

## Le sort des contrats de travail en cas de transfert d'activité entre les secteurs public et privé : Du nouveau depuis la loi du 3 août 2009

Les activités sportives font parfois l'objet de changement de gestionnaire. C'est ainsi que l'activité peut être transférée du secteur privé vers le secteur public ou vice versa. Par la loi du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique, loi passée relativement inaperçue, le Code du travail a été modifié sur la question des transferts d'activité, essentiellement dans le sens public-privé. Retour sur les dispositions nouvelles de cette loi.

### 1. RAPPEL DU PRINCIPE GÉNÉRAL EN MATIÈRE DE TRANSFERT D'ACTIVITÉ

Aux termes de l'article L.1224-1 du Code du travail, lorsqu'il 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. La jurisprudence est venue préciser les contours de ce principe général : c'est ainsi que les contrats de travail seront transférés chez le repreneur s'il y a transfert d'une entité économique autonome, laquelle se caractérise par un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels et incorporels permettant l'exercice d'une activité économique poursuivant un objectif propre.

Les exemples sont courants entre structures de droit privé : par exemple, le transfert d'activité d'une association sportive vers un O.M.S (cf. le précédent numéro de la lettre juridique). Mais également entre un gestionnaire de droit public et une structure privée : par exemple, le transfert d'activité d'une association sportive vers une municipalité. Dès lors que l'entité économique autonome est caractérisée, la reprise des contrats de travail par le nouvel exploitant est obligatoire.

Dans ce contexte, la reprise des contrats de travail pouvait s'avérer particulièrement délicate par l'effet de statuts sociaux différents et par

une réglementation du Code du travail limitée au seul transfert dans le sens privé/public (article L.1224-3 du Code du travail). C'est dans ce contexte que la loi du 3 août 2009 apporte des nouveautés.

### 2. APPORTS DE LA LOI DU 3 AOUT 2009

Cette loi vient d'une part modifier la réglementation applicable au transfert privé/public et vient d'autre part ajouter un nouvel article L.1224-3-1 du Code du travail concernant le transfert public/privé, jusqu'ici ignoré.

#### **Le sort des contrats de travail en cas de transfert d'activité dans le sens privé/public**

Le dernier alinéa de l'article L. 1224-3 du Code du travail prévoit désormais "qu'en cas de refus des salariés d'accepter le contrat proposé, leur contrat prend fin de plein droit. La personne publique applique les dispositions relatives aux agents licenciés prévues par le droit du travail et par leur contrat." On notera, par rapport à l'ancienne rédaction, les changements suivants : le législateur prévoit désormais que le contrat de travail du salarié prend fin de plein droit s'il n'accepte pas le nouveau contrat de travail de droit public proposé par le nouvel employeur et que, dans ce cas, sont applicables les dispositions relatives aux agents licenciés prévues par le droit du travail et par leur contrat.

#### **Le sort des contrats de travail en cas de transfert d'activité dans le sens public/privé.**

Il s'agit des modifications les plus importantes, apportées par le nouvel article L. 1224-3-1 du Code du travail qui dispose :

*"Sous réserve de l'application de dispositions législatives ou réglementaires spéciales, lorsque l'activité d'une personne morale de droit public employant des agents non titulaires de droit public est reprise par une personne morale de droit privé ou par un organisme de droit public gérant un service*

*public industriel et commercial, cette personne morale ou cet organisme propose à ces agents un contrat régi par le présent code.*

*"Le contrat proposé reprend les clauses substantielles du contrat dont les agents sont titulaires, en particulier celles qui concernent la rémunération.*

*"En cas de refus des agents d'accepter le contrat proposé, leur contrat prend fin de plein droit. La personne morale ou l'organisme qui reprend l'activité applique les dispositions de droit public relatives aux agents licenciés."*

En résumé, lorsque, par exemple, une association sportive reprend le personnel non titulaire d'une municipalité, l'association devra proposer à l'agent un nouveau contrat de travail de droit privé régi par le Code du travail, en y intégrant les éléments substantiels de l'ancien contrat. Sur ce point, le texte ne fait référence qu'à la rémunération mais on peut aisément imaginer qu'il ne s'agit pas du seul élément concerné. La loi apporte enfin des précisions importantes sur la manière de procéder en cas de refus du salarié de signer son nouveau contrat de travail : dans ce cas, l'association devra s'en séparer en respectant les dispositions de droit public relatives aux agents licenciés.

