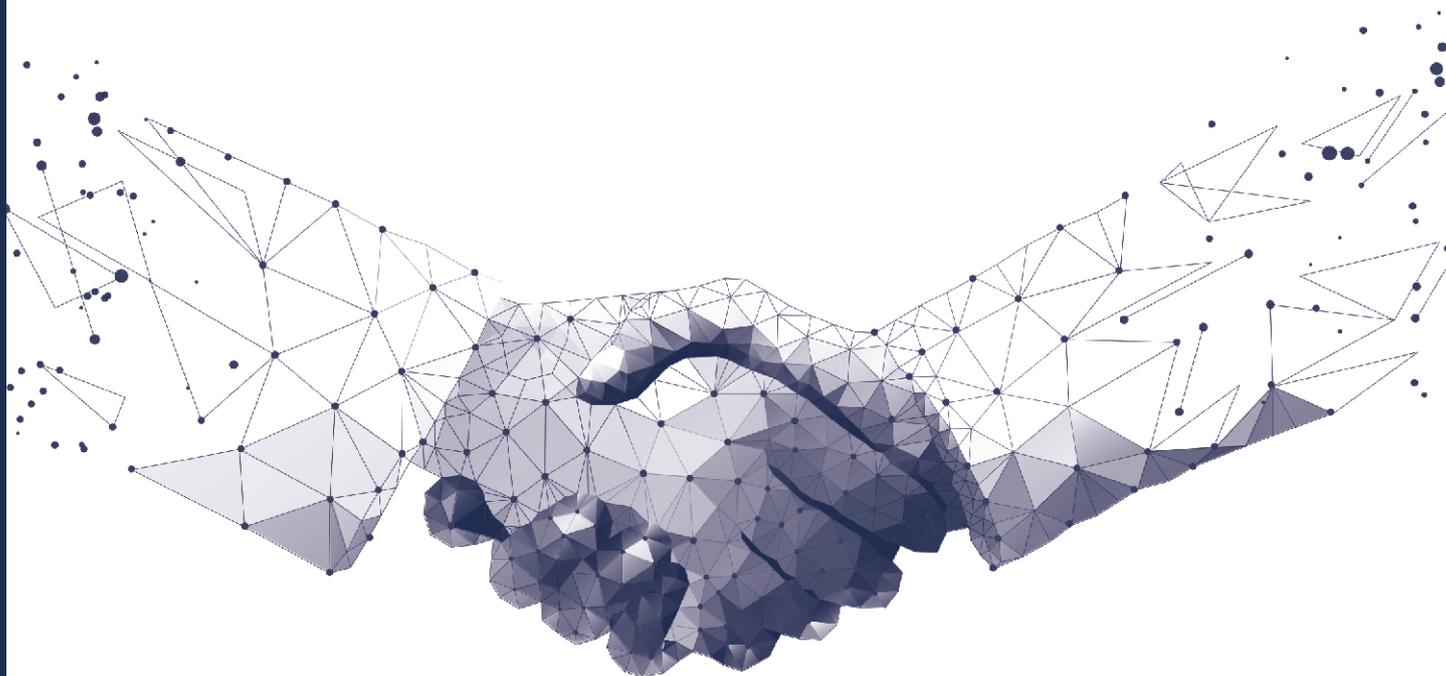


# COMMANDE PUBLIQUE ET PÉRENNISATION DE L'EMPLOI



OLIVIER **DESAULNAY**

PROFESSEUR DE DROIT PUBLIC, *UNIVERSITÉ DE LA RÉUNION*

AVEC LA COLLABORATION DE :

GRÉGORY **KALFLÈCHE**

PROFESSEUR DE DROIT PUBLIC, *UNIVERSITÉ TOULOUSE 1 – CAPITOLE*

CATHY **POMART**

MAÎTRE DE CONFÉRENCES HDR EN DROIT PRIVÉ, *UNIVERSITÉ DE LA RÉUNION*

ELOÏSE **GEERS**

DIPLÔMÉE DU MASTER DROIT PUBLIC, *UNIVERSITÉ DE LA RÉUNION*

# COMMANDE PUBLIQUE ET PÉRENNISATION DE L'EMPLOI



# SOMMAIRE

**Mot de Monsieur Jacques BILLANT, Préfet de La Réunion ..... 9**

**Préface de Monsieur Dominique VIENNE, Président du HCCP..... 11**

**Avant-propos de Madame Cathy POMART, Directrice du Centre de recherche juridique..... 13**

## **1. LA DIMENSION JURIDIQUE DE LA PRÉSERVATION DE L'EMPLOI DANS LA COMMANDE PUBLIQUE ..... 17**

### **1.1. Les régimes juridiques de garantie d'emploi hors la commande publique ..... 17**

1.1.1. Le régime légal de transfert de plein droit des contrats de travail .....18

- Un régime aux conditions d'application strictes
- L'applicabilité limitée du régime légal dans l'hypothèse du renouvellement d'un contrat de la commande publique
- Un régime très favorable aux salariés transférés

1.1.2. Les régimes conventionnels de reprise des salariés .....27

- La notion de transfert conventionnel du contrat de travail
- Des conditions d'application variables
- Les effets de l'application d'un régime conventionnel de reprise sur le contrat de travail

### **1.2. La reprise d'emploi insérée au sein de la commande publique ..... 33**

1.2.1. Les clauses juridiquement impossibles.....33

- La clause imposant directement le transfert de contrats de travail
- La clause imposant l'application d'un régime conventionnel de reprise

1.2.2. L'unique clause envisageable : la clause de préservation de l'emploi .....35

- L'objet de la clause de préservation de l'emploi
- La faculté reconnue à l'autorité publique contractuelle d'insérer une clause de préservation
- Les conditions du recours à une clause de préservation de l'emploi
- Les effets de la clause de préservation de l'emploi

## 2. LES ENJEUX OPÉRATIONNELS DE LA PRÉSERVATION DE L'EMPLOI DANS LA COMMANDE PUBLIQUE ..... 47

### 2.1. L'information sur la reprise adaptée à la commande publique ..... 47

#### 2.1.1. L'information sur le dispositif de reprise à la charge de l'autorité contractuelle ..... 50

- Une bonne pratique en matière de transfert légal ou conventionnel de contrats de travail
- L'obligation de transparence à l'égard du dispositif contractuel de préservation de l'emploi

#### 2.1.2. L'obligation d'information des candidats sur la masse salariale de reprise mise à la charge de l'autorité contractuelle.....52

- Une obligation fondée sur le principe d'égalité de traitement des candidats
- Les implications pratiques de l'obligation d'information sur la masse salariale à reprendre

#### 2.1.3. L'information des salariés antérieurement au transfert de leur contrat de travail ..... 59

- La commande publique demeure largement étrangère à l'information préalable du salarié transférable
- Disparité des régimes de reprise quant à l'information du salarié

#### 2.1.4. L'information de la collectivité publique sur la réalisation de l'opération de reprise de personnel ..... 61

- L'information négligeable de la collectivité publique par l'attributaire quant à la réalisation du transfert légal ou conventionnel
- L'information capitale de la collectivité publique quant à la bonne exécution de la clause sociale de préservation de l'emploi

### 2.2. L'articulation de l'action d'insertion avec le transfert de salariés ..... 64

#### 2.2.1. Une priorité indispensable de la reprise sur l'insertion.....64

- Une obligation juridique en cas de reprise légale ou conventionnelle
- Une nécessité logique dans l'hypothèse d'une clause de préservation de l'emploi

#### 2.2.2. Les modalités de la priorité de la reprise sur l'insertion.....65

- L'élaboration d'une formule de pondération de l'insertion par la reprise
- La présentation de la formule de pondération au sein de la clause sociale d'insertion

### 2.3. Anticiper la reprise de personnels au sein de la commande publique ..... 68

#### 2.3.1. Identifier les situations contractuelles appelant une reprise de personnels .....69

- La rareté des situations contractuelles ouvrant droit au transfert légal du contrat de travail
- Des dispositifs conventionnels désormais habituels dans le périmètre de la commande publique
- L'appréciation de la faisabilité du dispositif contractuel de préservation de l'emploi

#### 2.3.2. Accompagner le processus de reprise de salariés.....75

- Insérer une clause d'anticipation d'une reprise de salariés dans le contrat initial
- Établir des échanges préalables à la consultation
- S'adjoindre les services d'un facilitateur des clauses sociales

#### 2.3.3. Systématiser le principe de la continuité de l'emploi au côté de l'insertion ..... 79

- Inscrire la continuité de l'emploi dans le nouveau Plan National pour un Achat Durable (PNAD)
- L'inscription de l'objectif d'emploi durable dans un Schéma de Promotion de l'Achat Socialement Responsable (SPASER)

## ANNEXE 1. GUIDE OPERATIONNEL..... 83

## ANNEXE 2. CLAUSIER ..... 84

### 1. Les clauses relatives à l'opération de reprise de salariés ..... 84

#### 1.1. Un simple rappel générique dans l'hypothèse d'une reprise légale ou conventionnelle.....84

#### 1.2. Une authentique obligation d'exécution dans l'hypothèse d'une reprise contractuelle.....86

- L'adjonction d'une condition de régularité des offres
- La clause de préservation de l'emploi

### 2. Les clauses relatives à l'information sur la masse salariale de reprise ..... 88

#### 2.1. La clause d'information préalable des candidats sur la masse salariale de reprise .....88

#### 2.2. La clause d'anticipation d'une reprise.....90

### 3. La clause de pondération de l'insertion par la reprise ..... 91

# LE MOT DU PRÉFET DE LA RÉUNION

**Monsieur Jacques Billant**

“

Un des enjeux prioritaires communs des différentes institutions de La Réunion est de réussir ensemble à faire de la commande publique un acte de transformation et de développement socio-économique du territoire réunionnais.

L'État soutient notamment les actions du HCCP, espace de plus en plus important d'échanges autour des enjeux de la commande publique sur le plan technique mais encore plus sur le plan politique

Il est fondamental de faire jouer tous les leviers de la commande publique pour permettre à notre économie de surmonter les difficultés structurelles et conjoncturelles auxquelles elle fait face, et donc de voir l'avenir de façon plus sereine qu'on peut le faire aujourd'hui.

Parmi ces outils, le Livre Blanc rédigé par le Professeur DESAULNAY et ses collaborateurs permet aux acheteurs publics d'obtenir de précieuses informations en cas de renouvellement d'un contrat de la commande publique qui génère régulièrement des mutations sociales susceptibles d'impacter les salariés d'entreprises privées.

En s'appuyant sur les aspects juridiques et opérationnels liés à la préservation de l'emploi dans la commande publique, particulièrement détaillés dans cet ouvrage, les services en charge des achats publics pourront mieux appréhender et anticiper la reprise de personnels dans les marchés; cette dernière est parfois mise en œuvre, mais elle pourrait également être renforcée.

Les outils mis en place par l'État, notamment le Plan National pour les Achats Durables (PNAD) 2022-2025 vont dans ce sens et il convient désormais que les acheteurs publics se les approprient. En effet, notre objectif est de pérenniser une commande publique responsable et durable, et de maximiser ses retombées économiques et sociales au profit de l'écosystème des entreprises de La Réunion.

Merci pour ce travail remarquable et nul doute que, tous ensemble, nous arriverons à améliorer la situation des entreprises réunionnaises, à accompagner leur essor et de ce fait celle des Réunionnais.

”

# PRÉFACE

**Dominique VIENNE**

Président du Haut Conseil à la Commande Publique (HCCP)

“

Le Haut Conseil de la Commande Publique (HCCP) est une instance unique en son genre qui soutient activement depuis 2019 l'ensemble des acteurs qui ont intérêt à ce que la commande publique soit bénéfique pour le territoire de La Réunion : élus, filières économiques, cadres administratifs et praticiens. L'Université en fait partie, c'est une chance pour le HCCP.

A l'image d'un Parlement de la commande publique, le HCCP agit pour l'intérêt général et le bien commun. C'est une instance d'intelligence collective et de concertation territoriale dont la finalité est de faire de la commande publique un levier de développement socio-économique, responsable, durable et résilient en portant sa réflexion et ses travaux vers quatre objectifs.

Tout d'abord, la mise en réseau et la mutualisation qui nécessitent et favorisent un esprit de confiance et incitent à mener les échanges et les travaux dans une direction commune. Le HCCP est parvenu à mettre en réseau plus de 450 acteurs, à mettre en place 8 groupes couvrant les thématiques prépondérantes de la commande publique et à éditer plusieurs chartes pour engager les acteurs dans des démarches vertueuses y compris dans le contexte de crise qu'on connaît. Ce Parlement de la commande publique favorise la mutualisation des ressources ainsi que le partage des bonnes pratiques.

Mise en réseau et mutualisation sont les préalables nécessaires à la mise en œuvre d'actions concrètes pour améliorer la performance de la commande publique et la maximisation des retombées socio-économiques qui est au cœur du HCCP.

La réussite de la commande publique relève de la responsabilité des élus, des acheteurs et des entreprises. C'est donc l'affaire de tous et de chacun, car sans dialogue et sans confiance, nulle avancée possible. L'enjeu commun partagé par chacun des acteurs du HCCP est donc de réussir ensemble à faire de la commande publique un acte de transformation et de développement socio-économique de notre beau territoire Réunionnais.

Aussi, je félicite le professeur Olivier DESAULNAY pour cette contribution à la professionnalisation de la commande publique, réalisée autour d'une thématique d'actualité, très rarement étudiée et analysée, qui est la pérennisation de l'emploi dans les marchés publics.

Ce travail de grande qualité réalisé avec son équipe permet de mieux appréhender la reprise des salariés en cas de changement d'attributaire d'un marché. Nul doute que la diffusion de ce Livre Blanc aura des répercussions pour les entreprises concernées et pour leurs salariés, je lui souhaite un très grand nombre de lecteurs.

”

# AVANT-PROPOS

## Cathy POMART

Maître de conférences HDR en droit privé  
Directrice de Centre de recherche juridique (CRJ) de l'Université de La Réunion

“

Qu'advient-il des emplois générés dans le cadre d'un marché public ou d'une concession lorsque celui-ci ou celle-ci touche à sa fin ? Comment accompagner au mieux les bénéficiaires vers une pérennisation de leur emploi en capitalisant sur leur montée en compétences au bénéfice des usagers ? Comment sortir d'une logique de contrats précaires et prévenir les licenciements par les outils qu'offre la commande publique ? Faut-il envisager la pérennisation des emplois de l'ensemble des salariés ou seulement de certains d'entre eux sur des missions stratégiques pour un service public de qualité ? Voici un aperçu, en quelques questions, des interrogations qui ont présidé au lancement de l'étude consacrée à la commande publique et à la pérennisation de l'emploi.

Ce projet de recherche engagé depuis le début de l'année 2021 aboutit en juin 2022 à la restitution d'un livre blanc. Il est né de la rencontre du *Centre de Recherche Juridique* (unité de recherche de l'Université de La Réunion) et du GET 974, dirigé par M. Richard RUZ GUINDOS. Cette association est impliquée dans le transport urbain et scolaire et le service à la personne sur le territoire réunionnais. Le partage de préoccupations communes pour la région a conduit à un co-financement de ce projet de recherche par l'Université de La Réunion et ce partenaire associatif dynamique.

Cette démarche consistant à porter des études qui font sens à La Réunion et qui répondent à des enjeux locaux évidents mais dont les conclusions peuvent être exportables vers d'autres régions est une démarche devenue naturelle pour le Centre de Recherche Juridique. Les chercheurs du laboratoire se sont investis de plus en plus notablement, au fil des années, pour prendre à bras le corps les problématiques du territoire et apporter leur contribution en vue d'enclencher des prises de conscience ou d'amplifier des dynamiques locales voire nationales visant à

proposer des solutions innovantes. On songe ici, par exemple, à l'étude consacrée aux féminicides à La Réunion entre 2006 et 2019 portée en partenariat avec l'IRTS de La Réunion et l'Observatoire Réunionnais sur les Violences intrafamiliales (2020), au projet consacré à l'étude des politiques publiques à La Réunion (2019-2022), à l'étude portant sur le risque requins en lien étroit avec le Centre Sécurité Requin (en cours), à l'étude concernant la planification maritime (2019), au colloque consacré à la Gestion des déchets (2022), à l'étude relative à l'accès aux droits et au maintien à domicile des seniors commandée par la SHLMR et Action logement (2022), au colloque à venir qui s'intéressera aux changements climatiques et aux dérèglements juridiques (sept. 2022), etc.

Sur la question de la commande publique et de la pérennisation de l'emploi, une équipe de recherche s'est donc constituée au sein du Centre de Recherche Juridique de l'Université de La Réunion autour de M. Olivier DESAULNAY, Professeur de droit public, qui s'est impliqué sans relâche pour mener à son terme ce projet. M. Grégory KALFLECHE, Professeur de droit public à l'Université de Toulouse 1, membre associé au centre et spécialiste de la commande publique, Mme Cathy POMART, Directrice du centre et Maître de Conférences HDR en droit privé et Mme Éloïse GEERS, stagiaire diplômée d'un master de droit public lui ont prêté main forte pour organiser des temps d'échanges privilégiés et discuter les conclusions à la faveur de l'avancée des réflexions.

Le cœur de l'étude porte sur ce qu'il est convenu d'appeler la reprise de salariés. L'expression un brin sibylline renvoie à la notion juridique de transfert de contrats de travail d'un employeur vers un autre. Dans sa dimension technique et juridique, il s'agit d'une modification du contrat de travail qui suppose un acte RH qui prend généralement la forme d'un avenant précédé par une convention de transfert de

salariés accompagnant l'opération de restructuration (conventions bi ou tripartites entre les entreprises). L'élément alors modifié est l'identité même de l'employeur des salariés repris. Mais, dans certaines hypothèses, la modification peut porter sur les conditions salariales.

Il est important d'insister sur la cause de cette modification du contrat de travail. Elle est toujours la conséquence d'un changement dans la situation juridique de l'employeur sous l'effet de diverses opérations qui affectent son activité économique (la cession d'un bail commercial, d'une clientèle, d'une patientèle et de locaux, la cession d'actifs d'une entreprise ou d'une activité commerciale). On observe également le phénomène lorsqu'une entreprise décide de changer de prestataire de services. Le titulaire du contrat subit une perte de marché entraînant sous certaines conditions le transfert des salariés vers le nouveau prestataire. Cela se pratique couramment dans les domaines du gardiennage, du nettoyage de locaux, d'entretiens d'espaces verts, etc. La reprise de salariés est donc toujours conçue comme un accessoire à une opération économique principale qui se caractérise, pour le droit positif, en un transfert d'activité économique.

Ce n'est donc que sous certaines conditions que le droit positif admet qu'une entreprise se voit imposer un ou plusieurs salariés, écornant au passage la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle reconnues à celle-ci et qui lui confèrent une autonomie de gestion et d'organisation. C'est au nom d'un impératif de stabilité des contrats de travail que le droit propose d'atténuer les effets encourus par le salarié du fait de modifications dans la situation de l'employeur. Une certaine équité sociale, la volonté de protéger le salarié et ses conditions de développement ont milité très tôt pour réduire le jeu des grands principes qui forgent le cadre libéral de notre économie et de notre société. Il ne faut pas perdre de vue cet équilibre subtil toujours recherché entre les libertés économiques et la justice sociale. Il justifie aujourd'hui la politique d'insertion par l'emploi portée par la commande publique ; il fonde tout autant les régimes juridiques visant à encadrer la continuité de l'emploi.

Il est vite apparu une importante disparité entre les secteurs privé et public dans leur traitement respectif de l'objectif de l'emploi durable. Les entreprises privées ont l'habitude de manier les règles juridiques de la reprise, lesquelles sont largement documentées et sont le fruit d'une jurisprudence judiciaire particulièrement fournie. En revanche, l'activité contractuelle des personnes publiques, spécialement celle gravitant dans le périmètre de la commande publique (marché et concession), sans être hermétique à la problématique,

demeure largement extérieure au phénomène. Pourtant, force est de constater que le renouvellement d'un contrat de la commande publique qui parvient à son terme entraîne des mutations sociales susceptibles d'impacter les salariés d'une entreprise privée affectés à l'exécution des prestations objet du contrat. En effet, au terme de la procédure de mise en concurrence, l'entreprise n'est nullement garantie de demeurer le titulaire du marché public ou du contrat de concession. Autrement dit, elle peut être évincée de la consultation au profit d'un nouvel opérateur économique, dont l'offre sera jugée économiquement la plus avantageuse à l'issue de l'appréciation du mérite respectif des offres par l'autorité publique contractuelle. Du point de vue de l'activité économique, celle-ci connaît donc un transfert de l'entreprise sortante, anciennement titulaire, vers l'entreprise entrante, nouvel attributaire, sous l'effet de la décision d'attribution de la prestation prise par l'autorité publique contractuelle. Du point de vue des salariés affectés à l'activité économique transférée, se pose la question de savoir si la perte du marché ou de la concession par leur employeur au profit d'une nouvelle entreprise peut entraîner le transfert concomitant de leurs contrats de travail et, au terme de l'opération, leur intégration dans les effectifs du nouvel attributaire.

Ce désintérêt relatif peut surprendre alors qu'il n'y a pas moins de trois régimes juridiques qui se partagent le terrain de la commande publique. Le régime légal de transfert de plein droit des contrats de travail, consacré par le Code du travail à l'article L. 1224-1, occupe une place symbolique dans les esprits alors que pourtant il est en grande partie inadapté à la perte de marché ou de concession en raison de ses conditions d'application strictes issues de la jurisprudence de la Cour de cassation. Des conventions ou accords collectifs offrent d'intéressantes garanties d'emploi dans des secteurs économiques où la commande publique est présente (propreté, déchets, transports, cantines scolaires, etc.) et, de ce fait, font figure le plus souvent de référence indépassable en la matière. La voie contractuelle est très négligée par les acteurs publics alors qu'elle offre par sa plasticité des solutions ponctuelles compensatrices sans pour autant qu'il soit exclu d'y voir à l'avenir un pilier de l'action sociale des collectivités publiques au côté de l'insertion par l'emploi avec laquelle elle partage une forte parenté.

Il existait à l'égard de la thématique retenue une certaine réserve et une inquiétude relative qui se sont d'abord exprimées et qu'il a fallu entendre et comprendre. Certains ont pris prétexte de l'extériorité juridique et pratique de la reprise par rapport à la commande publique pour affirmer que les deux opérations coexistent sans véritable lien apparent. D'autres ont souligné que la commande publique

pouvait intégrer davantage l'objectif de continuité de l'emploi, mais qu'il ne revenait pas à un service achat d'administrer le domaine social. Cette persistance d'une certaine volonté de neutralité de l'achat public rejoint la critique souvent énoncée à l'encontre d'un dispositif contractuel incitatif ou prescriptif inséré dans le contrat : l'atteinte à la libre et égale concurrence entre les entreprises candidates à la consultation. Par ailleurs, nombre d'interlocuteurs ont manifesté leur incompréhension à voir la continuité de l'emploi si faiblement prise en compte par les pouvoirs publics. Ils se trouvent ainsi enfermés dans une logique d'emploi précaire, de nouvelles embauches (souvent issues de l'insertion) venant balayer leur propre emploi et faire fi de leur montée en compétences ou de leur ancienneté à chaque changement de gestionnaire. Des mouvements sociaux témoignent d'ailleurs de cette incompréhension croissante sur l'île.

Au gré des échanges et des réflexions partagées, les positions ont semblé-t-il évoluer. De belles perspectives ont été tracées à la faveur du bilan dressé des outils existants et surtout de la confirmation qu'une véritable rencontre de la continuité de l'emploi et de la commande publique était déjà à l'œuvre et pouvait être renforcée. L'enjeu était donc de construire ou d'adapter les outils existant dans la commande publique afin de pallier cette quasi-inapplication aux situations de fin d'un marché ou d'une concession. Cette étude a eu à cœur d'associer les acteurs de la commande publique et les personnes concernées par la reprise de personnels à la faveur d'un atelier participatif, d'entretiens individuels ou d'un colloque afin d'offrir des propositions attachées aux réalités de terrain que les décideurs, les entreprises et l'État pourront choisir de s'approprier demain. Les échanges noués ont incontestablement permis de recueillir des retours d'expériences et de construire les solutions adaptées avec des acteurs de la commande publique et des forces vives du territoire. Les dimensions juridiques mais également techniques et stratégiques de la pérennisation de l'emploi dans le cadre de la commande publique ont été tour à tour discutées.

Les questionnements et les pistes de réflexion proposées à la faveur de cette étude dépassent le champ régional pour faire écho à des évolutions et des défis nationaux. Ainsi, par exemple, la question d'une réflexion sur le statut des « facilitateurs des clauses sociales » afin d'assurer un accompagnement efficace des acheteurs et des entreprises ou sur les clauses d'information nous semblent des enjeux importants au plan national. Le Plan National pour les achats durables (PNAD) 2022-2025 valable pour tous les achats de l'Etat et des collectivités, sorti durant notre étude, va dans le même sens dans son *action 7*. De même, la participation de la continuité des emplois à l'Achat Socialement Responsable et

l'absence d'opposition entre insertion par l'emploi et préservation de l'emploi nous apparaissent être des points déterminants dans une logique de progrès social, de nouveau management plaçant l'expérience et la qualité au cœur des préoccupations des acteurs et, au premier chef, de l'État.

Le présent livre blanc est donc tout à la fois un aboutissement et – gageons-le – un point de départ. Il revient à présent aux acteurs de terrain de se saisir des propositions avancées, de se les approprier pour les faire vivre. Ils pourront compter sur l'accompagnement du Centre de Recherche Juridique de l'Université de La Réunion.

Il ne saurait être question de clôturer cet avant-propos sans adresser des remerciements particuliers à ceux qui ont permis à l'étude de voir le jour et de se déployer dans des conditions optimales. Je songe naturellement à notre partenaire – le GET 974 – dont la philosophie d'intervention qui se traduit sur le terrain au quotidien est précieuse pour les usagers comme pour les hommes et les femmes qui œuvrent pour un service public de qualité. Je pense également aux acteurs de la commande publique et aux citoyens qui ont contribué à enrichir cette étude par leurs encouragements ou leurs objections constructives. Je vise aussi les porteurs de cette étude : Mme Éloïse GEERS qui aura fait dans le cadre de ce projet ses premiers pas -prometteurs- dans la recherche juridique appliquée, le Professeur Grégory KALFLECHE qui n'a jamais vraiment perdu de vue La Réunion et qui sait toujours se rendre disponible pour apporter son expertise aux recherches du Centre de Recherche Juridique qu'il a dirigé en son temps et, surtout, le Pr Olivier DESAULNAY dont la mission et l'investissement n'ont cessé de croître à mesure que l'intérêt suscité par l'étude auprès des acteurs réunionnais se révélait. Ce succès consistant à avoir réussi à intéresser et à mobiliser autour de la thématique de la commande publique et de la continuation des emplois est d'abord le sien !

”

# 1 LA DIMENSION JURIDIQUE DE LA PRÉSERVATION DE L'EMPLOI DANS LA COMMANDE PUBLIQUE

La reprise de salariés par une entreprise n'est susceptible de s'observer qu'à condition qu'elle accompagne le transfert d'une activité économique d'une entité économique à une autre. Parce qu'il est impossible de céder du personnel, tous les régimes juridiques ayant pour objet de favoriser et d'organiser la reprise de salariés n'ont vocation qu'à régir cette situation juridique précise.

Lors du renouvellement d'un marché public ou d'un contrat de concession, la condition de transfert d'activité est en principe remplie. L'autorité contractuelle entend, par ce renouvellement, maintenir l'externalisation de l'activité économique que constitue son besoin exprimé en travaux, fournitures ou services. En outre, l'issue de la consultation peut ne pas être favorable à l'entreprise, titulaire sortant de la prestation. Le choix d'un nouvel attributaire emporte alors mécaniquement pour effet de transférer à ce dernier l'activité économique anciennement prise en charge par l'ancien titulaire. La question de la reprise d'emplois peut alors, sous certaines conditions, se poser. Sa résolution dépend des conditions d'application des régimes juridiques existants.

Trois régimes se disputent le terrain de la continuité de l'emploi et peuvent être classés en deux catégories selon que l'autorité contractuelle est ou non à l'initiative de l'opération.

La première catégorie rassemble deux régimes de garantie d'emplois, extérieurs à la commande publique, et plaçant la collectivité publique en position de compétence liée (1.1). Il s'agit alors de tenir compte du transfert de plein droit des contrats de travail par l'effet de la loi (C. trav., art. L. 1224-1), si celui-ci trouve à s'appliquer, ou du dispositif de reprise prévu par l'accord ou la convention collective applicable au secteur économique concerné.

La seconde catégorie ne comprend qu'une seule voie de reprise : la voie contractuelle. Elle est, par sa nature, intégrée au sein même de la commande publique. En outre, elle diffère sensiblement des deux dispositifs précédents en ce qu'elle ne s'impose pas à l'autorité contractuelle, cette dernière se plaçant volontairement cette fois sur le terrain de la reprise. On parle alors

abusivement d'application volontaire de la reprise, phénomène observé couramment dans le secteur privé pour qualifier l'hypothèse dans laquelle deux entreprises conviennent du sort des salariés attachés à l'activité transférée en dehors du cadre légal. Cela est partiellement inexact. Initié librement par l'autorité publique elle-même, ce dispositif contractuel s'impose non seulement aux entreprises candidates, en s'intégrant directement dans la consultation sous la forme d'une condition de régularité de leurs offres, mais également au nouvel attributaire dans le futur contrat en tant que clause sociale d'exécution ayant pour objet de garantir la continuité d'emplois (1.2). Le caractère volontaire de l'application de l'opération de reprise n'est établi qu'à l'égard du responsable du marché ou de la concession sans qu'il se diffuse aux entreprises candidates et au nouveau titulaire du contrat.

## 1.1. Les régimes juridiques de garantie d'emploi hors la commande publique

Le législateur français a été particulièrement sensible, dès les années 20, au risque pour l'emploi que recouvre le changement dans la situation juridique de l'employeur, à rebours sans doute des principes libéraux structurant l'économie de marché. Le principe d'un transfert de plein droit du contrat de travail attaché à une activité économique objet d'un transfert (1.1.1) a été posé dans le Code du travail, traversant les décennies pour parvenir à pratiquement intact dans sa version énoncée à l'article L. 1224-1 du Code du travail actuellement en vigueur. Toutefois, la lecture qu'en propose la juridiction judiciaire n'est pas demeurée immuable. Les conditions d'application du régime légal de reprise ont été en effet durcies par la Cour de cassation à partir des années 80, rendant ce régime largement inadapté à la situation relevant de la simple perte d'un marché privé ou public par une entreprise au profit d'une autre.

Ce changement de paradigme dans la jurisprudence judiciaire à l'endroit de la sacro-sainte garantie légale a provoqué, par réaction immédiate des partenaires

sociaux, l'intégration de garanties d'emploi quasi-équivalentes au sein de plusieurs conventions et accords collectifs (1.1.2) applicables à des secteurs économiques directement affectés par la nouvelle donne jurisprudentielle.

### 1.1.1. Le régime légal de transfert de plein droit des contrats de travail

**Origine et esprit du dispositif légal.** Le Code du travail contient des dispositions organisant la continuité des contrats de travail dans certains cas de changement d'employeur. Ce principe du maintien des contrats de travail, inspiré du droit allemand par l'intermédiaire du droit d'Alsace et Lorraine au temps de son annexion par l'Allemagne, est initialement issu de la loi du 19 juillet 1928 intégrant un article L. 122-12 dans le Code du travail. Cette disposition a alors pour objet la protection des salariés au travers d'une garantie d'emploi contre l'instabilité des contrats de travail liée aux diverses sources de mutation des sociétés. Ainsi, en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur, ce dispositif tend à assurer la continuité de l'emploi par un transfert de plein droit des contrats de travail des salariés attachés à l'activité économique affectée par le changement.

À la faveur d'une recodification, intervenue en 2008, l'article L. 122-12 est devenu l'article L. 1224-1 du même Code, traitant du principe du transfert des contrats de travail et de ses conditions d'application, dont les effets sont décrits à l'article L. 1224-2.

Deux autres articles ont été ajoutés par la suite pour organiser les effets d'une reprise concernant des emplois de la fonction publique. Il s'agit des articles L.1224-3 et L.1224-3-1, respectivement issus de la loi n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique et de la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique.

*C. trav., art. L. 1224-1 [Principe du transfert des contrats de travail]*

*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.*

*C. trav., art. L. 1224-2 [Effets]*

*Le nouvel employeur est tenu, à l'égard des salariés dont les contrats de travail subsistent, aux obligations qui incombent à l'ancien employeur à la date de la modification, sauf dans les cas suivants :*

*1° Procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire ;*

*2° Substitution d'employeurs intervenue sans qu'il y ait eu de convention entre ceux-ci.*

*Le premier employeur rembourse les sommes acquittées par le nouvel employeur, dues à la date de la modification, sauf s'il a été tenu compte de la charge résultant de ces obligations dans la convention intervenue entre eux.*

**Une garantie d'emploi partagée par l'Union européenne.** Dans un souci d'harmonisation des droits des Etats membres, le droit communautaire, puis droit de l'Union européenne, s'empare très tôt de la question de la continuité de l'emploi en cas de changement d'employeur en s'inspirant en partie de la législation française applicable depuis 1928. La directive n° 77-187 CEE du 14 février 1977 fait apparaître un mécanisme de continuité des contrats de travail concomitant à certaines opérations juridiques entraînant un changement d'employeur. La France n'aura aucune difficulté à transposer cette directive par la loi n°83-528 du 28 juin 1983 portant mise en œuvre de la directive. Elle n'a pas réellement modifié le régime de la reprise des contrats de travail existant alors en droit interne.

Par la suite, le régime européen est révisé et précisé en 1998 par la directive n° 98-50 CE du 29 juin 1998 afin de tenir compte des éléments apportés en la matière par la jurisprudence de la Cour de justice. Puis, l'intégralité des règles précédentes issues des directives et de la jurisprudence sont rassemblées au sein de la directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements (JOUE L 82 du 22 mars 2001).

En dépit de conditions d'applications rendues strictes par la jurisprudence de la Cour de cassation, sous influence directe européenne, le dispositif légal de garantie d'emplois se présente toujours comme le plus protecteur à l'égard des salariés concernés.

### Un régime aux conditions d'application strictes

**Des conditions devenues plus strictes.** Le dispositif légal de reprise ne s'applique qu'en cas de « modification dans la situation juridique de l'employeur ». Cette formule, très générale, a initialement été interprétée généreusement par la juridiction judiciaire conformément aux conclusions du sénateur PASQUET, rapporteur sur le projet de loi de 1928.

La Cour de cassation n'a ainsi jamais considéré qu'il existait une liste établissant limitativement les situations juridiques dans lesquelles la reprise du personnel s'impose, comme pourrait le laisser à penser la disposition du Code. Autrement dit, la Haute juridiction a rapidement étendu l'application du dispositif de garantie d'emploi à des situations juridiques ne révélant aucun lien de droit entre les employeurs successifs, s'attachant essentiellement à relever la poursuite de l'activité sous une direction nouvelle (arrêt de principe : Cass. soc., 27 février 1934, *Goupy*).

C'est donc la notion d'activité qui a été déterminante pour la Cour de cassation dans son appréhension du transfert d'entreprise. Dès lors qu'un changement d'employeur intervient mais que l'activité considérée est assurée dans sa continuité, la Haute Cour retient qu'il y a modification dans la situation juridique de ce dernier et permet l'application du régime légal. Ce dernier point faisait donc entrer l'hypothèse de la perte de marché, public ou privé, de la reprise de concession ou encore de la reprise en gestion directe par la personne publique dans l'application du transfert des contrats de travail au nouvel employeur.

Cet état du droit s'est progressivement modifié à partir des années 70 pour connaître un tournant décisif dans le milieu des années 80. La reprise de salariés imposée par la loi est à cette époque remise en cause par un courant de pensée libéral qui y voit un dispositif trop autoritaire pour les entreprises et peu adapté à l'économie de marché. Ces critiques auront une certaine influence sur la Haute juridiction judiciaire qui entamera un mouvement en faveur d'un durcissement des conditions d'application du régime légal de reprise.

Cette nouvelle ligne jurisprudentielle plus stricte est d'abord inaugurée par le rejet - hors du cadre légal - de l'hypothèse fort répandue de la simple perte d'un marché (Cass. Ass. plén., 15 nov. 1985, *Nova Services*

et Société Nettoitout [deux espèces], Bull. civ., AP, n° 7). La Cour de cassation rend ainsi un arrêt ayant le mérite de la clarté : « La seule perte d'un marché ne suffit pas à caractériser la modification dans la situation juridique de l'employeur ». Au travers de cette jurisprudence s'opèrent non seulement une précision quant au champ d'application de la reprise des contrats de travail, mais également la fin d'une conception juridico-économique, celle de « l'entreprise activité ». Désormais, on ne peut concevoir que la moindre activité exercée dans l'entreprise puisse être détachée de l'ensemble dans lequel elle s'insère et emporter le transfert automatique des contrats de travail qui y sont attachés.

Après quelques flottements jurisprudentiels relatifs à l'exigence d'un lien de droit entre les employeurs successifs (Cass. soc., 12 juin 1986, *Comité d'entreprise de la société Desquenue et Giral et autres c/ Khettab et autres*, n° 85-43.746, à propos d'un marché public de travaux), l'Assemblée plénière de la Cour de cassation parachève quelques années plus tard son mouvement de restriction du champ de la reprise légale. A partir de cette position de principe, le transfert d'entreprise est toujours appréhendé de manière à la fois plus globale et circonscrite afin de révéler le « transfert d'une entité économique conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise » (Cass., Ass. plén., 16 mars 1990, n° 89-45.730 et n°86-40.686). Plus de trente ans se sont écoulés et la Cour de Cassation considère toujours, dans une formulation désormais ramassée et constante, que : « Le transfert d'une [entité économique autonome] se réalise si des moyens corporels ou incorporels significatifs et nécessaires à l'exploitation de l'entité sont repris, directement ou indirectement, par un nouvel exploitant » (Cass., soc., 23 juin 2021, n° 18-24.597).

### Convergence des positions judiciaire et européenne.

Une convergence progressive s'établit alors entre les ordres juridiques interne et européen d'abord sur le fondement de la directive 77/187/CEE du 14 février 1977, restée floue sur la notion d'entreprise ; puis sur celui de la directive 98/50/CEE du 29 juin 1998 qui apporte cette fois une définition plus précise du transfert d'entreprise directement inspirée de la jurisprudence de la Cour de justice. Selon cette dernière, « est considéré comme un transfert, au sens de la présente directive, celui d'une entité économique maintenant son identité, entendue comme un ensemble organisé de moyens, en vue de la poursuite d'une activité économique, que celle-ci soit essentielle ou accessoire ». Cette définition constitue la codification de la jurisprudence de la Cour de Justice (CJCE, 16 mars 1986, aff 24/85, *Jozef Maria Antonius Spijkers c/ Gebroeders Benedik Abattoir CV et Alfred Benedik en Zonen BV*, n° 61985J0024) à partir de laquelle le juge de Luxembourg a affiné le faisceau d'indices permettant de déterminer si la transmission d'éléments déterminés appartenant ou pas à une entreprise relève de l'application de la directive (v. notamment : CJCE, 10

février 1988, aff. C-324/86, *Tellerup Daddy's Dance Hall*; CJCE, 20 novembre 2003, aff. C-340/01, *Carlito Ablar*; CJCE 19 septembre 1995, C-48/94, *RYGAARD*). La Cour précise ainsi dans l'arrêt fondateur précité *Spijkers*, qu'« il convient de prendre en considération l'ensemble des circonstances de fait caractérisant l'opération en cause, au nombre desquelles figurent notamment le type d'entreprise ou d'établissement dont il s'agit, le transfert ou non des éléments corporels, tels que les bâtiments et les biens mobiliers, la valeur des éléments incorporels au moment du transfert, la reprise ou non de l'essentiel des effectifs par le nouveau chef d'entreprise, le transfert ou non de la clientèle, ainsi que le degré de similarité des activités exercées avant et après le transfert et la durée d'une éventuelle suspension de ces activités ». Le juge de Luxembourg vient toutefois préciser que ces éléments doivent être réunis conjointement et ne sauraient être appréciés isolément.

La Cour de justice et la Cour de cassation ont ainsi établi une méthode d'identification d'un transfert d'entreprise autour de critères sensiblement équivalents qui peuvent être réunis au sein de deux conditions cumulatives :

- le transfert d'une entité économique autonome (condition n°1);
- le maintien de l'identité et de l'autonomie de l'entité économique transférée au travers de la reprise et de la poursuite de l'activité économique par le cessionnaire (condition n°2).

La réunion de ces conditions se fait au regard de nombreux éléments constitutifs d'un faisceau d'indices, imposant aux juridictions d'offrir une analyse à la fois globale et concrète. La Cour de justice invite les juridictions des États membres à formuler cette analyse *in concreto* (CJCE, 18 mars 1986, *Spijkers*, 24/85; CJCE, 19 mai 1992, *Redmond Stichting*, C-29/91; CJCE, 11 mars 1997, *Süzen*, C-13/95, et CJCE, 20 novembre 2003, *Ablar e.a.*, C-340/01) et la Cour de cassation s'en fait l'écho en considérant que l'applicabilité du régime légal n'est jamais présumée.

