

Aspects individuels du transfert conventionnel de contrats de travail lors d'un changement de prestataire de services

par *Arnaud MAZIÈRES*, Juriste d'entreprise

PLAN

Introduction

- A. L'ambivalence des mécanismes de garantie d'emploi
- B. Une ingénierie juridique organisant la confusion
- C. Des enjeux économiques excluant tout angélisme
- D. Transfert conventionnel et transfert volontaire

I. La notion de transfert conventionnel

- A. Un champ d'application défini par chaque accord collectif
- B. Les conditions du transfert

II. Transfert d'actifs dans un marché de services

- A. Transfert légal : les actifs pris en compte peuvent être ceux mis à disposition par le concédant
- B. En l'absence d'actifs communs aux prestataires, application du transfert conventionnel
- C. Incidence du transfert conventionnel sur le transfert légal

III. La responsabilité du donneur d'ordre : le corpus conventionnel intégré au bloc de légalité

- A. Législation sociale et commande publique
- B. Un rôle pivot du donneur d'ordre
- C. Transmission tardives des informations, rétractation de l'entrant et résiliation du marché

IV. Le régime de l'échange d'information

- A. L'entrant
- B. Le sortant
- C. L'information individuelle des salariés
- D. Le sort du salarié : entre calme précaire et tempête

V. La saisine du juge pour assurer le respect de la convention collective

- A. Une issue indemnitaires...
- B. ...critiquable...
- C. ...car la remise en état du contrat est possible

VI. Un contrat de travail remodelé par le transfert

- A. Le changement d'employeur
- B. Les autres modifications du contrat

VII. Le refus du transfert conventionnel par le salarié

Conclusion

Introduction

Au milieu des années 1980, une pseudo analyse économique du droit critiquait, déjà, un pan important du droit du travail. C'était à l'époque le caractère « anti-économique » de l'interprétation de l'article L. 122-12 al. 2 C. Tr. (1) qui était en ligne de mire. D'inspiration libérale, cette rhétorique jugeait excessive la portée de cet article, nombre de transferts d'activités devant, selon elle, y échapper. L'argumentation avait porté et l'Assemblée plénière de la Cour de cassation avait modifié la jurisprudence (1bis), le tournant étant ensuite accentué par la Chambre sociale. Paradoxalement peu convaincus, les principaux secteurs concernés avaient immédiatement réagi face à cette source d'insécurité et de coûts supplémentaires en concluant des accords collectifs permettant de stabiliser la situation (2). Des transferts de personnel au-delà du périmètre de l'article L. 1224-1 ont été inscrits par voie conventionnelle dans des secteurs où les prestataires de services sont périodiquement mis en concurrence par des donneurs d'ordre (2 bis), publics ou privés. Tout ou partie du personnel de l'ancien prestataire change alors d'employeur et le contrat de travail se poursuit avec le nouveau prestataire.

Neuf branches d'activité au moins sont, aujourd'hui, concernées : manutention ferroviaire (3), prévention-sécurité (4), propreté (5), restauration de collectivités (6), manutention-nettoyage aéroportuaires (7), personnel au sol des entreprises de transport aérien (8), déchets (9), transports interurbains de voyageurs (10) et eau-assainissement (11).

(1) Désormais art. L. 1224-1.

(1 bis) Cass. Ass. Plén. 15 nov. 1985, *Nova Services*, Bull. n° 7, Dr. Soc. 1986 p. 1, les conclusions de l'Avocat général G. Picca illustrent ce courant idéologique.

(2) F. Gaudu « Entreprise et établissement », *Prospectives du droit économique, Dialogue avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 47 ; pour un exposé sur le transfert légal v. M. Carles « Le transfert d'entreprise » num. spec. RPDS n° 773 sept. 2009 et le fascicule *Transferts d'entreprise* du Répertoire Travail de l'encyclopédie Dalloz par A. Mazeaud (*aspects individuels*) 2010.

(2 bis) Dans la suite de ce texte les termes « donneur d'ordre », « entreprise principale » ou « concédant » seront tenus pour synonymes.

(3) Art. 15 ter de la CCN.

(4) Accord du 5 mars 2002 modifié par avenant daté du 28 janv. 2011 ; l'entrée en vigueur de la révision est subordonnée à son extension.

(5) Accord du 29 nov. 1990 (anc. annexe VII).

(6) Avenant n° 3 du 23 fév. 1986.

(7) Art. 38 bis de la convention collective régionale (région parisienne).

(8) Avenant n° 65 du 11 juin 2002 sur le transfert de personnel entre entreprises d'assistance en escale.

(9) Avenant 23 du 19 fév. 2008.

(10) Convention des transports routiers, accord du 7 juill. 2009.

(11) Art. 2-5 CCN dont l'arrêté d'extension a été annulé par CE 30 avr. 2003, req. n° 230.804, *SPEIRAA*, Dr. Ouv. 2003 p. 261, n. G. Lyon-Caen, AJDA 2003 p. 1849, n. P. Subra de Bieusses.

A. L'ambivalence des mécanismes de garantie d'emploi

Les différences, aussi bien dans les conditions que dans les effets du transfert, devraient conduire à soigneusement distinguer les opérations selon qu'elles sont placées sous le signe de la loi (article L. 1224-1) ou d'accords collectifs. Or il en va tout autrement, l'ambivalence originelle de l'article L. 1224-1 valant pour les mécanismes conventionnels, ce qui alimente la confusion : le patronat a, dès l'origine, apporté son soutien à l'article L. 1224-1 pourtant destiné à protéger les salariés mais dans lequel il voyait un moyen commode de restructuration de ses activités (12). De même l'apport indéniable aux salariés des garanties conventionnelles d'emploi est indissociable d'une certaine conception économique et commerciale des branches professionnelles. Cette ambivalence, bien réelle, n'autorise toutefois pas à nier le caractère fondamentalement protecteur de la norme.

B. Une ingénierie juridique organisant la confusion

Se superposant à cette ambivalence, la norme de transfert constitue un enjeu dans chaque restructuration : afin d'amplifier cette dernière, de l'encadrer, de la canaliser, l'arrimage artificiel à l'une des deux sources de transfert – contractuel ou légal – alors que l'autre aurait dû prévaloir, constitue une déviance fréquente.

1. Le contrat, en vue d'évincer la loi

En premier lieu, une opération peut relever du régime légal de transfert et être artificiellement placée par l'employeur sous l'invocation d'un transfert volontaire, contractuel ou conventionnel. C'est classiquement le cas, lors de l'application de l'article L. 1224-1, d'une cession frauduleuse où les termes contractuels illégaux sont opposés au(x) salarié(s) (13).

On retrouve, *mutatis mutandis*, une situation comparable lorsque le débat autour des conditions du texte conventionnel fait l'impasse sur la recherche préalable de l'applicabilité de l'article L. 1224-1 (14). « Ces clauses [conventionnelles] restrictives sont évidemment sans portée si les conditions d'application de l'article L. 122-12 sont réunies » (15) : si la solution

est juridiquement certaine, la pratique est beaucoup plus confuse.

On rencontre dans ces hypothèses un souhait patronal de manœuvrer en vue de l'évitement des dispositions légales relatives à la survie du statut collectif (16) au profit des prévisions conventionnelles stipulant une cessation immédiate des effets de l'ancien statut. La faculté d'apporter aux contrats de travail certains changements – illicites dans un cas, encadrés dans l'autre (17) – peut également motiver cet habillage illicite.

Enfin, même si l'hypothèse est probablement rare, un transfert conventionnel peut coexister avec une opération relevant de l'article L. 1224-1 : l'entreprise concernée opère alors une superposition en amplifiant la portée et les effets de la restructuration. Juridiquement, la solution n'est régulière qu'à la condition d'une application distributive des règles de transfert : le cœur de l'activité transférée doit rester régi par les dispositions légales tandis que seule la périphérie relève des stipulations conventionnelles (17 bis).

2. La loi, alibi du contrat

La tentation est grande pour les entreprises de prétendre faire application de l'article L. 1224-1 alors qu'on se trouve en réalité dans le cadre d'un transfert volontaire. Le flou des notions juridiques peut alors être mobilisé à l'encontre des salariés pour leur extorquer un accord individuel validant *in fine* un transfert originellement présenté sous le sceau de l'article L. 1224-1.

Dans cette hypothèse, c'est le caractère impératif du transfert à l'égard des salariés qui est recherché ; en particulier, l'absence de possibilité juridique d'opposition des salariés au transfert est économiquement valorisée par les opérateurs qui n'ont pas à gérer l'éventuelle désorganisation d'une activité privée de tout ou partie de ses exécutants. Au regard de ces considérations, le transfert légal est plus avantageux (17 ter).

La mécanique est rodée : les salariés sont invités dans un premier temps par leur employeur à « régulariser » par écrit leur situation à la suite d'une prétendue application de l'article L. 1224-1 ; la signature d'un avenant actant le changement d'employeur est même souvent vue par les travailleurs intéressés comme un avantage permettant d'évacuer l'incertitude de leur rattachement. Faute de réunir les conditions d'une entité

(12) M. Henry « Le droit du travail est-il une conquête de la classe ouvrière ? » Dr. Ouv. 1992 p. 389, disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier>

(13) « La clause de la convention de cession d'une entité économique autonome, qui ne prévoit que la reprise d'une partie des salariés, contraire aux dispositions d'ordre public de l'article L. 122-12, alinéa 2, devenu l'article L. 1224-1 du Code du travail, doit être réputée non écrite », Soc. 11 févr. 2009, Bull. civ. V n° 39.

(14) V. ci-après TC de Paris, 25 janv. 2011, 1^{re} espèce p. 563 et CA de Paris (P6 - ch. 2) 26 mai 2011, 2^e espèce p. 566 ; add. CA Nancy 17 juin 2008, RJS 2008 n° 1258 : l'article L. 1224-1 est

applicable au cas de transfert d'une entité économique autonome (...) et ce, nonobstant les dispositions plus restrictives de la convention collective de la restauration collective, du fait du caractère d'ordre public des dispositions de la directive communautaire et du Code du travail.

(15) A. Mazeaud, Dr. Soc. 2006 p. 518.

(16) L. 2261-14, anc. L. 132-8 al. 7.

(17) Cf. *infra* § VI/B.

(17 bis) Rapp. CA Versailles 5 fév. 2009, Dr. Soc. 2009 p. 554.

(17 ter) Cf. *infra* § VII.

économique, il est reconnu dans un second temps que le transfert était dépourvu de base légale mais l'opération est « sauvée » par l'accord donné par les salariés par avenant ; de conséquence du transfert, cet accord individuel en devient la cause (18). Le tour est joué alors même que le consentement des salariés a manifestement été surpris (18 bis) !

Selon les intentions et les formes de la restructuration, la force obligatoire du texte légal ou au contraire le caractère opportunément malléable d'un cadre contractuel peut donc être privilégié par les directions d'entreprise... toujours au détriment des droits des salariés (19).

C. Des enjeux économiques excluant tout angélisme

L'enjeu économique de ces qualifications dans le cadre de la succession de marchés est évidemment d'importance, sinon crucial, pour l'entreprise sortante (20) :

- si elle obtient la reconnaissance d'un transfert légal, elle se voit retirer l'ensemble des charges afférentes audit marché sans qu'aucune voie de droit ne puisse y faire échec. Certes, dépossédée d'un chiffre d'affaires par le jeu du marché, le cas échéant du résultat positif correspondant, elle est simultanément dispensée d'assurer la rémunération des salariés affectés à ces tâches et de verser les indemnités de rupture. Les conséquences économiques de la perte de marché sont donc atténuées ;

- lors d'une mise en œuvre d'un transfert conventionnel, seule la part de personnel prévue par la convention collective est transférée, au surplus dans la limite de l'accord de chaque intéressé (21). Cette différence est d'ailleurs relevée avec la plus grande netteté par le TGI de Beauvais (22) lorsqu'il examine la contestation de l'intérêt à agir des deux sociétés sortantes.

La vigilance des salariés, des négociateurs de branche et des juges est donc de mise.

(18) Une telle situation est manifeste dans deux arrêts importants et remarqués : Soc. 14 mars 2007, Bull. civ. V n° 51 ; Soc. 8 avr. 2009, Bull. civ. V n° 104, Dr. Soc. 2009 p. 813, n. A. Mazeaud spec. p. 815. Malgré les actions judiciaires, les transferts n'ont pas été remis en cause dans l'un et l'autre cas. Que de savantes contorsions pour sauver ces externalisations frauduleuses !

(18 bis) P. Lokiec "L'accord du salarié", Dr. Soc. 2010 p. 140.

(19) On peut citer, par souci d'exhaustivité, un contre-exemple, inhabituel, d'instrumentalisation de l'article L. 1224-1 dans le cadre d'un marché public avec la décision *Bouc-Bel-Air* du Conseil de la concurrence : déc. 06-MC-02 du 27 juin 2006, A. Mazières « Droit de la concurrence et droit du travail dans les marchés publics (les salariés sont-ils justiciables du conseil de la concurrence ?) » Les Petites Affiches, 27 sept. 2006 p. 8. Cette affaire singulière est toutefois dépourvue de portée.

D. Transfert conventionnel et transfert volontaire

Selon nombre de commentateurs, ces transferts organisés par voie de conventions collectives doivent être distingués d'une application volontaire de l'article L. 1224-1 qui consiste, fréquemment par accord *ad hoc* entre deux entreprises (et non par accord collectif), à décréter l'application de cet article (23). Réaliser une sélection au sein des catégories de personnel (24) et ne retenir parfois qu'une partie des salariés (25) distingueraient en particulier ces dispositifs conventionnels d'une application volontaire, *stricto sensu*, de l'article L. 1224-1.

La Cour de cassation adopte cette lecture : « *L'accord qui, pour le cas de perte d'un marché de services, prévoit et organise la reprise de tout ou partie des contrats de travail ne constitue pas une application volontaire de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail* » (26).

Les textes conventionnels sont, eux, disparates :

- Dans le secteur de l'assistance en escale, l'accord prévoit : « *Lorsqu'une entreprise devient titulaire d'un marché auparavant assuré par une autre entreprise, elle s'engage à reprendre l'ensemble des personnels affectés à ce marché dans les mêmes conditions que celles résultant d'une application légale des transferts des contrats de travail* » (art. 2.1). La transposition du mécanisme de l'article L. 1224-1 est donc, dans cette hypothèse, explicite alors même qu'une condition d'antériorité d'affectation est inscrite.

- L'accord de révision du 28 janvier 2011 dans le secteur de la prévention-sécurité (27) reprend au contraire la distinction en énonçant en préambule qu'il « *ne s'inscrit ni dans le cadre de l'article L. 1224-1, ni dans celui d'une application volontaire de cet article mais exclusivement dans le cadre d'un transfert de marché d'un prestataire à un autre* ».

S'il faut effectivement être vigilant sur les *conditions* de mise en œuvre propres à chaque accord organisant la reprise du personnel dans tel ou tel secteur d'activité (28), il n'en demeure pas moins que les difficultés de

(20) Comme pour l'entreprise entrante mais selon une appréciation inverse.

(21) Cf. *infra* § VII.

(22) Troisième espèce ci-après p. 568 spec. p. 569.

(23) A. Mazeaud « La négociation collective en cas de restructuration consécutive à un transfert », Dr. Soc. 2004 p. 290 ; Y. Chagny, prec.

(24) Cf. *infra* § I/B.

(25) sous réserve de motifs discriminatoires : CA Paris, 26 mai 2011, ci-après p. 566.

(26) Soc. 14 mars 2007, Bull. civ. V n° 47, Dr. Soc. 2007 p. 777, n. A. Mazeaud.

(27) Non encore entré en vigueur (cf. note 4) et pour lequel la fédération CGT a exercé son droit d'opposition.

(28) Y. Chagny, prec.

mise en œuvre auxquelles ils se heurtent parfois (29) sont identiques et leurs effets (30) également. Dès lors le distinguo ne présente à nos yeux qu'un intérêt limité. Le présent article concentrera toutefois son attention sur les mécanismes issus des conventions et accords collectifs.

I. La notion de transfert conventionnel

Le périmètre du transfert légal et du transfert conventionnel diffèrent substantiellement (32).

A. Un champ d'application défini par chaque accord collectif

1. Indifférence à l'égard de la nature des contrats commerciaux

Le transfert conventionnel vise, par hypothèse, des cas de figure où les dispositions légales ne trouvent pas application, faute de réunir en particulier la condition d'une « entité économique autonome qui conserve son identité et donc l'activité est poursuivie ou reprise » (33).

Les changements de prestataire sont visés par les accords collectifs selon des terminologies correspondant aux situations de la branche : perte d'un « marché », « public » ou « privé », d'une « délégation de service public », d'un « contrat commercial » et même d'un « contrat de fait », mention qui manifeste indiscutablement la volonté d'exhaustivité des signataires de ces accords.

La branche de l'eau-assainissement ajoute une condition de durée minimale de deux ans des « contrats de prestations de services » (par opposition aux autres catégories, marchés publics et délégations de service public) pour que soit mise en œuvre la garantie conventionnelle d'emploi.

Les décisions rapportées ci-après (31) constituent d'utiles points de repères ou de clarification dans l'application de ces garanties d'emploi. Leur mise en œuvre soulevant nombre de questions, nous nous proposons de les passer en revue.

2. Le secteur de la propreté

Dans le secteur de la propreté, il est précisé que le changement concerne « les travaux effectués dans les mêmes locaux » (34) ; la jurisprudence déduit curieusement de cette formule une nécessaire similarité des marchés successifs (35). Cet ajout au texte est d'autant plus critiquable que si le donneur d'ordre scinde les prestations en procédant par allotissement (ou inversement procède en les agrégeant), il peut, tout en conservant le même périmètre global d'externalisation, prétendre faire échec aux dispositions de la convention collective ou, à tout le moins, en rendre l'application plus difficile.

3. Le secteur de la prévention-sécurité

Dans le secteur de la prévention-sécurité, on retrouve cette même difficulté. Les conditions d'application de l'accord du 5 mars 2002 s'apprécient dans le cadre d'un « site », c'est-à-dire « l'ensemble des missions de sécurité effectuées pour le compte d'un client dans le cadre d'un périmètre défini par un marché » (article 1). Or, il est souvent difficile de déterminer avec précision le périmètre des marchés qui font l'objet des appels d'offre, d'autant, ainsi qu'il vient d'être indiqué, que la liberté discrétionnaire de l'entreprise principale d'allotir ou au contraire de fusionner les sites d'un marché successif à l'autre ne facilite pas la compréhension des tiers que sont les salariés et leurs représentants.

(29) Cf. *infra* § IV.

(30) Cf. *infra* § VI et surtout § VII.

