

Reprise du personnel : une obligation renforcée d'information des candidats lors du renouvellement d'un contrat

- Le principe d'égalité de traitement des candidats commande aux collectivités territoriales, lors du renouvellement d'un contrat, de communiquer les informations concernant la masse salariale des personnels à reprendre, sans que puisse être invoqué le secret des affaires, et nonobstant la difficulté d'accéder à ces informations, de les contrôler et de les diffuser.

Auteur

Guillaume Gauch et Olivier Metzger,
avocats à la cour, cabinet Seban & Associés

Référence

CE 19 janvier 2011, Société technique
d'environnement et propreté (TEP),
req. n° 340773

Mots clés

Contrat public • Renouvellement •
Information des candidats • Contrat de
travail • Transformation • Reprise du
personnel • Contrat de service •

Le 19 janvier 2011, le Conseil d'État a rendu deux décisions intéressantes en matière de commande publique dont les conséquences pratiques sont importantes. S'il n'a pas pu échapper aux praticiens du droit public que la Haute Juridiction administrative a confirmé ce que certaines décisions des juridictions administratives de premier degré laissaient entrevoir, à savoir une remise en cause très importante de l'intérêt du référé contractuel au travers d'une limitation drastique des moyens invocables dans le cadre de cette action⁽¹⁾, la décision Société technique d'environnement et propreté (TEP)⁽²⁾, rendue le même jour, a, en revanche, pu passer plus inaperçue. Elle n'est pas pour autant dénuée d'un intérêt réel pour les acheteurs publics.

Par cet arrêt, le Conseil d'État a en effet poursuivi son entreprise jurisprudentielle concernant les informations devant être communiquées aux candidats par les personnes publiques lorsque ces dernières renouvellent leurs contrats de services.

I. Les règles relatives à la reprise du personnel lors du renouvellement d'un contrat

Qu'il s'agisse de l'article 16 du code des marchés publics, ou encore de l'article L. 1411-12 du code général des collectivités territoriales, ces derniers paraissent aujourd'hui, dans une certaine mesure, encadrer la durée des contrats publics et aucun contrat de « rente » n'est censé pouvoir perdurer. Mais cette remise en concurrence périodique peut avoir une conséquence

(1) Société Grand port maritime du Havre, req. n° 343435, note Louis Renouard, « La voie étroite du référé contractuel, notamment en procédure adaptée », CP-ACCP n° 108, mars 2011, p. 76.

(2) Req. n° 340773.

parfois encore mal appréhendée par les personnes publiques – même si cela tend naturellement à devenir de moins en moins vrai en raison, notamment, du contrôle du juge administratif et donc des précisions apportées par celui-ci – concernant leurs contrats de prestations de services, que ces derniers prennent la forme de marchés de prestations de service ou de contrats de gestion déléguée.

A) Le principe de la protection des personnels affectés à l'exécution du service et sa limitation

Lorsqu'une collectivité publique entend, par exemple, organiser la collecte de ses déchets ou souhaite faire entretenir ses locaux, l'un des principaux postes de dépenses réside dans la masse salariale des personnels affectés à la réalisation de ses prestations.

Le code du travail est très logiquement protecteur de ces personnels qui ne doivent pas, au gré des changements de titulaire des contrats publics, pouvoir être licenciés sans autre motif et sans aucune précaution. C'est pour cette raison que les collectivités publiques ont dû se familiariser avec le fameux ancien article L.122-12 du code du travail, aujourd'hui codifié aux articles L.1224-1 et suivants du même code, prévoyant la subsistance entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise de tous les contrats de travail en cours au jour de la modification, 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 ».

Toutefois, la Cour de cassation a pu juger que la poursuite des contrats de travail en cas de modification de l'employeur ne joue pas, en principe, dans le cas de la seule perte d'un marché public⁽³⁾.

Autrement dit, la simple perte d'un marché public ne suffit pas à caractériser une modification dans la situation juridique de l'employeur et par conséquent, n'entraînerait pas automatiquement l'obligation de reprise du personnel.

