

Restauration collective et reprise du personnel

- L'attribution d'un marché ou d'une DSP de restauration à un nouveau titulaire soulève quelques questions quant au devenir des contrats de travail des salariés.
- En matière de restauration scolaire, la convention collective de branche prévoit une obligation de reprise du personnel, contraignant ainsi la personne publique à informer les candidats sur le personnel qui sera repris.
- En outre, dans le cadre de l'analyse des offres, cette obligation de reprise n'est pas sans conséquences.

Auteurs

Ludovic Myhié, consultant achats, directeur d'achats-marchés.fr, et Antoine Woimant, avocat associé, MCL Avocats

Référence

Texte...

Mots clés

Clause sociale • Contrat de travail • Convention collective • Mutualisation du personnel • Offre anormalement basse • Reprise du personnel •

POUR ALLER PLUS LOIN

Texte *avec* de l'italique...

Dans le cadre d'une procédure d'attribution d'une délégation de service public ou d'un marché public de restauration collective à un nouveau titulaire, il appartient à la personne publique de prendre toutes les dispositions nécessaires à la bonne application du principe de continuité des contrats de travail des salariés qui intervenaient jusque-là dans l'exécution du contrat précédent. Ce principe de la continuité des contrats est codifié à l'article L. 1224-1 du code du travail⁽¹⁾ qui consacre l'obligation de reprise du personnel dès lors qu'il y a transfert d'une entité économique autonome conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou maintenue. Néanmoins, il est de jurisprudence constante⁽²⁾ que la seule perte d'un marché ne caractérise pas une modification de la situation juridique de l'ex-titulaire du marché et exclue ainsi l'application automatique de l'article L. 1224-1.

Dans ces conditions, en l'absence de transfert d'entité économique autonome, une entreprise prestataire de service qui se voit attribuer un marché n'est pas tenue de poursuivre sur le fondement de l'article L. 1224-1 les contrats de travail des salariés employés par son prédécesseur. Elle l'est cependant dans la restauration collective sur le fondement des dispositions de la convention collective. La convention collective de branche applicable aux entreprises dont l'activité principale est la restauration scolaire⁽³⁾ est venue assurer l'obligation de reprise du personnel et s'impose au nouveau titulaire⁽⁴⁾.

(1) « 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. » article L. 1224-1 du code du travail (ex. article L.122-12).

(2) C. Cass. plén. 15 novembre 1985, Nova Services, req. n°82-40301 : JCP G 1986, II, 20705, note G. Flécheux et M. Bazex — C. Cass. soc. 6 novembre 2002, req. n°00-43487 : RJS 1/2003, n° 10 — CJCE 11 mars 1997, Ayse Sützen, aff. C 13/95, point 16 ; préc. solution : C. Cass. soc., 15 février 1978 : Bull. civ. 1978, V, n° 105.

(3) En l'occurrence la convention collective nationale des entreprises de restauration de collectivités du 20 juin 1983 étendue par arrêté du 2 février 1984.

(4) Convention collective - titre III - Contrat de travail - Poursuite des contrats de travail (article 33-3) (Modifié par l'avenant à l'avenant n°3 du 1^{er} décembre

Il est difficile d'imposer une remise en concurrence régulière des différents prestataires, que ce soit dans les marchés publics ou les délégations de services publics, sans assurer une certaine stabilité aux salariés de ces entreprises⁽⁵⁾. Si cette obligation de reprise du personnel pèse sur le nouveau titulaire, elle impose néanmoins à la personne publique certaines contraintes dans l'élaboration du dossier de la consultation ou dans l'analyse des offres.

I. L'obligation d'information des candidats

La première contrainte pour la personne publique est l'obligation d'information des candidats sur le personnel qui sera repris en cas d'obtention du contrat. L'obligation de transmission aux candidats des données essentielles relatives à la masse salariale affectée par le titulaire historique à l'exécution des prestations contractuelles est l'une des manifestations du principe de liberté d'accès à la commande publique : la masse salariale est en effet l'une des principales composantes du coût des entreprises. L'élaboration d'un *pricing*⁽⁶⁾ ou la définition d'une politique commerciale pour obtenir le maximum de points sur le critère financier tout en exécutant un contrat équilibré du point de vue des charges suppose donc l'accès à cette information essentielle.