(31) - 1^{re} espèce : Tribunal de commerce de Paris (1^{re} ch.), 25 janv. 2011, *Sécurité générale aéroportuaire (SGA) contre Securitas transport aviation security* ; *nature du litige* : différend entre deux entreprises ; *domaine d'activité* : sécurité aéroportuaire ; *accord appliqué* : accord prévention-sécurité ;

- 2^e espèce : Cour d'appel de Paris (P. 6 - ch. 2) 26 mai 2011, *FO Equipement, Environnement, Transports et Services et a. contre ICTS France et a.* ; action syndicale, sécurité aéroportuaire, accord prévention-sécurité ;

- 3^e espèce : Tribunal de grande instance de Beauvais (référé), 22 sept. 2010, *Flexicité et Véolia transport contre Les transports personnalisés du Valois-Lucky star* ; différend entre deux entreprises, transport de handicapés, accord transports routiers ;

- 4^e espèce : Conseil d'Etat (7^e/2^e srr), 19 janv. 2011, *société Technique d'environnement et Propreté* (req. n° 340.773) ; référé précontractuel relatif à un marché public, nettoyage, accord propreté ;

- 5^e espèce : Cour d'appel d'Amiens (5^e ch. soc.), 31 août 2010, *Enet 60 Azurial contre K. et a.* ; contentieux prud'homal, accord propreté ;

- 6^e espèce : Cour d'appel d'Aix en Provence (18^e ch.), 20 avr. 2010, *CGEA AGS de Marseille contre B. et a.* ; contentieux prud'homal, accord prévention-sécurité ;

- 7^e espèce : Cour de cassation (Ch. Soc.), 30 nov. 2010, *société Derichebourg contre sociétés Iss Abilis* (p. n° 09-40386 s.) ; contentieux prud'homal, accord prévention-sécurité ;

- 8^e espèce : Cour de cassation (Ch. Soc.), 17 mai 2011, *société Lavalade* (p. n° 09-67.525 s.) ; différend entre entreprises, transports scolaires, accord transports routiers (32) A. Mazeaud, *préc.* § 94 s., Y. Chagny. La continuité des contrats de travail du personnel d'un marché de prestation de services » RDT 2007 p. 78 spec. II/ ; P. Morvan, *Restructurations en droit social*, Litec, 2010, § 293 s.

(33) Soc. 17 juin 2009, Bull. civ. V n° 151 ; Soc. 23 oct. 2007, Bull. civ. V n° 170 ; Cass. Ass. Plen. 16 mars 1990 (trois esp.), Dr. Ouv. 1990 p. 217 n. E. Wagner, disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier>

(34) Article 1^{er}.

(35) Soc. 30 nov. 2010, deuxième moyen, septième espèce ci-après p. 574 ; Soc. 12 juill. 2006 Bull. civ. V n° 262 ; v. antérieurement : Soc. 12 juill. 1999 Bull. civ. V n° 348.

La difficulté peut même être inextricable lorsque le donneur d'ordre se livre à des manipulations afin de bénéficier d'une flexibilité accrue dans son processus de négociation commerciale. Ainsi, dans une affaire de gardiennage, la personne publique a modifié en cours d'appel d'offres, en vertu de dispositions ambiguës de son règlement de consultation, le nombre de lots annoncés et leur consistance. Il a fallu qu'un prestataire mécontent agisse en justice pour que l'illicéité de la méthode soit affirmée sans ambages (36)... ce qui n'a toutefois pas conduit en pratique à modifier la situation, compte tenu du particularisme du contentieux administratif (37). Or il est difficile d'organiser un transfert sur un « marché » dont les contours sont susceptibles de varier, y compris durant la phase d'appel d'offres. Dans une telle situation – qui n'est pas rare – les salariés sont otages de ces vicissitudes.

L'accord du 28 janvier 2011 (38), modifiant celui en vigueur du 5 mars 2002, risque d'amplifier ces aléas : le relèvement du plafond de reprise du personnel de 85 % à 100 %, favorable aux salariés, est largement privé d'effet par le renvoi à des périmètres très incertains (39).

Enfin, le dispositif conventionnel de branche peut être amélioré ; ainsi un accord du 22 janvier 2009 conclu entre les sociétés reprenant les marchés de sûreté dans le domaine aéroportuaire porte à 92,5 % le taux de reprise des salariés dits transférables (40).

4. Le secteur des transports de voyageurs

a/ La régularité des transports

Dans le secteur des transports de voyageurs, l'accord collectif vise les « transports à caractère régulier » (41). Quelle portée doit-on accorder à cette notion de

régularité (42) ? Un premier arrêt précise qu'elle ne permet pas d'écartier le dispositif conventionnel au motif de la flexibilité du marché ou de la flexibilité du contrat de travail : la Cour a ainsi décidé que « *la forme du marché, à bons de commande, et du contrat de travail, intermittent, étaient sans incidence sur le caractère régulier du transport* » qui visait un marché de transport d'enfants handicapés (43). La régularité de l'un ne s'oppose heureusement pas à la flexibilité des autres.

b/ L'application distributive de conventions collectives

Un arrêt récent (44), relatif à des cars de ramassage scolaire, a examiné la question de l'application subsidiaire d'une convention collective (les transports routiers) à une autre (les voies ferrées d'intérêt local). Une telle substitution est organisée par cette dernière convention collective (article 1^{er}) lorsqu'une entreprise relevant de son champ assure des services automobiles « *dans les mêmes conditions que les services routiers ne relevant pas du régime propre aux voies ferrées d'intérêt local* » (45) ; c'est alors la convention des transports routiers qui doit recevoir application. Au cas d'espèce, cette application était contestée par l'établissement public local qui avait pris la suite du précédent attributaire et qui estimait justement ne pas intervenir « *dans les mêmes conditions* ».

La Cour de cassation a considéré que cette application de la CCN des transports routiers doit s'apprécier au regard du seul marché considéré et non de l'ensemble de l'activité de l'entreprise. En outre, le fait d'être un établissement public ne fait pas obstacle à ces dispositions (46) ; cette appréciation, en sens contraire d'un précédent arrêt (47), est nettement plus

(36) « *La société ADP a déterminé le nombre de lots en fonction des montants des offres et ainsi radicalement modifié les conditions de la consultation qu'elle avait lancée ; elle a ainsi porté atteinte aux principes de transparence, de liberté d'accès [à la commande publique] et d'égalité de traitement* », TA Paris, 10 déc. 2008, *Société Brink's contre ADP*, n° 0818394/6-5, rejet du pourvoi par CE 3 juin 2009, req. n° 323.594, rec. Leb.

(37) Le candidat évincé est renvoyé à saisir de nouveau le juge, non plus celui du référé précontractuel mais le juge du contrat.

(38) Dont l'applicabilité est conditionnée à son extension (article 7).

(39) L'accord prévoit que les obligations de reprise du personnel s'appliquent au « *périmètre sortant* » (article 2-3-2) ; il précise qu'il faut entendre par là « *à la fois le volume de prestations et la configuration des métiers/emplois/qualifications de l'ensemble des effectifs réalisant celles-ci, tels que ces deux éléments conjugués existaient précédemment à la consultation en vue du renouvellement du prestataire* » (article 1).

Selon cet accord, il faut donc :

- définir le périmètre du marché (le périmètre « sortant ») ;
- définir la liste des salariés « transférables », en fonction des critères fixés dans le texte conventionnel ;

- appliquer le pourcentage de reprise sur cette liste de salariés transférables. Ce mécanisme est en réalité très aléatoire car il peut être affecté d'une limite : « *La liste que l'entreprise entrante doit reprendre est constituée obligatoirement de 100% des salariés [qui remplissent les conditions pour être qualifiés de « transférables »] dans la limite de 100 % du besoin défini dans le contrat liant l'entreprise entrante et son client* » (article 2-3-3). Autant dire que ce pourcentage de 100 % de reprise, séduisant sur la forme, n'a, en définitif, qu'une portée très réduite.

(40) Pour une application voir CA Paris, 26 mai 2011, deuxième espèce ci-après p. 566.

(41) C'est l'accord du 18 avr. 2002 (article 28) dont il est fait application dans les espèces rapportées ; la disposition se trouve aujourd'hui à l'article 2.1 de l'accord de 2009.

(42) le terme est emprunté au Code des transports (et anciennement à la LOTI) qui vise les « services réguliers » de transport.

(43) Soc. 6 oct. 2010, Bull., 09-65.349.

(44) Soc. 17 mai 2011, P+B, deuxième moyen, huitième espèce, ci-après p. 575.

(45) id.

(46) Sur les interférences entre les activités des personnes publiques et les préoccupations concurrentielles, on ne saurait trop recommander la lecture de J. Caillosse « Service public et concurrence : le service public entre deux mythologies » Dr. Ouv. 2008 p.199 disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier>

(47) Soc. 30 janv. 2007 p. 05-13.522 : « *Pour l'exécution du service de substitution qui lui était confié par la SNCF, la RDTA, était contractuellement soumise à des contraintes spécifiques, liées au service public de transport dont elle était chargée et à la continuité de service qu'elle devait assurer ; qu'elle en a exactement déduit qu'elle relevait de la convention collective nationale du personnel des voies ferrées d'intérêt local du 26 sept. 1974, étendue le 23 juin 1975, et qu'en conséquence, les stipulations de l'accord du 18 avr. 2002 organisant une garantie d'emploi dans le secteur des transports routier de voyageurs ne lui étaient pas opposables* ».

satisfaisante, tant les « *contraintes spécifiques liées au service public de transport* » que « *la continuité de service* » (48) invoquées dans l'affaire précédente sont communes aux exploitants privés ou publics titulaires d'un marché de transport (49). Ces éléments ne pouvaient donc constituer *in abstracto* un critère pertinent d'éviction de cette convention collective.

c/ L'application volontaire de la convention

On notera enfin que la liste des secteurs concernés par des clauses de garantie d'emploi est d'autant plus indicative que les accords de branche peuvent déployer leurs effets au-delà de leur strict champ d'application : ainsi, en Ile-de-France, les transporteurs soumis à une convention collective (i.e. hors RATP et SNCF) continuent de faire application des textes sur le transport interurbain (qui figurent parmi ceux cités ci-dessus) et non des accords, a priori plus naturels, sur le transport urbain (dépourvus d'un tel dispositif de garantie d'emploi).

B. Les conditions du transfert

Les dispositions conventionnelles réservent le transfert selon des critères qui n'ont pas d'équivalent lors de l'application de l'article L. 1224-1.

Ainsi peuvent être concernées :

- des *proportions* de salariés et non pas nécessairement la totalité (50) ;
- certaines *catégories* de personnel : personnel d'exécution, parfois les agents de maîtrise (51), mais pas les cadres.

Ces salariés, pour être transférables, doivent réunir une condition d'ancienneté (52) et de présence effective (53) sur le site ; parfois des proportions variables de temps d'affectation à l'exécution dudit marché sont retenues (54)...

Le transfert peut également être conditionné par la possession d'une certification professionnelle, d'une formation ou d'une autorisation administrative (55).

En outre les CDD ne sont pas toujours concernés. Quand ils le sont, il ne s'agit que de CDD conclus pour le remplacement de salariés absents (56).

Ces critères (57) sont bien évidemment variables d'une branche à l'autre.

II. Transfert d'actifs dans un marché de services

A. Transfert légal : les actifs pris en compte peuvent être ceux mis à disposition par le concédant

Les trois premières espèces rapportées concernent des marchés de services dont le renouvellement a débouché sur un changement de titulaire. Tant dans la sécurité aéroportuaire (58) que dans le transport de personnes (59), l'exploitant initial cherchait à faire admettre l'applicabilité de l'article L. 1224-1, son successeur se retranchant derrière les seules dispositions de la

convention de branche. La solution retenue par chaque juridiction est inverse puisque si le transfert légal est reconnu dans les deux espèces relatives à la sûreté aéroportuaire, il est rejeté pour le transport de personnes, le transfert conventionnel – non contesté – étant alors admis.

Le Tribunal de commerce de Paris (60) et la Cour d'appel de Paris (61) ont examiné avec un soin méticuleux les conditions d'application de l'article

(48) Soc. 30 janv. 2007, prec.

(49) Pour un exemple de comparaison des interventions privées et publiques par ex. A. Mazières « Concurrence et services publics : détermination des coûts pertinents » AJDA 2005 p. 1334.

(50) 85 % du personnel d'exécution dans le secteur de la prévention-sécurité selon le régime actuel.

(51) CA Amiens 10 fév. 2009, RG 08/00594 : débat sur la qualité d'agent de maîtrise au regard des dispositions de la CCN de la restauration collective.

(52) 6 mois, quelquefois 4.

(53) Pas d'absence supérieure à 4 mois dans le nettoyage ; pour une illustration CA Angers 18 janv. 2011, RG 10/00293.

(54) 65 % de leur temps pour les conducteurs dans le transport ; 30 % dans le nettoyage : v. par ex. Soc. 30 nov. 2010 p. n° 09-40.396 premier moyen.

(55) Article 2-2 accord 28 janv. 2011 dans le gardiennage : ces stipulations sont censées faire échec au transfert de salariés « sans papiers », auxquels les secteurs comme la prévention-sécurité, mais également la restauration collective, recourent abondamment.

(56) Exclusion des contrats de professionnalisation, des surcroûts temporaires d'activité ; sur la requalification d'un CDD irrégulier : CA Paris 14 juin 2007, Dr. Ouv. 2008 p. 385, n. D. Boulmier.

(57) Dont certains sont manifestement illégaux (ce qui n'empêche pas toujours l'extension de l'accord !), mais ce n'est pas l'objet du présent article. De façon plus générale, le résultat de la négociations des partenaires sociaux n'échappe pas, et c'est heureux, au respect de la légalité : v. obs. P. Rennes sous TGI Paris 9 fév. 2010, Dr. Ouv. 2011 p. 324.

(58) Tribunal de commerce de Paris, première espèce ci-après p. 563 ; Cour d'appel de Paris, deuxième espèce ci-après p. 566. L'accord collectif concerné était, dans les deux cas, celui de la prévention sécurité.

(59) TGI de Beauvais, troisième espèce, ci-après p. 568.

(60) Première espèce p. 563.

(61) Deuxième espèce p. 566 ; les aspects de discrimination syndicale par le reprenneur dans le choix des salariés transférés (comp. CA Paris 16 déc. 1999, Dr. Ouv. 2000 p. 135) et de transfert des IRP ne sont pas traités dans le présent article.

L. 1224-1 s'agissant du contrôle et de la sécurité sur l'aéroport pour l'un de Strasbourg, pour l'autre de Orly.

A elle seule, la perte d'un marché ne constitue certes pas le transfert d'une entité économique (62) ; toutefois cette affirmation ne fait pas obstacle à la caractérisation d'une telle reconnaissance à l'occasion d'un changement de titulaire de marché (63). Caractérisant l'existence d'une « entité économique autonome » (64), avec une rigueur de motivation que l'on ne peut que saluer en renvoyant à sa lecture, le Tribunal, comme la Cour, font litière des arguments de l'entrant. Dès lors que l'article L. 1224-1 trouvait à s'appliquer, l'invocation des dispositions conventionnelles était privée d'objet.

L'entrant voulait limiter le volume de personnel à reprendre par ses soins et affirmait nécessaire de « distinguer d'une part les équipements qui sont mis à disposition par l'aéroport (...) et d'autre part les équipements qui sont fournis par le prestataire » (65). Selon son raisonnement, seuls ces derniers – fort réduits, voire insignifiants (66) – devaient être pris en compte pour apprécier l'existence d'un transfert d'actifs, condition d'application de l'article L. 1224-1.

Or, que la transmission de ces biens soit réalisée par l'intermédiaire du concédant n'a aucune incidence sur la persistance de l'entité économique autonome, sauf à vouloir subrepticement ressusciter la défunte exigence d'un lien de droit entre les prestataires successifs. Depuis déjà bien longtemps, la jurisprudence prend en compte les biens remis par le donneur d'ordre, qu'il s'agisse « des terrains et des installations » (67) ou, selon une autre forme de raisonnement, qu'on insiste sur un « transfert [qui] s'effectue en deux phases » (67 bis). « Le transfert

des moyens d'exploitation nécessaires à la poursuite de l'activité de l'entité peut être indirect » (68) a affirmé la Cour de cassation, en écho à la CJUE : la directive « s'applique à une situation dans laquelle un donneur d'ordre, qui avait confié par contrat la gestion complète de la restauration collective au sein d'un hôpital à un premier entrepreneur, met fin à ce contrat et conclut, en vue de l'exécution de la même prestation, un nouveau contrat avec un second entrepreneur, lorsque le second entrepreneur utilise d'importants éléments d'actifs corporels précédemment utilisés par le premier entrepreneur et mis successivement à leur disposition par le donneur d'ordre, quand bien même le second entrepreneur aurait émis l'intention de ne pas reprendre les salariés du premier entrepreneur » (69). Cette solution a été explicitement reprise ultérieurement par la CJUE au cas de la sécurité aéroportuaire (70).

Nonobstant les difficultés d'interprétation, il y a donc encore du transfert légal sous-jacent dans nombre de changement de prestataire de services depuis l'arrêt *Camping du Bois de Boulogne*. C'est en conséquence avec une assise solide que le Tribunal de commerce de Paris peut s'approprier le raisonnement selon lequel un transfert indirect des moyens d'exploitation permettant l'exercice de l'activité en cause est ainsi caractérisé et le fait qu'ils n'appartiennent pas à l'entreprise initialement chargée du marché est sans effet sur la nature de l'activité transférée (71). Dans ces conditions, la reprise des 65 salariés est ordonnée par le tribunal sous astreinte de 5 000 euros par jour de retard (72). Il ne serait pas compréhensible que ce volontarisme de la juridiction consulaire ne trouve pas d'écho au sein de la juridiction prud'homale.

(62) Soc. 6 nov. 1991 Bull. n° 473 ; Cass. Ass. Plén. 16 mars 1990, Bull. n° 3, préc.

(63) L'article L. 1224-1 « reçoit ainsi application en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur ; tel est le cas lorsque l'exécution d'un marché de prestation de services par un nouveau titulaire s'accompagne du transfert d'une entité économique constituée d'un ensemble de personnes et d'éléments corporels et incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre et dont l'identité est maintenue » Soc. 9 nov. 2005, Bull. civ. V n° 313, AJDA 2005 p. 1227, n. A. Mazières ; dernièrement : Soc. 19 janv. 2011, p. n° 09-72.317, NVO 3 juin 2011 p. 38, n. M. Carles.

(64) J. Pélessier, E. Dockès, G. Auzero, *Droit du travail*, 25^e ed., 2010, Précis Dalloz § 375.

(65) Première espèce, ci-après p. 563 ; même raisonnement du sortant dans la deuxième affaire : « la société ICTS répond tout d'abord que la société Brink's ne lui a transféré aucun équipement dans le cadre de ce service et que par conséquent, elle utilise son propre logiciel de planification, ses propres moyens de communication internes (talkies walkies, téléphones), ses propres magnétomètres – dont une vingtaine seraient nécessaires – avec un prix unitaire de 200 euros, ses propres véhicules, badges aéroportuaires et uniformes ; que les seuls éléments matériels mis à sa disposition l'ont été par le donneur d'ordre, ADP ».

(66) La deuxième espèce oppose le montant des prix unitaires des appareils de détection (entre 380 k€ et 2 M€), aux actifs propres du prestataire se limitant aux uniformes ou à des magnétomètres d'un montant déclaré de 200 €...

