

GRÈVE Service public – Champ d’application (L 2512-1 s. C. Tr.) – Entreprise privée attributaire d’un service public par voie de marché public (oui) – Modalités de dévolution du service public ou de l’éventuelle rémunération du gestionnaire du service – Caractère indifférent.

PROTECTION DES REPRÉSENTANTS DU PERSONNEL Licenciement – 1° Procédure – Enquête contradictoire – Rôle de l’inspecteur du travail – Communication des pièces et éléments déterminants aux parties – Exception – 2° Faute – Grève dans les services publics – Absence de préavis – Salarié préalablement informé – Maintien de sa participation au mouvement collectif.

CONSEIL D’ÉTAT (4^{ème} et 5^{ème} ssr) 4 décembre 2013
Société Esterra (req. n° 361.667, tables Leb.)

1. Considérant qu’en vertu des dispositions du code du travail, les salariés légalement investis de fonctions représentatives bénéficient, dans l’intérêt de l’ensemble des salariés qu’ils représentent, d’une protection exceptionnelle ; que, lorsque le licenciement d’un de ces salariés est envisagé, ce licenciement ne doit pas être en rapport avec les fonctions représentatives normalement exercées ou l’appartenance syndicale de l’intéressé ; que, dans le cas où la demande de licenciement est motivée par un comportement fautif, il appartient à l’inspecteur du travail, et le cas échéant au ministre, de rechercher, sous le contrôle du juge de l’excès de pouvoir, si les faits reprochés au salarié sont d’une gravité suffisante pour justifier son licenciement, compte tenu de l’ensemble des règles applicables au contrat de travail de l’intéressé et des exigences propres à l’exécution normale du mandat dont il est investi ; qu’à l’effet de concourir à la mise en oeuvre de la protection ainsi instituée, l’article R.436-4 du code du travail alors applicable, devenu l’article R.2421-11, dispose que l’inspecteur du travail saisi d’une demande d’autorisation de licenciement d’un salarié protégé “ procède à une enquête contradictoire au cours de laquelle le salarié peut, sur sa demande, se faire assister d’un représentant de son syndicat ” ;

Sur la légalité externe de l’autorisation de licenciement :

2. Considérant que le caractère contradictoire de l’enquête menée conformément aux dispositions mentionnées ci-dessus impose à l’autorité administrative, saisie d’une demande d’autorisation de licenciement d’un salarié protégé fondée sur un motif disciplinaire, d’informer le salarié concerné des agissements qui lui sont reprochés et de l’identité des personnes qui en ont témoigné ; qu’il implique que le salarié protégé soit mis à même de prendre connaissance en temps utile de l’ensemble des pièces produites par l’employeur à l’appui de sa demande, sans que la circonstance que le salarié est susceptible de connaître le contenu de certaines de ces pièces puisse exonérer l’inspecteur du travail de cette obligation ; qu’il implique également de mettre à même l’employeur et le salarié de prendre connaissance de l’ensemble des éléments déterminants qu’il a pu recueillir, y compris des témoignages, et qui sont de nature à établir ou non la matérialité des faits allégués à l’appui de la demande d’autorisation ; que, toutefois, lorsque la communication de ces éléments serait de nature à porter gravement préjudice aux personnes qui les ont communiqués, l’inspecteur du travail doit se limiter à informer le salarié protégé et l’employeur, de façon suffisamment circonstanciée, de leur teneur ;

3. Considérant que, si le caractère contradictoire de l’enquête administrative implique de mettre à même le salarié de prendre connaissance, en temps utile, de l’ensemble des pièces produites par l’employeur à l’appui de sa demande d’autorisation de licenciement ainsi que des éléments déterminants qui ont pu être recueillis par l’inspecteur du travail au cours de l’instruction de cette demande, il n’impose pas à l’administration de lui communiquer, de sa propre initiative ou dans tous les cas, l’ensemble de ces pièces et éléments ; que la cour administrative d’appel, en relevant, au vu des observations, écrites comme orales, faites par M. B... au cours de l’instruction de la demande d’autorisation de licenciement, que l’intéressé n’avait pas été privé de la possibilité de présenter utilement sa défense, a implicitement mais nécessairement considéré que M. B... avait été mis à même de prendre connaissance, en temps utile, de l’ensemble des pièces auxquelles il devait pouvoir accéder ; que, par suite, en retenant qu’à supposer même que, comme il le prétendait, M. B... n’aurait pas eu communication de certaines pièces du dossier, cette circonstance n’avait pas, en l’espèce, entaché la procédure d’irrégularité, la cour administrative d’appel n’a pas commis d’erreur de droit ;

Sur la légalité interne de l’autorisation de licenciement :

4. Considérant, en premier lieu, qu’aux termes de l’article L.512-2 du code du travail, alors en vigueur et désormais repris à l’article L.2512-1 du même code : “ Les dispositions de la présente section s’appliquent aux personnels de l’Etat, des régions, des départements et des communes comptant plus de 10 000 habitants ainsi qu’aux personnels des entreprises, des organismes et des établissements publics ou privés lorsque ces entreprises, organismes et établissements sont chargés de la gestion d’un service public (...) ” ; qu’aux termes de l’article L.521-3 du même code : “ Lorsque les personnels mentionnés à l’article L.521-2 font usage du droit de grève, la cessation concertée du travail doit être précédée d’un préavis. / Le préavis émane de l’organisation ou d’une des organisations syndicales les plus représentatives sur le plan national, dans la catégorie professionnelle ou dans l’entreprise, l’organisme ou le service intéressé. / Il précise les motifs du recours à la grève. / Le préavis doit parvenir cinq jours francs avant le déclenchement de la grève à l’autorité hiérarchique ou à la direction de l’établissement, de l’entreprise ou de l’organisme intéressé. Il fixe le lieu, la date et l’heure du début ainsi que la durée limitée ou non, de la grève envisagée/ Pendant la durée du préavis, les parties intéressées sont tenues de négocier ” ;

