

## Transfert d'entreprise

**TRANSFERT D'ENTREPRISE – Effets sur le contrat de travail – Poursuite de l'activité par une autre société parallèlement à la procédure collective – Licenciement prononcé par le liquidateur privé d'effet – Action à l'encontre du cédant ou du cessionnaire – Droit d'option du salarié – Option limitée à l'absence de rétractation du licenciement dans le délai de préavis.**

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.)  
11 mars 2003

V. contre **Gauthier**

Attendu que M. V., entré en 1965 au service de la société Plast'lux, a été licencié le 30 juillet 1998, pour motif économique par le liquidateur judiciaire, après l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire à l'égard de cette société, ensuite placée le 20 juillet 1998 en liquidation judiciaire; qu'alors que le préavis prenait fin au 3 novembre 1998, une société Ever Plast, poursuivant l'activité de la société Plast'lux, lui a vainement proposé le 1<sup>er</sup> septembre 1998 de le conserver à son service; que le 5 novembre 1998, le liquidateur judiciaire a fait savoir à ce salarié que l'activité de la société Plast'lux avait été reprise par une société Ever Plast et qu'en conséquence son licenciement était devenu sans effet;

Sur le moyen unique, pris en ses quatre premières branches :

Attendu que M. V. fait grief à l'arrêt attaqué (Rennes, 30 janvier 2001) d'avoir dit qu'il y avait eu transfert d'une entité économique autonome dans les conditions de l'article L. 122-12 du Code du travail, entraînant le transfert du contrat de travail à la société Ever Plast, et de l'avoir en conséquence débouté de ses demandes relatives à des créances d'indemnités de préavis, de congés payés et de licenciement alors, selon le moyen :

1) que l'ordonnance de référé rendue le 20 novembre 1998 par le tribunal de commerce dans une affaire opposant le liquidateur judiciaire à la société Ever Plast, a constaté que par jugement du 20 juillet 1998, le Tribunal avait rejeté le plan de cession présenté par la société Ever Plast et avait prononcé la liquidation judiciaire de la société Plast'lux; que le Tribunal de commerce a relevé que « bientôt » la société Ever Plast s'était comportée comme si elle était propriétaire du fonds, installant notamment ses bureaux dans un local adjacent à ceux de Plast'lux, plaçant dans le même hall d'entrée une boîte à lettre SA Ever Plast, à côté de celle de Plast'Lux, tout en reprenant le dirigeant de cette dernière, licencié suite à la liquidation judiciaire; que la seule date citée est celle du 16 juillet 1998, à laquelle il a été constaté que la société Ever Plast prospectait la clientèle de la société Plast'lux; qu'en estimant qu'il ressortait de l'ordonnance de référé susvisé que « dès avant le prononcé de la liquidation judiciaire de la société Plast'lux », la société Ever Plast s'était comportée comme le propriétaire du

1996, n° 94-44629. En revanche, la prolongation du préavis en cas de démission n'est pas admise par la Cour de cassation (Soc. 10 décembre 1987, n° 85-41917).

(21) Soc. 13 novembre 2001, *Travail et Protection sociale*, janvier 2002, n° 6, p. 11.

(22) *Supra* I.

(23) Soc. 19 juin 2002, *Juris-Data*, n° 2114.

(24) P. Waquet, *Petite chronique de droit disciplinaire, Droit Social*, septembre-octobre 2002, p. 862.

(25) Soc. 12 juin 1985, *Bull. civ.*, n° 333, p. 240; Soc. 17 janvier 1990, *Bull. civ.*, V, n° 14, p. 9; Soc. 11 décembre 1991, *Bull. civ.*, n° 573, p. 356.

(26) En dépit de l'existence d'une lettre de notification.