(67) Cass. Ass. Plén. 16 mars 1990, *Camping du Bois de Boulogne*, Bull. n° 4, préc. ; en ce sens E. Wagner préc., spec. p. 218 1^{re} col.

(67 bis) CJCE 10 févr. 1988, aff. 324/86, *Tellerup*, pt 10, Dr. Ouv. 1989 p. 319, n. F. Saramito.

(68) Soc. 24 nov. 2009, Bull. civ. V n° 264, la Cour poursuit en indiquant que « la Cour d'appel, qui a constaté que la société Avenance avait repris, pour la gestion du service de restauration, des éléments d'exploitation nécessaires et significatifs appartenant à la clinique et mis par elle à la disposition des prestataires successifs, a ainsi caractérisé un transfert de moyens d'exploitation » ; Soc. 17 juin 2009, Bull. civ. V n° 151. La solution a été réaffirmée à propos d'une hôtesse standardiste, Soc. 8 déc. 2009, p. n° 08-44.832.

(69) CJCE, 20 nov. 2003, C-340/01, *Abler* (dit pour droit), RJS 2004 p.260, n. Moizard.

(70) CJCE, 15 déc. 2005, C-232/04, *Güney-Görres*, RJS 2006 p. 261, n. J.-Ph. Lhernould (pt 38).

(71) Ci-après p. 565.

(72) On doit souligner la double exemplarité :
- du prononcé (d'office !!) de l'exécution provisoire qui rend effectifs les droits des salariés, sauf à avoir agi en référé ce qui est parfaitement possible : voir TGI Beauvais troisième espèce ; Soc. 17 mars 1998, Bull. civ. V n° 153 ; RPDS préc. p. 289 ;
- d'un article 700 du CPC à hauteur de 3000 euros qui permet de rémunérer une défense efficace ;
Ce qui est valable devant le juge commercial devrait l'être devant la juridiction prud'homale.

B. En l'absence d'actifs communs aux prestataires, application du transfert conventionnel

Dans la troisième affaire rapportée (73), les deux exploitants sortants, titulaires conjoints d'un marché public de transport de personnes à mobilité réduite avec le Conseil général des Yvelines, tentaient également de faire valoir l'application de l'article L. 1224-1, tandis que le nouvel exploitant se réfugiait derrière le seul dispositif conventionnel.

Les sociétés sortantes étayaient leur revendication d'une application du transfert légal par l'existence d'achats spécifiques, dédiés au marché en question (matériel roulant, informatique) et subventionnés à hauteur de 50 à 100 % par la collectivité territoriale.

Cet argument n'est pas retenu à *lui seul* comme un indice d'application de l'article L. 1224-1. Ce rejet est logique car ces immobilisations, probablement amorties sur la durée du contrat précédent, ne faisaient l'objet, au cas d'espèce, d'aucune obligation de reprise par le

titulaire suivant (74) qui restait libre d'exercer cette option, finalement restée sans suite (75).

C. Incidence du transfert conventionnel sur le transfert légal

Lorsque l'application du dispositif conventionnel est reconnue, le transfert sur ce seul fondement ne peut constituer un indice de transfert légal : « *Ni la perte d'un marché de services au profit d'un concurrent, ni la poursuite par l'entreprise entrante, en application d'un accord collectif qui la prévoit et l'organise, des contrats de travail d'une partie des salariés affectés à ce marché ne caractérisent à eux seuls le transfert d'une entité économique autonome, de sorte que seul l'accord collectif est applicable* » (76).

Cette solution solidement établie en droit interne repose sur l'idée que la reprise du personnel ne peut être à la fois la cause et la conséquence du transfert légal ; elle s'articule toutefois difficilement avec certaines décisions communautaires (77) (78).

III. La responsabilité du donneur d'ordre : le corpus conventionnel intégré au bloc de légalité

La mise en œuvre du transfert de personnel révèle le rôle du donneur d'ordre, central bien que tiers au contrat de travail. Typiquement, cette situation trouve une illustration dans le contentieux de la commande publique (marchés publics et délégations de service public), nombre des branches ayant adopté ces dispositions s'adressant, partiellement ou exclusivement, à ce type d'acheteurs (79) : il suffit de se reporter aux activités du déchet, du transport de voyageurs, des aéroports, de l'eau, etc. pour prendre conscience de l'importance essentielle de l'achat public dans les secteurs examinés.

A. Législation sociale et commande publique

Le respect des règles de la commande publique ne peut conduire en aucun cas la personne publique à éluder la législation sociale. La CJUE a fermement affirmé la coexistence de ces deux corps de règles et son

raisonnement, particulièrement étayé et digne d'intérêt, mérite d'être rappelé *in extenso* :

« 22. *Le fait que les dispositions de la directive 77/187 [transfert] peuvent, le cas échéant, trouver à s'appliquer dans le contexte d'une opération relevant de la directive 92/50 [marchés publics] ne saurait être analysé comme mettant en cause les objectifs de cette dernière. La directive 92/50 n'a nullement pour objet d'affranchir les pouvoirs adjudicateurs et les prestataires qui proposent leurs services pour les marchés concernés de l'ensemble des législations et des réglementations applicables aux activités visées, notamment dans le domaine social ou dans celui de la sécurité, de telle sorte que les offres pourraient être faites sans aucune contrainte. La directive 92/50 vise à ce que, dans le respect desdites législations ou réglementations et dans les conditions qu'elle pose, les opérateurs bénéficient de l'égalité des chances, en particulier pour mettre en œuvre leurs droits*

(73) Ci-après p. 568 ; rappr. CA Paris 18 déc. 2008 RG 06/10582.

(74) Dans le domaine des transports de voyageurs rappr. CJCE 25 janv. 2001, *Oy Liikenne Ab*, C 172/99, Dr. Ouv. 2001 p. 180, n. M. Bonnechère ; Soc. 8 fév. 1994, p. n° 91-43.596.

(75) En revanche relever, comme le fait le Tribunal au soutien de son argumentation pour écarter l'application de L. 1224-1, l'absence d'obligation pour les usagers de s'adresser au nouveau titulaire est dépourvu de sens.

(76) Soc. 28 nov. 2007, Bull. civ. V n° 200, RDT 2008 p. 176, n. P. Waquet, Dr. Soc. 2008 p. 391, n. A. Mazeaud ; Soc. 20 déc. 2006, Bull. civ. V n° 389, Dr. Soc. 2007 p. 374, n. A. Mazeaud.

(77) CJUE 20 janv. 2011, aff. C-463/09, RJS 2011 p. 358, n. H. Tissandier.

(78) Afin de ne pas alourdir le propos, on ne traitera pas de la question, en réalité spécifique au nettoyage, de l'application de L. 1224-1 dans un secteur où l'activité est réalisée hors la détention du moindre actif significatif (cas des entreprises dites "de main d'œuvre") ; v. P. Rodière, *Traité de droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2008, § 381.

(79) E. Sagalovitch « Les obligations de reprise du personnel dans le droit des marchés publics et des délégations de service public », Bull. jur. des contrats publics n° 28, 2003.

à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services.

23. Dans un tel cadre, les opérateurs conservent leur marge de manœuvre pour faire jouer la concurrence entre eux et soumettre des offres différentes. Dans le domaine des transports publics réguliers par autobus, ils peuvent par exemple intervenir sur le niveau d'équipement des véhicules et sur leurs performances énergétiques et écologiques, sur l'efficacité de l'organisation et les modalités de contact avec le public ainsi que, comme dans toute entreprise, sur la marge bénéficiaire souhaitée. L'opérateur qui soumet une offre doit également pouvoir évaluer si, en cas de succès de celle-ci, il aura intérêt à racheter des actifs significatifs à l'actuel titulaire du marché et à reprendre tout ou partie de son personnel ou s'il sera obligé de le faire et si, le cas échéant, il se trouvera dans une situation de transfert d'entreprise au sens de la directive 77/187.

24. Cette évaluation, et celle des coûts découlant des différentes solutions possibles, fait aussi partie du jeu de la concurrence et ne saurait être analysée, contrairement à ce que soutient Liikenne, comme révélatrice d'une méconnaissance du principe de sécurité juridique. Toute initiative dans le domaine concurrentiel est en effet soumise à une part d'incertitude au regard d'un certain nombre de paramètres et il est de la responsabilité des opérateurs d'effectuer des analyses réalistes. Certes, l'entreprise qui était anciennement titulaire du marché connaît, contrairement à ses concurrents, exactement les coûts qu'elle expose pour assurer le service faisant l'objet du marché ; toutefois, d'une part, cette situation est inhérente au système et ne saurait justifier la non-application des législations sociales et, d'autre part, cet avantage est vraisemblablement compensé, la plupart du temps, par la plus grande difficulté de cette entreprise pour modifier ses conditions d'exploitation, afin de les adapter aux nouvelles conditions de l'appel d'offres, par rapport à des concurrents qui présentent une offre à partir d'une situation vierge. » (80).

On ajoutera, sur un plan interne, que le régime de droit commun des contrats administratifs (i.e. hors dispositions spécifiques aux marchés et délégations de service public) ne permet pas plus d'entorse (81).

(80) Oy Liikenne Ab, préc. ; on relèvera que l'appréciation portée sur la situation comparée du sortant vis-à-vis des autres candidats est nettement plus nuancée que celle retenue par le Conseil de la concurrence lorsqu'il a émis un avis défavorable à l'extension d'un accord collectif dans le secteur de l'eau (Avis n° 00-A-30 du 4 déc. 2000 disp. sur le site de l'Autorité de la concurrence).

(81) Soc. 15 mars 2011, p. n° 09-67.825 : les clauses d'un contrat *sui generis* entre une commune et un prestataire ne peuvent faire obstacle à l'application de l'article L. 1224-1.

(82) CE 30 avr. 2003, SPEIRAA, req. n° 230.804 ; v. égal. Avis de Conseil de la concurrence, préc.

(82 bis) G. Lyon-Caen, Dr. Ouv. 2003 p. 261.

Ce qui vaut pour le transfert légal ne diffère aucunement pour le transfert conventionnel. Une initiative critiquable du Conseil d'Etat a toutefois entraîné l'annulation d'un arrêté d'extension en ce qu'il portait sur une clause de transfert conventionnel dans le secteur de l'eau-assainissement, au regard du caractère oligopolistique de la branche (82). Prise au motif de la « préservation de la libre concurrence », cette décision a été fortement critiquée non seulement selon une approche travailliste (82 bis) mais également au regard d'exigences publicistes (82 ter).

B. Un rôle pivot du donneur d'ordre

Une fois rappelée cette compatibilité des corpus de textes, il est déterminant d'observer les conséquences que le juge administratif tire de l'existence de ces dispositifs conventionnels.

Pour mémoire, la passation de ces contrats publics a pour point commun d'être soumise à une publicité et une mise en concurrence destinées à permettre à la personne publique d'acheter aux meilleures conditions dans le respect du principe constitutionnel d'égalité d'accès des fournisseurs à la commande publique (83). Les candidats – au rang desquels figurent bien souvent l'entreprise sortante – sont destinataires d'informations strictement identiques destinées à leur permettre d'émettre une offre. Ces informations, transmises par la personne publique, sont détenues en propre par cette dernière (84) ou obtenues du sortant. Dans ce cadre, il a été jugé que la rétention d'informations par le sortant sur la masse salariale transférable constituait une atteinte au principe d'égalité entre les candidats à un marché public de transport (85), tout candidat devant pouvoir, préalablement à l'établissement de son offre, évaluer avec précision l'impact de la reprise (86). L'intérêt bien compris du donneur d'ordre serait d'ailleurs de conditionner en amont la recevabilité de la candidature du sortant à la remise des informations adéquates.

Ces exigences impérieuses de transparence et d'égalité de traitement sont indifférentes à l'égard de la source juridique de l'obligation de transfert (légale ou conventionnelle). Elles sont en outre parfaitement transposables à n'importe quel marché privé : la détermination des moyens à mettre en œuvre, qui seule

(82 ter) P. Subra de Bieusses, AJDA p. 1849.

(83) Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, l'accès à la commande publique découle de l'article 6 de la Déclaration de 1789.

(84) Par ex. grâce aux informations contenues dans le rapport annuel du délégataire de service public (article L. 1411-3 CGCT).

(85) CE 13 mars 1998, req. n° 165.238

(86) V. CE 24 oct. 2008, req. n° 300.034 : la personne publique a communiqué aux candidats le nombre précis d'agents transférés (152,35 équivalents temps plein), la masse salariale globale et le coût de chaque salarié. L'origine, légale ou conventionnelle, du transfert n'est pas précisée.

permet de déterminer le prix du contrat, impose de disposer de telles informations. On peut relever en ce sens que l'autorité en charge de l'application du droit de la concurrence (et non du droit de la commande publique) a émis le souhait « *que l'avis d'appel d'offres soit accompagné d'un descriptif des emplois et des postes de travail, ainsi que des montants des salaires et des charges salariales qui devront fait l'objet du transfert* » (87).

Récemment, le Conseil d'Etat a rendu une décision à l'occasion d'un transfert conventionnel dans le secteur de la propreté (88). Compte tenu de la densité de la motivation, c'est la quasi-intégralité de celle-ci qu'il convient de rapporter. Tout d'abord, « *l'entreprise attributaire étant susceptible de devoir reprendre les salariés du titulaire du précédent marché sur le fondement d'obligations résultant d'une convention collective étendue, le coût de la masse salariale correspondante était en conséquence un élément essentiel du marché, eu égard au poids des charges de personnel dans l'activité considérée* » (89) ; c'est la transposition de la solution adoptée en 1998 au cas du transfert conventionnel.

Ensuite, le juge estime souverainement que le donneur d'ordre « *détenait ces informations ou était en mesure de les obtenir* » (90) et peut ordonner « *communication de cette information à tous les candidats, quand bien même certains ne seraient pas soumis à cette obligation conventionnelle de reprise, afin qu'ils puissent présenter une offre dans des conditions d'une égale concurrence* ». Conformément à la très forte logique d'égalité de traitement qui imprègne le droit de la commande publique, tous les acteurs, même ceux qui n'entrent pas dans le champ conventionnel, doivent recevoir l'information.

Enfin, le Conseil d'Etat ajoute que « *si les collectivités publiques sont, dans leur activité contractuelle, tenues au respect du secret des affaires, ce secret doit se concilier avec l'obligation d'assurer l'égalité entre les candidats à l'attribution d'un marché public ; (...) compte tenu de la nature des informations en cause,*

leur communication était nécessaire pour assurer l'égalité entre les candidats, sans que leur divulgation puisse être regardée comme constitutive d'une violation du secret des affaires » (91).

C. Transmission tardive des informations, rétractation de l'entrant et résiliation du marché

Le rôle pivot de l'entreprise principale a été affirmé de manière particulièrement nette par le Conseil d'Etat (92) : un prestataire de nettoyage s'était rétracté après l'attribution d'un marché public au vu du nombre de salariés à reprendre et alors qu'il avait demandé, en vain, communication de cette information à l'entreprise principale durant le déroulement de l'appel d'offres. Devant cette rétractation, le donneur d'ordre avait alors agi en responsabilité à son encontre en soulignant le préjudice subi du fait de l'absence de réalisation de la prestation.

La Cour administrative d'appel avait exclu tout manquement de la personne publique aux motifs qu'aucune exigence d'information ne reposait sur le donneur d'ordre et que les dispositions conventionnelles étaient nécessairement connues des prestataires.

Or cette motivation a été censurée pour erreur de droit. Malgré l'absence de toute disposition explicite, le Conseil d'Etat a considéré que le donneur d'ordre était bien débiteur de l'information nécessaire à la formation du contrat : c'est dire la transparence que doivent respecter et faire respecter les participants à une opération de transfert (93).

On retrouve cette problématique en toile de fond de l'arrêt de la Chambre sociale du 17 mai 2011 (94) où l'entreprise, attributaire au marché de transport scolaire, y a finalement renoncé à la réception des informations sur les rémunérations pratiquées par le sortant ; elle a estimé ces dernières trop élevées pour lui permettre d'exécuter le marché aux conditions convenues. Ainsi qu'on vient de le voir, l'ensemble des candidats aurait dû recevoir communication de ces éléments préalablement à la

(87) Avis du Conseil de la concurrence, prec.

(88) Quatrième espèce ci-après p. 570.

(89) Troisième esp.

(90) Souligné par nous.

(91) Troisième esp. prec. ; il est bien évident que la conciliation ainsi opérée entre le secret des affaires et l'égalité devant la commande publique offre un appui, *mutatis mutandis*, pour des débats en droit social, v. les actes du colloque SAF, *Vérité du terrain, vérité judiciaire, la preuve en droit social*, au Dr. Ouv. avr. 2010.

(92) 6 juin 1997, req. n° 129.437.

(93) Dans le même sens : CAA Douai 1^{er} oct. 2009, *Communauté d'agglomération du Beauvaisis contre Sté Shanks*, n° 08DA01984 : « *Considérant qu'avant de déposer son offre et de confirmer celle-ci, la société Shanks Liège-Luxembourg n'a pu avoir connaissance du nombre de salariés qu'elle serait dans l'obligation de reprendre en application de la convention*

collective des activités du déchet ; que les informations relatives au personnel, fournies aux candidats, à leur demande, par la personne publique ne permettaient pas de déterminer le nombre de salariés à reprendre pour chacun des quatre lots composant le marché ; qu'en outre, la demande de renseignements complémentaires qu'elle a formulée est restée sans réponse ; qu'ainsi, en ne recevant pas communication des informations pertinentes relatives au personnel à reprendre, la société Shanks Liège-Luxembourg n'a pas été mise à même d'élaborer une offre satisfaisante alors que l'entreprise auparavant titulaire du lot, et qui était elle aussi soumissionnaire, connaissait avec précision la charge représentée par la reprise de ce personnel ; que par suite, et dans les circonstances de l'espèce, la Communauté d'agglomération du Beauvaisis n'est pas fondée à soutenir qu'en retirant son offre, la société Shanks Liège-Luxembourg a commis une faute de nature à engager sa responsabilité ».

(94) Huitième espèce, ci-après p. 575.

remise de leur offre. Le respect de l'exigence d'information, certes par le sortant mais également par la collectivité territoriale, aurait évité aux salariés leur licenciement (95)...

Il résulte donc de ce bref exposé du droit positif que le donneur d'ordre doit adopter un rôle actif qui favorise

l'effectivité de la règle de droit. Cette transparence, formalisée en droit public des affaires et transposable dans les relations commerciales soumises au droit privé, se décline aisément en droit social ; au cas particulier, certains accords rappellent avec force ce rôle d'intermédiaire de l'entreprise principale (96).

IV. Le régime de l'échange d'information

Cette problématique de transparence se retrouve, sous un angle un peu différent, lors d'un conflit entre l'entrant et le sortant. Le principe même de la garantie d'emploi peut être au cœur du différend mais il peut aussi s'agir de déterminer si le(s) salarié(s) remplit(ssent) les conditions (97).