5. Considérant que ces dispositions sont applicables dès lors que l'organisme en cause assure la gestion d'un service public, quelles que soient les modalités de dévolution du service ou de l'éventuelle rémunération du gestionnaire du service ; que, dès lors, la cour administrative d'appel de Douai n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que les dispositions qui viennent d'être citées étaient applicables à la société Esterra, attributaire d'un marché public conclu par la communauté urbaine de Lille qui lui confiait la gestion du service public de collecte et de transport des déchets et ordures ménagères ;

6. Considérant, en second lieu, que la participation à un mouvement de cessation concertée du travail ne respectant pas le préavis de cinq jours prévus par les dispositions de l'article L.521-3 du code du travail alors en vigueur ne constitue une faute que l'employeur est en droit de sanctionner qu'à la condition que les salariés aient conscience d'enfreindre ces dispositions ;

7. Considérant que, selon les énonciations de l'arrêt attaqué, M. B... a participé à un mouvement de grève du 2 au 26 mai 2006, qui n'avait pas fait l'objet préalablement d'un préavis alors qu'il était informé de l'obligation de déposer un tel préavis avant le début de cette grève ; que la cour a pu, sans erreur de droit, juger que le préavis reçu par l'employeur le 3 mai 2006 pour une grève à compter du " 7 mars 2006 " n'avait pas eu pour effet de régulariser le mouvement déclenché le 2 mai, ce dont l'employeur avait informé le salarié dès le 5 mai, ainsi que la cour l'a relevé sans dénaturer ; que, contrairement à ce qui est soutenu, la cour, pour estimer que M. B... avait eu conscience de prendre part à un mouvement de grève irrégulier, ne s'est pas fondée sur la seule qualité de représentant syndical au comité d'entreprise du salarié licencié, mais s'est appuyée sur un faisceau d'indices reposant sur une analyse des faits exempte de dénaturer ; que la cour a pu, sans erreur de qualification juridique, déduire de l'ensemble de ces faits, eu égard notamment à leur durée, que M. B... avait commis une faute d'une gravité suffisante pour justifier son licenciement ;

Décide :

Article 1^{er} : Le pourvoi de M. B... est rejeté.

(M. Dutheil de Lamothe, rapp. ; M. Keller, rapp. pub. ; SCP Masse-Dessen, Thouvenin, Coudray, SCP Célice, Blanpain, Soltner, av.)

Note.

1. La fréquentation du Conseil d'État en matière de relations de travail débouche rarement sur une issue favorable aux salariés, comme l'illustre l'arrêt ci-dessus (1). Qu'il s'agisse de soutenir la réquisition des travailleurs du secteur pétrolier (2) en violation des normes internationales (3), ou de secourir EDF s'opposant à des mouvements de grève (4), de savantes justifications viennent trop souvent habiller la répression patronale d'un manteau d'honorabilité. On peut légitimement s'inquiéter, à cette aune, du transfert du juge judiciaire au juge administratif du contrôle du PSE dans le cadre des licenciements collectifs...

2. Les faits de l'espèce.

Le cas particulier concernait le sort d'un salarié dit « protégé » lors d'un conflit social des éboueurs d'une société commerciale (5). Aucun texte de l'ordre étatique (loi, décret) n'habilitait l'employeur à exercer une mission de service public, et le contrat qu'il avait signé avec la collectivité publique relevait de la catégorie des marchés publics et non des *délégations* de service public, ne faisant de lui, *a priori*, qu'un fournisseur d'une administration : la vente de fournitures de bureau, la construction d'un bâtiment quelconque ou encore la prestation de nettoyage de locaux ne font jamais de leurs exécutants un délégué de service public ; il aurait pu en aller de même au cas d'espèce. La formulation de l'arrêt de la Cour administrative d'appel dans cette affaire exprimait d'ailleurs bien cette tension : « *la société Esterra exerce l'activité de collecte et de transport des déchets et ordures ménagères ; alors même que cette mission de service public lui a été contractuellement confiée par la communauté urbaine de Lille au terme d'une procédure de passation de marché public, cette société doit être regardée comme participant à la gestion d'un service public au sens des dispositions précitées des articles L. 521-2 et L. 521-3 du Code du travail* » (6).

Il n'existait donc pas d'indication objective et certaine permettant d'inclure cette société privée dans le champ des gestionnaires de service public. Les

(1) Sur le moyen non commenté relatif au déroulement de la procédure contradictoire, on se reportera à H. Rose, Y. Struillou, *Droit du licenciement des salariés protégés*, 4^{ème} éd., 2010, Economica § 34.4 ; M. Cohen, L. Millet, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, 10^{ème} éd., 2013, LGDJ, p.1058.

(2) Conseil d'État (référé) 27 octobre 2010, req. n° 343.966, en annexe à G. Guglielmi et G. Koubi, « Réquisitions "stratégiques" et effectivité du droit de grève », Dr. Ouv. 2011, p.153 et F. Leconte, « Conflits sociaux et réquisitions : la défense syndicale face aux réquisitions préfectorales », Dr. Ouv. 2011, p.499, l'ensemble disp. sur <https://sites.google.com/site/droitouvrier> ; add. le communiqué CGT et FNIC-CGT, « Le Conseil d'État au secours de l'administration ! », Dr. Ouv. 2011, p.167.

(3) A. Braun et A. Gentilhomme, « Réquisitoires contre les réquisitions : le Conseil d'État face aux normes de l'OIT », Dr. Ouv. 2011, p.507, disp. sur le site de la revue.

(4) Conseil d'État (Assemblée) 12 avril 2013, req. n° 329.570, Dr. Ouv. 2013, p. 573, n. M. Grévy, Dr. Soc. 2013, p. 608, n. P.-Y. Gahdoun.

(5) Du même jour, concernant un autre salarié, req. n° 361.669, inédit.

(6) Souligné par nous : CAA Douai (3^{ème} ch.), 24 mai 2012, n° 10DA01180 : « *alors même* », ce n'est pas « *puisque* » !

représentants syndicaux ont donc pu légitimement penser ne pas être astreints au dépôt préalable d'un préavis à un mouvement de grève (L. 2512-2 C. tr.).

