

TRANSFERT D'ENTREPRISE – Condition – Information des salariés en l'absence de représentants du personnel – Obligation résultant de la directive 2001/23 – Défaut de transposition – Indemnisation du préjudice (non).

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 18 novembre 2009

Open Cascade contre **N. et a.** (pourvoi n° 08-43.397)

Vu l'article 249 du traité instituant la Communauté européenne et l'article L. 1224-1 du code du travail ;

Attendu, selon les arrêts attaqués, que les contrats de travail de MM. N. et Y..., employés par la société Open Cascade en qualité, respectivement, d'ingénieur chef de service et de technicien supérieur, ont été transférés à la société Siget le 1^{er} octobre 2004 ;

Attendu que pour condamner l'employeur à payer aux salariés des dommages-intérêts pour défaut d'information

préalable au transfert de leurs contrats de travail, les arrêts retiennent que selon l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail ce texte, tel qu'interprété à la lumière de la directive n° 2001/23/CE du 12 mars 2001, en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur, lorsque comme en l'espèce, il n'y a pas de représentants du personnel dans l'entreprise, les travailleurs concernés par le transfert doivent être informés préalablement, de la date fixée ou proposée pour le transfert, du motif du transfert, des conséquences

juridiques économiques ou sociales du transfert pour les travailleurs et des mesures envisagées à l'égard de ces derniers ; que la non-information des salariés sur les modalités et les conséquences du transfert de leurs contrats de travail est constitutif pour eux d'un préjudice ;

Qu'en statuant ainsi, alors que l'article 7, alinéa 6, de la directive susvisée, invoqué par les salariés, n'a pas été transposé en droit interne, de sorte qu'il ne pouvait créer d'obligation à la charge de la société *Open Cascade*, la Cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

Casse et annule, dans toutes leurs dispositions, les arrêts rendus le 20 mai 2008, entre les parties, par la Cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, 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 Paris, autrement composée ;

(Mme Collomp, prés. – M. XXX, rapp. – M. XXX, av. gén. – SCP Célice, Blancpain et Soltner, av.)

Note.

L'arrêt *Open Cascade* de la chambre sociale de la Cour de cassation du 18 novembre 2009 (1) porte à nouveau sur les relations entre la directive 2001/23 relative au transfert d'entreprise et le droit français (2). Cette fois-ci, ce n'est pas la notion de transfert qui est en cause mais la question de l'information et de la consultation lors de cette opération. Deux contrats de travail avaient été transférés en application de l'article L. 1124-1 du Code du travail, sans qu'il y ait eu d'information des travailleurs effectuée par le cédant, préalablement à ce transfert.

La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 20 mai 2008, condamne le cédant à payer aux salariés des dommages-intérêts pour défaut d'information préalable au transfert de leurs contrats de travail. La Cour d'appel fonde sa décision sur une interprétation de l'article L. 1224-1 du Code du travail, à la lumière de la directive 2001/23/CE du 12 mars 2001 relative au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise. Cette directive impose aux Etats membres de prévoir à la charge du cédant et du cessionnaire, une procédure d'information-consultation des représentants de leurs travailleurs respectifs concernés par le transfert. Au cas où il n'y aurait pas de représentants des travailleurs pour des motifs indépendants de leur volonté, les Etats membres prévoient que les travailleurs concernés sont informés préalablement de la date fixée ou proposée pour le transfert, du motif du transfert, des conséquences juridiques, économiques et sociales du transfert pour les travailleurs et des mesures envisagées à l'égard des travailleurs (art. 7, § 6, dir. 2001/23). C'est au regard de cette dernière disposition que la Cour d'appel de Paris fait une interprétation conforme de l'article L. 1224-1 du Code du travail pour en déduire que la non-information des salariés préalable au transfert est constitutive pour eux d'un préjudice.

La Chambre sociale de la Cour de cassation casse cette décision au motif que l'article 7 § 6 de la directive 2001/23 n'a pas été transposé en droit interne, « de sorte qu'il ne pouvait créer d'obligation à la charge de la société *open Cascade* » et qu'elle a violé l'article 249 al. 3 du traité CE (3) (« La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ») et l'article L. 1224-1 du Code du travail.

Nous nous trouvons ici dans une situation paradoxale où l'Etat membre n'a pas respecté son engagement communautaire de transposition mais n'a pas à craindre une interprétation conforme du droit national à la directive non-transposée. Cela surprend d'autant plus qu'en l'espèce, il s'agit de donner un droit d'information aux travailleurs.

