIORATION DES DISPOSITIONS APPLICABLES AUX TROIS FONCTIONS PUBLIQUES

- créer un **dispositif de suivi des agents détachés ou mis à disposition** (aller au-delà du simple rapport annuel au CTP) visant le suivi spécifique au sein du service RH et facilitant le maintien du lien avec la collectivité et le déroulement de la carrière en son sein (respect des procédures d'évaluation propres à la fonction publique, suivi du plan de formation, parcours professionnel,...) ;
- étendre à l'ensemble des fonctions publiques le **dispositif d'indemnité de départ volontaire** et le rendre attractif en ne le limitant pas aux cas de restructuration de service, création d'entreprise ou réalisation d'un projet personnel à l'instar des primes accordées dans le secteur privé en cas de départ négocié.

## SUR LE RÔLE DES INSTANCES REPRÉSENTATIVES ET DES PERSONNELS

- rendre obligatoire l'avis du Comité technique (même s'il n'est que consultatif) sur les clauses des contrats ;
- associer les salariés aux conditions du transfert dans le cas de transfert privé à privé ou en cas de reprise en régie par la personne publique ;
- organiser le suivi des agents repris du privé ; présenter une évaluation devant le comité technique.

## SUR LE DÉTACHEMENT

- **homogénéiser la rédaction des différents titres du statut de la fonction publique** en ce qui concerne la

possibilité de détachement auprès d'une entreprise titulaire d'un marché public, d'un contrat de partenariat ou d'une DSP ; supprimer pour la FPT la référence à l'exercice d'une mission d'intérêt général comme cela a été fait en 2008 pour la FPH et en 2010 pour la FPE<sup>34</sup> ;

- **ne pas limiter les missions confiées au détaché** (géographiquement et en nature). L'évolution des techniques, les méthodes d'organisation de l'opérateur peuvent le conduire à devoir affecter les agents transférés soit sur une mission identique mais dans le cadre d'un autre contrat, sur un secteur géographique limitrophe, soit sur une autre mission, moyennant la formation nécessaire, sur le même territoire. Le dispositif législatif actuel n'est pas clair sur ce point. Les opérateurs incitent les agents détachés chez eux à accepter ce type d'évolution de leur poste ; s'ils s'y refusent l'opérateur ne peut qu'en prendre acte ce qui lui occasionne des problèmes de gestion des ressources humaines. Il convient toutefois de noter que cette évolution pourrait avoir des effets négatifs au cas où le contrat initial ne serait pas reconduit (sauf à ce que l'agent démissionne pour accepter un CDI chez l'opérateur, l'opérateur perdra un personnel sur un contrat qu'il continue d'assumer et la collectivité devra réintégrer un agent pour lequel il n'y a plus d'emploi dans son service d'origine) ;
- **assurer aux détachés un avancement** au minimum correspondant à la moyenne du corps ou du statut d'emploi d'appartenance (analogie avec ce qui se pratique pour les permanents syndicaux). Trop souvent les agents détachés se voient bloqués dans leur évolution de carrière, notamment pour la promotion à un grade supérieur, cette promotion ne pouvant intervenir que si l'agent réintègre son administration en position d'activité ;

<sup>34</sup> Il s'agit d'harmoniser la rédaction du 5° de l'article 2 du décret 86-68 avec les rédactions en vigueur dans les deux autres fonctions publiques.

- **considérer le temps de détachement** au sein d'une entité chargée de DSP **comme du temps de travail effectif** (pour les médailles d'honneur régionale, départementale ou communale). Pour certaines catégories de fonctionnaires, la reconnaissance de leur mérite via l'attribution d'une décoration revêt une importance certaine. L'éventualité de ne pas pouvoir obtenir certaines distinctions honorifiques peut constituer un frein au détachement ;
- préciser **les modalités d'utilisation du compte épargne-temps** : pendant le détachement, le salarié peut-il mobiliser les jours mis sur le CET ouvert auprès de la collectivité ? Peut-il ouvrir un CET chez l'opérateur (en principe, on ne peut détenir qu'un CET) ? En fin de détachement, peut-il rapatrier le CET ouvert chez l'opérateur ? Le compte épargne temps est souvent constitué en prévision d'un projet personnel ou pour faire face aux imprévus de la vie. Même si en l'état actuel des textes, l'agent détaché peut espérer récupérer les journées « épargnées » sous forme de jours de congés juste avant son départ à la retraite ou, le cas échéant, les verser sur un PERCO, en ce qui concerne les jours acquis chez l'opérateur, ce n'est pas forcément une utilisation optimale. ;
- **RAFP : dé plafonner le taux de cotisation** et permettre aux agents détachés de cotiser sur la totalité de leur salaire (ou de la fraction dépassant le traitement de base) sans se limiter à 20 % du traitement de base. Une telle mesure pourrait s'inscrire dans l'incitation financière au détachement. Elle permettrait une harmonisation des taux de cotisations salariales avec celles des salariés du secteur privé et serait moins coûteuse qu'une prime. Elle participerait au demeurant à la politique gouvernementale d'incitation à la constitution d'un capital retraite complémentaire, le statut général de la fonction publique excluant les agents détachés du bénéfice de tous les régimes de retraite additionnelle ou complémentaire existant dans le secteur privé ;
- **étudier le partage du pouvoir disciplinaire avec les garanties de droits**. En effet, dans l'état actuel du droit, aucune sanction, même les plus banales comme le blâme ou l'avertissement, ne peut être prononcée par l'employeur de détachement, il y a obligation de saisie de l'autorité administrative de tutelle à qui il revient de prononcer la sanction selon ses procédures.

#### SUR LA MISE À DISPOSITION ET LA MISE À LA DISPOSITION

- **améliorer la procédure de mise à la disposition** (cf. *annexe 6.3.2*) en apportant une réponse aux

difficultés pratiques de mise en œuvre rencontrées. Par exemple, les agents mis à la disposition bénéficient du CE de l'entreprise mais n'étant pas rémunérés par cette dernière, ils ne sont pas pris en compte dans le calcul du budget de fonctionnement du comité ;

- **étendre la possibilité de mise à la disposition** à toutes les fonctions publiques : c'est une solution transitoire qui permet de tenir compte du différentiel de rémunération entre les secteurs publics et privés, notamment pour les personnels de catégorie C, qui s'avère intéressante pour gérer des fins de contrat de droit public à durée déterminée ;
- **permettre la MAD entrante** dans le cas de reprise d'un SPA dès lors que la structure perdure, ce afin de ne pas obliger le salarié à changer de contrat ;
- **généraliser la possibilité de MAD des contractuels** qui existe déjà pour la FPE ;
- **généraliser la possibilité de mise à disposition auprès des titulaires de marché public**, de DSP ou de CP prévue pour la FPH<sup>35</sup> ;
- **clarifier la notion « d'exercice des seules missions de service public »** qui peut conduire à refuser la MAD dans le cas des CP/CPA, tout en veillant à ne pas dévoyer la MAD.

#### SUR LES PROCÉDURES

- inclure **un volet social dans l'évaluation préalable**. Il n'existe pas actuellement d'étude permettant d'évaluer l'impact en termes de coûts salariaux des différences entre les statuts de personnels dans le privé et le public. Il existe encore moins de réflexion méthodologique en la matière dans la comparaison entre des schémas de gestion publique différents. De même, il n'existe pas d'étude pour les contrats d'externalisation de certaines missions établissant une relation entre réduction de la masse salariale, augmentation ou réduction des exigences de qualité pour le service produit et maintien, réduction ou renforcement des effectifs engagés ;
- **instaurer un audit social** préalable et la transmission de toutes les informations aux candidats ;
- associer les autorités organisatrices aux négociations collectives de branche ;
- rendre obligatoire **dans le rapport annuel du titulaire d'un CP un point sur l'exécution des clauses liées au personnel** et, par extension, rendre obligatoire un tel rapport pour toute forme contractuelle d'externalisation ;
- pour faciliter l'adhésion des agents publics au projet d'externalisation, il peut être intéressant de leur proposer un détachement ou une mise à disposition auprès d'une structure associant l'autorité organisatrice

<sup>35</sup> Quatrième alinéa du I de l'article 49 de la loi 86-33 du 9 janvier 1986.



et la société titulaire d'un contrat dans le cadre d'un partenariat public-privé institutionnel au sens de la communication interprétative du 5 février 2008 (C2007-6661) de la Commission européenne. Si l'adaptation actuelle du droit français est insuffisante sur certains points pour assurer une sécurité juridique totale, le Conseil d'Etat<sup>36</sup> a précisé les évolutions à apporter au droit interne pour éviter toute incertitude juridique au regard de cette procédure. Il conviendrait de mettre en œuvre ces recommandations afin de **faciliter le recours aux PPP-I**. A ce jour, la seule tentative en ce sens, conduite par le Ministère de la Défense dans le cadre de la SOFIRED n'a pas abouti ;

- prendre les dispositions administratives ad'hoc pour que l'opérateur dispose, dès la signature du contrat, d'effectifs opérationnels et assurés en nombre. Toutefois, le respect des différentes procédures relatives au transfert nécessite que la date de transfert soit connue assez à l'avance, à un moment où il n'est pas toujours sûr que la procédure aille à son terme et que le contrat soit conclu.

#### SUR L'ACCOMPAGNEMENT DES AUTORITÉS ORGANISATRICES

- étudier l'éventualité de **donner compétence à la MAPPP**, du fait du rôle prééminent qu'elle prend progressivement auprès des personnes publiques en amont du lancement de toute procédure contractuelle, pour les conseiller en première instance **sur les incidences de leur projet en termes de ressources humaines**, notamment en ce qui concerne la comparaison des déroulements de carrière et des rémunérations. Cette mission irait de pair avec le développement d'un volet social dans l'évaluation préalable ;
- **renforcer le rôle de la mission de facilitation de l'accueil dans les fonctions publiques (MFAFP)** qui intervient notamment pour faciliter le reclassement des agents et la mobilité entre les trois fonctions publiques.