Arguant du contraire, l'employeur a demandé – et obtenu – de l'administration la tête des responsables ayant organisé et participé à cette grève, malgré les mises en garde patronales (7). Le Conseil d'État confirme cette solution en énonçant que les dispositions spécifiques du Code du travail (art. L. 2512-1 et s.) « sont applicables dès lors que l'organisme en cause assure la gestion d'un service public, quelles que soient les modalités de dévolution du service ou de l'éventuelle rémunération du gestionnaire du service » ; il ajoute toutefois que « la participation à un mouvement de cessation concertée du travail ne respectant pas le préavis de cinq jours (...) ne constitue une faute que l'employeur est en droit de sanctionner qu'à la condition que les salariés aient conscience d'enfreindre ces dispositions » (8).

Cette solution appelle l'examen de plusieurs questions successives, dans la mesure où les salariés auraient dû identifier la règle applicable mais n'ont pas été en mesure de le faire : à quoi reconnaît-on la gestion d'un service public par une personne morale de droit privé ? Quelle est la portée des déclarations de l'employeur s'attribuant une telle mission pour apprécier la conscience des représentants des salariés d'enfreindre des dispositions légales ?

3. Comment déterminer, concrètement, si un organisme privé est investi d'une mission de service public ? Il convient d'identifier un acte contractuel qui en est le support.

S'agissant des personnes publiques, la situation est relativement simple, car le contenu de leur mission est, en général, bien connu des agents, leur habilitation faisant l'objet de textes anciens et constants, souvent réglementaires ou législatifs. La publicité est donc acquise. Il n'en va pas de même pour les employeurs privés, comme ont pu le mesurer dernièrement les juristes travaillistes à l'occasion de l'affaire de la crèche Baby Loup (9).

Le Conseil d'État a synthétisé, dans deux décisions importantes, d'une part, les critères permettant d'identifier les organismes de droit privé chargés d'une mission de service public (10) et, d'autre part, la nature et le régime des liens unissant cet organisme de droit privé avec la collectivité publique référente (11). On en retiendra schématiquement que la délégation d'une mission de service public se reconnaît à la présence d'une mission d'intérêt général s'exerçant sous le contrôle d'une collectivité publique délégante ; ce contrôle se manifeste par différents procédés concourant à orienter la gestion du délégataire (12).

Pour être le plus complet possible, on précisera que la personne publique doit elle-même être en capacité de déléguer cette gestion, comme le rappelle la décision *Commune d'Aix* : « lorsque des collectivités publiques sont responsables d'un service public, elles peuvent, dès lors que la nature de ce service n'y fait pas par elle-même obstacle, décider de confier sa gestion à un tiers » (13). Ainsi, lorsque qu'il s'agit « d'éléments essentiels et indissociables de sa mission de service public », ils ne peuvent être délégués (14) ; en revanche, les collectivités territoriales peuvent déléguer, notamment, ce qui relève de leur pouvoir de création de services publics facultatifs. La situation des établissements publics diffère ; « service public personnalisé », selon une formule ancienne (15), ils répondent au principe de spécialité et ne peuvent se départir de ladite mission : « un établissement public tel que la SNCF ne saurait transférer à une autre personne des éléments essentiels de la mission qui lui a été confiée, sans y avoir été préalablement autorisé par une loi » (16). La doctrine est claire en ce sens : « les personnes publiques qui ne sont pas des collectivités, c'est-à-dire les personnes à caractère fondatif, comme les établissements publics ou les groupements d'intérêt public, ne se voient pas reconnaître le bénéfice de cette liberté de choix. Plusieurs avis du Conseil d'État soulignent qu'un établissement public ne saurait déléguer à un tiers la mission qui lui a été confiée, ou du moins ses éléments essentiels. La solution est une conséquence logique de la spécialité d'affectation qui caractérise ces personnes : elles ont reçu une mission qu'elles

(7) En réalité, au cas d'espèce, le préavis n'était pas inexistant, mais cumulativement tardif (émis après le début du mouvement) et affecté d'une erreur matérielle dans la mention de la date (« mars » au lieu de « mai »).

(8) Décision ci-dessus.

(9) Cette mission a particulièrement été examinée lors des débats devant la Cour d'appel de renvoi, v. les obs. contrastées de I. Meyrat (Dr. Ouv. 2014, p.73) et E. Gayat (Dr. Ouv. 2014, p. 327).

(10) CE sect. 22 février 2007, *APREI*, req. n° 264541, Rec. Lebon, AJDA 2007, p. 793, n. F. Lenica et J. Boucher, RDSS 2007, p. 517, n. G. Koubi et G. Guglielmi, Rec. Dalloz 2007, p. 2617, n. G. Clamour ; le considérant de principe de l'arrêt est reproduit en sous-note 1, p. 675.

(11) CE 6 avril 2007, *Commune d'Aix en Provence*, req. n° 284.736, Rec. Lebon, RFDA 2007, p. 821, n. J.-C. Douence, Rec. Dalloz 2007, p. 2617, n. G. Clamour ; les considérants de principe de l'arrêt sont reproduits en sous-note 2, p. 675.

(12) Pour approfondir : G. Guglielmi et G. Koubi, *Droit du service public*, 2^{ème} éd. 2007, Montchrestien, § 188 s. ; M. Long et a., *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 18^{ème} éd., Dalloz, obs. sous arrêt n° 51, § 5.

(13) Reproduite en sous-note 2.

(14) CE, Avis, 16 juin 1994, n° 356-101, EDCE 1994, p. 367.

(15) V. nos obs. « Grève dans les services publics – à propos de faits têtus et de quelques bonnes intentions », Dr. Ouv. 2003, p. 405, spéc., p. 408.

(16) CE, Avis, 2 juillet 1992, n° 351-619, EDCE 1992, p. 406.

doivent remplir comme elle leur a été assignée » (17). Un arrêt récent de la Chambre sociale de la Cour de cassation nous semble pourtant méconnaître cette jurisprudence constante (18).

Comment passer de ces prescriptions jurisprudentielles à l'appréciation concrète, par exemple pour déterminer l'obligation de déposer, ou pas, un préavis de grève (18 bis) ? Les documents habilitant une entreprise à exercer une mission de service public ne sont, le plus souvent, pas connus des salariés. Il leur faut découvrir, sans grands moyens, tant la personne publique ayant procédé à « l'investissement » de cette mission que l'acte juridique qui en est le support. Puis interpréter ce dernier.

