

Reprise du service en gestion publique : sort des personnels du délégataire sortant (recommandations)

Les agents affectés au service par l'ancien délégataire doivent (ou dans certains cas peuvent) être repris par le nouvel exploitant (la régie ou la SPL). Les règles de reprise sont fixées par le code du travail, et à défaut, par la convention collective des entreprises des services d'eau et d'assainissement.

La FNCCR a établi un certain nombre de recommandations à l'attention des collectivités ayant fait le choix d'une reprise en gestion publique.

1	Principe général fixé par l'article L.1224-1 du code du travail	2
2	Agents transférables au titre de la convention collective.....	2
2.1	Dispositions applicables lorsque l'article L.1224-1 du code du travail ne l'est pas	2
2.2	Application en cas de reprise en gestion publique - régie ou SPL (recommandations) ...	3
3	Conditions du transfert proprement dit.....	4
3.1	Transferts en application du code du travail.....	4
3.2	Transferts en application de la convention collective	4
4	Recommandations de FEP	5
4.1	Justificatifs à fournir par le délégataire.....	5
4.2	Effectifs et agents à comptabiliser dans les effectifs à transférer	6
4.2.1	Enjeu de la date de référence pour établir les effectifs du service.....	6
4.2.2	Représentativité des agents et des fonctions exercées	6
4.2.3	Travaux effectués en vertu de marchés publics distincts ou pour le compte de tiers .	6





1 Principe général fixé par l'article L.1224-1 du code du travail

S'appliquant aux services publics industriels et commerciaux, le code du travail dispose que « lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise. » (art L.1224-1). Ce maintien du contrat de travail s'applique également en cas de changement de la personne morale titulaire d'un marché (public ou privé) ou d'une DSP dès lors que l'activité concernée constitue une « entité économique autonome ». Celle-ci s'entend comme « un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité qui poursuit un objectif propre »¹.

Cette disposition d'ordre public vise à protéger les salariés des aléas commerciaux, d'actionnariat, etc. Lorsque les conditions d'application sont réunies, les exploitants entrant et sortant ne peuvent décider de renoncer à leur application. En théorie, les salariés eux-mêmes n'ont même pas à donner leur avis : tout salarié transférable est transféré et s'il le refuse, il doit démissionner (nouvel exploitant), quitte à être recruté de nouveau par l'exploitant sortant.

Si l'interprétation et la mise en œuvre concrètes de cette règle ont pu être difficiles, la jurisprudence semble désormais s'orienter vers une application large de l'article L1224-1 du code du travail, y compris lorsque certains agents sont mutualisés et que la collectivité est propriétaire des biens nécessaires à l'exploitation. Cependant, l'article L1224-1 peut ne pas être applicable pour les reprises de « petits » services, auxquels sont affectés exclusivement des agents fortement mutualisés, dont aucun n'est « essentiellement affecté au service ».

Le transfert de l'entité économique autonome se traduit en pratique par le transfert des salariés « essentiellement » affectés au service repris (Cassation, 30 mars 2010, n°08-42065) : cela implique nécessairement les agents affectés à plus de 70 ou 80% à la collectivité, et cela exclut les agents affectés à moins de 50% à la collectivité. Pour les agents affectés au service pour 50 à 70-80% de leur temps au service, la collectivité doit se mettre d'accord avec le délégataire et les agents pour déterminer s'ils sont considérés, ou non, comme essentiellement affectés au service et donc transférés ; l'issue d'un contentieux serait incertaine.

Il faut souligner que le régime selon lequel sont transférés les agents a une importance non négligeable, dans la mesure où les disparités de situation entre les salariés transférés et ceux de la structure d'accueil ne peuvent être en principe maintenues que si le transfert se fait en application de la loi.

Par ailleurs, au-delà de la stricte application du droit, les enjeux sociaux (sort du personnel) et la nécessité d'assurer la continuité du service, sont également à prendre en considération.