L'équilibre de la proposition faite par les candidats devra dès lors être apprécié par la personne publique en dissociant la notation, donc la valorisation des offres, de l'appréciation de leur recevabilité dont la différence en matière de restauration est subtile. Si, en matière de délégation de service public, cette obligation a été consacrée depuis 1998⁽⁷⁾, ce n'est que récemment que le Conseil d'État a précisé le cadre de l'obligation d'information des candidats pour les marchés publics.

Par des arrêts du 19 janvier 2011⁽⁸⁾ et du 16 mars 2011, le Conseil d'État a considéré que le pouvoir adjudicateur portait atteinte aux principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats en refusant de produire « les informations relatives à la charge salariale et en renvoyant leur divulgation à un stade postérieur à la signature du marché, alors que les entreprises sortantes disposaient de renseignements plus précis leur permettant de soumissionner efficacement »⁽⁹⁾.

1989 Modifié par l'avenant n° 21 du 21 février 1997 - Complété par l'avenant n° 2 à l'avenant n° 3 du 27 mai 2009 (extension demandée) : « a) Une entreprise entrant dans le champ d'application du présent avenant qui se voit attribuer un marché précédemment confié à une autre entreprise entrant également dans le champ d'application du présent avenant est tenue de poursuivre les contrats de travail des salariés de niveau I, II, III, IVA, à l'exception du personnel de statut agent de maîtrise, employés par le prédécesseur pour l'exécution exclusive du marché concerné, dans les mêmes conditions fondamentales d'exploitation. »

(5) La situation est différente pour les entités qui n'entrent pas dans le champ d'application des conventions collectives, comme c'est le cas avec les associations d'insertion professionnelle qui interviennent désormais sur les marchés où peu de qualification est requise, marché de propreté notamment. Sur ce point la jurisprudence de la Cour de cassation vient de confirmer que ces associations d'insertion n'avaient pas l'obligation de reprendre le personnel du candidat « sortant » (C. Cass. soc. 28 septembre 2011, Asso. Régie nord littoral, req. n°10-10381, n°H 09-68306, S 09-71512). La restauration collective n'est néanmoins pas encore concernée par ce problème.

(6) *Élaboration d'une politique adaptée des prix par l'entreprise, prenant en compte la qualité des produits, le prix de fabrication, les prix pratiqués par la concurrence...*

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

(8) CE 19 janvier 2011, Sté TEP, req. n°340773.

(9) CE 16 mars 2011, Synd. mixte de traitement des ordures ménagères centre ouest seine et marnais, req. n°344329

Ces jurisprudences s'appliquent parfaitement aux marchés de service de restauration collective puisqu'elles visent d'une part, l'obligation de reprise du personnel résultant d'une convention collective étendue et, d'autre part, les prestations où le coût de la masse salariale est un « élément essentiel du marché ».

Néanmoins, si la personne publique a l'obligation de fournir les informations sur le personnel en place, aucune jurisprudence ni même aucun texte ne viennent contraindre les titulaires sortants à communiquer ces informations. L'absence de sanction réglementaire ou légale oblige la personne publique à prévoir dans ces contrats, que ce soit dans la convention de délégation de service public ou dans le marché public, une disposition imposant en fin de contrat la communication de ces informations en prévoyant des sanctions financières en cas de non-respect de cette obligation. Cette clause n'est pas irrégulière ou abusive puisque le Conseil d'État a confirmé que la divulgation de ces informations ne pouvait « être regardée comme constitutive du secret des affaires »⁽¹⁰⁾.