4. Différents contrats de la commande publique sont susceptibles d'asseoir le transfert de la gestion d'un service public.

Dans les hypothèses de dévolution contractuelle (19), comment identifier l'existence d'un service public ? Il convient d'examiner le contrat avec la personne publique, sachant toutefois que la mention « service public » n'est pas systématiquement employée. De plus, toujours dans un souci d'identification, les catégories juridiques, celles du droit privé, mais également celles du droit public, sont impuissantes à exprimer de manière unitaire le transfert d'une mission de service public :

- le « contrat d'entreprise » (20) est le vecteur naturel d'une telle mission (par opposition, notamment, au contrat de vente), mais il n'y a pas de correspondance : le titulaire d'un tel contrat avec une administration peut être investi d'une mission de service public par ce contrat... comme ne pas l'être (21) ;
- si la titularité d'une telle mission se pose rarement pour l'exécutant d'une « délégation de service public » (DSP) (22), elle est, comme on le verra, également possible – mais loin d'être systématique (23) – dans le cadre d'un « marché public » de services.

Pour résumer, l'imprudent délégué syndical de l'affaire rapportée ci-dessus, plutôt que de s'entêter dans un conflit avec son employeur, aurait dû préalablement se plonger dans d'édifiantes lectures ; il aurait ainsi appris que « *il existe des contrats de délégation de service public sans service public [mais également] des contrats dévolutifs de service public qui ne sont pas des délégations de service public, mais des marchés publics (les marchés publics de service public qui délèguent la gestion du service public sans pour autant transférer les risques d'exploitation)* » (24). On développera cet énoncé, dont la bonne compréhension commande le sort des grévistes dans l'affaire rapportée.

5. La plupart des délégations de service public et certains marchés publics de services constituent le support d'un tel transfert.

« *Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. (...)* » (25). La dénomination retenue pour cette catégorie de contrats aurait dû conduire à la considérer comme le réceptacle « naturel » et exclusif de l'externalisation d'un service public : pas de délégation de service public (au sens matériel) sans DSP (au sens procédural, c.à.d. en respectant les exigences de cette loi). C'est l'opinion exprimée en doctrine : « *En toute logique, la distinction entre délégation et marché aurait dû être claire. Elle aurait dû reposer uniquement sur l'objet du contrat : un contrat par lequel la collectivité confie l'exploitation d'un service public (pour la DSP) et un contrat par lequel la collectivité pourvoit aux besoins de ses services, c'est-à-dire se procure les moyens de gérer elle-même le service (pour le marché)* » (26). C'est également le raisonnement suivi par la Cour d'appel de Bordeaux dans une série d'arrêts rendus en matière de grève : elle avait considéré qu'un contrat de sous-traitance, faite

(17) J.-C. Douence, préc.

(18) Cass. Soc. 9 octobre 2012, rectifié par arrêt du 30 janvier 2013, Bull. n°252, Dalloz actu., obs. L. Perrin, reproduit en sous-note 3, p. 676 ; v. *infra*.

(18 bis) La même question se posera pour identifier le champ d'application des principes de neutralité et la laïcité : Soc. 19 mars 2013, Bull., n°12-11.690, AJDA 2013 p.1069 n. J.-D. Dreyfus.

(19) Pour les personnes privées, la voie contractuelle, après mise en concurrence, est la règle de principe – tant au regard du droit européen qu'interne – pour des motifs divers : prévention de la corruption, égalité d'accès à la commande publique et souci de saine gestion des deniers publics. Nous n'aborderons donc pas les hypothèses, numériquement très résiduelles, de délégations unilatérales dans le cadre de cette note.

(20) Le contrat d'entreprise consiste en une obligation de faire quelque chose pour quelqu'un, moyennant un prix, en toute indépendance et sans le représenter ; cf. not. art. 1779 s. C. civ.

(21) Parmi les exemples cités précédemment, reprenons ceux de la construction ou encore du nettoyage (CE 6 janvier 1995, *Syndicat national des personnels techniques, administratifs et de service de l'équipement CGT*, Lebon, p.5).

(22) La DSP est définie à l'art. 38 de la loi n°93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite loi *Sapin*, repris à l'art. L.1411-1 du Code général des collectivités territoriales, v. *infra*.

(23) Reprenons les exemples de marchés cités précédemment : fournitures, nettoyage.

(24) F. Brenet, « La délégation unilatérale de service public », AJDA 2013, p.1435.

(25) Art. 38 de la loi *Sapin* préc. ; on se reportera utilement à M. Douence, fasc. *Notion de convention de DSP*, 2012, Encycl. Dalloz des collectivités locales.

(26) M. Douence, fasc. préc., § 98.

de remplir cette condition légale d'une « rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation », ne pouvait transmettre un service public (27).

Tel n'est pas le cas pour des raisons indifférentes aux travailistes (28). Cette discordance conduit à détecter une double anomalie : l'existence (marginale) de DSP sans service public (a.), et la présence, plus substantielle, de services publics hors procédure de DSP (b.). La jurisprudence rendue en matière sociale s'aligne sur cet état du droit (c.).

a. La qualification de DSP est particulièrement instrumentale en ce qu'elle vise essentiellement à répondre à un besoin de transparence par une mise en concurrence formalisée de l'attribution du service ; un auteur évoquait ainsi le « *fonctionnalisme exacerbé de la logique de publicité et mise en concurrence* » (29). En résumé, ce n'est pas tant le « service public » qui est saisi par ce régime que l'encadrement et la formalisation du mode de « délégation ». Le « comment » l'emporte sur le « quoi », les modalités de sélection sur l'objet.