**Condition n°1 : le transfert d'une entité économique autonome.** La jurisprudence judiciaire entend l'entité économique comme « un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels et incorporels permettant l'exercice d'une activité économique » (Cass. soc., 7 juill. 1998, n° 96-21.451). La Cour de Cassation rappelle encore récemment la signification de cette condition par la formule de principe suivante (Cass. soc., 23 juin 2021, n° 18-24.597) : « *Le transfert d'une [entité économique autonome] se réalise si des moyens corporels ou incorporels significatifs et nécessaires à l'exploitation de l'entité sont repris, directement ou indirectement, par un nouvel exploitant* ».

Les juridictions exigent alors que le transfert d'activité comprenne également **des moyens corporels** (ex. : machines, véhicules, locaux, etc.) et/ou **des moyens incorporels** (ex. : clientèle, logiciels, brevets, licences, etc.), lesquels doivent être réels, suffisamment conséquents et particulièrement nécessaires à l'activité objet du transfert. Ces moyens doivent en effet être de nature à permettre la reprise ou la poursuite de l'activité économique transférée. La jurisprudence impose que ces moyens soient affectés à une activité économique définie, également objet du transfert. Autrement dit, doit être transféré, non seulement l'activité économique proprement dite de l'entité, mais également une partie de ses moyens garantissant son fonctionnement et son organisation pérenne.

**Condition n°2 : la conservation de l'identité et de l'autonomie de l'entité économique transférée.** L'entreprise étant définie comme constituée d'une activité économique d'une part et d'un ensemble organisé de moyens de toute nature d'autre part, le seul transfert de l'activité économique ne permet plus, à lui seul, de caractériser le transfert d'une entité économique autonome. Les juges exigent, pour une telle qualification, le transfert d'une activité économique poursuivant un objectif propre (**identité**) et d'une organisation assurant la continuité de l'activité (**autonomie**).

La conservation de l'identité et de l'autonomie de l'activité objet du transfert sont des conditions requises autant par la juridiction judiciaire (v. not., Cass. soc., 9 nov. 2005, n° 03-47.188; Cass. soc., 17 juin 2009, n° 08-42.615) que par la Cour de justice (v. not., CJCE, 11 mars 1997, aff. C-13/95, *Ayze Süzen* : « *un ensemble organisé de personnes et d'éléments permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre* »). En revanche, les deux ordres de juridictions ne s'accordent pas sur le poids de chaque critères voire sur le caractère décisif de l'un par rapport à l'autre. Il semble que le juge de Luxembourg s'attache davantage au maintien de l'identité tandis que le juge français marque une préférence pour le critère de l'autonomie.

Ces subtilités jurisprudentielles ont peu d'incidences sur l'application de la garantie d'emploi. Identité et autonomie sont en réalité proches et intrinsèquement liées, ce qui minimise l'impact de ce désaccord entre les deux ordres juridiques. En outre, il faut remarquer qu'aucune des deux juridictions ne poursuit une analyse *in abstracto* de l'autonomie ou de l'identité. Il s'agit toujours d'évaluer la conservation de l'identité et de l'autonomie de l'entité économique transférée au moyen d'un faisceau d'indices selon une méthode concrète et hautement circonstancielle.

**Identité.** De manière générale la notion d'identité réside dans la formule des juridictions internes exigeant le transfert d'une « *activité économique qui poursuit un*

*objectif propre* ». Il ne peut s'agir d'une activité accessoire à une autre, ne pouvant exister indépendamment. Par exemple, le service administratif et financier ou celui des ressources humaines au sein d'une entreprise est considérée comme une activité accessoire au fonctionnement de l'entreprise ne pouvant constituer une activité économique poursuivant un objectif propre. En revanche, les services de nettoyage, de gardiennage ou de restauration peuvent constituer une activité économique poursuivant un objectif propre, indépendamment de l'activité principale d'une entreprise.

**Autonomie.** La notion d'autonomie réside dans la formule suivante empruntée à la Cour de justice : « *ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique* ». L'autonomie est appréciée par la jurisprudence française et européenne comme étant la disposition des moyens nécessaires à l'accomplissement de l'activité considérée. Il ressort donc de ce critère que l'entité économique, dont le transfert est envisagé, connaît une activité qui est concevable en tant que telle, sans avoir à être rattachée à l'activité principale du cédant ou du cessionnaire.

Ainsi, par exemple, le transfert seul d'un complexe immobilier ne constitue pas une activité économique autonome. Alors que si le transfert de biens immobiliers est accompagné des services de gardiennage ou de jardinage, dans leur intégralité (transfert de l'ensemble des moyens corporels et matériels permettant la continuité de l'activité), il constitue une activité économique autonome.

L'évolution de la notion de transfert d'une entité économique autonome, manifestant le passage de l'entreprise-activité vers l'entreprise-organisation, traduit bien un rétrécissement important des hypothèses d'application du régime légal de reprise ainsi qu'une mise en œuvre particulièrement subtile et casuistique. La conséquence première et perceptible dans la jurisprudence judiciaire (les arrêts de principe portent sur des marchés publics de service) est l'applicabilité limitée, si ce n'est symbolique, du régime légal dans l'hypothèse du renouvellement d'une commande publique.

### L'applicabilité limitée du régime légal dans l'hypothèse du renouvellement d'un contrat de la commande publique

Le régime légal de reprise a gardé l'empreinte de ses origines volontiers socialisantes en n'établissant aucune discrimination particulière à l'endroit des activités et des contrats susceptibles d'entraîner un transfert de contrats de travail. De ce point de vue, la commande publique n'est pas exclue du champ

de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Toutefois, la jurisprudence des années 80-90 va connaître un tournant libéral qui marque une certaine inadaptation du régime à la situation répandue du changement d'attributaire d'une prestation de service lors de la remise en concurrence d'un marché public ou d'un contrat de concession. Depuis, la position des juridictions internes demeure inchangée en dépit de quelques signaux persistants d'ouverture émanant de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne à l'égard de prestations de service basées principalement ou uniquement sur une main d'œuvre.

**L'indifférence à l'égard de la nature publique de l'activité transférée.** Le dispositif légal de garanti d'emploi trouve à s'appliquer habituellement dans un rapport bilatéral entre deux entreprises au sujet d'une activité économique du secteur privé. Une question préalable surgit alors : la nature publique de l'activité économique ou, de manière plus générale, son appartenance au secteur public est-elle de nature à faire obstacle à l'application du régime légal de reprise des salariés pensé à l'origine pour le secteur privé ? La réponse est assurément négative au regard des textes et de l'interprétation qu'en font les juridictions interne et européenne, lesquelles s'accordent à confirmer qu'une activité appartenant au secteur public est, au même titre que celles du secteur privé, une activité économique.

Ce postulat établi, les activités économiques publiques peuvent être concernées par le mécanisme de reprise des contrats de travail. Pourvu qu'un authentique transfert d'activité s'observe, à savoir une externalisation du besoin exprimé par la collectivité publique.

**Une position non équivoque en droit de l'Union européenne.** La directive européenne du 14 février 1977, dans sa rédaction issue de la directive du 29 juin 1998, reprise par celle du 12 mars 2001 prévoit l'application de ce dispositif de protection des salariés aux modifications des activités économiques des personnes publiques. Ainsi en son article 1 c) la directive dispose que « *la présente directive est applicable aux entreprises publiques et privées exerçant une activité économique qu'elles poursuivent ou non un but lucratif* ».

En outre, il ne fait aucun doute que la nature des marchés publics et des concessions ainsi que leurs objets révèlent l'externalisation par la personne publique d'une activité économique. La position de la Cour de justice sur ce point ne fait traditionnellement aucun cas de la distinction française entre les activités publiques et les activités privées pour caractériser une activité économique. Elle considère ainsi que « *le fait que le transfert se fasse suite à une procédure d'attribution ne pose pas de problèmes spécifiques quant à l'application de la directive sur le transfert*

d'entreprises» (CJCE, 25 janvier 2001, *Oy Liikenne Ab*, aff. C-172/99). Pour le juge de Luxembourg, l'application du dispositif de protection des salariés répond aux mêmes conditions exigées pour le secteur privé. La question fondamentale est de savoir si l'entité économique transférée garde son identité (CJCE, 14 avril 1994, *Schmidt*, aff. C-392/92; CJCE, 19 septembre 1995, *Rygaard*, aff. C-48/94; CJCE, 26 septembre 2000, *Mayeur*, aff. C-175/99). La Cour de justice affirme qu'«il s'agit ainsi de s'assurer de ce qu'un ensemble organisé de manière stable de personnes et d'éléments permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre perdure en dépit de l'évolution de l'activité publique» (CJCE, 11 mars 1997, *Ayşe Süzen*, aff. C-13/95; CJCE, 2 décembre 1999, *Allen e. a.*, aff. C-234/98).

**Une position ancienne et traditionnelle en droit interne.** En droit interne, la circonstance que l'activité transférée revêt une nature publique, en raison de son lien intrinsèque avec une personne publique qui en est l'initiatrice (expression d'un besoin en travaux, fourniture ou service) voire en demeure la responsable (service public), s'avère sans incidence sur l'applicabilité des dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail. La définition légale des événements susceptibles d'impliquer un transfert des contrats, résolument large et non exhaustive, permet d'embrasser l'ensemble des hypothèses de «*modification dans la situation juridique de l'employeur*», quel que soit le secteur d'activité concerné ou la forme juridique que revêt l'entreprise.

Les juridictions judiciaire et administrative admettent ainsi l'application de l'article L. 1224-1 aux hypothèses concernant des activités publiques en lien avec des personnes publiques qu'il s'agisse d'un marché public ou d'une concession (v. par ex. : Cass. Civ., 27 février 1934, *Goupy c/. Société Union hydroélectrique de l'Ouest constantinois*; CA Paris, 1<sup>ère</sup> ch, 15 mai 1985, *Desquenue et Giral*; CE, 1<sup>er</sup> juin 2011, *Bureau Veritas*, n°341323).

En définitive, la nature publique de l'activité importe peu, pourvu qu'elle soit une activité économique, autrement dit une entreprise. Ce qui exclue les activités des personnes publiques qui relève d'un service public administratif associé à des prérogatives de puissance publique, lesquelles n'entrent pas dans le champ du droit de la concurrence et de la commande publique. L'entreprise s'entend d'une entité, exerçant de façon permanente et indépendante, à ses risques et périls, une activité d'échange de biens et de services sur un marché économique sans que cette activité ne donne lieu à l'octroi de prérogatives de puissance publique ou de compensation d'obligations de service public.

**La condition première d'un transfert d'activité.** Le régime légal repose d'abord et avant tout sur la notion de transfert d'activité économique. Autrement dit,

ramené à la commande publique, il doit s'observer dans les faits une externalisation par contrat d'un besoin de la collectivité publique en direction d'opérateurs économiques sur un marché concurrentiel (Cass. soc., 17 juin 2009, n° 08-42.615: en l'espèce la commune n'avait pas externalisé la gestion du théâtre municipal mais seulement passé une convention de mise à disposition de personnel).

En outre, l'externalisation de la prestation ne doit pas seulement être réelle, mais également possible au regard du droit. Ainsi, la Cour de cassation considère que la garantie légale d'emplois est exclue en matière d'activité hospitalière publique ou privée. Cette dernière est en effet conçue comme un tout global en vertu des articles L. 6112-2 et L. 6113-3 du Code de la santé publique, lesquels s'opposent à tout démembrement de l'activité et font échec à l'application de l'article L. 1224-1. La jurisprudence judiciaire, est constante en ce sens : «*les établissements de santé, publics ou privés, ont pour objet de dispenser des soins, avec ou sans hébergement et doivent développer toute action concourant à une prise en charge globale du malade; que, dès lors, ces établissements constituent en eux-mêmes des entités économiques dont aucun service participant à la prise en charge globale des malades, même s'il peut être confié à un tiers, ne peut constituer une entité économique distincte*» (Cass. Soc. 29 juin 2005; Cass. Soc. 24 oct. 2000, *Mispiratceguy*, Bull. civ. V n° 342, concernant une activité d'hébergement de malades et de tiers). Cette conception a été transposée à l'identique par le juge administratif concernant le transfert d'un salarié protégé dans le cadre d'une activité de restauration hospitalière (TA Clermont-Ferrand, 9 mars 2006, AJDA 2006 p. 1227 note A. Mazières). La Chambre sociale ne s'oppose donc pas à l'externalisation de l'activité, elle le souligne dans sa motivation, mais déduit du Code de la santé publique l'inapplicabilité du transfert légal.

Il convient de rappeler que cette externalisation doit également se maintenir par le biais d'un marché public ou d'une concession. La reprise en régie de la gestion d'une activité auparavant déléguée n'entre ainsi pas dans le champ de l'article L. 1224-1. Le transfert de personnels de l'entité économique vers la collectivité s'effectuera cependant sur le fondement de l'article L. 1224-3 du Code du travail.

**L'exigence d'un transfert d'éléments corporels ou incorporels accompagnant le renouvellement du marché ou de la concession.** La perte d'un marché ou d'une concession par le titulaire sortant au profit d'un nouvel opérateur économique constitue bien un transfert d'activité économique. Toutefois, la Cour de cassation n'y voit pas le transfert d'une entité économique autonome (Cass. Ass. plén., 15 nov. 1985, *Nova Services et Nettoitout* [deux espèces], Bull. civ., AP,

n° 7). Autrement dit, le transfert doit concerner l'activité économique entendue non seulement dans ce qui fait son identité mais aussi son organisation permettant la poursuite de l'activité, évalué au regard de moyens matériels et corporels (autonomie).

Cette position jurisprudentielle a pour conséquence de rejeter hors du champ du dispositif légal de reprise un nombre important de situation de renouvellement de marché et de concession qui ne s'accompagnent pas du transfert d'éléments corporels ou incorporels.

Ainsi, les contrats de travail ne se poursuivent pas avec le nouveau concessionnaire lorsqu'une société de transport succède à une autre sur un même marché (concession de ligne d'autobus) et que le repreneur ne reprend ni les autobus ni les locaux de son prédécesseur (Cass. soc., 8 févr. 1994, n° 91-43.596). Il en est de même dans le cas de la perte d'un marché public de gardiennage au profit d'un nouvel attributaire, lequel ne s'accompagne pas, par définition, du transfert d'éléments corporels ou incorporels (Cass. soc., 13 mai 2009, n° 08-40.368).

Par ailleurs, il ne suffit pas non plus de se fonder sur l'existence d'une collectivité de travailleurs mettant en œuvre des connaissances techniques ou un savoir-faire spécifique. L'existence d'un savoir-faire peut constituer l'un des éléments incorporels nécessaires pour caractériser un transfert mais il ne suffit pas (Cass. soc., 12 déc. 2013, n° 12-20.081 : en l'espèce, était en cause l'externalisation du nettoyage d'une clinique parfaitement transposable à un établissement public hospitalier).

Les éléments matériels et incorporels devant accompagner le transfert de l'activité sont toutefois appréhendés de manière libérale. A titre d'exemple, l'externalisation de l'activité de relevé de compteurs électriques peut constituer un élément incorporel retenu par les juridictions («*la liste des circuits par groupe de facturation et le calendrier de facturation*» : CA Rennes, 8<sup>e</sup> ch. prud'homale, 3 déc. 2009, n° 09/06273). Il peut s'agir d'un parc de véhicules ou de téléphonie mobile, d'outils ou logiciels informatiques, de biens immobiliers et d'équipements indispensables à l'exécution de la prestation, etc.

Lorsque l'activité est toujours exploitée dans les mêmes locaux et que le contrat de location et d'entretien des téléviseurs a été poursuivi avec la même clientèle, le transfert d'une entité économique autonome conservant son identité est caractérisé alors même que le nouveau concessionnaire ait décidé d'exploiter l'activité dans d'autres conditions (Cass. soc. 27 nov. 2013, n° 12-19.071). Dans le même ordre d'idée, le transfert de contrats de travail s'impose à l'attribution d'un marché public de prestations de services à un

nouveau titulaire dès lors que l'activité s'applique dans les mêmes locaux, que l'intégralité des prestations a été confiée sans modification notable et que ces prestations sont assurées en tout ou grande partie par le même personnel, avec du matériel fourni par le concédant (Cass. soc., 13 déc. 2011, n° 10-17.716).

Le juge administratif semble indifférent à ce que le transfert des moyens corporels et incorporels spécifiquement affectés à l'exploitation du service concédé ne soit que partiel (CE, 1<sup>er</sup> juin 2011, *Bureau Veritas*, n° 341323). Après avoir remarqué «*que l'activité comportait divers moyens corporels et incorporels, tels des baux, des logiciels informatiques, des fascicules, des bases de données, permettant le maintien de l'intégrité d'une entité économique*», le Conseil d'État précise qu'à l'issue du transfert d'activité, la société a repris seulement les baux de la plus grande part des locaux, des contrats d'édition, du parc de véhicules, du parc de téléphones. Il en conclut que l'entreprise transférée «*devait être regardé comme un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels et incorporels permettant l'exercice d'une activité économique poursuivant un objectif propre, et constituait en conséquence une entité économique transférée à la société*».

De même, la Cour de Cassation précise que ces éléments nécessaires peuvent être repris «*directement ou indirectement par le nouvel exploitant*» (Cass. soc., 3 avril 2002, n° 00-40.299; Cass. soc., 24 nov. 2009, n° 08-44.148; Cass. soc., 24 avr. 2013, n° 11-26.388). Cela indique que le régime légal est susceptible de s'étendre au cas relativement fréquent où les moyens matériels d'exploitation du service appartiennent au donneur d'ordre public et sont mis par celui-ci à disposition des prestataires successifs. On pense, par exemple, aux cuisines, équipements et locaux nécessaires à l'exploitation d'un service de restauration d'un établissement public hospitalier, d'un EHPAD public ou d'une cantine scolaire. La précision ouvre également des perspectives d'application du régime légal dans les domaines des services culturels, récréatifs, de centres aérés, de crèches ou de colonies de vacances pour lesquels des locaux et des équipements adaptés et essentiels à l'exploitation de l'activité peuvent être fournis par le cocontractant public.

La Cour de cassation admet également que la poursuite de l'activité avec une grande partie du personnel et en direction de la même clientèle caractérise le transfert d'une entité économique autonome, bien que ni les locaux, ni les équipements, ni le matériel servant à cette activité n'aient été repris (Cass. soc., 10 mars 2010, n° 08-44.636). En l'espèce, le transfert d'activité de crèche municipale se réalise entre une association, anciennement titulaire de la prestation, et un pôle multi-accueil pris en charge par la commune

elle-même. La clientèle, à elle seule, suffit à emporter la qualification de transfert d'entité économique autonome. Ce n'est pas trahir le sens de cette décision que d'envisager de la transposer au cas où la commune choisit cette fois de renouveler son marché de service de crèche sans mise à disposition de locaux et d'équipement par la collectivité.

**La CJUE admet parfois d'adapter les éléments composant le faisceau d'indices.** Il a été soutenu la nécessité d'adapter les conditions strictes d'application de l'entité économique autonome dans l'hypothèse particulière d'un transfert d'activité s'accompagnant essentiellement d'un transfert de main d'œuvre attachée spécialement à la prestation.

La Cour de justice de l'Union européenne a franchi le pas relativement tôt (v. not. : CJCE, 14 avr. 1994, *Schmidt*, C 392-92, spéc. pts 16-17; CJCE, 11 mars 1997, *Süzen*, C-13/95; CJCE, 10 décembre 1998, *Hidalgo e.a.*, C-173/96 et C-247/96). Elle admet que dès lors « qu'une entité économique peut, dans certains secteurs, fonctionner sans éléments d'actifs, corporels ou incorporels, significatifs, le maintien de l'identité d'une telle entité par-delà l'opération dont elle fait l'objet ne saurait, par hypothèse, dépendre de la cession de tels éléments [...] ». La Cour poursuit « que, dans la mesure où, dans certains secteurs dans lesquels l'activité repose essentiellement sur la main-d'œuvre, une collectivité de travailleurs que réunit durablement une activité commune peut correspondre à une entité économique, une telle entité est susceptible de maintenir son identité par-delà son transfert quand le nouveau chef d'entreprise ne se contente pas de poursuivre l'activité en cause, mais reprend également une partie essentielle, en termes de nombre et de compétence, des effectifs que son prédécesseur affectait spécialement à cette tâche » (CJCE, 2 déc. 1999, *Allen*, C-234/98, pts 28-29).

Par la suite, la CJUE a réitéré cette position plus compréhensive à l'égard des conditions d'identité et d'autonomie (CJCE, 24 janvier 2002, *Temco*, C-51/00; CJUE, 20 janv. 2011, C-463/09). Dans une affaire allemande relative au renouvellement d'un marché public de transport interurbain, la Cour de Luxembourg va jusqu'à admettre le principe du transfert d'une entité économique, en l'absence de reprise des moyens matériels (autobus), dès lors que d'autres circonstances de fait permettent de caractériser le maintien de l'identité de l'entité économique concernée au sens de la directive 2001/23. Il se trouve qu'en l'espèce la reprise des moyens d'exploitation du service était empêchée par des obligations de nature juridique, environnementale et technique imposées par le pouvoir adjudicateur. En outre, l'unique salarié concerné par la reprise avait acquis une compétence

spécifique en rapport avec la prestation de service de transport de par son exécution en milieu rural et dans un contexte particulier d'inconnexité avec d'autres réseaux de transport (CJUE, 27 févr. 2020, *Reiner Grafe, Jürgen Pohle c/ Südbrandenburger Nahverkehrs GmbH, OSL Bus GmbH*, C-298/18).

Cette adaptation, très circonstancielle, a la particularité de poser « un schéma ourborique » dans lequel le transfert des contrats de travail est à la fois la cause et la conséquence de la reprise de salariés. Ce raisonnement, quelque peu spéculatif, rend la compréhension délicate du standard européen de l'entité économique autonome.

**La Cour de cassation refuse d'adapter les conditions de l'entité économique autonome aux prestations de service impliquant essentiellement un transfert de main d'œuvre.** La Cour de cassation n'a jusqu'à présent apporté aucun tempérament à la rigueur de sa position quant au transfert d'éléments corporels ou incorporels lorsque ceux-ci font défaut, presque par définition, lors du transfert d'activité. Elle peut y être invitée, toujours sans succès, par certains pourvois qui s'inspirent de l'approche généreuse adoptée en la matière par la Cour de justice.

Par exemple, dans l'affaire *Byblos sécurité privée* (Cass. soc., 3 nov. 2011, n° 10.11-820), le salarié requérant, qui reproche au juge prud'homal de l'avoir exclu du bénéfice du droit au transfert de son contrat de travail, propose sans équivoque d'atténuer la rigueur de la condition de transfert d'éléments corporels ou incorporels lorsque « dans les secteurs d'activité reposant essentiellement sur la main-d'œuvre, comme le nettoyage ou le gardiennage, une collectivité de travailleurs que réunit durablement une activité commune peut correspondre à une entité économique dont l'identité est maintenue par-delà son transfert quand le nouveau chef d'entreprise ne se contente pas de poursuivre l'activité en cause, mais reprend également une partie essentielle, en termes de nombre et de compétence, des effectifs que son prédécesseur affectait spécialement à cette tâche ». La filiation avec la jurisprudence européenne présentée précédemment ne fait pas de doute. La chambre sociale, soucieuse de contenir le périmètre de l'art. L. 1224-1, rejette cette argumentation empreinte d'un certain réalisme et, par conséquent, refuse d'adapter les conditions d'application de la règle légale à l'hypothèse des activités de service fondée essentiellement voire uniquement sur une main d'œuvre en maintenant l'exigence d'un transfert minimal d'actifs. Cela lui permet également de limiter les externalisations abusives pratiquées par certaines sociétés désireuses de se débarrasser d'unité de production ou d'activité secondaire qu'elle ne veulent plus.

Si la Cour de Cassation peut être sensible à la présence d'une reprise de toute ou partie d'une masse salariale ayant acquis une compétence particulière et dédiée à l'activité transférée, elle refuse toutefois que cet élément permette de caractériser, à lui seul, le transfert d'une entité économique autonome. Contrairement à la Cour de justice, le juge interne considère donc que la reprise du personnel n'est pas une condition d'application de l'article L.1224-1, mais une conséquence de ce dernier.

D'application stricte, le dispositif de l'article L. 1224-1 n'en demeure pas moins, à ce jour, le régime de reprise le plus favorable aux salariés concernés. Il couvre un champ d'application large et emporte des effets très protecteurs à l'égard du salarié par son caractère d'ordre public et l'automatisme du transfert qu'il régit.

### Un régime très favorable aux salariés transférés

Le régime de reprise des contrats de travail prévu par la loi est un régime strict sur plusieurs plans. La rigueur est désormais de mise pour les conditions d'application devant être réunies. Elle l'est également sur le terrain de son champ matériel et de ses effets mais, cette fois, à l'avantage des salariés.

**Un champ d'application matériel élargi.** Lorsque les conditions d'application de l'article L. 1224-1 sont réunies, le dispositif légal a pour effet de faire subsister les contrats de travail entre le nouvel employeur et le salarié dans « les conditions en vigueur au jour du transfert » (C. trav., art L. 1224-1 et art 3 de la directive n° 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 JOCE n° L 82, 22 mars 2001, p. 16).

L'article L. 1224-1 dispose que « tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ». L'objet du transfert est évident – les contrats de travail en cours – ainsi que la temporalité de son appréciation, à savoir à la date de la modification de la situation juridique de l'employeur.

La Cour de Cassation est très récemment venue préciser que « le transfert d'une entité économique autonome s'opère à la date à laquelle le nouvel exploitant est mis en mesure d'assurer la direction de cette entité » (Cass. soc., 23 juin 2021, n° 18-24.597). L'article L. 1224-1 « n'est applicable qu'aux contrats en cours au moment où survient la modification dans la situation juridique de l'employeur et les salariés licenciés antérieurement à cette modification ne peuvent se prévaloir des dispositions dudit article que s'il est démontré que l'opération de reprise a eu pour but ou pour effet de

faire fraude à leurs droits » (Cass. soc., 21 févr. 1990, n°86-45.374; Cass. soc., 6 nov. 1991, n° 90-21.437; Cass. Soc., 26 févr. 1992, n° 88-43.89).

L'article 3 de la directive du 14 février 1977 (repris par la directive du 12 mars 2001) vise, quant à lui, « les droits et obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert ». La Cour de justice ne vise, quant à elle, « que les travailleurs au service de l'entreprise à la date du transfert, à l'exclusion de ceux ayant déjà quitté l'entreprise à cette date ».

*In fine*, l'ensemble de ces formules visent les mêmes notions. La reprise par le cessionnaire porte sur l'ensemble des droits et obligations découlant d'un contrat ou d'une relation de travail, à la date de l'opération juridique traduisant le transfert de l'entité économique.

**La typologie des contrats concernés.** La formule « tous les contrats en cours au jour de la modification juridique de l'employeur » est large et englobe l'ensemble des contrats de travail liant le cédant, indifféremment du type de contrat, de leur durée ou de leur nature.

La reprise peut concerner :

- Les contrats de travail de droit public ou de droit commun.
- Les CDI ou CDD (Cass. soc., 8 déc. 1955, *Bull. civ. V*, n° 880.; Cass. soc., 20 juin 1962, *Bull. civ. V*, n° 572).
- Les contrats d'apprentissage (Cass. soc., 3 mars 1998, n° 95-43.274).
- Les contrats aidés (contrat de professionnalisation et contrat de qualification) (Cass. soc., 3 mars 1998, n° 95-43.274).
- Les contrats des travailleurs intérimaires (en cas de transfert d'une entreprise de travail temporaire vers une autre : CJCE, 13 sept. 2007, aff. C. 458/05).

**Des effets protecteurs à l'égard du salarié.** Le caractère d'ordre public du régime légal de reprise des contrats de travail lui confère une priorité et un caractère automatique empêchant quiconque d'éluder ou entraver son application et ses effets (Cass. soc., 20 oct. 1994, n° 92-21.543 : « le contrat de travail se poursuit de plein droit et par le seul effet de la loi avec le nouvel employeur »). La reprise « s'impose aux salariés comme aux employeurs successifs » (Cass. soc., 3 mars 1982 ; Cass. soc., 16 janv. 1990; Cass. soc., 26 oct. 1994; Cass. soc., 28 mai 1997; Cass. soc., 4 avr. 2006; Cass. soc., 19 déc. 2007, n° 06-18442).

**La prohibition de toute clause tendant à éluder ou entraver l'application de l'article L. 1224-1.** Une telle clause sera considérée comme non-écrite car illicite qu'elle soit présente dans le contrat de travail, dans l'acte de transfert (Cass. soc., 29 nov. 1972; Cass. soc., 21 mars 2006, n° 04-43.306) ou dans une convention conclue directement entre les salariés et le cessionnaire (Cass. soc., 16 oct. 1980, n° 79-40.111).

**Le transfert de plein droit du contrat de travail.** La reprise légale des contrats de travail, lorsque les conditions sont réunies, s'applique de droit et par effet de la loi et « s'impose aux salariés comme aux employeurs successifs », « sans aucune notification particulière » (Cass. soc., 31 mars 2015, n° 13-25.436) et sans « information individuelle et préalable des salariés » (Cass. soc., 16 janv. 1974; Cass. soc., 14 déc. 1999).

**L'accord du cessionnaire ou du cédant n'est pas requis.** La reprise des contrats de travail « se produit même sans accord du cédant ou du cessionnaire et en dépit de leur refus d'exécuter leurs obligations » (CJCE, 14 nov. 1996, aff. C 305/94) et « sans que le nouvel employeur puisse invoquer qu'il ignorait son existence ».

**Le refus du cessionnaire sera assimilé à un licenciement sans cause réelle et sérieuse.** Selon la Cour de cassation, « le refus du nouvel employeur de maintenir un salarié appartenant à l'entité économique transférée produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse » (Cass. soc., 31 janv. 2007, n° 04-47.842).

**L'accord du salarié n'est pas requis.** « Le changement d'employeur résultant du transfert d'une entité économique autonome s'impose tant aux salariés qu'aux employeurs successifs et le salarié relevant d'une entité économique transférée n'est pas en droit d'exiger la poursuite de son contrat de travail avec le cédant ni d'obliger celui-ci à le licencier » (Cass. soc., 19 déc. 2007, n° 06 18 442). Aussi, « il ne peut être dérogé aux effets de ce texte par des conventions particulières, subordonnant le changement d'employeur à l'accord préalable du salarié » (Cass. soc., 20 avr. 2005, n° 03-42.096). Le salarié est dépourvu de droit d'opposition uniquement concernant la reprise automatique de son contrat sous l'effet de la loi. Si l'accord du salarié n'est pas requis pour la reprise automatique du contrat de travail par le nouvel employeur, toute modification du contrat de travail autre que l'employeur nécessite l'accord du salarié lequel est en droit de s'y opposer (Cass. soc., 17 avr. 2019, n° 17-17.880).

**Le refus du salarié est assimilé à une démission.** Si le salarié ne dispose pas d'un droit d'opposition au transfert de son contrat, qui se fera de manière automatique sous l'effet de la loi, il dispose toujours

d'un droit de refus concernant la poursuite de la relation de travail avec le nouvel employeur. De manière générale une personne a toujours le droit de refuser l'application d'une protection légale même d'ordre public (Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 27 oct. 1975, n° 74-11.080; Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 25 mars 1991, n° 89-21.181; Cass. civ. 1<sup>e</sup>, 17 mars 1998, n° 96-13.972; Cass. soc., 15 juill. 1998, n° 96-41.118).

Dès lors, un salarié peut toujours refuser la poursuite de sa relation de travail avec le nouvel employeur. En revanche, si ce refus tend à faire échec à l'application de cette disposition, il sera considéré sans effet (Cass. soc., 20 juin 1985, n° 82-43.585). Les conséquences du refus sont « assimilés à une démission dès lors que ce refus est individuel et sans équivoque » (Cass. soc., 10 oct. 2006, n° 04-40.325.; Cass. soc., 19 déc. 2007, n° 06-18.442; Cass. soc., 10 oct. 2006, n° 04-40.32).

**Le contrat de travail subsiste.** Les contrats de travail en cours sont maintenus dans les mêmes conditions que celles dans lesquelles ils étaient exécutés au moment de la « modification dans la situation juridique » de l'ancien employeur. Il ne s'agit pas d'un nouveau lien contractuel du fait d'un nouveau contrat, le contrat est transféré et subsiste par l'effet de la loi (Cass. soc., 3 mars 1971, n° 69-40.395). Ainsi « dès lors que les salariés ont été maintenus dans leurs fonctions avec leurs droits acquis, les contrats de travail n'ont pas été rompus et aucune indemnité de licenciement n'est due » (Cass. soc., 21 nov. 1974). Le cessionnaire est donc tenu à l'exécution et au respect des droits et obligations résultant du contrat de travail tel que conclu avec le cédant.

**Le contrat de travail subsiste sans modification.** Le contrat de travail subsiste dans « les conditions en vigueur au jour du transfert » (Cass. soc., 13 juin 2006, n°04-42.702). Ceci impose au cessionnaire le respect et l'exécution de l'ensemble des droits et obligations qui découlent du contrat de travail en vigueur au jour du transfert. Le salarié voit alors conservé « sa qualification, son salaire et sa durée de travail, ainsi que les usages qui s'appliquaient avant le transfert » (Cass. soc., 5 janv. 1967, Bull. civ., IV, n° 7; Cass. Soc., 16 mars 1990, n° 86-40.686; Cass. soc., 12 déc. 2012, n° 11-24.562), mais aussi son ancienneté depuis l'embauche par le cédant (Cass. soc., 10 oct. 2000, n° 98-42.189; CJCE, 14 sept. 2000, aff. C 343/98 : « l'ancienneté à prendre en considération pour l'appréciation des droits des salariés est l'ancienneté acquise dès l'embauche »).

Aussi, « lorsque l'article L. 1224-1 du Code du travail est applicable, les contrats de travail se poursuivent avec le cessionnaire aux conditions en vigueur au jour du changement d'employeur; ainsi, le nouvel employeur, tenu de maintenir les conventions individuelles

*négociées avec le cédant, ne pouvait y mettre fin qu'avec l'accord des salariés concernés ou dans les conditions »* (Cass. soc., 27 mai 2009, n° 08-42.855). De sorte que le cessionnaire « sera tenu de verser les salaires impayés antérieurs au transfert et, dans un second temps, il pourra demander au cédant de lui rembourser les sommes ainsi déboursées » (Cass. soc., 7 nov. 2006, n° 05-41.722) ou encore lorsqu'une procédure de licenciement est engagée et le préavis donné par le cédant, la poursuite de celui-ci sera effectué par le cessionnaire, ce dernier peut, dès lors, utiliser des fautes commises par le salarié lorsqu'il était au service du cédant pour motiver un licenciement. Cette dernière règle s'applique sous réserve que cette mesure n'ait pas pour but de faire échec à l'application de l'article L.1224-1 du Code du travail.

### 1.1.2. Les régimes conventionnels de reprise des salariés

Au-delà du périmètre de l'article L. 1224-1 du Code du travail, des dispositifs de reprise de salariés ont été inscrits dans des conventions et accords collectifs applicables à des secteurs économiques variés dans lesquels des prestations de services sont périodiquement mises en concurrence par des donneurs d'ordre publics. De loin les plus connus des acteurs de la commande publique, leur effet est équivalent dans son principe à celui du régime légal : tout ou partie du personnel de l'ancien prestataire voit son contrat de travail transféré vers le nouveau titulaire du contrat sous l'effet du transfert d'activité économique. De ce point de vue, le transfert conventionnel du contrat de travail est pensé comme un palliatif à la non-application du régime légal de reprise. Il n'est cependant pas son double conventionnel parfait, des particularités caractérisant les conditions d'application variées des différents dispositifs conventionnels de reprise.

#### La notion de transfert conventionnel du contrat de travail

**Pallier l'inapplication du régime légal.** L'introduction par la voie de la négociation collective de dispositifs de garantie de la continuité de l'emploi s'appliquant lors de transferts d'activités de services est directement liée à la réduction progressive du champ d'application du régime légal de reprise de l'article L. 1224-1 sous l'effet de la jurisprudence de la Cour de cassation. C'est à partir des deux arrêts de l'Assemblée plénière du 15 novembre 1985 (Cass. Ass. plén., 15 nov. 1985, *Nettoitout* et *Nova Services*, Bull. civ., AP, n° 7), qui inauguraient un changement radical de doctrine de la Haute juridiction judiciaire, que les partenaires sociaux ont souhaité enrailler ses effets perçus alors comme

néfastes à l'égard des salariés et de la stabilité de leur situation professionnelle. Il faut dire que la Haute juridiction judiciaire après avoir rappelé que « l'article L. 122-12 al. 2. C. trav. ne reçoit application qu'en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur », précise « qu'une telle modification ne peut résulter de la seule perte d'un marché ». La rupture était d'autant plus éclatante qu'il était en l'occurrence question dans les deux espèces d'une banale succession de deux entreprises privées sur une même prestation de service de nettoyage de locaux suite à la résiliation d'un contrat. Ce revirement de jurisprudence traduisait l'abandon de l'entreprise envisagée comme activité au profit de l'entreprise organisation entendue comme un ensemble de moyens matériels et humains rassemblés en vue d'une certaine finalité de production que la Cour de cassation entérine officiellement à partir de son arrêt du 16 mars 1990 (Cass. Ass. plén., 16 mars 1990, n° 89-45.730 et n°86-40.686) sous l'influence certaine de la jurisprudence de la Cour de justice.

Il s'agissait, à cette époque, de contrer par la négociation collective une conception plus libérale qui associait la garantie d'emploi à un acte potentiellement « anti-économique », laquelle continue toujours de recevoir un écho favorable auprès de la juridiction judiciaire. Les secteurs économiques du service, comportant une part importante de main d'œuvre, ont pu voir dans cette nouvelle donne jurisprudentielle une source d'insécurité pour les salariés affectés par des changements périodiques de prestataire de services. Certains accords témoignent d'ailleurs dans leur préambule de cette préoccupation à l'égard des effets de la position restrictive de la Haute juridiction judiciaire.

**La faculté ouverte à la négociation collective d'organiser la poursuite des contrats de travail.** Les partenaires sociaux se sont emparés du transfert de contrats de travail considéré comme l'instrument opportun de garantie de la continuité d'emplois dans l'hypothèse d'une perte de marché par l'employeur initial. La matière relève du champ de la négociation collective au titre des conditions d'emplois et des garanties sociales des salariés (C. trav., art. L. 2221-1 et 2221-2), de sorte qu'elle est admise par la loi à y intervenir sous la forme d'un accord de branche, sous réserve du respect de l'article L. 1224-1 (ex article L. 122-12), dont le caractère d'ordre public fait un obstacle absolu à l'intervention de la négociation collective dans son champ d'application. Cette interdiction imposée aux sources conventionnelles de déroger à la loi d'ordre public est aujourd'hui prescrite à l'article L. 2251-1 du Code du travail selon lequel « [une convention ou un accord] ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public ». La Cour de cassation a pu rappeler à plusieurs reprises que

l'application de la garantie légale, de par son caractère d'ordre public, ne pouvait souffrir aucun obstacle contractuel ou conventionnel (*cf. supra*). Autrement dit, le transfert d'une entité économique autonome est ainsi sanctuarisé par la loi, les partenaires sociaux ne pouvant en aucun cas en réglementer les effets sur le contrat de travail. Leur intervention est donc rejetée en dehors de ce champ dans l'hypothèse d'un simple transfert d'activité économique sans transfert véritable d'une entreprise. De ce point de vue, la source conventionnelle maintient la conception de *l'entreprise-activité* au côté de *l'entreprise-organisation* pensée dans le cadre de la reprise légale.

La faculté d'intervention de la négociation collective dans le champ de la continuité des contrats de travail est également précisée à l'article L. 2253-1 du Code du travail, dans sa version issue de la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 (art. 2). Cette disposition prévoit que « *la convention de branche définit les conditions d'emploi et de travail des salariés [et] en particulier [...] les modalités selon lesquelles la poursuite des contrats de travail est organisée entre deux entreprises lorsque les conditions d'application de l'article L. 1224-1 ne sont pas réunies* ». Si elle a directement trait à l'articulation entre les accords d'entreprise ou d'établissement et les accords de branche, elle confirme explicitement que la garantie d'emploi a vocation à être saisie par les partenaires sociaux. Ces derniers, en dehors du périmètre d'application du régime légal, sont libres d'organiser les modalités de la reprise de salariés qui fondent une obligation de poursuite des contrats de travail à la charge du nouveau prestataire.