Les dispositions conventionnelles organisent la transmission des informations entre le sortant et l'entrant : tandis que l'entrant fait connaître son identité au sortant (A.), ce dernier communique en réponse les éléments de nature à faciliter le transfert (identité du salarié, classification, rémunération, horaires, fiche d'aptitude, solde de congés...(98)) (B.). C'est ensuite aux deux entreprises d'assurer l'information individuelle des salariés (C.). Que cet enchaînement se grippe et le salarié est alors placé dans un véritable *no man's land* juridique, ballotté d'un refus d'emploi à l'autre (D.).

A. L'entrant

1. L'entrant se signale

L'entrant – sauf à ne pas relever de la même branche professionnelle que le sortant (99) – est tenu par les dispositions conventionnelles « *qui déterminent les conditions de la continuité du contrat de travail du personnel affecté à un marché repris par un nouveau prestataire et mettent à la charge de celui-ci l'obligation de se faire connaître par écrit auprès de l'entreprise sortante pour obtenir la liste du personnel à transférer* » (100).

L'entrant qui refuse de se signaler spontanément au sortant commet le transfert et commet une faute. Mais

cette difficulté est loin de constituer un obstacle sérieux aussi bien sur un plan pratique que juridique.

2. Pallier la rétention d'information sur un plan pratique

Le cas, a priori naturel, où le donneur d'ordre informe le prestataire de son remplacement n'appelle pas de commentaires. Il en va de même lorsque les sous-traitants successifs organisent le transfert. Mais il est des cas où, pour une raison quelconque, la détérioration des relations grippe la mécanique d'échanges. Le sortant doit alors aller à la recherche des informations.

Tout d'abord, le choix d'un prestataire constitue la plupart du temps une donnée connue des acteurs de la profession ; il est d'ailleurs fréquent, durant les appels d'offres, que les candidats connaissent l'identité des concurrents auxquels ils sont confrontés. Si le nouveau titulaire reste inconnu, l'identification est toutefois aisée et peut, en cas d'inaction, être résolue : toujours dans le cadre de la commande publique, le contrat conclu avec la personne publique présente le caractère d'un document administratif communicable sur simple demande (101), notamment à tout concurrent évincé (102). C'est non seulement l'identité du titulaire, mais également de la plupart des modalités d'organisation du service qui sont ainsi à la disposition du sortant !

S'agissant d'un donneur d'ordre privé, on envisage difficilement qu'un sous-traitant sortant, en charge d'un marché de services depuis parfois longtemps, ne dispose pas d'un interlocuteur chez son client lui fournissant l'identité du concurrent plus heureux. En outre, le donneur d'ordre aura intérêt à désigner à son nouveau prestataire le titulaire précédent afin d'assurer la bonne exécution de

(95) Sur la responsabilité de l'attributaire qui se rétracte : Soc. 5 avr. 2005, p. n° 02-44.639 et n° 03-47.012.

(96) Par ex. article 2.1 accord prévention-sécurité.

(97) *Supra* § I/B/

(98) La liste, plus ou moins fournie, des éléments figure généralement en annexe dans les accords collectifs.

(99) - Pour une entreprise relevant d'une autre branche : CA Angers 10 mai 2011 RG 10/00749 ; Soc. 25 juin 1996, p. n° 94-15.471 ; Soc. 29 janv. 2003 p. n° 00-45.731 ;

- pour le cas particulier d'une combinaison de deux conventions de branche : Soc. 17 mai 2011, deuxième moyen, huitième espèce, ci-après p. 575 (cf. *supra* I/AV/4) ;

- pour la reconnaissance d'une activité nettement différenciée dans un centre d'activité autonome : Soc. 21 fév. 2006 p. n° 04-40.865 ;

- pour une reprise en régie par le concédant : Soc. 24 nov. 2009 p. n° 08-41.097.

(100) Soc. 30 nov. 2010, P+B, ci-dessous septième espèce p. 574, premier moyen 1^{er} et 2^e branches.

(101) Loi n° 78-753 du 17 juill. 1978 ; voir à ce sujet la rubrique « Contrats et marchés » des rapports annuels de la Commission d'accès aux documents administratifs (www.cada.fr).

(102) Mais également, dans le cas de figure qui nous intéresse, aux salariés, leurs organisations syndicales ou les institutions représentatives du personnel.

son marché. Le fait de déclarer portable l'information ne constitue donc qu'une modalité supplétive.

3. Conséquences juridiques de la rétention d'informations

Au vu de ces possibilités, on comprend très mal la tendance de la Cour de cassation dans certaines décisions à faire prévaloir les exigences formelles sur toute autre considération : « *Si l'article 2.1 de l'accord du 5 mars 2002 sur la reprise du personnel met à la charge de l'entreprise entrante l'obligation de se faire connaître auprès de l'entreprise sortante, dans un délai de deux jours ouvrables, par lettre recommandée avec avis de réception, l'inexécution de cette obligation n'a pas pour effet, en l'absence de disposition conventionnelle réglant les conséquences d'un tel manquement, d'entraîner de plein droit un changement d'employeur, lequel est subordonné au respect des conditions de fond et de procédure prévues par les articles 2 et 3 dudit accord* » (103) ; et elle a même affirmé que « *le manquement de l'entrepreneur entrant aux diligences que l'accord met à sa charge fait obstacle au changement d'employeur* » (104).

Cette lecture des textes est difficilement compréhensible : à la fois *amplifiante*, car elle confère une importance radicale à des formalités administratives que rien ne désigne comme pourvues d'une telle force dans ces conventions collectives, elle est également *mutitante* en ce que la finalité du dispositif de protection de l'emploi se voit aisément contournée (105). Un entrant pratiquant des salaires plus bas peut ainsi bloquer le transfert qu'il jugerait trop défavorable à ses intérêts ; un tel pari serait facilité car les licenciements éventuellement prononcés par le sortant ne seront pas nécessairement contestés (106) et la responsabilité de l'entreprise fautive allégée d'autant. Il suffit alors à l'entreprise entrante de faire preuve d'un peu de mauvaise volonté pour entraîner l'échec du dispositif conventionnel à moindre frais. Il est assez étonnant de voir cette garantie d'emploi, relativement sophistiquée, contournée aussi aisément.

En réalité il convient de distinguer soigneusement... là où justement les accords collectifs distinguent : « *le respect des conditions de fond et de procédure* » (107) n'ont pas la même portée et n'ont pas à être liées (108).

(103) Soc. 20 mars 2007, p. n° 05-44.962.

(104) Soc. 2 déc. 2009, Bull. civ. V n° 273, RDT 2010 p. 166, n. A. Fabre ; sur cet arrêt v. *infra* § VI.

(105) Les deux accords les plus rencontrés en jurisprudence ont un préambule où il est indiqué qu'ils ont été conclus « *en vue d'améliorer et de renforcer la garantie d'emploi offerte aux salariés* » (propreté) et « *en vue de conserver dans la profession des effectifs qualifiés et de préserver l'emploi* » (prévention-sécurité) ; or un préambule d'accord collectif est doté d'une force normative propre : Soc. 7 mai 2008, Bull. civ. V n° 99, Dr. Ouv. 2008 p. 572, n. N. Bizot.

(106) Loin de là : les licenciements pour motif économique suivis d'un contentieux représentent statistiquement 3 % du total...

B. Le sortant

1. Le sortant communique divers renseignements administratifs

Les informations utiles sur l'identité, les salaires, les congés etc. sont détenues par l'entreprise sortante qui doit, par application de la convention collective mais également en exécution loyale des contrats commerciaux (109) et de travail, les transmettre en temps utile à ses interlocuteurs : c'est un véritable « droit de savoir » (110) qui est au crédit de l'entrant et à la charge du titulaire évincé. On peut légitimement penser que, sauf à priver de tout effet ce mécanisme, cette nécessité de transmission découle directement de la garantie conventionnelle d'emploi, nonobstant les précisions de l'accord. Le manquement à cette obligation est assurément fautif (111).

2. La portée du manquement

Il avait été affirmé « *qu'il résulte de l'avenant n° 1 à l'annexe 7 à la convention collective nationale des entreprises de nettoyage de locaux que l'entreprise sortante, qui a l'obligation d'établir la liste du personnel affecté au marché repris en faisant ressortir ceux qui remplissent les conditions pour être transférés, doit adresser ces documents à l'entreprise entrante au plus tard dans les huit jours ouvrables après qu'elle se soit fait connaître ; que ce délai est impératif et qu'à défaut pour l'entreprise sortante de le respecter, le transfert du salarié ne s'opère pas de plein droit* » (112). Mais, suivant des prévisions conventionnelles plus souples, la régularité d'une transmission des informations sans formalisme particulier a pu également être validée (113).

Une très nette invitation à respecter l'accord collectif a depuis été impulsée par la Cour de cassation, au visa de l'accord collectif et de l'article 1315 du Code civil : « *Un manquement de l'entreprise sortante à son obligation de communiquer à l'entreprise entrante les documents prévus par l'accord ne peut empêcher un changement d'employeur qu'à la condition qu'il mette l'entreprise entrante dans l'impossibilité d'organiser la reprise effective du marché* » (114). Désormais le manquement doit donc produire des effets tels qu'ils fassent obstacle à l'établissement de la relation salariale.

(107) Soc. 20 mars 2007, préc.

(108) Cf. *infra* § VI.

(109) Article 1134 al. 3 et 1135 C. civ.

(110) V. sur ce thème le rapport annuel 2010 de la Cour de cassation, sur le site de cette juridiction.

(111) Soc. 29 mai 2002 p. 00-42.838.

(112) Soc. 17 mars 1998, Bull. civ. V n° 148.

(113) Soc. 29 mai 2002 préc. à propos de la prévention-sécurité.

(114) Septième espèce préc., premier moyen 3^e branche ; en ce sens déjà à propos d'une transmission tardive de fiche médicale d'aptitude : Soc. 28 nov. 2007 préc. ; Soc. 6 mars 2007 p. n° 05-41.254.

Créancier des informations dont est détenteur le sortant, l'entrant est débiteur à l'égard des salariés d'une obligation de reprise ; son attitude ne peut donc être passive même face à un tel constat d'impossibilité. Il lui incombe d'adopter un comportement permettant la mise en œuvre du transfert. En particulier la détention des informations fournies à l'ensemble des candidats (115), la possibilité de quérir des informations par tout moyen (116) peuvent pallier les lacunes du sortant, d'autant que les salariés eux-mêmes peuvent fournir nombre des renseignements par le biais des bulletins de paie et des contrats de travail (116 bis). « L'impossibilité d'organiser la reprise effective du marché » ne devrait donc être qu'une hypothèse restreinte, sinon marginale. Au cas d'espèce, la Cour de cassation ajoute : « Lorsque la société sortante a communiqué les éléments requis à l'entreprise entrante, il appartient au juge d'apprécier si l'éventuelle insuffisance des éléments fournis rendait impossible l'organisation de la reprise effective du marché » (117) ; constatant la conformité formelle aux exigences conventionnelles des informations transmises par le sortant, l'entrant se voit renvoyé à établir la preuve d'un obstacle à l'effectivité de la reprise.

Dans une affaire ultérieure inédite, la Cour de cassation a relevé que « les documents transmis par la société sortante étaient insuffisants à établir que la salariée remplissait, au jour du changement de prestataire, la condition d'affectation sur le marché d'au moins six mois prévue par l'article 2 de l'accord national du 29 mars 1990, ce dont il se déduisait que la société [entrante] ayant été mise dans l'impossibilité d'organiser la reprise du contrat de travail de la salariée par suite de la carence de la société [sortante] dans l'exécution de ses obligations conventionnelles, le transfert du contrat de travail n'avait pu s'opérer » (118). On ne peut se satisfaire d'un raisonnement qui récompense l'inertie. L'entrant n'est dans l'impossibilité de cette reprise que s'il a mis en œuvre les moyens nécessaires pour obtenir ces pièces : témoignage du salarié, mais également ordonnance sur requête aux fins de désignation d'un huissier devant prendre copie des documents, action en référé, etc.

C. L'information individuelle des salariés

L'accord des salariés est une condition déterminante du transfert volontaire (119). Dès lors il faut organiser, en premier lieu, leur information, en second lieu, le recueil

(115) Cf. *supra* § III/B/

(116) Cf. *supra* § IV/A

(116 bis) « Le salarié ne fournissait aucune précision sur la répartition des heures de travail et sur les plannings au sein de l'entreprise sortante », Soc. 7 juin 2011, p. n° 09-71.357.

(117) Ci-dessous septième espèce.

(118) Soc. 16 fév. 2011 p. n° 09-66.807

(119) Cf. *infra* § VI/A

(120) Soc. 11 janv. 2011 p. n° 09-68.676, reprise d'une solution antérieure : Soc. 11 mars 2003, Bull. civ. V n° 95.

de leur possible acceptation. Les accords collectifs décrivent généralement ce processus.

La Cour de cassation a précisé : « Il résulte que, dans le secteur des entreprises de prévention et de sécurité, dès qu'il a connaissance de la perte du marché, l'employeur sortant a l'obligation, dans les cinq jours ouvrables, d'informer individuellement chaque salarié de sa situation à venir, afin de lui permettre de prendre la décision d'accepter ou de refuser le transfert de son contrat de travail en connaissance de cause » ; la Cour ajoute que « le manquement de l'entrepreneur sortant à la procédure d'information conventionnelle, préalable et personnelle, qui constitue une garantie de fond accordée au salarié, fait obstacle au changement d'employeur » (120).

Cette notion de « garantie de fond », forgée par la Cour de cassation pour évaluer la portée des manquements des entreprises à l'encadrement conventionnel de la rupture d'un contrat de travail, est essentielle même si sa portée reste à parfaire.

Dans les relations complexes entre l'entreprise principale, le sortant et l'entrant, les salariés sont des tiers, mal informés et en proie à l'inquiétude quant à la pérennité de leur emploi ; il est particulièrement éclairant de noter qu'au cas précédemment cité (121), le salarié s'était vu opposer un changement d'employeur après la réalisation de l'opération dont il n'avait même pas été informé. Que chaque salarié dispose d'une information « préalable et personnelle » constitue une exigence élémentaire (122). On retrouve ainsi un « droit de savoir » sous la forme d'une obligation précontractuelle d'information dont la particularité est d'aboutir à l'encadrement du choix par l'employeur de son (futur) cocontractant.

Par ailleurs, compte tenu des dispositions propres aux accords, en particulier lorsqu'est prévue la reprise d'une part seulement du personnel, l'entrant doit *in fine* communiquer au sortant l'identité des personnes qu'il se propose d'engager (123).

D. Le sort du salarié : entre calme précaire et tempête

1. La boussole du droit à l'emploi

La mauvaise volonté de l'un ou l'autre des acteurs (124) – voire des deux – ne peut priver les salariés de leur droit à l'emploi. Cette conséquence est d'autant

(121) Id.

(122) Information individuelle qui, de manière stupéfiante, n'est pas déduite à l'occasion d'un transfert légal en droit interne du droit communautaire Soc. 18 nov. 2009, Bull. civ. V n° 256, Dr. Ouv. 2010 p. 110 n. N. Moizard ; v. sur ce point le rapport annuel 2010 de la Cour de cassation prec. pt 1.1.1.2.2.1.6 ; V. Ionescu « Le droit d'opposition des salariés au transfert de leur contrat de travail : mythe ou réalité », Dr. Soc. 2002 p. 507 spec. p. 513.

(123) Soc. 29 mai 2002, prec.

(124) Soc. 25 avr. 2007 p. n° 05-43.399 ; Soc. 11 juill. 2006 p. n° 05-40.973.

moins envisageable que la transmission de la plupart des informations par le sortant dans le cadre du transfert constitue un moyen de faciliter la novation du contrat, pas une condition du transfert. La convention collective de la Manutention ferroviaire constate d'ailleurs que « l'absence de transmission par l'entreprise sortante des documents précités peut donner lieu à un recours de l'entreprise entrante, mais ne peut altérer le droit des salariés au bénéfice de la continuité de leur contrat de travail » (125).

2. Le sort du salarié lors d'un manquement de l'entrant

Le rapport d'emploi est nécessairement affecté par les vicissitudes de la restructuration. La Cour de cassation place les salariés, de manière heureuse, dans l'œil du cyclone : « En l'absence de disposition conventionnelle réglant les conséquences de l'inobservation par l'entreprise entrante de [l'obligation de se faire connaître par écrit auprès de l'entreprise sortante], l'entreprise sortante, sans préjudice d'un recours éventuel contre l'entreprise entrante, est tenue de maintenir la

rémunération des salariés concernés par ce transfert tant que leur contrat de travail n'a pas été repris par le nouveau prestataire » (126). Devant les réticences de l'entrant, c'est au sortant, employeur nominal, que revient l'obligation de fournir le salaire. Cette solution n'a toutefois de sens que pour une période intermédiaire – même si elle n'est pas forcément brève.

3. Le sort du salarié lors d'un manquement du sortant

De manière heureuse, la Cour de cassation a précisé les responsabilités en affirmant « qu'il n'incombe pas au salarié affecté à un marché repris et que l'entreprise entrante refuse de conserver à son service d'établir qu'il remplit les conditions [conventionnelles] » (127). Cette directive renvoie à la responsabilité des deux entreprises de se communiquer les éléments nécessaires : c'est le sortant, détenteur de la totalité des informations, qui est dans l'obligation de les transmettre. On peut penser que l'obligation de maintenir le salaire que l'on vient d'évoquer, étendue à cette hypothèse, contribuera à accélérer ses diligences.

V. La saisine du juge pour assurer le respect de la convention collective

L'absence de réalisation du transfert aux conditions de la convention collective constitue une faute dont la sanction est diversement appréciée.

A. Une issue indemnitaire...

Plusieurs arrêts de la Cour de cassation, examinant les différends entre entreprises et les empêchements délibérés aux transmissions d'information, affirment un obstacle au transfert. Particulièrement typique, on peut citer l'arrêt du 2 décembre 2009 : « Le transfert des contrats de travail prévu par l'accord du 5 mars 2002 ne s'opérant pas de plein droit et étant subordonné à l'accomplissement des diligences prescrites par cet accord, lorsque les conditions d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail ne sont pas remplies, le manquement de l'entrepreneur entrant aux diligences que l'accord met à sa charge fait obstacle au changement d'employeur » (128) ; le même arrêt poursuit : « L'action indemnitaire dont dispose le salarié contre l'entrepreneur entrant qui a empêché sans raison légitime le changement d'employeur n'est pas exclusive de celle qu'il peut aussi exercer contre l'entrepreneur sortant qui a pris l'initiative de la rupture du contrat, sans préjudice du recours éventuel de ce dernier contre le

nouveau titulaire du marché, si sa carence a fait obstacle au changement d'employeur ».

Au titre de la violation de la garantie d'emploi, le salarié se voit donc proposer de mener deux contentieux à des fins indemnitaires (129) : l'un dirigé contre l'entrant qui n'a pas accepté le jeu du mécanisme conventionnel, l'autre contre le sortant qui a considéré le contrat rompu de facto par l'opération de transfert.