La procédure de DSP est sollicitée en vue d'assainir des relations économiques entre le public et le privé... y compris pour des hypothèses ne relevant pas du service public ! Le paroxysme est atteint dans le secteur des casinos où ces établissements sont assujettis au mécanisme de mise en concurrence pour des raisons tenant à l'ordre public. Seule une interprétation particulièrement bienveillante a permis de découvrir au sein des obligations accessoires un intérêt général justifiant *ex post* le régime de la DSP : « *si ces jeux de casinos ne constituent pas, par eux-mêmes, une activité de service public, les conventions obligatoirement conclues pour leur installation et leur exploitation, dès lors que le cahier des charges impose au cocontractant une participation à ces missions et que sa rémunération est substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation, ont le caractère de délégation de service public* » (30). Dans ce cas de figure très particulier,

on assiste à une délégation de l'administration sans réel service public, mais accompagnée d'accessoires d'intérêt général (31). Cet artifice ne peut rester sans conséquences en droit social : le forçage de la qualification devra conduire la Chambre sociale de la Cour de cassation, dans ce secteur des casinos, à juger que l'employeur ne peut imposer un préavis aux organisations syndicales et licencier les récalcitrants (32).

b. C'est la définition légale de la DSP (33) qui gouverne la compréhension du morcellement de ce pan du droit administratif : la précision selon laquelle « *la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service* » évince de cette catégorie les contrats dont la rémunération n'est pas calculée de cette manière ; mais cela ne fait pour autant pas obstacle à ce que ces mêmes contrats soient le support d'une activité de service public. C'est classiquement le cas de certains marchés publics de services, pour lesquels il conviendra d'examiner les clauses afin de déterminer si elles ne concernent que l'exécution de tâches contribuant à un service public, qui reste alors dans le giron de la personne publique, ou si, au contraire, elles opèrent le transfert de la gestion (33 bis).

La porosité des catégories de contrats publics conduit même le juge administratif à investiguer au-delà des DSP et marchés publics pour débusquer le transfert masqué qui présente alors, à la différence des précédents, un caractère illégal (34). Les meilleurs spécialistes y perdent leur latin : ainsi tel contrat (35), contesté de manière contentieuse, a successivement été qualifié en première instance de DSP (36), en appel de marché public (37) et, en cassation, de convention d'occupation domaniale (38). De ces qualifications discordantes, il se déduit que, pour le premier juge, l'activité exploitée présentait *nécessairement* les caractéristiques d'un service public, cette qualification n'étant que *possible* (mais non certaine) selon les seconds juges et ... finalement *exclue* pour les troisièmes ! Il faudrait également distinguer la

(27) 19 mai 2011 RG n° 10/04563 s. ; ces arrêts ont été cassés sur ce point (Cass. Soc. 9 octobre 2012, rectifié par arrêt du 30 janvier 2013, Bull. n° 252, préc., reproduit en sous-note 3 et sur lequel v. *infra*).

(28) c'est en particulier la question de la délimitation et de la redéfinition des subdivisions du champ de la commande publique ; v. G. Clamour, « La place de la DSP au sein de la commande publique », AJDA 2013, p. 1429.

(29) G. Clamour, Rec. Dalloz, préc.

(30) CE 19 mars 2012, *Groupe Partouche*, req. n° 341.562, Rec. Lebon, concl. N. Boulouis, AJDA 2012, p. 573.

(31) « Une telle qualification [de service public] a été contestée par la Cour des comptes, qui a souligné la difficulté de déterminer les caractéristiques des prestations offertes. Pour autant, cette qualification doit être approuvée, notamment en raison de sa conséquence procédurale. » B. Jorion, « Les délégations de casino », Droit administratif 2005, n° 1, p. 6.

(32) Antérieurement à l'arrêt *Partouche* prec. du Conseil d'Etat, la Chambre Sociale exigeait le respect d'un préavis : Cass. Soc. 18 janvier 2011, p. n° 09-40.134 ; Cass. Soc. 19 novembre 2008, p. n° 07-44.077.

(33) Cf. *supra*.

(33 bis) G. Guglielmi, « Réflexions critiques sur la notion d'externalisation » Dr. Ouv. 2008, p. 175, disp. sur le site de la revue.

(34) L'intérêt est donc moindre pour le travailiste, le délégataire de fait ne pouvant invoquer les restrictions au droit de grève.

(35) Il s'agissait de l'affichage publicitaire sur les colonnes Morris à Paris.

(36) TA Paris 24 avril 2009, n° 0516044/6-1, *CBS Outdoor*.

(37) CAA de Paris 17 octobre 2012, *Ville de Paris*, req. n° 09PA03922, AJDA 2012. 2323, concl. S. Dewailly.

(38) CE 15 mai 2013, req. n° 364.593.

DSP de l'attribution de subventions (39), distinction probablement utile dans le cadre de l'affaire *Baby Loup*, mais cet ajout nous éloignerait trop de l'espèce rapportée ci-dessus.

Ces hésitations, qui émanent de juridictions de premier plan, particulièrement formées à ce type de litiges, ne sont pas isolées (40). Elles sont symptomatiques d'une instabilité juridique, dont les causes profondes sont à rechercher dans la pénétration de l'action publique par les intérêts privés (41) ; la privatisation croissante des services publics, sous des formes plus ou moins sophistiquées (42), par le recours à des sociétés commerciales, devrait interroger sur l'extension, au bénéfice de ces dernières, de prérogatives de puissance publique portant même atteinte à des droits sociaux constitutionnellement reconnus.

Quoiqu'il en soit, l'existence de cette mission ne peut être affirmée qu'après un examen du (des) contrat(s) conclu(s) par la personne privée avec une collectivité publique ; c'est la démarche suivie par exemple par la Cour d'appel de Paris : « *la société, entreprise de droit privé, ne saurait se prévaloir en ce sens des contrats qu'elle verse aux débats, qui, en dehors du fait d'avoir été soumis à la procédure d'appels d'offres prévue par le Code des marchés publics en vue de leur conclusion, ne contiennent pour leur exécution aucune stipulation lui conférant des prérogatives de puissance publique, ou la soumettant à des obligations de service public* » (43).