Avant d'étudier les potentialités limitées de l'interprétation conforme (II), il convient de voir l'état du droit français sur l'information des travailleurs préalable au transfert prévue par la directive 2001/23 (I).

I. L'information des travailleurs préalable au transfert et le droit français

La question technique de la transposition de la directive 2001/23 en droit français est problématique (4). D'une part, il s'agit d'une directive de codification, qui ne remet donc pas en cause les délais de transposition de la directive 77/187 d'origine et ceux de sa modification par la directive 98/50. Or, en droit français, la mise en œuvre de la directive résulte, sauf pour quelques questions (5), d'un état préalable du droit français datant de 1928 qu'il a fallu mettre en conformité avec le droit communautaire. La Cour de justice n'impose pas une reprise formelle de la directive dans une loi mais les conditions posées par l'ordre juridique communautaire, la nécessité de garantir effectivement la pleine application de la directive, la transparence et la clarté du droit

(1) Je remercie J.-Ph. Lhernould, Professeur à l'Université de Poitiers, de m'avoir signalé cet arrêt.

(2) V. S. Laulom, « Les dialogues entre juge communautaire et juges nationaux en matière de transfert d'entreprise », *Dr. soc.* 1999, p. 821.

(3) L'article 249 al. 3 du traité CE est désormais l'article 288 al. 3 du traité sur le fonctionnement de l'UE, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne.

(4) J.-Ph. Lhernould, « Transfert d'entreprise : état des relations entre le droit communautaire et le code du travail », *RJS* 10/02, chron. p. 799. v. également les obs. sur Soc. 18 nov. 2008, *Open Cascade*, « De la difficulté des juges à appliquer les directives communautaires aux relations de travail », à paraître à la *RJS* 2010.

(5) V. par ex. l'article L. 1227-2 du Code du travail sur les obligations du nouvel employeur.

national (6), rendent difficile une mise en compatibilité du droit national par la seule jurisprudence. Cette situation a surtout concerné le champ d'application de la directive. La souplesse de l'article L. 1224-1 du Code du travail a permis cette mise en conformité du droit français. Les arrêts d'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 16 mars 1990 interprètent d'ailleurs ensemble la directive et le Code du travail quand elle abandonne l'exigence d'un lien de droit (7). Lorsque la Chambre sociale reprend en 1998 la définition de l'entité économique autonome issue de la jurisprudence communautaire, elle le fait « *selon l'article L. 122-12 tel qu'interprété au regard de la directive* » (8). Nous sommes alors dans une interprétation du droit national, à la lumière du droit communautaire.

L'article 7 de la directive 2001/23, en cause dans l'arrêt *Open Cascade*, est consacré à l'information et la consultation. Le cédant et le cessionnaire sont tenus d'informer et de consulter leurs représentants des travailleurs sur les mesures relatives au transfert. Ce n'est qu'à défaut de ces représentants pour des motifs indépendants de leur volonté que les travailleurs concernés doivent être informés. C'est bien d'une garantie collective d'information dont il s'agit, l'information individuelle du travailleur étant d'ailleurs une question qui se pose sur d'autres fondements communautaires (9). Cette disposition n'a pas été spécifiquement transposée et les délais posés par la directive sont expirés. On doit alors s'interroger sur la compatibilité du droit français avec le droit communautaire.

L'information et la consultation lors d'un transfert d'entreprise font l'objet de dispositions spécifiques dans le Code du travail. L'article L. 2323-19 du Code du travail prévoit une obligation spécifique d'information et de consultation du comité d'entreprise en cas de transfert d'entreprise. Le comité est informé et consulté sur le projet de transfert et consulté sur les mesures envisagées à l'égard des salariés (10). Notons que l'article L. 2323-19 est totalement ignoré dans l'arrêt *Open Cascade*. Doit-on considérer que ce sont des dispositions qui ont délibérément exclu d'autres modalités d'information à destination des salariés ? Si c'est le cas, le droit français est contraire à la directive. Doit-on plutôt considérer que les dispositions sur l'information sont complémentaires en estimant que la transposition française est incomplète, faute pour le droit français d'avoir transposé l'article 7 § 6 de la directive ? En effet, ce n'est qu'à défaut de représentants des travailleurs, que l'information des travailleurs doit avoir lieu. Nous retiendrons cette dernière hypothèse.

