



**CORINNE METZGER,**  
avocate à la Cour, cabinet Seban et associés

**Entité autonome**

La personne publique qui reprend une activité n'est tenue à une obligation de reprise du personnel qu'en cas de transfert d'une entité économique autonome.

**Nature du service**

La personne publique doit déterminer si l'activité reprise est un service public industriel et commercial (Spic) ou un service public administratif (SPA).

**Statut du personnel**

La nature du service public repris déterminera le statut à venir du personnel, ce qui ne va pas sans difficultés.

**Modes de gestion**

**Les écueils de la reprise d'un Spic ou d'un SPA**

La personne publique qui souhaite reprendre une activité exercée auparavant par une entreprise ou une association doit tout d'abord analyser si l'activité qu'elle souhaite exercer à l'avenir constitue une entité économique autonome au sens des articles L.1224-1 et suivants du code du travail, impliquant la reprise du personnel. Dans l'affirmative, elle devra déterminer si l'activité reprise est un service public industriel et commercial (Spic) ou un service public administratif (SPA). Enfin, selon que l'activité reprise constitue un SPA ou un Spic, elle devra proposer aux salariés transférés une modification de leur contrat de travail ou s'organiser pour prendre en charge du personnel soumis aux dispositions du code du travail.

**ENTITÉ ÉCONOMIQUE AUTONOME**

Les dispositions des articles L.1224-1 et L.1224-3 du code du travail ne s'appliquent que lorsque l'activité transférée constitue une entité économique autonome, c'est-à-dire «un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels pour-

suivant un objectif économique propre» (1). La Cour de cassation (2) rappelle que le transfert doit porter sur une entité économique autonome qui se définit comme un ensemble organisé de personnes, et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre.

Ainsi, pour caractériser un transfert d'activité, il est nécessaire que la personne publique reprenne directement ou indirectement des moyens d'exploitation corporels (mobilier, matériel informatique et bureautique, véhicules...) ou des moyens d'exploitation incorporels (clientèle, droit au bail, marque...) et qu'un personnel ait été spécialement affecté à l'exercice de l'activité transférée qui poursuit un objectif propre. Dès lors que tout ou partie de ces indices sont réunis, permettant de conclure au transfert d'une entité économique autonome, il convient d'étudier si l'activité exercée par cette entité économique auto-

nome constitue un service public administratif ou un service public industriel et commercial.

**NATURE DU SERVICE**

Un service possède un caractère industriel et commercial dès lors qu'il répond aux conditions suivantes: l'objet du service public doit apparaître comme industriel et commercial, c'est-à-dire qu'il peut être assimilable à une activité d'un commerçant ou d'un industriel privé; l'essentiel du financement de ce service doit provenir des redevances perçues sur l'utilisateur du service en cause; les modalités de son fonctionnement doivent être celles applicables dans les entreprises privées.

Toutefois, une controverse existe sur le point de savoir si ces trois données doivent ou non être cumulativement réunies. A l'occasion de certaines décisions, le juge ne s'est explicitement référé qu'aux deux premiers critères (objet et fonctionnement du service) pour qualifier un service d'industriel et commercial (3). Mais, pour une grande partie de la doctrine, le principe demeure que les trois critères doivent être cumulativement réunis pour que le service public soit considéré comme industriel et commercial: d'ailleurs, en matière culturelle, une réponse ministérielle s'est attachée à vérifier la réunion des trois critères afin de déterminer la nature du service (4). Ce n'est qu'après avoir déterminé la nature du service public repris que la collectivité pourra se poser les questions inhérentes aux conditions de reprise du personnel.

**REPRISE D'UN SPIC**

Les collectivités territoriales, leurs établissements publics, les établissements publics de coopération intercommunale ou les syndicats mixtes peuvent exploiter directement un service public industriel et commercial, en créant une régie (code général des collectivités territoriales, art. L.1412-1). La personne publique reprendra purement et simplement les contrats de travail des salariés transférés, sans qu'il soit nécessaire de conclure un nouveau contrat: une lettre d'information, bien qu'au-

**À NOTER**

Le transfert doit porter sur une entité autonome, dotée de moyens pour exercer une activité économique et poursuivant un objectif propre.

cun texte ne l'impose, est nécessaire. La personne publique devra alors gérer cette catégorie de personnel et appliquer les dispositions du code du travail; pour ce faire, elle devra se doter de moyens matériels permettant de gérer les paies des salariés de droit privé.

En outre, et dès lors que le seuil de 50 salariés est atteint, elle devra organiser (sauf s'il s'agit d'un transfert total d'activité entraînant également le transfert des représentants du personnel) des élections des représentants du personnel avec la possibilité de fonctionner, en application de l'article L.2326-1 du code du travail, en délégation unique du personnel étendue (les délégués du personnel, les membres du comité d'entreprise et le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail désigné sont alors réunis au sein de cette seule instance) dès lors qu'elle emploie moins de 300 salariés. Les salariés transférés auprès d'une collectivité ou auprès d'un de ses établissements publics seront électeurs et éligibles tant aux élections des représentants du personnel de droit privé qu'aux élections au comité technique en application des articles 8 et 11 du décret n°85-565 du 30 mai 1985.