#### SUR LA SUPPRESSION DES DISTORSIONS DE RÉGIME FISCAL, NOTAMMENT EN CE QUI CONCERNE LA TVA

Lorsque le personnel est externalisé auprès de l'opérateur, son coût salarial total, salaire brut plus charges patronales, est pris en compte dans le coût de la prestation facturée à l'autorité organisatrice. S'agissant d'une prestation c'est un taux de TVA de 19.6% qui s'applique et il n'y a pas de possibilité de prise en charge par le FCTVA pour les collectivités territoriales. Ainsi, même dans l'hypothèse où le transfert d'employeur n'aurait aucune incidence sur le coût salarial total, le coût de l'agent transféré à niveau égal est majoré du

taux de TVA (soit 19.6 %). Tant que le coût du contrat est majoritairement composé de coûts liés à la réalisation et à l'amortissement d'une infrastructure, ce surcoût peut être minime. Dès lors qu'il s'agit d'un contrat de services où l'essentiel des coûts correspond à la masse salariale, cet écart constitue un frein à la passation du contrat ou une incitation à une forte augmentation de la productivité qui peut s'avérer peu propice à l'intégration des agents chez l'opérateur.

#### LA SOFIRED

Le deuxième alinéa de l'article 43 de la loi n°2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique prévoit que les personnels du Ministère de la Défense « peuvent être mis à la disposition d'une société nationale aux fins d'être mis par elle à la disposition de sa filiale chargée de l'exécution du contrat [...] ».

Cette disposition recouvre l'hypothèse d'un "partenariat public privé institutionnel" (PPP-I) au sens de la communication interprétative de la Commission européenne en date du 5 février 2008, qui consisterait, pour le Ministère de la Défense, à attribuer un contrat à une entité mixte ("la filiale") constituée d'une société nationale et d'un prestataire de service.

Cette filiale serait chargée d'exécuter les prestations de service et accueillerait, en son sein, le personnel volontaire du ministère de la défense.

La société nationale dont il s'agit est la SOFIRED - Société de Financement et d'Investissement pour la Réforme et le Développement - qui est une société anonyme au capital social de 45 M€ entièrement détenu par l'Etat.

Une des missions confiées à la SOFIRED, dans le cadre d'une convention liant cette société au Ministère de la Défense, est de contribuer à favoriser l'externalisation des activités qui ne ressortent pas du cœur de métier des armées et des services de la défense en permettant aux personnels concernés de poursuivre leur activité, en leur garantissant l'application des statuts dont ils relèvent.

Bénéficiant d'une situation de quasi régie ou de gestion interne vis-à-vis du Ministère de la Défense et au sens de la jurisprudence communautaire, la SOFIRED pourrait, dans le contexte des externalisations, constituer des filiales avec d'autres sociétés privées afin d'exécuter les prestations externalisées au profit du Ministère de la Défense.

Le partenaire privé de la SOFIRED au sein de la filiale serait, pour sa part, choisi après une procédure de publicité et de mise en concurrence menée par le Ministère de la Défense ou l'un des établissements publics placés sous sa tutelle.

Dans ce schéma, le personnel du Ministère de la Défense est mis à la disposition de la SOFIRED, qui, à son tour, mettrait ce personnel à la disposition de la filiale commune créée avec l'attributaire retenu. La SOFIRED contribuerait à conforter la situation des personnels en facilitant leur gestion et en veillant au respect de l'ensemble des dispositions statutaires applicables au personnel. Le pacte d'actionariat assurerait à la SOFIRED ce rôle de « portage » des personnels mis à la disposition.

Le partenaire privé resterait responsable, au sein de la filiale, de l'exécution des prestations prévues au titre du contrat.

Toutefois, compte tenu du caractère innovant de cette formule et des réserves exprimées par le Conseil d'Etat dans son avis référencé n°383264 du 1er décembre 2009 à l'égard du mécanisme de "partenariat public privé institutionnel", il n'est pas envisagé, à ce jour, de recourir à ce dispositif pour les projets d'opérations d'externalisation.

<sup>36</sup> Avis n°383264 du 1er décembre 2009.

# ANNEXES

6.1	Textes de référence sur le statut des fonctionnaires .....	26
6.2	Les différents cas de transfert de personnels .....	27
6.3	Les différentes positions administratives .....	29
6.4	Comparaison des rémunérations .....	34
6.5	Déroulement de carrière dans la fonction publique .....	37
6.6	Les contractuels de droit public .....	39
6.7	Les modalités du dialogue social .....	41
6.8	Composition du groupe de travail .....	42
6.9	Liste des personnes auditionnées .....	43
6.10	Note de cadrage du groupe de travail « statut des personnels et changement de mode gestion » ...	44

# 6.1 TEXTES DE RÉFÉRENCE SUR LE STATUT DES FONCTIONNAIRES

Contrairement au secteur « privé » où la situation du salarié dépend d'un contrat, les agents des administrations de l'Etat, des collectivités territoriales et du secteur sanitaire et social public sont dans une situation statutaire, c'est à dire que leurs conditions de recrutement, de travail et de rémunération sont définies dans le cadre d'un "statut général". Placé dans une situation légale et réglementaire, il a des droits et obligations qui, considérés tous ensemble, constituent un statut, notion spécifique à la fonction publique. Le fonctionnaire bénéficie de bien plus qu'un contrat avec son employeur ou des avantages d'une convention collective.

Les quatre premières lois ci dessous forment les quatre titres du statut général des fonctionnaires. Le statut général des fonctionnaires, qui n'est pas codifié<sup>37</sup>, est mis à jour chaque année et publié par les journaux officiels. Certains articles, notamment ceux relatifs aux garanties, sont applicables aux agents non titulaires de droit public.

- Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, Loi dite Le Pors, modifiée ;
- Loi 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat modifiée ;
- Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale modifiée ;
- Loi n°86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière modifiée.

Il existe au demeurant de nombreux autres textes relatifs à des statuts dérogatoires<sup>38</sup>. Ils ne sont pas traités dans le cadre de ce document car les missions exercées ne peuvent pas être externalisées dans la mesure où elles correspondent au cœur de métier de la fonction publique.

Ce corpus législatif, en constante évolution, est complété par les textes réglementaires, décrets et arrêtés, fixant les conditions pratiques de mise en œuvre, et par les circulaires. Normalement ces dernières ne font qu'expliquer le droit. Toutefois certaines d'entre elles sont de niveau quasi réglementaire ou comportent des informations fondamentales<sup>39</sup>. Sous ce statut général qui fixe les principes communs du travail dans le service public, chaque "métier" de la fonction publique fait l'objet d'un "statut particulier" adopté par décret en Conseil d'Etat qui détermine sa place dans la hiérarchie,

les fonctions exercées par les fonctionnaires auquel il correspond ainsi que les modalités de recrutement et déroulement de carrière, de formation, de promotion et de mobilité au sein des corps ou cadres d'emplois. Les agents soumis au même statut sont dits former un "corps" (fonction publique d'Etat et hospitalière) ou un "cadre d'emploi" (fonction publique territoriale), l'organisation de la FPT permettant une plus grande souplesse.

Le statut général de la fonction publique est le résultat d'une construction par ajouts successifs sur le socle du statut de 1946. Ce texte, qui ne concernait que la fonction publique d'Etat, a institué une fonction publique de carrière structurée en corps, chaque corps étant rattaché à un ministère.

La création de la fonction publique territoriale a nécessité l'instauration d'un système différent afin de respecter la liberté d'organisation consentie aux collectivités. Au sein d'un cadre législatif et réglementaire général, les collectivités sont libres de définir leur pyramide d'emploi, leur régime indemnitaire. En outre, la fonction publique territoriale est une fonction publique de métiers, les agents relevant de cadres d'emplois. Cette organisation induit à la fois plus de souplesse [chaque collectivité a des marges de manœuvre] mais le grand nombre d'employeurs indépendants [les agents relèvent d'une collectivité territoriale précise] induit des disparités préjudiciables à la mobilité.

Enfin la fonction publique hospitalière est un peu un mélange des deux avec un certain niveau d'organisation centralisée et néanmoins une gestion des personnels par établissements hospitaliers.

Il en résulte que, pour une même question, les réponses peuvent sensiblement différer et que bien souvent il n'est pas possible d'élaborer une synthèse.

La multiplicité des textes applicables rend impossible un inventaire exhaustif et seuls les services de gestion des corps et cadres d'emplois sont susceptibles d'avoir une vision précise et à jour de l'état du droit, d'autant plus que sous l'effet de la RGPP on peut s'attendre à un besoin important de développements nouveaux au plan législatif comme au plan réglementaire [fusion des corps entre eux, besoin d'organiser le transfert des personnels vers les collectivités, etc.].

<sup>37</sup> Une ordonnance récente prévoit la codification, à droit constant, du statut de la fonction publique.

<sup>38</sup> celui des militaires, des magistrats de l'ordre judiciaire, des personnels de police, des personnels des services déconcentrés de l'administration pénitentiaire, celui de certains personnels de l'aviation civile ou ceux concernant des personnels d'enseignement supérieur et de recherche...