II. La reprise du personnel dans l'analyse des offres anormalement basses

Le Conseil d'État⁽¹¹⁾ vient de consacrer au juge du référé précontractuel le pouvoir de contrôler si le pouvoir adjudicateur n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en écartant une offre comme étant anormalement basse⁽¹²⁾ ou, à l'inverse, en attribuant le marché à une offre anormalement basse. Il élargit encore la compétence du juge du référé précontractuel sur l'application de l'article 55 du code des marchés publics, considérant donc que cette appréciation fait partie des obligations de publicité et de mise en concurrence qui pèsent sur les pouvoirs adjudicateurs.

Outre le fait qu'elle remet en question le pouvoir discrétionnaire des personnes publiques sur la phase de détection de l'offre anormalement basse, cette jurisprudence impose au pouvoir adjudicateur d'intégrer la reprise du personnel comme un des éléments du « faisceau d'indices » à prendre en compte dans les différentes phases de la procédure de l'article 55 : détection, enquête et décision (notation ou rejet de l'offre). Le principe est simple : il n'est pas possible d'attribuer un marché à une entreprise méconnaissant les règles du droit de la concurrence, dont le principe de sincérité des prix lu à l'aune des conventions collectives imposant le périmètre financier (base salariale minimum et salaires planchers).

Le pouvoir adjudicateur doit donc, pour apprécier la recevabilité des offres, modéliser leurs coûts : combien de personnes affectées, quelle ancienneté, quelle affectation, quelle durée, quelles charges fixes, variables... L'analyse des coûts doit être dissociée de l'évaluation du prix en ce qu'elle permet simplement de comprendre comment le candidat a « pricer » son offre, donc de détecter les éléments de sous-évaluation (ratio nombre de personnels, prix de l'unité d'œuvre, etc.).

(10) *Ibid*, CE 19 janvier 2011, Sté TEP.

(11) CE 1^{er} mars 2012, Dpt de Corse-du-Sud, req. n°354159 : CP-ACCP, n°122, juin 2012, p. 84, note O. Févrot.

(12) Code des marchés publics, art. 55 : « Si une offre paraît anormalement basse, le pouvoir adjudicateur peut la rejeter par décision motivée après avoir demandé par écrit les précisions qu'il juge utiles et vérifié les justifications fournies. »

Le premier enseignement que l'on peut y voir à ce stade est avant tout que la précision de l'analyse des coûts, donc celle de l'offre anormalement basse, est conditionnée par la précision de la décomposition des prix globaux forfaitaires retenus par la personne publique.

Pour autant, au-delà de la connaissance des coûts supportés par le futur titulaire, le pouvoir adjudicateur doit comprendre la stratégie commerciale sous-tendue par les offres en présence et leur articulation avec d'autres contrats détenus par ces mêmes entreprises. À cet égard, le Conseil d'État a estimé que « si le coût correspondant à la reprise de salariés imposée par les dispositions du code du travail ou par un accord collectif étendu constitue un élément essentiel du marché, dont la connaissance permet aux candidats d'apprécier les charges du cocontractant et d'élaborer utilement une offre, le prix de cette offre ne doit pas nécessairement assurer la couverture intégrale de ce coût, compte tenu des possibilités pour l'entreprise de le compenser, notamment par le redéploiement des effectifs en son sein ou, si l'exécution de ce marché n'assure pas un emploi à temps plein des salariés concernés, de la possibilité de leur donner d'autres missions et donc de n'imputer, pour le calcul du prix de l'offre, qu'un coût salarial correspondant aux heures effectives de travail requises par la seule exécution du marché »⁽¹³⁾.

Cet arrêt permet de comprendre tout l'intérêt du dispositif de détection des offres anormalement basses mis en œuvre par l'article 55 du code des marchés. L'analyse des coûts des candidats permet la présomption d'offres anormalement basses, présomption réfragable par les dispositifs de péréquation éventuellement appliqués par les candidats.

À l'inverse, la mutualisation du personnel, si elle peut apporter la preuve de la régularité des prix proposés et donc le respect des règles du droit de la concurrence, peut tout autant créer un obstacle à l'application même du dispositif de reprise du personnel. C'est le cas par exemple lorsque, parmi l'ensemble contractuel dont est titulaire l'entreprise sortante sur un même secteur géographique, un seul contrat est remis en concurrence. Seule cette dernière pourra mutualiser ses ETP⁽¹⁴⁾ ; les autres devront soit procéder à un redéploiement, si le plan de charge de l'entreprise le permet, soit, à l'inverse, provisionner leur licenciement.