2 Agents transférables au titre de la convention collective

2.1 Dispositions applicables lorsque l'article L.1224-1 du code du travail ne l'est pas

En complément de l'article L.1224-1 du code du travail, la convention collective nationale des entreprises des services d'eau et d'assainissement du 12 avril 2000 a prévu des dispositions relatives au transfert du personnel à son article 2.5.2 (voir en annexe). Lorsque l'article L.1224-1 du

¹ Cass. soc., 7 juillet 1998, TPS, n°96-21.451



code du travail n'est pas applicable, sont transférés automatiquement les salariés répondant aux règles cumulatives suivantes :

- 1) **salariés en CDI ou CDD** (yc les salariés dont le contrat est suspendu à la date du transfert),
- 2) **affectés au contrat depuis au moins 6 mois** en distinguant :
 - 3.1a) **Affectation** : salariés affectés à l'exploitation et à la clientèle, à l'exclusion de ceux qui appartiennent à des services supports qui travaillent sur plusieurs contrats
 - 3.1b) **Niveau** : salariés appartenant aux groupes I à V de la grille de classification de la CC (agents d'exécution, agents de maîtrise « classiques »)
- Transfert des agents par ordre décroissant de leur temps de travail affecté à ce contrat, à concurrence de l'effectif équivalent temps plein des salariés qui satisfont aux trois critères
- 3.2a) **Affectation** : salariés affectés aux services support ou mutualisés (RH, achats, études, monitoring, encadrement général...) yc services support de l'exploitation ou de la clientèle,
- 3.2b) **Niveau** : salariés appartenant aux groupes I à V non visés au 3.1 et aux groupes VI à VIII (cadre et certains agents de « haute » maîtrise)
- Transfert des agents affectés pour plus de la moitié de leur temps à ce contrat (par ordre décroissant de leur temps de travail affecté à ce contrat), à concurrence du nombre correspondant à l'effectif équivalent temps plein de ces salariés.

Il est précisé à cet article que « L'employeur sortant mettra à disposition de l'employeur entrant les justificatifs nécessaires à la détermination du nombre de salariés automatiquement transférés et des salariés concernés ».

La convention collective a été étendue par arrêté du 28 décembre 2000 à « toutes entreprises ou tous établissements qui effectuent à titre principal, dans le cadre d'un contrat d'exploitation (délégation ou marché), tout ou partie des opérations de captage, de production, de traitement et de distribution de l'eau potable, industrielle et pour l'irrigation (...) et tout ou partie des opérations de collecte, d'évacuation et d'épuration des eaux usées et pluviales (...) » [art. 1]. Toutefois, l'article 2.5.2 précité a été exclu de l'extension par le Conseil d'État qui a jugé que cette disposition était « de nature à dissuader les concurrents de présenter leur candidature et à aggraver les distorsions de concurrence entre les concessionnaires sortants et les soumissionnaires » (CE n° 230804 du 30/04/2003). Elle n'est donc opposable qu'aux entreprises signataires de la convention collective (c'est-à-dire aux entreprises membres de la FP2E).

2.2 Application en cas de reprise en gestion publique - régie ou SPL (recommandations)

Les régies, qui interviennent dans le cadre de dispositions statutaires et non contractuelles (marché public ou délégation de service public), ne sont pas visées par la convention collective. Elles peuvent toutefois décider de l'appliquer en tout ou partie (de façon unilatérale ou dans le cadre d'un accord d'entreprise). Par ailleurs, seules les dispositions étendues s'imposent aux SPL qui n'adhèrent pas à la convention collective : la disposition relative à la reprise des agents n'est donc pas automatiquement applicable aux SPL.

Néanmoins, il apparaît souhaitable de se référer à la convention collective (sans qu'il soit besoin d'y adhérer), et en particulier au principe de détermination des effectifs des agents à transférer sur la base d'équivalents temps-plein.



3 Conditions du transfert proprement dit

3.1 Transferts en application du code du travail

L'article L.1224-1 du code du travail prévoit que les contrats de travail « subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ». Cela concerne d'une part les avantages individuels inclus dans le contrat de travail, qui ne peuvent être modifiés que par un avenant audit contrat, et d'autre part les avantages collectifs, découlant de conventions ou d'accords collectifs.