<sup>39</sup> par exemple, la circulaire du Ministre du Budget, des Comptes Publics et de la Fonction Publique, n°2165, du 25 juin 2008 qui comporte l'énumération des critères permettant de dire qu'un organisme est d'intérêt général ou celle n°2167 du 5 août 2008 qui précise la notion d'organisme contribuant à la mise en œuvre d'une politique de l'Etat.

## 6.2 LES DIFFÉRENTS CAS DE TRANSFERT DE PERSONNELS

(pour le détail des procédures concernant les fonctionnaires titulaires et les contractuels de droit public il convient de se reporter aux annexes 6.3 et 6.6)

	Application du L1224-1 et suivants possible ou existence d'une convention collective de branche prévoyant les transferts (cf. eau/assainissement - déchets) ou application volontaire	Pas d'application du L1224-1 et suivants, ni de convention collective ; impossibilité d'accord entre les parties.
<b>Public à privé</b>		
Agent titulaire		Accord préalable de l'agent et, le cas échéant, de la commission de déontologie pour une mise à disposition ou un détachement ; sinon reclassement, affectation en surnombre, mutation dans l'intérêt du service, utilisation de la panoplie d'encouragement à la mobilité instaurée par la loi du 3 août 2009 ou procédure de licenciement suite à une suppression du poste, notamment lorsqu'il s'agit d'emploi à temps partiel inférieur à un mi-temps. Possibilité, pour les titulaires de l'Etat, de démission volontaire avec perception d'une indemnité de départ volontaire.
Agents contractuels (art L1224-3-1)	Transfert du contrat pour les agents titulaires d'un contrat de droit privé (agents employés dans une régie à personnalité morale, contrats emploi-solidarité ou contrats emploi-jeune). Une autorisation préalable pour le transfert des représentants du personnel (art L2414-1 du code du travail) pourrait être nécessaire. Les contractuels de droit public doivent accepter un contrat de droit privé. S'ils ne l'acceptent pas, leur contrat prend fin de plein droit et c'est au repreneur de l'activité de les licencier en respectant les dispositions de droit public.	Licenciement possible par la personne publique puisque suppression de l'emploi. Sinon nouvelle affectation avec un nouveau contrat. En cas de départ volontaire, possibilité pour les contractuels de l'Etat en CDI de percevoir une indemnité de départ volontaire.
<b>Privé à privé</b>		
Salariés privés (art L1224-1)	Accord de l'inspection du travail nécessaire pour les salariés protégés ; conservation des fonctions de délégués du personnel jusqu'à nouvelles élections. Accord de chaque salarié nécessaire si application conventionnelle ou volontaire. Dans ce cas, son refus ne peut constituer la cause du licenciement, en revanche, les conséquences de ce refus le peuvent. Possibilité de licenciement économique après transfert (la reprise de l'entité économique n'est pas un motif de licenciement) et non garantie du maintien des avantages conventionnels au-delà de la première année.	Rupture négociée du contrat ou licenciement économique par l'employeur initial ou reclassement interne dans l'entreprise.

	Application du L1224-1 et suivants possible ou existence d'une convention collective de branche prévoyant les transferts (cf. eau/assainissement - déchets) ou application volontaire	Pas d'application du L1224-1 et suivants, ni de convention collective ; impossibilité d'accord entre les parties.
<b>Privé à privé</b>		
Agents titulaires de la fonction publique <i>(exceptés ceux se trouvant en disponibilité pour convenance personnelle qui sont dans la situation des salariés de droit privé)</i>		Si le nouvel employeur souhaite reemployer les agents, ceux-ci doivent être administrativement réintégrés puis, après respect de la procédure administrative, de nouveau mis à disposition ou détachés. Dans le cas contraire, les agents mis à disposition et les agents détachés dont l'arrêt de détachement est arrivé à terme sont réintégrés au sein de l'employeur initial, sans garantie de retrouver leur poste initial. En revanche, lorsque le changement intervient avant la fin du détachement, la réintégration peut ne se faire qu'au terme du contrat. Dans ce cas, l'agent reste rémunéré par l'entreprise auprès de laquelle il était détaché ou il perçoit des indemnités de Pôle Emploi, la cessation anticipée d'un détachement à l'initiative de l'organisme d'accueil étant assimilée à la rupture non fondée d'un CDD au plan juridique.
<b>Privé à public</b>		
Salariés privés <i>(art L.1224-3)</i>	Obligation de proposer un contrat de droit public (CDI ou CDD) mais sans précision de délai et en général difficultés pour maintenir la rémunération et surtout les avantages conventionnels. Si le salarié refuse le contrat de droit public qui lui est proposé son contrat « prend fin de plein droit » et la personne publique le licencie en appliquant les règles de droit privé. Toutefois le délai pour refuser le contrat n'est pas précisé.	Souvent la personne publique est soumise à des pressions locales fortes l'incitant à reprendre les salariés même en l'absence d'obligations légales. Toutefois, les possibilités de reprise par la personne publique dans le cadre d'une mise à disposition « entrante » ou via un recrutement en tant que contractuel de droit public sont limitées. En cas de non reprise, licenciement économique par l'employeur initial.
Agents titulaires de la fonction publique		Si la personne publique était l'employeur initial les agents mis à disposition ou en position de détachement sont réintégrés sinon ils peuvent être intégrés en son sein, dans le cadre d'un détachement ou d'une MAD (procédure administrative à respecter) entre services administratifs dès lors que la personne publique reprenneuse souhaite les conserver à son service et que les agents sont d'accord. Toutefois, si le changement d'employeur intervient avant la fin du détachement et si la collectivité n'a pas l'emploi de l'agent, la réintégration peut n'intervenir qu'au terme du contrat, la rémunération de l'agent restant à charge de l'entreprise auprès de laquelle il était détaché ou il perçoit des indemnités de Pôle Emploi, la cessation anticipée d'un détachement à l'initiative de l'organisme d'accueil étant assimilée à la rupture non fondée d'un CDD au plan juridique. Si la personne publique reprenneuse n'est pas l'employeur initial, la situation est identique mais c'est à la personne publique employeur initial de la gérer et la difficulté pour retrouver un emploi peut être accrue.

NB par convention dans ce tableau les « agents » sont titulaires de contrat de droit public et les « salariés » de contrat de droit privé.

# 6.3 LES DIFFÉRENTES POSITIONS ADMINISTRATIVES

Les différentes positions administratives trouvent leur origine dans le statut des fonctionnaires d'Etat. La mise à disposition a pour objet de permettre à un fonctionnaire d'Etat, qui est statutairement rattaché à un ministère, d'exercer ses missions dans un autre ministère que le sien. Pour lui permettre d'exercer dans un établissement public ou dans une association en charge de missions d'intérêt général, il peut recourir au détachement. Enfin, la disponibilité pour convenance personnelle lui permet d'exercer dans le privé.

Au fil du temps, notamment avec la création des deux autres fonctions publiques, le système s'est complexifié afin de prendre en compte les différentes situations. Si la MAD reste d'un emploi limité, surtout depuis la loi de 2007, le détachement, qui a vu tomber une à une ses limites, apparaît comme la meilleure solution pour l'agent, tout du moins tant que le droit au retour n'est pas officiellement remis en cause.

## 6.3.1 LA MISE À DISPOSITION (MAD)

Le fonctionnaire mis à disposition est en position d'activité auprès de son ministère, de sa collectivité ou de son établissement de santé d'origine.

La mise à disposition ne peut intervenir qu'avec l'accord de l'intéressé ; elle donne lieu à la passation d'une convention entre l'employeur et l'organisme d'accueil.

Le fonctionnaire restant en position d'activité, c'est son employeur initial qui conserve l'exercice de l'autorité et qui peut, le cas échéant, prononcer des sanctions.

### Pour les fonctions publiques d'Etat et territoriale :

La mise à disposition est réservée<sup>40</sup> aux organismes contribuant à la mise en œuvre d'une politique de l'Etat, des collectivités territoriales ou de leurs établissements publics administratifs, pour l'exercice des seules **missions de service public**<sup>41</sup> confiées à ces organismes.

La MAD peut s'effectuer au profit d'un organisme de droit privé, tel qu'une société d'économie mixte ou d'une entreprise qui se voit confier une délégation de service public, mais la MAD du fonctionnaire ne pourra être prononcée qu'à la condition que les fonctions confiées à l'agent s'inscrivent dans le cadre des activités liées au service public. Les missions de service public confiées au fonctionnaire doivent

être précisées dans la convention et tout changement, qui nécessite un avenant à la convention, devra être précédé de l'accord préalable de l'autorité administrative dont relève le fonctionnaire.

Dans le cas de MAD auprès d'un organisme de droit privé ou de tout organisme exerçant dans le secteur concurrentiel, l'avis de la commission de déontologie est requis si, au cours des trois années précédant la MAD, le fonctionnaire a été en relations professionnelles avec ladite entreprise où a été en position d'exercer un contrôle sur ses activités.

### Pour la fonction publique hospitalière :

Outre les dispositions ci-dessus, la loi précise, pour les agents de la fonction publique hospitalière, que la mise à disposition peut intervenir auprès des entreprises liées à l'établissement de santé employeur en vertu d'un contrat soumis au code des marchés publics, à l'ordonnance de juin 2004 sur les contrats de partenariat ou un contrat régi par l'article L8148-2 du code de la santé publique ou un contrat de délégation de service public.

<sup>40</sup> Il n'est pas traité ici des cas de mise à disposition entre les différentes fonctions publiques ou au sein d'établissements publics de l'Etat ou des collectivités territoriales.

<sup>41</sup> Ce sont des missions, définies par la loi ou exercées sous contrôle de l'administration et donnant lieu à prérogative de puissance publique ; d'une façon plus générale, ce sont les missions qui concourent à la définition ou à la mise en œuvre d'une politique publique. Par ailleurs, un faisceau d'indices (caractère d'intérêt général, conditions de création et de fonctionnement de la structure, obligations imposées et contrôle des objectifs) peut permettre de conclure que l'organisme est en charge de missions de service public.