Sur le papier, les principes apparaissent simples. En pratique, on va rapidement mesurer les nombreuses implications de ce texte qui, certes, vient combler un certain vide juridique, mais dont il faudra bien mesurer la portée. Il en sera ainsi notamment en ce qui concerne le contenu de la nouvelle proposition contractuelle qui sera faite par le repreneur, la procédure à suivre vis-à-vis de l'agent, l'éventuel délai de réflexion, la mise en œuvre de la rupture du contrat, etc. A suivre...

## . Questions/Réponses

**Dans le cadre de la CCN du sport, comment peut-on gérer les stages de mineurs de plusieurs jours nécessitant une présence continue de l'éducateur, de jour comme de nuit ?**

C'est un problème majeur et récurrent dans le secteur du sport. On pourrait a priori être tenté d'appliquer les dispositions de l'article 5.3.3.4 de la CCN du Sport relatives aux heures d'équivalence : une présence nocturne de 11 heures maximum serait ainsi rémunérée sur la base de 2h30 majorées à 25%. D'autres principes sont prévus pour l'accompagnement de journée. Or, ces dispositions n'entreront en vigueur que si un décret intervient. Et il a déjà été jugé qu'un régime d'équivalence prévu par une convention collective ne peut être opposé à un salarié si ce régime n'a pas été relayé par un décret (Soc. 29 juin 1999, n°3341). Dès lors,

aujourd'hui, le principe est que toute heure de surveillance ou d'accompagnement doit être rémunérée dès lors que l'éducateur ne peut vaquer à ses occupations personnelles et qu'il est susceptible d'intervenir. Dans la négative, il existe un risque à la fois de rappel de salaire mais également un risque sur le plan des durées maximales de travail qui n'auront pas été respectées. La solution peut être, notamment, d'intervenir en binôme, le cas échéant avec un bénévole, de manière à respecter ces principes. Il est enfin à noter que si le régime devenait applicable à l'avenir, seuls les salariés à temps plein seraient concernés.

**Est-ce que le chèque emploi associatif nécessite la signature d'un contrat de travail ?**

*Aux termes de la loi, cela n'est pas imposé. Néanmoins, il est conseillé de conclure un contrat de travail lorsque l'on a recours au chèque emploi associatif. En pratique, la mise en place du chèque emploi associatif a pour but de faciliter les formalités liées à l'emploi pour les associations qui ne comptent pas plus de 9 salariés. De son côté, la conclusion d'un contrat de travail nécessite un formalisme spécifique afin de se prémunir contre d'éventuels contentieux. En effet, les clauses du contrat de travail permettent en particulier de préciser les conditions d'exécution du contrat de travail.*

*Par exemple, l'une des clauses du contrat de travail peut concerner le lieu de travail du salarié. Ainsi, si un éducateur sportif intervient dans plusieurs structures, il convient de préciser le secteur géographique. C'est la raison pour laquelle on peut utilement préciser un secteur géographique d'intervention, qui peut être suffisamment large pour parer à toute éventualité d'intervention. Dans la mesure où les structures peuvent changer, il sera alors possible de modifier les différents lieux d'intervention, dans le secteur déterminé, sans avoir à chaque fois à solliciter l'accord du salarié.*