**Spécificité du secteur du transport routiers, urbain et interurbain.** Il convient de remarquer que dans la branche des transports routiers et des activités auxiliaires du transport ainsi que dans la branche des réseaux de transport public urbain de voyageurs, c'est la loi qui pose l'obligation de reprise de salariés lorsque survient un changement d'exploitant du service. Toutefois, son application est explicitement subordonnée à un accord collectif postérieur ayant fait l'objet d'un arrêté d'extension. Cette conditionnalité de la règle législative a été introduite par la loi d'orientation sur les mobilités du 24 décembre 2019 dans le Code des transports en son article L. 3317-1. Ce dernier est le siège d'un dispositif de transfert automatique des contrats de travail « *des salariés affectés exclusivement ou essentiellement au service ou à la partie de service transféré* » dans l'hypothèse d'« *un changement d'exploitant d'un service ou d'une partie de service de transport public routier de voyageurs* ». Ce mécanisme, équivalent dans son principe à celui de l'article L. 1224-1, dont il réserve d'ailleurs l'application, en diffère cependant quant aux conditions d'application. L'article L. 3317-1 invite en effet les partenaires sociaux

à conclure des accords de branche étendus afin de mettre en œuvre le principe rappelé.

**L'influence du modèle de la reprise légale.** Les conventions et accords collectifs se sont le plus souvent contentés de s'inspirer fortement de la dimension obligatoire et relativement dirigiste imprimée au transfert de salariés par le régime légal, voyant dans celui-ci une référence indépassable en matière de garantie d'emploi qu'il fallait absolument préserver.

Les sources conventionnelles ont maintenu la substance du principe légal originel tout en gommant les apports postérieurs de la jurisprudence judiciaire des années 80-90 conditionnant strictement l'opération de reprise à l'existence d'un transfert d'une entité économique autonome. Ainsi cristallisée, l'obligation de poursuite des contrats de travail à la charge du nouveau prestataire n'a pas été affectée par l'évolution qu'a connu le régime légal sous l'effet d'une lente et progressive sédimentation jurisprudentielle à partir du milieu des années 80.

L'article L. 3317-1 précité est sur ce point particulièrement éclairant. Cette disposition n'est pas une réplique exacte de celle du Code du travail. Elle ne retient que le caractère obligatoire de la reprise de salariés lors d'un changement de prestataire de services de transport. Seul demeure le noyau dur du principe de la reprise : le transfert d'une activité économique d'une entreprise A à une entreprise B impliquant la poursuite obligatoire des contrats de travail des salariés de l'entreprise A par l'entreprise B. De ce point de vue, l'article L. 3317-1 constitue la codification fidèle de l'apport essentiel des différents régimes conventionnels de reprise existant, à savoir une obligation de reprise de salariés peu conditionnée dans sa mise en œuvre et reposant essentiellement sur la notion d'*entreprise-activité*. Il s'agit bien pour le législateur de présenter une synthèse en matière de transfert conventionnel de contrats de travail dans le secteur du transport sous la forme d'un principe en attente de concrétisations futures sous la forme d'accords collectifs.

**Une diversité de secteurs économiques concernés.** Il n'est pas surprenant d'observer un dispositif de reprise de personnel dans des branches d'activité qui ont été directement impactées par la nouvelle donne jurisprudentielle des années 80-90 de la Cour de cassation. Il s'agit essentiellement d'activité économique reposant sur des prestations de services réalisées par une main d'œuvre souvent assez conséquente, relativement peu qualifiée et n'impliquant pas ou peu de moyens corporels ou incorporels qui puissent véritablement faire l'objet d'un transfert entre les entreprises se succédant. En somme, des secteurs où

la perte d'un marché ne s'analyse jamais en un transfert d'une entité économique autonome.

On dénombre dix dispositifs conventionnels de reprise de salariés parmi lesquels huit sont en vigueur en janvier 2022. Un régime a été récemment abrogé en 2016 (manutention-nettoyage aéroportuaire en région parisienne) tandis qu'un second a vu son extension annulée par le Conseil d'État (eau-assainissement). Il convient de noter que l'article L. 3317-1 du Code du transport a connu deux prolongements sous forme d'accord de branche local : le premier en 2020 à Mayotte, le second à La Réunion fin 2021). A l'exception de ces deux derniers régimes, les dispositions conventionnelles datent généralement d'une période immédiatement postérieure à la modification de l'interprétation de l'article L. 1224-1 et dans un temps où la position judiciaire peut être considérée comme acquise au regard de la forte convergence des jurisprudences de l'Assemblée plénière, de la chambre sociale de la Cour de cassation et de la Cour de justice de l'Union européenne. Tous ces régimes ont connu au moins une modification mais le plus souvent plusieurs au cours des années 2000 et 2010. Compte tenu de ces divers repères temporels, il est possible d'affirmer que le phénomène de reprise conventionnelle est relativement ancien, de vingt à trente ans selon les secteurs, tout en suscitant un intérêt continu et relativement soutenu des partenaires sociaux au cours des quinze dernières années, intérêt manifesté par l'adoption soit d'avenants à des dispositifs existants, soit de nouveaux régimes.

**Manutention ferroviaire.** L'article 15 ter de la convention collective nationale du personnel des entreprises de manutention ferroviaire et travaux connexes du 6 janvier 1970 (IDCC 538), dont le dernier arrêté d'extension date du 17 février 2020 (*JORF*, 25 février 2020), est le siège du dispositif de continuité d'emploi en cas de changement de titulaire de marché. Il a fait l'objet d'une modification par l'avenant n° 21 du 23 juillet 2013.

**Prévention-sécurité.** Il convient de se reporter à l'accord du 5 mars 2002 relatif à la reprise du personnel, modifié par l'avenant du 28 janvier 2011 et rattaché à la convention collective nationale des entreprises de prévention et de sécurité du 15 février 1985 (IDCC 1351), étendue par arrêté du 25 juillet 1985 (*JORF*, 30 juillet 1985).

**Propreté.** Initialement, la reprise de salariés a été introduite dans ce secteur économique par l'accord fixant les conditions d'une garantie d'emploi et la continuité du contrat de travail du personnel en cas de changement de prestataire du 29 mars 1990, son avenant n° 1 du 27 février 1991 et

ses différentes annexes. Plus connu sous le nom d'annexe VII, la garantie d'emploi devient l'article 7 de la convention collective nationale des entreprises de propreté et services associés du 26 juillet 2011 (IDCC 3043), étendue par arrêté du 23 juillet 2012 (*JORF*, 28 juillet 2012).

**Restauration de collectivités.** Une entreprise qui se voit attribuer par contrat une prestation de service de restauration collective est tenue de poursuivre les contrats de travail des salariés employés par son prédécesseur sur le fondement de l'article 33-3 de la convention collective nationale du personnel des entreprises de restauration de collectivités du 20 juin 1983 (IDCC 1266), étendue par arrêté du 2 février 1984 (*JORF*, 17 février 1984), lequel renvoie à l'avenant n° 3 du 26 février 1986 relatif au changement de prestataires de services, modifié par l'avenant n° 21 du 21 février 1997 et complété par l'avenant n° 2 du 27 mai 2009.

**Personnel au sol des entreprises de transport aérien.** Il résulte de l'article 1 de l'annexe VI à la convention collective nationale du personnel au sol des entreprises de transport aérien du 22 mai 1959 (IDCC 275), relative au transfert de personnel entre entreprises d'assistance en escale, dans sa rédaction issue de l'avenant n° 65 du 11 juin 2002, modifié par l'accord du 5 juillet 2013 (étendu par arrêté du 09 octobre 2014), que cet accord a pour objet de définir les conditions de transfert de personnel entre les entreprises d'assistance en escale dans le cas de mutation de marché d'assistance en escale ou de mutation d'un contrat commercial.

**Activités du déchet.** Depuis un protocole d'accord, signé le 23 janvier 2003, un dispositif de reprise de salariés en cas de changement de titulaire d'un marché public est rattaché à la convention collective nationale des activités du déchet du 16 avril 2019 (IDCC 2149). Plusieurs fois modifié et reconduit, il est désormais régi par l'avenant n° 67 du 8 décembre 2020 relatif aux conditions de transfert des contrats de travail en cas de changement de titulaire d'un marché public (étendu par arrêté du 21 mai 2021, *JORF*, 4 juin 2021).

**Transports interurbains et urbains de voyageurs.** Initialement prévu par l'article 28 de l'accord du 18 avril 2002 sur l'aménagement, l'organisation et la réduction du temps de travail et sur la rémunération des entreprises de transport routier de voyageurs, le dispositif de la garantie d'emploi et de la continuité du contrat de travail, revu par l'accord du 7 juillet 2009, est désormais envisagé au sein de l'accord du 3 juillet 2020 (étendu par arrêté du 21 mai 2021, *JORF* 29 sept. 2021) modifié par l'avenant n°1 du 12 novembre 2020. Cet accord de branche est rattaché à la convention collective nationale des transports routiers et activités auxiliaires du transport du 21 décembre 1950 (IDCC 16).

**Transports scolaires à Mayotte et à La Réunion.** Deux accords de branche territorialisés ont été adoptés récemment pour les départements de Mayotte (accord du 4 septembre 2020 étendu par le décret du 7 novembre 2020) et de La Réunion (accord du 15 novembre 2021, en attente d'extension) dans le secteur du transport scolaire. L'invitation a été reçue. L'accord du 3 juillet 2020, modifiant l'accord du 7 juillet 2009, s'inscrit pleinement dans le cadre de ce dispositif légal. Il en est de même des accords de branche spécifiques au transport scolaire à Mayotte et à La Réunion, lesquels renvoient explicitement dans leur préambule à l'article L. 3317-1 précité.

**Manutention-nettoyage aéroportuaires (région parisienne).** Le dispositif de reprise a été abrogé par l'avenant du 27 juillet 2016 à la convention collective régionale concernant le personnel de l'industrie de la manutention et du nettoyage sur les aéroports de la région parisienne ouverts à la circulation publique (IDCC 1391). Elle a été étendue par arrêté du 17 septembre 2021 (JORF, 29 octobre 2021).

**Eau-assainissement.** L'article 2-5-2 de la convention collective nationale des entreprises des services d'eau et d'assainissement du 12 avril 2000 (IDCC 2147) organise un transfert de contrats de travail dans l'hypothèse d'un changement de prestataire de service lors du renouvellement du marché public ou de la concession. Toutefois, l'arrêté d'extension a été annulé par le Conseil d'État (CE, 30 avr. 2003, *SPEIRAA*, n° 230.804), lequel a été particulièrement sensible à l'analyse du conseil de la concurrence suivie dans son avis défavorable relatif à l'extension de l'accord collectif (Avis, 4 déc. 2000, n° 00-A-30).

### Des conditions d'application variables

**Le nécessaire changement de prestataire de services.** Le transfert conventionnel de contrats de travail vise des cas de figure où les dispositions légales ne trouvent pas à s'appliquer, faute de réunir en particulier la condition d'une « entité économique autonome qui conserve son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise ». Dès lors, l'unique condition commune à toutes les sources conventionnelles prévoyant une reprise de personnel se trouve dans l'absence d'éléments corporels ou incorporels nécessaires à la continuité de l'activité économique transférée. Les régimes conventionnels de reprise partagent donc un caractère subsidiaire puisqu'ils ne peuvent en aucun cas faire échec à l'application du dispositif législatif d'ordre public.

La situation juridique et pratique objet d'un régime conventionnel est toujours celle d'un changement de prestataire de services issu soit d'une résiliation

du contrat initial au profit d'une nouvelle entreprise, soit de l'arrivée à son terme du contrat et de son renouvellement par le donneur d'ordre privé ou public. La reprise conventionnelle a donc vocation à régir la perte d'un contrat par une entreprise au profit d'une autre, révélant alors le transfert d'une activité économique. Si les formules divergent quelque peu dans les conventions et accords, elles renvoient toutes à la même situation juridique : sous l'effet de la décision d'un donneur d'ordre, public ou privé, une activité économique de service, à laquelle est attachée une masse salariale, est transférée d'une entreprise sortante, anciennement titulaire du contrat, à une entreprise entrante, nouvellement titulaire du contrat.

Les caractéristiques principales du processus de remise en concurrence et de ses implications sont réunies : la décision d'une collectivité publique d'attribuer une prestation à une entreprise au détriment d'une autre anciennement titulaire de celle-ci. L'existence d'une procédure de passation respectueuse des exigences de publicité et de mise en concurrence importe peu, pourvu qu'une activité économique soit effectivement transférée d'une entité à une autre sous l'effet de la décision d'un tiers directement intéressé.

**L'indifférence à l'égard de la nature publique ou privée du contrat.** La nature du contrat ou de l'activité économique importe peu. Leur caractère public ou privé est indifféremment régi par les dispositifs conventionnels. D'ailleurs, ceux-ci précisent dans certains cas qu'il peut s'agir de la perte d'un marché public ou privé ou même d'une délégation de service public ou d'une concession de service. En somme, les contrats de la commande publique par lesquels sont externalisées des activités de service (simple service ou service public) entrent dans le périmètre des transferts conventionnels. Le contraire aurait été surprenant et particulièrement contre-productif compte tenu du fait que les secteurs économiques concernés intéressent autant les marchés privés que la commande publique. On pense notamment aux marchés publics ou concessions de service conclus en matière de transport public, de distribution d'eau et d'assainissement ou de collecte des déchets qui entrent dans les attributions directes de certaines collectivités publiques et constituent même la part essentielle de ces secteurs. Les marchés de propreté ou encore de gardiennage/sécurité sont également des contrats publics nécessaires au bon fonctionnement des administrations que l'on retrouve couramment.

**Des champs d'application matériels et personnels variables.** Au-delà de ces deux points communs qui unissent les régimes conventionnels de reprise sous la même bannière de la garantie d'emploi, leurs périmètres d'application matériels et personnels diffèrent sensiblement. En outre, les dispositions

conventionnelles réservent le transfert de contrats de travail à des salariés selon des critères qui n'ont aucun équivalent avec le dispositif légal d'application plus générale.

Les critères sont très variables et passablement subtils mais visent toujours à déterminer précisément une masse de salariés « transférables » par la réunion de plusieurs conditions cumulatives. Il peut s'agir de s'attacher à l'ancienneté dans l'entreprise, à l'appartenance à une catégorie professionnelle ou un statut (cadre, personnel d'exécution, agent de maîtrise, etc.), à la détention d'une qualification ou d'une certification professionnelle, au suivi d'une formation, à la réalisation d'un temps de travail effectif pour l'activité, au type de contrat de travail (CDD ou CDI), etc.

La collectivité publique n'a pas à contrôler si le titulaire sortant se conforme à ses obligations conventionnelles de reprise.

### Les effets de l'application d'un régime conventionnel de reprise sur le contrat de travail

**Un changement d'employeur.** L'application d'un dispositif conventionnel de reprise emporte le même effet sur le contrat de travail que lorsque la garantie légale de l'article L. 1224-1 s'impose. Le transfert de salariés d'une entreprise à une autre constitue une modification du contrat de travail voire une novation de celui-ci dont l'objet se limite, en principe, au changement de l'identité de l'employeur. Il est fréquent que les dispositions conventionnelles prévoient la signature d'un avenant au contrat de travail afin de formaliser l'accord du salarié quant à la substitution d'employeur.

**L'obligation de poursuivre le contrat de travail.** Il n'est pas question pour le nouvel employeur de proposer un reclassement externe du salarié dans des conditions librement déterminées par lui. L'obligation de transfert s'analyse en une poursuite du contrat de travail dans la seule limite d'une correspondance des classifications et de la structure de rémunération de l'entreprise d'accueil. Il est bien question alors d'une véritable « obligation de réemploi » à la charge de l'entreprise entrante (M. MORAND, « Le transfert conventionnel des contrats de travail s'impose-t-il aux salariés ? », *Dr. Soc.* 1990, p. 776) qui proscribit toute modification substantielle à l'occasion de la reprise.

**La modification du contrat de travail étroitement encadrée.** Lorsque le contrat est transféré selon les

prévisions conventionnelles, outre le changement d'employeur, le contrat de travail ne peut faire l'objet de modifications sur les questions de rémunération, de temps de travail, de lieu d'affectation, etc. Toutefois, le principe du maintien intégral du contrat de travail connaît des aménagements pour tenir compte de certaines situations rendant impossible une intégration du salarié sans modification.

La plupart des dispositions conventionnelles autorisent le nouvel employeur à proposer des aménagements mineurs de la rémunération (intitulés, périodicité) et de la qualification afin de l'adapter à l'entreprise. En revanche, il n'est pas question de modifier la structuration de la rémunération ainsi que son montant global sans l'accord explicite et éclairé du salarié. La juridiction judiciaire rappelle que « *la rémunération contractuelle d'un salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié ni dans son montant ni dans sa structure sans son accord, peu important que l'employeur prétende que le nouveau mode de rémunération est sans effet sur le montant global de la rémunération du salarié* » (Cass. soc., 18 mai 2011, n° 09-69175 ; Cass. soc., 1<sup>er</sup> juill. 2008, *Bull. civ. V*, n° 147). La Cour de cassation censure les modifications qui tendent à éluder les dispositions impératives de l'accord collectif (Cass. soc., 21 oct. 2009, n° 08-43.828 ; Cass. soc., 5 nov. 2003, n° 01-45.503). La portée de la modification proposée est étroitement encadrée et cette liste est limitative. Elle n'autorise pas l'entrant à soumettre au salarié un avenant comportant d'autres modifications, de sorte que sont exclus l'ajout d'une période d'essai, d'une clause de mobilité, la réduction du temps de travail, le passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit ou l'effacement de l'ancienneté.

Il est ainsi parfois tentant pour le nouvel employeur d'insérer une modification du contrat de travail au sein de l'avenant formalisant la substitution d'employeur lors de l'opération de reprise. La pratique contrevient le plus souvent aux dispositions conventionnelles qui prescrivent un maintien du contenu du contrat lors du transfert. Ainsi, à titre d'exemple, le juge judiciaire écarte une clause de mobilité insérée dans l'avenant proposé aux salariés au moment de la reprise conformément aux dispositions conventionnelles (CA Paris, 20 avr. 2010, *CGEA AGS de Marseille c. B. et a.*). La solution est identique concernant une diminution de la durée du travail des salariés (Cass. soc., 21 févr. 2000, *Bull. civ. V*, n° 116). De même, la tentative de l'entrant d'imposer une période d'essai aux contrats de travail transférés a également été condamnée par la juridiction administrative pour méconnaissance des dispositions de la convention collective nationale qui exigent le maintien des conditions salariales du personnel repris (CAA Paris, 6<sup>e</sup> ch., 29 juin 2006, Sté

*l'Envol*, n° 01PA01906).

L'exigence du maintien en l'état du contrat de travail est telle qu'il n'est pas admis que l'entreprise entrante se réfugie derrière le respect du principe d'égalité entre salariés de l'entreprise et salariés repris pour justifier une modification de la rémunération de ces derniers. La Cour de cassation écarte ainsi le principe « à travail égal, salaire égal » dans l'hypothèse d'une reprise conventionnelle. Dans le secteur de la propreté, elle juge que « l'évolution générale de la législation du travail en matière de négociation collective et de la jurisprudence en ce qui concerne le principe d'égalité de traitement à l'égard des accords collectifs conduit à apprécier différemment la portée de ce principe à propos du transfert des contrats de travail organisé par voie conventionnelle » (Cass. soc., 30 mai 2018, n° 17-12.812). Cette argumentation fait directement écho à celle tenue dans son arrêt du 30 novembre 2017 (Cass. soc., 30 nov. 2017, n° 16-20.532) dans lequel elle a opéré un revirement de jurisprudence (position inverse: Cass. soc., 15 janvier 2014, n° 12-25.402) aux termes duquel « la différence de traitement entre les salariés dont le contrat de travail a été transféré en application d'une garantie d'emploi instituée par voie conventionnelle par les organisations syndicales représentatives investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote et les salariés de l'employeur entrant, qui résulte de l'obligation à laquelle est tenu ce dernier de maintenir au bénéfice des salariés transférés les droits qui leur étaient reconnus chez leur ancien employeur au jour du transfert, n'est pas étrangère à toute considération de nature professionnelle et se trouve dès lors justifiée au regard du principe d'égalité de traitement ». En conséquence, sur un même marché, des salariés peuvent avoir, par le jeu du maintien d'emploi, pour un même travail des rémunérations différentes, sans que le nouvel employeur puisse remédier à cette différence de traitement lors de la reprise.

Il convient enfin de remarquer que le nouvel employeur qui ne serait pas en mesure de maintenir le contrat de travail dans ses conditions antérieures se trouve, fort logiquement, dans l'obligation de formuler au salarié une proposition de modifications de son contrat de travail afin d'obtenir son accord explicite et non-équivoque, et, dans l'hypothèse d'un refus du salarié, d'en tirer les conséquences en engageant une procédure de licenciement. Cette solution, issue de la jurisprudence relative à l'article L. 1224-1 (Cass. soc., 30 mars 2010, *Bull. civ. V*, n° 79), est transposable lorsque s'impose à l'entreprise entrante une obligation conventionnelle de reprise.

**L'accord du salarié est requis.** Hors du périmètre d'application de l'article L. 1224-1, « le transfert du contrat de travail d'un salarié d'une entreprise à une

autre constitue une modification de ce contrat qui ne peut intervenir sans son accord exprès, lequel ne peut résulter de la seule poursuite du travail » (Cass. soc., 8 oct. 1987, *Bull. civ. V*, n° 541; Cass. soc., 17 juin 2009, *Bull. civ. V*, n° 151; Cass. soc., 10 oct. 2006, *Bull. civ. V*, n° 294). En outre, le recours à la notion de novation du contrat pour appréhender la nature particulière du changement d'employeur tient en échec l'acceptation tacite du salarié à la modification de son contrat de travail. En effet, la novation ne se présument pas (C. civ., art. 1330), il convient d'obtenir le consentement explicite et non-équivoque du salarié au transfert de son contrat de travail.

La source collective de l'obligation de transfert n'a donc aucune incidence sur le droit de refus du salarié dans la mesure où l'accord collectif ne peut disposer des droits des salariés. Les dispositions figurant dans ces accords et prétendant imposer le transfert aux salariés concernés sont donc manifestement illégales, même lorsque l'accord a bénéficié d'un arrêté d'extension.

Il en est ainsi de l'article 7.2, II de la convention collective nationale des entreprises de propreté qui stipule que « le transfert des contrats de travail s'effectue de plein droit par l'effet du présent dispositif et s'impose donc au salarié dans les conditions prévues ci-dessous ». Cette discordance manifeste est mise en valeur récemment par la chambre sociale qui rappelle que « sauf application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, le changement d'employeur prévu et organisé par voie conventionnelle suppose l'accord exprès du salarié, qui ne peut résulter de la seule poursuite de son contrat de travail sous une autre direction » (Cass. soc., 12 sept. 2018, n° 16-28.407).

Une même discordance est notable dans le secteur du déchet à la lecture du dernier alinéa de l'article 5 de l'avenant n° 67 du 8 décembre 2020 relatif aux conditions de transfert des contrats de travail en cas de changement de titulaire d'un marché public. Il y est précisé, contrairement à la jurisprudence judiciaire établie, que « les transferts qui s'opéreront dans le respect des conditions de l'annexe se feront de plein droit ». Toutefois, en préambule du même accord, les parties signataires ont pris soin de réserver le « droit de refus des salariés » lorsqu'est présenté le dispositif général de reprise. Les textes conventionnels n'échappent vraisemblablement pas non plus à une dose d'ambiguïté.

Quoi qu'il en soit, il résulte de la jurisprudence désormais bien établie qu'un dispositif conventionnel de garantie d'emploi ne peut pas avoir le même effet que l'article 1224-1, à savoir un transfert de plein droit des contrats de travail. Si une obligation de reprise et intégration des salariés concernés s'impose à l'entreprise entrante en vertu des dispositions conventionnelles, elle ne se double pas pour autant

de l'automatisme du transfert de contrat de travail qui caractérise le seul régime légal. Cette nuance a des conséquences importantes quant au statut du salarié qui oppose son refus à la reprise.

**Les conséquences du refus du salarié sur sa situation professionnelle.** Un salarié peut refuser de signer l'avenant rédigé par l'entreprise entrante qui formalise le transfert de son contrat de travail. Dans cette hypothèse, il reste dans les effectifs de l'entreprise sortante ce qui implique inévitablement une nouvelle affectation et éventuellement la mise en œuvre d'une clause de mobilité. Si l'employeur n'est pas en mesure de réaffecter le salarié, il est soumis à une procédure de licenciement économique. Dans un arrêt du 12 juillet 2017 (n° 16-10.994), la Cour de cassation a rappelé qu'est dépourvu de cause réelle et sérieuse le licenciement de salariés par l'entreprise sortante, qui a perdu le marché, dès lors que les conditions de la garantie conventionnelle d'emploi ne peuvent trouver à s'appliquer. En d'autres termes, le refus du salarié à être repris étant un droit, son expression ne peut pas constituer une faute de nature à justifier un licenciement.

Notons que dans le cas précédent de la CCN Entreprises de propreté, le transfert de contrat de travail étant considéré de plein droit, les conséquences pour le salarié sont bien différentes. L'article 7.4 de cette convention stipule ainsi que « A l'exception d'une modification substantielle de celui-ci par l'entreprise entrante, le salarié qui refuse son transfert dans les conditions stipulées par le présent accord sera considéré comme ayant rompu de son fait son contrat de travail. Cette rupture ne sera pas imputable à l'employeur et n'entraînera donc pour lui aucune obligation de verser des indemnités de préavis et de licenciement ». Cette disposition est donc également en nette contradiction avec l'analyse précédente de la Cour de cassation.

## 1.2. La reprise d'emploi insérée au sein de la commande publique

Le dispositif légal de garantie d'emploi ou celui de nature conventionnelle applicable au secteur considéré n'implique pas directement l'autorité publique. Tout au plus, participe-t-elle de manière indirecte, involontaire et distanciée au déclenchement du processus de reprise par sa décision d'attribuer un marché ou une concession à un nouvel attributaire, provoquant la situation indispensable de transfert d'une activité économique d'une entreprise à une autre. Elle n'a pas d'autre choix que d'inscrire son action contractuelle dans le cadre préexistant des normes sociales supérieures pour lesquelles elle est tenue à une obligation de conformité en vertu du principe de légalité de l'action administrative.

**Un régime contractuel.** Toutefois, soucieuse d'œuvrer pour la préservation de l'emploi à l'occasion du renouvellement de contrats qu'elle conclut avec ses différents prestataires ou délégataires, l'autorité publique peut rechercher à s'impliquer davantage dans la réalisation d'un processus de transfert d'un ensemble de contrats de travail, indépendamment des dispositions légales et conventionnelles et de leurs conditions d'application. Pour ce faire, seule la voie contractuelle s'offre à elle. Encore faut-il bien cerner les contours de celle-ci que dessinent le droit civil et le droit de la commande publique. L'unique voie alors disponible se matérialise par une clause sociale d'exécution nommée clause de préservation de l'emploi (1.2.2). Toute stipulation contractuelle insérée dans un marché ou une concession visant à imposer directement d'une manière ou d'une autre au nouvel attributaire une reprise d'emplois s'avère impossible sur le plan juridique (1.2.1).

### 1.2.1. Les clauses juridiquement impossibles

En dehors du périmètre d'application des régimes légal et conventionnel, il serait tentant pour l'autorité publique d'imposer au nouvel attributaire du marché ou de la concession par la voie contractuelle de reprendre la masse salariale identifiée au préalable dans l'entreprise anciennement titulaire. Cette obligation contractuelle de reprise pourrait avoir pour objet soit de commander directement le transfert de contrats de travail entre les entreprises sortante et entrante, soit d'étendre l'effet d'une convention ou d'un accord collectif à la situation contractuelle.

Ces deux voies auraient le mérite de la simplicité et de l'efficacité puisqu'elles impliquent, dans les deux

hypothèses, un effet équivalent à la formule légale de reprise. Elles ne sont cependant pas disponibles en l'état actuel du droit. Cette impossibilité repose sur une absence de compétence de l'autorité publique contractuelle.

### La clause imposant directement le transfert de contrats de travail

L'insertion dans le cahier des charges d'une obligation directe de transfert de salariés au titre des conditions d'exécution du contrat renouvelé est non seulement inutile mais également juridiquement discutable.

**Les contrats de travail hors de portée de la clause de reprise directe.** Toute clause relative à la reprise, y compris celle qui impose un transfert automatique, est sans effet direct sur les contrats de travail des salariés transférables, lesquels sont hors de portée de la relation contractuelle qui se noue exclusivement entre l'autorité publique et le nouvel attributaire du marché ou de la concession. En effet, lors de la conclusion du nouveau contrat, seul son attributaire est contractuellement engagé par les clauses du cahier des charges. *A fortiori*, il en va de même de la clause de reprise obligatoire. L'ancien titulaire ainsi que les salariés transférables sont des tiers au contrat conclu ainsi qu'à ladite clause. Conformément au principe de l'effet relatif du contrat, ils ne peuvent donc pas être assujettis à l'obligation inscrite par le donneur d'ordre dans le contrat. Ni l'autorité contractuelle, ni le nouvel attributaire ne pourront se prévaloir utilement de la clause faisant obligation aux salariés d'être transférés et intégrés eu sein de l'entreprise.

**L'illicéité de la clause de reprise directe.** Il convient de rappeler qu'une reprise de salariés lors d'un transfert d'activité économique revient à substituer l'employeur initial par un nouveau dans le contrat de travail des salariés concernés. Autrement dit, un fait – le changement dans la situation juridique de l'employeur initial –, lequel trouve le plus souvent sa source dans un contrat opérant un transfert d'activité, a pour effet de modifier le contrat de travail des salariés affectés à cette activité. Ces derniers sont pourtant d'authentiques tiers à la relation contractuelle principale qui opère le transfert d'activité et modifie la situation juridique de l'employeur initial.

L'absence d'effet relatif du contrat devrait en principe faire obstacle à une telle conséquence. Le principe, de rang législatif, ne peut donc être tempéré dans son application que par l'effet soit de la loi, soit d'une habilitation législative. Dans le premier cas, on songe à l'article L. 1224-1 du Code du travail qui a précisément pour objet de déroger au principe

de l'absence d'effet relatif. Ce que la loi peut faire, seule la loi peut le défaire. Il n'est jamais admis que le principe législatif puisse être écarté par la simple volonté contractuelle. D'ailleurs, la législation du travail habilite les organisations syndicales représentatives à conclure un accord collectif afin d'organiser la garantie de l'emploi sans pour autant que cette habilitation leur permette de déroger au principe de l'article L. 1224-1.

Dès lors, un contrat, public ou privé, ne peut régir par lui-même ses effets à l'égard des contrats intéressant les tiers que sont en l'occurrence les salariés dont le transfert est envisagé. Ce n'est que le résultat logique du respect de la hiérarchie des normes juridiques dans l'État ainsi que de la compétence des autorités administratives. Une personne publique ne peut insérer dans son contrat public une clause de reprise directe car celle-ci enfreint directement un principe de rang législatif. En outre, comme cela est souvent le cas, une violation directe de la loi peut s'analyser en une incompétence de l'autorité administrative. Cette dernière ne peut imposer une reprise automatique et obligatoire qu'à condition d'en avoir reçu le pouvoir en vertu d'un texte généralement de rang législatif. Les dispositions du Code de la commande publique, bien que de nature législative, ne peuvent pas s'analyser en une telle habilitation. Par leur généralité, elles n'ont ni pour objet ni pour effet de permettre à l'autorité publique contractuelle de déroger au principe d'ordre public de l'article L. 1224-1.

### L'absence de consentement du salarié pourtant toujours requis hors l'application du régime légal.

La jurisprudence de la Cour de cassation confirme cette lecture en considérant de manière constante « *qu'en cas d'application volontaire de l'article L.122-12, le transfert du contrat de travail d'un salarié d'une entreprise à une autre constitue une modification de son contrat de travail qui ne peut intervenir sans son accord exprès, lequel ne peut résulter de la seule poursuite du travail* » (Cass. soc., 8 oct. 1987, *Bull. civ. V*, n° 541 ; Cass. soc., 17 juin 2009, *Bull. civ. V*, n° 151 ; Cass. soc., 10 oct. 2006, *Bull. civ. V*, n° 294). Elle recourt aujourd'hui à la notion de novation du contrat pour appréhender la nature particulière du changement d'employeur, laquelle tient en échec l'acceptation tacite du salarié à la modification de son contrat de travail. En effet, comme il a déjà été dit, la novation ne se présument pas (C. civ., art. 1330), il convient d'obtenir le consentement explicite et non-équivoque du salarié au transfert de son contrat de travail.

Cette position trouve son assise implicite mais nécessaire dans l'idée que le législateur n'a pas entendu permettre à la négociation collective comme à toute personne publique ou privée de s'emparer dans son principe du transfert de plein droit des contrats

de travail pour l'imposer en dehors du périmètre circonscrit du dispositif légal de reprise. Son caractère d'ordre public associé à sa valeur législative en font la seule et unique dérogation admise au principe de l'effet relatif du contrat.

### La clause imposant l'application d'un régime conventionnel de reprise

Il est juridiquement exclu qu'un acheteur public ou une autorité concédante décide d'insérer dans son cahier des charges une clause visant à soumettre des entreprises candidates à une obligation conventionnelle de reprise à laquelle ils échappent de par leur activité principale. La collectivité publique n'a pas la compétence d'étendre le champ d'application des conventions et accords collectifs même si cela peut bénéficier aux salariés. Seule les partenaires sociaux ont reçu de la loi le pouvoir soit d'adhérer à une convention collective proche de leur secteur économique, soit d'élaborer leurs propres règles conventionnelles en déterminant alors le champ matériel, personnel et territorial de celles-ci.

### 1.2.2. L'unique clause envisageable : la clause de préservation de l'emploi

Par l'insertion d'une clause de préservation de l'emploi, l'acheteur public ou l'autorité concédante entend promouvoir un emploi durable en provoquant, sur un plan strictement contractuel, le transfert de contrats de travail de l'ancien vers le nouveau titulaire à l'occasion du renouvellement du marché ou de la concession. Il s'agit de garantir à certains salariés le maintien dans leur emploi lorsqu'ils ne peuvent bénéficier ni des conditions d'application strictes du dispositif légal de reprise (C. trav., art. L. 1224-1), ni d'un dispositif conventionnel applicable au secteur concerné.

#### Appellation de la clause

*Plusieurs dénominations de la clause sont envisageables afin de mettre l'accent à la fois sur l'objet et la finalité d'équité sociale recherchée. Il en est ainsi des formulations suivantes : « clause de préservation de l'emploi », « clause de continuité de l'emploi », « clause de garantie d'emploi » ou « clause d'emploi durable ».*

*Les expressions « clause de reprise d'emplois » ou « clause de reprise » doivent être évitées dans la mesure où elles sont porteuses d'une ambiguïté en laissant suggérer que l'autorité contractuelle pourrait imposer un transfert direct de contrats de travail à la fois aux titulaires sortant et entrant ainsi qu'aux salariés concernés alors que cela est légalement impossible (cf. supra).*

*Dans l'hypothèse où l'action projetée viserait à la fois à insérer par l'emploi et à préserver l'emploi, les formules « clause d'action sociale » ou « clause d'action pour l'emploi » pourraient habilement rassembler les deux finalités d'insertion et de préservation dans une tournure relativement générique et neutre.*

## L'objet de la clause de préservation de l'emploi

**Une clause sociale d'exécution.** Au même titre que la clause d'insertion par l'emploi, la clause de préservation de l'emploi entre dans la catégorie des clauses sociales d'exécution que l'autorité contractuelle décide d'insérer dans le cahier des charges d'un marché public ou d'une concession dans le but de mettre à la charge de l'opérateur économique titulaire une ou des obligation(s) contractuelle(s) lors de l'exécution du contrat ayant une résonance sur l'emploi.

**Impulser par voie contractuelle une opération de reprise.** La stipulation contractuelle a précisément pour objet d'astreindre le nouveau titulaire du marché ou de la concession, le cas échéant sous peine de sanction financière (pénalités) en cas d'inexécution totale ou partielle, à proposer à tout ou partie du personnel du précédent titulaire, affecté à la prestation objet du contrat, de le reprendre dans le cadre d'une nouvelle exploitation.

La clause contraint le nouveau titulaire à tenir compte de la reprise de salariés non seulement dès la formulation de son offre, en tant que condition de régularité des offres, mais également au stade de la réalisation de la prestation, en tant que condition d'exécution.

## La faculté reconnue à l'autorité publique contractuelle d'insérer une clause de préservation

Le Code de la commande publique consacre divers outils permettant de promouvoir l'équité sociale et, plus spécifiquement l'insertion professionnelle et l'emploi durable, déclinant ainsi, « pour chaque achat, l'impératif constitutionnel de promouvoir le développement durable dans les politiques publiques ». Les acteurs de la commande publique sont désormais invités « à s'interroger sur les moyens de concilier achat et développement durable », en considérant « que la protection de l'environnement, l'efficacité économique, ainsi que le progrès social sont partie intégrante, pour chaque achat, de l'expression du besoin et en cela concourent à l'efficacité et à la performance du service public » (Guide sur les aspects sociaux de la commande publique, 2018).

À l'instar de l'insertion professionnelle de publics sensibles ou éloignés de l'emploi couplée ou non à la formation, la recherche d'une continuité d'emploi pour certains salariés par le transfert de leurs contrats de travail de l'ancien vers le nouveau titulaire du contrat permet également à l'autorité publique de concourir activement à un achat socialement responsable par l'entremise des règles de la commande publique.

**Objectifs de développement durable dans leur dimension sociale.** La loi dite « Climat et Résilience » n° 2021-1104 du 22 août 2021 (Loi portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, JORF n° 0196, 24 août 2021) est récemment venue accroître les exigences de l'achat socialement responsable pesant sur les acheteurs et autorités concédantes en modifiant certaines dispositions du CCP.

Désormais, le titre préliminaire du Code comprend un article L. 3-1 qui consacre les « objectifs de développement durable, dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale » en tant que finalités permanentes et générales de la commande publique au même titre que « l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics » (CCP, L. 3).

L'objectif d'achat socialement responsable est ensuite décliné au sein des principales dispositions du code relatives aux marchés ou aux concessions.

**Au stade de la définition des besoins.** Les textes invitent les acheteurs publics et autorités concédantes à prendre en compte des considérations relatives au domaine social (insertion, emploi, formation) dès le stade de la définition des besoins.

### CCP, L. 2111-1 [Définition des besoins dans les marchés publics]

*La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale.*

### CCP, L. 3111-1 [Définition des besoins dans les concessions]

*La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale.*

**Au sein des spécifications techniques.** La définition des besoins est notamment formalisée sous la forme de spécifications techniques qui décrivent les besoins et la solution technique pour les satisfaire. Depuis la réforme législative de 2021, des considérations sociales doivent être prises en compte à ce stade.

### CCP, L. 2111-2 [Spécifications techniques dans les marchés publics ; modifié par la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021, art 35]

*Les travaux, fournitures ou services à réaliser dans le cadre du marché public sont définis par référence à des spécifications techniques. Ces spécifications techniques prennent en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale.*

### CCP, L. 3111-2 [Spécifications techniques dans les concessions ; modifié par la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021, art. 35]

*Les travaux ou services faisant l'objet du contrat de concession sont définis par référence à des spécifications techniques et fonctionnelles. Pour les contrats de concession qui ne sont pas des contrats de concession de défense ou de sécurité, ces spécifications techniques et fonctionnelles prennent en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale.*

**Les « clauses sociales ».** Divers instruments juridiques sont offerts aux autorités publiques pour parvenir à intégrer des considérations sociales dans leur contrats de commande publique. Ces instruments sont généralement rassemblés sous le vocable de « clause sociale » pour désigner la prise en compte de considération sociale dans la commande publique.

Cependant, il s'agit de réalités juridiques et techniques bien distinctes, souvent liées, et concourant à un même but désormais exprimé à l'article L. 3-1 : favoriser le développement durable dans sa dimension sociale par l'insertion et/ou la formation par l'emploi de public défavorisé ou éloigné de l'emploi. Ainsi, la « clause sociale » peut tout autant se manifester au sein même des prescriptions techniques décrites dans le CCTP que dans la formulation facultative ou obligatoire d'une variante par les entreprises soumissionnaires.

Faire de l'insertion une condition d'exécution obligatoire est évidemment l'archétype même de la clause sociale à laquelle il peut être adjoind un critère de performance en matière d'insertion dans l'examen du mérite respectif des offres.

**La clause sociale d'exécution.** Une clause sociale d'exécution est une stipulation contractuelle insérée dans le cahier des charges d'un marché public ou d'une concession qui oblige l'entreprise attributaire du contrat à réaliser, lors de l'exécution de la prestation objet du contrat, des actes juridiques et matériels précis qui répondent à un but d'équité sociale. Il s'agit de conditionner l'exécution de la prestation au respect d'obligations de nature contractuelle dans les domaines de l'insertion par l'embauche, de la formation et plus généralement de l'emploi.

La clause de préservation de l'emploi entre précisément dans cette catégorie juridique lorsqu'elle oblige le nouvel attributaire à réaliser une opération de reprise de salariés.

Avant la loi « Climat et Résilience », il était parfaitement loisible à l'acheteur public ou à l'autorité concédante de faire effectuer les prestations par son cocontractant en intégrant des considérations sociales de développement durable dans le cahier des charges, généralement au sein du CCAP ou d'un CCP. La formulation d'une telle clause sociale d'exécution, destinée à promouvoir l'insertion, la formation ou, comme dans le cas présent, à pérenniser des emplois, était donc admise depuis longtemps par le droit de la commande publique et plus spécifiquement le CCP.