Il est possible d'envisager l'effet direct de l'article 7 § 6 de la directive qui est suffisamment précis et inconditionnel. Les directives non transposées sont toutefois dépourvues d'effet direct horizontal et ne peuvent pas créer d'obligations à la charge des particuliers. Il faut mettre une situation à part : la directive est susceptible d'avoir un effet direct dans les litiges opposant un salarié à son employeur qui, « *quelle que soit sa forme juridique, a été chargé en vertu d'un acte de l'autorité publique d'accomplir, sous le contrôle de cette dernière, un service d'intérêt public et qui dispose, à cet effet, de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre particuliers* » (11). Il n'est pas possible d'attribuer dans l'arrêt *Open Cascade* un effet direct de la directive 2001/23 entre les travailleurs et leur employeur qui ne rentre pas dans cette dernière catégorie.

A défaut d'effet direct de l'article 7 § 6 de la directive 2001/23, il convient d'analyser maintenant les ressources de l'interprétation conforme.

II. Les potentialités limitées de l'interprétation conforme

Le principe de l'interprétation conforme a été posé par la Cour de justice dans son arrêt *Von Colson et Kamann* (12) du 10 avril 1984, aux termes duquel l'obligation des États membres, découlant d'une directive, d'atteindre le résultat prévu par celle-ci ainsi que leur devoir, en vertu de l'article 4 § 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (13), de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution de cette obligation s'imposent à toutes les autorités des États membres, y compris, dans le cadre de leurs compétences, les autorités juridictionnelles.

(6) V. CJCE 20 mai 1992, Commission/Pays-Bas, C-190/90, point 17, Rec. I-3307.

(7) Bull. civ. Ass. Plén. n° 4 ; Dr. Ouv. 1990 p. 230 obs. E. Wagner ; *Les Grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 4èmes éd., 2008, n° 63.

(8) Soc. 7 juillet 1998, Dr. Soc. 1998, obs. A. Mazeaud.

(9) V. Les auteurs des *Grands arrêts du droit du travail* (Dalloz, 4e éd., 2008, p. 315) qui observent que la directive 91/533 impose une information du salarié concerné par le transfert à la charge du cédant. La Chambre sociale de la Cour de cassation prévoit une obligation d'information à la charge du cessionnaire si celui-ci souhaite poursuivre le contrat de travail (Soc. 11 mars

2003, *Voisin*, Bull. v° 86, Dr. Ouv. 2003 p. 349 n. P. Darves-Bornoz et P. Moussy).

(10) Contrairement à la directive 2001/23, la consultation du CE ne vise pas à « *aboutir à un accord* ». V. M.-H. Chezlemas, *La situation des salariés dans les opérations de transfert d'entreprise en droit comparé : France, Royaume-Uni, Etats-Unis*, préf. F. Gaudu, LGDJ, biblio. de droit social, t. 51, 665 p., 2009, n° 339.

(11) CJCE 12 juillet 1990, *Foster e.a.*, C-188/89, Rec. p. I-3313, point 20.

(12) Aff. 14/83, point 26, Rec. p. 1891.

(13) Ex-art. 10 du traité CE.

Il s'ensuit qu'en appliquant le droit national, qu'il s'agisse de dispositions antérieures ou postérieures à la directive, la juridiction nationale appelée à l'interpréter est tenue de le faire dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci (14). Or, selon la Cour de justice, le principe de l'interprétation conforme « *s'impose tout spécialement à la juridiction nationale lorsqu'un Etat membre a estimé... que les dispositions préexistantes de son droit national répondaient aux exigences de la directive...* » (15).

L'interprétation conforme comporte toutefois des limites et il n'est pas certain que la situation de l'arrêt *Open Cascade* les dépasse toutes.

L'interprétation conforme des directives, leur « *force de référence* » (16), ne vaut pas en présence de dispositions nationales contraires. Il n'est pas question d'opérer une interprétation *contra legem*. Comme le précise la CJCE, « *il appartient à la juridiction nationale de donner à la loi interne, dans toute la mesure où une marge d'appréciation lui est accordée par son droit national, une interprétation et une application conformes aux exigences du droit communautaire...* » (17). Toutefois, comme le relève J. Porta, « *le juge est bien le seul à apprécier les limites de son pouvoir d'interprétation* » (18). La jurisprudence de la Cour de cassation sur le maintien des mandats des représentants des salariés en cas de transfert d'entreprise est une belle illustration d'interprétation du Code du travail « *à la lumière de la directive* », à la limite du *contra legem*. Alors que le Code du travail soumet ce maintien à la condition que l'entreprise conserve son « *autonomie juridique* » (19), contrairement à la directive 2001/23 qui n'impose que le maintien d'une « *autonomie* », la chambre sociale de la Cour de cassation privilégie le critère posé par la directive et rend inopérant celui du Code du travail (20).