## LA CONVENTION COLLECTIVE NATIONALE DU SPORT

*De nouveaux avenants ont été étendus par arrêté du 23 avril 2009. Ils opèrent une mise en conformité avec la loi du 25 juin 2008 de modernisation du marché du travail (cf. la lettre n°1) en matière d'indemnité de licenciement et de période d'essai. Ils sont obligatoirement applicables à tous les employeurs :*

**L'avenant n° 34 du 24 novembre 2008 relatif aux indemnités de licenciement** modifie les montants des indemnités de licenciement prévues par la convention collective qui étaient moins favorables que ceux prévus par la loi du 25 juin 2008. C'est ainsi que le licenciement quel qu'en soit le motif, de tout salarié ayant au moins un an d'ancienneté dans l'entreprise donne lieu, sauf faute grave ou lourde, au versement de l'indemnité suivante :

- 1/5 de mois de salaire par année, pour les cinq premières années d'ancienneté dans l'entreprise ;
- 1/4 de mois de salaire par année, de la 6<sup>ème</sup> à la 10<sup>ème</sup> année de présence dans l'entreprise ;
- 1/3 de mois de salaire par année, pour les années de présence dans l'entreprise au-delà de 10 ans.

**L'avenant n° 35 du 24 novembre 2008, relatif aux périodes d'essai.** La durée de la période d'essai est fixée comme suit :

- pour les ouvriers et employés : 1 mois
- pour les techniciens et agents de maîtrise : 2 mois
- pour les cadres : 3 mois.

Le renouvellement de la période d'essai est exceptionnel. Il doit être motivé et signifié par écrit. Ces durées s'appliquent aux contrats à durée indéterminée.



## . Edito, de Serge Roy

Si l'on en croit les témoignages positifs que nous recevons, il semble bien qu'en réalisant (enfin) cette Lettre juridique nous ayons fait mouche !

Il faut bien dire que le sujet est inépuisable, surtout à notre époque où il ne suffit plus de dire « nul n'est censé ignorer la loi », mais de se tenir au courant des nouveautés, de tordre le cou à des idées reçues et de garder confiance. Ceci est valable pour les bénévoles dirigeants, donc responsables, de plus en plus employeurs, donc confrontés aux mêmes vicissitudes que les chefs d'entreprises. Ceci est valable également pour les employés des associations qui partagent et mettent en œuvre les projets et objectifs des bénévoles décideurs...

La présente Lettre dont nous remercions nos partenaires juristes fournit des informations de deux natures. D'une part, un choix de thèmes d'importance et d'actualité, d'autre part des réponses aux questions de nous posons tous à un moment ou à un autre.

La Convention collective nationale du sport (CCNS) n'est pas figée, elle nécessite encore des ajustements, des mises en conformité, que ce soit pour les procédures de licenciement ou la période d'essai. Elle ne peut

en effet aller à l'encontre des textes qui régissent le travail.

Dérogatoire au droit commun de la commande publique, le contrat de partenariat public privé (PPP) demande clarification, dont acte !

Entre licenciement et démission, afin d'éviter conflits et blocages désagréables aux deux parties, la rupture conventionnelle du contrat de travail (RCCT) existe. Encore faut-il en connaître et en respecter le processus...

Chèque emploi associatif et contrat de travail, détermination du lieu de travail pour un éducateur sportif intervenant dans plusieurs structures, calcul du temps de travail pour le même éducateur présent à un stage 24 heures sur 24 ne seront plus des casse-tête à la lumière des explications qui vont suivre.

Nous sommes fiers de pouvoir fournir à nos adhérents et plus largement aux destinataires de cette Lettre des informations de qualité émanant de spécialistes compétents et engagés dans le monde associatif.

Vous en souhaitant bonne et fructueuse lecture, je vous adresse mes sentiments dévoués et sportifs les meilleurs.

## . Collectivités publiques

# Qu'est-ce qu'un contrat de partenariat public-privé ?

Le contrat de partenariat public-privé (PPP) a été créé par l'ordonnance du 17 juin 2004, modifiée par la loi du 28 juillet 2008, codifié dans l'article L 1414-1 du Code Général des Collectivités Territoriales.