Au vu de nos développements précédents, l'absence de mise en concurrence préalable et formalisée n'est pas conforme au droit positif (44) et permet d'exclure le transfert d'une mission de service public à cette société commerciale.

c. Lorsque le Conseil d'État affirme « *ces dispositions sont applicables dès lors que l'organisme en cause*

assure la gestion d'un service public, quelles que soient les modalités de dévolution du service ou de l'éventuelle rémunération du gestionnaire du service » (ci-dessus), il souligne que peu importe le support contractuel (marché public ou délégation de service public, selon la forme de la rémunération), dès lors que les clauses conduisent à transférer la gestion du service public. En cela, il reprend la formule retenue par la Chambre sociale de la Cour de cassation qui avait énoncé, au visa des articles L.2512-1 et L. 2512-2 du Code du travail, « *que les dispositions relatives à la grève dans le service public s'appliquent notamment au personnel d'une entreprise privée gérant un service public affecté à cette activité, peu important les modalités de rémunération de l'entreprise* » (45).

6. Seuls les salariés de l'entreprise directement affectés à la mission de service public sont concernés.

Les habilitations contractuelles ne concernent, bien souvent, qu'une portion des activités de l'entreprise, et non celle-ci prise dans sa globalité : une société pourra ainsi se développer autour d'un ou plusieurs contrats emportant transfert de la gestion du service public (transports urbains par exemple), et compléter son activité par des prestations commerciales qui ne relèvent pas de cette qualification (transport de personnel au profit d'entreprises, déplacements interurbains...).

Dans ce cas de figure, seule la branche d'activité relevant de la mission de service public est soumise à un obstacle au libre déclenchement de la grève par le dépôt préalable d'un préavis. C'est ce qu'énonce très clairement la jurisprudence sociale : « *il sera tout d'abord rappelé que les restrictions au droit de grève instituées initialement par la loi de 1963, et reprises par les dispositions de l'article L.2512-1 et suivantes du Code du travail, ne visent, lorsqu'il s'agit d'entreprises privées chargées de la gestion d'un service public, que*

(39) Art. 10 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000.

(40) V. par ex. l'affaire du stade Jean Bouin, CE (Sect.) 3 décembre 2010, req. n° 338.272, Leb.

(41) V. nos obs. en avant-propos du numéro spécial du Droit Ouvrier avril 2008, *Personnes publiques et personnes privées dans la gestion du service public*, disp. sur <https://sites.google.com/site/droitouvrier>

(42) G. Guglielmi, « Réflexions critiques sur la notion d'externalisation » Dr. Ouv. 2008, p. 175, disp. sur le site de la revue.

(43) CA Paris (6-1), 12 janvier 2010, RG n° 09/09369 ; pour la reconnaissance d'une telle mission concernant l'exploitation de la tour Eiffel : CA Paris (6-2) 24 mars 2011, RG n° 09/28631.

(44) CE 6 avril 2007, *Commune d'Aix en Provence*, prec. ; commentant cet arrêt, les responsables du centre de documentation du Conseil d'État énoncent : « *En cas d'appel à un tiers, le principe, affirme la décision, est le recours à un contrat, qui sera soit une délégation de service public, soit, si les modalités de rémunération du cocontractant ne sont pas substantiellement liées à l'exploitation du service, un marché public de services.*

Cela signifie nécessairement que la dévolution du service public à un tiers ne pourra se faire qu'en respectant les obligations de publicité et de mise en concurrence définies par la loi Sapin ou le Code des marchés publics. », AJDA 2007, p. 1020.

(45) Cass. Soc., 9 octobre 2012, préc., reproduit en sous-note 3 ; au cas particulier, s'agissant de la SNCF et compte tenu de l'Avis précité du Conseil d'État de 1992, il aurait pour le moins été judicieux que la Chambre sociale vise le cahier des charges de l'entreprise, texte de nature réglementaire, qui l'autorise à « *charger un autre exploitant qu'elle-même d'exploiter une ligne ou une section de ligne du réseau ferré national* » (Décret n° 83-817 du 13 septembre 1983, art. 4-1). En toute hypothèse, l'affirmation d'un transfert de cette activité est d'une légalité très douteuse : ce n'est qu'un marché de services passé pour les besoins et sous la responsabilité de l'établissement public (le cahier des charges actuel a d'ailleurs abandonné, de manière heureuse, la terminologie de « contrat d'affermage », présente encore dans l'Avis de 1992 préc.). Lorsque Michelin fournit des pneus pour des rames du métro parisien, leur caractère indispensable à la continuité du service public n'investit pour autant pas l'entreprise d'une mission de service public.

les salariés affectés à cette mission d'intérêt public, à l'exclusion de ceux affectés à des fonctions d'ordre privé » (46). Il y a donc un travail d'identification des postes à réaliser, les restrictions ne peuvent être opposées à tous indifféremment.

7. L'opposabilité du dispositif doit être conditionnée à une information préalable et transparente. On a beaucoup parlé de sécurité juridique des employeurs – qui disposent, pourtant, de bien des sources de conseil, de l'expert-comptable de la PME au service juridique pléthorique des grandes entreprises. Et si ce prisme servait aussi à affirmer l'effectivité des règles visant à la protection des travailleurs ? Comment peut-on admettre que les salariés se trouvent dans une situation où il leur est impossible de déterminer s'ils exercent un droit fondamental ou s'ils commettent une faute disciplinaire ?

Une première voie serait d'encadrer les conséquences qui résultent de l'inclusion dans le champ de l'article L. 2512-1 C. Tr. Si une réécriture par le législateur paraît peu probable, toute évolution n'est pas condamnée. Pourraient en particulier être regardées avec plus d'intensité qu'aujourd'hui les exigences d'information préalable des représentants des salariés sur leur appartenance à un secteur où la grève est réglementée (47).

a. En premier lieu, il faut affirmer avec force que les représentants du personnel ne peuvent se contenter des affirmations de leur employeur sur l'exigence légale d'un préavis. La grève est un conflit dans lequel le droit tient un rôle ambivalent : vecteur de valeurs démocratiques, il est également employé comme un outil de déstabilisation au bénéfice des puissants. L'aubaine de s'opposer à une grève par des arguties pseudo-juridiques est telle que, dans de nombreux cas, des employeurs instrumentalisent un environnement public pour exiger le respect de règles ne les concernant pourtant pas ; cette manière de faire permet d'inquiéter, voire de décourager, les velléités de résistance ! On en a eu une illustration à plusieurs reprises dans des affaires judiciaires reproduites dans ces colonnes. C'est, en particulier, dans les services annexes aux aéroports que prolifèrent ces tentatives de dévoiement ; ainsi, les prestataires successifs de marchés de transports sur pistes invoquent délibé-

rément les dispositions des articles L2512-1 et s. en entretenant une confusion : leur situation, caractérisée par un donneur d'ordre public et des contraintes de sécurité publique, ne correspondent pour autant pas à la délégation d'une mission de service public. Qu'à cela ne tienne, ces employeurs invoquent régulièrement ces dispositions pour faire obstacle à l'exercice spontané du droit de grève ; une faible part de ces manœuvres quotidiennes parvient dans les prétoires (48).