### 6.3.3 LE DÉTACHEMENT

	Avantages	Inconvénients
Agent	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Reste rémunéré par son employeur d'origine</li> <li>- Conserve ses droits à l'avancement et à la retraite</li> <li>- Electeurs et éligibles pour les élections des membres du comité d'entreprise<sup>42</sup></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Conditions de rémunération non négociables</li> <li>- Modification des conditions de travail (horaires, congés, RTT) possible</li> <li>- Risque de ne pas retrouver un emploi identique à la fin de la période de mise à disposition</li> </ul>
Organisme d'accueil	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Durée de trois ans renouvelable (équivalent à un CDD)</li> <li>- Fixe les conditions de travail</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Mission cadrée par la convention</li> <li>- Tout supplément de rémunération doit être dûment justifié</li> <li>- Obligation de rembourser la rémunération et les cotisations sociales y afférentes</li> <li>- Pouvoir disciplinaire exercé par l'employeur d'origine</li> </ul>

A l'issue de la mise à disposition, le fonctionnaire qui ne peut être affecté aux fonctions qu'il occupait précédemment dans son service d'origine reçoit une affectation dans l'un des emplois que son grade lui donne vocation à occuper.

### 6.3.2 MISE À LA DISPOSITION

Cette position a été introduite par l'article 43 de la loi<sup>2009-972</sup> du 3 août 2009. Elle ne s'applique que **lorsqu'une activité du Ministère de la Défense est confiée par contrat à un organisme de droit privé**. Dans ce cas, les fonctionnaires, les ouvriers d'Etat, les agents non titulaires de droit public ou les militaires exerçant cette activité peuvent être mis à la disposition de l'organisme ou d'une société nationale ayant vocation à les mettre à disposition de sa filiale chargée de l'exécution du contrat.

**La mise à la disposition** diffère de **la mise à disposition** par le fait que le remboursement de la rémunération et des cotisations sociales y afférentes n'est que partiel (l'objectif est de permettre à l'organisme d'employer les agents au prix du marché).

Ce dispositif a été conçu de façon à répondre à un besoin très spécifique du Ministère de la Défense, il concerne un nombre important d'agents sous contrat qui bénéficient ainsi d'une phase de transition et d'une priorité pour une embauche dans une entreprise du secteur privé à la fin de leur contrat. En l'état actuel, ce dispositif ne peut être généralisé.

Le détachement est la position dans laquelle le fonctionnaire est placé hors de son corps, emploi ou cadre d'emploi d'origine mais continue à bénéficier en son sein de ses droits à l'avancement et à la retraite. Le détachement est prononcé, à la demande du fonctionnaire et après avis de la commission administrative paritaire, par arrêté du ministre, de la collectivité territoriale ou de l'établissement de santé dont il dépend. Il est révoqué à tout moment par l'une ou l'autre des parties mais cette révocation n'a pas pour effet de ramener les parties à l'état initial.

Le détachement peut être de courte durée (six mois) auquel cas il est non renouvelable et, à son terme, le fonctionnaire est automatiquement réintégré dans son emploi antérieur. La suite du développement concerne les détachements de longue durée, c'est-à-dire ceux pouvant atteindre 5 ans. Le double détachement (détachement dans une structure qui détache ensuite vers l'organisme d'accueil final) n'est pas possible<sup>43</sup>.

Pendant la durée du détachement, le fonctionnaire est soumis aux règles régissant la fonction qu'il exerce par l'effet de son détachement. En matière disciplinaire, les textes prévoient seulement la possibilité de fin anticipée du détachement pour faute commise dans l'exercice des fonctions.

Suivant que l'agent relève de la fonction publique d'Etat, territoriale ou hospitalière les conditions du détachement diffèrent. On peut noter que si initialement les possibilités de détachement étaient réservées aux structures exerçant une mission d'intérêt général, cette notion ne figure plus dans les modifications récentes applicables à la FPE et à la FPH alors qu'elles demeurent pour la FPT.

**Pour la FPE, le détachement peut être prononcé auprès :**

- d'une entreprise ou d'un organisme privé d'intérêt général<sup>44</sup> ou de caractère associatif assurant des missions d'intérêt général dès lors que la mission confiée au fonctionnaire concourt à l'exercice de l'intérêt général. La caractérisation de l'intérêt général s'effectue au cas par cas. Le fait qu'une société ait été nationalisée par le passé ne lui confère pas automatiquement le caractère d'intérêt général mais ce dernier a déjà été reconnu à des sociétés d'autoroute ou des sociétés de gestion de téléphérique ;
- d'une entreprise liée à l'administration dont il relève par un contrat soumis au code des marchés publics, un contrat soumis à l'ordonnance 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ou d'un contrat de délégation de service public, dès lors que ce contrat s'inscrit dans le cadre d'un transfert d'activité.

<sup>42</sup> Pendant le temps de leur mise à disposition, les fonctionnaires qui sont intégrés à la communauté des travailleurs de l'entreprise, peuvent se prévaloir de la qualité de salariés pour l'expression, au sein de celle-ci, des droits qui y sont attachés ; dès lors ils sont électeurs et éligibles pour les élections des membres du comité d'entreprise qui a vocation à prendre en compte les intérêts de tous les salariés quel que soit leur statut (CCass./CS 05-60119).

<sup>43</sup> On ne traite pas ici du cas particulier des fonctionnaires d'Etat détachés dans la FPT et par la suite détachés sur des postes fonctionnels en collectivité (DGA/DGS).

<sup>44</sup> Les critères permettant d'apprécier l'intérêt général sont multiples. Les organismes doivent contribuer à des actions qui sont rattachables à une politique publique dont la responsabilité incombe à l'Etat ou à une collectivité publique, en complément ou dans le prolongement des actions conduites directement par la puissance publique. Il convient également de prendre en compte un faisceau de critères relatifs au mode de fonctionnement de l'organisme et le cas échéant au niveau de tutelle auquel il est soumis.

**Pour la FPT, le détachement peut être prononcé auprès :**

- d'une entreprise privée assurant des missions d'intérêt général, notamment auprès d'une entreprise titulaire<sup>45</sup> d'un traité de concession, d'affermage, de gérance ou de régie intéressée d'un service public, 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 ;
- d'un organisme privé ou d'une association dont les activités favorisent ou complètent l'action 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.

**Pour la FPH, le détachement peut être prononcé auprès :**

- d'une entreprise ou d'un organisme privé assurant une mission d'intérêt général ;
- d'une entreprise liée à l'établissement par un contrat soumis au code des marchés publics, un contrat soumis à l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, un contrat régi par l'article L.6148-2 du code de la santé publique ou un contrat de délégation de service public.

	Avantages	Inconvénients
Agent	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Conserve ses droits à l'avancement et à la retraite</li> <li>- Est rémunéré par l'organisme de détachement suivant les règles qui y prévalent</li> <li>- Peut conserver le bénéfice des œuvres sociales de son employeur d'origine (ce dernier se fait rembourser par l'organisme d'accueil)</li> <li>- Possibilité de prime incitative pour encourager au détachement</li> <li>- Possibilité d'élection comme représentant du personnel, électeurs et éligibles au CHST</li> <li>- Peut bénéficier des prévoyances santé et invalidité décès de l'organisme d'accueil</li> <li>- Peut bénéficier de l'intéressement, de la participation, des plans d'épargne salariale (PEE, PERCO).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Risque d'obligation de mobilité fonctionnelle et /ou géographique à la fin du détachement (cf. infra)</li> <li>- Ne peut pas bénéficier des dispositifs de retraites complémentaires ou de fin de carrière</li> <li>- Exclusion du bénéfice des promotions internes ; évolution de carrière « moyenne »</li> <li>- Modification des conditions de travail (horaires, congés, RTT) possible</li> <li>- La rupture anticipée du contrat s'analyse comme un licenciement mais l'agent ne peut prétendre aux indemnités de licenciement ou aux dommages et intérêts, il peut juste bénéficier d'une indemnisation au titre du chômage si son employeur d'origine ne le réintègre pas immédiatement et si l'organisme d'accueil est dans l'impossibilité d'honorer son obligation de poursuite de la rémunération dans l'attente de la réintégration</li> <li>- En l'absence de prévoyance invalidité décès dans l'organisme d'accueil l'agent ne bénéficiera pas du dispositif de la fonction publique tant que la fin de son détachement ne sera pas prononcée</li> </ul>
Organisme d'accueil	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Durée de cinq ans renouvelable (équivalent à un CDD) sauf exception</li> <li>- Fixe les conditions de rémunération et de travail</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Mission cadrée par l'arrêté</li> <li>- Taux de cotisation pour la pension dissuasif (nécessité de continuer à cotiser au régime de la fonction publique)</li> <li>- Obligation de rembourser les dépenses encourues au titre des œuvres sociales par l'employeur d'origine</li> <li>- Si l'entreprise d'accueil met fin de façon anticipée au détachement, sans faute dans l'exercice des fonctions, elle doit continuer à rémunérer le fonctionnaire tant que l'employeur d'origine ne peut pas le réintégrer.</li> </ul>

Le détachement peut être renouvelé sur demande de l'agent dans les trois mois qui précèdent la fin du contrat, à défaut, il est réintégré d'office dans son corps ou cadre d'emploi excepté pour les fonctionnaires d'Etat détachés auprès d'une entreprise dans le cadre d'un marché, d'une délégation de service public ou d'un contrat de partenariat. Dans ce cas,

le détachement est tacitement renouvelé, sauf si opposition d'une des parties, et prend fin à échéance du contrat. Dans tous les cas, le fonctionnaire est réintégré de plein droit dans son corps d'origine et affecté à un emploi correspondant à son grade mais les conditions de réintégration diffèrent suivant l'employeur initial.