### A. DÉFINITION

Le contrat de partenariat public-privé est défini comme un contrat administratif permettant à une collectivité publique de confier à un tiers, le soin de financer, de réaliser, de maintenir et de gérer un équipement public, notamment sportif, et des services concourant aux missions de service public en contrepartie d'une rémunération publique étalée dans le temps.

Ce dispositif vise trois objectifs :

- permettre la construction d'équipements publics dans des délais brefs
- assurer un préfinancement privé des ouvrages pour faire face aux difficultés financières des collectivités publiques
- permettre un paiement différé interdit dans le cadre d'un marché public
- passer un marché global permettant d'associer très en amont la personne publique et ses partenaires techniques et financiers.

### B. CARACTÉRISTIQUES

Le PPP offre un cadre global qui permet le financement privé d'investissements nécessaires au service public sur la durée du contrat, mais aussi la transformation des ouvrages et des équipements existants, ainsi que leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion.

Ce contrat offre un mode de rémunération original étalée sur toute la durée du contrat, liée par des objectifs de performance, notamment l'amélioration du service rendu aux usagers et prévoyant par exemple des recettes annexes tels des versements directs par la personne publique ou des revenus provenant de la valorisation du domaine public.

Enfin, ce contrat s'inscrit sur une longue période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements et des modalités de financement retenues.

### C. CADRE JURIDIQUE

Le contrat de partenariat public-privé est un mode de financement contractuel dans lequel l'autorité publique fait appel à des prestataires privés pour financer un équipement concourant à une mission de service public, telle que la pratique d'une activité sportive. Cette forme de contractualisation entre investisseurs privés et personnes publiques se caractérise par un engagement sur le long terme et doit permettre une fonctionnalité au meilleur coût grâce à la combinaison d'offres de conception, de construction, de maintenance et d'exploitation.

### D. CONDITIONS

Aux termes de l'article L 1414-2 du Code Général des Collectivités Territoriales :

*"les contrats de partenariat ne peuvent être conclus que si, au regard de l'évaluation, il s'avère :*

**1°** *Que, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens*

*techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet ;*

**2°** *Ou bien que le projet présente un caractère d'urgence, lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, ou de faire face à une situation imprévisible ;*

**3°** *Ou bien encore que, compte tenu soit des caractéristiques du projet, soit des exigences du service public dont la personne publique est chargée, soit des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable que ceux d'autres contrats de la commande publique. Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage."*

La loi du 28 juillet 2008 a assoupli les conditions juridiques de recours au contrat de partenariat public-privé prévues par l'ordonnance du 17 juin 2004. Néanmoins, le contrat PPP est un contrat dérogeant au droit commun de la commande publique. Il convient donc de vérifier que l'on se situe dans l'une des trois hypothèses fixées à l'article L. 1414-2 du CGCT pour pouvoir recourir à un contrat de partenariat public privé.

#### 1) L'urgence

La définition de l'urgence a été donnée par le Conseil constitutionnel : *"l'urgence qui s'attache à la réalisation du projet envisagé est au nombre des motifs d'intérêt général pouvant justifier la passation d'un contrat de partenariat, dès lors qu'elle résulte objectivement, dans un secteur ou une zone géographique déterminés, de la nécessité de rattraper un retard particulièrement grave affectant la réalisation d'équipements collectifs..."*

Depuis la loi du 28 juillet 2008, *"le retard particulièrement grave"* se complète par *"le retard préjudiciable pour l'intérêt général"*. Cette disposition reste d'interprétation stricte. En effet, il faut démontrer que ce retard à disposer d'un ouvrage est *"préjudiciable à l'intérêt général"*.

#### 2) La complexité du projet

On est en présence d'un projet complexe lorsque la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir elle-même les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins, ou d'établir le montage financier ou juridique du projet.