On retrouve des difficultés analogues dans des entreprises effectivement soumises au dépôt préalable d'un préavis et qui tente de les rejeter au prétexte d'irrégularités diverses. Les tribunaux judiciaires ont estimé que l'employeur ne pouvait, en cette matière, bénéficier d'un privilège du préalable en se faisant juge de la légalité des préavis ; ainsi, « *l'employeur ne pouvait, de lui-même, déclarer sans effet un préavis de grève, déposé dans les formes légales, sans avoir saisi préalablement la justice, afin qu'il soit jugé, sur le fond, si un abus du droit de grève a été commis ; en affichant une note de service en ce sens, en laissant craindre aux salariés qu'ils pouvaient faire l'objet de sanctions en cas d'arrêt de travail, la RTM a ainsi porté atteinte au droit de grève* » (49). Cette désinformation sciemment organisée ne présente pas un caractère marginal, et elle n'est pas le produit d'une mauvaise maîtrise du droit par des entreprises de petite taille. On rappellera la condamnation de pratiques d'obstruction à la SNCF, condamnation confirmée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation : le fait de menacer les agents de poursuites disciplinaires s'ils se joignaient à un préavis de grève prétendument irrégulier, alors même que sa légalité était en réalité peu douteuse et qu'aucune contestation judiciaire n'avait été introduite par l'employeur, a été jugée comme une entrave à l'exercice du droit syndical (50).

Lorsque, dans l'affaire rapportée, la Cour administrative d'appel énonçait « *qu'à l'occasion [d'une réunion du comité d'entreprise], le directeur des relations sociales de la société a confirmé l'obligation d'un délai de préavis de cinq jours ; que, dans ces conditions, M. A ne peut valablement prétendre qu'il ne savait pas qu'il participait sciemment à une grève illicite* » (51), elle fait produire des effets détermi-

(46) CA Bordeaux, préc. ; la décision est cassée, mais sur un tout autre point. Le même travail d'identification est réalisé à propos des marins de la SNCM dans CA Aix-en-Provence, 20 décembre 2012, RG n° 12/02369.

(47) L'information individuelle des salariés a déjà fait l'objet d'arrêts qui ne sont pas toujours eux-mêmes à l'abri de la critique : Cass. Soc. 11 janv. 2007, Bull. n°2 ; Cass. Soc. 25 février 2003, Bull. n°63, Dr. Ouv. 2003 p.533 n. F. Saramito.

(48) CA Paris, 3 juin 2008, *Airelle*, Dr. Ouv. 2009, p.57, n. A. Mazières et F. Saramito ; CA Paris 11 janvier 2002, Dr. Ouv. 2003, p.418 et nos obs., Dr. Soc. 2003, p.567, n. J. Chorin ; en matière de collecte et traitement des déchets : CA Paris, 12 janvier 2010, préc. V. également, mais selon une perspective différente : TGI Paris 4 février 1997, Dr. Ouv. 1997, p.427, n. F. Saramito.

(49) CA Aix 22 janvier 2013, RG n° 12/04174.

(50) Cass. Crim. 26 mars 2008, n° 07-84.308, Dr. Ouv. 2009, p.56, n. A. Mazières et F. Saramito.

(51) CAA Douai (3^{ème} ch.), 24 mai 2012, préc.

nants à une déclaration péremptoire. À rebours d'une démarche visant à la protection de l'exercice d'un droit fondamental, le juge administratif s'affranchit de la moindre recherche permettant d'étayer, *a priori*, le caractère crédible des informations de l'employeur. Ce faisant, il ressuscite et étend l'ancien article 1781 du Code civil, selon lequel « *Le maître est cru sur son affirmation* ».

b. Comment, en pratique, s'assurer d'une information transparente des organisations syndicales qui sont les auteurs du préavis ? Les juges pourraient tenir compte de plusieurs éléments pour apprécier cette connaissance. En premier lieu, la signature d'un marché public ou d'une délégation de service public n'est pas un acte anodin, ni même fréquent dans une entreprise ; il intervient, le plus souvent, après une très forte mobilisation des équipes et génère un chiffre d'affaires très substantiel. Son influence sur « *la marche générale de l'entreprise* » n'est guère discutable, une information-consultation détaillée (52) du comité d'entreprise constitue l'occasion d'exposer les opportunités pour l'entreprise, mais également les contraintes – parfois nouvelles – pour le personnel. Une telle démarche faciliterait l'opposabilité aux organisations syndi-

cales, d'autant que le comité pourrait interroger la nature juridique et le contenu de la convention pour en vérifier la portée contraignante.

Une autre voie concerne les échanges avec l'inspection du travail : s'agissant d'une entreprise disposant, par hypothèse, d'une représentation du personnel et entrant dans une période de conflit, il est peu probable que l'administration n'ait pas été saisie, surtout si un différend d'interprétation juridique se surajoute au conflit. Là aussi, la réponse apportée par l'administration du travail pourrait constituer un élément fort d'opposabilité.

Enfin, bien entendu, l'employeur conserve la possibilité d'agir en référé et de communiquer le résultat de son action au personnel afin de faire cesser les comportements contraires.

En l'absence de l'une ou l'autre de ces sources d'information émanant de tiers au conflit, il est très choquant d'entériner la sanction infligée d'office aux salariés : la « *conscience d'enfreindre ces dispositions* », pourtant inscrite dans la motivation, ne constitue qu'une figure de style.

Arnaud Mazières, *Juriste d'entreprise*

(52) *i.e.* comprenant la transmission du contrat.