Depuis la loi du 22 août 2021, la faculté laissée aux autorités publiques se mue en partie en obligation. Dans un premier temps, la nouvelle législation rappelle que les considérations sociales peuvent, de manière générale, faire l'objet de condition d'exécution (CCP, art. L. 2112-2, al. 2 [marché public] et L. 3114-2 [concession]). Elle ajoute cependant que des clauses sociales ou relatives à l'emploi *devront être* intégrées, *sauf exceptions*, dans les marchés et les concessions dont le montant est supérieur aux seuils européens (CCP, art. L. 2212-2-1 [marché public] et L. 3114-2-1 [concession]).

**CCP, art. L. 2112-2 [Conditions d'exécution dans les marchés publics]**

Les clauses du marché précisent les conditions d'exécution des prestations, qui doivent être liées à son objet.

Les conditions d'exécution peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social, à l'emploi ou à la lutte contre les discriminations.

**CCP, art. L. 2112-2-1 [issu de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021, art. 35]**

I.- L'acheteur prévoit des conditions d'exécution prenant en compte des considérations relatives au domaine social ou à l'emploi, notamment en faveur des personnes défavorisées, dans ses marchés dont la valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils européens figurant dans un avis annexé au présent code.

II.- L'acheteur peut décider de ne pas prévoir de conditions d'exécution prenant en compte des considérations relatives au domaine social ou à l'emploi dans l'un des cas suivants :

1° Le besoin peut être satisfait par une solution immédiatement disponible ;

2° Une telle prise en compte n'est pas susceptible de présenter un lien suffisant avec l'objet du marché ;

3° Une telle prise en compte est de nature à restreindre la concurrence ou à rendre techniquement ou économiquement difficile l'exécution de la prestation ;

4° Lorsqu'il s'agit d'un marché de travaux d'une durée inférieure à six mois.

III.- Lorsque, pour les marchés mentionnés au I, l'acheteur ne prévoit pas de conditions d'exécution prenant en compte des considérations relatives au domaine social ou à l'emploi, il en indique les motifs dans les documents conservés en application de l'article L. 2184-1 lorsqu'il agit en tant que pouvoir adjudicateur ou par tout moyen approprié lorsqu'il agit en tant qu'entité adjudicatrice.

**CCP, art. L. 3114-2 [Conditions d'exécution dans les concessions]**

Les conditions d'exécution d'un contrat de concession peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi, à condition qu'elles soient liées à l'objet du contrat de concession.

**CCP, art. L. 3114-2-1 [issu de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021, art. 35]**

I.- L'autorité concédante prévoit des conditions d'exécution prenant en compte des considérations relatives au domaine social ou à l'emploi, notamment en faveur des personnes défavorisées, dans ses contrats de concession dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil européen figurant dans un avis annexé au présent code.

II.- L'autorité concédante peut décider de ne pas prévoir de conditions d'exécution prenant en compte des considérations relatives au domaine social ou à l'emploi dans l'un des cas suivants :

1° Une telle prise en compte n'est pas susceptible de présenter un lien suffisant avec l'objet du contrat de concession ;

2° Une telle prise en compte est de nature à restreindre la concurrence ou à rendre techniquement ou économiquement difficile l'exécution du contrat de concession.

III.- Lorsque, pour les contrats de concession mentionnés au I, l'autorité concédante ne prévoit pas des considérations relatives au domaine social ou à l'emploi, elle en consigne les motifs par tout moyen approprié.

**Nul doute, aux vues des précédentes dispositions du code, que le droit de la commande publique admet et incite même à la prise en compte de considérations liées à la continuité de l'emploi dans l'exécution des marchés et des concessions**

**Les conditions du recours à une clause de préservation de l'emploi**

Si elle est admise dans son principe par les textes, comme pour toute clause sociale d'exécution, le recours à une clause de préservation de l'emploi est conditionné au respect de conditions. Elles sont au nombre de trois.

**Condition n°1 : non-concurrence du dispositif contractuel avec le régime légal ou conventionnel applicable.** La clause ne doit pas avoir pour vocation à se substituer à l'application du régime légal de reprise ou d'un régime conventionnel de garanti d'emploi existant.

Lorsque les conditions d'application du régime légal de transfert des salariés sont remplies, il est en principe impossible à l'acheteur public ou à l'autorité concédante de prévoir, lors du renouvellement du marché ou de la concession, un dispositif contractuel de transfert des salariés, sauf à ce que ce dernier soit conçu pour prolonger les effets du régime légal. Les dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail sont en effet d'ordre public (Cass. soc., 13 juin 1990, n° 86-45.216 ; Cass. soc., 22 juin 1993, n° 90-44.705 ; Cass. ch. mixte, 7 juillet 2006, n° 04-14.788 ; Cass. soc., 15 mars 2011, n° 09-67.825) de sorte que la clause de la convention de cession d'une entité économique autonome, qui ne prévoit que la reprise d'une partie des salariés, doit être réputée non écrite, sans qu'en soit affectée entre les parties la validité de la convention de cession. Cette solution, transposée au cas d'une clause de préservation de l'emploi insérée dans le cahier des charges du marché ou de la concession, signifie qu'une telle clause, contraire au disposition d'ordre public de l'art. L. 1224-1, sera réputée non-écrite, libérant par conséquent le nouvel attributaire de ses obligations contractuelles de mettre en œuvre une procédure de reprise de personnel.

Dans cette hypothèse, la reprise des salariés n'est pas pour autant empêchée puisque le dispositif légal s'applique. Il emportera, toutefois, des conséquences juridiques et financières bien différentes, notamment le transfert de plein droit de l'intégralité des contrats de travail concernés.

Ce qui vaut pour le régime légal ne diffère aucunement pour le régime conventionnel. Ce dernier exclut également par principe la mise à place d'un mécanisme contractuel de transfert de salariés par le biais d'une clause de sauvegarde d'emploi. Le donneur d'ordre est en effet astreint, dans le champ de la commande publique, au respect des normes de droit social tout comme l'est, de manière générale, toute autorité publique dans la rédaction des clauses des contrats publics.

En outre, il faut remarquer que l'obligation contractuelle de proposition de transfert d'un contrat de travail pesant sur le nouveau titulaire d'un marché ou d'une concession ne peut être couverte par le principe de faveur applicable en droit du travail dans la mesure où elle est nécessairement toujours moins favorable aux intérêts individuels du salarié en comparaison de la garantie d'emploi offerte par les accords et convention collectives (*cf. infra*, les effets de la clause de préservation de l'emploi).

**Condition n°2 : un lien suffisant entre la clause et l'objet du marché ou de la concession.** Les conditions d'exécution de la prestation imposées dans le cahier des charges à l'entreprise titulaire doivent être toujours en lien suffisant avec l'objet du marché public (CCP, L. 2112-2) ou du contrat de concession (CCP, L. 3114-2). Ce lien est présumé. A l'instar des clauses d'insertion, l'intégration de considérations sociales relatives à la continuité de certains emplois au stade de l'exécution n'est généralement pas étrangère à des contrats portant sur des prestations de service dont l'exécution nécessite l'intervention d'une main d'œuvre.

**Condition n°3 : le respect des principes fondamentaux de la commande publique.** L'insertion d'une clause de préservation de l'emploi ainsi que toutes les opérations et décisions qui l'entourent entrent dans le champ d'application des principes fondamentaux de la commande publique, rappelés à l'article L. 3 du Code de la commande publique, à savoir que « les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique [et] mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures ».

Le principal point de vigilance concerne l'information sur la clause et sur la masse salariale potentielle à reprendre que l'acheteur ou le concédant délivre aux candidats ou soumissionnaires dans les documents de la consultation et le cahier des charges. L'absence ou l'insuffisance d'information est susceptible de fausser la concurrence entre les opérateurs soumissionnaires et d'être analysée par le juge comme une atteinte à l'égalité de traitement puisque le coût exact de la reprise des emplois doit être intégrée dans l'évaluation financière de la prestation proposée dans l'offre de tous les soumissionnaires (pour de plus amples développements, *cf. infra*, 2.1).

## Les effets de la clause de préservation de l'emploi

**Une situation contractuelle particulière.** La clause de préservation de l'emploi entend provoquer le déclenchement du processus de transfert de contrats de travail entre l'ancien et le nouveau titulaire du contrat. Le donneur d'ordre, bien qu'ayant impulsé la procédure de reprise, demeure totalement extérieur à l'opération juridique de transfert des contrats de travail qui s'établit entre les deux entreprises qui se succèdent quant à la prise en charge de l'activité économique transférée.

Les deux entités économiques qui se succèdent sur une même prestation ne déterminent pas entre elles le sort des salariés, sauf à ce qu'elles y soient contraintes par la loi (C. trav., L. 1224-1) ou par la convention collective applicable à leur secteur économique. De plus, le transfert de l'activité économique, objet du marché ou de la concession, n'est pas le fait de la rencontre de volonté des deux titulaires successifs, mais de l'unique volonté de l'acheteur public ou de l'autorité concédante de maintenir l'externalisation de son besoin et d'engager à cette fin une procédure de mise en concurrence pour le renouvellement du marché ou de la concession. Enfin, un tel renouvellement suppose que deux relations contractuelles avec le donneur d'ordre se succèdent dans le temps : la première s'achève et concerne l'ancien titulaire tandis que la seconde débute ou est sur le point de débiter en faisant intervenir un nouveau titulaire qui a été sélectionné à l'issue de la consultation.

Dans ces conditions très particulières, la marge de manœuvre de l'autorité publique contractuelle est relativement contrainte si elle souhaite qu'une reprise de salariés se réalise lors du renouvellement du contrat. Elle ne peut agir pour favoriser la reprise de salariés que dans le cadre strict de la passation du contrat à renouveler. En outre, seul le nouveau titulaire peut se voir imposer des obligations en termes de reprise de personnel formulées dans le nouvel engagement contractuel. Enfin, le donneur d'ordre ne peut pas imposer le transfert des contrats de travail, restant asservi à la volonté des salariés transférables quant à la réussite de l'opération.

Dès lors, la reprise de personnel par le nouveau titulaire ne peut qu'être qu'un effet indirect recherché par l'insertion d'une clause de préservation de l'emploi. Le responsable du marché ou de la concession ne peut en aucun cas imposer directement une reprise de salariés entre les deux entreprises successives. Il peut encore moins avoir la certitude que cette reprise soit un succès. Son seul horizon possible est de voir engagée une action de reprise par le nouveau titulaire.

Cette situation contractuelle particulière emporte une série de conséquences qui permettent de mieux tracer les contours de la clause de préservation de l'emploi.

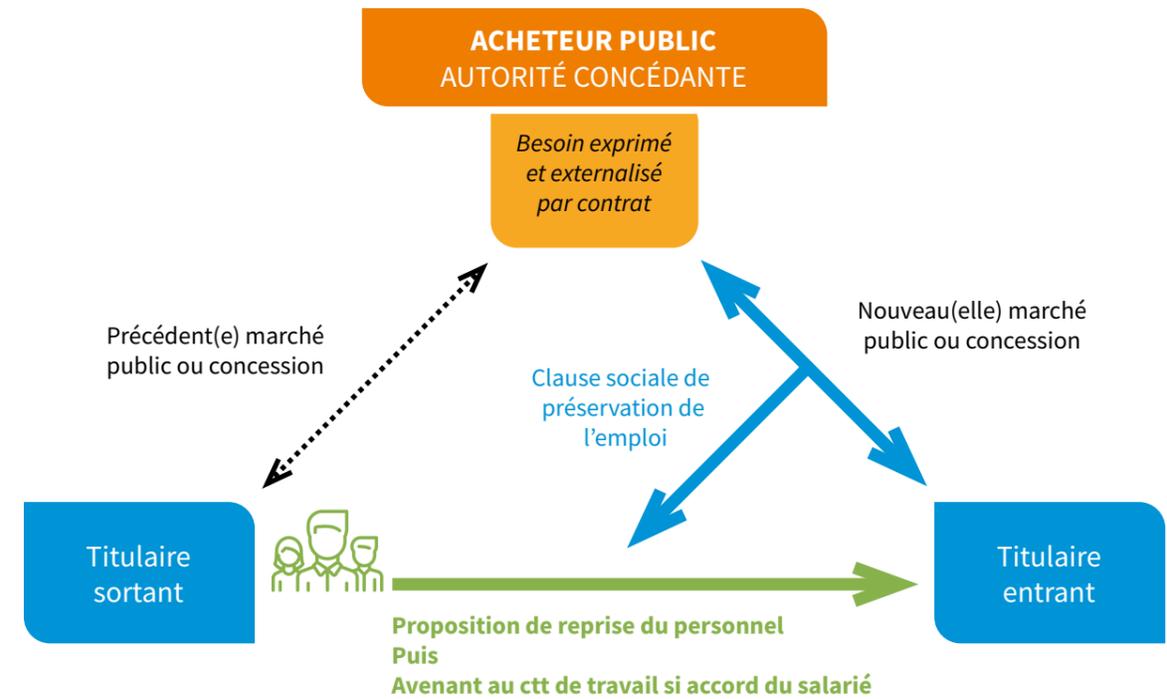
**L'obligation pour le nouveau titulaire de proposer une reprise aux salariés.** La clause s'analyse en une obligation contractuelle de reprise et donc d'intégration des salariés au sein de l'entreprise nouvellement titulaire. Il s'agit pour le donneur d'ordre d'obliger l'entreprise à proposer une reprise du contrat de travail à l'ensemble des salariés concernés. Le cocontractant est donc tenu de mettre en œuvre, dès le commencement de l'exécution du contrat et sous le contrôle du donneur d'ordre public, la procédure de reprise du personnel dans le respect du cadre contractuel posé par les stipulations de la clause de préservation de l'emploi.

En cas de succès de l'opération, le cocontractant est tenu d'intégrer immédiatement le(les) salarié(s) repris dans l'effectif de son entreprise en l'(les)affectant à tout ou partie de la prestation objet du marché ou de la concession.

**Proposer une reprise à tout ou partie des salariés transférables.** Le champ personnel de la reprise est un élément qui est susceptible de varier dans la clause de préservation. Aucun texte ni aucun principe juridique ne dicte en effet précisément au donneur d'ordre le niveau de proposition de reprise qu'il doit exiger du nouvel attributaire. S'il doit informer tous les candidats de l'intégralité de la masse salariale transférable (cf. *infra*), celle-ci ne s'impose pas à lui dans une logique binaire du tout ou rien. Une alternative se présente lors de l'élaboration de la clause.

Dans sa première branche, l'autorité contractuelle choisit de cristalliser la masse salariale destinataire de la proposition de reprise énoncée par le nouveau titulaire. Autrement dit, pour être conforme, chaque offre doit présenter une solution de reprise pour l'intégralité de la masse salariale transférable identifiée. Selon une telle formule, l'autorité contractuelle s'implique davantage dans l'opération de reprise et la continuité de l'emploi lors du renouvellement de contrat, limitant par voie de conséquence l'appréciation des entreprises sur l'opportunité économique d'une reprise pour celles-ci.

La seconde branche de l'alternative offre davantage de souplesse au dispositif de reprise contractuel. Il s'agit, cette fois, d'obliger chaque candidat à présenter une offre comportant une solution de reprise de tout ou partie seulement de la masse salariale transférable identifiée. Selon cette version de la clause, le donneur d'ordre laisse aux entreprises une liberté d'appréciation quant au niveau de reprise sur lequel il s'engage, sans que celui-ci soit nul.



**Un droit de préférence reconnu aux salariés transférables.** La clause n'a pas pour effet d'imposer un transfert de plein droit des contrats de travail équivalents au dispositif légal prévu à l'article L. 1224-1 du Code du travail. L'accord exprès et non équivoque du salarié à l'égard du transfert de son contrat de travail est toujours requis comme dans l'hypothèse de l'application d'un dispositif conventionnel de reprise. Cela signifie que la clause de préservation de l'emploi s'analyse en un droit de préférence au bénéfice des salariés transférables. Ces derniers se verront proposer le maintien dans leur emploi en priorité sur toute autre embauche, notamment au titre de l'insertion par l'emploi.

Les salariés concernés sont donc susceptibles de renoncer au bénéfice de ce droit de préférence établi par la clause. Les salariés bénéficiant d'une reprise ont la qualité de tiers à la clause qui lie l'acheteur public/autorité concédante et l'opérateur économique et organise l'opération de reprise. De sorte que, conformément au principe de l'effet relatif du contrat à l'égard des tiers (C. civ., art. 1199), la clause contractuelle n'est pas susceptible d'avoir des conséquences sur les contrats de travail des salariés, sauf à ce que la loi le prévoit autrement, comme c'est le cas pour le transfert d'une entité économique conformément à l'article L. 1224-1. Or, en l'occurrence le régime légal ne s'applique pas. C'est dire que **le succès de la reprise des personnels dépendra in fine de la volonté des salariés concernés** puisque ces derniers ne sont pas transférables de plein droit en application de l'article L. 1224-1.

La chambre sociale de la Cour de cassation rappelle régulièrement qu'« *en dehors du champ légal d'application de l'article [L. 1224-1] du code du travail, le transfert de contrats de travail ne peut se faire sans l'adhésion des salariés* » (v. not., Cass. soc., 7 novembre 1989, Bull. civ. V, n° 644 ; Cass. soc., 17 mars 1993, Bull. civ. V, n° 86) ou encore « *que dès l'instant que les conditions d'application de l'article [L. 1224-1] du Code du travail ne sont pas réunies, le transfert du contrat de travail du salarié ne peut s'opérer qu'avec son accord exprès* » (Cass. soc., 2 avril 1998, n° 96-40.383). Le Conseil d'Etat s'inscrit dans la lignée de cette jurisprudence (v. implicitement, CE, 1<sup>er</sup> juillet 2005, Cne de Saint Paul, n° 269342).

Plus récemment, la juridiction sociale confirme « *que le changement d'employeur [...] constitue une novation du contrat de travail [qui] ne peut, sauf dispositions législatives contraires, résulter que d'une acceptation expresse du salarié* » (Cass. soc., 8 avr. 2009, Bull. civ. V, n° 104). Dès lors, la Cour en conclut « *que la procédure prévue par [...] l'article L. 1222-6 du code du travail ne s'applique pas au cas de changement d'employeur résultant du transfert d'un service ou de sa gestion à un tiers* ». Le changement d'employeur est analysé par le juge en une novation du contrat de travail, laquelle « *ne se présume pas* » (C. civ., art. 1330). Ce qui implique l'expression libre, éclairée et certaine du consentement du salarié matérialisée dans l'avenant à son contrat de travail.

**Les conséquences du refus du salarié sur sa situation professionnelle.** Le refus au transfert, exprimé par le

salarié, emporte les mêmes conséquences juridiques que dans l'hypothèse proche du salarié rejetant sa reprise au titre d'une convention ou un accord collectif. L'expression de son refus ne peut pas être considérée comme une faute de nature à ouvrir un licenciement dans la mesure où le consentement au transfert est un droit. De même, n'étant pas transféré et intégré automatiquement dans les effectifs du nouveau titulaire, il demeure lié à son employeur initial, resté inchangé. Ce dernier peut alors le réaffecter, lui proposer une modification de son contrat de travail ou, si cela s'avère impossible, engager une procédure de licenciement économique.

**La modification du contrat de travail par le nouveau titulaire n'est pas interdite.** Seule la loi peut déroger au principe d'autonomie de gestion et d'organisation des entreprises, fondé sur la liberté d'entreprendre, et à la liberté contractuelle soit en interdisant toute modification du contrat de travail lors du transfert de plein droit du salarié (reprise légale), soit en reconnaissant à la négociation collective le pouvoir de déterminer le sort du contenu du contrat de travail lors du transfert conformément au principe de faveur (reprises conventionnelles). En dehors de ces deux hypothèses, il est loisible au nouvel employeur de proposer les modifications du contrat de travail qu'il juge opportunes et justifiées au regard de l'intérêt de l'entreprise.

Il n'est donc pas dans les attributions de l'autorité publique contractuelle de sanctuariser les éléments principaux du contrat de travail du salarié transféré. La clause de préservation de l'emploi qui imposerait le maintien intégral du contrat de travail serait manifestement illicite car consacrant au profit de la personne publique et des salariés davantage de droits qu'ils n'en ont en vertu de la loi. De même, la mention obligatoire dans les offres des candidats, au titre des conditions de régularité des offres, de la reprise d'une masse salariale en euros correspondant aux salariés transférables ne doit pas être analysée comme un obstacle à toutes modifications du contrat de travail. Lors de la proposition de reprise émanant du nouveau titulaire, ce dernier peut inclure dans le projet d'avenant au contrat de travail, en sus de la modification de l'identité de l'employeur, de nouvelles conditions salariales alors même qu'il a inclus dans son offre l'intégralité de la masse salariale à reprendre. Il peut, par exemple, décider de n'affecter le salarié transférable qu'à une partie de la prestation objet du contrat ou modifier ses conditions de travail ainsi que des éléments de sa future rémunération. Face à ces modifications, le salarié demeure libre de ne pas y consentir et refuser de se voir transféré et intégré dans l'entreprise entrante.

De ce point de vue, le transfert impulsé par le marché public ou le contrat de concession ne constitue pas à

proprement parler un authentique transfert de contrat de travail, mais davantage un droit de préférence consacré au bénéfice du salarié transférable lui garantissant *a minima* la continuité de son emploi.

**Une obligation de moyens mise à la charge du nouvel attributaire.** Compte tenu des effets produits par la clause de préservation de l'emploi à l'égard du nouveau titulaire du marché ou de la concession et de l'aléa constitué par le consentement du salarié au transfert de son contrat de travail, l'obligation imposée par celle-ci s'analyse en une simple obligation de moyens mis à la charge de l'entreprise, nouvel attributaire.

**La nécessaire adhésion au dispositif de l'ancien titulaire du contrat.** La clause de préservation n'emporte aucun effet juridique particulier à l'égard de l'ancien titulaire. Ce dernier n'étant plus lié sur le plan contractuel avec le donneur d'ordre, il est alors un simple tiers au nouveau contrat signé avec le nouveau titulaire. Il en est de même, a fortiori, de ses rapports avec la clause et le dispositif de reprise qu'elle porte. Il est néanmoins directement concerné par la reprise de ses salariés par le nouvel attributaire à partir du moment où le processus de reprise est engagé. Dès lors, son accord sur la reprise, matérialisée par la transmission en amont de la consultation des informations sur la masse salariale transférable, et de surcroît la permanence de celui-ci après la perte du marché ou de la concession, est une condition essentielle du succès de l'opération.

## En bref

SYNTHÈSE DES ELEMENTS CARACTÉRISTIQUES DES RÉGIMES DE REPRISE DE SALAIRES		
Régime légal	Régime conventionnel	Régime contractuel
<b>Fondement</b>		
C. trav., L. 1224-1	Conventions ou accords collectifs du secteur concerné	CCP, L. L. 2112-2 et s. [clause sociale d'exécution dans les marchés publics] CCP, L. 3114-2 et s. [Clause sociale d'exécution dans les concessions]
<b>Conditions</b>		
Transfert d'un ensemble organisé de personne et d'élément corporel et incorporel permettant l'exercice d'une activité économique [entité économique autonome] poursuivant un objectif propre [identité]	Simple transfert d'une activité économique [perte d'un marché]	Simple transfert d'une activité économique [perte d'un marché]
	Applicabilité de la convention/ accord collectif	Respect des principes d'égalité de traitement et de transparence des procédures
	Respect du régime légal	Respect du régime légal ou du régime conventionnel applicable
<b>Effets</b>		
Transfert de plein droit du contrat de travail	Obligation de proposition de reprise	Obligation de proposition de reprise
Droit d'opposition du salarié	Consentement non équivoque et explicite requis du salarié	Consentement non équivoque et explicite requis du salarié
Maintien intégral du contrat de travail au jour du transfert	Modification très limitée possible du contrat de travail	Modification possible du contrat de travail
Intégration de plein droit du salarié	Intégration immédiate	Intégration immédiate

## 2 | LES ENJEUX OPÉRATIONNELS DE LA PRÉSERVATION DE L'EMPLOI DANS LA COMMANDE PUBLIQUE

La reprise de personnel et la commande publique ne se contentent pas de coexister chacune selon son droit et dans sa voie procédurale lors de la remise en concurrence du contrat menant, à son terme, au changement de prestataire. Les deux opérations interagissent et s'adaptent l'une à l'autre dans le but de concilier l'objectif de continuité des emplois, porté par les trois types de dispositifs de reprise, avec une mise en concurrence équitable et transparente des entreprises candidates à la consultation. Si cela est sensiblement le cas lorsque la collectivité fait le choix d'associer directement dans le cahier des charges la préservation de l'emploi à l'exécution de la prestation, la rencontre s'opère également sur le terrain plus étranger à la commande publique qu'occupe la garantie légale ou conventionnelle. Deux éléments permettent d'établir cette interaction qui s'opère sur un plan essentiellement procédural.

D'une part, le transfert de salariés génère autour de lui et sur son objet une communication d'informations qui, au contact de la commande publique, sont susceptibles de constituer des éléments concurrentiels entrant dans le champ des principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Il est alors nécessaire d'adapter pour partie le dispositif d'information sur la reprise par l'adjonction d'un volet propre à la mise en concurrence et dont l'autorité contractuelle est la dépositaire **(2.1)**.

D'autre part, du côté de la commande publique, l'action d'insertion de publics éloignés de l'emploi devra nécessairement tenir compte du transfert préalable et effectif des salariés selon une formule de pondération de la première par le second **(2.2)**.

Dans les deux cas, il est question de garantir la légalité de l'opération contractuelle sans faire obstacle à la continuité de l'emploi. Au-delà, et de manière plus volontariste, il n'est pas interdit à la collectivité publique de faire la promotion de l'emploi durable. Quoi qu'il en soit, simple adaptation de la commande publique aux circonstances ou volonté publique de s'inscrire plus durablement dans l'action de préservation de l'emploi, la collectivité ne peut pas faire l'économie d'une démarche d'anticipation des cas de reprise dans la commande publique **(2.3)**.

### 2.1. L'information sur la reprise adaptée à la commande publique

Lorsqu'une reprise de personnel se réalise en dehors du cadre particulier de la commande publique, le dispositif d'information repose essentiellement sur l'entreprise sortante autant dans son effectivité que dans la qualité des données qui seront alors communiquées aux acteurs de la reprise. Les destinataires de l'information sont alors les salariés concernés par la reprise et l'entreprise d'accueil de ceux-ci, faisant naître deux relations sortant-salariés transférables et sortant-entrant.

Sont visés au premier chef par l'information les salariés directement concernés par l'opération. L'information individuelle ou collective sur la reprise, réalisée en amont par le sortant, leur permettra d'appréhender les conséquences d'une reprise sur leur situation salariale et ainsi de faire valoir plus tard leur droit d'opposition au transfert légal de leur contrat de travail ou de forger leur consentement libre et éclairé à un transfert conventionnel ou contractuel. La commande publique n'affecte en rien cet état de fait, l'acheteur public ou l'autorité concédante demeurant largement étranger à la relation du titulaire sortant avec ses salariés **(2.1.4)**.

La reprise ne peut pas se réaliser correctement sans que les deux entreprises qui se succèdent sur l'activité n'échangent entre elles tant sur le dispositif de reprise que sur les données relatives à la masse salariale à reprendre. Sans être toujours juridiquement requise, une bonne communication entre le sortant et l'entrant est en pratique un gage de réussite du transfert de salariés. La jurisprudence judiciaire et les accords collectifs confirment ainsi l'évidence, à savoir qu'il revient au sortant de communiquer à l'entreprise d'accueil toutes les informations utiles au transfert des salariés. La circonstance que la reprise s'établisse dans le cadre de la commande publique est cette fois déterminante. Les exigences d'égalité et de transparence de la commande publique et les règles habituellement appliquées à la reprise ne sont plus considérées comme exclusives, les premières

neutralisant les secondes pour leur substituer un dispositif d'information propre dans lequel l'autorité publique devra endosser un rôle de pivot. La relation entrant-sortant, propre à la reprise, s'efface sous l'effet de la mise en concurrence au profit d'un rapport acheteur-candidats, impliquée par le cadre de la mise en concurrence. Désormais confondus au sein de la catégorie des candidats à la consultation, le sortant et les entrants attendent de l'autorité contractuelle qu'elle leur délivre une information suffisante quant au dispositif de reprise (2.1.1.) et quant à la masse salariale à reprendre (2.1.2).

Par la suite, lors de la réalisation du transfert de salariés, l'entreprise d'accueil ne traite plus exclusivement avec le cédant puisqu'elle acquiert également le statut de cocontractant de la collectivité publique responsable de la bonne exécution du marché ou de la concession. Une relation donneur d'ordre-titulaire peut dès lors se superposer à la relation sortant-entrant et impliquer la communication d'informations sur la réalisation de l'opération de reprise (2.1.3).

FIG. 2 - Dispositif d'information sur la reprise hors commande publique

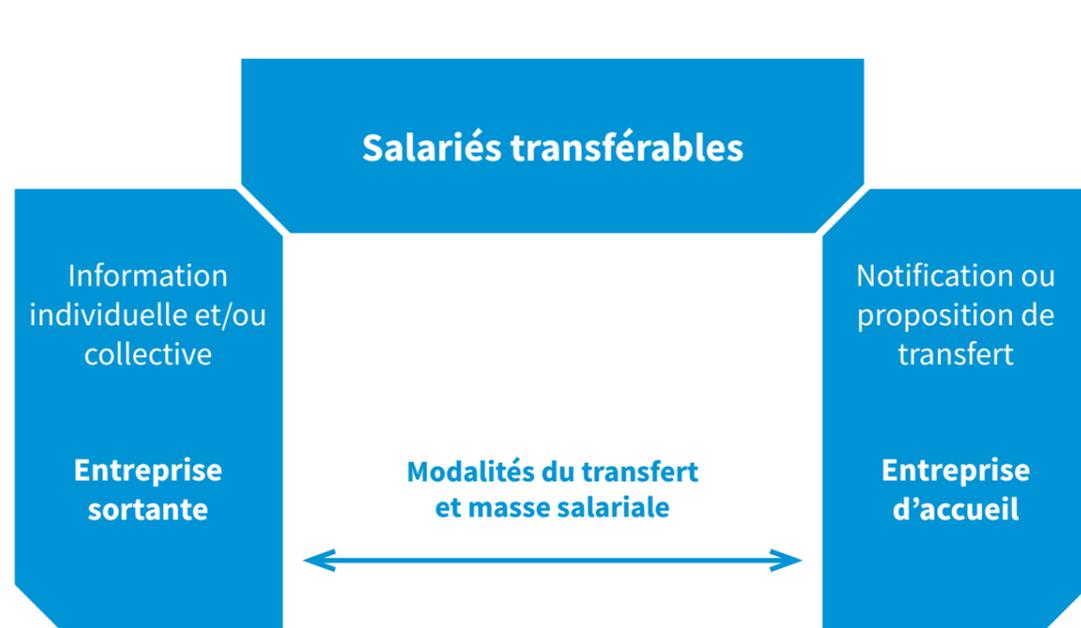
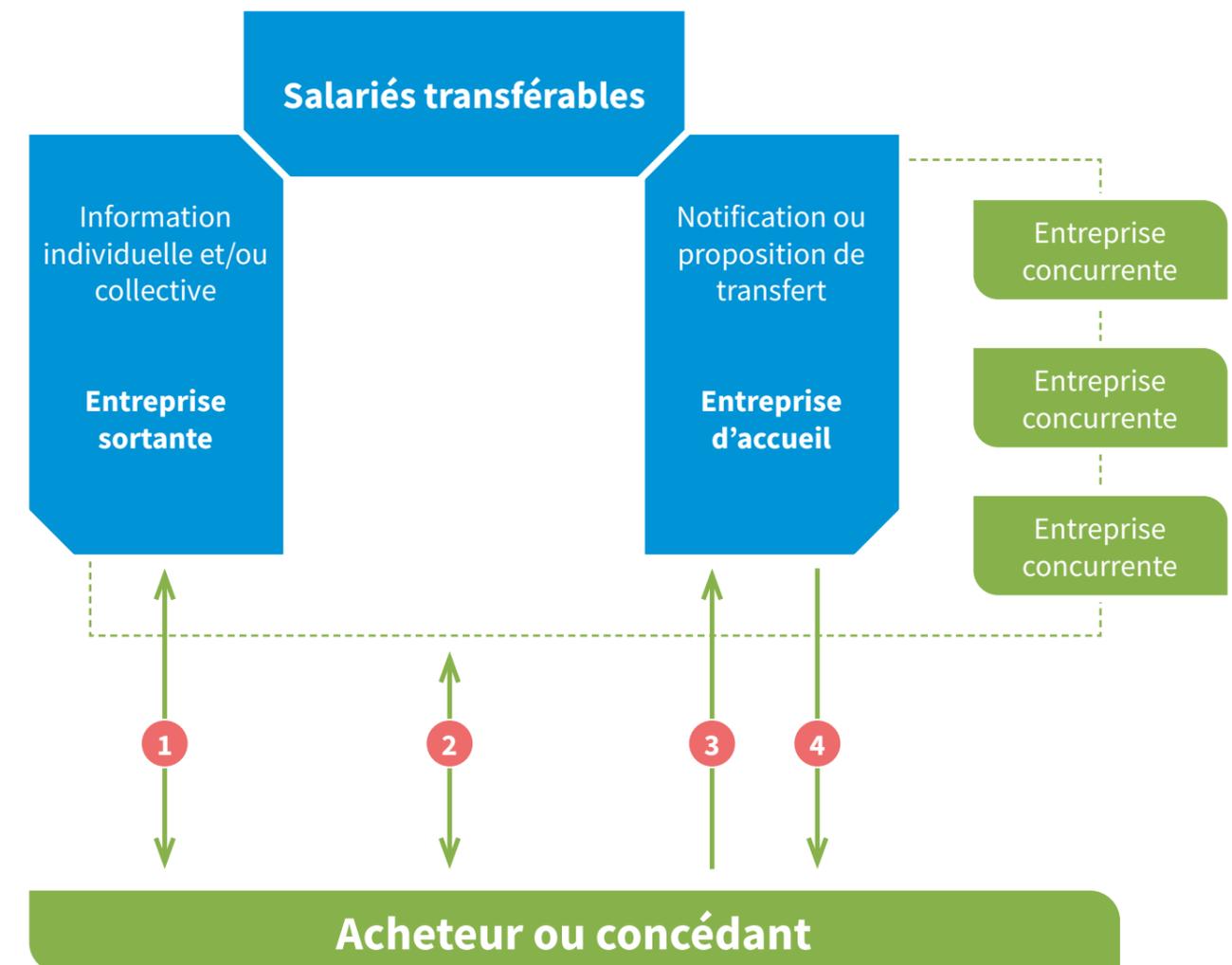


Fig. 3 – Le dispositif d'information sur la reprise réalisé dans la commande publique

**En bleu :** l'information lors d'une reprise hors commande publique qui s'établit selon une organisation tripartite.

**En vert :** le dispositif d'information directement impliqué par la commande publique qui se superpose au celui issue de la reprise.

- 1 L'autorité contractuelle recueille auprès du titulaire sortant les informations lui permettant d'apprécier la pertinence d'une reprise et, le cas échéant, les données complètes sur la masse salariale concernée
- 2 L'autorité contractuelle doit informer l'ensemble des candidats de la masse salariale à reprendre (information ex-ante)
- 3 L'autorité contractuelle communique au nouvel attributaire les données détaillées et consolidées sur les salariés concernés par la reprise (information ex-post)
- 4 Le nouvel attributaire communique toutes les pièces attestant de la bonne exécution de l'opération de reprise (valable surtout pour le régime contractuel)



### 2.1.1. L'information sur le dispositif de reprise à la charge de l'autorité contractuelle

L'exigence d'information sur le dispositif de reprise applicable au renouvellement du marché ou d'une concession pèse naturellement sur l'autorité contractuelle responsable de la passation de ce contrat. Elle varie sensiblement d'un régime à l'autre au point qu'il est possible d'établir une distinction en fonction de son intensité et des implications pratiques qui s'y rattachent. Si l'information ne relève que de la bonne pratique volontiers suivie par l'autorité contractuelle à l'occasion de transferts de contrats de travail par l'effet de la loi ou d'un accord collectif, elle s'analyse en une obligation portée par l'exigence de transparence lorsque la reprise de salariés prend la forme d'une condition d'exécution du contrat public.

#### Une bonne pratique en matière de transfert légal ou conventionnel de contrats de travail

**En droit, l'absence d'obligation d'information.** Sur un plan juridique, la collectivité publique n'est pas dans l'obligation d'informer les entreprises candidates qu'elles se verront certainement contraintes, en début d'exécution de la prestation, de reprendre des salariés de l'ancien titulaire dans l'hypothèse où ce dernier ne serait pas sélectionné en tant qu'attributaire. Le transfert de salariés en vertu de la loi ou d'un accord collectif s'effectue indépendamment de la volonté de la collectivité. La circonstance qu'il s'agisse du renouvellement d'un marché public ou d'une concession importe peu, pourvu que les conditions légales ou conventionnelles du transfert de contrats de travail soient réunies.

Il ne saurait d'ailleurs en être autrement s'agissant du transfert légal de personnel qui s'opère, par définition, de plein droit dès l'instant où le changement dans l'activité s'analyse en un transfert d'une entité économique autonome préservant son identité. Cette automaticité du transfert légal exclut que l'information de l'entreprise entrante et des salariés concernés puisse s'imposer comme une condition de sa validité.

L'information préalable sur l'existence avérée ou supposée d'une reprise légale ou conventionnelle n'est donc pas prescrite sans être pour autant proscrite.

#### En pratique, l'information opportune sur la reprise.

La collectivité publique ne pourra toutefois pas échapper à un minimum de formalisme à l'égard du régime légal ou conventionnel en dépit de leur extériorité par rapport à la commande publique qui se déploie. En effet, comment peut-elle accomplir son obligation d'information sur la masse salariale (cf. *infra*) sans au préalable rappeler aux candidats le contexte dans lequel elle s'établit ? Si elle n'est pas directement intéressée à la question du transfert, la personne publique pourra néanmoins évoquer, dans un souci de cohérence et d'intelligibilité de ses clauses, cette problématique dans le cadre des documents de consultation remis aux candidats.

Cette démarche essentiellement pédagogique pourra prendre la forme d'une clause insérée dans la CCAP ou le CCP du marché ou de la concession ayant pour objet d'indiquer aux candidats qu'un transfert de contrats de travail est susceptible de s'établir sur la base juridique soit de l'article L. 1224-1 du Code du travail, si les conditions légales sont effectivement réunies, soit des stipulations de l'accord collectif auquel les entreprises du secteur économique concerné sont soumises. La formulation devra être claire, renvoyer précisément au régime applicable, tout en demeurant mesurée et relativement brève. De la sorte, tous les candidats à la consultation auront acquis un même niveau d'information et seront en mesure de mieux saisir leurs obligations futures.

Lorsque la collectivité entend mener une action d'insertion par l'emploi, le rappel à l'attention des candidats de leurs obligations nées de l'article L. 1224-1 ou de l'accord collectif applicable devient une nécessité, la reprise prenant le pas sur l'insertion selon une formule compensatoire à décrire dans les documents de consultation.

#### L'obligation de transparence à l'égard du dispositif contractuel de préservation de l'emploi

Le dispositif contractuel de préservation de l'emploi est directement initié par la collectivité publique dans le cadre de la commande publique afin de favoriser la continuité de l'emploi lors du renouvellement du contrat. Son insertion dans les documents de la consultation communiqués à tous les candidats est de nature à garantir leur pleine connaissance de l'existence d'une reprise contractuelle conformément au principe fondamental de transparence des procédures.

Le dispositif est susceptible de se déployer sur le plan formel selon deux clauses : d'une part, la clause sociale d'exécution insérée dans le cahier des charges et, d'autre part, une condition de régularité des offres présentée dans le règlement de consultation (RC).

**Une clause sociale d'exécution insérée dans le cahier des charges.** L'autorité contractuelle insère la clause de préservation de l'emploi dans le CCAP (ou le CCP) du marché ou de la concession. Elle peut trouver place dans une clause englobant l'insertion et la continuité d'emploi (ex. : clause d'action sociale ou clause sociale) tout comme elle peut former avec l'insertion une annexe au CCAP (ou au CCP) spécialement dédiée à la présentation des deux actions que la collectivité entend mener par sa commande publique (ex. : Annexe n° XX au CCAP ou CCP, intitulée « cahier des charges sociales traitant de l'insertion par l'activité économique et de la préservation de l'emploi »).

La clause doit présenter quatre éléments.

- L'objet de l'engagement du titulaire : proposer aux salariés de l'ancien titulaire un transfert de leur contrat de travail et, une intégration de tout ou partie de ceux-ci.
- La mention du consentement des salariés concernés par l'obligation contractuelle mise à la charge du nouvel attributaire. Autrement dit, il s'agit de signaler que doit être préalablement obtenu leur accord sur le principe du transfert et, le cas échéant, des modifications apportées à leurs conditions salariales.
- Dans l'hypothèse d'un allotissement, il doit être précisé le ou les lots concerné(s) par la reprise.
- Enfin, au titre des mentions capitales, la masse salariale (en nombre et mensuelle / annuelle en euros) doit figurer en bonne place dans cette clause sous la forme d'un tableau récapitulatif ou par renvoi à une annexe au cahier des charges présentant ce même tableau. La masse salariale de reprise est d'abord présentée globalement, puis décomposée lot par lot.