La personne publique ne peut toutefois se borner à affirmer qu'elle n'est pas capable de définir les moyens susceptibles de répondre à ses besoins. Celui-ci doit démontrer que cela lui est objectivement impossible, au regard de la nature du contrat et de ses capacités internes.

#### 3) L'évaluation comparative

Cette dernière condition est plus ouverte. En effet, l'évaluation comporte une analyse sous la forme d'un

bilan coûts/avantages à caractère économique, financier, juridique et administratif. En d'autres termes, l'analyse a pour but de rechercher si l'opération peut être réalisée dans de meilleures conditions grâce au contrat de partenariat plutôt que d'utiliser des formes classiques : marché public ou délégation de service public notamment.

Le contenu du bilan favorable n'est toutefois pas précisé à ce jour puisque les textes réglementaires relatifs à la loi de 2008 qui ont été publiés n'apportent aucune précision sur ce point. Toutefois, il est clair que ce troisième cas de figure vise à faciliter l'utilisation des contrats PPP dans la droite ligne du plan de relance pour l'économie française.

De manière générale, la loi du 28 juillet 2008 facilite l'accès des PME aux contrats PPP, assouplit les conditions de financement de ces contrats et autorise désormais les groupements de collectivités à passer de tels contrats.

### E. CONCLUSION

Le PPP offre différents avantages :

- étalement de la dépense dans le temps grâce à un préfinancement privé qui peut être partiel ou total
- répartition et partage des risques entre les partenaires publics et privés
- meilleure coordination entre les acteurs à chacune des phases du projet
- obtenir un cofinancement privé
- réaliser un équipement rapidement
- confier une mission globale de conception, de construction, d'entretien, et de valorisation
- contracter sur une longue durée
- valoriser un espace nouveau d'activités et sans se limiter aux seules recettes générées directement par l'exploitation de l'équipement
- profiter de l'expérience de partenaires privés capables de mener un tel projet
- recouvrer, à terme, la pleine propriété des équipements réalisés

## . A RETENIR

Pour mener à bien un tel projet, il est nécessaire de répondre aux questions suivantes :

- Qui souhaite porter le projet ?
- Quelle est la nature et l'importance des financements apportés et recherchés ?
- Quels sont les contours exacts du projet ?
- Quel est l'échéancier ?

Ce n'est qu'après avoir répondu à ces questions qu'il est possible d'envisager la passation d'un contrat PPP. Ce dispositif demeure une procédure technique et relativement longue. En pratique, il est difficile de boucler une telle procédure en moins d'une année en raison notamment des règles de publicité, de mise en concurrence et de l'élaboration d'un programme opérationnel.

. Dossier Pratique

## Mettre en œuvre la rupture conventionnelle du contrat de travail

Mesure phare de la loi du 25 juin 2008, la rupture conventionnelle du contrat de travail constitue une nouvelle forme de rupture, d'un commun accord, du contrat de travail à durée indéterminée.

### Dans quels cas y recourir ? Quel intérêt, ?

Légalement, un contrat de travail à durée indéterminée ne peut être rompu qu'à l'initiative de l'employeur (licenciement) ou à l'initiative du salarié (démission). Pour autant, il peut arriver que les parties ne souhaitent plus continuer la relation de travail mais qu'aucune des deux ne veuille prendre la responsabilité de la rupture. Du côté de l'employeur, le licenciement peut constituer un risque et, du côté du salarié, démissionner ne permet pas de percevoir des indemnités, notamment d'assurance chômage. Ces situations de « blocage » de la relation de travail peuvent maintenant être résolues grâce au nouveau dispositif légal de rupture conventionnelle décrit ci-dessous.