Le juge national doit donc rechercher une norme de droit national lui permettant de s'accorder avec le droit communautaire (21).

Pour effectuer une interprétation conforme à l'article 7 § 6 de la directive 2001/23 dans un litige entre deux particuliers, il faudrait que la Cour de cassation se fonde sur l'article L. 1224-1 du Code du travail. Une interprétation conforme des dispositions du Code du travail sur l'information et la consultation des élus du personnel (art. L. 2323-19), qui n'évoque en rien l'information directe des salariés, ne semble pas possible. La chambre sociale de la Cour de cassation nous a déjà montré qu'elle était capable de fortes évolutions s'agissant du transfert d'entreprise sur le fondement de l'article L. 1224-1 du Code du travail à la lumière du droit communautaire. L'article L. 1224-1 serait alors la référence unique des interprétations possibles au regard de la directive. Si l'on concevait l'article 7 § 6 de la directive comme prescrivant une information individuelle du travailleur, on pourrait l'envisager. En ce sens, J-Ph. Lhernould estime que « *l'obligation individuelle des salariés aurait pu être intégrée par la Cour de cassation par une interprétation jurisprudentielle de l'article L. 1224-1 aménageant le principe selon lequel le transfert se fait de plein droit* » (22). Nous ne sommes toutefois pas dans un litige sur le champ d'application de la directive mais sur son volet information et consultation. L'information délivrée par l'employeur appartient à un processus de nature collective et il faut concevoir l'article 7 § 6 de la directive dans ce cadre. On excède le champ de l'interprétation de l'article L. 1224-1 du Code du travail, à la lumière de la directive.

Une autre restriction à l'interprétation conforme risque de poser des difficultés. Cette obligation pour le juge national trouve ses limites lorsqu'une telle interprétation conduit à opposer à un particulier une obligation prévue par une directive non transposée. C'est le cas lorsque l'interprétation conforme a pour effet d'introduire ou d'aggraver les sanctions, notamment de nature pénale (23). Or, en l'espèce, l'interprétation conforme aurait

(14) CJCE 13 nov. 1990, aff. C-106/89, *Marleasing SA*, point 8, Rec. p. I-4135

(15) CJCE 16 déc. 1993, C-334/92, *Wagner Miret*, point 21, Rec. p. I-6911

(16) R. Boffa, « La force normative des directives non transposées », in *La force normative, naissance d'un concept*, C. Thibierge et alii, LGDJ, Bruylant, 2009, 891 p., spéc. p. 323.

(17) CJCE 4 févr. 1988, aff. 157/86, *Murphy*, point 11, Rec. p. 686.

(18) J. Porta, *La réalisation du droit communautaire, Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, préf. A. Lyon-Caen, Tome 1, LGDJ, 2007, n° 249.

(19) V. par ex. pour les délégués syndicaux, l'article L. 2143-10 du Code du travail.

(20) V. par ex. s'agissant des délégués syndicaux, Soc. 18 déc. 2000, Bull. civ. V, n° 433 ; Dr. soc. 2001, p. 326, obs. J.

Savatier : l'article L. 2143-10 (anc. L. 412-16) du Code du travail « *tel qu'interprété à la lumière de la directive CEE n° 98/50 du 29 février 1998, ...en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur telle que mentionnée au deuxième alinéa de l'article L. 122-12* » implique que « *le mandat des délégués syndicaux de l'entreprise qui a fait objet de la modification subsiste lorsque cette entreprise conserve en fait son autonomie, peu important qu'elle ait perdu son autonomie juridique* ».

(21) P. Rodière, « Sur les effets directs du droit (social) communautaire », RTD Eur. 1991, p. 565, spéc. n° 14 et s.

(22) RJS 2010, à paraître.

(23) CJCE 26 sept. 1996, *Luciano Arcaro*, C-168/95, point 42, Rec. I-4705. V. également, R. Mehdi, « Ordre juridique communautaire - Primauté du droit communautaire », *jurisClasseur Europe Traité*, fasc. 196.

pour effet de condamner l'employeur à des sanctions civiles non prévues par le droit national. Il est fort probable que l'on atteigne ici les limites de ce type d'interprétation. Comme le relève la chambre sociale dans l'arrêt *Open Cascade*, la disposition non transposée ne pouvait créer d'obligation à la charge de l'employeur.