(27) *Droit et Changement Social UMR-CNRS 6028/MSH Guépin* (Université de Nantes) et *Centre d'Etudes et de Recherches sur les Organisations* (Université de Bretagne-Sud).

fonds, pour en déduire qu'il y avait eu transfert d'une entité économique autonome dans les conditions de l'article L. 122-12 du Code du travail avant le licenciement de M. V., quand pourtant l'ordonnance ne mentionnait pas, mis à part la prospection de la clientèle, que le comportement de l'intéressée avait eu lieu « avant le prononcé de la liquidation judiciaire de la société Plast'lux », la Cour d'appel a dénaturé l'ordonnance du 20 novembre 1998 et violé l'article 11-34 du Code civil ;

2) qu'en toute hypothèse, le transfert d'une entité économique dans les conditions de l'article L. 122-12 du Code du travail ne saurait résulter d'un comportement de parasitisme illicite de la part du prétendu repreneur ; qu'en l'espèce, l'ordonnance de référé du 20 novembre 1998, rendue par le Tribunal de commerce dans une affaire opposant le liquidateur judiciaire de la société Plast'lux à la société Ever Plast, a constaté l'existence d'un trouble manifestement illicite résultant du comportement de la société Ever Plast qui avait procédé à un détournement du fonds de commerce de la société Plast'lux à son profit ; qu'à l'appui de sa décision, le Tribunal de commerce a relevé que la société Ever Plast, dont le plan de cession de la société Plast'lux avait été rejeté, faute de justifier d'un prix suffisant, s'était alors comportée comme si elle était propriétaire du fonds, en se présentant comme le repreneur du fonds, créant une confusion dans l'esprit de la clientèle ; qu'en se fondant sur cette ordonnance, qui constatait l'existence d'un comportement illicite de la part de la société Ever Plast, qui s'était illégalement immiscée dans la gestion de la société Plast'lux sans son accord, pour décider qu'il y avait eu transfert d'une entité économique autonome dans les conditions de l'article L. 122-12 du Code du travail, la Cour d'appel a violé l'article susvisé ;

3) que tout jugement doit contenir une motivation propre ; qu'il ne peut se référer, sans autre examen, à une décision antérieure ayant un objet différent et rendue dans une autre instance entre des parties différentes, et qui n'a pas autorité de la chose jugée ; qu'en se référant aux motifs de l'ordonnance de référé rendue le 20 novembre 1998 par le Tribunal de Grasse, qui avait constaté qu'il y avait eu détournement du fonds de la société Plast'lux par la société Ever Plast, pour en déduire qu'il y avait eu transfert d'une entité économique dans les conditions de l'article L. 122-12 du Code du travail, sans procéder à des constatations propres, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 122-12 du Code du travail ;

4) qu'en toute hypothèse, la mise en œuvre de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail ne s'impose que s'il y a transfert d'une entité économique qui a conservé son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise ; qu'en l'espèce, la société Plast'lux avait deux activités distinctes, l'une de distribution, l'autre de fabrication ; qu'en constatant, pour établir le transfert d'une entité économique autonome dans les conditions de l'article L. 122-12 du Code du travail, que la société Ever Plast avait installé ses bureaux dans les locaux de la société Plast'lux, reprenant tous ses documents commerciaux, son matériel, une partie de ses représentants, son dirigeant, ses contrats et sa clientèle pour poursuivre la même activité, sans caractériser la nature et le caractère autonome de l'activité ainsi poursuivie, et donc sans rechercher si le contrat de travail de M. V. était susceptible de correspondre à cette dernière, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale, au regard de l'article susvisé ;

Mais attendu que le transfert d'une entité économique maintenant son identité, entendue comme un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre, entraîne de plein droit la poursuite des contrats de travail qui y sont attachés avec le repreneur et prive d'effet les licenciements prononcés à l'occasion du transfert ;

Et attendu que la Cour d'appel, appréciant les éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, sans limiter son

examen à la seule motivation d'une ordonnance de référé, a constaté qu'avant même la notification du licenciement, la société Ever Plast avait pris possession de l'ensemble des éléments corporels et incorporels de la société Plast'lux, en continuant les contrats de travail d'une partie de son personnel, et poursuivi l'activité de cette dernière ; qu'elle a pu déduire de ces constatations que le fonds de la société Plast'lux avait été transféré à la société Ever Plast, sans perdre alors son identité et qu'en conséquence le licenciement de M. V., prononcé par le liquidateur, était sans effet ;