### Comment procéder ?

#### • ETAPE 1 : Un ou des entretiens entre les parties

Les parties conviennent du principe de la rupture lors d'un ou plusieurs entretiens au cours desquels le salarié peut se faire assister :

- soit par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise, qu'il s'agisse d'un salarié titulaire d'un mandat syndical ou d'un salarié membre d'une institution représentative du personnel (délégué du personnel par exemple) ou tout autre salarié ;

- soit, en l'absence d'institution représentative du personnel dans l'entreprise, par un conseiller du salarié choisi sur une liste dressée par l'autorité administrative.

L'employeur a également la faculté de se faire assister quand le salarié en fait lui-même usage. Le salarié en informe l'employeur auparavant ; si

l'employeur souhaite également se faire assister, il en informe à son tour le salarié. Il peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise ou, dans les entreprises de moins de cinquante salariés, par une personne appartenant à son organisation syndicale d'employeurs ou par un autre employeur relevant de la même branche.

#### • ETAPE 2 : la signature d'une convention de rupture

La convention définit les conditions de la rupture et notamment le montant de l'indemnité spécifique de rupture qui ne peut être inférieure à l'indemnité légale de licenciement. Elle fixe la date de rupture du contrat, laquelle ne peut intervenir avant le lendemain du jour de l'homologation par la Direction du travail (cf. étape 3).

Attention : la rupture conventionnelle n'est pas une transaction, il n'y a donc pas lieu de faire état d'un quelconque litige et de concessions réciproques.

A compter de la signature de la convention, les deux parties disposent d'un délai de **15 jours calendaires** (c'est-à-dire de date à date) pour éventuellement se rétracter.

#### • ETAPE 3 : l'homologation

A l'issue du délai de **15 jours calendaires**, la partie la plus diligente adresse une demande d'homologation à la direction du travail. Cette demande s'effectue en utilisant un formulaire administratif auquel doit être joint un exemplaire de la convention (cf. modèle annexé au décret du 18 juillet 2008). L'administration dispose d'un délai de **15 jours ouvrables** pour s'assurer du respect des conditions requises et de la

liberté du consentement des parties. L'absence de décision de l'administration à l'issue du délai vaut homologation.

Attention : il convient d'être extrêmement précis et rigoureux dans l'établissement de la convention de rupture et du formulaire d'homologation. Les récents retours des Directions du travail démontrent qu'il peut y avoir refus d'homologation si les textes ne sont pas scrupuleusement respectés.

A savoir : une procédure spécifique existe pour les salariés titulaires d'un mandat et bénéficiant à ce titre d'une protection en matière de licenciement (articles L. 2411-1 et L. 2411-2 du Code du travail).

#### • ETAPE 4 : Etablissement du solde de tout compte

Une fois les délais passés, il faut établir le solde de tout compte du salarié à la date de rupture du contrat de travail prévu par la convention.

#### Quels droits pour le salarié ?

- Il bénéficie d'une indemnité spécifique de rupture dont le montant est fixé par la convention de rupture sans pouvoir être inférieur au montant de la nouvelle indemnité légale de licenciement. S'agissant du sort social et fiscal de cette indemnité versée au salarié, lorsqu'il n'est pas en droit de bénéficier d'une pension de retraite d'un régime légalement obligatoire, elle est exonérée pour la fraction qui n'excède pas :

- soit deux fois le montant de la rémunération annuelle brute perçue par le salarié au cours de l'année civile précédant la rupture de son contrat de travail, ou 50 % du montant de l'indemnité si ce seuil est supérieur, dans la limite de six fois le plafond annuel de sécurité sociale,
- soit le montant de l'indemnité de licenciement prévue par la convention collective de branche, par l'accord professionnel ou interprofessionnel ou, à défaut, par la loi.

- Il a par ailleurs droit à l'assurance chômage.

**Notre Avis : Ce dispositif est intéressant lorsque les parties sont d'accord sur le principe d'une rupture. Néanmoins, les consentements doivent être libres et éclairés, donc donnés en dehors de toute contrainte, faute de quoi la rupture pourrait être requalifiée en licenciement.**