Le transfert des salariés entraîne la mise en cause des conventions et accords collectifs qui étaient appliqués par l'ancien exploitant². Un accord de substitution peut être négocié selon trois mécanismes³ :

- ✦ **négociation d'un accord de substitution avant le transfert de l'activité :**
 - maintien de l'accord ou de la convention collective pour les seuls salariés transférés pendant 3 ans à compter de la date du transfert, puis application des règles de la structure d'accueil (négociations entre les syndicats du délégataire sortant et les 2 employeurs – ancien et nouvel exploitants)
 - uniformisation des accords et conventions applicables aux salariés transférés et aux salariés de l'entreprise d'accueil (négociations entre les syndicats du délégataire sortant et de la structure d'accueil, et les 2 employeurs – ancien et nouvel exploitants)
- ✦ **en l'absence d'accord de substitution préalable au transfert : mise en cause de plein droit, à la date du transfert, des anciens accords et conventions collectives applicables aux salariés transférés,** qui restent applicables pendant la durée de négociation d'un nouvel accord (devant s'engager sous trois mois), sur une durée maximum de quinze mois. A défaut de conclusion d'un accord de substitution à l'issue de ce délai de quinze mois, les salariés transférés conservent « une rémunération dont le montant annuel, pour une durée de travail équivalente à celle prévue par leur contrat de travail, ne peut être inférieure à la rémunération versée lors des douze derniers mois. »

En complément, l'application de l'article L1224-1 du code du travail implique également le maintien des usages, des accords atypiques (conclus avec les représentants du personnel) et des engagements unilatéraux de l'ancien employeur. Ceux-ci peuvent néanmoins être dénoncés par le nouvel employeur, sous réserve d'une information préalable écrite aux instances représentatives du personnel et à chaque salarié concerné, dans un délai raisonnable, permettant d'éventuelles négociations⁴.

3.2 Transferts en application de la convention collective

Lorsque les conditions d'application de cet article ne sont pas réunies, la convention collective prévoit également la « reprise des contrats de travail ».

Néanmoins, il est nécessaire de négocier avec les salariés sur les éléments de leurs contrats de travail, afin de les rendre compatibles avec la gestion RH de la régie. En effet, lorsqu'il n'y a pas continuation du contrat de travail antérieur en application de l'article L1224-1, mais nouveau contrat de travail, il n'est a priori pas possible de conserver, au sein de la régie ou de la SPL, des différences de traitement entre les anciens salariés du délégataire transférés hors du mécanisme de l'article L1224-1 du code du travail et les autres agents, ce qui implique d'harmoniser les différents régimes.

² Article L2261-14 du code du travail

³ Articles L2261-14 à -14-4 du code du travail

⁴ Cass. Soc., 29 mai 1911, n°90-40337



4 Recommandations de FEP

Pour l'ensemble de ces aspects (personnels à reprendre et conditions salariales), il est recommandé :

- de **négoier avec le délégataire sortant un protocole de fin de contrat** (s'il n'est pas déjà intégré au contrat de DSP) pour régler les questions d'informations à produire, de délais etc. (pas uniquement pour les questions RH d'ailleurs), mais aussi pour encadrer les modifications pouvant être apportées à l'organisation, aux conditions salariales etc. dans les derniers temps du contrat.
- d'**associer les représentants du personnel dans le cadre d'un « accord de méthode »** à la mise en œuvre des procédures de transfert des personnels (effectifs ETP, par catégorie d'emploi, conditions de transfert, ...)

4.1 Justificatifs à fournir par le délégataire

Dans tous les cas (application de l'article L. 1224-1 du Code du travail ou référence à la convention collective), il convient de préciser les justificatifs à apporter par le délégataire sortant. Il est jugé nécessaire de demander :

- un **organigramme fonctionnel de l'unité en charge de l'exploitation du contrat** (agences, secteurs,...), et son articulation avec les services supports relevant des niveaux supérieurs (région, siège,...) avec les taux d'affectation au contrat ;
- un **tableau listant les agents affectés en totalité ou partiellement au contrat** (yc les fonctions support et en précisant le cas échéant l'affectation géographique) avec fonction, classification, âge, ancienneté, rémunération + avantages ainsi que le ratio d'affectation au contrat.
Les salariés protégés, faisant l'objet d'une surveillance médicale renforcée, en cours de reclassement ou dont le contrat de travail est suspendu doivent être identifiés.
- les fiches de poste correspondantes ;**
- le ou les accords d'entreprise.**

Les délégataires opposent souvent les secrets « industriels et commerciaux » et « de la vie privée » aux demandes de transmission respectivement des « organigrammes fonctionnels » et des listes nominatives de salariés. Ce n'est pas toujours sans fondement mais dans un premier temps, il n'est pas forcément nécessaire d'obtenir des données individuelles (en tout cas pour les « grands services / contrats »).