<sup>45</sup> Une jurisprudence récente CAA Lyon, 25 mars 2010, N°08LY01617 considère que rien ne s'oppose à un détachement auprès d'un organisme titulaire d'un marché public dès lors que ce marché confie à l'entreprise une mission d'intérêt général.



Pour les fonctionnaires d'Etat, à l'expiration du détachement, dans le cas où il n'est pas renouvelé par l'administration ou l'organisme d'accueil pour une raison autre qu'une faute commise dans l'exercice des fonctions, le fonctionnaire est réintégré immédiatement et au besoin en surnombre dans son corps d'origine et affecté à un emploi correspondant à son grade. Le surnombre ainsi créé devra être résorbé à la première vacance qui s'ouvrira dans le grade considéré. Le fonctionnaire a priorité pour être affecté au poste qu'il occupait avant son détachement. S'il refuse le poste qui lui est assigné il ne peut être nommé à un autre emploi que dans le cas où une vacance est ouverte.

Si le fonctionnaire demande à ce qu'il soit mis fin à son détachement avant le terme et que son administration ne peut le réintégrer, il est placé en disponibilité jusqu'à ce qu'intervienne sa réintégration à l'une des trois premières vacances dans son grade. Au troisième refus, il peut être licencié après avis de la commission administrative paritaire.

Pour les agents des collectivités territoriales, à l'expiration du détachement, le fonctionnaire est réintégré dans son cadre d'emploi et réaffecté à la première vacance ou création d'emploi correspondant à son grade relevant de sa collectivité ou de son établissement d'origine. Lorsque le fonctionnaire refuse l'emploi proposé il ne peut être nommé à l'emploi auquel il peut prétendre ou à un emploi équivalent que lorsqu'une vacance est ouverte ou un poste créé. En attendant, il est placé en disponibilité d'office pour une durée maximale de trois ans. La période de trois ans est prolongée de plein droit jusqu'à la présentation de la troisième proposition d'emploi.

Lorsqu'aucun poste n'est vacant, le fonctionnaire est maintenu en surnombre pendant un an dans sa collectivité d'origine. Si, au terme de ce délai, il ne peut être réintégré ou reclassé dans un emploi correspondant à son grade, il est pris en charge soit par le centre de gestion dont relève sa collectivité soit par le CNFPT. Il est prioritaire pour être affecté dans un emploi correspondant à son grade dans sa collectivité d'origine. La prise en charge cesse après trois refus d'offre d'emploi dont une émanant de la collectivité d'origine. Une décision de licenciement est alors prise après avis de la CAP. Si le fonctionnaire demande qu'il soit mis fin à son détachement avant le terme et que son administration d'origine ne peut pas le réintégrer, il est placé en disponibilité jusqu'à ce que sa réintégration intervienne ou au plus tard à la fin initialement prévue de son détachement. Il se retrouve alors dans un des cas évoqués ci-dessus.

Pour la fonction publique hospitalière, à l'expiration de son détachement, le fonctionnaire est réaffecté dans l'emploi qu'il occupait avant son détachement ou dans un autre emploi relevant du même établissement, que son grade lui donne vocation à occuper. Lorsque le fonctionnaire refuse l'emploi proposé, il est placé d'office en position de disponibilité jusqu'à sa réintégration. Il ne peut être nommé à l'emploi

auquel il peut prétendre ou à un emploi équivalent que lorsqu'une vacance de poste est budgétairement ouverte dans son établissement d'origine.

Lorsqu'à l'expiration de son détachement aucun emploi correspondant à son grade n'est vacant dans son établissement d'origine, le fonctionnaire est placé en disponibilité d'office et peut percevoir une indemnité au titre du chômage. L'autorité administrative compétente de l'Etat propose, dans un délai de un an, trois emplois, qui sont en principe situés, en fonction de la situation statutaire de l'agent, dans le département ou la région de l'établissement d'origine. Si l'agent les refuse, il peut être licencié après avis de la commission administrative paritaire.

Si le fonctionnaire demande qu'il soit mis fin à son détachement avant le terme et que son administration d'origine ne peut pas le réintégrer, il est placé en disponibilité jusqu'à ce que sa réintégration intervienne ou au plus tard à la fin initialement prévue de son détachement. Il se retrouve alors dans le cas évoqués ci-dessus.

### 6.3.4 LA DISPONIBILITÉ

Le fonctionnaire peut demander à bénéficier d'une disponibilité pour convenance personnelle. Dans ce cas, il cesse de bénéficier de ses droits à l'avancement et à la retraite. La disponibilité pour convenance personnelle peut être accordée, après avis de la commission administrative paritaire pour une durée maximale de trois ans, renouvelable, sans pouvoir excéder une durée totale de dix ans dans toute la carrière. Pendant la durée de la disponibilité, l'adéquation entre l'activité du fonctionnaire et sa position est contrôlée par l'Etat ou la collectivité territoriale, dans la fonction publique hospitalière c'est à l'agent d'en apporter la preuve.

	Avantages	Inconvénients
Agent	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Peut demander sa réintégration si son nouvel emploi ne lui donne pas satisfaction</li> <li>- Bénéficie de tous les avantages d'un contrat de travail de droit privé</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Perte des droits à l'avancement et à la retraite pendant la durée de sa disponibilité</li> <li>- Limitée à dix années dans toute la carrière administrative, au-delà l'agent doit démissionner de la fonction publique</li> <li>- Risque non négligeable d'avoir des difficultés à retrouver un poste qui corresponde à ses attentes, voire risque d'être placé en disponibilité d'office puis licencié</li> <li>- Possibilité réduite de réintégration avant terme</li> </ul>
Organisme d'accueil	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Durée de trois ans renouvelable (équivalent à un CDD)</li> </ul>	

Les conditions de réintégration diffèrent suivant la fonction publique d'appartenance :

- **dans la fonction publique d'Etat**, la réintégration est de droit au terme de la période de disponibilité. L'une des trois premières vacances de son grade doit être proposée au fonctionnaire ; s'il refuse successivement trois postes qui lui sont proposés, il peut être licencié après avis de la commission administrative paritaire. Si l'intéressé demande sa réintégration avant le terme, il est maintenu en disponibilité jusqu'à ce qu'on lui propose trois postes ;
- **dans la fonction publique territoriale**, la réintégration est subordonnée à la vérification, par un médecin agréé, de l'aptitude physique du fonctionnaire à l'exercice des fonctions afférentes à son grade. Si la disponibilité a duré moins de trois ans, une des trois premières vacances dans la collectivité ou l'établissement d'origine doit être proposée au fonctionnaire. Sinon, à l'issue de la période de disponibilité, le fonctionnaire qui refuse successivement trois postes qui lui sont proposés dans le ressort territorial de son cadre d'emploi, emploi ou corps, en vue de sa réintégration, peut être licencié après avis de la commission administrative paritaire. Si l'intéressé demande sa réintégration avant le terme, il est maintenu en disponibilité jusqu'à ce qu'on lui propose trois postes ;
- **dans la fonction publique hospitalière**, si l'agent ne demande pas le renouvellement de sa disponibilité ou sa réintégration deux mois avant le terme de cette dernière, il est rayé des cadres à l'expiration. Suite à sa demande, si la durée de la disponibilité est inférieure à trois ans, la réintégration est de droit à la première vacance ; si l'agent refuse le poste il est maintenu en disponibilité. Si la réintégration n'est pas possible faute de poste vacant, le fonctionnaire est maintenu en disponibilité jusqu'à sa réintégration et au plus tard jusqu'à ce que trois postes lui aient été proposés. Le fonctionnaire qui refuse successivement trois postes qui lui sont proposés en vue de sa réintégration peut être licencié après avis de la commission administrative paritaire.

### 6.3.5 LA POSITION HORS-CADRE

La position hors cadre n'est citée ici que pour mémoire puisqu'elle ne peut concerner que des fonctionnaires remplissant les conditions pour être détachés auprès d'administration ou d'entreprises publiques dans un emploi ne conduisant pas à pension du régime général des retraites ou pour être détachés auprès d'organismes internationaux.

### 6.3.6 AGENTS INVOLONTAIREMENT PRIVÉS D'EMPLOI

C'est une situation nouvelle qui ne correspond pas à une situation statutaire mais qui peut concerner les agents mis en disponibilité d'office à l'issue d'une disponibilité ou d'un détachement qui a connu un terme anticipé. Une circulaire<sup>46</sup> précise dans quelles conditions un fonctionnaire, involontairement privé de son emploi, notamment du fait de l'impossibilité de réintégration, peut bénéficier de l'indemnisation de son chômage. Tous les cas de mise en disponibilité d'office et de licenciement évoqués dans le présent rapport ouvrent droit à l'indemnisation du chômage. Si le dernier employeur est public c'est à lui, en vertu du principe d'auto-assurance, de pourvoir au financement de cette indemnisation.

<sup>46</sup> Circulaire DGEFP/DGAFP/DGCL/DGOS/Direction du budget du 21 février 2011 relative à l'indemnisation du chômage des agents du secteur public.