Quelles actions peuvent être envisagées, si l'interprétation conforme se révèle impossible ?

L'absence de transposition de la directive dans les délais fixés par celle-ci est sanctionnée par un recours en manquement devant la CJCE. Mais, faute pour les particuliers et les syndicats de pouvoir agir en manquement devant la Cour, ce recours sera tributaire du bon vouloir de la Commission de lancer la procédure et cela ne semble pas son orientation (24). De toute façon, un tel recours n'assurerait pas la réparation du préjudice subi par les salariés.

Il reste surtout aux salariés la possibilité d'engager la responsabilité de l'Etat pour défaut de transposition de la directive (25). Selon la Cour de justice, l'absence de transposition dans les délais impartis « engendre au profit de particuliers un droit à obtenir réparation si le résultat prescrit par la directive comporte l'attribution à leur profit de droits dont le contenu peut être identifié sur la base des dispositions de la directive et s'il existe un lien de causalité entre la violation de l'obligation qui incombe à l'État et le dommage subi par les personnes lésées, sans qu'il y ait lieu de prendre en considération d'autres conditions » (26). L'arrêt *Open Cascade* remplit ces conditions et la chambre sociale invite les salariés à agir lorsqu'elle constate que l'article 7 § 6 de la directive 2001/23 n'est pas transposé.

Dans l'affaire *Open Cascade*, nous sommes à la frontière de l'effet direct horizontal, pas qui n'a pas été franchi par la Cour de cassation. L'Etat membre n'a toutefois pas intérêt à s'abstenir de transposer la directive. En constatant que l'article 7 § 6 de la directive 2001/23 n'a pas été transposé, la chambre sociale de la Cour de cassation souligne les obligations des autorités publiques françaises qui sont destinataires de la directive 2001/23 et la responsabilité qui en découle. Finalement, l'information préalable des travailleurs concernés par le transfert mérite bien que le Parlement tranche la question. Cette disposition s'impose aux Etats. Mais il ne faudrait pas qu'elle devienne, une fois transposée, une incitation supplémentaire à ne pas avoir d'institution représentative des salariés, ce qui permettrait à l'employeur de s'en tenir à une information des salariés.

Nicolas Moizard, Maître de conférences à l'Université d'Orléans, CRJ Pothier

(24) V. le rapport de la Commission du 18 juin 2007 sur la directive 2001/23/CE (COM (2007) 334 final, non publié au JOUE) : « Les autorités françaises estiment qu'une information individuelle des salariés, nonobstant l'information due aux représentants des travailleurs, devrait être organisée par l'employeur cessionnaire sur l'ensemble des droits qui deviendront applicables après le transfert. La Commission considère cependant que les obligations d'information existantes sont suffisantes pour aider les travailleurs dans la défense de leurs droits, sans imposer de contraintes excessives

aux employeurs. Libre aux États membres toutefois, s'ils le jugent opportun, d'étendre ces obligations au niveau national en vertu de l'article 8 de la directive. De ce fait, la Commission considère qu'une révision de la directive sur ce point n'apparaît pas justifiée à ce stade ». A rapp. de J.-Ph. Lhernould, RJS 10/02, préc.

(25) CJCE 19 novembre 1991, aff. 6/90 et 9/90, *Franovich et Bonifaci*, Rec. I-5357.

(26) CJCE 8 octobre 1996, Aff. C 178, 179, 188, 189, 190/94, *Dillenkofer*, Rec. p. I-4845, points 26-27.



Vous avez des connaissances en droit au titre d'une expérience professionnelle, d'un engagement personnel ou d'une formation antérieure

Vous souhaitez Valider ces acquis, reprendre des études, obtenir une licence en droit en un an

La Faculté Jean Monnet (Université Paris-Sud 11) propose une

LICENCE EN DROIT PAR VALIDATION DES ACQUIS

Une formation modulaire à suivre à temps plein ou à temps partiel

Renseignements : - **Sur la formation** : Faculté Jean Monnet- 54, bd Desgranges - 92331 Sceaux Cedex.

Tél. : 01 40 91 18 20 - E.mail : fc.droit-eco-gestion@u-psud.fr

- **Sur la validation des acquis** : Faculté Jean Monnet- 54, bd Desgranges - 92331 Sceaux Cedex

Tél. : 01 40 91 18 76 - E.mail : vae.droit-eco-gestion@u-psud.fr