La Chambre sociale a également affirmé que « la méconnaissance des obligations que l'accord du 5 mars 2002 met à la charge des prestataires successifs n'entraîne pas la nullité du licenciement prononcé par l'entrepreneur sortant, à la suite du refus du nouveau titulaire du marché de poursuivre l'exécution du contrat de travail » (130).

La voie indemnitaire est donc toute tracée, mais elle n'a légitimement pas de quoi enthousiasmer les travailleurs de ces secteurs pour qui le salaire, guère éloigné du SMIC, présente un caractère alimentaire marqué.

(125) Article 15 quater.

(126) Ci-dessous septième espèce, premier moyen.

(127) Soc. 13 oct. 2010, 09-67.458, Bull. civ. V

(128) Prec., Bull. civ. V n° 273, RDT 2010 p. 166, n. A. Fabre.

(129) A. Fabre, prec.

(130) Soc. 19 oct. 2010 p. n° 09-40.834

B. ...critiquable...

1. La négation de la force obligatoire de la convention collective

Cette préférence jurisprudentielle pour une voie indemnitaire, pour classique qu'elle soit, n'est pas satisfaisante. Reprenons l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 2 décembre 2009 (131) : quel était le manquement initial faisant obstacle au transfert ? L'entrant a demandé un luxe de pièces au sortant puis, constatant le défaut de transmission, a refusé de recevoir le salarié transférable.

En quoi cela constitue-t-il un obstacle invincible ? La Chambre sociale prétend trouver cet obstacle dans l'absence de caractère « *de plein droit* » du transfert. En usant de cette formule, la Cour de cassation souligne que le transfert conventionnel résulte, non de la loi, mais des accords collectifs l'organisant. Cela n'est guère contestable.

Mais cette reprise de la motivation de la Cour d'appel s'appuyait sur des considérations qui méritent d'être rappelées *in extenso* (132) : « *L'inexécution de cette obligation n'a pas pour effet, en l'absence de disposition conventionnelle réglant les conséquences d'un tel manquement, d'entraîner de plein droit un changement d'employeur, lequel est subordonné au respect des conditions de fond et de procédure prévues par les articles 2 et 3 de l'accord du 5 mars 2002. Le principe est que l'entreprise sortante peut conserver tout ou partie de son personnel en vue de l'affecter à d'autres marchés. Elle peut aussi décider de mettre en œuvre la procédure de transfert de tout ou partie de son personnel à l'entreprise entrante* » (133). Cette dernière affirmation s'inspire des stipulations de la convention en cause selon lesquelles « *l'entreprise sortante peut conserver tout ou partie de son personnel en vue de l'affecter à d'autres marchés* » (article 2.5) (134). Peut-on en déduire, comme l'ont fait les juges, que le respect de la convention collective ne constituerait donc qu'une faculté pour les entreprises concernées ? Bien sûr que non ! Les dispositions conventionnelles s'imposent aux entreprises entrant dans le champ d'application, une faculté est simplement ouverte par cet accord *au sortant* de convertir la garantie d'emploi par transfert en une

poursuite de l'exécution du contrat en cours ; rien n'autorise le comportement de *l'entrant* tel qu'il ressort de l'arrêt, à savoir écarter d'emblée toute entente individuel avec les salariés. En réalité, l'absence de caractère « *de plein droit* » n'autorise pas à amoindrir ou à nier l'effet impératif de l'obligation conventionnelle.

2. Une conception dangereuse de la négociation collective

Plus largement, on a le sentiment que la convention collective ne représente, selon l'inspiration de tels arrêts, qu'un arrangement entre entrepreneurs dont l'intensité varie au gré de l'intérêt des parties à l'opération, nonobstant toute considération sociale. Nier cette dernière dimension revient pourtant à ravalier la convention collective au rang de transaction commerciale. Une telle approche peut conduire à profondément déstabiliser le droit du travail en justifiant l'intégration d'une idéologie concurrentielle (135). Même si on se gardera de sous-estimer le rôle de la convention collective en tant que loi de la branche professionnelle (136), l'activité normative des organisations syndicales vise à améliorer les conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail et les garanties sociales des travailleurs (137). Dès lors, l'objectif de maintien dans l'emploi du salarié doit constituer une directive d'interprétation forte.

C. ...car la remise en état du contrat est possible

1. L'exécution forcée en nature d'une obligation constitue la règle

a/ En droit civil

Contrairement à ce que laisse supposer l'invocation du terme de « *plein droit* », l'origine extra-légale de l'obligation n'a pas d'incidence sur sa force obligatoire. Un bref détour par d'autres terres juridiques peut en convaincre aisément.

Tout d'abord, les mesures qui vont à l'encontre de la parole donnée sont éradiquées : ainsi un mode de commercialisation contractuellement exclu peut être stoppé dans sa mise en œuvre illicite (138) ou encore la violation d'un règlement de copropriété peut nécessiter

(131) Les détails sont reproduits dans le pourvoi accompagnant l'arrêt sur www.legifrance.fr

(132) Id.

(133) Souligné par nous.

(134) Ces dispositions sont peu utilisées en pratique ; elles ne se retrouvent pas dans les accords d'autres branches.

(135) CE 30 avr. 2003, prec.

(136) S. Nadal, *Conventions et accords collectifs de travail (I Droit de la négociation collective)*, Rep. Travail, Encycl. Dalloz, 2008, § 38 et 167 ; G. Lyon-Caen, prec.

(137) L. 2221-1 Code du travail ; S. Nadal prec. § 73

(138) « Vu les articles 1134 et 1142 du Code civil, ensemble les articles 4 et 12 du nouveau Code de procédure civile ; Attendu que la partie envers laquelle un engagement contractuel n'a point été exécuté a la faculté de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsque celle-ci est possible (...) ; qu'en sollicitant le prononcé d'une mesure visant à interdire, sous astreinte, la poursuite des actes de commercialisation entrepris par la société Michel Lafon en méconnaissance de ses engagements, la société LGF n'avait fait qu'user de la faculté reconnue à toute partie contractante de poursuivre l'exécution forcée de la convention lorsque celle-ci est possible, de sorte que le prononcé d'une telle mesure, en ce qu'elle tendait à l'exécution forcée de la convention, relevait des pouvoirs du juge du fond » Civ. 1^{re}, 16 janv. 2007, Bull. civ. 1 n° 19.

une remise en état aboutissant à la destruction des travaux réalisés (139).

Surtout « *la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté peut forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible* » (140).

Dans aucun de ces exemples, le caractère contractuel des obligations souscrites ne fait obstacle à la remise en état.

b/ En droit du travail

Les relations de travail offrent déjà des illustrations de « *rétablissement de la légalité* » (141) dans maints domaines, qu'il s'agisse de stopper des actes illicites :

- suspension de projets menés sans respect des droits du comité d'entreprise (142) ou du CHSCT (143),

- suspension de mesures unilatérales concernant les rémunérations en violation des règles relatives à la NAO (144),

- suspension d'une organisation du travail de nature à compromettre la santé et la sécurité des travailleurs (145)...

ou d'obliger l'employeur à exécuter ses obligations :

- remise d'une attestation d'exposition au risque CMR (146),

- réintégration à la suite d'un licenciement prononcé par une personne morale autre que l'employeur (147),

- mise en place forcée d'un quatrième salarié au sein des équipes en application d'un accord collectif (148).

L'inflexion de la décision patronale ne constitue plus, aujourd'hui, un tabou judiciaire.

2. Le transfert des contrats de travail ordonné par les juges du fait

En matière de transfert conventionnel des contrats de travail, l'intégration des salariés concernés au sein de l'entreprise entrante peut être ordonnée ; pas plus la difficulté de transmission d'informations que le licenciement par le sortant ou le silence de l'entrant ne constituent des obstacles.

a/ Le juge du contrat de travail

Des juges du fait se sont prononcés en ce sens dans le cadre de contentieux prud'homaux. Par arrêt confirmatif en date du 31 août 2010, la Cour d'appel d'Amiens a ordonné, dans une entreprise de nettoyage, la continuation du contrat de travail avec la société entrante : « *Même en présence d'une contestation sérieuse, le juge de référé prud'homal peut prescrire les mesures conservatoires qui s'imposent pour faire cesser un trouble manifestement illicite ; qu'à cet égard est constitutif d'un trouble manifestement illicite au sens de l'article R. 1455-6 du Code du travail le fait pour un salarié de ne plus percevoir sa rémunération alors même que son contrat de travail est toujours en cours ; qu'ainsi, indépendamment de la question relative au transfert conventionnel du contrat de travail de la salariée, il entrait dans les pouvoirs de la juridiction de référé de faire cesser ce trouble manifestement illicite en ordonnant à titre de mesure conservatoire le paiement des salaires dus à l'intéressée à compter du 1^{er} décembre 2008 ; que par ailleurs, au vu des éléments du dossier, les premiers juges ont pu considérer qu'il n'existait pas de contestation sérieuse quant au transfert conventionnel du contrat de la salariée à la société Enet 60, en sorte que cette dernière société, qui avait repris l'ensemble des contrats de travail attachés au marché transféré, devait être tenue à titre conservatoire d'assurer la poursuite du contrat de travail de Mme K. jusqu'à la décision à intervenir au fond quant à l'application des dispositions de l'accord du 29 mars 1990 (annexe VII de la convention collective des entreprises de propreté)* » (149).

Lorsque le salarié est ainsi abandonné dans une zone incertaine entre deux employeurs se rejetant la responsabilité de son emploi, la voie du juge des référés est alors la plus naturelle pour mettre un terme à cette situation (149 bis). En pareille occasion, le salarié doit en effet nécessairement obtenir gain de cause :

- soit les juges considèrent le transfert comme acquis et la continuation du contrat de travail est alors ordonnée avec l'entrant ;

(139) Au visa de 1143 C. civ. « *Le créancier d'une obligation contractuelle a le droit de demander que ce qui a été fait par convention à l'engagement soit détruit* », Civ. 3^e, 25 janv. 1995 p. n° 92-19.600, Bull. civ. III n° 29.

(140) Civ. 3^e, 11 mai 2005, p. n° 03-21.136, Bull. civ. III n° 103, au visa de 1184 C. civ., à propos de la destruction-reconstruction d'une maison individuelle réalisée de manière non conforme aux stipulations contractuelles. Dans un édito récent F. Rome, rappelant qu'un contrat de vente est susceptible d'exécution forcée, renvoie au « *sacro-saint principe de l'exécution forcée en nature des obligations contractuelles* », rec. Dalloz 19 mai 2011.

(141) V. l'ouvrage de référence : M. Grévy, *La sanction civile en droit du travail*, LGDJ, Bibl. de droit social t. 36, 2002, § 192 s.

(142) CA Versailles, 31 mars 2010, Dr. Ouv. 2010 p. 427, n. K. Hamoudi.

(143) TGI Paris, 18 déc. 2008 et TGI Marseille 9 janv. 2009, Dr. Ouv. 2009 p. 444.

(144) TGI Nanterre, 7 nov. 2008, Dr. Ouv. 2010 p. 55, n. V. Bley.

(145) Soc. 5 mars 2008, SNECMA, p. n° 06-45.888, Bull. civ. V n° 46, Dr. Ouv. 2008 p. 424, n. F. Héas.

(146) CA Paris, 4 déc. 2008, Dr. Ouv. 2010 p. 382, n. A. Delaunay.

(147) CPH Paris, 8 juin 2010, Dr. Ouv. 2010 p. 669, n. G. Jacquemet.

(148) Soc. 26 oct. 2010, p. n° 09-10.686, Dr. Ouv. 2011 p. 280.

(149) Cinquième espèce ci-après p. 571 ; CPH (référé) Paris 16 fév. 2005, Dr. Ouv. 2005 p. 463, n. G. Jacquemet.

(149 bis) Sur l'importance du juge des référés, on se reportera aux écrits de P. Moussy, not. « *Où en sommes-nous de nos amours ? (à propos de l'affirmation du référé prud'homal comme un chemin incontournable pour une défense efficace des droits des travailleurs)* » Dr. Ouv. juin 2004 p.273 disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier>

- soit le doute à l'égard de la réalité du transfert et de la cessation du lien contractuel l'emporte, et les juges ordonneront la continuation avec le sortant.

Dans un cas comme dans l'autre, l'exécution du contrat est incontournable.

b/ L'action judiciaire collective

A l'action prud'homale ainsi décrite – qui peut bien entendu regrouper une pluralité de demandeurs –, on peut préférer une voie procédurale collective, celle de l'action syndicale, en exécution de ces dispositions conventionnelles (150). Toujours dans le secteur de la propreté, l'entrant s'est vu ordonner « de faire application de l'accord conventionnel relatif à la situation du personnel à l'occasion du changement de prestataire (...) et par conséquent de garantir leur emploi à 80 % du personnel affecté actuellement au chantier Semitan et ce, sous astreinte définitive de 4 000 FF par jour » (le

personnel avait été licencié par ce dernier dans l'intervalle) (151).

3. Le transfert forcé des contrats de travail confirmé la Cour de cassation

La Chambre sociale a repris cette approche en énonçant tout d'abord « qu'ayant ensuite constaté que Mme X..., affectée à l'exécution de ce marché, remplissait les conditions mises par cet accord [propreté] au maintien des emplois, elle en a exactement déduit que cette salariée était passée de plein droit au service de la société Planète Service » (152).

Plus nettement encore, elle a énoncé que « le salarié pouvait à son choix demander au repreneur la poursuite de son contrat de travail ou demander à l'auteur du licenciement illégal la réparation du préjudice en résultant » (153).

VI. Un contrat de travail remodelé par le transfert

A. Le changement d'employeur

Un changement d'employeur constitue en principe une opération majeure, voire exceptionnelle, dans la vie du contrat. La Cour de cassation a tout d'abord énoncé à l'occasion de mobilité au sein d'un groupe de sociétés : « Le transfert du salarié d'une société à une autre constitue une modification du contrat de travail » (154), précisant ensuite, toujours dans ce cas de figure, que « un salarié ne peut accepter par avance un changement d'employeur » (155). Elle a ensuite réaffirmé, hors contexte de groupe, que « le transfert du contrat de travail d'un salarié d'une entreprise à une autre constitue une modification de ce contrat » (156). Le contrat ne peut organiser lui-même par avance la décontractualisation de ce changement, il convient de requérir un accord exprès. La prohibition du forçage du contrat ou, selon l'expression de Alain Chirez (157), « le désarmement de certaines clauses faussement contractuelles » est donc opérée sous l'œil attentif du juge.

Ce contrôle vigilant de l'intégrité du contrat et de l'exercice régulier du pouvoir de direction a été transposé

lorsque la tentative d'atteinte est organisée par l'intermédiaire d'un accord collectif : « La reconnaissance de l'existence d'un contrat de travail est un droit exclusivement attaché à la personne et, sauf disposition législative expresse, il ne peut être imposé à un salarié sans son accord un changement d'employeur ; il en résulte que, si un accord collectif reconnaissant une unité économique et sociale peut étendre ses effets au-delà des institutions représentatives du personnel et créer des obligations pour les différentes entités juridiques composant l'UES, il ne peut faire d'une unité économique et sociale l'employeur des salariés » (158).

L'évolution s'est poursuivie et la Cour de cassation a usé d'une notion civiliste plus forte encore que la modification du contrat : « Le changement d'employeur constitue une novation du contrat de travail » (159) a-t-elle énoncé à l'occasion d'une application volontaire de l'article L. 1224-1. La novation est la « substitution, à une obligation que l'on éteint, d'une obligation que l'on crée nouvelle, par changement de créancier, de débiteur, d'objet ou de cause » (160).

(150) M. Henry « L'action syndicale en exécution des conventions collectives » Dr. Ouv. 2007 p. 112, disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier> et obs. sous Soc. 3 mai 2007, Dr. Ouv. 2007 p. 326.

(151) TGI Nantes (référé) 25 juill. 1986, Action juridique CFDT n° 60, déc. 1986 p. 19.

(152) Soc. 5 avr. 2005, p. n° 03-47.012

(153) Soc. 10 nov. 2009 p. n° 08-42.810 ; v. égal. Soc. 17 mars 1998, Bull. civ. V n° 153.

(154) Soc. 5 mai 2004, Bull. civ. V n° 120.

(155) Soc. 23 sept. 2009, Bull. civ. V n° 191, Dr. Ouv. 2010 p. 17, n. A. Chirez : il s'agissait d'une clause de mobilité intra-groupe

dont les effets devaient produire un transfert automatique d'employeur.

(156) Soc. 17 juin 2009, Bull. civ. V n° 151.

(157) Prec.

(158) Soc. 16 déc. 2008, Bull. civ. V n° 255, Dr. Ouv. 2009 p. 117, rapp. M.L. Morin, n. P. Rennes.

(159) Soc. 8 avr. 2009, Bull. civ. V n° 104, Dr. Ouv. 2010 p. 17, n. A. Chirez ; la solution a été reprise concernant des salariés dits « protégés » Soc. 3 mars 2010, Bull. civ. V n° 51, RDT 2010.204.

(160) G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Quadrige PUF ; sur son acception en droit du travail, v. Précis Dalloz § 631.

B. Les autres modifications du contrat

1. Des modifications étroitement encadrées

Il est acquis que « lorsque l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail entraîne une modification du contrat de travail autre que le changement d'employeur, le salarié est en droit de s'y opposer ; il appartient alors au cessionnaire, s'il n'est pas en mesure de maintenir les conditions antérieures, soit de formuler de nouvelles propositions, soit de tirer les conséquences de ce refus en engageant une procédure de licenciement » (161).

Lorsque le contrat est transféré, par application volontaire de L. 1224-1 ou selon les prévisions conventionnelles, outre le changement d'employeur (162), le contrat de travail peut-il faire l'objet de modifications sur les questions de rémunération, de temps de travail, de lieu d'affectation, etc. ?

La réponse se trouve dans la lecture des conventions collectives. Certaines (163) indiquent deux points susceptibles d'aménagements :

- la rémunération, dont il est indiqué que le montant global est maintenu (164) mais les éléments (intitulés, périodicité) peuvent varier (165) ; la modification ainsi apportée doit toutefois respecter strictement les nécessités de l'intégration dans l'entreprise, l'employeur ne pouvant élargir la portée de l'avenant (166) ;

- la qualification qui peut être rapprochée de celles existant dans l'entreprise d'accueil (167).

Assurément, rémunération (168) et qualification (169) constituent des éléments du contrat de travail (170). La modification du contrat est donc bien envisagée par les conventions et accords collectifs précités. Mais la portée de la modification proposée est étroitement encadrée et cette liste est limitative : elle n'autorise pas l'entrant à soumettre au salarié un avenant comportant d'autres modifications : période d'essai, clause de mobilité (171), réduction du temps de travail (172), passage d'un

horaire de jour à un horaire de nuit (173), effacement de l'ancienneté (174) sont exclus.

2. La nature de la garantie d'emploi

L'obligation dans ces secteurs professionnels n'est pas, pour l'entrant, de proposer un reclassement externe au salarié dans des conditions qu'il pourrait librement définir (175), mais lui impose la poursuite des contrats de travail dans la seule limite d'une correspondance des classifications et de la structure de rémunération de l'entreprise d'accueil. C'est une véritable « obligation de réemploi », selon l'expression de M. Morand (176).