B) L'extension conventionnelle de l'obligation de reprise du personnel

Afin de contrer cette jurisprudence restrictive de la Cour de cassation, l'obligation de reprise du personnel a été conventionnellement étendue. C'est ainsi le cas, par exemple, concernant la convention collective nationale des entreprises de propreté. Les domaines dans lesquels les contrats des personnes publiques vont pouvoir déboucher sur une telle reprise du personnel sont dès lors assez nombreux (marché de nettoyage, collecte des ordures ménagères, restauration collective...).

De ce fait, il n'est pas rare que des dispositions rappelant aux candidats leur obligation en matière de reprise du personnel figurent dans le cahier des charges du contrat, étant précisé que les cas dans lesquels les personnes publiques sont elles-mêmes débitrices d'une telle obligation demeurent beaucoup plus limités (il s'agit notamment de certaines hypothèses de reprise en régie d'un service public géré auparavant en délégation de service public).

Cette obligation de reprise du personnel susceptible de peser sur les candidats à un contrat public va donc obliger les collec-

tivités publiques à communiquer aux candidats les informations adéquates concernant ces personnels.

C'est ce qu'est venu préciser le Conseil d'État dans son arrêt rendu le 19 janvier 2011.

II. L'obligation des personnes publiques de communiquer les informations relatives au personnel à reprendre

A) Communication des informations relatives à la masse salariale et égalité de traitement des candidats

Au cas d'espèce, la Ville de Paris avait lancé en 2009 une procédure d'appel d'offres pour le renouvellement de son marché de nettoyage des graffitis sur les immeubles, dans les aires de jeux et sur les ponts. Ce marché se composait de deux lots, pour lesquels la Société TEP avait été déclarée attributaire. La société Korrigan, titulaire sortant du lot n°2, a alors introduit un référé précontractuel. La société requérante reprochait à la Ville de Paris d'avoir violé le principe du respect de l'égalité de traitement en ne communiquant pas aux candidats le coût de la masse salariale des salariés du titulaire du précédent marché, alors même que la reprise desdits salariés était susceptible de s'appliquer au futur titulaire du marché renouvelé, cette information devenant alors un élément essentiel du marché, et que le titulaire sortant bénéficiait de cette information. La société requérante s'estimait lésée par une telle situation, directement pour le lot n°1 puisque ne bénéficiant pas des informations adéquates pour établir son offre, et indirectement pour le lot n°2 puisque les autres candidats ne bénéficiant pas des informations relatives à la masse salariale des personnels à reprendre – informations qu'elle-même détenait du fait de sa position de titulaire sortant – pouvaient établir des offres financièrement meilleures que la sienne mais sans commune mesure avec les charges auxquels ils auraient à faire face.

Le tribunal administratif de Paris a fait droit à la demande de la société Korrigan dans une ordonnance du 7 juin 2010⁽⁴⁾, qui vient d'être confirmée par le Conseil d'État le 19 janvier 2011.

Le Conseil d'État vient donc consacrer un droit à l'information des candidats en matière de masse salariale des personnels à reprendre, alors même que l'obligation de reprise du personnel ne ressortait que de l'application d'une convention collective étendue et que, par conséquent, seules certains types de candidats étaient susceptibles d'être débiteurs de cette obligation. Cette solution n'était d'ailleurs pas celle préconisée par le rapporteur public dans cette affaire, ce dernier ayant au contraire proposé aux juges de la Haute Juridiction administrative d'annuler la décision rendue par le juge des référés du tribunal administratif de Paris.

En effet, le rapporteur public, Nicolas Boulouis, a considéré que l'information précise sur la reprise du personnel, qu'une convention collective étendue rend impérative, n'est pas une obligation pour un pouvoir adjudicateur au regard de ses engagements en matière de transparence. En outre, l'égalité de traitement entre les candidats ne nécessite pas, selon lui, de fournir une telle information détenue par le seul titulaire sortant dès lors que l'information ne porte pas sur un aspect essentiel du futur contrat. Nicolas Boulouis conteste ce faisant une vision « proactive » de l'égalité de traitement qui ferait naître une

(3) Cour de cassation, assemblée plénière, 15 novembre 1985, Bull.civ. n°7 et 8; Cour de cassation, assemblée plénière, 16 mars 1990, Bull.civ. n°4.