Que le moyen n'est pas fondé en ses quatre premières branches ;

Et, sur les deux dernières branches du moyen :

Attendu que M. V. fait encore grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit qu'il y avait eu transfert d'une entité économique autonome dans les conditions de l'article L. 122-12 du Code du travail, d'avoir considéré qu'il y avait eu transfert du contrat de travail à la société Ever Plast et de l'avoir débouté de ses demandes alors, selon les cinquième et sixième branches du moyen :

1) que la nullité du licenciement est une nullité d'ordre public de protection ; que, dès l'instant qu'il est notifié, le licenciement ne peut être annulé unilatéralement par l'employeur, qui ne peut revenir sur sa décision qu'avec l'accord du salarié ; qu'en l'espèce, M. V., qui a été licencié le 30 juillet 1998 par le liquidateur judiciaire de la société Plast'lux, s'est toujours opposé à une éventuelle poursuite ultérieure de son contrat de travail au sein de la société Ever Plast, à supposer qu'il y ait eu reprise par cette dernière du fonds de la société Plast'lux ; que la relation contractuelle s'est donc nécessairement interrompue à la date du 30 juillet 1998 ; qu'en décidant néanmoins que du fait de l'application L. 122-12 du Code du travail, le licenciement de M. V. prononcé le 30 juillet 1998 était nul et de nul effet, sans rechercher, comme elle y était pourtant invitée par le salarié, si l'intéressé ne s'était pas opposé à l'offre faite par son employeur de poursuivre son contrat de travail après la notification de son licenciement, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 122-14-3 du Code du travail ;

2) que tout salarié est en droit de refuser le jeu de l'article L. 122-12 du Code du travail, qui contient uniquement des dispositions d'ordre public destinées à le protéger ; qu'en décidant le contraire, la Cour d'appel a violé l'article susvisé ;

Mais attendu que le transfert d'une entité économique autonome entraîne de plein droit le maintien, avec le nouvel employeur, des contrats de travail qui y sont attachés et prive d'effet les licenciements prononcés par le cédant pour motif économique ; que si le salarié licencié à l'occasion d'un tel transfert a le choix de demander au repreneur la poursuite du contrat de travail rompu ou de demander à l'auteur du licenciement la réparation du préjudice en résultant, le changement d'employeur s'impose toutefois à lui lorsque le cessionnaire l'informe, avant l'expiration du préavis, de son intention de poursuivre, sans modification, le contrat de travail ;

Et attendu, qu'ayant constaté que le fonds de la société Plast'lux avait été repris par la société Ever Plast, laquelle en avait poursuivi l'exploitation en proposant au salarié licencié, pendant le préavis, de maintenir son contrat de travail, la Cour d'appel en a exactement déduit que l'intéressé ne pouvait se prévaloir des conséquences du licenciement, à l'égard de la société Plast'lux ;

PAR CES MOTIFS :

Rejette le pourvoi.

(M. Sargos, prés. - M. Bailly, cons. rapp. - M. Kehrig, av. gén. - SCP Gatineau, SCP Bachellier et a., av.)

NOTE 1. – Dans une note de l'été 2002, le Droit Ouvrier saluait, à juste titre, les solutions dégagées par l'arrêt *Maldonado/Fina France* du 20 mars 2002 (1) et l'émergence d'une nullité relative ou de protection s'attachant aux dispositions de l'article L. 122-12 du Code du travail (2).

L'arrêt *Maldonado* semblait effectivement marquer une rupture avec la jurisprudence antérieure de la Chambre sociale de la Cour de cassation inaugurée par l'arrêt *Guermonprez* (3).

L'attendu de principe de cette décision était le suivant :

*“Mais attendu que le licenciement d'un salarié prononcé à l'occasion du transfert d'une entité économique autonome dont l'activité est poursuivie est privé d'effet ; que le salarié peut, à son choix, demander au repreneur la poursuite du contrat de travail illégalement rompu ou demander à l'auteur du licenciement illégal la réparation du préjudice en résultant”.*

On peut, au préalable, regretter que la Cour de cassation évoque un licenciement “sans effet” alors qu'il eut été plus simple, et plus clair, de parler des licenciements “nuls”, cette nullité ne faisant pas de doute et ayant été réaffirmée à plusieurs reprises par la Haute Juridiction (4).