**L'adjonction d'une condition de régularité des offres insérée dans le règlement de consultation.** L'autorité contractuelle peut décider de renforcer son dispositif en lui donnant la nature d'une condition de recevabilité des offres des candidats. Concrètement, chaque offre devra clairement présenter une reprise de personnel conformément à la clause de préservation insérée au cahier des charges sous peine d'être rejetée en tant qu'offre irrégulière. S'il va de soi que l'obligation contractuelle mise à la charge du futur attributaire implique que chaque candidat prenne en compte dans son offre de prix le coût potentiel de reprise de la masse salariale identifiée, en faire une condition de recevabilité des offres évite toute ambiguïté et éclaire les candidats sur les intentions de la collectivité publique.

#### CCP, L. 2152-2 [offre irrégulière dans les marchés publics]

*Une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation, en particulier parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale.*

#### CCP, L. 3124-3 [offre irrégulière dans les concessions]

*Une offre est irrégulière lorsqu'elle ne respecte pas les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation.*

La régularisation d'une offre irrégulière n'est qu'une simple faculté offerte à l'acheteur et non une obligation (v. par ex. : CE, 21 mars 2018, *Département des Bouches-du-Rhône*, n° 415929). L'acheteur peut autoriser tous les soumissionnaires dont l'offre est irrégulière à la régulariser, dès lors qu'elle n'est pas anormalement basse et que la régularisation n'a pas pour effet d'en modifier des caractéristiques substantielles (CCP, R. 2152-2).

### 2.1.2. L'obligation d'information des candidats sur la masse salariale de reprise mise à la charge de l'autorité contractuelle

Répondant bien souvent à une préoccupation des collectivités publiques soucieuses de sécuriser leurs contrats, les juridictions administratives ont progressivement formé un 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.

Un véritable droit à l'information en matière de masse salariale des personnels à reprendre, dont le débiteur désigné est la collectivité, a ainsi été consacré au profit des candidats à la consultation. Le Conseil d'Etat a fait ainsi prévaloir l'égalité de traitement des candidats sur les règles juridiques relatives à la reprise.

Mais cette œuvre jurisprudentielle, désormais fermement établie, 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 à temps et être en mesure de la diffuser dans les temps.

#### Une obligation fondée sur le principe d'égalité de traitement des candidats

**Une position sans équivoque de la jurisprudence administrative.** Depuis le milieu des années 90, la jurisprudence administrative incline sans discontinuité à dériver du principe d'égalité de traitement une obligation d'information sur la masse salariale à reprendre qu'elle fait entièrement peser sur la collectivité responsable de la procédure de mise en concurrence.

Ainsi, dès 1997, le Conseil d'Etat annule 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 (CE, 6 juin 1997, *SA Société industrielle de nettoyage*, n° 129437). La Haute Assemblée relève alors qu'« 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'Etat en 1998 juge, 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 » (CE, 13 mars 1998, *SA Transports Galiero*, n° 165238).

La décision du Conseil d'Etat du 19 janvier 2011 parachève cet édifice jurisprudentiel en réaffirmant de manière éclatante la tendance antérieure déjà largement orientée au bénéfice de l'égalité de concurrence entre les candidats. Le juge du Palais Royal rappelle que le coût de la masse salariale est un « élément essentiel du marché, eu égard au poids des charges de personnel dans l'activité considérée » qui doit être communiqué à tous les candidats, « afin qu'ils puissent présenter une offre dans des conditions d'une égale concurrence » (CE, 19 janvier 2011, *Société TEP – Technique d'Environnement et Propreté*, n° 340773 ; v. également : CE, 16 mars 2011, *Syndicat mixte de traitement des ordures ménagères centre ouest seine et marnais*, n° 344329 ; CE, 1<sup>er</sup> mars 2012, *Département de la Corse du Sud c. Autocars Roger Ceccaldi*, n° 354159).

La Haute Juridiction administrative a donc reconnu, de manière constante depuis plus de 20 ans, que les informations relatives à la masse salariale des personnels à reprendre étaient un élément essentiel que l'acheteur ou le concédant devait obligatoirement porter à la connaissance de tous les candidats afin de se conformer à l'exigence d'égalité de traitement entre les candidats.

Le Conseil d'Etat s'accorde ainsi parfaitement avec la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Dans son arrêt *Oy Liikenne* (CJCE, 25 janvier 2001, *Oy Liikenne Ab*, aff. C 172/99, point 23), elle considère que les pouvoirs adjudicateurs sont tenus d'informer les soumissionnaires de toutes les conditions dont l'exécution d'un contrat sera assortie afin de leur permettre d'établir leurs offres en pleine connaissance de l'ensemble des coûts liés à l'exécution

du contrat. Ainsi, un opérateur doit pouvoir évaluer si, en cas de succès de son offre, il aura intérêt à racheter des actifs significatifs à l'actuel titulaire du marché et à reprendre tout ou partie de son personnel ou s'il sera obligé de le faire, se trouvant le cas échéant dans une situation de transfert d'entreprise au sens de la directive 2001/23/CE.

Le Conseil de concurrence (aujourd'hui Autorité des marchés financiers) avait également pu souligner qu'« en matière de marchés de travaux publics, l'application de l'article L. 122-12 [actuellement art. L. 1224-1] fausse les règles d'accès à un marché venant à renouvellement puisque seul le titulaire de ce marché connaît avec précision l'ensemble des coûts de personnel constituant l'essentiel du prix de revient du chantier, alors que ses concurrents qui devront assumer ces coûts n'en ont qu'une connaissance approximative lors de la préparation de leurs offres » (Avis du 24 février 1983, *BOCCRF*, 2 sept. 1983).

Nul doute que, fondée sur le principe d'égalité de traitement des candidats, l'obligation d'information à la charge de la collectivité publique est appréhendée comme une garantie essentielle pour les candidats entrants, leur permettant de rétablir, au moins pour partie, l'inégalité matérielle au profit du candidat sortant. S'il peut évidemment porter préjudice aux nouveaux entrants, il est également susceptible de léser indirectement le candidat sortant s'il a pour conséquence une sous-estimation par l'un de ses concurrents des coûts de main-d'œuvre, permettant à ce dernier de proposer un prix très compétitif et d'être déclaré attributaire à l'issue de la procédure (CE, 11 avril 2012, *Chambre de commerce et d'industrie de Bastia et de la Haute-Corse*, n° 355183 : en l'absence d'information sur la masse salariale à reprendre, un concurrent n'a pas répercuté son coût dans le calcul du prix de la prestation offerte, lézant le titulaire sortant).

Une telle position n'exclut pas qu'à l'avenir le défaut d'information sur la masse salariale puisse conduire à la proposition d'une offre jugée anormalement basse, le prix proposé étant « manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché » (CCP, L. 2152-5). Dans ce cas, il pourrait être reproché à la collectivité de ne pas avoir rejeté ladite offre après examen des pièces justificatives fournies par le candidat alors que les textes lui prescrivent de le faire (CCP, L. 2152-6, R. 2152-3 et R. 2152-4).

**La masse salariale à reprendre : un élément déterminant dans la sélection des offres.** La masse salariale à reprendre est qualifiée de « donnée essentielle du marché » (ou de la concession) par la Haute juridiction administrative. Il est permis de souscrire à cette prémisse du raisonnement du juge. D'abord, de manière générale, la masse salariale est toujours un élément clef de l'appréciation d'une

candidature autant qu'une offre qu'elle soit en partie issue d'une action de reprise et/ou d'insertion ou que cette masse compose déjà l'effectif de l'entreprise. Elle conditionne la capacité professionnelle de l'entreprise à répondre au besoin exprimé par la collectivité tandis qu'elle implique un coût financier qui se répercute directement sur l'offre de prix proposée par le soumissionnaire. Elle est ensuite une information d'autant plus importante que, dans l'hypothèse du renouvellement d'un contrat de prestation de service dont la réalisation repose sur une main d'œuvre significative à reprendre, elle constituera à n'en pas douter le facteur déterminant de l'offre de prix. Le Conseil d'Etat insiste sur ce point, dans son arrêt *Société TEP*, lorsqu'il met en corrélation directe le « poids des charges de personnel dans l'activité considérée », à savoir le secteur économique de la propreté, et « le coût de la masse salariale correspondante [qui est] en conséquence un élément essentiel du marché ».

Or, faut-il rappeler que dans la pratique de la commande publique le prix (ou le coût) de la prestation est le plus souvent largement prépondérant dans l'analyse du mérite respectif des offres menée par les responsables de marchés et concessions. Toujours présent, il est associé à une forte pondération, généralement plus élevée que la valeur technique, ou il est placé en rang 1 en cas de simple hiérarchisation des critères de sélection des offres (cas des concessions ou, exceptionnellement pour les marchés publics). L'information sur la masse salariale de reprise peut ainsi s'avérer être une donnée déterminante dans la structuration même du prix et, par voie de conséquence, dans le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

**Une rupture objective de l'égalité entre les candidats à la consultation.** Les candidats admis à déposer une offre ne sont pas objectivement en situation d'égalité quant à la connaissance et à la prise en compte de la masse salariale de reprise. Cette inégalité de fait se réalise principalement au détriment du titulaire sortant lorsque celui-ci est candidat au renouvellement du contrat. En effet, ce dernier tiendra évidemment compte de la masse salariale objet de la reprise lors de la constitution de son offre de prix puisqu'il est l'employeur des salariés concernés par la reprise. Il pourra ne pas en être de même de ses concurrents, en l'absence d'information à ce stade de la procédure de passation. Les offres de ces derniers pourront proposer un prix potentiellement moindre en intégrant une masse salariale susceptible d'être moins coûteuse parce qu'issue de l'insertion, d'une embauche projetée, d'une modification d'affectation de ses propres salariés, du travail temporaire voire de la sous-traitance. Lorsque les offres déposées sont globalement équivalentes sur le plan technique, l'écart entre elles se réalisera alors principalement au regard de la masse salariale à reprendre, avantageant l'entreprise qui ne l'intégrera pas dans son offre de prix.

La rupture d'égalité étant consommée, sinon hautement probable, elle ne trouve cependant pas sa cause directe dans une quelconque action ou inaction de la collectivité responsable de la mise en concurrence ayant pour effet d'avantager ou de désavantager un ou des candidats au mépris du principe d'égalité de traitement. La prétendue ou réelle inégalité dans le niveau d'information sur la masse salariale à reprendre est en effet inhérent à toute opération de reprise de salariés. Cela explique d'ailleurs que tous les dispositifs conventionnels de reprise font peser une obligation d'information sur la masse salariale à reprendre sur le sortant, seul détenteur des données utiles à la reprise, au profit de l'entrant lorsque la perte du marché ouvre droit au transfert de contrats de travail.

Cette circonstance particulière fait dire au rapporteur public BOULOUIS, dans ses conclusions sur l'arrêt *Société TEP* de 2011, que l'information sur la masse salariale n'est pas une question qui entre dans le champ de l'exigence de mise en concurrence saine et loyale qui pèse sur la collectivité responsable du marché ou de la concession. Il note, au soutien de sa démonstration, que la collectivité n'étant pas détentrice des données attendues, il ne peut pas lui être reproché de ne pas les avoir communiquées à l'ensemble des candidats soumissionnaires. Il ajoute qu'en définitive la situation de fait lui est étrangère par sa cause et demeure régie par les normes de droit social extérieures à la commande publique. Rappelons que, dans l'affaire *Société TEP*, la convention collective propre et son dispositif bien connu de reprise de salariés étaient pleinement applicables au renouvellement de marché de sorte qu'une obligation d'information pesait sur le titulaire sortant.

Si le raisonnement du rapporteur public n'est pas dénué d'intérêt, il ne convainc pas le Conseil d'État qui le rejette explicitement. Selon la Haute juridiction, la collectivité publique n'est pas placée en position de neutralité et d'extériorité à l'égard du transfert conventionnel de contrats de travail qui était au cœur de l'affaire. Au contraire, elle considère que ladite collectivité était en l'espèce parfaitement en mesure de redresser la situation d'inégalité de fait entre le sortant et les entrants dès lors qu'« [elle] détenait ces informations ou était en mesure de les obtenir » de son cocontractant. Cette incise est capitale car elle offre une assise plus solide à l'obligation d'information que le Conseil d'État fait peser *in fine* sur l'acheteur public. Si ce dernier est en possession des informations sur la masse salariale susceptible d'être reprise ou, du moins, est en capacité de les obtenir auprès du titulaire sortant, la situation ne lui est plus totalement extérieure mais, au contraire, peut lui être potentiellement imputée au titre du principe d'égalité de traitement entre les candidats. Selon ce raisonnement, l'acheteur public passe d'un statut de neutralité à l'égard du transfert de contrats de travail à celui de pivot du dispositif

garantissant une mise en concurrence loyale entre les entreprises candidates par son action de relais de l'information sur la masse salariale à reprendre entre le sortant et les entrants.

**La transparence sur la masse salariale à reprendre au service de l'égalité de traitement entre les candidats.** Afin de rétablir l'égalité entre tous les candidats, la collectivité publique doit leur délivrer les données essentielles sur la masse salariale concernée par la reprise. Comme cela est pratiquement toujours le cas lors de la mise en concurrence des opérateurs économiques candidats à un marché ou une concession, l'égalité entre ces derniers ne s'épanouit réellement qu'au travers d'une procédure transparente. Autrement dit, la collectivité publique doit communiquer aux candidats les données essentielles qui vont, dans un premier temps, leur permettre de constituer leurs offres sur un pied d'égalité puis, dans un second temps, entrer dans l'appréciation de la recevabilité et du mérite comparé de celles-ci. Cette étroite corrélation des principes d'égalité et de transparence permet au juge de conclure à l'endroit de la masse salariale de reprise, au caractère « nécessaire [de sa] communication [...] à tous les candidats [...] afin qu'ils puissent présenter une offre dans des conditions d'une égale concurrence ». La collectivité publique doit diffuser les informations sur la masse salariale concernée qu'elle a en sa possession en propre ou après recueil auprès du titulaire sortant dans le but de rectifier l'inégalité de fait existant entre ce dernier et ses concurrents et, par conséquent, garantir une égale concurrence lors de la consultation.

### Les implications pratiques de l'obligation d'information sur la masse salariale à reprendre

L'obligation de communiquer les données utiles à la reprise engage la collectivité publique sur un terrain délicat. Elle est contrainte, quel que soit le régime de reprise applicable, à recueillir dans les temps les données sensibles relatives à la masse salariale concernée auprès de son cocontractant dont la volonté de coopération peut faire défaut.

**Une obligation d'application générale.** En premier lieu, il ne fait aucun doute que l'obligation d'information consacrée par la jurisprudence administrative s'étend évidemment à l'hypothèse où l'autorité publique fait le choix d'insérer une clause de préservation de l'emploi dans le cahier des charges de son marché ou de sa concession. Par définition, cette clause conditionne la validité des offres et a pour objet d'imposer une condition d'exécution au futur attributaire du contrat : proposer une reprise à des salariés de l'ancien titulaire et en cas d'accord les intégrer sans délai dans les effectifs de l'entreprise. L'acheteur ou le concédant est alors astreint, d'une manière générale, par les

principes fondamentaux de la commande publique à ne pas fausser la concurrence entre les candidats à la consultation soit en établissant une condition d'exécution qui, par sa nature et ses effets, lèse un ou plusieurs candidats, soit en étant défaillant en tout ou partie sur le terrain d'une correcte et complète information à son endroit. En l'occurrence, c'est sur ce dernier point que la collectivité doit faire preuve d'une particulière vigilance en communiquant les données sur la masse salariale concernée par la clause à l'ensemble des candidats.

En second lieu, l'autorité contractuelle ne pourra en aucun cas se dérober à son obligation d'information en se réfugiant derrière l'application d'un régime de reprise, issue de la loi (C. trav., art. L. 1224-1) ou d'un accord collectif.

La jurisprudence confirme qu'il serait en effet inexact pour la collectivité de voir dans la circonstance qu'un accord collectif s'applique au renouvellement de contrat, accompagné de son dispositif d'information, un motif qui la dispense de communiquer les données utiles sur la reprise à l'ensemble des entreprises candidates. Le seul respect par l'entreprise sortante des règles conventionnelles instaurant un droit d'information au profit de l'entrant ne suffit évidemment pas à garantir une prompte et égale information de l'ensemble des entreprises candidates sur les salariés transférables. La collectivité publique doit donc avoir parfaitement conscience que la commande publique loyale et transparente conduit à neutraliser les règles établies par la négociation collective spécialement en matière d'information sur la masse salariale pour y substituer son propre dispositif d'information inspiré par le droit de la commande publique. C'est bien l'enseignement qu'il faut tirer de la décision *Société TEP*, dans laquelle le Conseil d'État écarte les prescriptions insérées dans l'accord collectif applicable pour faire prévaloir les exigences de transparence et d'égalité pesant de manière générale sur la conduite de la procédure de mise en concurrence.

Il en est de même lorsque s'applique le régime légal de reprise, à la nuance près que, s'agissant d'un transfert de contrats de travail qui se veut de plein droit sous l'effet de la loi, la communication préalable de la masse salariale entre les entreprises successives n'a aucune utilité. Dès lors, l'obligation d'information sur la masse salariale à reprendre, tirée des exigences d'égalité et de transparence, s'impose sans mal à la collectivité en l'absence de dispositif légal particulier.

Ni l'application du régime légal, ni celle d'un régime conventionnel n'est de nature à écarter ou, du moins, à amoindrir la diligence dont l'autorité contractuelle devra faire preuve pour parvenir à informer à temps et de manière complète et non-équivoque tous les candidats à la consultation.

**Une temporalité contrainte de l'obligation.** L'exécution dans le temps de l'obligation d'information sur la masse salariale à reprendre par l'autorité contractuelle est directement conditionnée par la finalité qui lui est assignée, à savoir garantir une égale concurrence entre les entreprises entrante et sortante. La satisfaction de cet objectif implique que l'autorité contractuelle recueille à temps les informations utiles auprès du titulaire sortant afin qu'il puisse les délivrer dans les temps à tous les candidats. Chacun de ces temps n'est pas préétabli précisément par les textes ou la jurisprudence, de sorte qu'il s'agit toujours pour le donneur d'ordre de veiller à déterminer les délais raisonnables de son action d'information. Et ce alors qu'il doit être en mesure d'obtenir auprès du titulaire sortant tous les éléments constituant cette information.

**Recueillir à temps les informations utiles auprès du titulaire sortant.** L'autorité contractuelle doit engager des démarches en direction du titulaire sortant dans un temps nécessairement antérieur au commencement de la phase de mise en concurrence proprement dite compte tenu du fait que tous les candidats à la consultation qui s'ouvrira prochainement doivent être en mesure d'en prendre connaissance au moment de l'établissement de leurs offres. Une action doit donc être mise en œuvre auprès du cocontractant dans un délai suffisant avant les mesures de publicité de l'avis de marché ou de concession et la rédaction des documents de consultation. Ce délai tient compte des circonstances, notamment de la temporalité propre à chaque renouvellement de marché ou concession, des pratiques professionnelles du secteur et du degré d'information préalable et d'adhésion du titulaire à l'égard de la future opération de reprise.

Le titulaire sera sans doute plus prompt à délivrer les informations attendues si le renouvellement du contrat s'inscrit dans le contexte d'application d'un dispositif conventionnel de reprise bien connu des acteurs du secteur économique concerné et déjà mis en pratique par le passé. Familiarisé avec ce type de reprise, l'entreprise cocontractante sera généralement en mesure de mettre à disposition de la collectivité publique toutes les informations demandées dans un délai relativement bref d'une à trois semaine(s) avant la clôture de la phase préparatoire à la mise en concurrence.

En revanche, lorsque l'initiative de la reprise est le fruit de la volonté propre de la collectivité pour un contrat qui n'a jusqu'à présent pas donné lieu à une telle opération ou dont il n'est pas encore certain qu'elle puisse convenir, il est conseillé à celle-ci de faire preuve d'une diligence particulière en effectuant la demande de renseignements entre 2 à 3 mois avant les mesures de publicité. De la sorte, elle évite d'exposer sa consultation à des retards préjudiciables pour le commencement d'exécution et se prémunit d'une faible

réactivité du titulaire sortant. Amorcer le recueil de l'information relativement tôt au stade de la définition des besoins permet également, dans un souci de stratégie du bon achat, d'engager des échanges avec le cocontractant voire d'inviter les acteurs économiques du secteur à apprécier la pertinence économique, sociale et administrative d'un transfert d'emplois. De la sorte, la personne publique fait œuvre pédagogique sur un dispositif contractuel souvent méconnu et agrège autour du projet une meilleure compréhension et acceptation des contraintes qu'il suppose.

**Être en mesure de récupérer les données.** La collectivité publique doit d'autant plus faire preuve de diligence dans la récupération des informations relatives à la reprise qu'elle dispose, dans les faits, de moyens limités pour les obtenir du titulaire sortant. Il ne faut pas exclure qu'une certaine défiance ou, du moins, un rejet s'exprime du côté du cocontractant à l'égard de l'opération de reprise envisagée, quelle qu'elle soit, se manifestant notamment par le refus de transmettre l'intégralité des données utiles. Dans la mesure où cette communication a précisément pour objet et pour effet de permettre une véritable mise en concurrence, le titulaire sortant pourrait parfaitement être réticent à s'y soumettre alors pourtant qu'il y a tout intérêt compte tenu du risque d'inégale concurrence de la part des entreprises candidates à laquelle il s'expose lors de la consultation.

Rappelons que la collectivité publique ne pourra en aucun cas se réfugier derrière la mauvaise volonté affichée de son cocontractant pour prétexter qu'elle n'a pas pu diffuser une information complète et suffisamment précise à l'ensemble des entreprises candidates. L'autorité contractuelle est tenue à d'une obligation de résultat et non de moyen. Sans volonté d'exagération, ce point mérite une attention particulière de la part des services responsables de la commande publique dans la collectivité car il s'agit - à n'en pas douter - de la faille principale du dispositif d'information pensé par la jurisprudence du Conseil d'État.

**Les moyens à la disposition de la collectivité publique pour pallier la réticence du titulaire sortant à transmettre les informations sur la reprise.** La collectivité publique n'est pas totalement démunie face à la réticence voire le refus de son cocontractant à lui transmettre les données essentielles sur la masse salariale susceptible de faire l'objet d'une reprise.

En premier lieu, la situation pourrait être moins problématique dans le cadre des contrats de gestion déléguée dès lors que la personne publique obtiendra du concessionnaire certaines informations par le biais des rapports annuels obligatoires comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférents à l'exécution du contrat de

concession et une analyse de la qualité des ouvrages ou des services (CCP, L. 3131-5). L'article R. 3131-4 du CCP précise en effet que dans l'hypothèse de la gestion d'un service public concédée, le rapport comprend également « *les données comptables* » relatives aux « *engagements à incidences financières, y compris en matière de personnel, liés à la concession et nécessaires à la continuité du service public* ». Nul doute que cette disposition, qui est l'exacte réplique de l'article R. 1411-7 I h) du CGCT aujourd'hui abrogé, est susceptible de permettre à l'autorité concédante d'obtenir les premières informations sur la masse salariale utiles à la mise en place du dispositif de reprise.

En second lieu, une démarche proactive de la part de la collectivité publique consisterait à intégrer une clause dans les futurs marchés et concessions obligeant le titulaire sortant à transmettre dans un délai déterminé et relativement bref avant le terme du contrat, les informations que les collectivités publiques devront communiquer concernant le personnel à reprendre, et d'assortir cette clause des pénalités en cas de com-portement fautif du titulaire sortant (transmission tardive, refus de transmission). Cette action contractuelle, simple au demeurant à mettre en œuvre, aurait l'avantage de rétablir habilement l'obligation d'information sur celui qui devrait être le réel débiteur, à savoir le titulaire sortant seul détenteur de l'intégralité des données utiles à la reprise des salariés. La collectivité publique pourra, en outre, légitimement entourer la transmission des informations aux candidats 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. Une telle démarche suppose toutefois que la collectivité ait pu préalablement identifier les contrats susceptibles de donner lieu à reprise lors de leur renouvellement (cf. *supra*).

Il serait tentant de voir dans les conditions de recevabilité des candidatures un moyen de parer efficacement les difficultés relatives à l'obtention des informations. Comme le suggère Arnaud MAZIÈRE, « *L'intérêt bien compris du donneur d'ordre serait [...] de conditionner en amont la recevabilité de la candidature du sortant à la remise des informations adéquates* » (« *Aspects individuels du transfert conventionnel de contrats de travail lors d'un changement de prestataire de services* », *Le droit ouvrier* 2011, p. 544 et s.). Cela est impossible car cette condition n'entrerait pas dans les catégories de conditions qui sont susceptibles d'être requises par l'autorité contractuelle pour candidater. En outre, l'information serait communiquée trop tard en procédure ouverte alors que la phase de mise en concurrence des offres débute.

**Délivrer l'information dans les temps aux candidats.** L'autorité responsable de la passation d'un marché ou d'une concession ne dispose pas d'une grande latitude

d'action pour accomplir les mesures d'information adéquates sur la reprise que lui impose le respect de l'égalité de traitement entre les candidats. L'intervalle est court durant lequel il peut être considéré que la collectivité a fait preuve de diligence dans l'accomplissement de son obligation d'information. Il s'étend des mesures accomplies de publicité de l'avis à la date de clôture du délai de remise des offres.

Au-delà de cette limite temporelle, la délivrance sera tardive et équivaudra à une absence d'information susceptible de rétablir l'égalité entre les candidats sortant et entrant. Dans cette hypothèse, c'est essentiellement le titulaire sortant qui pourra considérer avoir été sérieusement désavantagé par rapport à ses concurrents qui n'ont pas eu à tenir compte de la masse salariale de reprise qu'il a, en tant qu'employeur initial, obligatoirement intégré dans son offre de prix.

En deçà de la date limite de remise des offres, la collectivité publique n'est pas pour autant à l'abri de toute contestation. Les candidats doivent en effet disposer d'un délai suffisant pour être en mesure de prendre correctement en compte le coût de la masse salariale dans leur offre de prix voire juger de l'opportunité même de déposer une offre compte tenu de l'existence d'une reprise de salariés qui peut s'avérer décisive. En procédure formalisée les délais de réception des offres sont des délais minimaux tandis qu'en procédure adaptée les délais ne sont pas réglementés, de sorte que le Code de la commande publique invite l'acheteur public à fixer, dans ces deux cas, des délais qui tiennent « *compte de la complexité du marché et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur offre* » (CCP, R. 2151-1). Il en est de même en matière de concession où l'autorité concédante est invitée à fixer « *le délai de remise des offres en fonction notamment de la nature, du montant et des caractéristiques des travaux ou services demandés au concessionnaire* » (CCP, R. 3124-2).

**L'information ex-ante sur la masse salariale à reprendre délivrée à tous les candidats.** Compte tenu des contraintes exposées précédemment, l'autorité publique, responsable de la procédure de mise en concurrence, n'a pas d'autre choix que de faire figurer les données sur la masse salariale à reprendre dans les documents de consultation qui seront transmis à chaque entreprise candidate. L'obligation d'information est alors immédiatement postérieure à la publicité de l'avis et située dès le commencement de la mise en concurrence proprement dite, suffisamment en amont de la clôture du délai de remise des offres, pour permettre aux candidats d'en tenir pleinement compte dans la constitution de leurs offres.

Ce moment précis a également l'avantage d'offrir à l'autorité publique un laps de temps encore suffisant

dans l'hypothèse où serait rendu nécessaire la diffusion d'un complément ou d'une rectification de l'information initiale.

À ce stade, l'information doit être précise et exempte de contradiction (CE, 24 octobre 2008, *Syndicat intercommunal de Mayotte*, n° 300034). Elle doit être également suffisante et la même pour tous les candidats. Sont seuls communicables par l'autorité publique, au titre de l'égalité de traitement, le nombre de salariés (en unité ou en équivalent-temps-plein) concernés par la reprise et le coût de la masse salariale correspondante (coût mensuel ou annuel).

S'agissant de marchés de prestations de service, la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) a eu l'occasion de se pencher sur la nature des éléments à communiquer aux candidats. Après avoir rappelé que « *des données détaillées sur ce point (noms et qualification des agents en charge de l'exécution) sont couvertes par le secret en matière industrielle et commerciale et ne sont, comme telles, pas communicables à des tiers* », elle écarte cette limite « *lorsqu'en application d'un texte - Code du travail ou convention collective - le candidat retenu devra reprendre tout ou partie du personnel du précédent prestataire [l'autorité publique] doit indiquer le nombre d'agents et la masse salariale correspondante, à l'exception de toute mention nominative ou plus détaillée* ». (CADA, 11 janvier 2007, n° 20064843).

Le Conseil d'État s'inscrit dans son sillage, confirmant que le coût de la masse salariale est un « *élément essentiel du marché, eu égard au poids des charges de personnel dans l'activité considérée* », élément qui doit être communiqué à tous les candidats, « *afin qu'ils puissent présenter une offre dans des conditions d'une égale concurrence* » (CE, 19 janvier 2011, *société TEP - Technique d'Environnement et Propreté*, n° 340773). Il ajoute cependant que l'exigence d'égalité de traitement des candidats doit se concilier avec le respect du secret des affaires, confirmant ainsi que l'information des candidats n'est pas sans limite. C'est pourquoi il est conseillé à la collectivité publique de s'abstenir de communiquer à ce stade à tous les candidats une information détaillée du chaque salarié.

Il convient de noter la position plus exigeante adoptée par le Tribunal administratif de Paris dans une ordonnance du 29 juin 2009, s'agissant du renouvellement d'un marché de nettoyage avec reprise du personnel obligatoire en vertu de la convention collective applicable. Il juge que la communication des informations par l'acheteur public doit comprendre, « *non seulement les éléments essentiels et nécessaires à la présentation d'une offre satisfaisante, mais aussi, sous réserve du secret des affaires, les informations privilégiées, seules détenues par les sortants et susceptibles de leur donner un avantage décisif* »

(TA Paris, 29 juin 2009, *Société Perfect Nettoyage SA*, n° 0909822). Parmi ces informations, le tribunal mentionne le nombre de salariés à reprendre (mais pas 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. Nul doute que les juges ont sans doute été guidés dans cette affaire par le souci d'établir un contenu à l'obligation d'information pesant sur le pouvoir adjudicateur équivalent à celui qu'impose les prescriptions de l'accord collectif Propreté applicable au marché.

En dépit de cette position restée isolée, les juridictions administratives semblent considérer que le standard d'une information suffisante est atteint lorsque les documents de consultation et le cahier des charges indiquent clairement le nombre de salariés concernés et, à titre principal, le coût de la masse salariale correspondante (v. par ex. : CAA Bordeaux, 1<sup>er</sup> juillet 2013, *Société Compagnie des eaux de Royan*, n° 12BX00425 : « le dossier de consultation comportait des informations suffisantes, notamment sur le coût de la masse salariale du personnel à reprendre, pour permettre aux deux autres candidats d'élaborer une offre ne reposant pas sur la sous-estimation des coûts de main-d'œuvre »).

Les fonctions ou type d'emplois concernés par la reprise peuvent être utilement renseignés. Ainsi, par exemple, dans un marché public de transport scolaire, il sera nécessaire de préciser si la reprise concerne seulement les chauffeurs, les mécaniciens ou le personnel accompagnateur.

**L'exigence d'un délai suffisant en cas de complément ou de rectification de l'information initiale.** L'exigence de délai suffisant pour constituer et déposer l'offre peut prendre une tournure particulière dans l'hypothèse où, bien que l'information initiale ait été transmise à temps, celle-ci nécessite un complément ou une rectification. Cette perspective n'a rien d'une hypothèse d'école. D'une part, la collectivité peut avoir obtenu de la part du titulaire sortant des données qui s'avèrent incomplètes. D'autre part, l'information sur la masse salariale à reprendre n'est qu'un instantané au moment de sa communication à l'autorité contractuelle. Elle n'a rien de définitif, la masse salariale n'étant pas par définition intangible durant toute la durée de préparation de la consultation. Le titulaire sortant demeure entièrement libre dans la gestion de cette masse salariale. Il n'est donc pas impossible qu'il soit nécessaire de rectifier les informations initiales transmises.

Les textes imposent, « lorsque des modifications importantes sont apportées aux documents de la

*consultation* » d'un marché public, un allongement du délai de remise des offres qui soit proportionné « à l'importance des informations demandées ou des modifications apportées » (CCP, R. 2151-4). Il en est de même pour la passation des contrats de concession pour lesquels « toute modification des documents de la consultation [doit être] communiquée à l'ensemble des opérateurs économiques, aux candidats admis à présenter une offre ou à tous les soumissionnaires, dans des conditions garantissant leur égalité et leur permettant de disposer d'un délai suffisant pour remettre leurs candidatures ou leurs offres » (CCP, R. 3122-8).

Il résulte de ces dispositions que l'acheteur public ou l'autorité concédante doit reporter la date limite de remise des offres en cas de modification des documents de la consultation afin de permettre aux candidats de disposer « d'un délai suffisant, compte tenu de la nature et de la portée de [la] modification d'ordre matériel, pour permettre aux participants d'en prendre connaissance et d'adapter leur offre » (CE, 27 novembre 2019, *Société Pompes Funèbres de l'Avesnois*, n° 432996). La modification rendue nécessaire des informations sur la reprise de salariés n'impliquerait pas autre chose.

**L'information ex-post auprès du nouvel attributaire : la divulgation des informations détaillées au stade ultime de la procédure de passation.** Le Conseil d'État, dans une décision du 16 mars 2011 (CE, 16 mars 2011, *Syndicat mixte de traitement des ordures ménagères centre ouest seine et marnais*, n°344329), a pu insister sur l'aspect confidentiel de certaines données sociales ou professionnelles. Il confirme l'analyse du Tribunal administratif de Melun (TA Melun, ordonnance n° 1007022/2 du 29 octobre 2010) selon laquelle le pouvoir adjudicateur porte atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats en refusant de produire, « en les anonymisant, 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 ». C'est dire que le secret des affaires peut justifier que le détail des données sur la masse salariale ne fasse l'objet d'une communication qu'à un stade ultérieur à la mise en concurrence.

Les informations plus détaillées (type de contrat de travail, statut, avantages sociaux, structure de la rémunération, ancienneté, identité et coordonnées des salariés, etc.) peuvent ainsi utilement être divulguées postérieurement à la notification de l'attribution ou concomitamment à la conclusion du contrat avec le nouvel opérateur afin que ce dernier s'engage dans les plus brefs délais dans l'opération de reprise.

### 2.1.3. L'information des salariés antérieurement au transfert de leur contrat de travail

Les salariés étant susceptibles d'être directement affectés dans leurs conditions de travail par le transfert de leurs contrats de travail d'une entreprise à une autre, une information claire à leur égard par le titulaire sortant peut être de nature à réduire leurs préoccupations relatives au maintien de leurs emplois nées du risque de perte du contrat public par leur employeur. Elle favorise à ce stade l'expression du consentement éclairé des salariés concernés lorsque celui-ci est une condition du transfert de contrats de travail (régimes conventionnel et contractuel).

La collectivité publique n'a pratiquement aucune prise sur la délivrance d'une information préalable aux salariés. L'information du salarié n'est pas une préoccupation qu'implique la commande publique. La collectivité devra donc s'en remettre pour l'essentiel à la diligence avec laquelle le titulaire sortant mettra en œuvre une information adéquate à destination des salariés transférables. A cet égard, une grande disparité s'observe entre les régimes de reprise.

#### La commande publique demeure largement étrangère à l'information préalable du salarié transférable

**L'irréductible extériorité de la commande publique par rapport aux salariés.** L'autorité contractuelle a peu de prise sur l'information délivrée individuellement et collectivement aux salariés concernés par la reprise. L'autonomie de gestion de l'entreprise condamne toute action directe de la collectivité en direction des salariés, la position de la collectivité publique demeurant celle d'un tiers par rapport à la relation de l'employeur avec ses salariés. En outre, l'information adéquate des employés sur la reprise échappe totalement au régime juridique de la commande publique, l'effectivité de l'information et son contenu n'ayant aucun effet particulier sur l'épanouissement d'une libre et égale concurrence entre les candidats à la consultation. La circonstance que la reprise de personnel s'opère selon les prescriptions d'une clause sociale d'exécution insérée dans le marché ou la concession ne modifie pas non plus cet état de fait. Que les salariés soient informés ou non, intégralement ou partiellement, la mise en concurrence suivra son cours implacablement.

La collectivité ne pourra pas non plus se substituer à l'employeur initial défaillant dans sa communication sur la reprise à l'égard de ses employés. De même, elle ne pourra pas compenser le manque de diligence du nouvel attributaire à entrer en contact avec les salariés transférables pour leur proposer ou, du moins, leur

exposer la reprise et les conditions dans lesquelles elle va s'opérer. Si l'opération de reprise échoue totalement ou partiellement en raison d'un défaut d'information des salariés concernés, la collectivité ne pourra qu'en faire le constat. Cela est particulièrement le cas lors d'un transfert légal ou conventionnel de contrats de travail. Si la reprise se fonde sur une clause sociale de préservation de l'emploi, le donneur d'ordre public aura tout au plus le pouvoir d'appliquer les pénalités prévues par celle-ci, si ledit échec trouve sa cause directe dans un manquement du nouvel attributaire à son obligation de proposer une reprise.

**Possibilité d'échanges préalables à la consultation.** L'autorité contractuelle pourra, à la marge, insister auprès du sortant et des potentiels entrants sur l'importance de l'information individuelle et collective des salariés concernés, lors d'échanges préalables à la consultation. Il lui est même conseillé de réunir les parties prenantes (entreprises, syndicats, représentants du personnel, facilitateur) au cours de la phase préparatoire à la procédure de passation afin d'informer pleinement celles-ci de l'existence d'une opération de reprise lors du prochain renouvellement de contrat et de leur rappeler les obligations et les effets qui s'attachent au transfert des contrats de travail. Cela est particulièrement opportun lorsque c'est la collectivité publique elle-même qui fait le choix de la reprise, en dehors de toute obligation légale ou conventionnelle. L'insertion d'une clause de préservation de l'emploi demeure, en effet, souvent méconnue dans ses modalités et ses effets, ce qui nécessite un effort supplémentaire de pédagogie de la part de l'autorité contractuelle si elle veut que les entreprises y adhèrent et réalisent correctement toutes les démarches qu'elle implique. L'information claire, non équivoque et à temps des salariés transférables est en effet un enjeu de taille dans la mesure où leurs consentements conditionnent la réussite de l'opération projetée par la collectivité.

#### Disparité des régimes de reprise quant à l'information du salarié

On constate une certaine disparité dans les régimes de transfert de contrats de travail à l'endroit même de l'information individuelle des salariés concernés. L'absence de formalisme qui caractérise le transfert légal de contrats de travail laisse place à l'obligation d'informer le salarié lorsque son accord sur le transfert est requis.

**L'absence de formalisme du régime légal.** Le régime légal de reprise n'appelle en principe aucun formalisme particulier en amont ou au moment du transfert de salarié. Il n'est ainsi pas conditionné dans sa validité à l'accomplissement préalable d'une information individuelle à l'égard du salarié. Le transfert de son

contrat de travail étant un effet de la loi (transfert de plein droit), ni l'employeur initial, ni même le nouvel employeur ne sont tenus de le notifier au salarié (Cass. soc., 23 octobre 1968, n° 67-40.125; Cass. soc., 16 janvier 1974, n° 72-40.336; Cass. soc., 14 décembre 1999, n° 97-43.011.). Le salarié n'ayant pas à consentir à son transfert automatique, ce dernier ne peut pas non plus être subordonné à la signature d'un avenant au contrat de travail qui lui serait notifié.

La Cour de cassation est allée, sur ce point, jusqu'à considérer que l'article 7, alinéa 6, de la directive du 12 mars 2001, prévoyant une information préalable des salariés sur le transfert d'entreprise en l'absence de représentants du personnel, n'avait pas été transposé en droit interne, de sorte qu'il ne pouvait pas créer d'obligation à la charge de l'employeur sortant (Cass. soc., 18 nov. 2009, n° 08-43.397, *Bull. civ. V* n° 256, confirmé par Cass. soc., 17 décembre 2013, n° 12-13.503).

Néanmoins, dans la pratique, il est tout de même recommandé de prévoir en amont du transfert des contrats de travail une information individuelle de chaque salarié concerné. Cette information pourra prendre la forme d'un courrier leur permettant de connaître la date exacte de transfert ainsi que les modalités particulières dudit transfert.

**L'obligation conventionnelle d'information individuelle du salarié.** L'accord des salariés est une condition déterminante du transfert conventionnel (*cf. supra*). Dès lors il faut organiser, en amont, leur information, en aval, le recueil de leur possible acceptation. Les accords collectifs décrivent généralement en détail ce processus en deux temps. Il revient à consacrer un véritable « *droit de savoir* » au profit des salariés transférables qui prend la forme d'une obligation précontractuelle d'information à la charge tant du sortant que de l'entrant dont la particularité est d'aboutir à l'encadrement du choix par le (nouvel) employeur de son (futur) cocontractant. La Cour de cassation confirme le caractère essentiel de cette information en jugeant que « *le manquement de l'entrepreneur sortant à la procédure d'information conventionnelle, préalable et personnelle, qui constitue une garantie de fond accordée au salarié, fait obstacle au changement d'employeur* » (Cass. soc., 11 janv. 2011, n° 09-68.676; v. antérieurement: Cass. soc., 11 mars 2003, *Bull. civ. V*, n° 95).

