



La gestion RH des transferts d'activité mêlant public / privé

Actualité législative publié le 10/10/2023, vu 1802 fois, Auteur : [Maître Sylvain Bouchon](#)

Les transferts d'activité de services publics ou les regroupements avec le secteur privé sont régis par des règles complexes. En voici les grandes lignes.

Les frontières entre le secteur privé et le secteur public seraient-elles de moins en moins étanches ?

Force est de constater que la réglementation évolue et prévoit désormais la mise en œuvre de ce mélange apparemment contre-nature. Le transfert d'activité vers le privé est particulièrement d'actualité dans le secteur sanitaire et dans le secteur médico-social, lequel encourage sans ambiguïté les groupements, [tels les GCSMS](#), par exemple. La [récente réforme des services à domicile constitue également un pont explicitement encouragé](#) entre deux droites désormais plus perpendiculaires que parallèles : le secteur public et le secteur privé en matière d'aide à domicile.

Tout cela a donc pour conséquence de mélanger des salariés, des fonctionnaires, des agents contractuels publics en CDI ou en CDD. Chacun obéissant à son propre régime et à ses propres statuts, le melting-pot ne se réalise pas sans heurt, ou du moins sans réflexion poussée.

Lorsqu'il ne concerne que des entreprises de droit privé, le transfert d'activité est régi par une règle assez simple : tous les contrats de travail au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise, selon l'article L.1224-1 du Code du Travail.

Mais dès qu'il s'agit de mixer du public et du privé, la situation se corse.

Cas n°1 : Transfert du privé vers le public

Dans ce cas, l'activité d'une entreprise privée ou association est reprise par un organisme public, que ce soit une administration ou un établissement public.

Qu'advient-il des salariés de l'entreprise ? Est-ce qu'ils deviennent automatiquement fonctionnaires ?

Tout dépend de l'organisme public. S'il s'agit d'un SPIC (Service Public Industriel et Commercial), l'article L.1224-1 du Code du Travail s'applique, si bien que les salariés conservent leur contrat de travail.

En revanche, s'il s'agit d'un SPA (Service Public Administratif), il n'est plus question de contrat de travail. Dans ce cas, l'article L.1224-3 du Code du Travail énonce que la personne publique doit proposer à ces salariés un contrat de droit public, à durée indéterminée s'ils étaient en CDI, ou à durée déterminée s'ils étaient en CDD.

En ce qui concerne les prévisions contractuelles, en particulier la rémunération, les contrats

publics doivent reprendre les clauses substantielles du contrat.

Et si le salarié refuse ? Dans ce cas, le contrat prend fin automatiquement. La personne publique doit procéder au licenciement.

Cas n°2 : Transfert du public vers le privé (ou vers un SPIC)

Dans ce cas, une activité gérée par une administration ou un établissement public est transférée à une association ou à une entreprise.

Il convient de distinguer la situation des fonctionnaires et des agents contractuels (non-titulaires).

En ce qui concerne les fonctionnaires, l'article L.441-1 du Code général de la Fonction Publique prévoit une possibilité de détachement d'office.

Ce détachement se distingue du [détachement de droit commun](#) dans la mesure où il ne nécessite pas l'accord du salarié.

Le détachement d'office perdure durant la durée du contrat liant la personne morale de droit public avec l'organisme d'accueil.

Puisqu'il s'agit désormais de réfléchir en terme de droit du travail, le fonctionnaire devient donc titulaire d'un contrat à durée indéterminée auprès de l'organisme d'accueil.

En ce qui concerne la rémunération, il doit bénéficier de la meilleure rémunération entre celle d'origine et celle versée à un salarié pour les mêmes fonctions.

Le fonctionnaire serait-il alors un salarié comme les autres ? Cela paraît impossible : pour rappel, le fonctionnaire est titulaire de son grade et on ne peut le découpler de son poste d'origine par un tour de passe-passe juridique.

Le fonctionnaire devenu CDI de droit privé demeure lié à son administration, qu'il retrouve au terme du contrat liant la personne publique et l'organisme d'accueil, à moins qu'il ne souhaite poursuivre son contrat de travail, auquel cas il demande la radiation des cadres. Pendant le détachement, les services accomplis dans l'organisme d'accueil sont assimilés à des services effectifs dans le corps/cadre d'emploi dont relève le fonctionnaire détaché. S'il est licencié par l'employeur de droit privé, il est réintégré de plein droit dans son corps / cadre d'emploi d'origine. Il peut en outre solliciter sa radiation des cadres à tout moment pour poursuivre sa carrière de salarié, choix qui donne en outre droit au versement d'une prime.

En ce qui concerne les agents non-titulaires, l'organisme privé doit leur proposer un contrat de travail qui reprend les clauses substantielles du contrat dont ils sont titulaires, en particulier sur la rémunération. En cas de refus des agents, le contrat prend fin de plein droit. L'organisme privé doit les licencier en appliquant les dispositions du licenciement de droit public.

Notons que le détachement d'office n'est pas la seule modalité de transfert d'un fonctionnaire vers le privé : les autres mécanismes de mobilité peuvent aussi trouver à s'appliquer dans certains cas, comme le détachement ou la disponibilité. Ils nécessitent toutefois l'accord du fonctionnaire et

sont par essence temporaires.

Au regard de la complexité de la matière – effleurée dans le présent article- et des risques de contentieux, il semble indispensable de sécuriser juridiquement les opérations sur le plan RH.

Mon cabinet se tient à votre disposition pour toute précision.

Me Sylvain BOUCHON

Avocat au Barreau de Bordeaux

bouchonavocat@gmail.com