Jusqu'à l'intervention de l'arrêt *Guermonprez*, la jurisprudence donnait à la nullité attachée aux dispositions de l'article L. 122-12 du Code du travail des conséquences différentes selon que le salarié avait continué d'exercer ses fonctions au service du nouvel employeur (5), ce principe étant vérifié même en cas de réembauche par le cessionnaire après une suspension d'activité (6), ou, au contraire, la mesure était différente lorsque les salariés avaient accepté la mesure de congédiement dont ils avaient fait l'objet et avaient cessé leur travail, sans passer au service du nouvel employeur (7).

Il est vrai que les premières décisions étaient fréquemment rendues, à la requête de l'AGS, dans l'hypothèse d'entreprises ayant fait l'objet d'une procédure collective, la nullité apparaissant surtout comme un moyen d'éviter à l'AGS la prise en charge des indemnités de rupture dès lors que le salarié avait été repris par le cessionnaire.

L'application de l'article L. 122-12 du Code du travail se caractérisait ainsi par une “géométrie variable” au gré des intérêts économiques ou sociaux considérés comme étant dignes d'être protégés.

C'est ainsi que l'intérêt des salariés prévaudra sur celui de l'AGS à l'occasion d'une reprise de l'activité d'une entreprise en liquidation judiciaire par une société constituée par les salariés qui l'avaient créée et dont

manifestement les indemnités de rupture avaient servi à la constitution du capital social de la société repreneuse (8).

Dans cette hypothèse, des salariés avaient vu leurs contrats de travail poursuivis par la société repreneuse qui était devenue l'employeur de ses propres associés.

Pour autant, la Cour de cassation retient dans cette hypothèse que les licenciements étaient devenus définitifs, avaient produit tous leurs effets en sorte qu'ils n'étaient plus en cours au jour où la nouvelle société était devenue l'employeur de ses propres associés...

Ce même opportunisme fera prévaloir les intérêts de l'AGS dans la solution *Guermonprez* dont l'injustice était d'interdire au salarié licencié, et dont le contrat de travail ne s'était pas poursuivi avec le repreneur, de considérer son licenciement comme étant définitivement acquis et d'exercer un recours indemnitaire contre l'auteur de la rupture (9).

L'attendu de principe, ou supposé comme tel, de l'arrêt du 20 mars 2002, en consacrant à un droit d'option du salarié à la poursuite de son contrat de travail vis à vis du cessionnaire, ou à l'indemnisation de son préjudice vis à vis de l'auteur de la rupture, généralisait une solution simple et efficace conforme à deux principes constants du droit positif :

- à l'égard du salarié, le licenciement, même nul, est définitivement acquis et ne peut être rétracté sans son accord ;
- la garantie de l'emploi de l'article L. 122-12 n'interdit pas au salarié de considérer son contrat de travail comme rompu.

Par ailleurs, l'action récursoire permettait aux employeurs successifs de “régler leurs comptes” sans qu'il soit porté atteinte à l'action du salarié, à la juridiction prud'homale d'apprécier leurs responsabilités réciproques dans la violation des dispositions de l'article L. 122-12 du Code du travail, et à l'AGS de ne pas supporter, *in fine*, la charge financière d'indemnités de rupture illicitement exposées.

L'attendu de principe de l'arrêt du 11 mars 2003 (ci-dessus) réaffirme :

- que le licenciement intervenu en violation d'un transfert d'activité est privé d'effet ;
- que le salarié licencié à l'occasion d'un transfert d'activité bénéficie d'un droit d'option.

Pour autant, ce droit d'option est singulièrement restreint et conditionné par l'attitude du salarié et le comportement du cessionnaire.

(1) Pascal Moussy, *Dr. Ouv.*, juillet 2002, p. 372 et 373 ; v. également les obs. contenues dans le rapport annuel de la Cour de Cassation reproduites en p. 325 du présent numéro.