## 6.4 COMPARAISON DES RÉMUNÉRATIONS

Les modes de rémunération du secteur public et du secteur privé sont difficilement comparables du fait notamment que les cotisations salariales diffèrent par leur nature et par leur taux. Sur un plan opérationnel, la comparaison ne peut se faire que sur le salaire net en réintégrant, le cas échéant, les avantages en nature. Toute comparaison est naturellement sujette à caution mais malgré le caractère artificiel du tableau qui suit, qui ne saurait prétendre à traiter tous les cas de figure, il semble important d'attirer l'attention sur les principales différences, de façon à permettre aux agents concernés de mieux comprendre comment sont calculées les rémunérations dans les deux cas.

La rémunération des fonctionnaires est structurée suivant quatre axes :

- le premier, de nature égalitaire, fondé sur le point d'indice ;
- le deuxième lié aux fonctions exercées, objectivé au regard d'un grade et d'un échelon ;
- le troisième représentant la part « individuelle » de l'agent ;
- le quatrième censé traduire la performance « collective »<sup>47</sup>.

Si on s'en tient aux éléments substantiels du contrat on arrive au tableau synthétique suivant :

	Agent public			Salarié privé	
	Rémunération	Charges salariales		Rémunération	Charges salariales
Traitement indiciaire brut	T		Salaire	S	
Indemnité de résidence	0 à 3 % de T		Heures supplémentaires	HS	
Supplément familial	Proportionnel à T et fonction du nombre d'enfants à charge au sens des prestations familiales		Primes et avantages en nature <sup>48</sup>	P	
Indemnités et primes statutaires <sup>49</sup>	P (les IHTS correspondent aux HS)				
Rémunération brute	Total de ce qui précède (RB)		Rémunération brute	Total de ce qui précède (RB)	
Maladie		seul l'État cotise	Maladie		0,75 % de RB
Retenue pour pension		8.12 <sup>50</sup> % de T	Retenue vieillesse		6,75 % de RB
Retraite additionnelle de fonction publique		≤ 1% de T	Retraites complémentaires et APEC		Fonction du statut cadre ou non et de la caisse à laquelle l'entreprise cotise ± 5% de RB

<sup>47</sup> A partir de fin 2010 un dispositif d'intéressement collectif devrait être mis en place dans la fonction publique. Il consistera en une indemnité attribuée uniformément à tous les agents, en fonction d'objectifs communs préalablement fixés.

<sup>48</sup> Voiture de fonction utilisable à titre personnel, forfait de téléphonie mobile,...

<sup>49</sup> En application de la loi du 5 juillet 2010, les différentes primes devaient être progressivement remplacées par une seule, dite de fonction et de résultats, comportant deux parts :  
 - une part tenant compte des responsabilités, du niveau d'expertise et des sujétions liées aux fonctions exercées ;  
 - une part, tenant compte des résultats de la procédure d'évaluation individuelle et de la manière de servir qui fait l'objet d'une réévaluation annuelle.

<sup>50</sup> Valeur pour 2011, évolution régulière jusqu'à 10.55% en 2020.

Agent public			Salarié privé		
	Rémunération	Charges salariales		Rémunération	Charges salariales
Contribution de solidarité		1% de RB, retenues pour pension et RAFP déduites	Chômage		2.4 % de RB
			AGFF		0.8 % de RB
CSG non déductible		5.1 % de 97 % de RB	CSG non déductible		5.1 % de 97 % de RB
CSG déductible		2.4 % de 97% de RB	CSG déductible		2.4 % de 97% de RB
CRDS		0.5 % de 97% de RB	CRDS		0.5 % de 97% de RB
Remboursement transport	50 % du coût du transport		Remboursement transport	50 % du coût du transport	

Ce tableau permet de voir que pour une même rémunération brute, le salarié du privé versera 23.5 % de charges sociales (par rapport à son salaire brut) alors que l'agent du public, si on fait l'hypothèse que T représente 75 % de SB, versera 15 % de charges sociales (même dans le cas où  $T=SB$  le taux de prélèvement de charges salariales reste inférieur à 18 %).

Depuis 2008, les fonctionnaires bénéficient d'une indemnité, dite garantie individuelle de pouvoir d'achat (GIPA<sup>51</sup>). Elle compare, pour chaque agent, l'évolution de son traitement indiciaire brut au cours de la période de référence de 4 ans avec celle de l'indice des prix à la consommation. Si l'évolution du salaire est défavorable, l'indemnité compense la perte de pouvoir d'achat constatée. Cette garantie a été instaurée pour garantir le pouvoir d'achat des catégories C et D ; elle pourrait s'appliquer aux agents maintenus longtemps à l'échelon terminal de leur grade sur une période sans revalorisation de la valeur du point de la fonction publique.

Toutefois, la rémunération des salariés d'une entreprise n'est pas le seul fait des éléments contractuels déductions faites des obligations en matière de cotisations salariales. Il faut prendre en compte tout ce qui relève des éléments conventionnels, c'est à dire liés à la convention de branche ou à la convention d'entreprise.

**Le tableau qui suit établit une comparaison entre les situations dans le secteur public et le secteur privé :**

	Fonction publique	Secteur privé
Mutuelle santé	Possibilité de prise en charge de tout ou partie de la cotisation dans la fonction publique territoriale.	Possibilité de prise en charge de tout ou partie de la cotisation.
Prévoyance invalidité-décès	Le statut de la fonction publique prévoit les différentes situations mais les garanties sont en général inférieures à celle des systèmes privés. Dans la fonction publique territoriale possibilité de souscrire ces prévoyances.	Possibilité de prise en charge de toute ou partie d'une assurance invalidité décès.
Indemnité repas	Si l'accès à un restaurant administratif n'est pas possible, pas d'indemnité.	En général, restaurant d'entreprise ou tickets restaurant.
Prestations sociales	Elles concernent la restauration, l'enfance, les loisirs, le logement, l'aide spécifique en cas de situation difficile. Elles sont gérées par des associations à but non lucratif (Etat) ou le comité des œuvres sociales (collectivités territoriales) mais il y a obligatoirement participation du bénéficiaire aux dépenses engagées. Pour la fonction publique territoriale, c'est chaque collectivité qui définit les modalités de mise en œuvre.	Comité d'entreprise (en général, prestations plus étendues que dans le public, notamment en matière de prise en charge de certains frais de voyage).  1% logement.
Formation continue	Sur le principe, peu de différence, le droit à la formation continue tout au long de la vie est inscrit dans les statuts de la fonction publique. Dans les faits, le dispositif de formation professionnelle continue de la fonction publique pourrait être perfectionné.	
Congés, RTT	5 semaines de congés et 19 jours de RTT ; dispositif de compte épargne temps et de rachat des jours de RTT.	5 semaines de congés mais en général un nombre de RTT plus restreint. Compte épargne temps et rachat des jours de RTT.

<sup>51</sup> Décret 2008-539 du 6 juin 2008

Pour comprendre comment est élaborée la rémunération d'un fonctionnaire, il convient de consulter le site [www.fonction-publique.gouv.fr](http://www.fonction-publique.gouv.fr) qui fournit une information de base synthétique.

**Autres éléments ne constituant pas la rémunération :**

Dans le secteur privé, en particulier dans les grands groupes même si certaines PME-PMI sont également concernées, il existe plusieurs dispositifs visant à inciter les salariés à s'investir dans la réussite de leur entreprise (intéressement, participation), à épargner (plan d'épargne salariale, PEE) ou à préparer leur retraite (plan d'épargne entreprise - PEE, plan épargne retraite collectif - PERCO) ; en outre les employeurs privés sont également incités à accompagner les efforts d'épargne de leurs employés via des possibilités d'abondement des PEE et PERCO. Tous ces éléments qui ne constituent pas des rémunérations au sens légal et qui, de ce fait, sont soumis à des régimes fiscaux et sociaux spéci-

ifiques, se traduisent néanmoins in fine pour les personnels par un gain financier. Les agents en position de détachement ou de disponibilité peuvent en bénéficier sans restriction. En revanche les agents mis à disposition n'étant pas salariés de l'entreprise d'accueil, ils en sont exclus.

Les entreprises du secteur privé ont également la possibilité de mettre en place des dispositifs de retraite supplémentaires (retraite chapeau, indemnité de fin de carrière) qui permettent aux salariés de bénéficier d'un complément de revenus à compter de leur départ à la retraite. Il convient de noter que les agents mis à disposition ou détachés, qui conservent leur droit à pension du secteur public, sont exclus de ces dispositifs sous peine de perdre le bénéfice de leur régime.

# 6.5 DÉROULEMENT DE CARRIÈRE

## DANS LA FONCTION PUBLIQUE

Le recrutement des fonctionnaires s'opère par voie de concours, sauf dérogation prévue par la loi (par exemple les emplois réservés) et pour les emplois de catégories C de la FPT.

Lors de son recrutement, chaque fonctionnaire est rattaché à un corps ou à un cadre d'emploi.

Les corps et cadre d'emploi<sup>52</sup> sont composés de grades. Le grade est un titre qui confère à son titulaire vocation à occuper un des emplois qui lui correspondent. Le grade est donc distinct de l'emploi.

### Le changement de grade peut résulter :

- d'un avancement au choix en fonction de la valeur professionnelle de l'agent et de ses acquis professionnels avec inscription au tableau ;
- d'un examen professionnel suivi d'une inscription au tableau d'avancement ;
- d'un concours professionnel.

En cas de changement de grade, il y a obligation de mobilité faute de quoi l'intéressé est radié du tableau. Toutefois, la mobilité n'est pas obligatoirement géographique elle peut se limiter à une mobilité fonctionnelle au sein de la structure d'emploi.

Les grades sont de plus découpés en échelons.

Le changement d'échelon s'effectue de façon continue. Il est lié à l'ancienneté et à la valeur professionnelle (possibilité d'avancement accéléré pour les éléments brillants). Le changement d'échelon n'implique pas une mobilité professionnelle.