**La délicate information individuelle du salarié lors d'une reprise contractuelle.** L'information individuelle du salarié pose question dans l'hypothèse où le transfert de son contrat de travail est impulsé par la collectivité publique *via* une condition sociale d'exécution insérée dans le cahier des charges du marché ou de la concession. Une nouvelle fois, le principe de l'absence d'effet relatif du contrat constitue un obstacle dirimant

à la volonté de l'autorité contractuelle d'organiser au sein de son contrat une information individuelle préalable des salariés concernés par la reprise projetée. La clause de préservation de l'emploi ne pourra pas obliger le titulaire sortant à accomplir une communication sur la reprise en direction de chacun de ses salariés transférables car la clause ne lie ni l'entreprise sortante ni ses employés. En outre, le droit de la commande publique ne prescrit ni n'implique une obligation d'information à la charge du titulaire sortant équivalente à celle observée dans les accords collectifs, le défaut d'information individuelle et préalable ayant un effet platonique sur l'égalité concurrence dans la commande publique.

Ce n'est qu'à partir de l'attribution de la prestation et dans le commencement de son exécution que chaque salarié transférable se verra communiquer une proposition de reprise par le nouvel attributaire. C'est à ce stade que le salarié concerné doit recevoir une information sur le transfert de son contrat de travail conformément à la clause de préservation. En amont, un déficit d'information pourrait être déploré, le titulaire sortant restant entièrement libre d'apprécier les modalités adéquates et le moment opportun d'une communication individuelle auprès de ses employés.

Au surplus, la collectivité publique peut partiellement parer l'absence d'information préalable par des échanges avec les parties intéressées à la problématique de la reprise lors du renouvellement du contrat, incluant notamment la représentation salariale et syndicale.

**L'information collective des salariés.** En pratique, une réunion peut être organisée par la direction de l'entreprise sortante avec les salariés devant être transférés et leurs représentants, aussi bien pour les rassurer sur les conditions de ce transfert, que pour leur indiquer les conséquences de ce transfert sur leur statut individuel et collectif. Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, le comité sociale et économique (CSE) doit être « *informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, notamment sur [...] les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs* » (C. trav., L. 2312-8 II, 1°). L'information collective sur la reprise par le canal du CSE constitue donc une obligation dans ces entreprises quel que soit le fondement juridique du transfert de salariés. Elle est de nature à compenser l'absence de communication individualisée sur les conditions de la continuité d'emplois.

#### 2.1.4. L'information de la collectivité publique sur la réalisation de l'opération de reprise de personnel

L'ultime volet de l'information relative à la reprise s'ouvre avec l'accomplissement proprement dit du transfert de salariés et concerne la collectivité publique qui lui demeure par définition extérieure quel que soit le régime applicable. Le regard qu'elle porte sur la réalisation effective du transfert de contrats de travail et les démarches de l'attributaire en direction des salariés transférables dépend étroitement de son degré d'implication initiale dans l'opération de reprise. Elle endosse le rôle d'un observateur intéressé mais distancié quant à la réalisation du transfert légal ou conventionnel qu'elle n'a pas voulu et auquel elle ne peut s'opposer tandis qu'elle assume une mission de contrôle de la bonne exécution de la clause sociale de préservation de l'emploi par un suivi minutieux. Dans le premier cas, l'obtention d'informations sur la reprise effective paraît négligeable alors que, dans la seconde hypothèse, elle est capitale car elle se présente comme la condition de l'exercice de son contrôle de l'exécution des obligations contractuelles mises à la charge de son cocontractant. Elle est aussi le seul moyen pour la collectivité de savoir si son dispositif contractuel de reprise a porté ses fruits. L'information de la collectivité par l'attributaire doit dès lors être organisée avec minutie dans le cahier des charges.

#### L'information négligeable de la collectivité publique par l'attributaire quant à la réalisation du transfert légal ou conventionnel

**La collectivité publique demeure étrangère au transfert légal ou conventionnel de salariés.** L'extériorité des régimes légal et conventionnel par rapport à la commande publique a pour conséquence de réduire drastiquement l'implication de la collectivité publique au stade de la mise en œuvre du dispositif de reprise par l'attributaire du marché ou de la concession. Ce dernier, pleinement informé en amont sur la masse salariale à reprendre, exécute une obligation qui est étrangère au contrat qui le lie au donneur d'ordre public. C'est l'effectivité du droit à la continuité d'emploi reconnu par loi ou l'accord collectif aux salariés transférables qui est en jeu à ce stade. Il n'est pas question d'exécuter une quelconque obligation contractuelle née de la conclusion du marché ou de la concession.

L'autorité contractuelle n'a donc pas à s'immiscer dans la relation juridique qui se noue entre le salarié, candidat à un transfert, et son futur nouvel employeur. Une fois le contrat conclu, la collectivité est en quelque

sorte dérogée de toute obligation. Elle n'a pas à effectuer le contrôle et le suivi de l'accomplissement d'une reprise qu'elle n'a pas générée et dont elle n'a pas la charge d'en contrôler la régularité. Cela ne concerne plus que l'entreprise d'accueil, l'entreprise sortante et, au premier chef, les salariés éligibles à la reprise qui bénéficient d'une garantie d'emploi qu'ils devront défendre si cela s'avère nécessaire.

**Le désintérêt logique de la loi ou des accords collectifs pour l'information de la collectivité sur la réalisation de la reprise.** Le régime légal se caractérise par l'automatisme du transfert de contrat de travail qu'il soutient. L'information aux salariés y est particulièrement réduite pour ne pas dire absente. La collectivité publique est encore plus mal lotie. Il faut dire qu'elle n'y a aucun intérêt particulier puisque le transfert de salariés se réalise en dehors de sa volonté tout comme cela est le cas pour les salariés concernés et qu'elle ne peut pas s'y opposer d'une quelconque manière.

En pratique, rien n'empêche à la collectivité de demander à l'attributaire communication des éléments relatifs à la reprise légale afin de pouvoir disposer de données précises dans une telle situation (nombre de transferts réalisés, opposition des salariés, tentatives de modifications du contrat de travail) et ainsi d'alimenter, le cas échéant, son analyse de la continuité de l'emploi.

La situation de l'autorité contractuelle est équivalente lorsque le transfert de contrats de travail s'opère sous l'effet d'un accord collectif. L'information de la collectivité par l'attributaire n'y est jamais organisée. Aucun texte ni aucune jurisprudence n'oblige l'entreprise d'accueil à tenir le donneur d'ordre informé de l'accomplissement effectif des démarches utiles à la reprise qui lui incombent. D'ailleurs, pourquoi le serait-elle? L'accord collectif soumet les entreprises sortante et entrante et protège les salariés au premier chef, la collectivité publique demeurant un simple tiers observateur de la réalisation de la reprise. Il est néanmoins loisible à l'attributaire de transmettre au donneur d'ordre, spontanément ou sur sa demande, des informations sur les transferts effectivement réalisés afin de lui permettre d'établir un bilan de l'opération. Une nouvelle fois, il s'agit davantage pour la collectivité de se procurer des données précises quant à l'évaluation d'une politique de continuité de l'emploi dans la commande publique que d'opérer un contrôle de légalité de l'opération qui ne lui revient pas.

## L'information capitale de la collectivité publique quant à la bonne exécution de la clause sociale de préservation de l'emploi

**Information et contrôle de la bonne exécution des obligations contractuelles.** Une fois que le marché ou la concession est attribué(e) à une entreprise, celle-ci entame l'exécution des prestations appelant la mise en place d'un contrôle par le donneur d'ordre. Il est principalement basé sur le suivi du respect des clauses du marché (qualité demandée, délai d'exécution des prestations, délai de livraison des fournitures, nombre de personnels mis à disposition ou inséré, respect des horaires d'interventions, des règles de sécurité, acomptes, avances, paiement contre service fait, facturation, délai de paiement, déclaration de sous-traitant, etc.) ainsi que sur d'éventuelles modifications de ces clauses initialement prévues ou non par le contrat.

La clause organisant la continuité d'emplois ne fait pas exception à ce contrôle et ce suivi. L'autorité contractuelle ne peut d'ailleurs pas inciter à la continuité de l'emploi par l'insertion dans le cahier des charges d'obligations spéciales à la charge de l'attributaire et abandonner totalement leur effectivité à la libre appréciation de celui-ci. La volonté publique, qui a permis d'initier le mouvement de reprise par l'insertion d'une clause dans le cahier de charge, doit se prolonger au-delà par la mise en œuvre d'une véritable démarche de contrôle.

Cela est d'autant plus nécessaire que l'opération de reprise contractuelle projetée sera le plus souvent particulièrement contrainte dans le temps, le contrat initial arrivant à son terme à brève échéance et le sort des salariés ne pouvant pas être suspendu trop longtemps à la volonté du potentiel nouvel employeur. L'exécution de la clause tient généralement dans une fenêtre de temps d'environ 1 à 2 mois à compter de la notification de l'attribution. En outre, la continuité du service public et, de manière générale, la bonne exécution de la prestation principale objet du contrat commandent un accomplissement prompt de toutes les démarches utiles à la reprise de la part du nouveau cocontractant. Ce dernier devra donc faire preuve d'une particulière diligence dans l'exécution de son obligation de proposer aux salariés le transfert de leur contrat de travail.

Afin d'assumer pleinement sa mission de contrôle et de suivi de l'exécution de la clause sociale, la collectivité doit donc être en mesure de s'assurer que le nouveau titulaire se conforme à ses obligations sans délai et/ou dans les délais exigés. Ce contrôle ne pourra s'épanouir que par le biais d'une information complète de la collectivité par le nouvel attributaire. En pratique,

cela se matérialise par la communication au service chargé du suivi de l'exécution de la clause au sein de la collectivité de pièces dans des délais déterminés dans le CCAP ou le CCP.

Le nouveau titulaire devra transmettre à la collectivité tous les renseignements relatifs aux démarches effectuées à l'égard du précédent titulaire et des salariés concernés par la reprise. Il s'agit de l'ensemble des courriers des salariés faisant l'objet de la clause de pérennisation de l'emploi attestant de leur acceptation ou de leur refus de la proposition de transfert de leur contrat. À défaut de ces courriers, le titulaire devra communiquer les justificatifs attestant de sa proposition de transfert de contrat aux salariés (copie de la lettre adressée aux salariés et copie de l'accusé de réception ou copie des attestations de remise en main propre des courriers adressés). Afin de faciliter le suivi de l'opération de reprise pratiquement en temps réel, le titulaire complètera également une fiche de suivi de la clause de préservation de l'emploi, préalablement transmise par la collectivité, retraçant tous les transferts effectivement réalisés ainsi que ceux qui ont échoué et les causes de ces échecs. Un délai de quelques jours seulement doit être exigé pour obtenir ces différentes pièces (entre 5 à 7 jours maximum) si la collectivité veut que l'opération de reprise ne s'étire pas trop dans le temps et ne vienne à télescoper le début officiel de l'exécution du service.

**L'accompagnement par un facilitateur des clauses sociales.** Le donneur d'ordre pourra faire appel à un facilitateur des clauses sociales pour accomplir au mieux sa mission de contrôle de l'exécution de la clause de préservation de l'emploi. Ce facilitateur, intégré à la collectivité ou extérieur et donc conventionné sous forme d'un contrat de quasi-régie (*in house*) ou d'assistance à maîtrise d'ouvrage (AMO), sera d'autant plus légitime à intervenir à ce stade qu'il sera également mobilisé par la collectivité sur le volet de l'insertion par l'emploi portée par une clause sociale spécifiquement prévue. Les actions d'insertion et de préservation, formellement liées au sein d'une clause unique, devront en effet être correctement articulées par une formule de compensation afin d'être effectives l'une comme l'autre (cf. infra ? supra ?). Cette articulation, qui prend la forme d'une formule de compensation dans la clause, appelle un accompagnement et un contrôle qui entre dans les attributions d'un facilitateur. En outre, les missions qu'il remplit dans le cadre de l'insertion se rapprochent voire se confondent avec celles qu'il est susceptible d'assumer à l'égard du suivi de la reprise.

L'intervention du facilitateur ne dispense pas l'autorité contractuelle d'opérer le contrôle de l'action de reprise menée par l'attributaire, lequel peut mener au prononcé de pénalités dans l'hypothèse où il est constaté une inexécution totale ou partielle de

l'obligation contractuelle. Toutefois, le recueil et le traitement des informations utiles par le facilitateur ont le grand avantage de soulager le service compétent des nombreux échanges avec l'entreprise d'accueil que le suivi complet de l'exécution de la clause requiert. En outre, de par sa connaissance du milieu économique et social et des enjeux de l'insertion et de la continuité d'emploi, il saura être l'interlocuteur de l'entreprise entrante voire des salariés transférables. A ce titre, il sera également opportun pour l'autorité publique de l'associer lors de l'établissement du dispositif contractuel de reprise afin qu'il puisse délivrer conseils et orientations sur sa faisabilité (obstacles extra-juridiques envisageables, délais à prévoir, pièces à communiquer, etc.). La présence du facilitateur est ainsi recommandée lors des échanges préalables avec les parties intéressées à l'existence d'un dispositif contractuel de reprise.

*In fine*, le facilitateur pourra dresser un bilan quantitatif et qualitatif de la reprise en exposant les points forts du dispositif et en attirant l'attention de la collectivité sur les points de vigilance de son dispositif contractuel de reprise. Pour ce faire, il pourra être exigé de l'attributaire la transmission à l'issue d'un délai relativement court à compter de la notification de l'attribution du ou des lots de tous les éléments relatifs à son action de reprise: le volume de reprise effective, le volume de refus de transfert de contrats de travail exprimé par les salariés, les causes de refus, les mesures prises pour l'intégration des salariés repris (fonctions, modifications du contrat de travail, conditions salariales, etc.), les perspectives envisagées pour les salariés repris quant à la pérennisation de leur emploi.

L'intervention du facilitateur des clauses sociales conduit naturellement l'autorité contractuelle à préciser au sein de la clause sociale non seulement son identité, ses coordonnées mais aussi le contenu de sa mission de suivi de l'exécution pour le compte de la collectivité ainsi que les conséquences pour l'attributaire en cas de non-respect des obligations de communication des pièces justifiant la bonne exécution de la clause et des délais impartis (pénalités).

## En bref

- Quel que soit le régime juridique de reprise, la collectivité publique est tenue en vertu du principe d'égalité de traitement des candidats d'informer tous les candidats de la masse salariale à reprendre.
- L'information sur la masse salariale oblige l'autorité contractuelle à recueillir tôt les données complètes sur les salariés concernés par le transfert de contrat de travail.
- L'autorité contractuelle procède dès le commencement de la consultation, au sein du cahier des charges, à une information minimale sur la masse salariale de reprise (nombre de salariés, coût mensuel ou annuel en euros, par lot le cas échéant).
- Lors de la notification de l'attribution, l'autorité contractuelle délivre les données détaillées sur la masse salariale de reprise au nouvel attributaire.
- Un facilitateur des clauses sociales accompagne la collectivité dans ce processus d'information.
- L'attributaire informe le facilitateur et la collectivité de l'exécution de la clause de préservation de l'emploi.
- De manière générale, l'autorité contractuelle peut procéder à des échanges préalables avec le titulaire sortant et les personnes intéressées à la reprise en amont de la remise en concurrence.

## 2.2. L'articulation de l'action d'insertion avec le transfert de salariés

La reprise de personnel n'exclut pas définitivement que la collectivité publique prévoit une action d'insertion par l'emploi lors de la remise en concurrence d'un marché ou d'une concession. Elle constitue seulement un obstacle sur le plan juridique et pratique à l'exécution immédiate et complète de l'obligation contractuelle d'insertion mise à la charge du nouvel attributaire. L'articulation des deux actions sociales repose donc sur un principe indispensable de priorité d'exécution de la reprise sur l'insertion (2.2.1). Cette priorité doit être aménagée avec précision par l'autorité contractuelle sous la forme d'une formule de pondération de sorte que le titulaire ne soit pas définitivement empêché d'insérer, mais tienne compte du volume d'heures de travail des salariés effectivement transférés (2.2.2).

### 2.2.1. Une priorité indispensable de la reprise sur l'insertion

Le nouvel attributaire ainsi que la collectivité ne peuvent faire échec ni au transfert de personnel par l'effet de la loi, ni à celui porté par une convention ou un accord collectif. La priorité de la reprise sur l'insertion s'analyse alors en une obligation juridique pour l'autorité contractuelle. Elle se mue en une nécessité logique de faire primer la continuité d'emplois sur l'insertion lorsque la collectivité publique choisit d'agir opportunément par son contrat sur les deux volets de la durabilité sociale. Elle ne peut en faire l'économie sous peine de placer son cocontractant face à un sérieux dilemme entre embaucher un nouveau salarié ou transférer un ancien.

#### Une obligation juridique en cas de reprise légale ou conventionnelle

**La priorité de la reprise légale sur l'insertion.** La collectivité publique devra tenir compte dans son cahier des charges de l'existence d'un transfert légal de contrats de travail si elle souhaite s'orienter vers une action d'insertion par l'emploi. Cette dernière ne doit pas empêcher la réalisation du transfert, bien que celui-ci se réalise de plein droit entre les deux entreprises. La garantie légale de la continuité de l'emploi est donc prioritaire sur l'insertion conformément à son caractère d'ordre public.

La clause sociale relative à l'insertion devra rappeler cette articulation avec la législation sociale en précisant soit que l'insertion se réalise au prorata de la masse

salariale effectivement transférée par voie légale, soit que les deux actions sont indépendantes l'une de l'autre sans être exclusives, l'insertion s'établissant pour son compte d'heures au côté de la reprise.

**L'action d'insertion doit tenir compte de la reprise conventionnelle.** Tout comme le régime consacré à l'article L. 1224-1 du Code du travail, les accords collectifs s'imposent aux entreprises qui relèvent de leur champ ainsi qu'aux autorités publiques responsables des marchés et concessions. Le transfert conventionnel de salariés prime tout autant sur l'exécution des obligations d'insertion auxquelles l'entreprise attributaire est soumise en vertu d'une clause sociale insérée dans le cahier des charges. L'attributaire ne peut pas prendre prétexte du respect de ses obligations contractuelles pour se délivrer de son obligation conventionnelle d'intégrer les salariés de l'ancien titulaire ayant consenti au transfert de leur contrat de travail.

La négociation collective est en effet habilitée par la loi à déterminer les règles qui régissent le transfert des contrats de travail en cas de changement dans l'activité économique de l'entreprise. Ces règles s'imposent aux entreprises relevant de la convention ou de l'accord collectif en vertu de la législation sociale. Le respect de la clause sociale d'insertion ne doit donc pas conduire les entreprises qui y sont assujetties à écarter les règles conventionnelles établies. L'autorité contractuelle doit donc tenir compte dans son marché ou sa concession de la reprise conventionnelle si elle souhaite s'engager dans une action d'insertion par l'emploi. Dans le cas contraire, cela reviendrait à lui permettre indirectement de régir, par la simple voie contractuelle, le champ d'application des normes établies par les partenaires sociaux sur le fondement de la loi. Il est évident que les collectivités n'en n'ont pas la compétence, ni même l'intérêt.

#### Une nécessité logique dans l'hypothèse d'une clause de préservation de l'emploi

**Deux obligations de même nature contractuelle.** Dans cette hypothèse, l'action d'insertion et celle visant à préserver l'emploi sont portées chacune par une clause sociale d'exécution. Formellement, elles font l'objet d'une présentation commune au sein du CCAP. Chaque action met à la charge de l'attributaire des obligations de même nature contractuelle qui sont susceptibles en pratique de s'opposer lors de l'exécution.

Prévoir une clause d'insertion permet d'imposer aux entreprises soumissionnaires de s'engager à consacrer une part du marché, sous forme d'heures de travail, à la réalisation d'une action d'insertion professionnelle pour les publics éloignés de l'emploi. Toutefois, il est

fort possible que pour tout ou partie des emplois consacrés à l'insertion, la clause de continuité de l'emploi oblige l'entreprise à proposer également un transfert de contrats de travail aux salariés du précédent titulaire. Dans l'hypothèse où les salariés concernés par cette action de reprise consentent au transfert et à leur intégration dans les effectifs du nouveau titulaire, ce dernier ne pourra par conséquent pas honorer en tout ou partie son engagement contractuel d'embaucher des personnes éligibles au dispositif d'insertion. Concrètement, l'entreprise est confrontée à un dilemme : soit respecter son obligation d'insertion et fermer la porte à l'intégration des salariés repris, soit accomplir les démarches menant à la reprise de salariés conformément à la clause de préservation et s'exposer à ne plus pouvoir, par la suite, consacrer à l'insertion la part de marché pour laquelle il s'est engagé. Les deux branches de l'alternative peuvent conduire le donneur d'ordre à prononcer des pénalités à l'encontre de son cocontractant défaillant. En pratique donc les deux obligations se contredisent car elles sont placées cette fois sur un même plan contractuel.

**Deux droits de préférence à articuler.** Il faut dire que les deux clauses sociales se disputent le même terrain de l'achat socialement responsable. Les deux actions partagent la même philosophie de promotion d'un emploi durable. Le salarié repris bénéficie d'une quasi garantie de réemploi dans l'entreprise d'accueil tandis que la personne insérée se voit proposer un emploi. La nuance est fine entre les deux actions qui impliquent en définitive le même droit de préférence à être intégré dans les effectifs du nouvel attributaire du marché ou de la concession.

Il est dès lors nécessaire pour l'autorité contractuelle de définir un ordre de priorité dans l'exécution des deux clauses afin d'éviter qu'une action tende à exclure en totalité, sinon partiellement, l'autre. L'articulation optimale est commandée par les caractéristiques précises de chaque action.

Le transfert de salariés n'est pas certain d'aboutir intégralement dans la mesure où il est suspendu au consentement de chaque salarié sur la proposition de reprise émanant du nouvel attributaire. Au contraire, l'action d'insertion par l'emploi connaît un degré très élevé de certitude dans son accomplissement intégral. Le marché de l'emploi offre en principe à l'entreprise les profils recherchés au besoin en passant par une phase de formation.

Sur le plan temporel, la reprise des salariés est plus contrainte dans sa réalisation, le sort des salariés transférables étant suspendus à la transmission de la proposition de transfert. Le nouvel attributaire doit agir vite, dès la notification de l'attribution et selon un délai strict déterminé dans les documents

de consultation. Passé ce délai, l'insertion, quant à elle, peut s'établir sur un temps plus long qui dépasse celui du commencement d'exécution pour s'étendre pratiquement sur toute la durée de l'exécution. L'opération de reprise est donc nécessairement située dans un temps court et préalable à l'insertion qui s'épanouit dans une temporalité plus longue.

Au regard de ces éléments, il paraît évident que si la collectivité publique inscrit le renouvellement de son contrat dans une action de préservation de l'emploi, elle a tout intérêt à lui conférer une priorité d'exécution sur l'action d'insertion projetée. L'embauche de nouveaux personnels s'effectuera postérieurement à l'opération de reprise et sous réserve de son succès complet ou partiel dans les délais fixés et selon la masse salariale indiquée.

### 2.2.2. Les modalités de la priorité de la reprise sur l'insertion

Quel que soit le régime de reprise applicable, le transfert de salariés est ou doit être prioritaire sur l'exécution des obligations d'insertion auxquelles est soumis le nouvel attributaire. Afin de ne pas exclure systématiquement et totalement l'action d'insertion au profit de l'action de reprise de personnel, l'autorité contractuelle peut aménager la priorité de la seconde sur la première sous la forme d'une pondération. Cette formule doit être présentée avec précision au sein même de la clause d'insertion pour exclure toute ambiguïté ou contradiction dans l'exécution successives des deux opérations.

#### L'élaboration d'une formule de pondération de l'insertion par la reprise

**Le principe de l'articulation par la pondération.** L'autorité contractuelle peut calculer la part de masse salariale en heures de travail de l'action d'insertion, non pas sur l'ensemble du marché ou de la concession, comme c'est le cas habituellement, mais sur la partie non concernée par le transfert de personnel. Le volume d'heures d'insertion est alors pondéré par celui de la reprise effective.

Lorsque la reprise est une obligation en vertu de la loi ou d'un accord collectif, celle-ci peut ne pas se réaliser intégralement en raison de l'opposition exprimée du salarié au transfert de son contrat de travail. De même, dans l'hypothèse où une clause de préservation de l'emploi oblige le nouvel attributaire à proposer une reprise aux salariés identifiés, ceux-ci ont le droit de ne pas accepter les conditions de leur transfert contractuel et peuvent y faire échec. Dès lors, la formule de pondération des deux actions revient à

organiser précisément une compensation de la reprise par l'insertion. Concrètement, le salarié transférable qui n'a finalement pas été repris est substitué par l'embauche d'une personne entrant dans le champ défini par la clause d'insertion.

Le volume d'heures d'insertion peut être supérieur à celui escompté par la reprise. Dans ce cas, les candidats devront tenir compte de ce différentiel dans leurs offres. Pour la part commune aux deux actions, la masse salariale transférable constitue la référence à retenir dans les proportions indiquées par la collectivité dans le cahier des charges. Au-delà, la part supplémentaire du volume d'insertion s'ajoute à la part théorique de reprise. En revanche, si le volume d'heures d'insertion est inférieur à celui escompté de la reprise, la masse salariale transférable constitue la seule référence à prendre en compte pour la constitution de l'offre. Il n'est en effet pas exclu que l'intégralité des salariés transférables soient en définitive intégrés dans l'entreprise d'accueil.

**Les avantages d'une articulation par la pondération.** Cette formule a le mérite de la simplicité mais aussi celui de parvenir à concilier des objectifs contradictoires.

Premièrement, elle est respectueuse de la légalité en tenant compte de la priorité donnée à la reprise légale ou conventionnelle.

Deuxièmement, elle permet de ne pas exclure totalement l'action d'insertion dès lors qu'une reprise s'impose ou est envisagée. Insertion et préservation ne sont donc pas renvoyées dos à dos et ne doivent pas l'être compte tenu de la parenté de ces deux actions sociales. De cette manière, la collectivité concilie la pérennité des emplois avec l'objectif de lutte contre la précarité et le chômage de certains publics éloignés de l'emploi. Dans le contexte d'une prise en compte grandissante des considérations sociales par la commande publique, l'insertion est de loin la clause sociale par excellence. Cela ne doit pas conduire à rejeter systématiquement la reprise contractuelle sous le prétexte fallacieux qu'elles ne seraient pas compatibles. La possibilité de compenser par l'insertion le refus du salarié d'être transféré est loin d'être une hypothèse d'école. En pratique, les salariés concernés par une garantie de l'emploi ne souhaitent pas toujours en bénéficier même s'ils s'exposent à un licenciement économique.

Troisièmement, enfin, la pondération garantit l'égalité entre les candidats soumissionnaires qui ne pourront pas, pour les uns, tenir compte seulement de la reprise de la masse salariale transférable et, pour les autres, privilégier l'insertion de personnel au détriment de la reprise. Toutes les offres intégreront dans leur prix au moins la masse salariale de reprise, à laquelle ils

devront ajouter le reliquat du volume d'insertion dans l'hypothèse où ce dernier est supérieur au volume de reprise identifié. Encore faut-il qu'ils aient été pleinement informés des modalités de la prise en compte de la reprise de salariés de l'ancien titulaire dans le calcul du volume d'heures d'insertion restant. La présentation de la formule de pondération prend alors tout son sens dans le cadre d'une mise en concurrence loyale et transparente.

### La présentation de la formule de pondération au sein de la clause sociale d'insertion

Conformément à l'exigence générale de transparence et d'égalité de traitement des candidats, le dispositif permettant de moduler l'insertion par la reprise doit être présenté au sein même de la clause d'insertion. Des dispositions particulières en cas de reprise de tout ou partie du personnel doivent ainsi poser clairement le principe même de la pondération des deux actions puis s'attarder sur les modalités concrètes qu'implique cette pondération.

**Une exigence de transparence à ne pas négliger.** L'autorité contractuelle ne doit pas négliger de présenter avec précision les modalités selon lesquelles les deux clauses s'articulent. A défaut, elle s'expose au risque de contentieux précontractuel devant le juge administratif. L'arrêt *Commune de Dijon c. Société Carrard Services* rendu par le Conseil d'État (CE, 28 mai 2014, *Commune de Dijon c. Société Carrard Services*, n° 375941) illustre parfaitement le niveau d'information qu'exigent les principes de transparence et d'égalité de traitement dans l'hypothèse d'une action d'insertion modulée en fonction d'une opération de reprise. Il ne suffit pas à la collectivité publique d'annoncer dans le CCAP que l'exécution de l'obligation d'insertion s'effectuera par le titulaire en tenant compte du nombre de salariés repris. En l'espèce, la commune s'était contentée de détailler la mise en œuvre par l'attributaire de l'objectif d'insertion, en fonction notamment de l'obligation de reprise des personnels affectés au précédent marché stipulée par la convention collective applicable à ce secteur (l'annexe 7 à la convention collective propre). Il lui est reproché par le requérant, suivi par le juge, de ne pas avoir également explicité les modalités précises de cette prise en compte pour se conformer aux règles de publicité et de mise en concurrence. La raison d'une telle exigence se trouve dans le lien qui s'établit entre, d'une part, le critère de sélection des offres relatif à la performance en matière d'insertion et la condition d'exécution qui oblige le titulaire à procéder à l'insertion, et d'autre part, le volume d'heures d'insertion auquel s'engage les candidats et celui issu du transfert de salariés. Le Conseil d'État en déduit que, si « les stipulations [...] du CCAP [...] ne

[font pas] clairement apparaître comment s'appliqu[e] l'engagement de l'attributaire relatif au nombre d'heures d'insertion en cas de reprise des personnels du marché précédent », le critère de sélection des offres « relatif au nombre d'heures de travail réservées à l'insertion professionnelle de personnes en difficultés [est] entaché d'incertitudes constitutives d'un manquement [...] aux obligations de publicité et de mise en concurrence susceptible de léser la société requérante ».

En effet, comment l'acheteur public peut-il apprécier avec justesse la performance respective des offres quant à l'action d'insertion si le volume de celle-ci, auquel s'engage les candidats, demeure suspendu en partie au transfert préalable d'une masse salariale dont il n'est pas précisé dans quelle mesure les candidats doivent en tenir compte ? Par ce raisonnement en cascade, le défaut d'information sur les modalités de pondération des heures d'insertion par rapport au volume d'heures de travail des salariés repris a pour conséquence indirecte d'affecter la qualité du critère de sélection relatif à l'insertion. L'acheteur ou le concédant doit ainsi faire preuve d'une attention particulière sur ce point pour éviter le développement d'un contentieux précontractuel qui peut aboutir à l'annulation de la sélection des offres voire de l'intégralité de la procédure (cas dans l'arrêt précité).

**La présentation du principe d'une pondération de l'action d'insertion par l'action de reprise.** Pour parvenir à effectuer la pondération dans des conditions juridiques et rédactionnelles précises, la clause d'insertion doit indiquer explicitement que, pour le calcul du volume d'heures d'insertion, il est fait réserve de l'hypothèse où le titulaire intègre dans ses effectifs tout ou partie du personnel de l'entreprise sortante conformément, selon les cas, aux obligations légale ou conventionnelle ou à la clause de préservation de l'emploi présentée dans une disposition précédente du cahier des charges. Il est précisé que le nombre d'heures d'insertion à réaliser par le titulaire est pondéré de façon à prendre en compte le nombre d'heures de travail des salariés effectivement transférés selon une formule présentée *infra*. Il en résulte que le nombre d'heures de travail réalisées par les salariés repris n'est pas comptabilisé pour déterminer le nombre d'heures d'insertion à réaliser au minimum par le titulaire.

**La description précise de la formule de pondération.** Ensuite, dans un second temps, la formule de pondération doit être présentée et décrite avec précision pour exclure toute ambiguïté ou approximation. Dans son principe, la formule revient à multiplier par un facteur de pondération P le nombre d'heures d'insertion à réaliser sur l'ensemble du contrat ou par lot. Cela donne l'équation suivante :

$$P=1-\frac{S \times C \times N}{A}$$

P = Facteur de pondération

S = Nombre d'heures effectuées sur le lot ou l'ensemble du contrat avec les horaires habituels sur un mois par les salariés intégrés par la voie de la reprise.

C = Coût horaire moyen des salariés réintégrés

N = Durée maximale d'exécution du marché en mois (hors période de préparation)

A = Le montant HT de l'offre retenue du lot HT [du contrat]

Le facteur P est ensuite appliqué au nombre d'heures d'insertion attendues. Le calcul s'étend à chaque lot du marché en cas d'allotissement.

Ex. : (500 x P) heures d'insertion par année sur le lot n° X. [500 étant le nombre d'heures d'insertion à réaliser sur le lot n° X tel qu'exigé précédemment par la clause d'insertion].

**L'obligation d'information sur le volume d'insertion restant à réaliser après le transfert effectif du personnel.** Il est important de remarquer qu'un tel dispositif s'accomplit nécessairement selon deux étapes : d'abord la reprise, puis l'insertion. Les candidats soumis au transfert de personnels, n'ont pas, en principe, connaissance, à la date du dépôt de leur offre, du nombre d'heures de travail effectuées par les salariés transférables ou disposent seulement de données estimatives ou non définitives sur la masse salariale qui sera effectivement intégrée à leurs effectifs par la voie de la reprise. Dès lors, dans un premier temps, à l'issue de l'opération de reprise, le titulaire disposera du nombre d'heures de travail que réaliseront les salariés effectivement transférés, décompté par lot le cas échéant. Il sera alors capable, à ce stade, de déterminer précisément le volume d'heures d'insertion restant à réaliser. Le titulaire devra alors faire connaître au donneur d'ordres, ainsi qu'au facilitateur responsable du suivi des deux opérations, le nombre d'heures d'insertion qu'il s'engage, dans un second temps, à réaliser au minimum, au vu du résultat de l'application de la formule. Il joint à ces données les bases de calcul afin que l'autorité contractuelle et le facilitateur puissent procéder à la vérification de l'exactitude de l'engagement pris.

Il faut noter que si le facteur P est négatif, cela équivaut à attribuer au nouveau contrat moins d'heures que celles réalisées par les salariés transférables auquel cas la clause d'insertion ne peut être appliquée. Il est précisé enfin en deçà de quel volume d'heures la clause sociale d'insertion n'est pas applicable sur un lot.

## En bref

- Le transfert de salariés s'opère en priorité sur l'exécution de l'obligation d'insertion quel que soit son fondement juridique (C. trav., L.1224, convention ou accord collectif, clause contractuelle).
- Le volume d'heures d'insertion doit être pondéré par le volume d'heures effectués par les salariés effectivement transférés.
- La formule de pondération doit être présentée avec précision au sein de la clause sociale d'insertion.
- Une information adéquate de donneur d'ordre est organisée dans la clause d'insertion afin d'établir le volume d'heures d'insertion restant à réaliser après la reprise effective des salariés.

## 2.3. Anticiper la reprise de personnels au sein de la commande publique

L'autorité contractuelle ne peut pas se contenter de porter un regard distancié sur l'opération de reprise que provoque indirectement le renouvellement de son marché ou de sa concession. Elle doit être en mesure d'anticiper les effets et de parer les difficultés qu'est susceptible de produire un potentiel changement de titulaire sur les emplois attachés à la prestation objet du contrat. De la sorte, la collectivité publique s'inscrit dans l'orientation socialisante que la législation la plus récente et divers autres documents programmatiques nationaux et locaux impriment nettement à la commande publique. L'achat socialement responsable ne se résume donc pas à favoriser seulement l'insertion par l'activité économique de publics éloignés de l'emploi même si celle-ci demeure le paradigme essentiel des politiques publiques associant commande publique et emploi.

A cela s'ajoute, l'utilité immédiate qu'un service achat est susceptible de retirer d'une démarche plus pro-active à l'endroit de la reprise: identifier relativement tôt, en amont de la consultation, les situations contractuelles qui commandent d'agir pour recueillir auprès du titulaire sortant puis transmettre à tous les candidats les données précises sur la masse salariale à reprendre; prévoir et formaliser l'articulation de l'insertion projetée avec l'opération de reprise identifiée; soulever et résoudre les difficultés techniques et juridiques qu'une reprise peut générer; favoriser la compréhension et, par voie de conséquence, l'adhésion des acteurs économiques relativement aux dispositifs de transfert de salariés, lesquels ne sont pas toujours bien admis.

Ces intérêts politique, juridique et technique militent pour que les collectivités publiques aillent davantage au-devant des reprises de salariés. L'anticipation peut se déployer selon trois volets d'actions. En premier lieu, *a minima*, cela consiste à développer une méthodologie pour être en mesure d'identifier les situations contractuelles qui justifient une opération de reprise (2.3.1). En deuxième lieu, ensuite, la commande publique offre aux acheteurs publics des outils qui leurs permettent d'accompagner cette démarche proactive (2.3.2) pour la rendre plus aisée et parer certains blocages et incompréhensions tenaces de la part des entreprises, lesquels nuisent à l'épanouissement de la continuité de l'emploi au côté de l'action d'insertion. Enfin, en troisième lieu, relativement à la reprise de type contractuel, initiée par la collectivité publique, cette dernière peut décider de s'engager plus activement

dans une politique d'emploi durable au travers de sa commande publique en s'assignant des objectifs en la matière (2.3.3).

### 2.3.1. Identifier les situations contractuelles appelant une reprise de personnels

Les situations contractuelles dans lesquelles pourrait s'observer l'application du dispositif légal de garantie de l'emploi sont rarissimes. A tel point, que l'autorité contractuelle pourrait en négliger l'existence lors de la remise en concurrence du contrat.

A l'opposé, une reprise de salariés portée par une convention ou un accord collectif est devenue habituelle lors du renouvellement de certains contrats de la commande publique tant est si bien que sa détection ne pose généralement pas de grandes difficultés à la collectivité publique responsable de la passation du marché ou de la concession. Lors de la préparation de la consultation, elle doit cependant demeurer vigilante à l'égard de certaines subtilités qui grèvent le champ d'application des conventions et accords collectifs.

Le dispositif contractuel implique une démarche sensiblement différente de celle qui préside aux deux autres dispositifs de reprise. Parce qu'il est issu directement de la volonté de la collectivité publique de s'engager dans une action de préservation de l'emploi pour telle ou telle situation contractuelle, il nécessite de la part de celle-ci un effort supplémentaire d'identification afin qu'elle soit en mesure d'évaluer correctement et suffisamment tôt sa faisabilité.

L'anticipation se réalise a minima en direction des cas d'application d'une reprise légale ou conventionnelle dont la mise en œuvre n'appelle pas d'action particulière de la part de la collectivité. La démarche se veut cependant plus franchement proactive et systématique si la collectivité publique décide de s'engager dans une action de préservation de l'emploi et, plus généralement, dans une recherche de développement durable dans sa dimension sociale. Elle devra s'attacher à faire émerger puis à analyser les indicateurs qui signalent la faisabilité d'un dispositif contractuel de reprise.

## La rareté des situations contractuelles ouvrant droit au transfert légal du contrat de travail

**Des conditions strictes d'application inadaptées à la commande publique.** La raison principale, amplement présentée précédemment (*cf. supra*), se trouve essentiellement dans la condition exigée d'un transfert d'éléments corporels ou incorporels concomitant au changement de prestataire. Contrairement à la Cour de justice, les juridictions judiciaires refusent catégoriquement de voir cette condition établie par la seule main d'œuvre spécialement dédiée à l'activité transférée, même lorsque celle-ci révèle un savoir-faire ou des compétences particulières et utiles à la continuité de l'activité. De la sorte, le juge judiciaire maintient les limites du périmètre de la garantie légale au nom d'une conception économique volontiers plus libérale, mais aussi tente de contenir la pratique consistant à externaliser auprès du cessionnaire une activité moins rentable générant une problématique RH. On peut regretter que de tels motifs soient totalement étrangers à la commande publique, circonstance qui milite pour un assouplissement de la position judiciaire.

**Mise à disposition d'équipements et de locaux.** En revanche, il est admis que les moyens nécessaires à l'activité ne soient transmis d'une entreprise à une autre que de manière indirecte ou partielle. Il peut s'agir ainsi de la mise à disposition d'équipements, de locaux ou, plus généralement, de matériels particulièrement utiles à l'exécution de la prestation par la collectivité publique au nouvel attributaire du contrat. C'est précisément dans cet interstice laissé par la jurisprudence que peuvent se loger les rares cas d'application du régime légal au renouvellement d'un contrat de la commande publique.

La mise à disposition doit revêtir cependant certaines caractéristiques pour prétendre révéler le maintien d'une entité économique autonome (autonomie) poursuivant des objectifs propres (identité). Les éléments mis à disposition ne peuvent ainsi pas être mineurs ou artificiels. Quelques ordinateurs, du matériel de bureau ou des locaux sans aménagement particulier en rapport avec la prestation ne répondent vraisemblablement pas aux exigences de l'article L. 1224-1. Ces éléments doivent en outre faire l'objet d'un transfert du sortant vers l'entrant à l'occasion du changement d'attribution de la prestation. Autrement dit, la mise à disposition de matériel doit être prévue, réelle et suffisante dans le contrat initial faisant l'objet de la remise en concurrence et être poursuivie par la collectivité publique avec le nouvel attributaire.