(2) Michel Henry : “Retour du côté de *Guermonprez*”, *Dr. Ouv.*, juillet 2000, p. 273.

(3) 20 janvier 1998, *Droit social* 1998, p. 1019.

(4) A titre d'exemple : *Cass. Soc.*, 15 décembre 1998, *Bulletin V* n° 549.

(5) *Cass. Soc.* 28 mai 1997 : *Assedic de la Région d'Orléans c/ Jamet* n° 2324, *RJS* 8-9/97 n° 952.

(6) *Cass. Soc.*, 25 juin 1996 : *SA Castel Fromaget c/ Erisson* : *RJS* 10/96 n° 1017.

(7) *Cass. Soc.*, 5 janvier 1995 : *Messibah et Bakouche c/ Sté Nouvelle des Impressions Sowac* ; *Droit Social* 1998, p. 1021 ; 11 mars 1992, *bulletin V* n° 170.

(8) *Cass. Soc.*, 12 novembre 1997 : *Assedic Drôme Ardèche c/ Glandu et autres*, *Droit social*, janvier 1998, p. 93.

(9) Michel Henry *in Droit social*, décembre 1998, p. 1019 et s.

Le salarié n'est plus en droit de considérer son contrat de travail comme rompu et le changement d'employeur s'impose à lui si les conditions suivantes sont réunies :

- le transfert d'activité a lieu avant l'expiration du préavis,
- le salarié est informé par le cessionnaire, dans le même délai, de l'intention de celui-ci de poursuivre le contrat de travail,
- la poursuite du contrat de travail s'effectue sans modification.

Pourtant, le salarié, qui a refusé de considérer son licenciement comme sans effet, et qui n'a pas été repris par le cessionnaire, a bien subi un préjudice dont il ne sera pas indemnisé étant condamné à la poursuite de son contrat de travail.

Cette atteinte au droit du salarié de considérer son licenciement comme définitivement acquis dès lors qu'il a été prononcé ne repose sur aucun principe.

La solution est pour le moins étrange qui fait osciller la sanction de la violation de l'article L. 122-12 entre une nullité d'ordre public et une nullité relative ou de protection au fil d'événements ou de comportements du salarié, postérieurs au licenciement, et qui *a priori* sont indifférents pour en apprécier la portée et la régularité.

Dans tous les cas, ce qui est nul au sens des dispositions de l'article L. 122-12 du Code du travail c'est l'acte de licencier, la nullité sanctionnant la faute de l'auteur de la rupture.

La solution de l'arrêt du 11 mars 2003 revient à exonérer ce dernier de toute responsabilité et ce, sans aucune raison.

Elle ne prend pas en considération les conséquences sociales et humaines d'un licenciement. Il est légitime qu'un salarié fautivement exclu de son emploi et de son entreprise n'ait aucune envie d'y retourner.

De même, il est loin d'être inconcevable qu'un salarié licencié en violation de l'article L. 122-12 du Code du travail, dispensé de son préavis, puisse rapidement retrouver un emploi dans une autre entreprise, emploi qu'il aura quelque scrupule à remettre en cause au regard d'une offre d'emploi émanant d'un cessionnaire qu'il ne connaît pas et qui, comme en l'espèce, reprend sans garantie de maintien durable, une activité ayant fait l'objet d'une liquidation judiciaire.

Dans ces hypothèses, l'action du salarié sollicitant l'indemnisation de son licenciement, doit être considérée comme légitime.

Il est par contre illégitime que l'auteur fautif de la rupture du contrat de travail soit exonéré de responsabilité sans n'avoir rien fait pour ce faire, et que le salarié (et son conseil) soit renvoyé aux difficultés stigmatisées dans les notes de Michel Henry visées ci-dessus.

On ne peut donc que regretter les restrictions au droit d'option apportées par l'arrêt du 11 mars 2003.

Mais on peut relever que le principe dégagé par cette décision était déjà en gestation dans l'arrêt du 20 mars 2002, dont les circonstances de fait révélaient qu'en cours de préavis dont ils avaient été dispensés d'exécution, les salariés avaient refusé une offre de poursuite de leur contrat de travail *modifiant leurs conditions de rémunération et leur ancienneté*.