Ce mécanisme à double visage explique donc que le secteur concurrentiel ne soit pas composé de PME mais de grands groupes pouvant plus aisément mutualiser le personnel en reprise. Le dispositif social poursuivi par le texte, allié aux impératifs du droit de la concurrence, abouti assez paradoxalement à la structuration d'un marché oligopolistique⁽¹⁵⁾.

III. L'insertion professionnelle dans les marchés publics et la reprise du personnel

Plusieurs articles du code des marchés publics permettent à la personne publique de proposer une clause sociale dans le

cahier des charges de ses marchés. Avec l'article 14 du code, la personne publique peut imposer au titulaire du marché de réserver un volume d'heures de travail à des personnes en difficulté d'insertion. L'insertion est alors une condition d'exécution du marché à laquelle le titulaire ne peut déroger.

À l'inverse, les dispositions de l'article 53 du code permettent d'intégrer l'insertion professionnelle comme critères d'attribution du marché. L'insertion n'est pas une obligation pour le candidat mais l'absence de disposition aura *de facto* une incidence négative sur la note finale de son offre.

L'article 53 peut être mis en œuvre seul ou associé à l'article 14. L'utilisation de clauses sociales dans les contrats de restauration collective à du sens dans la mesure où la part main-d'œuvre est importante. De fait, les prestations réalisées par ce biais ne se limiteront pas à de la simple manutention sans réelle visée socialisante.

Un tel dispositif ne mérite cependant pas d'être simplement déclaratif. Que les clauses sociales soient imposées par le marché au titre de l'article 14 du code ou qu'elles soient induites par les critères de choix utilisés par le pouvoir adjudicateur, les conditions de suivi, de contrôle, de sanction ou de valorisation de la performance doivent systématiquement être prévues dans le contrat. Plusieurs collectivités constatent en effet un décalage entre les objectifs initiaux d'insertion et les résultats réels obtenus... Or, le recours à l'insertion⁽¹⁶⁾ par les dispositions de l'article 14 et/ou 53 du code pour les marchés de prestation de service pour la restauration collective peut poser des difficultés au candidat « entrant » pour la reprise du personnel lorsqu'elle n'existait pas dans le précédent marché. Le candidat « entrant » doit à la fois reprendre le personnel existant et intégrer du personnel en réinsertion. Des difficultés se présentent également lorsque les obligations d'insertion n'ont pas été appliquées par le candidat « sortant ». En effet, dans les informations qu'il communique sur le personnel existant, la jurisprudence ou la convention collective ne l'obligent pas à faire apparaître le personnel en réinsertion. De fait, le nombre de personnes à reprendre ne permet pour le candidat entrant de déduire celles des personnes mobilisées au titre d'une clause sociale. Dans l'hypothèse où le candidat sortant n'a pas entièrement respecté son obligation, des embauches supplémentaires non provisionnées au stade de la candidature devront être effectuées, source d'avenant évidente.

Conclusion

La reprise du personnel dans les conventions de restauration collectives mérite donc d'être pensée sous une double optique juridique et achat, en ce qu'elle permet à la fois de sécuriser la procédure et les gains qualitatifs à périmètre économiquement maîtrisé, si son impact est évalué en amont et non découvert en aval. ■

(13) CE 1^{er} mars 2012, Dpt de Corse-du-Sud, préc.

(14) Équivalent temps plein.

(15) Un marché oligopolistique est un marché pour lequel une minorité d'offres répondent à la majorité de la demande.

(16) Les dispositions de l'article 15 du code des marchés publics qui permettent de réserver des lots du marché à une entreprise adaptée ou un Établissement et service d'aide par le travail (Esat) ne sont pas utilisées dans le cadre de la restauration collective car peu adaptée à ce secteur d'activité.