Afin d'en prendre la mesure, ces accords peuvent utilement être rapprochés de mécanismes conventionnels existant dans d'autres branches qui n'ont pas – et c'est un choix – la même portée.

Ainsi, dans la restauration ferroviaire : « Les salariés qui viendraient, à l'occasion de modifications éventuelles des conditions d'exploitation de la restauration ferroviaire, à dépendre successivement d'entreprises différentes, continueront, sous réserve qu'il n'y ait pas, non plus, pour un même objet, cumul avec les avantages accordés par la présente convention, à bénéficier, dans les entreprises prenantes, des avantages individuels antérieurement acquis ou auxquels ils pouvaient prétendre, soit au titre de leur contrat de travail, soit du fait d'accords collectifs, la liste des avantages relevant de ces accords faisant l'objet, en tant que de besoin, d'une convention séparée, passée entre les entreprises intéressées et les organisations syndicales représentatives. » (article 20-2). Ce dernier dispositif est à la fois moins directif (c'est la décision de l'entrant de recruter du personnel de l'ancien prestataire qui déclenche des obligations de reprise), mais plus intense (outre les avantages contractuels, certains avantages issus du statut collectif sont visés). Dans cette situation, la continuation du contrat de travail ne se pose donc pas.

(161) Soc. 30 mars 2010, Bull. civ. V n° 79, RPDS 2010 n° 781, somm. n° 62, n. M. Carles.

(162) Cf. *supra*.

(163) Pas toutes : le point n'est traité par exemple ni dans le secteur des déchets, ni dans la manutention ferroviaire.

(164) Soc. 25 sept. 2007, p. n° 06-41.552.

(165) V. par ex. article 2.4 B pour les transports interurbains.

(166) Censure de la modification qui tendait à éluder les dispositions impératives de l'accord : Soc. 21 oct. 2009, p. n° 08-43.828 ; Soc. 5 nov. 2003, p. n° 01-45.503 ; CPH Meaux (référé) 20 mai 1998, Dr. Ouv. 1998 p. 415, n. P. Moussy.

(167) Par ex. article 38 bis de la manutention aéroportuaire.

(168) « La rémunération contractuelle d'un salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié ni dans son montant ni dans sa structure sans son accord, peu important que l'employeur prétende que le nouveau mode de rémunération est sans effet sur le montant global de la rémunération du salarié » Soc. 18 mai 2011 p. n° 09-69175 P+B ; Soc. 1^{er} juill. 2008, Bull. civ. V n° 147, Dr. Ouv. 2009 p. 52, n. P. Tillie.

(169) Soc. 25 mai 2011, P+B, p. n°10-18994 ; CPH Meaux, prec.

(170) On notera que, dans le secteur de la propreté, c'est le maintien de la rémunération, mensuelle comme annuelle, qui est inscrit sans référence à son caractère contractuel (v. M. Henry, « Salaire, le "tout contractuel" fait de la résistance », Dr. Ouv. 2009 p. 316).

(171) Soc. 25 sept. 2007, p. n° 06-41.552 ; CA Aix 20 avr. 2010, sixième espèce, p. 572.

(172) Soc. 7 juin 2011, p. n° 09-71.357 ; Soc. 21 mars 2000, Bull. civ. V n° 116 ; CPH Meaux prec. ; CPH Paris 19 fév. 1998, Dr. Ouv. 1999 p. 66.

(173) Soc. 16 sept. 2009 p. n° 08-42.529.

(174) Soc. 29 oct. 2011 p. n° 10-60.090 ; Soc. 5 mai 2009, p. n° 08-40.324, Dr. Ouv. 2009 p. 628, n. M. Favier-Picon ; Soc. 21 juin 2005, Bull. civ. V n° 211.

(175) P. Morvan, prec. § 306.

(176) « Le transfert conventionnel des contrats de travail s'impose-t-il aux salariés ? », Dr. Soc. 1990 p. 776.

3. L'avenant au contrat de travail, support aux tentatives de détournement

Même si le maintien du contrat de travail constitue donc la règle, la signature d'un avenant (177), inscrite fréquemment dans les conventions collectives et support nécessaire au recueil de l'accord exprès du salarié à la novation, constitue une tentative pour certains employeurs de déborder ce cadre de la seule substitution d'employeur (178).

C'est ainsi que, s'agissant d'un marché de prévention-sécurité, la Cour d'appel d'Aix a jugé illicite l'insertion d'une clause de mobilité dans l'avenant proposé aux salariés en vertu des dispositions conventionnelles : « En l'état de la clause contractuelle insérée dans ce contrat de travail et relative à leur affectation exclusive sur le site (...), seul site concerné par le transfert du marché, [les salariés] devaient en tout état de cause bénéficier d'une reprise de leur contrat de travail, sans que l'entreprise entrante puisse se prévaloir des dispositions de l'article 3.2, alinéa 4, de l'accord du 5 mars 2002, selon lesquels « les usages, autres avantages individuels ou collectifs en vigueur au sein de l'entreprise sortante ne sont pas transférés ». En effet, l'affectation exclusive sur le site dont s'agit ne constitue pas un avantage acquis mais bien une clause contractuelle qui s'impose à l'entreprise entrante » (179). La solution est identique concernant une diminution de la durée du travail des salariés (180).

La tentative de l'entrant d'imposer une période d'essai aux contrats de travail transférés a également été condamnée par la juridiction administrative malgré, par ailleurs, la mauvaise volonté du sortant : « Considérant que la société L'envol, qui a succédé à la société

Euronetec, s'était engagée dans le cadre de la procédure d'appel d'offres à reprendre l'ensemble du personnel de ladite société dans les conditions prévues par l'annexe VII à la convention collective nationale susmentionnée, reprises dans l'accord précité de 29 mars 1990 ; qu'en méconnaissance des ces dispositions, la société requérante a proposé à la plupart des salariés de la société sortante de nouveaux contrats de travail comportant notamment une période d'essai au cours de laquelle la rupture du contrat pouvait intervenir sans indemnité ni préavis ; que la société requérante ne peut valablement soutenir qu'elle ne pouvait proposer d'autres avenants de reprise au personnel, faute d'avoir obtenu de son prédécesseur les contrats de travail en cours ; qu'ainsi, compte tenu de la méconnaissance de ses obligations contractuelles, la société L'envol n'est pas fondée à demander réparation des préjudices qu'elle aurait subis du fait de la résiliation du marché et de son inexécution jusqu'à son terme » (181).

Cette même permanence du contenu contractuel se retrouve d'ailleurs dans des cas d'application volontaire, hors accord collectif, de l'article L. 1224-1 (182).

La jurisprudence précise ainsi l'impact des dispositions conventionnelles sur les contrats de travail dans le respect du régime propre à ce dernier (183). Au-delà de la sphère contractuelle, il a été jugé que le nouvel employeur, créancier d'une clause de mobilité, ne pouvait imposer au salarié sujet d'un transfert partiel des changements contrariant la poursuite d'une activité au profit de l'ancien employeur sans manquer à son exécution de bonne foi (184).

VII. Le refus du transfert conventionnel par le salarié

Que l'opération de transfert soit qualifiée de modification du contrat ou de novation (185), le changement de cocontractant ne peut intervenir dès lors sans le consentement explicite du salarié (185 bis).

Dans un premier temps, il s'agit là d'une déclinaison logique de la jurisprudence *Raquin* (186) que la Chambre sociale a toujours rappelée à juste titre en

matière de transfert volontaire. Ainsi « lorsque les conditions de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail ne sont pas réunies, le transfert du contrat de travail d'un salarié d'une entreprise à une autre constitue une modification de ce contrat qui ne peut intervenir sans son accord exprès, lequel ne peut résulter de la seule poursuite du travail » (187). Il s'en déduit que « le refus du salarié de changer d'employeur ne

(177) Cf. *supra* § V/VA/

(178) Cf. *supra* V/VI/B/1.

(179) 20 avr. 2010, ci-dessous sixième espèce p. 572.

(180) Soc. 21 févr. 2000, Bull. civ. V n° 116 ; CPH Paris 19 févr. 1998, Dr. Ouv. 1999 p. 66.

(181) CAA Paris (6^e ch.) 29 juin 2006, *sté L'envol*, n° 01PA01906.

(182) Soc. 17 juin 2003 Bull. n° 196 ; « Ayant constaté qu'à la suite d'un accord entre la société Suren et la société Moreteau tailleur, auquel elle avait adhéré, Mme X... avait été reprise par la seconde société aux mêmes conditions que précédemment, la cour d'appel a ainsi fait ressortir une application volontaire des dispositions de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du

travail, qui excluait la possibilité de soumettre la salariée à une période d'essai », Soc. 1^{er} fév. 1995 p. n° 91-42.191.

(183) G. Borenfreund « L'articulation du contrat de travail et des normes collectives », Dr. Ouv. 1997 p. 514.

(184) CA Versailles 16 déc. 2003, Dr. Ouv. 2004 p. 338.

(185) Cf. *supra* § V/VA/.

(185 bis) Précis Dalloz, *Droit du travail*, § 630.

(186) Soc. 8 oct. 1987, Bull. civ. V n° 541, Dr. Ouv. 1988 p. 259, n. P. Tillie ; *Grands arrêts du droit du travail*, 4^e ed., n° 49.

(187) Soc. 17 juin 2009, Bull. civ. V n° 151 ; Soc. 10 oct. 2006, Bull. civ. V n° 294, D. 2007 p. 472, n. J. Mouly.

constitue pas en lui-même, hors le cas du maintien de plein droit du contrat de travail avec le nouvel employeur en application de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail, une cause de licenciement » (188) (189). Dans un second temps, la jurisprudence s'est appuyée sur la notion de novation du contrat. Reconnaisant par là la nature particulière du changement d'employeur, ce choix a également pour conséquence de tenir en échec la possibilité légale (art. L. 1222-6) d'une acceptation tacite du salarié à une modification de son contrat de travail pour motif économique (190).

La source collective de l'obligation (191) n'a pas d'incidence sur le droit de refus dans la mesure où l'accord collectif ne peut disposer des droits des salariés (192). Les dispositions figurant dans ces accords et prétendant imposer le transfert aux salariés concernés sont donc manifestement illégales (193), même lorsque l'accord a bénéficié d'un arrêté d'extension. A fortiori, il en va de même lors d'une application volontaire de l'article L. 1224-1 par un accord commercial entre les entreprises amenées à se succéder (194).

Conclusion

On a beaucoup insisté, à juste titre, sur l'impact négatif des restructurations sur les salariés évincés. Mais cela ne

doit pas conduire à occulter le sort de ceux d'entre eux dont le contrat de travail est maintenu – au moins théoriquement – malgré des changements d'employeur.

Les lignes qui précèdent ont tenté de montrer qu'un apaisement – qui entre dans la fonction du droit – est possible à une double condition :

- *révéler le rôle du donneur d'ordre* : l'entreprise principale doit assumer la responsabilité de ses choix de gestion qui la conduisent à changer de sous-traitant ; elle constitue un interlocuteur naturel des parties prenantes à l'opération de transfert ;

- *assurer le respect des contrats* : la possibilité de refus du salarié constitue le prolongement de la logique initiée par l'arrêt *Raquin* ; les travailleurs n'ont pas besoin que l'on détermine autoritairement à leur place – fut-ce par le biais d'accords collectifs – ce qui est bon pour leur évolution professionnelle et le devenir de leur emploi. Non seulement ce droit de refus n'est pas excessif, mais il devrait être conforté notamment par un examen plus sérieux qu'il ne l'est actuellement des conditions dans lesquelles le salarié a exprimé son accord (195). Respect de la convention collective enfin, dont l'application ne doit plus relever des états d'âme ou des stratégies des uns et des autres.

Arnaud Mazières

(188) Soc. 9 nov. 2005, Bull. civ. V n° 315, Dr. Soc. 2006 p. 273, n. A. Supiot, et Dr. Soc. 2006 p. 518, n. A. Mazeaud ; Soc. 19 déc. 2007, p. n° 06-44.379, Dr. Ouv. 2008 p. 404, n. A. Mazières.

(189) Concernant les représentants du personnel, l'employeur doit demander une autorisation de transfert à l'Inspection du travail mais l'intéressé peut s'opposer à son transfert, même autorisé, puisqu'il s'agit d'une modification de ses conditions de travail (Soc. 11 janv. 2005, Bull. civ. V n° 4). L'employeur doit alors demander, s'il veut maintenir sa position, une autorisation administrative de licenciement. Il devra démontrer l'absence de discrimination et de possibilité de reclassement. Ceci permet d'éviter l'éviction de l'entreprise de représentants du personnel, mutés sur le périmètre du marché, quelques mois avant sa perte.

(190) Soc. 8 avr. 2009, prec.

(191) Soc. 9 nov. 2005, Bull. civ. V n° 315, prec.

(192) Pour une illustration v. CA Paris 3 déc. 2009, Dr. Ouv. 2010 p. 267, n. A. Mazières, confirmée par Soc. 30 mars 2011, P+B, p. n° 10-10.560 ; G. Borenfreund, prec.

(193) Un salarié contestant son transfert après qu'on lui ait extorqué son accord sous la pression des dispositions conventionnelles ne pourrait-il pas invoquer l'erreur de droit ?

(194) Soc. 8 avr. 2009 prec. ; Soc. 19 déc. 2007, prec. ; Soc. 10 oct. 2006, prec.

(195) V. *supra* Introduction B/2/ et note 18.

Annexe

TRANSFERT D'ENTREPRISE – Conditions – Existence d'une entité économique autonome – Changement de titulaire d'un marché de sécurité aéroportuaire – Dispositif conventionnel de transfert des contrats de travail – Caractère indifférent – Actifs mis à disposition des prestataires de services successifs par le donneur d'ordre – Application de L. 1224-1 (oui) – Continuation des contrats de travail ordonnée.

Première espèce :

TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS (1^{re} ch.) 25 janvier 2011

Sécurité générale aéroportuaire (SGA) contre Sécuritas transport aviation security

LES FAITS :

La société Sécurité générale aéroportuaire « SGA », ayant pour activité la surveillance et le gardiennage sur les aéroports, assurait à ce titre des prestations de sûreté aéroportuaire à l'aéroport international de Strasbourg depuis 2006.

Le 9 septembre 2010, la Chambre de commerce et d'industrie Strasbourg-Bas-Rhin a indiqué qu'elle avait décidé de confier ce marché à la société Sécuritas transport aviation security « Sécuritas ».

Le 13 septembre 2010, la société Sécuritas a demandé à la société SGA de lui communiquer la liste du personnel transférable en

application des dispositions de l'accord de branche du 5 mars 2002 sur la reprise du personnel.

Le 21 septembre 2010, la société SGA a indiqué à la société Sécuritas que les dispositions conventionnelles de branche n'étaient pas applicables dans la mesure où les conditions d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail impliquant un transfert automatique des contrats de travail seraient réunies et porteraient sur la totalité des salariés, soit 67 personnes.

LA PROCEDURE (...)

LES MOYENS DES PARTIES

La société SGA rappelle les dispositions de l'article L.1224-1 du Code du travail : « Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ».

Sur le fondement de cet article, la jurisprudence considère que la mise en œuvre de l'article L.1224-1, en cas de modification de la situation juridique de l'employeur, est soumise à trois conditions : l'existence d'une entité économique autonome, le maintien de l'identité et la poursuite de l'activité de l'entité économique.

Dans ce cas, les dispositions conventionnelles découlant d'accords collectifs ne peuvent empêcher l'application de cet article et l'activité reprise par Sécuritas, qui consiste en des prestations d'inspection-filtrage à l'aide de différents instruments radioscopiques et de détection magnétique, répond totalement aux conditions de mise en œuvre de l'article 1224-1.

Sécuritas fait valoir que l'entité économique autonome suppose que le personnel soit exclusivement attaché à l'activité transférée, que la poursuite de l'activité implique une similarité des activités avant et après le transfert et qu'il y ait eu transfert des moyens d'exploitation ;

- or l'activité, correspondant au marché de sûreté aéroportuaire, était une prestation globale de sécurité puisqu'elle comprenait la gestion de l'activité de sûreté aéroportuaire – marché repris par la société Sécuritas –, la gestion de l'activité de filtrage de la Poste, la gestion de l'activité de contrôle du fret ;

- de plus, ces trois activités étaient gérées de manière tout à fait globale par SGA avec un chef de site unique, les mêmes moyens matériels et surtout le même personnel qui était affecté de manière indifférente sur les trois activités.

Enfin l'activité de surveillance de l'aéroport de Strasbourg n'a, par ailleurs, pas été maintenue dans les mêmes conditions par la société Sécuritas et ne peut donc être considérée comme ayant été transférée.

En effet, si l'ensemble des moyens matériels appartenant à la CCI (détecteurs bagages et portiques passagers) a été mis à la disposition de la société Sécuritas lors de la passation du marché, le matériel de communication radio et de télécommunication, les uniformes avec le logo de l'entreprise restent à la charge des prestataires.

L'activité reprise par Sécuritas ne correspond pas aux conditions requises pour l'application de l'article L.1224-1 et c'est la raison pour laquelle Sécuritas avait demandé à la société SGA de lui communiquer la liste du personnel transférable en application des dispositions conventionnelles existantes.

SUR CE LE TRIBUNAL :

Sur les notes en délibéré :

Attendu que la clôture des débats a été prononcée le 21 décembre 2010, que le tribunal n'a pas sollicité de mise en délibéré, que la CFDT n'est pas partie à l'instance ; les notes adressées par la CFDT et Sécuritas seront écartées des débats.

Attendu que la mise en œuvre de l'article L.1224-1 du Code du travail, impliquant un transfert automatique des contrats de travail, suppose l'existence d'une entité économique autonome (pour pouvoir être détachée de l'entreprise avec les

salariés qui y sont affectés), que cette entité économique conserve son identité et que son activité soit poursuivie.

Une entité économique autonome :

Attendu que l'entité économique autonome doit être constituée par un ensemble de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre.

Un ensemble de personnes :

Que le personnel attaché à l'activité doit lui être spécialement ou spécifiquement affecté, mais non exclusivement comme le soutient le défendeur, car l'article L. 1224-1 du Code du travail entraîne également le transfert des contrats de travail liant les salariés dont l'activité s'accomplit pour l'essentiel dans le secteur d'activité cédé.

Attendu que le défendeur souligne à ce propos que l'activité correspondant au marché de sûreté aéroportuaire confié à la société SGA ne constitue pas une entité économique autonome, mais était l'une des composantes d'une prestation plus globale couvrant le filtrage des personnes et de leurs bagages, l'activité de filtrage de la Poste et le contrôle du fret sur ce même aéroport.

Que le défendeur explique que ces trois activités étaient gérées de manière tout à fait globale avec un chef de site unique, le même personnel et les mêmes moyens matériels, puisque la SGA affectait son personnel de manière indifférente aux trois activités correspondant aux trois marchés.