## Des dispositifs conventionnels désormais habituels dans le périmètre de la commande publique

**Des dispositifs pensés pour l'hypothèse de la simple perte de marché (ou de concession).** La négociation collective s'empare dans les années 90 de la possibilité de régir le transfert de contrats de travail à l'occasion d'un changement de prestataire de service à partir du moment où la juridiction judiciaire exclut explicitement cette hypothèse du champ d'application de la garantie légale (cf. *supra*). Depuis cette époque, le mouvement s'est prolongé pour concerner divers secteurs économiques caractérisés par des changements réguliers de prestataires de services, sans transfert d'éléments corporels ou incorporels, mais impliquant essentiellement une main d'œuvre peu qualifiée. Les dispositifs conventionnels de reprise sont donc le plus souvent pensés en réaction à la rigueur de la jurisprudence judiciaire dans les conditions d'application du régime légal.

**Des dispositifs bien connus et appréciés des acheteurs publics.** Les différents dispositifs conventionnels se sont rapidement imposés dans le paysage de la commande publique de sorte que l'on relève un bon niveau de connaissance à leur égard de la part des acteurs publics et privés du secteur économique concerné. Les services responsables de la commande publique ont désormais l'habitude de voir respecter par les nouveaux attributaires les règles issues des conventions ou accords collectifs dans le domaine de la propreté, des déchets, du transport urbain ou encore des cantines scolaires.

La pratique de la reprise conventionnelle lors de renouvellement de marché ou concession est à ce point répandue qu'elle occupe tout l'espace de réflexion des acteurs économiques, tendant à être considérée comme le moyen le plus efficace de garantir la continuité de l'emploi au sein de la commande publique. Il faut dire que ces dispositifs ont le mérite d'une certaine visibilité et simplicité dans leur application. Fruit d'une négociation entre les partenaires sociaux du secteur, peu conditionnés et directement inspirés par le régime légal dans sa version antérieure à 1985 plus adaptée aux prestations de services, ils se révèlent d'une grande efficacité dans la poursuite de l'objectif de garantie d'emplois par l'introduction d'un droit de préférence et d'un droit au maintien en l'état du contrat de travail. Une reprise conventionnelle constitue également une solution appréciée par les acteurs publics qui peuvent, à juste titre, manifester une réticence à endosser les habits « d'administrateur du champ social », réservés en principe au législateur et à la négociation collective.

**Vigilance à l'égard de l'extension des conventions et accords collectifs.** La publication de l'arrêté ministériel d'extension peut ne pas encore être intervenue, mais être imminente. Dans ce cas, le cahier des charges pourra en tenir compte en envisageant l'application de l'accord en cours de procédure de passation si celui-ci est effectivement étendu. Il doit en être ainsi lorsqu'à défaut de garantie conventionnelle encore applicable, la collectivité s'est orientée vers l'insertion d'une clause de préservation de l'emploi comme mesure de compensation. Cette clause pourra alors préciser qu'elle est applicable sous réserve de l'application de l'accord collectif en attente d'extension. L'autorité contractuelle n'y est en revanche nullement tenue, sauf à ce que ledit accord soit d'application immédiate à compter de son extension. Dans ce dernier cas, la clause ne doit donc pas faire obstacle au respect des nouvelles obligations conventionnelles.

**Vigilance à l'égard du champ d'application territorial.** Les conventions et accords collectifs ne sont pas toujours applicables à l'intégralité du territoire national. Le 1<sup>er</sup> alinéa de l'article L. 2222-1 du Code du travail autorise les partenaires sociaux à réduire explicitement le champ territorial d'application des conventions et accords à une fraction de territoire déterminée par référence aux limites administratives des différentes collectivités territoriales, régions, départements, communes ou encore à une entreprise ou un simple établissement de celle-ci. En outre, l'exclusion des territoires ultra-marins, qui était la règle sous l'empire de la loi « PERBEN » du 24 juillet 1994 (art. 16 et 17), a été fort heureusement renversée par la loi « Travail » du 8 août 2016 au profit d'une application, « sauf stipulations contraires, en Guadeloupe, en Guyane, en Martinique, à Mayotte, à La Réunion, à Saint-Barthélemy, à Saint-Martin et à Saint-Pierre-et-Miquelon, dans un délai de six mois à compter de leur date d'entrée en vigueur » (C. trav., art. L. 2222-1, al. 3). Si le droit positif a évolué dans le sens d'une application de droit aux territoires ultra-marins, la lecture de la disposition précédente prouve néanmoins qu'il n'a pas remis en cause les clauses d'exclusion antérieures à la réforme qui demeurent dans certains textes conventionnels sans que cela soit encore pleinement justifié par des particularités professionnelles et économiques propres à **tous les outre-mer**.

Ainsi, la convention collective nationale du 21 décembre 1950 sur le transport routier exclut explicitement les départements d'outre-mer de son champ d'application spatial. Son article 1<sup>er</sup> précise in fine que « *le champ d'application géographique de la présente convention et des accords qui y sont annexés comprennent l'ensemble du territoire métropolitain* ». Plusieurs fois modifiée et amendée, cette convention collective comprend un

accord collectif relatif à la garantie de l'emploi dont le champ territorial est a fortiori strictement identique à celui de la convention à laquelle il est rattaché. Les récentes modifications de cet accord, intervenues en 2021, sont demeurées étrangement hermétiques à une application à l'ultra-périphérie française.

Pourtant, les partenaires sociaux ainsi que le ministre, lors de l'édition de l'arrêté d'extension, ne peuvent ignorer que la problématique de la reprise de salariés (chauffeurs, mécaniciens, personnel accompagnateur) se pose avec une vive intensité dans certains territoires ultra-marins. Le récent conflit social à La Réunion, provoqué par l'absence de reprise organisée au sein du marché public du transport scolaire du Territoire de la Côte Ouest (EPCI), en est une illustration flagrante. Près d'une centaine de chauffeurs auraient ainsi pu bénéficier d'un transfert de leur contrat de travail de leurs anciens employeurs vers les entreprises du groupement, nouveau titulaire du marché. L'extension du dispositif national de reprise à l'outre-mer aurait apporté une solution simple et opportune.

Les partenaires sociaux ultra-marins ne sont pas pour autant totalement démunis dans cette situation. Ils ont toujours la possibilité d'élaborer un accord collectif de branche localisé. L'article L. 2622-1 (al. 2) du Code du travail incite d'ailleurs à opter pour cette solution palliative dans l'hypothèse d'une non-application d'une convention ou d'un accord national à des territoires d'outre-mer en rappelant que « *des accords collectifs dont le champ d'application est limité à l'une de ces collectivités peuvent être conclus, le cas échéant en reprenant les stipulations de l'accord applicable à la métropole* ». C'est en ce sens qu'ont été approuvés deux accords collectifs relatifs à la reprise de salariés dans le secteur du transport scolaire, le premier à Mayotte en 2020, le second à La Réunion en 2021 (cf. *supra*).

**Vigilance à l'égard de la candidature d'entreprises ne relevant pas du dispositif conventionnel de reprise.** Une dernière difficulté peut surgir lors de la remise en concurrence d'une prestation entrant dans le champ d'application d'un dispositif conventionnel de reprise. Il s'agit de la candidature à la consultation d'entreprises non soumises audit dispositif de par leur activité principale déclarée lors de leur immatriculation (code APE). Coexistent alors deux catégories de candidats au sein de la mise en concurrence : d'une part, les entreprises soumises à l'obligation conventionnelle de reprise d'emplois et, d'autre part, une ou des entreprises qui y échappe(nt). Une entreprise peut parfaitement candidater à un marché ou une concession dont l'objet n'est pas le cœur principal de son activité, lequel détermine quelles seront les normes conventionnelles auxquelles l'entreprise sera soumise. Or, il n'est pas exclu alors que ces normes diffèrent de celles applicables à la prestation objet du marché ou de la concession pour lequel elle se porte

candidate. Loin d'être une hypothèse d'école, elle s'observe implicitement dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Société TEP* rendu par le Conseil d'État en 2011. Il y est précisé que les premiers juges n'ont pas commis d'erreur de droit « *en regardant comme inopérantes les circonstances que [...] l'origine de l'obligation serait conventionnelle, dès lors que cette obligation s'imposait à une partie au moins des candidats* ». Autrement dit, et selon une lecture a contrario, certaines entreprises candidates n'étaient pas soumises, dans cette affaire, à l'obligation conventionnelle de reprise tandis que d'autres devaient s'y conformer. La collectivité tirait de cette disparité de régime conventionnel un motif supplémentaire pour ne pas être soumise à l'obligation d'information sur la masse salariale à reprendre. On sait, d'après cet arrêt, que cette circonstance particulière n'a aucune incidence sur l'étendue de cette obligation. En revanche, elle peut s'avérer déterminante dans le jeu concurrentiel et affecter la sélection de l'attributaire. En effet, l'entreprise qui échappe à l'obligation conventionnelle de reprise peut être en mesure de proposer un prix plus avantageux que celui de ses concurrents contraints d'intégrer dans leurs offres une masse salariale de reprise qui se présente généralement plus onéreuse qu'une primo-insertion.

Cette inégalité circonstancielle, indépendante de la volonté de la collectivité, ne peut pas être utilement compensée par celle-ci. A la marge, elle peut doubler l'obligation conventionnelle par une clause de préservation de l'emploi limitée dans son champ d'action aux entreprises qui ne relèvent pas de la garantie d'emploi. Mais, la manœuvre, qui se veut compensatoire, ne rétablira qu'imparfaitement l'égalité entre les candidats, la clause n'interdisant pas la modification du contrat de travail lors de la proposition de transfert à la grande différence des régimes conventionnels qui cristallisent les conditions salariales essentielles. L'entreprise, qui n'est pas soumise à l'obligation conventionnelle, devra cependant s'engager à proposer une reprise aux salariés identifiés, tout comme ses concurrents au titre de l'accord collectif.

Une autre solution pourrait consister à mobiliser la négociation collective sur cette difficulté. Le champ des activités économiques concernées par la reprise conventionnelle peut être conçu de telle sorte qu'il intègre des activités connexes restant en lien étroit avec le secteur économique principalement concerné.

Ainsi, par exemple, l'accord de branche régional sur la continuité de l'emploi dans le transport scolaire à La Réunion, signé fin 2021, ne se limite pas seulement à régir l'activité de transport scolaire elle-même et les entreprises relevant de celle-ci à titre principal. Il étend son champ d'application à des prestations réalisées, précise-t-il, « *directement et entièrement associée au*

fonctionnement du transport scolaire de La Réunion» (art. 1 de l'accord, sic), ces dernières restant à définir. C'est dire qu'une entreprise dont l'activité principale se situe hors du transport urbain de personnes sera également soumise à l'obligation conventionnelle de reprise, pourvu que son activité soit suffisamment en lien avec le transport scolaire. On pense, par exemple, à l'activité d'accueil et d'accompagnement dans les transports des jeunes enfants ou de personnes porteuses de handicaps qui se trouve aujourd'hui rattachée à l'activité principale de transport scolaire.

Dans l'attente de l'extension prochaine de cet accord, il est recommandé aux collectivités qui sont confrontées à cette difficulté quant à leur marché de transport scolaire, d'opter pour la voie contractuelle de la clause de préservation de l'emploi en réservant le cas où ledit accord serait étendu par arrêté et ainsi pleinement applicable à l'ensemble des entreprises concernées par ce secteur d'activité.

### L'appréciation de la faisabilité du dispositif contractuel de préservation de l'emploi

Les objectifs de développement durable qui sont désormais assignés par la législation à la commande publique impliquent que la collectivité publique inscrive son action contractuelle dans une démarche réellement proactive. Sur le versant de l'emploi durable, cela peut consister à aller plus régulièrement et selon une méthodologie éprouvée au-devant de la reprise sans attendre que le titulaire sortant se manifeste ou que des difficultés viennent à apparaître une fois que l'attribution du ou des lots est notifiée à une entreprise concurrente et que la perte du marché ou de la concession est désormais consommée. De la sorte, la collectivité évite de s'exposer au reproche d'un manque de diligence, d'initiative ou d'ambition sur le terrain de l'emploi, voire d'être taxée de participer indirectement à une forme de dumping social consistant à laisser libre cours au jeu de la concurrence entre les entreprises quant au coût de la masse salariale dans le coût global de la prestation. Elle se met également en situation de pouvoir concilier relativement tôt par rapport à la remise en concurrence les intérêts contradictoires que suppose l'action de préservation de l'emploi.

Fort de ses premières expériences, cette démarche d'anticipation, d'abord ponctuelle, pourrait être davantage systématisée en étant à moyen terme inscrite au côté de l'action d'insertion dans un schéma de promotion de l'achat socialement et écologiquement responsable (SPASER).

**L'établissement d'une présomption au regard d'un faisceau d'indices.** Il n'existe pas un critère décisif qui permette à la collectivité publique d'identifier la

situation contractuelle relevant avec un certain degré de certitude de la politique de préservation de l'emploi durable. Hormis sans doute l'objet de la prestation qui oriente à titre principal l'analyse vers les activités de services, il est nécessaire de recourir à un ou plusieurs indices supplémentaires pour parvenir à poser ce qui ne sera à ce stade qu'une présomption simple d'applicabilité du dispositif contractuel.

Ces indices mettent en lumière la manière d'appréhender l'utilité de la reprise contractuelle. Elle peut être pensée comme une mesure ponctuelle de compensation, voire une solution d'attente, faute de trouver mieux par la loi ou par la négociation collective. A l'opposé, elle est susceptible de constituer une solution durable pour certains secteurs, indépendamment de considérations liées à l'importance et à la qualification de la main d'œuvre.

Les facteurs déclencheurs de la reprise contractuelle signalent en définitive sa grande plasticité. Elle s'adapte à des secteurs économiques variés, essentiellement centrés sur les activités de service y compris de service public. Elle peut concerner une unique salarié(e) comme une masse importante de main d'œuvre ne bénéficiant pas d'une garantie d'emploi d'origine légale ou conventionnelle. Une limite cependant lui est assignée : la collectivité ne peut en aucun cas procéder à une identification sélective des emplois qu'elle souhaiterait voir pérenniser lors du renouvellement de son marché ou de sa concession.

**L'objet du marché ou de la concession.** En principe, tous les marchés publics et toutes les concessions ont vocation à intégrer des aspects sociaux relatifs à l'emploi durable. Toutefois, parmi ces contrats, certains peuvent par leur objet s'éloigner des considérations liées à la continuité de l'emploi.

C'est le cas des **marchés de fourniture** qui sont par définition sans objet. Soit la fourniture est le résultat d'un besoin ponctuel et borné dans le temps de la collectivité, auquel cas il n'y aura pas de renouvellement de la prestation une fois celle-ci exécutée en totalité ; soit la fourniture est courante et sera susceptible d'être l'objet d'une remise en concurrence. Toutefois, dans cette hypothèse, encore faut-il qu'une main d'œuvre soit spécialement dédiée au seul périmètre d'activité du marché pour que la problématique de la continuité des emplois se révèle. Cela paraît peu probable.

**Les marchés de travaux**, sans être par nature réfractaires à la problématique de la reprise des salariés, demeurent généralement étrangers à celle-ci. Ils répondent à un besoin spécifique et ponctuel de la collectivité publique portant sur un ouvrage ou des travaux déterminés. Ils ont vocation à s'inscrire dans un contexte particulier, limité dans leur objet et leur durée. La continuation d'une prestation de travaux

dans le temps par deux opérateurs successifs différents est, en effet, une hypothèse peu répandue.

L'hypothèse d'une résiliation du marché de travaux au tort de l'entreprise suivie d'une remise en concurrence immédiate par la collectivité pourrait justifier que celle-ci s'interroge sur la nécessité de promouvoir la continuité de certains emplois attachés à la prestation de travaux, notamment ceux issus d'une démarche initiale d'insertion. Ces emplois sont en effet pérennes au regard des besoins en travaux exprimés par la collectivité et non encore totalement épuisés. En outre, il serait peu pertinent sur un plan financier et opérationnel de relancer une action d'insertion lors de la remise en concurrence alors que les personnes compétentes ont d'ores et déjà été embauchées lors du marché initial résilié. La clause de préservation pourrait ainsi habilement accompagner cette situation délicate pour les salariés attachés à l'activité de travaux.

**Les marchés de services et les concessions de services**, essentiellement celle de gestion déléguée de service public, sont les contrats pour lesquels la problématique de la continuité des emplois pourra se poser le plus souvent dès lors que l'exécution de la prestation de service implique une main d'œuvre et la permanence du besoin en service au-delà du terme du contrat initial. On pense notamment aux activités de maintenance et d'entretien, de manutention ou d'entretien d'espaces verts. Les services sociaux et autres services spécifiques mentionnés aux articles L. 2113-15 et R. 2123-1 et dont la liste est annexée au Code de la commande publique (avis relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques, *JORF* n° 0077 du 31 mars 2019 - texte n° 83 / Annexe 3 du code de la commande publique) constituent sans doute la principale cible de l'action sociale de préservation de l'emploi.

La jurisprudence judiciaire offre peu d'indications sur les activités propices à l'obligation contractuelle de reprise. Les juridictions sociales ont pu considérer qu'un pouvoir adjudicateur pouvait insérer une clause de reprise de personnel dans le cahier des charges d'une concession funéraire (Cass. soc., 22 mars 1995, n° 93-44158 : « *Mais attendu que la cour d'appel a relevé que l'article 20 du cahier des charges signé par le nouveau concessionnaire l'obligeait à reprendre le personnel ; que, par ce seul motif duquel il résulte que le nouveau concessionnaire avait accepté de faire une application volontaire de l'article L. 122-12 du Code du travail, la cour d'appel a légalement justifié sa décision* »). Cette position a été confirmée dans un arrêt sur renvoi plus récent (CA Amiens, 3 mars 2011, n° 09-01786).

Du côté de la juridiction administrative, on cite généralement l'arrêt *Commune de Saint-Paul* (CE, 1<sup>er</sup> juillet 2005, *Commune de Saint-Paul*, n° 269342)

dans lequel une société privée, attributaire d'un marché d'enlèvement d'ordures ménagères, avait été condamnée par la collectivité contractante à verser des pénalités pour ne pas avoir repris vingt-quatre agents du personnel communal affectés à l'activité. Il lui était reproché d'avoir refusé d'exécuter la clause insérée dans le CCAP du marché lui imposant la reprise. Or, en l'espèce, il se trouve qu'« *aucun agent communal [n'avait] accepté de conclure un contrat de travail avec cette société* » et qu'elle avait « *fait aux agents de la Commune de Saint-Paul à plusieurs reprises des offres d'embauche dont le contenu correspondait aux conditions de rémunération et de reprise d'ancienneté offertes par le marché du travail local* ». Le Conseil d'Etat en a conclu que la société n'avait pas commis de faute contractuelle en n'embauchant aucun agent communal. Au-delà de confirmer qu'il est loisible à une collectivité publique d'imposer une obligation contractuelle de reprise, la Haute juridiction met en lumière que celle-ci n'est pas équivalente à une reprise légale de plein droit. La collectivité ne peut en effet reprocher à son cocontractant de ne pas avoir repris les salariés alors que ces derniers avaient refusé d'être transférés. Autrement dit, la clause ne pouvait pas consister à imposer un transfert des contrats de travail sans qu'ait été obtenu préalablement le consentement des salariés concernés.

**Compenser l'inapplicabilité totale ou partielle du dispositif légal ou conventionnel.** Le recours à la clause de préservation de l'emploi peut pallier la non-application d'un régime conventionnel voire de la garantie légale.

Cette inapplication peut d'abord être circonstancielle.

La garantie légale étant strictement conditionnée au transfert concomitant d'éléments corporels ou incorporels, son application repose généralement en matière de commande publique sur le choix initial de la collectivité publique de mettre ou non à disposition des équipements, des locaux et, plus généralement, des moyens matériels nécessaires à la réalisation de la prestation. L'existence d'un personnel spécialement formé, et parfois issu de l'insertion, ainsi que des considérations liées à la qualité et à la continuité du service rendu sont sans effet sur la mise en œuvre de la garantie légale. Dès lors, pour des prestations de services strictement identiques, de même périmètre, telles que par exemple deux activités de crèche externalisées par marché par deux communes, on observera une grande disparité dans la continuité d'emplois. Dans cette situation, l'introduction d'une clause de préservation de l'emploi peut offrir une solution plus satisfaisante sur le plan social.

La circonstance que les départements et régions d'outre-mer sont exclus du champ de la convention collective nationale sur le transport urbain et

interurbain a pour conséquence fâcheuse de faire obstacle à la mise en œuvre de l'obligation de reprise par les entreprises de ce secteur économique agissant sur ces territoires. Il en résulte une situation d'iniquité flagrante entre les salariés d'outre-mer et ceux de l'hexagone devenue aujourd'hui incompréhensible et source de tensions sociales avec les collectivités territoriales lors du renouvellement de leurs marchés publics (ex. : renouvellement du marché de transport scolaire de TCO, EPCI situé dans l'ouest de La Réunion). Ces derniers peuvent intégrer un dispositif contractuel de reprise comme un moyen relativement simple et efficace pour la personne publique de rétablir une certaine égalité entre les territoires, les entreprises du secteur et les salariés. Ainsi, tous les candidats s'engagent à proposer pour chaque lot du marché un transfert de contrats de travail aux salariés qui auraient bénéficié de la garantie conventionnelle si elle n'avait pas été ainsi limitée à l'hexagone. L'expérience a été concluante pour la CINOR (EPCI situé dans le nord de La Réunion) s'agissant du marché de transport scolaire de la ville de Sainte-Suzanne et pourrait être étendue à d'autres collectivités réunionnaises exposées à l'avenir à la même difficulté.

Une autre hypothèse peut justifier la mise en place d'un dispositif contractuel de reprise. Cette fois, une garantie conventionnelle d'emplois s'applique mais à une partie seulement du personnel attaché à la prestation objet du marché ou de la concession. Le titulaire sortant peut alerter la collectivité qu'en cas de perte de la prestation, il sera contraint d'ouvrir un plan de licenciement économique pour des salariés qui échappent au champ de la convention collective applicable. La clause de préservation de l'emploi peut alors opportunément résoudre cette difficulté. Les salariés attachés à la prestation bénéficieront alors pour une part de la garantie conventionnelle et pour une autre part du droit de préférence qui leur est reconnu par l'obligation contractuelle imposée au futur attributaire de proposer à ceux-ci une reprise. De ce point de vue, le dispositif contractuel vient prolonger le régime conventionnel de reprise. Cette situation s'observe dans des secteurs économiques tels que la propreté, le déchet ou le gardiennage. Dans ces secteurs, les accords collectifs offrent bien une garantie d'emploi en cas de perte de marché. Toutefois, leur champ personnel d'application peut ne pas intégrer certains salariés pourtant impliqués directement dans la réalisation de la prestation.

**L'importance quantitative de la main d'œuvre, une circonstance secondaire.** L'importance de la masse salariale à reprendre importe peu dans l'évaluation de la pertinence de la mise en place d'un dispositif contractuel. Il serait d'ailleurs peu opportun de limiter son recours aux seules prestations mobilisant un volume de main d'œuvre conséquent. La pratique du secteur privé montre que le plus souvent les transferts

volontaires de contrats de travail entre entreprises concernent un nombre réduit de salariés voire un seul. Le secteur de la commande publique ne présente pas de particularités telles qu'il serait justifié de s'éloigner de ce standard.

En outre, un tel critère quantitatif est impraticable. La collectivité publique, étrangère à la vie interne de l'entreprise sortante, n'est pas en mesure d'apprécier *a priori* la masse salariale susceptible d'être concernée par son dispositif contractuel. Même en disposant de données globales fournies par son cocontractant à l'approche du terme du contrat, elle ne peut apprécier l'ampleur exacte que revêtira la reprise. Cette dernière dépend dans une large mesure de la situation économique du titulaire sortant, de l'impact de la perte du marché et de sa stratégie RH pour l'avenir. Il peut, par exemple, souhaiter maintenir son niveau de compétence et de qualité pour de futures prestations qui s'annoncent ou être en mesure de réaffecter une part des salariés. Le renouvellement d'un marché caractérisé par une importante main d'œuvre pourra ainsi ne générer que quelques transferts voire aucun.

**Procéder par analogie.** L'identification par analogie des situations contractuelles propices à une reprise contractuelle volontaire constitue une méthode habituelle et éprouvée.

En premier lieu, la collectivité peut se contenter de reconduire le dispositif contractuel de reprise déjà éprouvé par le passé pour un ou plusieurs de ses contrats publics similaires et qui a été jugé satisfaisant. Moyennant de menues adaptations d'un modèle de clause de préservation, l'expérience pourra ainsi être sans grande difficulté réitérée. Un Epci peut, par exemple, voir se succéder dans un temps court plusieurs renouvellements de marchés de même nature et objet pour chacune des collectivités qui le composent et y intégrer systématiquement une clause de préservation de l'emploi.

En second lieu, l'analogie peut être davantage matérielle. Certains secteurs économiques pour lesquels s'applique habituellement un dispositif de nature conventionnelle pourraient être susceptibles d'offrir une référence pour des activités proches ou similaires. L'entretien des espaces verts pourrait, par exemple, être rapproché des prestations de propreté soumises au transfert conventionnel de personnel en cas de perte de marché. De même, les secteurs du transport ou du déchet, qui mobilisent une main d'œuvre peu qualifiée et en nombre important, ouvrent des perspectives en termes de reprise pour des activités de manutention dans les ports maritimes.

**L'impossibilité pour la collectivité publique de sélectionner les emplois à reprendre.** Au-delà de l'identification des situations contractuelles

susceptibles d'être éligibles au dispositif contractuel, la collectivité publique pourrait être tentée de suivre une démarche plus ciblée consistant à identifier les emplois à pérenniser lors d'un changement de prestataire. Le salarié précédemment inséré ou celui dont les compétences en font un « emploi charnière » pour la qualité de la prestation de services bénéficierait du droit de préférence au maintien de son contrat de travail. Séduisante en apparence, une telle démarche n'est cependant pas pertinente et doit être absolument évitée parce qu'elle repose sur une sélection préalable des salariés transférables qui n'appartient pas à la collectivité et qui l'expose à un risque de contentieux. En effet, c'est à l'entreprise sortante d'identifier les emplois qui sont exposés au risque de licenciement économique et qui, de ce fait, pourraient bénéficier d'une reprise. La collectivité s'immiscerait bien trop dans la gestion interne de l'entreprise et sa politique RH, si elle entreprenait d'agir en ce sens. En outre, les salariés transférables mais non sélectionnés pourraient agir contre leur employeur voire la collectivité au motif que la clause de préservation ainsi calibrée a eu pour conséquence de les exposer au licenciement économique alors qu'il avait la possibilité de se voir proposé un transfert de leur contrat de travail par le nouvel attributaire. Preuve s'il en est que ce risque est bien réel, on dénombre plusieurs affaires traitées par les juridictions judiciaires dans lesquelles un salarié licencié obtient réparation du préjudice consistant à avoir été exclu d'un dispositif de reprise du fait du manque de diligence de l'employeur initial. *A fortiori*, écarter certains salariés du bénéfice du dispositif contractuel de reprise exposerait en pratique l'employeur aux mêmes conséquences. Au-delà, des aspects juridiques, il serait sans doute contre-productif pour une collectivité de se voir reprocher par des salariés mécontents voire leur représentation syndicale d'avoir effectué une distinction dans les emplois reposant sur une prétendue analyse objective des besoins du service ou des intérêts publics.

### 2.3.2. Accompagner le processus de reprise de salariés

Le transfert de salariés qu'occasionne indirectement le renouvellement d'un marché ou d'une concession souffre d'un maux essentiel : le déficit d'information. Ce dernier s'établit selon deux dimensions. La première renvoie une nouvelle fois à la position extérieure, et a fortiori inconfortable, que tient forcément l'autorité contractuelle vis-à-vis de l'opération de reprise et des salariés susceptibles d'être concernés. Elle doit pour chaque reprise se mettre en mesure d'obtenir à temps des données fiables du titulaire sortant afin d'apprécier la faisabilité d'une reprise mais également de se conformer à l'obligation de transparence quant à la masse salariale de reprise lors de la consultation. La seconde dimension permet d'appréhender le phénomène de reprise dans sa globalité. On constate alors que l'information sur les dispositifs de reprises existants et leurs différentes spécificités et enjeux sont encore trop réduite autant du côté des acheteurs publics que de celui des entreprises. Cela génère des doutes, des incompréhensions et des postures tenaces de rejet à l'égard de ce processus qui bouscule la liberté contractuelle, l'autonomie de gestion des entreprises et la neutralité sociale des services achats.

À l'égard de ce maux bi-dimensionnel, la commande publique n'est pas démunie. Des outils peuvent être mobilisés pour réduire le déficit d'information sur la reprise de salariés. Cela passe notamment par l'insertion d'une clause d'anticipation d'une reprise et l'établissement d'échanges préalables à la consultation. De même, les fonctions nouvelles et prometteuses de facilitateur des clauses sociales constitue une perspective intéressante d'accompagnement des collectivités publiques dans le processus de reprise.

#### Insérer une clause d'anticipation d'une reprise de salariés dans le contrat initial

**L'objet de la clause d'anticipation.** L'anticipation d'une reprise de salariés peut consister à obtenir de la part du titulaire sortant, en amont de la remise en concurrence de la prestation, les informations pertinentes permettant à la collectivité publique de s'assurer de sa faisabilité. Une clause pourrait être insérée en ce sens dans le contrat initial pour obliger le cocontractant à communiquer au service achat de la collectivité diverses informations sur la reprise à venir et des données précises sur la masse salariale susceptible d'être sujette à un transfert de contrat de travail dans l'hypothèse d'une perte de la prestation à l'issue de la consultation. L'obligation serait activée par le donneur d'ordres quelques mois avant le terme de du contrat.

Pour garantir son effet utile, la clause doit exiger que cette communication intervienne suffisamment tôt à un moment où le service achat entame sa phase de préparation de la future consultation (entre 6 à 5 mois avant le terme du contrat). Il conviendrait également de mentionner au sein de la clause la possibilité que la délivrance de l'information se réalise sur sollicitation expresse du donneur d'ordres et selon un délai relativement court, mais raisonnable pour l'entreprise, allant de 15 jours à un mois à compter de celle-ci.

C'est dire qu'une telle clause implique un suivi et un contrôle par le service achat de la collectivité publique afin de garantir sa parfaite exécution, laquelle peut donner lieu au prononcer de pénalités en cas de retard d'exécution ou d'inexécution totale ou partielle de l'obligation contractuelle d'information préalable.

Généralisation de la clause ou insertion ponctuelle ? La clause d'anticipation ne dispense pas l'autorité contractuelle d'effectuer l'identification préalable des reprises qui sont susceptibles de se présenter dans le périmètre de sa commande publique. La démarche est en effet nécessaire pour révéler les situations contractuelles qui justifient une primo insertion d'une telle clause, sauf à procéder à celle-ci de manière systématique et généralisée, comme par exemple pour toutes les conventions de prestation de service à venir. De la sorte, plusieurs clauses n'auront pas vraiment d'intérêt compte tenu de l'objet et des caractéristiques principales de la convention. Est-il alors pertinent d'insérer à l'aveugle une clause qui oblige le cocontractant à l'égard d'une situation de reprise qui ne le concernera pas, voire ne se présentera jamais lors du renouvellement de ce type de contrat ?

Une autre démarche consisterait à insérer la clause progressivement, chaque fois qu'un renouvellement de marché ou de concession donne effectivement lieu à un transfert de salariés qu'il soit légal, conventionnel ou contractuel.

En outre, il convient de remarquer qu'il pourrait être fait l'économie de ce dispositif contractuel pour les convention de délégation de service public, l'autorité délégante étant en mesure alors de s'appuyer sur le contenu du rapport d'information obligatoirement émis par le délégataire en fin de contrat pour apprécier si une reprise de salarié est envisageable. Forte de ces premières informations, l'autorité publique pourra engager des échanges avec son cocontractant en le sollicitant notamment sur l'existence ou non de salariés transférables en cas de non-renouvellement de la concession de service public. Toutefois, cette obligation légale n'interdit pas l'insertion dans les convention de gestion déléguée d'une clause spécifiquement dédiée à l'information sur la future reprise.

Quoi qu'il en soit, l'insertion d'une clause d'anticipation implique de la part de la collectivité publique qu'elle souhaite inscrire son action en matière de continuité de l'emploi sur le long terme puisque par cette stipulation contractuelle elle entend marquer son intention de ne pas demeurer étrangère à cette problématique lors de la remise en concurrence qui aura lieu pourtant plusieurs années plus tard. Compte tenu de la durée moyenne des contrats de la commande publique, la clause d'anticipation jette un pont entre deux situations contractuelles parfois sur plus d'une décennie. Cette donnée temporelle n'est pas à négliger au moment d'établir le dispositif contractuel qui accompagnera les futures reprises. La volonté politique peut évoluer sur la nécessité de préserver la durabilité de l'emploi par la commande publique au côté de l'insertion professionnelle. De même, le contexte juridique, économique et social, dans lequel s'insère le contrat public, n'est pas exempt de variations.

Enfin, il faut insister sur le fait que, si cette clause contribue à afficher l'intention de la collectivité publique de se soucier davantage à l'avenir de la continuité de l'emploi, elle ne lie cependant pas celle-ci quant à la mise en place d'une clause de préservation de l'emploi, cette dernière demeurant le fruit d'un irréductible pouvoir discrétionnaire de ladite collectivité.

**Anticiper les difficultés liées à la communication des données essentielles sur la masse salariale.** Le premier avantage qui s'attache à cette action anticipatrice est de permettre assez tôt à l'autorité contractuelle d'obtenir les données sur la masse salariales qui sera concernée par la reprise. De la sorte, elle réduit le risque de se voir reprocher plus tard son manque de diligence à recueillir auprès du titulaire sortant puis transmettre à tous les candidats à la consultation les données sur la masse salariale à reprendre, que le juge administratif ne manque pas de qualifier de données essentielles dans la constitution des offres des concurrents.

Il s'agit de la finalité principale de la clause lorsque le transfert de salariés s'établit sur le fondement de l'article L. 1224-1 du Code du travail ou d'un accord collectif applicable. La clause réduit, dans ce cas, le risque de voir l'opération de reprise échouer en raison de la mauvaise volonté du titulaire sortant à communiquer à temps les informations utiles à celle-ci. Les collectivités déplorent parfois l'attitude récalcitrante ou, du moins, le manque de diligence de certains cocontractants lorsqu'il s'agit de communiquer à toutes les entreprises par son truchement les éléments relatifs à la masse salariale à reprendre. Cette attitude s'observe notamment lorsqu'une reprise de salariés s'impose en vertu d'un accord collectif auquel l'entreprise sortante est pourtant assujettie. Pour justifier leur refus ou leur manque d'entraîn à

communiquer ces données, les entreprises invoquent, à tort, le secret des affaires ou le risque de distorsion de la concurrence en leur défaveur. Dans d'autres cas, il arrive que le titulaire sortant souhaite garder la maîtrise de l'opération de reprise en sélectionnant les salariés dont il souhaite se défaire. Le refus de communication, exprimée à l'encontre de l'autorité publique, revient à vouloir exclure celle-ci du cadre de la reprise dont il est jugé, toujours à tort, qu'elle doit y demeurer étrangère. Dans ce dernier cas, la demande d'information sur la masse salariale est analysée en une intrusion illégitime des pouvoirs publics voire comme une tentative de porter le regard sur la gestion interne de l'entreprise sortante.

En définitive, ces différents arguments, d'inégale importance, témoignent tous de l'ignorance ou de l'incompréhension dans laquelle peuvent se trouver parfois certaines entreprises à l'égard du transfert de salariés et des obligations juridiques qui en découlent. De ce point de vue, une clause faisant obligation de communiquer les informations utiles à une reprise peut être l'occasion pour la collectivité, lors de la sollicitation des dites informations, de rappeler à son cocontractant les exigences juridiques qui président au transfert de contrats de travail lors du renouvellement d'un marché ou d'une concession.

La collectivité publique a tout intérêt par cette clause, accompagnée par une démarche pédagogique, à se prémunir des retards, refus ou toutes autres difficultés qui sont susceptibles d'apparaître dans la phase préparatoire à la reprise légale ou conventionnelle dans la mesure où ceux-ci sont susceptibles de rejaillir sur la légalité de la mise en concurrence. En effet, il convient de rappeler que la collectivité se trouve alors exposée à un risque sérieux de développement d'un contentieux précontractuel initié devant le juge administratif des référés par un candidat s'estimant lésé par la rupture d'égalité qu'est susceptible d'entraîner une information partielle ou erronée des candidats. Pire, le titulaire sortant, une fois le marché perdu au profit d'un concurrent qui n'a pas eu à tenir compte dans son offre de prix de la masse salariale de reprise, est en mesure de former ce même reproche à l'encontre de l'autorité contractuelle alors même qu'il est initialement à l'origine de cette situation d'iniquité. La position de la juridiction administrative peut curieusement conduire, en l'état actuel, à cette extrémité qui confine à l'absurde. L'avenir nous dira si la juge saura dans cette hypothèse être sensible aux exigences de loyauté du cocontractant devenu candidat évincé et déçu à l'issue de la consultation.

En définitive, les risques contentieux liés à l'information sur la masse salariale obligent l'autorité publique à s'efforcer de garder la maîtrise de celle-ci tant sur le

plan qualitatif que temporel. La clause d'anticipation pourrait y contribuer si sa pratique se développe à l'avenir.

**Anticiper la reprise contractuelle par des échanges préalables avec le titulaire sortant.** Lorsque la reprise est initiée par la voie contractuelle, la clause d'anticipation est un bon moyen d'accompagner la collectivité dans son analyse de faisabilité de celle-ci. Les indices précédemment présentés, signalant ou non une possible situation contractuelle favorable à la reprise contractuelle, ne lui permettent pas en effet d'établir avec certitude qu'une reprise peut ou non être organisée au sein du futur contrat. Tout au plus, une présomption simple peut en être dégagée. Il lui est nécessaire de collecter des informations utiles et solides auprès du titulaire sortant qui seront de nature à confirmer ou infirmer sa première analyse. Pour ce faire, la collectivité devra engager des échanges avec son cocontractant sur le devenir des salariés qui sont affectés à la prestation objet du contrat dans l'éventualité de la perte de celui-ci à l'issue de la mise en concurrence. Ces échanges peuvent trouver à s'épanouir au moment de la définition des besoins, lorsque la remise en concurrence approche. Ils pourront s'établir sur la base des informations transmises au service achat par le biais de la clause anticipant une potentielle reprise contractuelle. Celle-ci voit alors sa finalité se transformer quelque peu. Il n'est plus seulement question pour la collectivité d'obtenir à temps les données sur la masse salariale de reprise mais, avant tout, d'être convaincu qu'un dispositif contractuel de reprise est pertinent ou non. La clause oblige ainsi le titulaire sortant à faire savoir que des salariés attachés à la prestation s'exposent au risque de licenciement économique en cas de perte de la prestation. La collectivité peut alors décider d'engager sur cette base des démarches actives dans le but de préserver les emplois.

Ce dialogue vertueux conduira à confirmer ou non les premières observations sur la faisabilité d'un dispositif contractuel destiné à favoriser la continuité de certains emplois. Il participera à accroître l'adhésion du titulaire sortant au dispositif ainsi que sa pleine compréhension des implications de celui-ci. S'il s'avère qu'il est pertinent d'insérer une clause de préservation de l'emploi, le service achat aura par ce biais collecté et consolidé relativement tôt les données utiles pour accomplir dans les temps son obligation d'information sur la masse salariale de reprise à l'égard des candidats à la consultation. Il sera en mesure également d'appréhender au mieux l'articulation nécessaire de la reprise avec l'insertion, si cette dernière est envisagée.

## Établir des échanges préalables à la consultation

Que l'on observe la pratique des collectivités publiques ou que l'on se tourne vers le tissu économique, la reprise de salariés est marquée par un déficit de connaissance lié à une forte hétérogénéité d'expérience des dispositifs. Des incompréhensions, des doutes ou des postures de principe (neutralité de la commande publique, opposition insertion/reprise, caractère anti-concurrentiel de la reprise, etc.) persistent lorsqu'il s'agit de déterminer la place et le rôle exact que doit jouer l'autorité publique contractuelle dans la mise en œuvre d'une opération de reprise. Cela est particulièrement perceptible lorsque les acteurs publics et privés sont invités à sortir du cadre habituel de la reprise conventionnelle pour appréhender le dispositif contractuel incitant au transfert de contrats de travail.

Dans ce contexte, les collectivités ont intérêt à accompagner leur action en faveur de l'emploi durable par des échanges préalables orientés dans deux directions : d'une part, vers les acteurs de l'achat public afin de faire émerger les bonnes pratiques de l'achat socialement responsable dans le domaine de la reprise de salariés et, d'autre part, vers les fournisseurs pour faire œuvre pédagogique et persuasive afin qu'ils saisissent pleinement l'utilité de la reprise et ses implications juridiques et techniques.