(4) Société Korrigan, req. n°1008939.

obligation d'information là où une simple faculté à la discrétion des collectivités publiques serait possible

Si la solution préconisée par le rapporteur public pouvait apparaître empreinte de pragmatisme et était plutôt favorable aux collectivités publiques, le Conseil d'État ne l'a pas suivi et a bien considéré les informations relatives à la masse des personnels à reprendre comme constituant un élément essentiel du marché dont la communication était nécessaire pour assurer l'égalité entre les candidats.

B) Les informations relatives au personnel à reprendre : un élément essentiel du marché

En réalité, cet arrêt ne rompt pas véritablement avec les décisions qui avaient pu être rendues par les différentes juridictions administratives.

Ainsi, dès 1997, le Conseil d'État a pu annuler une décision de la cour administrative d'appel de Paris ayant écarté le moyen tiré de la méconnaissance par une personne publique du principe d'égalité entre les candidats à un appel d'offres en ne communiquant pas, malgré la demande d'un candidat, la liste des salariés à reprendre dans le cadre d'un marché de prestations de service de nettoyage⁽⁵⁾. La Haute Assemblée relevait alors que :

« En se bornant, pour écarter ce moyen, à relever que cette obligation de reprise résultait de dispositions extérieures au marché, connues de la société, et régissant uniquement les rapports entre employeurs et salariés, et qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'imposait, en l'espèce, à la RATP de fournir à tous les candidats la liste des personnels à reprendre, sans rechercher si cet élément d'information constituait un élément essentiel du marché dont tous les candidats devaient avoir été mis à même de prendre connaissance, la cour administrative d'appel a commis une erreur de droit. »

Poursuivant dans cette voie, le Conseil d'État en 1998 avait jugé, concernant un marché pour l'exploitation d'un réseau de transports urbains et scolaires que, dès lors que malgré des demandes renouvelées, une société n'a pu avoir communication des informations qu'elle sollicitait, notamment concernant la masse salariale des personnels à reprendre en application des dispositions du code du travail :

« Tous les candidats n'ont pas été mis à même de prendre connaissance des éléments essentiels de la convention leur permettant d'apprécier les charges du cocontractant et d'élaborer une offre satisfaisante ; que, par suite, dans les circonstances de l'espèce, la société Transports Galiero est fondée à soutenir que le principe d'égalité entre les candidats a été méconnu. »⁽⁶⁾

Ainsi, la Haute Juridiction administrative a depuis plusieurs années déjà reconnu que les informations relatives à la masse salariale des personnels à reprendre en application du code du travail, étaient un élément essentiel qu'il convenait de porter à la connaissance des candidats afin de respecter l'égalité de traitement entre les candidats.

Plus récemment, le tribunal administratif de Paris, dans une ordonnance du 29 juin 2009, est allé plus loin en mentionnant qu'il incombe aux pouvoirs adjudicateurs, compte tenu de l'obligation de reprise des personnels existant en matière de services de nettoyage, de :

« Communiquer, non seulement les éléments essentiels et nécessaires à la présentation d'une offre satisfaisante, mais aussi, sous réserve du respect

du secret des affaires, les informations privilégiées, seules détenues par les sortants, et susceptibles de leur donner un avantage décisif ; qu'au nombre de ces informations figurent le nombre de salariés à reprendre (et non pas seulement leur équivalent temps plein), la nature des contrats à reprendre, les avantages dont disposent les personnels, leur expérience, leur ancienneté et leur qualification, ces éléments étant susceptibles de faire varier sensiblement la charge salariale qui constitue, dans ce type de marchés, une part prépondérante du budget d'exploitation »⁽⁷⁾.

Une décision inverse peut toutefois être mentionnée par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Melun a pu écarter le moyen tiré du défaut de communication des informations relatives à la masse salariale des personnes à reprendre, au motif que l'élément relatif à la reprise du personnel n'avait pas été pris en compte lors de l'examen des offres, de sorte que le manquement allégué n'avait pu entraîner de méconnaissance du principe d'égalité de traitement entre les candidats⁽⁸⁾.