Attendu, cependant, que SGA a apporté les précisions suivantes, sans être démentie par Sécuritas, à savoir que, outre l'inspection-filtrage des bagages de soute et les prestations d'inspection-filtrage des passagers et de leurs bagages de cabine, elle assurait en sus dans le cadre de contrats résiduels, l'inspection-filtrage de l'escale de la Poste et la gestion de l'activité du contrôle du fret Air France Cargo.

Que les deux derniers marchés concernés ne représentaient qu'un chiffre d'affaires minime en comparaison du marché principal (en 2010 : 1 982 793 € pour l'inspection-filtrage des passagers, 25 023 € pour le filtrage de la poste et 32 611 € pour la sûreté du fret).

Que sur le marché du contrôle du fret, seuls deux salariés intervenaient alternativement de 13 h 30 à 20 h 30 une semaine sur deux en sus de leur activité sur le marché de la sûreté aéroportuaire, soit à 50 % de leur temps.

Que s'agissant du marché de l'inspection-filtrage à l'escale Poste, deux salariés étaient mis alternativement à disposition de la Poste le matin de 2 heures à 4 heures, soit à 14 % de leur temps.

Que si d'autres salariés ont pu intervenir sur le marché de la poste au titre de la prestation du soir, ils ne l'ont fait que de manière totalement marginale, puisque sur une période de quatorze mois, huit personnes sont intervenues pour un total de 45 heures.

Attendu que le temps de travail des 67 salariés qui n'a pas été consacré à l'activité principale de sécurité aéroportuaire représente 2 % du temps total de travail de ces salariés.

Le tribunal ne retient donc pas l'assertion de Sécuritas qui prétend que dans le cadre d'une prestation globale représentée par trois activités – dont on a vu les poids respectifs – le personnel était affecté de manière indifférente sur ces trois activités, mais considère, au contraire, que le personnel était spécialement attaché à l'activité de sécurité aéroportuaire et que la condition relative à l'affectation spécifique du personnel pour constituer une entité économique autonome est bien vérifiée.

Le tribunal toutefois dit que l'article L. 1224-1 ne peut s'appliquer aux contrats de travail de M. F. et de Mme C. qui, d'après les informations communiquées par SGA, travaillaient à 50 % de leur temps sur le marché du fret, de telle sorte que ces deux salariés étaient réellement polyvalents et que l'on ne peut déterminer quelle était leur activité essentielle,

Un ensemble d'éléments corporels :

Attendu que l'application de l'article L.1224-1 suppose que l'activité économique soit effectivement transférée, à l'identique, au cessionnaire qui doit poursuivre la même activité dans les mêmes conditions, et qu'inversement l'article précité ne peut s'appliquer lorsque la société qui reprend cette activité l'assure avec ses propres moyens techniques ou si elle ne reprend au mieux qu'une partie du matériel utilisé par la précédente.

Attendu que Sécuritas explique qu'il convient de distinguer d'une part les équipements qui sont mis à disposition par l'aéroport, pour l'essentiel des éléments fixes tels que les détecteurs bagages et les portiques passagers, et d'autre part les équipements qui sont fournis par le prestataire et qui sont essentiels à l'exercice de sa mission : matériel de télécommunication, système de communication radio, uniformes avec le logo de l'entreprise, registres de mains courantes, pour en conclure qu'elle a apporté ses propres moyens d'exploitation et que, sans cet apport, elle n'aurait pas été en mesure d'exécuter la gestion de la sûreté de l'aéroport et que les conditions d'application de l'article L.1224-1 ne sont pas réunies.

Attendu toutefois que tout observateur moyen, s'étant rendu au moins une fois dans un aéroport, n'a pu que remarquer l'importance des investissements que représentent les portiques et les détecteurs de bagages et en conclure que, par comparaison, l'investissement en téléphones intérieurs, en uniformes et en registres de mains courantes, ne pouvait être que marginal.

Que cette considération de bon sens est confirmée par un arrêt de la Cour d'appel de Douai, appelée à statuer dans une affaire semblable de transfert de marché de sécurité aéroportuaire, et à qui n'a pas échappé l'importance des installations fixes : « *Le système collectif de détection d'objets, portes électroniques, scanners, écrans informatiques et détecteurs manuels appartient à l'aéroport. Il convient d'en déduire que ce matériel, qui constitue l'essentiel des moyens d'exploitation nécessaires à la poursuite de l'activité et significatif au regard de son objet, est mis à disposition des titulaires successifs de marché par le concédant. Un transfert indirect des moyens d'exploitation permettant l'exercice de l'activité en cause est ainsi caractérisé et le fait qu'ils n'appartiennent pas à l'entreprise initialement chargée du marché est sans effet sur la nature de l'activité transférée. Celle-ci s'analyse en une entité économique autonome dans la mesure où il s'agit d'un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels permettant l'exercice d'une activité reprise* ».

Le tribunal dira donc que les moyens essentiels et déterminants à la poursuite de l'activité ont été transférés.

Une entité économique autonome qui a poursuivi une activité identique :

Attendu que Sécuritas explique qu'elle gère l'activité de sûreté aéroportuaire de manière tout à fait spécifique puisqu'elle a développé un savoir-faire, des méthodes et des outils qui lui sont propres ainsi que des formations particulières s'appuyant sur des outils propres de formation et d'entraînement, sans oublier une évaluation au quotidien des agents grâce à la mise en place d'outils de suivi très précis des salariés sur le terrain.

Attendu que Sécuritas entend démontrer ainsi que les modalités de gestion qu'elle a elle-même développées et qui, à l'entendre, sont à tel point en avance sur celles de SGA que l'identité de l'entité économique transférée ne serait pas maintenue.

Le tribunal retient que les modalités d'organisation des équipes au travail et les outils mis à leur disposition ne sont que des moyens en vue d'accomplir une activité qui, elle, est restée identique, à savoir une prestation de sûreté aéroportuaire dont le cahier des charges n'a pas été modifié.

Le tribunal considère que l'entité économique a maintenu et poursuivi une activité identique.

En conséquence, le tribunal dira que la reprise du marché de prestations de sûreté aéroportuaire portant sur l'inspection-filtrage des passagers et de leurs bagages à l'aéroport international de Strasbourg-Entzheim s'analyse en un transfert d'une entité économique autonome et que, à l'exception des contrats de M. F. et de Mme C., les contrats de travail des soixante-cinq autres salariés doivent se poursuivre de plein droit avec Sécuritas.

Attendu qu'il est urgent d'apporter une solution au litige, le tribunal enjoindra à Sécuritas de reprendre les 65 salariés concernés, sous astreinte de 5 000 € par jour de retard à compter du jour de la signification de la présente décision.

Sur l'exécution provisoire :

Attendu que, bien que non sollicitée, l'exécution provisoire apparaît nécessaire, le tribunal l'ordonnera donc.

Sur l'article 700 du CPC :

Attendu que, pour faire valoir ses droits, SGA a engagé des frais non compris dans les dépens qu'il serait inéquitable de laisser à sa charge, le tribunal condamnera Sécuritas à payer la somme de 3 000 € à SGA au titre de l'article 700 du Code de procédure civile.

Sur les dépens :

Attendu que les dépens seront mis à la charge de Sécuritas qui succombe.

PAR CES MOTIFS :

Rejette les notes en délibéré produites tardivement par le syndicat CFDT Services et Commerces du Bas-Rhin et la SAS Sécuritas transport aviation security.

Dit que la reprise du marché de prestations de sûreté aéroportuaire portant sur l'inspection-filtrage des passagers et de leurs bagages à l'aéroport international de Strasbourg-Entzheim s'analyse en un transfert d'une entité économique autonome et que, à l'exception des contrats de M. F. et de Mme C., les contrats de travail des 65 autres salariés concernés doivent se poursuivre de plein droit avec la SAS Sécuritas transport aviation security,

Enjoint à la SAS Sécuritas transport aviation security de reprendre les 65 salariés concernés, sous astreinte de 5 000 € par jour à compter du jour de la signification de la présente décision,

Condamne la SAS Sécuritas transport aviation security à payer à la SAS Sécurité générale aéroportuaire « SGA » la somme de 3 000 € sur le fondement des dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile.

Déboute les parties de leurs demandes autres, plus amples ou contraires.

Ordonne l'exécution provisoire du présent jugement.

(M. Pierre, prés. – Mes Reymann-Glaser, Monta, Leclercq, av.)

TRANSFERT D'ENTREPRISE – 1° Conditions – Existence d'une entité économique autonome – Changement de titulaire d'un marché de sécurité aéroportuaire – Dispositif conventionnel de transfert des contrats de travail – Caractère indifférent – Actifs mis à disposition des prestataires de services successifs par le donneur d'ordre – Application de L. 1224-1 (oui) – 2° Effets sur les contrats de travail – Sélection – Entretiens d'évaluation – Discrimination syndicale – Refus d'embauche – Dommages et intérêts à la fédération syndicale – 3° Effets sur les IRP – Maintien de l'établissement distinct – Poursuite des mandats.

Deuxième espèce :

COUR D'APPEL DE PARIS (P. 6 - ch. 2) 26 mai 2011

FO Equipement, Environnement, Transports et Services et a. contre ICTS France et a.

SUR CE, LA COUR

Considérant qu'il est constant que la société Aéroport de Paris (ci-après ADP) sous-traite la sécurité sur les sites dont elle a la charge et notamment aux sociétés ICTS et Brink's Security Services (ci-après Brink's) dont l'activité principale est la surveillance des sites et des personnes et la sécurité aéroportuaire ; qu'elles dépendent toutes deux de la convention collective nationale des entreprises de prévention et de sécurité ;

Considérant qu'en 2008 ADP a procédé au renouvellement de plusieurs marchés de sous-traitance de la sûreté aéroportuaire de ses deux plateformes de Paris-Charles de Gaulle et Paris-Orly ; que cette procédure s'est achevée le 22 janvier 2009 par un changement complet des différents prestataires ; que s'agissant d'Orly Sud, les activités alors exercées par la Brinks ont été transférées à ICTS qui ne détenait, jusqu'alors, aucun marché sur ce site ;

Considérant que les sociétés Brink's et ICTS dépendent de l'accord de branche du 5 mars 2002 concernant les entreprises de prévention et de sécurité relatif à la reprise de personnel et prévoyant un taux de reprise des salariés du prestataire évincé par le nouveau prestataire de 85 % minimum ; que dans le cas particulier des transferts de marché ADP, les entreprises sous-traitantes ont conclu un accord le 22 janvier 2009 augmentant ce taux de reprise à 92,5 % ;

Sur la discrimination syndicale :

Considérant que d'après les articles L. 1132-1 et L. 1134-1 du Code du travail, aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement, de reclassement, d'affectation ou de mutation en raison d'activités syndicales ; qu'il incombe au demandeur d'apporter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte et qu'il appartient alors au défendeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ;

Considérant qu'à titre liminaire, il convient d'indiquer qu'en premier lieu le comité d'établissement de Brink's Security Services d'Orly Sud ne justifie d'aucun intérêt à agir dans la mesure où l'objet du litige apparaît étranger aux attributions que les articles L. 2323-1 et suivants du Code du travail lui confient ;

Qu'en second lieu, la société ICTS ne peut valablement soutenir que la procédure de transfert prévue par l'accord du 22 janvier 2009 ne serait pas soumise à l'article L. 1132-1 du Code du travail précité, dans la mesure où les entretiens d'évaluation effectués par la société ICTS en vue du transfert des salariés Brink's s'apparente à un entretien de recrutement car il y avait moins de places que de candidats et que selon une attestation d'une salariée en charge de ces évaluations produites par la société ICTS, ces entretiens avaient pour but de *"vérifier les contraintes horaires des agents, connaître leur motivation et leur expliquer le fonctionnement de la société (planning, paye...)"* [...] *Suite aux entretiens, nous avons eu des debriefings avec la responsable des ressources humaines afin d'évoquer chaque agent et sa motivation* ; que, par conséquent, la procédure de transfert doit être étudiée au regard de l'article L. 1132-1 du Code du travail ;

Considérant qu'en l'espèce le transfert des salariés de la société Brink's vers la société ICTS pour le site d'Orly Sud a été effectué le 16 mars 2009 ; qu'au vu des pièces produites par les appelants, sur les 162 salariés transférables – 160 transférables immédiatement – 13 salariés n'ont pas été retenus, soit six élus Force Ouvrière en les personnes de M. F., M. B., M. C., M. B., Mme A., Mme O., une élue CGT, Mme Be., et ainsi que six autres salariés sympathisants syndicaux, qui auraient pris part à de nombreuses grèves, dont celle du 29 janvier 2009 pour cinq d'entre eux ; qu'ils font également observer que, concernant les sept membres du comité d'établissement, seuls deux ont été transférés : le "candidat libre" en la personne de M. G. et Mme L. qui, après son élection, n'aurait jamais participé à aucune réunion ; que cela représente un taux de transfert de 40 % pour le syndicat FO et 16,6 % pour les membres du comité d'établissement, à comparer avec les 92,5 % obligatoires de salariés transférés ; qu'enfin, les appelants versent différentes attestations des membres FO du comité d'établissement ainsi que des correspondances échangées avec ICTS dont il ressort que les salariés en cause avaient tous fait acte de candidature et que la société ICTS n'a justifié son refus de les transférer que par un courrier type contenant notamment la phrase suivante : *"Malgré l'intérêt de votre parcours, il est apparu que d'autres profils nous ont semblé plus adaptés à nos attentes"* ;

Qu'ainsi ces différents éléments non sérieusement contestables laissent supposer l'existence d'une discrimination d'ordre syndical ;

Considérant que la société ICTS, quant à elle, rapporte notamment en premier lieu qu'elle n'avait pas connaissance des personnes ayant une activité syndicale au moment des évaluations et l'étape par la production de deux mails en date du 2 et 13 mars 2009 entre la directrice des ressources humaines de la société ICTS, Mme Bo., et un responsable des ressources humaines Brink's, M. H. ; que dans le premier mail, la DRH ICTS demandait la liste des salariés protégés et pouvant faire l'objet du transfert, liste qui fut ensuite communiquée dans le second mail ; qu'elle produit également les attestations de deux délégués syndicaux centraux ICTS, M. A. et M. Cr., rapportant qu'ils n'ont jamais fait l'objet de discrimination syndicale de la part de la DRH ICTS, Mme Bo. ; qu'elle verse des attestations de salariés expliquant qu'aucune des personnes de la société ICTS n'a eu accès au site auparavant géré par la société Brink's avant le transfert et qu'ils ne pouvaient par conséquent avoir lu les panneaux d'affichage où apparaissaient les noms des élus syndicaux ;

Qu'en second lieu, la société ICTS produit en cause d'appel les fiches d'évaluation établies lors du transfert et qui comporte des notes manuscrites selon lesquelles :

- M. F. se serait montré agressif – *"tape sur la table"* –, aurait eu une tenue négligée – *"pas rasé, cheveux longs négligés, veste militaire sale"* – et des problèmes de compétence ;

- M. L. se serait plaint des uniformes ICTS, de la salle de repos tout en ayant un regard fuyant ;

- Mme A. aurait eu une attitude très familière : "chewing gum ; tutoiement" et aurait "dénigré[r] ICTS avant même de connaître la société" ;

- M. C. aurait des problèmes de polyvalence : "ne peut effectuer de palpation" ;

- M. B. aurait donné toute satisfaction lors de l'entretien mais étant coordinateur, l'accord ne permettait pas de lui proposer un poste d'opérateur ;

- M. B. aurait été très familier - "tutoiement" - et la personne en charge de l'évaluation aurait émis des réserves quant à ses qualités opérationnelles ainsi qu'à sa volonté de rejoindre la société ICTS ;

Considérant que ces fiches d'évaluations, dont le contenu n'est par ailleurs corroboré par aucune autre pièce, ne comportent pas de critères objectifs ou de grille d'évaluation permettant de comprendre les motivations de la société ICTS d'accepter ou de refuser le transfert d'un salarié au profit d'un autre ; que par ailleurs la société ICTS ne produit ni les fiches d'évaluation des salariés repris ni un compte rendu des réunions des ressources humaines ayant eu lieu après les entretiens d'évaluation, qui auraient permis à la Cour de comparer les profils des salariés transférés avec ceux se disant victimes de discrimination syndicale ; qu'enfin, il n'est pas sérieusement établi que la société ICTS n'avait pas connaissance des personnes faisant l'objet d'un mandat syndical au sein de la société Brink's dans la mesure où, par exemple, M. F., salarié non repris, "négocie [les accords au niveau de la branche professionnelle. Il est donc connu de toutes les sociétés travaillant dans la sécurité aéroportuaire et en particulier de Mme Bo., qui participait en sa compagnie à la négociation du 10 décembre 2008 comme le prouve la feuille d'embarquement]", d'après le procès-verbal n° 10/34 du 2 août 2010 de l'Inspection du travail, non contesté ;

Qu'au vu de l'ensemble de ces éléments, la société ICTS ne produit aucun élément convaincant venant établir que sa décision de ne pas reprendre ces salariés était justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; que par conséquent, il convient de confirmer le jugement du Tribunal de grande instance de Paris du 5 janvier 2010 en ce que cette juridiction a condamné la SA ICTS FRANCE à payer à la Fédération Force Ouvrière de l'équipement, de l'environnement des transports et des services une indemnité dont le montant, fixé à 10 000 €, a été justement évalué par le tribunal ;

Sur l'application des dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail

Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail que lorsqu'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ; que ce texte s'applique à tout transfert d'une entité économique correspondant à un ensemble organisé de personnes et d'éléments permettant la poursuite d'une activité économique qui poursuit un objectif économique propre ;

Considérant que les appelants, pour dire l'article L. 1224-1 du Code du travail applicable en l'espèce, font valoir, en premier lieu, que les éléments corporels utilisés par les sociétés Brink's et ICTS pour la réalisation de leurs prestations sur le site d'Orly Sud sont mis à disposition par ADP, à savoir les systèmes de détections et de scan des bagages pour l'activité IFBS - "bagages de soute" - dont le prix unitaire serait compris entre 380 000 euros et 2,3 millions d'euros, le site d'Orly Sud en comptant 10 ; que pour l'activité IFP - "contrôle des salariés et du personnel de vol en zone réservée" - il s'agit de portiques à rayons X ou de portiques pour une personne d'un prix unitaire

en 2003 entre 6 000 euros et 38 000 euros, que par ailleurs un dispositif de contrôle biométrique aurait été mis en place par ADP en 2002 et 2003 pour un coût de plus de 3 millions d'euros ; que néanmoins, pour l'activité IFP, ces chiffres n'individualisent pas les montants suivant les différents sites gérés par ADP ;

Qu'en deuxième lieu, ils exposent qu'à l'exception du chef d'agence, tous les cadres et responsables ont vu leur contrat transféré vers la société ICTS, soit 23 coordinateurs, 5 chefs d'équipe et 3 superviseurs sur 164 salariés, qu'il en est ainsi de responsables de l'encadrement à l'image de la gestionnaire RH qui ne s'occupait pourtant qu'à 50 % du site d'Orly Sud ; qu'à cet égard, ils indiquent que l'organigramme fourni par les intimés daterait car plusieurs personnes y figurant seraient inconnues du représentant du personnel et du comité d'établissement ; qu'en tout état de cause, le chef d'agence, au moment du transfert, n'était pas la personne indiquée par l'organigramme ;