Les corps et cadres d'emploi sont classés par catégories (technique, administrative,...) et par niveau (le niveau s'apprécie au regard des conditions de recrutement ou de la nature des missions exercées). Les dispositions législatives récentes visent à permettre une mobilité facilitée entre corps et cadres d'emploi de même catégorie et de niveau comparable.

A tout moment, le fonctionnaire peut démissionner. Cette

démission peut s'accompagner de la perception d'une **indemnité de départ volontaire** lorsque l'agent souhaite quitter l'administration pour mener à bien un projet personnel, pour créer une entreprise ou dont le service est concerné par une mesure de restructuration dès lors que la demande de démission est acceptée par l'administration. Le montant de l'indemnité peut-être modulée en fonction de l'ancienneté de l'agent et elle ne peut excéder deux années de revenus. Cette possibilité n'est toutefois pas ouverte aux agents qui se trouvent à moins de cinq ans de l'âge d'ouverture de leurs droits à pension. Au cas où au cours des cinq années consécutives à sa démission l'agent serait réintégré, en tant que titulaire ou contractuel, dans la fonction publique d'Etat ou territoriale, il devra rembourser dans un délai de trois ans le montant de l'indemnité perçue.

La révocation peut être prononcée dans le cadre d'une procédure disciplinaire.

Les textes prévoient de façon exhaustive les possibilités de licenciement (pour insuffisance professionnelle, abandon de poste, suite à refus réitéré d'affectation ou suite à suppression de l'emploi).

Tant que la carrière se déroule dans un seul corps ou cadre d'emploi, il est relativement facile d'en prédire l'évolution. Dès lors que l'agent a la possibilité de se faire mettre à disposition ou de se faire détacher et que la RGPP modifie profondément le paysage administratif, notamment en fusionnant les corps et cadres d'emploi ou en opérant des transferts entre les différentes fonctions publiques, il n'existe plus de garantie quant au déroulement de carrière.

En théorie, le changement de grade s'accompagne d'un changement de fonction avec en principe un accroissement de la responsabilité. Toutefois, même si l'intérêt des fonctions confiées est un point essentiel, la rémunération ne doit pas être passée sous silence. Les modalités d'évolution de la rémunération d'un fonctionnaire tout au long de sa carrière sont assez prévisibles.

Au sein d'un grade, la progression entre échelon est relativement automatique même si la façon de servir de l'agent peut

<sup>52</sup> Voir la définition à l'annexe 6.1.

conduire à l'attribution de bonification permettant un avancement accéléré ou de pénalités retardant le changement d'échelon. Pendant toute cette période, la rémunération de l'agent évolue en fonction de la valeur du point d'indice mais surtout parce que son indice augmente régulièrement. En revanche, lorsque l'agent a atteint l'échelon terminal de son grade, la promotion au grade suivant peut être impossible (cas des agents qui ont atteint l'échelon terminal du dernier grade de leur corps ou cadre d'emploi) ou avoir lieu après une attente certaine. Pendant cette période, la rémunération de l'agent n'augmente que du fait de l'évolution de la valeur du point, lorsque celle-ci est gelée, le dispositif de la garantie individuelle de pouvoir d'achat (GIPA) qui assure un maintien du pouvoir d'achat s'active.

Les profils de rémunération entre les secteurs publics et privés sont assez différents. Pour les agents de catégorie C, notamment les ouvriers de l'Etat dont les progressions d'échelon sont rapides, ils atteignent relativement jeunes leur rémunération maximale, cette rémunération étant supérieure à celle qu'ils auraient à qualification et responsabilités égales dans le privé. De même, les rémunérations des jeunes cadres A+ de la fonction publique sont supérieures aux rémunérations d'embauche dans le privé mais, après une dizaine d'années, les courbes s'inversent dès lors que le salarié prend les responsabilités qui sont les siennes. Ces différentiels de rémunération peuvent constituer un frein à la mobilité des agents et il faut veiller à en tenir compte dans les négociations.

## 6.6 LES CONTRACTUELS DE DROIT PUBLIC

Il ne sera pas traité ici des conditions de recours à des contractuels pour pallier à l'absence de titulaires, pour occuper des emplois permanents mais des conséquences de l'application de l'article L1224-3 du code du travail, qui prévoit que lorsqu'une entité économique employant des salariés de droit privé est, par transfert de cette entité, reprise par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif, ces salariés doivent se voir proposer un contrat de droit public.

Le contrat doit être un CDD ou un CDI en fonction du type de contrat dont disposait le salarié. Ce contrat doit reprendre les éléments substantiels du contrat de droit privé, dès lors que ces dispositions ne contreviennent pas aux règles, notamment de rémunération, qui prévalent dans la fonction publique, afin de préserver l'égalité de traitement entre les salariés intégrés et les autres agents de la personne publique. On doit donc concilier deux impératifs contradictoires : le maintien des droits du salarié et **l'égalité de traitement avec les autres agents publics**. Ces contrats sont soumis à l'accord du contrôleur financier (FPE).

Lorsque les agents sont recrutés en application de l'article L1224-3-1 du code du travail, les services effectués auprès de l'employeur précédent sont assimilés, pour l'ouverture des différents droits afférents, à des services accomplis auprès de la personne publique concernée.

Les agents contractuels doivent avoir un contrat écrit qui leur garantit la même protection sociale que les titulaires à l'exception de l'assurance maladie et de l'assurance vieillesse. Ils dépendent des caisses primaires d'assurance maladie pour les prestations maladie et vieillesse et, dès lors que le contrat a une durée de plus d'un an, c'est l'employeur qui prend en charge les accidents du travail et les maladies professionnelles. En cas de congés pour longue maladie, l'employeur accorde les mêmes garanties de rémunération que pour les titulaires, les versements de la CPAM venant en déduction.

En ce qui concerne la rémunération, il ressort de la jurisprudence administrative<sup>53</sup>, en l'absence de textes applicables, qu'elle doit être fixée par référence à celle que percevait un

fonctionnaire qui assurerait les mêmes fonctions à niveaux de qualification et d'expérience professionnelle équivalents. Toutefois, cette rémunération peut s'affranchir de toute référence à un indice de la fonction publique et aux évolutions des traitements des fonctionnaires et correspondre à un montant global et forfaitaire.

Pour les agents recrutés en CDD, leur rémunération ne peut être révisée qu'à l'occasion du renouvellement du contrat, sauf stipulation contractuelle expresse précisant les éventuelles conditions d'évolution de cette rémunération en cours de contrat. Pour les agents recrutés en CDI, la réévaluation de la rémunération a lieu tous les trois ans au vu du résultat d'un entretien d'évaluation.

En fin de CDD, il n'est pas prévu d'indemnité de fin de contrat ou d'indemnité de précarité.

En revanche, lorsqu'un agent a été employé pendant six ans en CDD sur une même fonction correspondant à un emploi permanent, il doit lui être proposé un CDI.

Le problème n'est pas tant dans la conclusion du contrat que dans sa gestion dans le temps. Afin de combler cette carence, un projet de loi traitant du déroulement de la carrière des agents contractuels de droit public est en cours d'examen. L'objectif est d'assurer un déroulement de carrière sans en passer par le système ancien des vagues de titularisation. Au demeurant, au cours des dernières années, un certain nombre de dispositions ont été adoptées.

Les agents contractuels peuvent demander à bénéficier d'un **emploi à temps partiel** et à bénéficier d'un dispositif de **cessation progressive d'activité**. Ils bénéficient également de **droits à congés** pour raison familiale et pour la **création d'entreprise**.

En cas de licenciement pour une raison autre que disciplinaire, l'agent peut percevoir une indemnité de licenciement dont les modalités de calculs sont fixées par voie réglementaire. La suppression de la mission est une cause de licenciement. Des arrêts récents de la cour administrative d'appel de Marseille<sup>54</sup> tendent à conférer au titulaire d'un CDI de droit

<sup>53</sup> CE, n°299307 du 21 mai 2007.

<sup>54</sup> CCA Marseille N°08MA01641, 30 mars 2010 ; n°08MA04753, 19 mars 2010.



public une protection vis-à-vis du licenciement. Au vu de ces arrêts, le licenciement ne peut être motivé par le fait que le poste soit supprimé pour le pourvoir par un agent titulaire et il ne peut intervenir que si le reclassement de l'agent en CDI s'avère impossible ou a été refusé par ce dernier.

La mobilité des agents contractuels est réduite, néanmoins :

- Ils peuvent être **mis à disposition** dans des conditions sensiblement identiques à celles des titulaires<sup>55</sup> pour les agents contractuels de l'Etat et des établissements hospitaliers mais uniquement auprès de collectivités territoriales et établissements publics administratifs pour ceux de la fonction publique territoriale. A l'issue de la mise à disposition, ils sont repris sur leur poste initial ou réemployés sur un emploi ou une occupation similaire assortie d'une rémunération équivalente, dès lors qu'ils sont titulaires d'un CDI ou d'un CDD non échu.
- Les textes prévoient également le **congé de mobilité**, décalque du détachement, pour une durée de trois ans renouvelable une fois mais valable uniquement lorsque l'agent est recruté par une autre personne morale de droit public qui ne peut le recruter initialement que pour une durée déterminée. En fin de congé de mobilité, si l'agent ne manifeste pas expressément son souhait de réemploi, il est présumé renoncer à son emploi et ne peut percevoir aucune indemnité.
- Les agents contractuels peuvent également, sous certaines conditions d'ancienneté, bénéficier d'un **congé sans rémunération** pour convenance personnelle (équivalent de la disponibilité pour les titulaires) pour une durée maximale de trois ans renouvelables dans la limite d'une durée maximale de six années pour l'ensemble des contrats successifs.