La décision du Conseil d'État du 19 janvier 2011 est donc une pierre supplémentaire à l'édifice jurisprudentiel en matière d'information à communiquer aux candidats lors du renouvellement de contrats de services afin de respecter le principe de transparence et de rétablir l'égalité de traitement entre les candidats, notamment entre le titulaire sortant et les autres candidats. Cela rejoignant bien souvent une préoccupation des collectivités publiques afin de sécuriser leurs contrats.

Mais cette œuvre jurisprudentielle renferme des conséquences pratiques bien réelles pour les collectivités publiques renouvelant leurs contrats. En effet, pour pouvoir fournir l'information pertinente aux candidats encore faut-il pouvoir y avoir accès et être en mesure de la diffuser.

III. La recherche de solutions permettant aux collectivités publiques d'assurer l'égalité de traitement

Le rapporteur public Nicolas Boulouis a pu, dans ses conclusions, pointer la difficulté pour la personne publique d'obtenir les informations relatives à la masse salariale des personnels à reprendre que seul le titulaire sortant détient.

Il s'agissait là de l'un des arguments invoqués en défense par la Ville de Paris dans le contentieux l'opposant à la société Korrigan, la Ville de Paris soutenant que la divulgation de telles informations aurait violé le secret des affaires.

Mais le Conseil d'État comme le tribunal administratif de Paris ont décidé de ne pas retenir un tel argument dès lors que le secret des affaires « ne peut être opposé que dans la limite du respect de l'obligation de l'égalité des candidats dans la mise en concurrence et que lesdites informations étaient, en l'espèce, nécessaires à l'établissement des offres ».

A) La récupération des informations relatives à la masse salariale des personnels à reprendre

Si l'on retient alors que la diffusion de telles informations ne contrevient pas au secret des affaires encore faut-il être en mesure de récupérer ces données. Là encore, il est fait appel

(5) CE 6 juin 1997, SA Société industrielle de nettoyage, req. n° 129437.

(6) CE, 13 mars 1998, SA Transports Galiero, req. n° 165238.

(7) TA Paris ordonnance, 29 juin 2009, Société Perfect Nettoyage SA, req. n° 0909822/6-1.

(8) 23 août 2010, Société TEP, req. n° 10-5548.

à la diligence des collectivités publiques alors même que, dans les faits, les moyens dont elles disposent, le cas échéant, pour imposer la communication de ces informations par le titulaire sortant sont limités. Au surplus, dans la mesure où cette communication a précisément pour objet et pour effet de permettre une véritable mise en concurrence, le titulaire sortant sera bien souvent réticent à s'y soumettre. Dès lors, le conseil qui pourrait être donné aux collectivités publiques serait d'intégrer une clause dans leur futur contrat obligeant le titulaire sortant à transmettre dans un délai déterminé avant le terme du contrat, les informations que lesdites collectivités publiques devront communiquer concernant le personnel à reprendre, et d'assortir cette clause des pénalités afférentes en cas de comportement fautif du titulaire sortant sur ce point. La situation pourrait toutefois être moins problématique dans le cadre des contrats de gestion déléguée dès lors que la personne publique obtiendra de son délégataire certaines informations par le biais des rapports annuels obligatoires retraçant la gestion du service public⁽⁹⁾.

(9) Cf. article R. 1411-7 I h) du code général des collectivités territoriales.

B) La vérification des informations transmises par le titulaire sortant

Mais, même dans cette hypothèse, comment contrôler la véracité des informations transmises par le titulaire sortant ? C'est cette fois dans la rédaction du cahier des charges du contrat en cours de renouvellement que pourrait se trouver la solution. Ainsi, la collectivité publique devra entourer la transmission de ces informations de toutes les réserves liées au fait qu'elle n'est pas à l'origine des données transmises et que dès lors ces informations ne sauraient engager sa responsabilité. Toutes ces précautions suffiront-elles en cas de contentieux à éviter qu'une juridiction administrative ne remette en cause une procédure de passation pour violation du respect de l'égalité de traitement entre les candidats ? Rien n'est moins sûr.

On le voit, cette nouvelle décision du Conseil d'État si elle tend à limiter l'avantage du titulaire sortant lors du renouvellement d'un contrat public, ne va pas pour autant simplifier la tâche des collectivités publiques pour sécuriser la passation de leurs contrats. ■