La lecture de cette décision a peut-être été un peu rapide...

A l'heure où la Chambre sociale de la Cour de cassation cherche à unifier le régime des sanctions de la nullité du licenciement, la restriction du 11 mars 2003 apparaît anachronique.

La Cour de cassation réaffirme que le salarié victime d'un licenciement nul et qui ne réclame pas sa réintégration, ou la remise en état de son contrat de travail, peut prétendre à l'égard de l'auteur de la rupture, à l'indemnisation de son préjudice.

Cette solution a été réaffirmée pour la nullité de l'article L. 122-45 du Code du travail (10) pour les salariés protégés (11), et plus récemment pour la protection de la maternité alors que dans ce domaine la Cour de cassation avait toujours dénié aux salariées concernées un droit à réintégration (12).

Il n'y a aucune raison d'exclure de ce choix le salarié victime d'un licenciement nul comme étant intervenu en violation des dispositions de l'article L. 122-12 du Code du travail même si la réintégration lui a été proposée avant la fin de son préavis.

**Paul Darves-Bornoz**

NOTE 2. – Si la bataille menée par ceux qui militent pour la reconnaissance d'un véritable droit d'option du salarié concerné par une opération de transfert se révèle difficile, elle n'en est pas pour autant achevée.

La lecture du rapport du conseiller Pierre Bailly (13) sous l'arrêt du 11 mars 2003 invitent même à l'optimisme ceux qui sont convaincus que s'inscrit dans la durée la tâche de faire revenir la Chambre sociale de la Cour de cassation aux sources de l'article L. 122-12 du Code du travail et de faire émerger une jurisprudence française en harmonie avec les principes protecteurs du droit européen.

Pierre Bailly admet que les motifs tenant à la personne du nouvel employeur ne sont pas « négligeables » dans un contrat conclu *intuitu personae*. Surtout si l'on veut bien se souvenir qu'il ressort des termes mêmes de la directive 91/533/CEE du 14 octobre 1991 (14) que « l'identité des parties » est un « élément essentiel » du contrat ou de la relation de travail. Il est dès lors tout à fait légitime de soutenir que le changement d'employeur imposé est constitutif d'une modification dont le refus est susceptible de provoquer une rupture qui ne peut être traitée sous l'angle de la démission.

L'honorable conseiller, évoquant la jurisprudence allemande respectueuse du droit d'option du salarié,

(10) Cass. Soc., 27 juin 2000, Bulletin V n° 250.

(11) Cass. Soc., 12 juin 2001 : bulletin V n° 219.

(12) Cass. Soc., 17 décembre 2002, RJS 3/2003 n° 337.

(13) Dr. Soc. 2003, 474 et s.

(14) Liaisons sociales, Législation sociale, n° 6600 du 2 décembre 1991.

reconnaît également qu'il y a matière à s'interroger sur la pertinence de l'analyse qui voit dans l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail la manifestation d'un ordre public de direction, orienté vers la stabilité de l'emploi, auquel le salarié lui-même ne peut renoncer.

Il est plus que jamais essentiel que les juges du fond, qui ont mesuré toutes les implications de la portée protectrice des règles de droit du travail relatives aux transferts d'entreprises, continuent de résister à la position quasi-totalitaire réaffirmée par l'arrêt du 11 mars 2003 en

rappelant que les dispositions de l'article 23 de la loi du 19 juillet 1928 (devenu ensuite l'article L. 122-12, al. 2) avaient pour objet, en dépit de la dénaturation entreprise à partir de 1956 par la Cour de cassation, d'assurer uniquement au profit du travailleur la stabilité de l'emploi et que l'ordre public de protection qui nourrit les textes européens sur le transfert d'entreprise a pour nécessaire corollaire un entier droit d'option en faveur du travailleur concerné par une opération de transfert (15).

**Pascal Moussy**

-----  
(15) Voir dans ce sens P. Moussy, note sous CJCE 16 décembre 1992, *Katsikas c/ Constantinidis*, Dr. Ouv. 1999, 421 et s.