**Pratiquer le benchmarking.** Il peut d'abord s'agir de faire appel aux réseaux des acteurs nationaux et locaux de la commande publique (HCCP, association stratégie du bon achat, facilitateurs, DEETS, etc.) dans le but de combler un déficit d'expérience et d'établir à terme une pratique commune. Observer et collecter les bonnes pratiques des autres administrations ou collectivités confrontées à des problématiques équivalentes, susciter les retours d'expériences et d'enseignements, procéder à des études comparatives en mesurant notamment les écarts de résultats ou de situations sur le plan économique, social et politique, sont autant d'actions qu'il est judicieux de mettre en œuvre afin d'élaborer une stratégie commune du bon achat socialement durable. Autrement dit, il s'agit de poursuivre une démarche de *Benchmarking* à l'endroit même de la reprise de salariés dans la commande publique.

**Engager un sourcing social.** Il peut s'avérer précieux d'engager, en amont de la réalisation d'une reprise, une action de *sourcing* social. La pratique naissante du *sourcing* a été consacrée en 2016 par la réglementation des marchés publics puis intégré au Code de la commande publique.

### CCP, R. 2111-1

*Pour préparer la passation d'un marché public, l'acheteur peut effectuer des consultations ou réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer les entreprises de son projet et de ses exigences.*

Le *sourcing* consiste donc en des études et/ou des échanges préalables qui permet aux acheteurs de solliciter les entreprises en amont des marchés publics. Ce vocable recouvre une réalité plurielle que présente aujourd'hui le guide du *sourcing* opérationnel piloté par la Direction des achats de l'État (DAE) et publié en 2019.

Relativement à la reprise de salariés, ce *sourcing* social peut conduire la collectivité à réunir les acteurs économiques et sociaux du secteur concerné par le transfert de salarié à un moment où celui-ci est une conséquence certaine, sinon envisageable, de la remise en concurrence. Ces échanges peuvent prendre la forme d'une réunion d'information à laquelle sont invités tous les opérateurs intéressés par la remise en concurrence et ses conséquences sociales. Les entreprises concurrentes sont visées au premier chef sans exclure d'autres partenaires sociaux, tels que les représentations syndicales du secteur. Il est recommandé d'y inclure le facilitateur des clauses sociales qui sera la cheville ouvrière de la collectivité pour l'action d'insertion et de reprise.

Il s'agit alors de présenter le dispositif de reprise, ses enjeux et ses implications pour les entreprises et les salariés concernés. La finalité est donc d'abord informative. Ce qui semble primordial lorsqu'il est fait le choix d'insérer une clause de préservation de l'emploi dans le cahier des charges tant celle-ci demeure encore très méconnue sur le terrain de la commande publique. La transparence sur les besoins et les intentions de la collectivité et l'économie générale du dispositif contractuel se met alors au service de l'intelligibilité de la procédure de passation qui sera bientôt mise en œuvre et à laquelle les entreprises sourcées seront certainement candidates.

Nul doute également que cette démarche se veut persuasive à l'égard des entreprises futures candidates. Il s'agit de mesurer leur degré d'adhésion au dispositif et, ainsi, d'affiner l'analyse de la faisabilité d'une opération contractuelle de reprise.

Le *sourcing* social permet de lever certaines contraintes techniques qui pourraient nuire à la réalisation de la reprise à venir. Il permet de tenir compte de certaines spécificités liées à l'état de l'art dans le secteur concerné ou à des pratiques professionnelles habituelles. Les participants peuvent ainsi proposer des améliorations rédactionnelles ou techniques sur certains points comme la durée des différents délais d'exécution, la nature des pièces justificatives

demandées pour accomplir le suivi de la clause, la teneur des informations délivrées par la collectivité.

Enfin, une telle pratique est de nature à réduire les risques d'infructuosité du marché, certaines entreprises de par leur taille réduite ou leur existence récente pouvant craindre ne pas pouvoir intégrer la masse salariale de reprise. De même, l'accroissement de la compréhension du dispositif limite le risque d'inexécution de la clause et le développement de contentieux précontractuel lié à une insuffisante et inégale information voire à certaines croyances persistantes dans le caractère non-concurrentiel de la reprise de salariés.

## S'adjoindre les services d'un facilitateur des clauses sociales

**De l'insertion à la continuité de l'emploi.** Si la fonction de facilitateur des clauses sociales a d'abord été pensée pour accompagner l'action d'insertion par l'emploi des collectivités publiques, cette circonstance n'exclue pas qu'elle déborde son cadre initial pour s'épanouir sur le terrain de la continuité de l'emploi. Les liens qu'entretient la reprise avec l'insertion sont si forts qu'il est évident que le facilitateur soit conduit à s'emparer des deux versants de la problématique de la durabilité de l'emploi. Décider d'insérer par l'emploi ou de préserver l'emploi par la commande publique revient peu ou prou à consacrer par le contrat public et sur le fondement du Code de la commande publique un droit de préférence au bénéfice d'une catégorie d'individus identifiés au regard de caractéristiques objectives relatives à l'emploi. Ces deux droits ont vocation à s'exclure l'un l'autre, de sorte qu'il est nécessaire de les articuler dans le sens d'une priorité de la reprise sur l'insertion. Le facilitateur, en charge du suivi de la mise en œuvre de l'obligation d'insertion est donc nécessairement amené à s'interroger sur l'existence et l'étendue de l'obligation de reprise. On constate d'ailleurs qu'en pratique, les collectivités sollicitent les services du facilitateur pour dénouer des situations mêlant insertion et reprise essentiellement dans les secteurs économiques où préexiste une garantie conventionnelle de l'emploi.

**Rôle du facilitateur.** La collectivité a intérêt à confier au facilitateur une mission d'assistance lorsque le renouvellement du marché ou de la concession est susceptible de s'accompagner d'un transfert de personnel du titulaire sortant, non reconduit, vers le titulaire entrant. Cela est particulièrement le cas lorsque ce transfert est initié par voie contractuelle par la collectivité elle-même. Compte tenu du déficit important de connaissances et d'expériences à son endroit, le facilitateur sera alors en mesure de proposer des solutions adaptées issues de la pratique des autres

acheteurs, de contribuer à la formalisation technique du dispositif puis, au stade de l'exécution, d'alléger opportunément la charge de suivi et de contrôle du service achat quant à l'exécution de l'obligation contractuelle de proposition d'un transfert de contrat de travail.

Le facilitateur pourra ainsi être associé très tôt au processus, dès les divers échanges préalables à la consultation en vue de préparer l'opération de reprise. Il réalisera ensuite en aval de la consultation et pour le compte de la collectivité le suivi et le contrôle de l'exécution des obligations du nouvel attributaire autant en matière d'insertion que de reprise. Il sera dès lors la cheville ouvrière de la réussite du dispositif contractuelle d'action sociale décidé par l'autorité contractuelle.

**Mention dans la clause d'insertion.** L'identité du facilitateur ainsi que son rôle de suivi et de contrôle doit être précisé dans la clause d'insertion. Il est alors fait obligation à l'entreprise d'accueil des salariés d'entrer en contact sans délai avec le facilitateur dès la notification du contrat (ou lot). Il est important également de prévoir des délais précis, adaptés et raisonnables (environ 15 jours) de communication au facilitateur des pièces nécessaires à sa mission.

## 2.3.3. Systématiser le principe de la continuité de l'emploi au côté de l'insertion

Le contexte est particulièrement favorable à la poursuite par les acheteurs publics d'une action plus coordonnée et plus systématique en faveur de la promotion de la continuité de l'emploi chaque fois que la situation contractuelle le permettra (reprise contractuelle) ou l'exigera (reprise légale ou conventionnelle). Si l'emploi durable n'est pas encore explicitement abordé dans les différents documents programmatiques récents, lesquels se focalisent surtout sur l'action d'insertion, il peut être inscrit aux côtés de celle-ci dans une conception plus globale des effets de la commande publique sur l'emploi conformément aux grandes orientations actuelles de ce secteur.

## Inscrire la continuité de l'emploi dans le nouveau plan national pour un achat durable (PNAD)

Le nouveau PNAD pour la période 2022-2025 a été publié récemment. Ce troisième plan se veut plus ambitieux que ses prédécesseurs, et ce, malgré son léger retard, étant initialement prévu pour 2021. Non contraignant, il constitue une feuille de route

pour les acheteurs de l'Etat et présente de multiples bonnes idées aux autres acteurs de la commande publique pour promouvoir l'achat écologiquement et socialement durable. Il pose ainsi pour objectif d'atteindre d'ici 2025, 100% des contrats notifiés avec au moins une considération environnementale et 30% avec une considération sociale. En comparaison, le précédent plan (2015-2020) se voyait atteindre des taux de 30% et 25% respectifs, et l'on constatait en 2019 que seulement 15,8% des contrats notifiés comportaient une considération environnementale et 12,5% une considération sociale. Rejoignant le *Guide sur l'achat socialement responsable* ainsi que la loi « *Climat et Résilience* » réformant en 2022 le Code de la commande publique sur ces points, le plan rappelle que, sur la base d'une définition des besoins incluant leurs dimensions sociales, « *l'intégration de considérations sociales dans un contrat de la commande publique peut être réalisée par différents leviers juridiques, [notamment] dans les caractéristiques et exigences du contrat sous forme de clauses administratives et techniques (objet, conditions d'exécution, spécifications techniques) présentant une dimension social* » (PNAD, p. 9). À l'endroit de la continuité de l'emploi, on pense évidemment à l'insertion d'une clause de préservation de l'emploi dans le CCAP des marchés et concessions.

Pour atteindre ces objectifs herculéens, ce plan se décompose en 2 parties et 22 actions visant à la fois à aider les acteurs à acheter durable, mais aussi à promouvoir, animer et suivre l'avancement du secteur de la commande publique vers les objectifs fixés. La grande nouveauté de ce PNAD est, au contraire du précédent, d'assurer son suivi dès la fin du premier semestre 2022 à l'aide de critères quantitatifs et qualitatifs. Concrètement, les 22 actions listées poursuivent 4 objectifs : développer les outils facilitant les achats durables (clauses types par exemple), connaître d'avantages les secteurs concernés par ces types d'achat afin d'anticiper l'action sociale (démarche proactive, *sourcing social*, *benchmarking*), en tenir informé les acteurs (*benchmarking*, guides de bonnes pratiques) et les mobiliser pour l'insertion de considérations environnementales et sociales dans leurs contrats. Ces différentes actions, orientées vers la durabilité de l'emploi, pourraient contribuer à révéler et diffuser les bonnes pratiques à suivre lorsqu'un renouvellement de marché ou de concession donne lieu à un transfert de salariés (secteurs économiques favorables au dispositif contractuel, clausiers, guide opérationnel, évaluation des risques contentieux, etc.).

### L'inscription de l'objectif d'emploi durable dans un schéma de promotion de l'achat socialement responsable (SPASER)

La préservation de la continuité de l'emploi pourrait être associée à l'action d'insertion dans les schémas de promotion de l'achat socialement responsable (SPASER). Ces derniers ont été instaurés par la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire dans le but d'inscrire plus durablement et de manière plus cohérente l'action contractuelle des pouvoirs publics dans les objectifs du développement durable dans ses dimensions sociale, écologique et économique. Le seuil commandant l'obligation de leur élaboration par les collectivités locales et autres établissements publics a été récemment abaissé à 50 millions d'euros (auparavant 100 millions d'euros) par le décret du 2 mai 2022 (*JORF*, 3 août 2022) pris en application de la loi dite « *Climat et Résilience* » (loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, *JORF* n° 0196, 22 août 2021).

La parenté des deux actions, la nécessité juridique et pratique de les articuler au sein du cahier des charges ainsi que les objectifs d'achat durable qu'elles partagent sont autant de raisons qui militent pour une planification commune. L'inscription dans un SPASER de l'objectif de préservation de l'emploi par l'incitation à la reprise aurait le mérite également d'officialiser et de rendre plus courantes les actions volontaires entreprises par la collectivité publique à l'endroit de la continuité de l'emploi. Cela s'inscrirait dans une démarche proactive vers plus de développement durable en matière sociale, permettant non seulement une plus grande cohérence avec la politique d'insertion menée par la collectivité, mais également d'innover et de consolider une position d'acheteur socialement responsable.

L'entrée de la reprise dans le SPASER reviendrait d'abord à poser le principe d'une incitation à la continuité de l'emploi par la commande publique chaque fois que cela apparaît pertinent sur le plan économique et social. Les principaux axes d'une méthodologie générale à suivre par la collectivité et son service responsable de la commande publique serait alors présentés : l'identification des situations contractuelles pertinentes et les échanges préalables avec le titulaire sortant, le développement des clauses d'information sur la masse salariale, l'intégration d'une clause de préservation de l'emploi dans le marché ou la concession comprenant une articulation avec l'action d'insertion.

**Des objectifs chiffrés.** La question se pose de savoir s'il est envisageable de fixer un objectif chiffré à atteindre annuellement en termes d'emplois durables (en heures de travail, en nombre de salariés ayant bénéficié du dispositif et en nombre d'emplois effectivement transférés) et de quantité de marchés « clausés », comme cela est le cas pour le volet insertion. La principale difficulté dans cette entreprise réside dans l'absence de maîtrise par la collectivité de l'action de préservation qu'elle envisage de quantifier raisonnablement pour l'avenir. La continuité de l'emploi peut être portée par une volonté forte de la collectivité et promue par le biais d'une clause de préservation, il n'en demeure pas moins que sa mise en œuvre effective dépend de circonstances économiques et sociales propres à l'entreprise sortante et que son succès repose entièrement sur le consentement des salariés concernés à être transférés et intégrés dans les effectifs de l'entreprise d'accueil. Autant de paramètres qui échappent totalement au contrôle et à la volonté de la collectivité. Il est dès lors délicat dans cette situation relativement indéterminée de parvenir à établir des objectifs quantifiés vers lesquels devrait tendre l'action de préservation de l'emploi.

Toutefois, depuis la loi « *Climat et Résilience* », les SPASER doivent désormais comporter des indicateurs précis exprimés en nombre de contrats ou en valeur, sur les taux réels d'achats publics relevant des catégories de l'achat socialement ou écologiquement responsable parmi les marchés passés par l'acheteur concerné. Pour chacune de ces catégories, l'acheteur doit préciser des objectifs cibles à atteindre. Il conviendra donc de quantifier raisonnablement l'action de préservation quand bien même celle-ci ne se prête guère à une telle entreprise.

**Une évaluation annuelle.** Le dernier volet de la continuité prend la forme d'une évaluation annuelle des actions entreprises sur le terrain de l'emploi durable. Cette fois, il est possible d'établir des indicateurs chiffrés plus précis quant aux marchés et concessions « clausés » et aux emplois préservés grâce au dispositif. L'évaluation peut être poussée jusqu'à dénombrer tous les contrats et leur proportion au regard de la commande publique pour lesquels une démarche proactive a été initiée en direction du titulaire sortant.

### En bref

- Le régime légal de transfert de contrats de travail peine à être applicable lors du renouvellement de marché ou de concession, la simple perte de marché ou de concession n'entraînant le transfert de plein droit des contrats de travail qu'à la condition que des éléments corporels ou incorporels soient également transmis.
- Les éléments corporels ou incorporels consistent essentiellement en la mise à disposition par la collectivité publique d'équipements, de locaux ou matériels nécessaires à l'activité transférée au nouvel attributaire.
- Le maintien d'une clientèle sans mise à disposition d'autres moyens matériels peut s'analyser en un élément incorporel transmis au nouvel attributaire.
- Les dispositifs conventionnels de reprise compensent en partie la rigueur du régime légal dans des secteurs économiques où la commande publique s'épanouit.
- Des subtilités quant au champ d'application matériel, personnel ou territorial de chaque convention ou accord collectif impliquent une vigilance de la part de l'autorité contractuelle lorsqu'elle organise sa consultation.
- La décision d'insérer une clause de préservation de l'emploi repose sur un faisceau d'indices qui doit être confirmé par des échanges préalables avec le titulaire sortant.
- L'action volontaire de la collectivité pour promouvoir l'emploi durable peut trouver place dans le SPASER au côté du volet relatif à l'insertion.
- Des objectifs chiffrés doivent être assignés à la politique de préservation de l'emploi bien qu'une projection de celle-ci ne soit pas des plus aisées à quantifier.

C. trav., L. 1224-1 Transfert légal de salariés	Conv. / acc. collectifs Transfert conventionnel de salariés	Clause sociale de préservation de l'emploi transfert contractuel de salariés
<p><b>Dans l'hypothèse où la reprise de salariés s'établit pour la première fois...</b></p> <p>Identification des conditions d'application du régime légal</p> <p>Recueil par l'autorité contractuelle auprès du titulaire sortant des données détaillées sur la masse salariale «transférable»</p> <p>Action de benchmarking si nécessaire &gt;&gt; Levée des dernières difficultés juridiques et techniques</p> <p>S'adjointre les services d'un facilitateur des clauses sociales</p>	<p><b>Dans l'hypothèse d'une reprise de salariés déjà établie lors du précédent renouvellement de contrat...</b></p> <p>Exécution par le titulaire sortant de la clause d'anticipation d'une reprise &gt;&gt; Transmission au donneur d'ordre des informations sur la reprise et des données détaillées sur la masse salariale "transférable"</p> <p>Action de benchmarking si nécessaire &gt;&gt; Levée des dernières difficultés juridiques et techniques</p> <p>S'adjointre les services d'un facilitateur des clauses sociales</p>	<p>Présomption de faisabilité au regard d'un faisceau d'indices</p> <p>Echanges avec le titulaire sortant &gt;&gt; Confirmation de la faisabilité</p>
<p><b>Dans toutes hypothèses de reprise...</b></p> <p>Clause de rappel de l'application du régime légal ou d'un régime conventionnel &gt;&gt; Insertion dans le CCAP (titulaires) et le RC (candidats)</p> <p>Clause d'anticipation d'une reprise &gt;&gt; anticipation du prochain renouvellement de contrat &gt;&gt; Insertion dans le CCAP</p> <p>SI INSERTION &gt;&gt; Priorité de la reprise sur l'action d'insertion &gt;&gt; Formule de pondération du décompte des heures d'insertion réalisées &gt;&gt; Intégration dans la clause sociale d'insertion</p> <p>Sourcing social &gt;&gt; Informer sur la reprise / Adapter et parfaire le dispositif / Susciter l'adhésion autour de l'opération [hautement conseillé en cas de reprise contractuelle]</p>	<p>Information sur le dispositif de reprise et données simplifiées sur la masse salariale "transférable" &gt;&gt; Communication à tous les candidats &gt;&gt; Retrait des documents de la consultation</p> <p>(Le cas échéant) Communications des données rectificatives sur la masse salariale "transférable" &gt;&gt; Délai supplémentaire pour modifier les offres</p> <p>Contrôle de la régularité des offres par rapport à la reprise, y compris des offres anormalement basses</p> <p>SI INSERTION &gt;&gt; Critère de «performance sociale» &gt;&gt; Vérification du respect de la formule de pondération</p> <p>Données détaillées sur la masse salariale «transférable» &gt;&gt; Transmission au nouvel attributaire lors de la notification de l'attribution</p>	<p>Clause de préservation de l'emploi &gt;&gt; Insertion dans le CCAP</p> <p>Condition de régularité des offres &gt;&gt; Insertion dans le RC</p>
<p>Suivi de l'Info ex-post</p> <p>Contrôle</p>	<p>Contrôle de l'exécution &gt;&gt; Pièces justificatives de l'exécution &gt;&gt; Transmission au facilitateur &gt;&gt; Contrôle par le donneur d'ordre</p> <p>Nouvel attributaire &gt;&gt; Bilan chiffré et motivé de l'exécution &gt;&gt; Transmission au facilitateur &gt;&gt; Contrôle/évaluation par le donneur d'ordre</p>	<p>Nouvel attributaire &gt;&gt; Pièces justificatives de l'exécution &gt;&gt; Transmission au facilitateur &gt;&gt; Contrôle par le donneur d'ordre</p> <p>Nouvel attributaire &gt;&gt; Bilan chiffré et motivé de l'exécution &gt;&gt; Transmission au facilitateur &gt;&gt; Contrôle/évaluation par le donneur d'ordre</p>

## ANNEXE 2 | CLAUSIER

Une reprise de salariés est susceptible de générer au sein d'un contrat de la commande publique l'insertion de trois éléments formalisés par une série de clauses. Le premier élément a trait à l'opération de reprise elle-même qu'il convient de présenter par une clause dont la formalisation s'adapte au type de reprise applicable (1). Il est prolongé par des stipulations ayant pour objet l'information sur la masse salariale à reprendre, donnée essentielle du dispositif de reprise (2). Enfin, si la collectivité engage sa commande publique dans une action d'insertion par l'emploi, elle devra indiquer aux candidats la formule de pondération de l'insertion par la reprise effective de salariés (3) et ce quel que soit le régime de reprise applicable.

### 1. Les clauses relatives à l'opération de reprise de salariés

Le transfert de salariés établi sur le fondement de l'article L. 1224-1 ou d'une convention / accord collectif peut donner lieu à un simple rappel générique à formaliser dans le marché ou la concession par une brève clause (1.1). A l'inverse, lorsque l'opération de reprise est le fruit de la volonté contractuelle de la collectivité publique, son insertion dans le cahier des charges du contrat prend la forme d'une authentique obligation contractuelle d'exécution qu'il convient de rédiger avec précision (1.2).

#### 1.1. Un simple rappel générique dans l'hypothèse d'une reprise légale ou conventionnelle

**Objet.** Rappeler aux titulaires sortants et entrants, ainsi qu'à tous les candidats à la consultation, que le renouvellement du marché ou de la concession entraîne l'application :

- soit du régime légal de transfert de plein droit des contrats de travail, qui trouve son siège à l'article L. 1224-1 du Code du travail ;
- soit d'une garantie de l'emploi issue d'une convention ou un accord collectif applicable aux entreprises du secteur économique concerné par le contrat.

**Degré de contrainte.** La collectivité publique n'est pas

obligée d'insérer une telle clause, les entreprises étant dans l'obligation de respecter les normes sociales, légale ou conventionnelle, qui leur sont applicables nonobstant toutes stipulations contractuelles.

Une telle stipulation est toutefois conseillée si l'autorité contractuelle souhaite établir une bonne information des candidats et attributaires. Elle accompagne en outre, de manière opportune, la communication des données sur la masse salariale de reprise ainsi que l'articulation insertion/reprise.

Pour les candidats et le(s) titulaire(s) sortant(s), la clause n'a donc qu'un caractère purement reconnaissant. Les obligations s'établissent avant tout sur le fondement de la loi (C. trav., L. 1224-1 et s.) ou de la norme conventionnelle applicable.

Les entreprises candidates sont contraintes par l'effet de la loi et/ou de la négociation collective de présenter une reprise dans leurs offres sous peine d'être considérées comme irrégulières par l'autorité contractuelle en charge du contrôle de la régularité des offres à la législation sociale.

Il convient de noter que le renvoi opéré par ladite clause ne peut pas avoir pour effet d'étendre aux entreprises une garantie conventionnelle qui ne leur est pas applicable.

Par une formulation générale, il est possible d'imprimer au rappel de l'application du régime légal ou conventionnel un double effet dans le temps. Il peut alors valoir autant pour le présent renouvellement à l'égard du titulaire sortant que pour le prochain renouvellement, les attributaires devenant mécaniquement les titulaire sortants. A l'inverse, l'ajout de la formule « pour le présent renouvellement » situe précisément dans le temps le rappel établi par la clause.

Le rappel établi dans le règlement de consultation à l'égard des candidats vaut uniquement pour le renouvellement qui se prépare.

**Insertion dans le DCE.** Le rappel doit être formulé deux fois. Premièrement, il trouve sa place dans le règlement de consultation afin de s'adresser aux entreprises candidates. Deuxièmement, titulaire(s) sortant(s) et entrant(s) sont destinataires directs de la clause lorsqu'elle est insérée dans le CCAP (ou le CCP) au sein d'une partie consacrée aux clauses sociales.

### FORMULATION DE LA CLAUSE DE RAPPEL D'UNE REPRISÉ LÉGALE OU CONVENTIONNELLE

#### CAS D'UNE REPRISÉ LÉGALE (C. TRAV., L. 1224-1)

##### Formulation dans le CCAP à l'égard du(des) titulaire(s) sortant(s) et entrant(s).

Le (les) titulaire(s) se conforme(nt) [pour le présent renouvellement] aux règles relatives au transfert de plein droit des contrats de travail des salariés attachés à la prestation dans le respect des dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail applicables au présent marché [à la présente concession].

##### Formulation dans le RC à l'attention des candidats à la consultation.

Le (les) candidat(s) à la présente consultation se conforme(nt) [pour le présent renouvellement] aux règles relatives au transfert de plein droit des contrats de travail des salariés attachés à la prestation dans le respect des dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail applicables au présent marché [à la présente concession].

#### CAS D'UNE REPRISÉ CONVENTIONNELLE

##### Formulation dans le CCAP à l'égard du(des) titulaire(s) sortant(s) et entrant(s).

Le (les) titulaire(s) se conforme(nt) [pour le présent renouvellement] aux règles relatives au transfert de contrats de travail des salariés attachés à la prestation dans le respect des stipulations de la convention ou de l'accord collectif du... relatif à... qui leur est applicable.

##### Formulation dans le RC à l'attention des candidats à la consultation.

Le (les) candidat(s) se conforme(nt) aux règles relatives au transfert de contrats de travail des salariés attachés à la prestation dans le respect des stipulations de la convention ou de l'accord collectif du... relatif à... qui leur est applicable.

## 1.2. Une authentique obligation d'exécution dans l'hypothèse d'une reprise contractuelle

La reprise de nature contractuelle, insérée dans le marché ou la concession, est une authentique condition d'exécution de la prestation qui prend la forme d'une clause de préservation de l'emploi. Elle implique que l'autorité contractuelle formule également au sein du règlement de consultation une condition de régularité des offres en rapport avec l'obligation de proposition de transfert imposée au nouveau titulaire.

### L'adjonction d'une condition de régularité des offres

**Objet.** L'autorité contractuelle oblige les entreprises candidates, par la mention d'une condition de régularité, à présenter explicitement dans leurs offres une reprise correspondant à la masse salariale indiquée dans le cahier des charges.

**Destinataires.** Tous les candidats admis à déposer une offre.

**Degré de contrainte.** Il s'agit d'une condition obligatoire pour chaque candidat à la consultation qui présente une offre dont le non-respect entraîne le rejet de l'offre pour irrégularité. Cette dernière peut être régularisée si le pouvoir adjudicateur le permet.

**Insertion dans le RC.** Cette condition de régularité trouve naturellement place dans le RC aux côtés des autres conditions de régularité des offres listées dans un article dédié.

#### FORMULATION DE LA CONDITION DE RÉGULARITÉ DES OFFRES EN CAS DE REPRISE CONTRACTUELLE

##### Article X.X – l'offre du candidat contiendra :

(...)

Pièce n° X : Une proposition de reprise de l'ensemble des salariés transférables (cf. liste jointe au DCE), affectés en tout ou partie à l'exécution de la prestation objet [du (ou des) lot(s) soumissionné(s) ou du contrat]. Étant entendu que le dispositif contractuel, inscrit à l'article X.X du CCAP [ou CCP ou de l'annexe du CCAP], n'emporte pas transfert de plein droit des contrats de travail.

### La clause de préservation de l'emploi

**Objet.** Soumettre le (les) titulaire(s) entrant(s) à une condition sociale d'exécution de la prestation consistant à proposer dans un délai précis un transfert de contrat de travail à des salariés de l'ancien titulaire affectés en tout ou partie à la prestation objet de la remise en concurrence. La proposition de transfert nécessite l'accord explicite et non-équivoque du salarié concerné. Dans cette dernière hypothèse, le (les) titulaire(s) entrant(s) ont l'obligation d'intégrer celui-ci dans les effectifs de l'entreprise.

**Destinataires.** Le (les) titulaire(s) entrant(s) du(des) lot(s) ou du contrat, à l'exclusion de la (des) entreprises titulaire(s) sortant(s) au sein de la(des)quelle(s) les salariés concernés sont intégrés.

**Degré de contrainte.** Cette clause détermine une obligation contractuelle d'exécution qui s'analyse en une obligation de moyens pesant sur le (les) titulaire(s) entrant(s). Ces derniers doivent réaliser les démarches qu'impose la clause dans des délais préfixés par celle-ci. Le non-respect de l'obligation contractuelle peut

entraîner le prononcé par l'autorité contractuelle de pénalités voire d'une résiliation du contrat aux torts du cocontractant.

Insertion dans le CCAP. Un article spécifique est dédié à la présentation de l'action de préservation de l'emploi au sein du CCAP (ou du CCP) ou d'une annexe de celui-ci.

Dans l'hypothèse d'une action d'insertion, la clause de préservation de l'emploi est formellement associée à la clause d'insertion pour former un unique dispositif complet d'action en matière sociale.

#### FORMULATION DE LA CLAUSE DE PRÉSERVATION DE L'EMPLOI

Le titulaire [de l'un ou de plusieurs lots du présent marché / du présent contrat] s'engage à réaliser une action de reprise des salariés affectés à l'exécution de la prestation objet [du ou des présent(s) lot(s) ou du présent contrat] consistant à proposer à ceux-ci un transfert de leurs contrats de travail de l'entreprise, précédent titulaire, vers l'entreprise titulaire. En cas d'accord écrit du salarié quant au transfert de son contrat de travail, le titulaire intègre immédiatement celui-ci dans ses effectifs et l'affecte intégralement ou partiellement à la réalisation de la prestation objet [du présent marché / du présent contrat].

[Information sur la masse salariale]

Le (les) titulaire(s) détermine(nt) librement les moyens administratifs et juridiques de mise en œuvre de l'action de reprise. Le facilitateur, indiqué à [préciser l'article relatif au facilitateur], assure le suivi et le contrôle de la bonne exécution de la clause de préservation de l'emploi.

En tout état de cause, l'action de reprise doit avoir été entièrement exécutée par le titulaire dans un délai de XX jours [préciser un délai relativement bref d'au moins 30 jours] à compter de la notification [du ou des lots du présent marché / du présent contrat].

## 2. Les clauses relatives à l'information sur la masse salariale de reprise

L'information sur la masse salariale à reprendre est un élément essentiel pour la réussite de l'opération de reprise et le bon accomplissement des actions que les principes de la commande publique imposent à l'autorité responsable de la passation du marché ou de la concession. Cette dernière doit communiquer à tous les candidats lors de la consultation les données simplifiées relatives aux salariés concernés par le transfert de leur contrat de travail. Plus tard, lors de la notification de l'attribution, ce sont cette fois des données détaillées qu'elle devra transmettre au nouvel attributaire afin qu'il engage son action de reprise.

Toutefois, le détenteur de ces données est par définition le titulaire sortant. Il est rare que la collectivité les possède également. Il est donc capital pour celle-ci de les recueillir auprès de son cocontractant suffisamment tôt en amont de la consultation.

Deux clauses ayant toutes deux le même objet -l'information sur la masse salariale- mais des destinataires et un but différent trouvent place dans le cahier des charges. La première stipulation s'adresse aux candidats à la consultation pour leur communiquer les données simplifiées sur la masse salariale de reprise utiles à la constitution de leurs offres (2.1), tandis que la seconde a pour unique destinataire le titulaire sortant qui se voit obligé, selon une démarche d'anticipation de la reprise, de transmettre au donneur d'ordre des données détaillées sur les salariés transférables en amont de la consultation (2.2).

### 2.1. La clause d'information préalable des candidats sur la masse salariale de reprise

**Objet.** Communiquer les données simplifiées sur la masse salariale : nombre de salariés concernés, fonction ou type d'emploi, nombre d'heures de travail hebdomadaire et/ou mensuel et coût en euros mensuel et/ou annuel. Cette transparence *a minima* suffit à établir un traitement égal des candidats conformément aux principes fondamentaux de la commande publique.

**Destinataires.** Tous les candidats à la consultation.

**Degré de contrainte.** Pour l'autorité responsable de la passation du contrat, le principe d'égalité de traitement implique l'obligation de communiquer à l'ensemble des

candidats les données simplifiées sur la masse salariale concernée par la reprise légale, conventionnelle ou contractuelle.

Du côté des candidats, la clause n'est qu'un rappel des obligations tirées de l'article L. 1224-1 ou de la convention ou de l'accord collectif auquel ils sont soumis et qui établit avec précision la masse salariale de reprise.

Lorsque la reprise est portée par une clause de préservation de l'emploi, cette information oriente les candidats dans la confection de leur offre de prix. En effet, dans ce cas, l'information ne conduit pas à geler la masse salariale, les candidats demeurant libres de modifier les conditions d'emploi des salariés transférables.

En revanche, si la collectivité associe la clause de préservation de l'emploi à une condition de régularité des offres, les candidats devront *a minima* tenir compte du nombre de salariés susceptibles d'être transférés qui leur est alors communiqué par la clause d'information sur la masse salariale. Autrement dit, les offres pourront modifier les conditions salariales des employés transférés afin de réduire le coût de la reprise, pourvu qu'elles présentent une reprise de tous les salariés transférables. A la différence de la loi ou de la négociation collective, le contrat ne peut pas cristalliser les conditions salariales des employés auxquels sera proposé un transfert de contrat de travail.

**Insertion dans le CCAP (ou CCP).** La mention de la masse salariale à reprendre prolonge la stipulation qui présente le dispositif de reprise applicable de sorte qu'elle sera formulée en son sein.

Dans tous les cas, il est conseillé pour une correcte information des candidats de placer un tableau récapitulatif comprenant la liste des emplois concernés, classés par type et par lot et indiquant pour chacun la masse salariale hebdomadaire et/ou mensuelle en euros.

### FORMULATION DE LA CLAUSE D'INFORMATION PRÉALABLE DES CANDIDATS SUR LA MASSE SALARIALE DE REPRISE

Les salariés concernés par le transfert de contrat de travail, tel qu'indiqué dans le tableau [joint en annexe n°... du présent cahier des charges / joint ci-après], sont au nombre total de ... [indiquer le nombre total de salariés susceptibles d'être repris], représentant une masse salariale globale évaluée à ... [indiquer la masse salariale globale potentielle à reprendre, le coût mensuel ou annuel en euros].

[Si allotissement] Le transfert de salariés concerne [tous les lots du marché selon la répartition suivante / les lots n°... du présent marché selon la répartition suivante] :

Lot n°... : [indiquer le nombre de salariés susceptibles d'être repris, le type d'emploi, le nombre d'heures hebdomadaires et mensuels et la masse salariale en euros correspondante].

Lot n°... : [indiquer le nombre de salariés susceptibles d'être repris, le type d'emploi, le nombre d'heures hebdomadaires et mensuels et la masse salariale correspondante].

Etc...

## 2.2. La clause d'anticipation d'une reprise

**Objet.** L'autorité contractuelle oblige son cocontractant à lui communiquer en fin de contrat, sur sa demande et dans un délai précis, les informations détaillées sur les salariés susceptibles d'être concernés par un transfert de leur contrat de travail s'il venait à perdre la prestation au profit d'un concurrent.

**Destinataire.** Le titulaire sortant, cocontractant de la collectivité publique, est le seul concerné par cette clause.

**Degré de contrainte.** L'autorité contractuelle n'est pas obligée d'insérer une telle clause dans le cahier des charges de son contrat. Toutefois, elle est particulièrement recommandée pour les marchés publics et concession de simple service qui ne sont soumis à aucune obligation d'information au terme de la prestation à la différence des contrats de délégation de service public qui conduisent à la communication d'un rapport financier incluant la masse salariale. En outre, l'intérêt d'une telle clause est de permettre d'obtenir rapidement et suffisamment tôt les informations utiles à la préparation des documents de la consultation. Ces informations sont capitales dans l'hypothèse d'une reprise contractuelle lorsque la collectivité doit évaluer l'opportunité de s'engager à nouveau dans une telle action de préservation de l'emploi.

Pour le titulaire sortant, la clause s'analyse en une obligation contractuelle dont le non-respect l'expose au prononcé de pénalités.

**Insertion.** L'anticipation de la prochaine reprise est formulée au sein du CCAP (ou CCP) dans le prolongement direct de la clause de rappel ou de la clause de préservation de l'emploi.

### FORMULATION DE LA CLAUSE D'ANTICIPATION D'UNE REPRISE

Le (les) titulaire(s) [du (des) lot(s) / du contrat] s'engage(nt) à communiquer au donneur d'ordre, à sa demande, dans les XX jours [préciser un délai d'au moins 15 jours] et au moins XX mois [préciser un délai butoir entre 3 et 6 mois] avant le terme du présent marché [du présent contrat], toutes les informations utiles à la préparation et à la réalisation d'un transfert de contrats de travail des salariés attachés à la prestation objet [du (des) lot(s) / du contrat] susceptible d'intervenir à l'issue de la prochaine remise en concurrence.

Ces informations sont notamment le nombre de salariés concernés éventuellement par un transfert de contrats de travail ainsi que les données détaillées sur la masse salariale correspondante (statut, fonction, type de contrat, nombre d'heures de travail, coût mensuel ou annuel en euros, etc.).

## 3. La clause de pondération de l'insertion par la reprise

**Objet.** Cette clause vise à organiser l'articulation de l'opération de reprise de salariés avec l'action d'insertion menée par la collectivité publique au travers de sa commande publique. Quel que soit le régime de reprise applicable, l'articulation repose toujours sur un principe de priorité de la reprise sur l'insertion.

Concrètement, le total d'heures d'insertion à réaliser par le titulaire sur la durée du contrat tient compte des heures de travail correspondant à la masse salariale effectivement transférée et intégrée à l'effectif de l'entreprise d'accueil à l'issue de l'opération de reprise. Une formule de compensation est donc prévue pour permettre au titulaire d'établir avec précision le nombre d'heures d'insertion restant à réaliser après reprise de salariés.

**Degré de contrainte.** Cette clause est obligatoire pour l'autorité contractuelle lorsqu'une reprise de salariés coexiste avec une action d'insertion par l'emploi sur la prestation objet du marché ou de la concession.

Les candidats, dûment informés par la clause, doivent tenir compte de la pondération dans la constitution du prix de leurs offres.

Il en est de même du pouvoir adjudicateur lorsqu'il entreprend l'évaluation du mérite respectif des offres au regard du critère de performance sociale dans l'insertion, si ce dernier est effectivement prévu dans les critères de sélection des offres au côté des autres critères (prix, valeur technique, etc.).

Plus tard, le nouvel attributaire du contrat ou du (des) lot(s) doit réaliser en priorité l'opération de transfert de contrats de travail que lui impose la loi, la convention/ accord collectif ou la clause de préservation de l'emploi. Ce n'est qu'une fois accomplies toutes les démarches attendues en direction des salariés concernés par la reprise qu'il pourra débiter son action d'insertion à destination du public visé par la clause d'insertion. Il devra tenir compte dans cette entreprise du total d'heures de travail correspondant aux salariés effectivement repris.

Incorporation dans la clause d'insertion. Le principe de la pondération ainsi que la formule explicitant cette dernière trouvent place au sein de la clause sociale d'insertion elle-même insérée dans le CCAP (ou CCP). Une partie dédiée à la reprise doit y être rédigée et faire apparaître explicitement que cette hypothèse est réservée. Cette partie peut s'intituler « *Dispositions particulières en cas de reprise de tout ou partie du personnel* ».

### FORMULATION DE LA CLAUSE DE PONDÉRATION DE L'INSERTION PAR LA REPRISE

[...]

Dispositions particulières en cas de reprise de tout ou partie du personnel :

Toutefois, si le titulaire [d'un ou de plusieurs lots / du contrat] intègre dans ses (leurs) effectifs, tout ou partie du personnel de l'entreprise sortante en application de [l'article L. 1224-1 du Code du travail / de la convention ou accord collectif du... / de la clause de préservation de l'emploi] précédemment présentée à l'article XX [du présent CCAP / CCP / de la présente annexe], le nombre d'heures d'insertion à réaliser, tel que mentionné ci-avant, est modulé selon le facteur de pondération suivant :

$P = 1 - (S \times C \times N) / A$

P = Facteur de pondération

S = Nombre d'heures effectuées, sur le lot [sur le contrat] avec les horaires habituels sur un mois par les salariés réintégrés

C = Coût horaire moyen des salariés réintégrés

N = Durée maximale d'exécution du marché [du contrat] en mois (hors période de préparation)

A = le montant de l'offre retenue du lot HT [du contrat]

[Si allotissement, décomposer lot par lot] Le titulaire s'engage dès lors à réaliser sur toute la durée du marché, au minimum :  
(X heures × P) d'insertion par année sur le lot n° X  
(X heures × P) d'insertion par année sur le lot n° X

Etc. lot par lot...

Dès qu'il dispose du nombre d'heures de travail effectuées par les salariés effectivement transférés, le titulaire [du lot / du contrat] fera connaître au pouvoir adjudicateur et au facilitateur le nombre d'heures d'insertion qu'il s'engage à réaliser au minimum, au vu du résultat de l'application de la formule. Toutefois, la clause sociale d'insertion n'est pas applicable si le nombre d'heures d'insertion calculé est inférieur à 100.