Annexes :

SERVICE PUBLIC Mission de service public – Exécution par une personne privée (deux espèces) – Caractérisation – Conditions – Mission d'intérêt général – Appréciation du rôle de l'administration dans les conditions de création et de fonctionnement de la personne privée (première espèce) – Habilitation – Conditions – Existence d'un contrat de DSP ou d'un contrat de marché public entre la personne publique et le délégataire (deuxième espèce).

Sous-note 1 :

CONSEIL D'ÉTAT (Sect.) 22 fév. 2007

APREI (req. n° 264.541, Rec. Lebon)

(extrait)

Considérant qu'indépendamment des cas dans lesquels le législateur a lui-même entendu reconnaître ou, à l'inverse, exclure l'existence d'un service public, une personne privée qui assure une mission d'intérêt général sous le contrôle de l'administration et qui est dotée à cette fin de prérogatives de puissance publique est chargée de l'exécution d'un service public ; que, même en l'absence de telles prérogatives, une personne privée doit

également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission.

Sous-note 2 :

CONSEIL D'ÉTAT (Sect.) 6 avr. 2007

Commune d'Aix en Provence (req. n° 284.736, Rec. Lebon)

(extrait)

Considérant que, lorsque des collectivités publiques sont responsables d'un service public, elles peuvent, dès lors

que la nature de ce service n'y fait pas par elle-même obstacle, décider de confier sa gestion à un tiers ; qu'à

cette fin, sauf si un texte en dispose autrement, elles doivent en principe conclure avec un opérateur, quel que soit son statut juridique et alors même qu'elles l'auraient créé ou auraient contribué à sa création ou encore qu'elles en seraient membres, associés ou actionnaires, un contrat de délégation de service public ou, si la rémunération de leur cocontractant n'est pas substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service, un marché public de service ; qu'elles peuvent toutefois ne pas passer un tel contrat lorsque, eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquelles il l'exerce, le tiers auquel elles s'adressent ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel ;

Considérant que, lorsqu'elles sont responsables d'un service public, des collectivités publiques peuvent aussi décider d'en assurer directement la gestion ; qu'elles peuvent, à cette fin, le gérer en simple régie, ou encore, s'il s'agit de collectivités territoriales, dans le cadre d'une régie à laquelle elles ont conféré une autonomie financière et, le cas échéant, une personnalité juridique propre ; qu'elles doivent aussi être regardées comme gérant directement le service public si elles créent à cette fin un organisme dont l'objet statutaire exclusif est, sous réserve d'une diversification purement accessoire, de gérer ce service et si elles exercent sur cet organisme un

contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services leur donnant notamment les moyens de s'assurer du strict respect de son objet statutaire, cet organisme devant en effet être regardé, alors, comme n'étant pas un opérateur auquel les collectivités publiques ne pourraient faire appel qu'en concluant un contrat de délégation de service public ou un marché public de service ; qu'un tel organisme peut notamment être mis en place lorsque plusieurs collectivités publiques décident de créer et de gérer ensemble un service public ;

Considérant en outre que, lorsqu'une personne privée exerce, sous sa responsabilité et sans qu'une personne publique en détermine le contenu, une activité dont elle a pris l'initiative, elle ne peut, en tout état de cause, être regardée comme bénéficiant de la part d'une personne publique de la dévolution d'une mission de service public ; que son activité peut cependant se voir reconnaître un caractère de service public, alors même qu'elle n'a fait l'objet d'aucun contrat de délégation de service public procédant à sa dévolution, si une personne publique, en raison de l'intérêt général qui s'y attache et de l'importance qu'elle revêt à ses yeux, exerce un droit de regard sur son organisation et, le cas échéant, lui accorde, dès lors qu'aucune règle ni aucun principe n'y font obstacle, des financements.

Sous-note 3 :

GRÈVE Service public – Champ d'application – Interruption d'une ligne SNCF – Société privée de transport routier chargée d'une tâche temporaire de remplacement – Application (oui).

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 9 octobre 2012
Citram Aquitaine contre Force Ouvrière (n°11-21.508 s.)

Vu les articles L. 2512-1 et L. 2512-2 du code du travail ;

Attendu que les dispositions relatives à la grève dans le service public s'appliquent notamment au personnel d'une entreprise privée gérant un service public affecté à cette activité, peu important les modalités de rémunération de l'entreprise ;

Attendu, selon les arrêts attaqués, qu'à la suite d'un appel d'offre organisé par la SNCF, la société Citram Aquitaine s'est vu confier, pour la période du 8 au 11 mai 2008, le transport des voyageurs entre les gares de Bordeaux et de Libourne et entre celles de Bordeaux et Saint-Mariens, le trafic ferroviaire devant être interrompu sur ces lignes en raison de la réalisation de travaux ; que le syndicat Force ouvrière transports et logistique de la Gironde a notifié à la société Citram Aquitaine le 6 mai 2008 un préavis de grève pour le 8 mai suivant ;

Attendu que pour annuler les mises à pieds disciplinaires notifiées aux salariés ayant participé au mouvement de grève et débouter la société de ses demandes dirigées contre le syndicat Force ouvrière du chef du caractère illicite du préavis, l'arrêt retient que la société ne peut être regardée comme étant chargée de la gestion d'un service public, le contrat passé avec la SNCF étant prévu à forfait ;

Qu'en statuant ainsi, tout en relevant que la société Citram Aquitaine participait à l'exécution d'un service public de transport de personnes, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi incident éventuel ;

Casse et annule, mais seulement en ce qu'ils ont dit que les mises à pied disciplinaires étaient sans fondement, les ont annulées, ont condamné la société Citram Aquitaine à restituer les salaires retenus avec intérêts au taux légal et l'ont déboutée de ses demandes du chef du caractère illicite du préavis de grève dirigées contre le syndicat Force ouvrière transports et logistique de la Gironde, les arrêts rendus le 19 mai 2011, entre les parties, par la cour d'appel de Bordeaux ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant lesdits arrêts et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Poitiers ;

(M. Lacabarats, prés. – M. Struillou, rapp. – M. Aldigé, av. gén. – SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, SCP Waquet, Farge et Hazan, av.)