Conformément à l'article 52 de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, le rapport annuel du délégataire « *permet en outre aux autorités concédantes d'apprécier les conditions d'exécution du service public.* » : **il est donc légitime d'exiger à ce titre la fourniture des données sur le personnel** (organigramme, nombre d'agents et d'ETP par fonction,... - les évolutions interannuelles peuvent être utiles à analyser). De même, l'article 33 du décret « concession » précise également que le rapport annuel du délégataire doit notamment mentionner « *Il – 1° d) Les engagements à incidences financières, y compris en matière de personnel, liés à la délégation de service public et nécessaires à la continuité du service public.* ». À cet égard, des données relatives aux effectifs et masse salariale globale devraient être fournies...

Attention toutefois : les charges de personnel figurant dans les comptes annuels de résultat de l'exploitation (CARE) résultent souvent d'une répartition entre les différents contrats selon la règle de la « valeur ajoutée » - ou parfois d'autres règles de répartition reposant sur des données physiques (linéaire de réseau,...). Elles ne sont donc pas a priori représentatives des charges



réelles de personnel (un contrat dégageant proportionnellement plus de valeur ajoutée qu'un autre se verra imputer proportionnellement plus de charges de personnel, pour une même longueur de réseau, alors qu'un réseau en bon état nécessitera moins de dépense qu'un réseau en mauvais état, etc.). Mais par souci de « cohérence », les effectifs mentionnés dans les rapports annuels sont parfois eux-mêmes recalculés en fonction des dépenses de personnels affichées : donc ni les charges ni les effectifs ne sont « réels ».

Par ailleurs, il convient de noter que dans certains cas, les charges de personnels et effectifs déclarés intègrent des agents affectés à des prestations de travaux qui ne devraient pas relever du droit au transfert des contrats de travail.

Il est donc recommandé de **ne jamais prendre les indications figurant dans le CARE pour argent comptant** (en particulier, les délibérations prenant acte du rapport annuel [L.1411-3 du CGCT] ne devraient pas « valider » ou « donner quitus » des informations qui figurent dans le rapport et qui pourraient ensuite être rendues opposables à la collectivité).

4.2 Effectifs et agents à comptabiliser dans les effectifs à transférer

4.2.1 Enjeu de la date de référence pour établir les effectifs du service

La liste des agents à transférer doit être établie en amont de la reprise en régie ou SPL, à partir de données stabilisées à une date précise. Le code du travail n'indique rien sur ce point, mais il est difficilement envisageable que cette liste soit établie au jour du transfert sans aucune considération des affectations « historiques » des agents au service repris. **Il est recommandé de considérer la situation en place 6 ou 12 mois avant la décision de changement d'exploitant.**

En effet, cette durée minimum d'affectation au contrat (6 mois) doit, pour FEP, être calculée non pas par rapport à la date du transfert effectif mais en référence à la date du choix de changement d'exploitant. L'enjeu est assez limité lorsqu'il s'agit d'un changement de délégataire car les choix sont rarement faits plus de quelques mois avant l'échéance. En revanche, les retours en régies sont généralement décidés 1 ou 2 ans avant cette échéance et le délégataire sortant ne doit pas pouvoir modifier les affectations durant cette période, en dehors de cas « normaux » de changement d'affectation. En particulier, **il faut se prémunir des changements « stratégiques » qui pourraient intervenir avant un retour en régie** : par exemple réduction de la sous-traitance travaux remplacée par une réalisation en interne qui conduirait à augmenter significativement les effectifs « travaux ».

4.2.2 Représentativité des agents et des fonctions exercées

La règle de transfert des agents essentiellement affectés au service peut conduire à ce que les agents affectés à certains postes soient en surnombre, alors que d'autres fonctions (notamment les fonctions support ou encadrement) ne sont pas représentées.

Cette absence peut rendre complexe le transfert d'expertise et de connaissance du service et donc entraver le bon démarrage de la régie ou SPL. En particulier, les agents affectés à la gestion clientèle au sein de « centres service clients » sont souvent très nombreux à intervenir sur un contrat mais souvent individuellement de façon très limitée : ils se trouveraient ainsi non transférables. Il leur est néanmoins possible de rejoindre la régie, mais il s'agira alors d'un nouveau contrat de travail.

4.2.3 Travaux effectués en vertu de marchés publics distincts ou pour le compte de tiers

Les agents affectés à des travaux confiés par des particuliers à leur convenance (non attribués à titre exclusif et/ou sur installations privées) ou par la collectivité dans le cadre de marchés publics détachables du contrat ne sont pas visés par le transfert.