Par ailleurs, le recrutement direct en CDI étant en général exclu, tout changement d'employeur impose la signature d'un nouveau contrat et fait perdre le bénéfice du CDI, excepté via le système du congé de mobilité, le renouvellement du deuxième contrat ne pouvant se faire que via un CDI puisque le terme de six ans a été atteint, ce qui constitue un frein certain à la mobilité. Il convient de noter que le recrutement sur un nouvel emploi au sein de la même collectivité peut donner lieu à la conclusion directe d'un CDI si l'agent en détenait déjà un, dès lors que les nouvelles fonctions définies au contrat sont de même nature que celles exercées précédemment.

Les agents contractuels de l'Etat en CDI conservent la possibilité de démissionner en percevant **une indemnité de départ volontaire** dans des conditions similaires à celles prévalant pour les titulaires.

<sup>55</sup> Dans la mesure où il n'est traité ici que des mobilités entre les secteurs public et privé.

## 6.7 LES MODALITÉS DU DIALOGUE SOCIAL

	Public		Privé
Comité technique	Membres élus : listes portées par les syndicats Présidence : l'autorité administrative	Comité d'entreprise (obligatoire dans les entreprises de plus de 50 salariés)	Présidence : la direction Membres élus : Représentants syndicaux Gestion des œuvres sociales
Commission paritaire administrative	Gestion des situations individuelle, promotion, avancement Possibilité de siéger en formation conseil de discipline Représentants des personnels élus		Délégués syndicaux
Comité des œuvres sociales	Souvent sous forme associative		Un budget à part du comité d'entreprise qui n'a pas forcément cette compétence

Les évolutions récentes<sup>56</sup> tendent à instaurer dans la fonction publique les modalités d'organisation du dialogue social qui prévalent dans le privé.

Les comités techniques ne sont plus paritaires et leurs compétences sont désormais très proches de celles du comité d'entreprise.

Les commissions administratives paritaires, qui ont vocation à traiter des questions relatives aux carrières individuelles, n'ont pas leur équivalent dans le privé. Toutefois, on peut considérer que leurs missions sont partiellement exercées par les délégués syndicaux, du moins en ce qui concerne la négociation d'avantages catégoriels et l'accompagnement des salariés, en cas de conflit avec la hiérarchie ou de problèmes disciplinaires.

<sup>56</sup> Loi du 5 juillet 2010.

## 6.8 COMPOSITION DU GROUPE DE TRAVAIL

### Président :

Gilles **LE CHATELIER**, Conseiller d'Etat en disponibilité  
Avocat associé au cabinet ADAMAS

### Membres :

Nathalie **FOURNEAU**, Chargée de mission AMF  
Hervé **DEROUBAIX**, Célégué des personnels, Veolia eau  
David **SARTHOU**, Ministère de la Défense, chargé des questions de personnels à la mission PPP  
Alain **TEDALDI**, Délégué Général, Institut Esprit Service  
Robert **STAKOWSKI**, Directeur de projet senior, Mission d'appui à la réalisation des partenariats public privé  
Anoly **SAYPHARATH**, Avocate, cabinet Mayer Brown  
Marie-Christine **CLARY**, Chargée de mission, DGAFP, bureau du statut général et du dialogue social  
Geoffroy **ADAMCZYK**, Chargé de mission, AMF  
Jean-Pascal **BIARD**, Ministère de l'Intérieur, DGCL,  
adjoint au sous directeur des élus locaux et de la fonction publique territoriale,

### Rapporteur :

Françoise **LAVARDE**, Délégué général adjoint, IGD

## 6.9 LISTE DES PERSONNES AUDITIONNÉES

Philippe **GENOUX**, Responsable de la mission PPP au Ministère de la Défense  
Martine **GUSTIN-FALL**, Secrétaire Générale de l'INSEP  
Françoise **LIOTET**, Chargée de la sous direction des ressources humaines au Ministère de la santé et des sports  
Stéphane **COUDERT**, Directeur général adjoint des services de Lille Métropole  
Christiane **DEMONTES**, Sénatrice, Maire de Saint Fons (69)  
Bernard **COLLONGES**, Directeur général des services de la ville de Saint-Fons  
Alain **ARNAUD**, Chef de projet pour l'accompagnement des projets immobiliers des établissements hospitaliers, ANAP  
Jean-Pierre **SOUZY**, Directeur mission service, EADS  
Isabelle **BAILLY-ETIENNE**, Directeur juridique, département droit public des affaires, France Télécom  
Muriel **CHARBONNIER**, Directrice grands comptes, gouvernement et institutions, Orange Business Services  
Luc de **MUIZON**, Directeur du pôle commercial, défense, affaires étrangères, Otan, Orange Business service  
Marie-Odile **CRINON**, délégué du président, Directeur du secteur défense , IBM France  
François **SCHROEDT-GIRARD**, Consultant ressources humaines, IBM France  
Pierre **MAGGIONI**, directeur du MiPih  
André **MAESTRACI**, Délégué syndical CFDT  
Emmanuel **GROS**, Syndicat national des secrétaires généraux et directeurs de services des collectivités territoriales  
Marie-Fanny **PAUL**, Chargée de l'ingénierie sociale à la direction des ressources humaines, Dalkia  
Christian **HAVARD**, Directeur des Ressources humaines adjoint, Dalkia  
Didier **ROUX-DESSARPS**, Directeur commercial Industrie-tertiaire, Dalkia  
Pascal **GUERINET**, Directeur des ressources humaines, Avenance/Elior

# 6.10 NOTE DE CADRAGE DU GROUPE DE TRAVAIL

## « STATUT DES PERSONNELS ET CHANGEMENT DE MODE GESTION »

La modification du mode de gestion d'un service ou d'un ouvrage public a nécessairement des effets sur les personnels qui sont amenés à participer à leur fonctionnement. En particulier, la question de leur statut peut constituer un obstacle aux évolutions dans le choix des modes de gestion, venant ainsi contrarier l'objectif de réversibilité que s'était fixé la Charte des services publics locaux signée en 2002 par les Présidents de l'IGD, de l'AMF, de l'ADF et de l'ARF. Le groupe de travail présidé par Christian Babusiaux (« Quelle compétition pour l'amélioration du service public ? ») avait ainsi insisté sur la nécessité de neutraliser les effets du changement des conditions d'emploi des personnels en cas de changement de mode de gestion.

En octobre 2007, l'IGD a publié les résultats d'un premier groupe de travail, présidé par Gilles Le Chatelier, portant uniquement sur la question des effets sur la situation des personnels d'une transition entre gestion en régie et délégation de service public et inversement. Même si plusieurs évolutions législatives sont intervenues depuis l'adoption de ce rapport (et en particulier la loi n°2007-148 du 2 février 2007 avec ses textes d'application), l'essentiel de l'analyse juridique à laquelle il procédait reste valide s'agissant du transfert de personnels sous statut public vers un employeur privé (et réciproquement).

En revanche, à l'heure où le Gouvernement a entrepris diverses démarches visant à promouvoir et développer les partenariats public-privé (notamment par les modifications successives apportées au régime du contrat de partenariat), il apparaît aujourd'hui intéressant de reprendre la réflexion engagée en 2007 pour l'adapter à l'ensemble des situations contractuelles susceptibles d'impliquer le transfert de personnels publics vers un exploitant privé (contrat de partenariat, marché public, montages domaniaux complexes). L'ensemble de ces montages, outre les caractéristiques propres des opérations dont ils constituent le support, ont souvent en propre de conduire à des situations où peuvent être amenés à cohabiter durablement des personnels régis par des statuts différents.

Dans ces conditions, il est apparu intéressant de poursuivre et compléter l'analyse conduite en 2007, en l'élargissant à l'ensemble des situations contractuelles relevant des partenariats public-privé. A cet effet, un nouveau groupe de travail sera constitué sous l'égide de l'IGD. Ce groupe regrouperait des représentants de l'ensemble des acteurs concernés par cette problématique : représentants des ministères les plus concernés par ces problématiques, représentants des collectivités territoriales et du secteur hospitalier, représentants des organisations patronales et syndicales, représentants des opérateurs privés actifs dans ces secteurs d'activités.

Le groupe devrait s'attacher à examiner les points suivants :

- identifier les questions concrètes susceptibles de se poser à la collectivité publique et à l'opérateur quant à la situation des personnels concernés par un partenariat public-privé ; il s'agira ici de partir principalement d'exemples concrets sans oublier l'ensemble des dimensions du problème, y compris celles de nature fiscale ;
- recenser les solutions retenues dans la pratique et mesurer leur conformité aux règles de droit applicables ;
- rechercher les solutions possibles à droit constant pour résoudre les difficultés éventuelles qui se seraient présentées aux acteurs ;
- proposer des adaptations législatives et réglementaires si celles-ci s'avéraient indispensables pour venir à bout de certaines difficultés.

Le groupe pourra également auditionner les personnes et experts dont il lui semblerait utile de recueillir l'avis. Il recherchera également, à travers les expériences étrangères, les solutions que nos voisins ont pu apporter à des problèmes de nature similaire pour examiner la possibilité de les adapter au contexte français.

Gilles **LE CHATELIER**, septembre 2009



## **INSTITUT DE LA GESTION DELEGUEE**

84 rue de Grenelle - F-75007 Paris - Tél : +33 (0) 1 44 39 27 00 / Fax : +33 (0) 1 44 39 27 07  
[contacts@fondation-igd.org](mailto:contacts@fondation-igd.org) / [www.fondation-igd.org](http://www.fondation-igd.org)