La personne publique devra en outre appliquer les règles du code du travail en matière de négociation collective: elle pourra, à l'expiration du délai de préavis de trois mois courant à compter de la reprise de l'activité, conclure des accords de substitution. En effet, le statut collectif du personnel est transmis à la personne publique: par l'effet combiné des articles L.1224-1 et L.2261-14 du code du travail, la convention collective et les accords d'entreprise existant dans l'entreprise d'origine seront appliqués par la personne publique pendant le délai de survie. Ce délai cesse soit par la conclusion d'un accord de substitution, soit à l'issue d'un délai maximum de quinze mois correspondant au délai de préavis de dénonciation (trois mois) augmenté du délai de survie de quinze mois. En l'absence de tout accord de substitution, les accords existants cesseront de s'appliquer au sein de la collectivité publique, les salariés pouvant cependant revendiquer leurs avantages individuels acquis. La collectivité devra être ainsi particulièrement attentive à faire un bilan complet du statut

## RÉFÉRENCES

- Code du travail (C. travail), art. L.1224-1 et s. (reprise d'un service public industriel et commercial); L.1224-3 (reprise d'un service public administratif).
- Code général des collectivités territoriales (CGCT), art. L.1412-1.

collectif au sein de l'entreprise d'origine et à procéder, si nécessaire, aux dénonciations des accords atypiques, usages et engagements unilatéraux, ces dernières normes n'étant pas automatiquement dénoncées (code du travail, art. L.1224-1).

## REPRISE D'UN SPA

La personne publique reprenant un SPA est tenue de proposer aux salariés affectés à l'exercice de ce service un contrat de droit public à durée déterminée ou indéterminée en application des dispositions de l'article L.1224-3 du code du travail. Si le changement de statut est source de difficulté, la personne publique, une fois ce changement opéré, n'aura pas à gérer du personnel soumis au droit privé, les salariés devenant agents de droit public. Elle devra ainsi leur proposer un contrat devant reprendre les clauses «substantielles» de leurs précédents contrats et notamment leur rémunération.

Survient alors une première difficulté pour la personne publique: fixer une rémunération qui doit être conforme non seulement aux dispositions légales, mais encore, concernant la clause de rémunération, aux conditions générales de rémunération et d'emploi des agents non titulaires de la personne publique (5) qui peuvent se montrer peu compatibles avec la reprise des clauses «substantielles» du contrat de droit privé. Le salarié a alors une option: soit il accepte la proposition qui lui est faite par la collectivité publique et devient ainsi agent de droit public, soit il la refuse. Auquel cas, le contrat prend fin «de plein droit». La Cour de cassation a estimé que le licenciement qui en résulte repose sur une cause sui generis (6): la procédure de licenciement doit néanmoins être suivie. La situation peut se complexifier si, après que le contrat a été accepté par le salarié, la personne publique se

trouve contrainte de retirer le contrat à la suite du contrôle de légalité exercé par le préfet, motif pris d'une erreur manifeste d'appréciation quant à la fixation de la rémunération. La personne publique n'aura en effet d'autre choix que de retirer le contrat à peine de voir le préfet exercer, en l'absence de toute régularisation, un recours pour excès de pouvoir.

L'arrêté de retrait, s'il ne fait l'objet d'aucun recours contentieux, entraîne le retrait définitif de l'acte sur lequel il portait et partant, sa disparition rétroactive. La personne publique devra alors proposer un contrat conforme: en cas de refus explicite ou en l'absence de réponse, elle n'aura d'autre choix que de prononcer le licenciement «de plein droit» du salarié. Se posera alors la question de la juridiction compétente pour trancher ce litige. Selon la Cour de cassation (7), si le juge judiciaire est seul compétent pour tirer les conséquences indemnitaires d'une rupture des contrats par la personne publique, il ne peut faire injonction à la personne publique de proposer un contrat: seul le tribunal administratif sera alors compétent.

La mise en œuvre des dispositions de l'article L.1224-3 du code du travail reste une importante source de contentieux, les personnes publiques devant concilier l'impératif de reprise du personnel avec la nécessaire mise en adéquation des rémunérations avec celles pratiquées au sein de la collectivité. Elles devront ainsi être particulièrement attentives aux propositions salariales qui seront faites aux salariés repris, ces dernières, soumises au contrôle de légalité, pouvant également ouvrir un contentieux individuel avec les salariés amenés à contester une mesure de licenciement fondée sur un refus d'une proposition de contrat de droit public entraînant une baisse importante de leur rémunération: la personne publique devra être en mesure de démontrer que la rémunération proposée est conforme aux rémunérations habituellement versées aux agents publics.■

(1) Cass. soc., 31 mars 2010, n°09-40849.

(2) Cass. soc., 7 juill. 1998, n°96-21451.

(3) Tribunal des conflits, 19 févr. 1990, «M. Thomas/Cne de Franczal», n°2589; 14 mai 1990, «Epx Laperrouze», n°02618.

(4) Question écrite n°22636, JO du Sénat du 10 mai 2012.

(5) CE, avis du 21 mai 2007, n°299307.

(6) Cass. soc., 2 déc. 2009, n°07-45.304.

(7) Cass. soc., 22 sept. 2015, n°13-26032.