Qu'en dernier lieu, s'il est vrai que l'activité fret d'Orly Sud est restée réservée à la société Brink's, cela ne doit pas faire obstacle aux dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail puisque cela ne concernerait qu'une dizaine de salariés ;

Considérant qu'au contraire, la société ICTS répond tout d'abord que la société Brink's ne lui a transféré aucun équipement dans le cadre de ce service et que, par conséquent, elle utilise son propre logiciel de planification, ses propres moyens de communication internes (talkies walkies, téléphones), ses propres magnétomètres - dont une vingtaine seraient nécessaires - avec un prix unitaire de 200 euros, ses propres véhicules, badges aéroportuaires et uniformes ; que les seuls éléments matériels mis à sa disposition l'ont été par le donneur d'ordre, ADP ;

Qu'ensuite, l'ensemble du personnel nécessaire à l'exploitation de l'activité considérée n'a pas été concerné par le transfert comme l'indique la liste de salariés dits "transversaux" et composée du chef d'agence, M. Ch., du planificateur, M. O., du responsable RH, M. H., du responsable Qualité Sécurité (Orly et Roissy), M. H., du responsable planning (Orly Sud et Ouest) et du chargé de recrutement, Ba. ; que cette liste est néanmoins contestée par les appelants car M. H. et Mme E. ne seraient pas connus des responsables du personnel ni des délégués syndicaux ;

Qu'enfin, l'entité économique n'aurait pas conservé son identité dans la mesure où le périmètre d'activité de la société ICTS et de la société Brink's ne serait pas identique du fait de l'intervention de cette dernière sur l'activité fret d'Orly Sud, dont n'a pas à connaître la société ICTS ;

Considérant que certes la seule perte d'un marché au profit d'un concurrent ne peut entraîner automatiquement le transfert de tous les contrats de travail ; qu'il n'en demeure pas moins - au vu des éléments produits aux débats par les parties - que la prestation de contrôle des personnes et des bagages au sein du site d'Orly Sud était identique d'un prestataire à l'autre, peu important que l'activité du contrôle du fret, minime quant au nombre de salariés en cause, ne soit pas reprise ;

Que tout le personnel composé des agents de sécurité, des coordinateurs, des chefs d'équipes et des superviseurs spécialement et exclusivement affecté de manière incontestable à l'activité de surveillance du site Orly Sud a bien été transféré dans sa totalité ;

Considérant qu'en outre, le transfert des moyens d'exploitation nécessaires à la poursuite de l'activité de l'entité peut être indirect ; qu'en l'espèce, les divers portiques de sécurité et scanners sont mis à la disposition des prestataires de services successifs par le donneur d'ordre ADP ; que le coût de ce matériel est bien supérieur à celui des éléments apportés par le prestataire entrant ; qu'en l'absence de ces portiques de sécurité et divers scanners, les sociétés Brink's et ICTS ne pourraient exercer l'activité de sécurité et de contrôle des bagages et des personnes sur le site d'Orly Sud ; qu'étant donné

son coût important et son caractère indispensable, ce matériel représente des éléments d'exploitation nécessaires et significatifs caractérisant un transfert de moyens d'exploitation, peu important que d'autres matériels aient été apportés par le nouvel exploitant ;

Qu'ainsi la reprise du personnel et de son encadrement, le transfert indirect du matériel indispensable à ce type d'activité, la maintien du périmètre de l'activité de sécurité du site d'Orly Sud caractérisent un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels permettant l'exercice d'une activité économique poursuivant un objectif propre ;

Considérant que les éléments d'une entité économique autonome, conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise étant en l'espèce réunis, il convient de faire application de l'article L. 1224-1 du Code du travail au transfert de marché IFBS et IFP d'Orly Sud de la SAS Brink's Security Services vers la SA ICTS et non pas des dispositions de l'accord du 22 janvier 2009 et par conséquent d'infirmer le jugement du Tribunal de grande instance de Paris sur ce point ;

Sur le transfert des institutions représentatives du personnel :

Considérant que la loi du 28 octobre 1982, insérée dans le Code du travail, énonce qu'en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur, telle que mentionnée à l'article L. 1224-1, le mandat des institutions représentatives du personnel de l'entreprise ayant fait l'objet de la modification subsiste lorsque cette entreprise conserve son autonomie et reste un établissement distinct ;

Considérant que la directive 77/187/CEE sur la pérennité des institutions représentatives du personnel et la protection de leurs membres en cas de transfert d'entreprise a été transposée par la loi du 28 octobre 1982 ; que cette loi a prévu le maintien des mandats des délégués syndicaux, des délégués du personnel, du comité d'entreprise et du comité central d'entreprise mais sans s'intéresser au cas des membres du CHSCT ; que les membres du CHSCT étant des institutions représentatives du personnel au sens de la directive précitée, il convient, pour étudier le transfert des membres du CHSCT, de faire application des dispositions du Code du travail, issues de la loi du 28 octobre 1982 ;

Considérant qu'en l'espèce, comme dit précédemment dans les développements relatifs à l'application des dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail, la société ICTS France a conservé le périmètre d'activité de contrôle des bagages et des personnes, autrefois dévolu à la société Brink's ; qu'il ressort, d'ailleurs, des lettres envoyées aux salariés convoqués aux entretiens par ICTS France qu'il est décidé de "maintenir le

périmètre actuel", peu important, que l'activité de contrôle du fret, minime, ne soit pas reprise ;

Qu'elle exerce cette activité dans les mêmes locaux que son prédécesseur, avec le même matériel mis à sa disposition par le donneur d'ordre ADP ; que le personnel et son encadrement ont été conservés dans leur quasi-intégralité ;

Considérant qu'ainsi l'établissement Orly Sud a conservé son autonomie et est resté un établissement distinct, que par conséquent, il y a lieu d'infirmer le jugement du Tribunal de grande instance de Paris sur ce point et de constater le transfert des institutions représentatives du personnel existantes au sein de l'établissement Orly Sud de la société Brink's vers la société ICTS ;

Considérant que les circonstances de l'espèce conduisent à condamner la société ICTS France SA à verser à la Fédération Force Ouvrière de l'équipement, de l'environnement des transports et des services et au comité d'établissement de Brink's Security Services d'Orly Sud la somme de 2 500 euros au titre des frais irrépétibles exposés en cause d'appel ; que la condamnation prononcée de ce chef par les premiers juges sera confirmée ;

PAR CES MOTIFS :

Confirme le jugement entrepris en ce que le tribunal a condamné la Société ICTS France SA au paiement de la somme de 10 000 euros de dommages et intérêts au titre de la discrimination syndicale et de la somme de 3 000 euros en vertu des dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile ;

L'infirme pour le surplus ;

Statuant à nouveau,

Dit que les dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail sont applicables au transfert des marchés IFBS et IFP du site d'Orly Sud de la SAS Brink's Security Services vers la société ICTS France SA ;

Constate le transfert des institutions représentatives du personnel existantes au sein de l'établissement Orly Sud de la SAS Brink's Security Services vers la société ICTS France SA ;

Condamne la société ICTS France, SA à verser à la Fédération Force Ouvrière de l'équipement, de l'environnement, des transports et des services et au comité d'établissement de Brink's Security Services d'Orly Sud la somme de 2 500 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ainsi qu'à supporter les dépens de première instance et d'appel.

(Mme Taillandier, prés. - Me Gaillard, Christophe, Gautier, av.)

TRANSFERT D'ENTREPRISE – Conditions – Existence d'une entité économique autonome – Changement de titulaire d'un marché de transport de voyageurs – Transfert d'éléments d'actif – Défaut – Application de L. 1224-1 (non) – Dispositif conventionnel de transfert des contrats de travail – Application (oui).

Troisième espèce :

TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE BEAUVAIS (référé) 22 septembre 2010
Flexcité et Veolia transport contre **Les transports personnalisés du Valois – Lucky star**

SUR CE :

- 1) Sur la jonction des instances (...)
- 2) Sur la compétence du Tribunal de grande instance :

La société Lucky Star souligne que les parties en cause dans la présente espèce sont des sociétés commerciales, que les griefs adressés par Flexcité et Veolia à son égard se rapportent

à leurs activités commerciales respectives et que le présent litige ne relève pas d'un litige collectif entre des salariés ou une organisation syndicale et une société employeur.

Il y a lieu de relever que, litige est né de la reprise d'un marché conclu avec le Conseil général des Yvelines, et porte non sur des engagements entre commerçants au sens de

l'article L. 721-3 du Code de commerce, mais sur l'applicabilité de dispositions de nature sociale relevant du Code du travail pour le demandeur, d'un accord collectif entre employeurs et organisations syndicales selon le défendeur.

En application de l'article L. 211-3 du Code de l'organisation judiciaire, le Tribunal de grande instance connaît de toutes les affaires civiles et commerciales pour lesquelles compétence n'est pas attribuée, en raison de leur nature ou du montant de la demande, à une autre juridiction.

L'exception d'incompétence formulée par la société Lucky Star doit par conséquent être écartée.

3) Sur l'intérêt à agir des sociétés Flexcité et Veolia :

La société Lucky Star soutient qu'il n'y aurait pas d'intérêt à solliciter le transfert automatique des salariés dès lors qu'elle accepte le principe dudit transfert. Le demandeur ne saurait se substituer à un salarié pour imposer l'application de dispositions légales, étant précisé qu'aucun salarié n'a fait valoir son refus.

Flexcité et Veolia s'opposent à cette analyse en faisant valoir que Lucky Star a effectué des démarches qui démontrent qu'elle n'a pas l'intention d'employer les salariés jusque-là affectés au marché ou, ce qui revient au même, à des conditions inacceptables. Les parties demandresses soulignent par ailleurs que les avenants n'ont été adressés que la veille de l'audience. Elles estiment donc avoir un impérieux intérêt à agir pour s'assurer du transfert régulier des contrats de travail des salariés concernés.

Aux termes de l'article 31 du Code de procédure civile, l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention. La reprise par Lucky Star du marché jusque-là assuré par Flexcité (lot 1) et Veolia (lot 2) ayant, selon qu'il y ait ou non transfert automatique des contrats de travail et transmission des véhicules au nouveau transporteur, des effets potentiellement assez différents, ces sociétés ont intérêt à porter en justice le différend qui les oppose à Lucky Star, afin qu'il soit statué sur les effets concrets de la perte de marché qu'elles ont subie.

4) Sur le trouble manifestement illicite qu'il convient de faire cesser et le dommage imminent qu'il convient de prévenir :

La société Lucky Star dit s'être engagée à respecter scrupuleusement les obligations prescrites aux termes de l'accord de branche du 7 juillet 2009, qui instaure une garantie d'emploi conventionnelle pour les salariés de l'entreprise sortante lors de la reprise d'un marché par une nouvelle entreprise entrante. Elle estime que Veolia et Flexcité tentent d'imposer la mise en œuvre des dispositions légales de l'article L. 1224-1 du Code du travail pour empêcher que les salariés concernés par le transfert disposent d'une faculté de refus et donc de la faculté de rester en leur sein. Il n'est pas démontré, souligne-t-elle, que les salariés concernés refuseront le transfert du contrat de travail. Flexcité ne sera en toute hypothèse pas contrainte de licencier pour motif économique les salariés ayant éventuellement refusé leur transfert, la nature de son activité étant le transport de personnes à mobilité réduite, ce qui permet de proposer des solutions de reclassement aux salariés concernés. Quant à Veolia Transport, elle dispose au regard de sa structure des ressources utiles pour proposer le cas échéant une solution de reclassement aux salariés concernés.

La société Lucky Star fait par ailleurs valoir que la date du 1^{er} octobre n'est pas encore intervenue, et qu'aucune violation évidente de la règle de droit ne peut être caractérisée.

Flexcité et Veolia soulignent à l'inverse que l'absence de transfert des contrats de travail des salariés oblige à les conserver dans leurs effectifs, ce qui constitue un dommage imminent qu'il appartient au juge des référés de prévenir.

La divergence d'appréciation quant à la règle de droit applicable en l'espèce, si elle n'est pas tranchée sur le fondement des articles 808 et suivants du Code de procédure civile, laissera perdurer l'incertitude actuelle sur les effets du changement d'attributaire du marché, effets qui en l'espèce ne peuvent découler, en l'état des interprétations divergentes, que de la caractérisation par le juge de l'urgence de l'existence ou non d'une entité économique autonome.

La compétence du juge des référés doit être retenue pour prévenir le dommage tant économique que social résultant des interprétations juridiques incompatibles entre elles retenues respectivement par les anciens et le nouvel attributaire du marché.

5) Sur l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail :

Le transfert des contrats de travail en application des dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail suppose, selon une jurisprudence constante, le transfert d'une entité économique autonome qui conserve son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise.

S'agissant spécifiquement de la perte d'un marché, la Cour de cassation estime depuis 1985 qu'elle n'entraîne pas nécessairement un transfert automatique des contrats par l'application de cet article, dès lors que la reprise de ce marché ne s'accompagne pas de celle d'un ensemble d'éléments matériels ou immatériels constituant une entité économique autonome.

Selon la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, l'entité économique autonome est un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif économique propre, ce qui est le cas lorsque l'activité exercée dispose d'un personnel propre spécialement affecté à l'exercice de l'activité transférée, des moyens corporels (bâtiments, matériel...) ou incorporels (clientèle, marque, droit au bail...).

Flexcité, Veolia et Lucky Star s'accordent sur cet état du droit, mais s'opposent sur le périmètre du transfert des moyens d'exploitation inhérents au changement d'attributaire du marché PAM 78 sur décision du Conseil général.

La société Lucky Star fait valoir que la poursuite par l'entreprise entrante, en application d'un accord collectif qui la prévoit et l'organise, des contrats de travail des salariés à ce marché ne relève pas à elle seule de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Ce seul élément de transfert n'est pas suffisant pour caractériser le transfert d'une entité économique autonome, étant précisé qu'aucune reprise des locaux n'a eu lieu.

Lucky Star indique disposer d'un parc automobile spécialisé suffisant pour assurer l'exécution du marché du Conseil général des Yvelines. Selon elle la reprise des véhicules, en application du cahier des clauses administratives particulières, ne constitue qu'une faculté pour l'entreprise entrante.

Elle fait valoir enfin que, dans la mesure où le recours au logiciel Titus est prescrit par le département des Yvelines, elle a été contrainte d'acheter une licence spécifique auprès de la société BSF. Aucun transfert de matériel informatique n'est donc nécessaire.

Flexcité souligne à l'inverse que les trente-deux salariés de l'établissement Flexcité 78 sont exclusivement affectés à l'exploitation du marché, étant précisé que douze d'entre eux viennent du GIHP, groupement précédemment attributaire du marché.

Elle soutient en outre que la clientèle, en l'espèce les personnes à mobilité réduite résidant dans les Yvelines jusqu'alors transportées par Flexcité, s'adresseront, à compter du 1^{er} octobre, à la société Lucky Star, et qu'il y a donc transfert d'actif incorporel.

S'agissant des véhicules, elle souligne avoir fait l'acquisition de vingt véhicules de marque Renault de type Master pour la seule exploitation du marché et avoir au demeurant bénéficié d'une subvention de 50 % de leur coût. S'agissant du matériel informatique, l'acquisition a été subventionnée dans sa totalité par la région Ile-de-France et le département des Yvelines.

Veolia développe une argumentation identique, soulignant que les dix-sept véhicules acquis ne lui sont d'aucune utilité en dehors de l'exécution de ce marché, et qu'ils en font partie intégrante. Elle fait valoir que les quinze conducteurs qui y ont été affectés ont disposé d'une formation spécifique destinée à répondre exclusivement aux demandes liées au transport de personnes à mobilité réduite.

Le changement de prestataire décidé par le Conseil général emporte, selon les sociétés demandresses, transfert de l'ensemble organisé de moyens exclusivement dédiés à l'exploitation du marché, constitutif d'une entité économique autonome.

L'examen des pièces fournies ne permet cependant pas de retenir cette analyse.

L'article 13 intitulé "Reprise du marché se terminant au 30 septembre 2010" du cahier des clauses administratives particulières du marché de transport de personnes à mobilité réduite ayant fait l'objet de l'appel d'offres ouvert est ainsi rédigé :

"Dans un souci de continuité du service, le nouveau transporteur assurera le fonctionnement du PAM pour toutes les demandes qui lui seront adressées à partir du 1^{er} octobre 2010.

Les anciens titulaires continueront à assurer les voyages des ayants droit qui auront formulé une demande avant le 30 septembre 2010. Conformément à la convention d'investissement signée au titre du marché 2006-2010, le matériel acquis dans le cadre du PAM pourra être transmis au nouveau transporteur, sous réserve d'un accord avec les précédents transporteurs, ces derniers s'étant engagés à céder les matériels à leur successeur, sauf décision contraire du département ou de la région."

Par application de cet article, les personnes à mobilité réduite résidant dans le département des Yvelines ne sont donc pas contraintes de s'adresser, à compter du 1^{er} octobre 2010, au nouvel attributaire du marché. Il n'y a donc pas transfert automatique de "clientèle".

S'agissant des véhicules, le transfert n'est pas non plus automatique, la reprise étant facultative, en application de l'alinéa 2, au choix de l'entreprise entrante.

Il est à noter par ailleurs que, dans un courrier en date du 22 juillet 2010 adressé par Veolia Transport à Lucky Star, le transfert des salariés affectés au marché repris est abordé sous le seul visa de l'accord du 7 juillet 2009.

En application de la jurisprudence constante, ni la perte d'un marché au profit d'un concurrent, ni la poursuite, par l'entreprise entrante, en application d'un accord collectif qui la prévoit et l'organise, des contrats de travail des salariés affectés à ce marché ne peuvent caractériser à elles seules le transfert d'une entité économique autonome.

Les conditions de l'article L. 1224-1 du Code du travail n'étant pas réunies, il y a donc lieu de débouter les sociétés Flexcité et Veolia de leurs demandes.

6) Sur les demandes formulées au titre de l'article 700 du Code de procédure civile et sur les dépens :

Chaque partie fait valoir que le litige a connu un développement judiciaire du fait de la mauvaise foi de l'autre et de son interprétation tronquée des éléments de fait et de droit.

Il y a lieu, au vu des circonstances de l'espèce, de l'articulation complexe des mécanismes en cause et de l'existence d'intérêts antagonistes, qu'il ne peut être reproché tant à la société Flexcité qu'à la société Veolia transports d'avoir cherché à protéger, de laisser les frais intervenus à l'occasion de l'instance à chacune des parties qui les a exposés, et de partager par moitié les dépens.

PAR CES MOTIFS :

Disons n'y avoir lieu à se déclarer incompétent au profit du Tribunal de commerce de Beauvais,

Disons que les sociétés Flexcité et Veolia ont intérêt à agir,

Constatons l'urgence et l'existence d'un dommage imminent,

Disons que les conditions d'application des dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail ne sont pas remplies,

Constatons que les dispositions de garantie d'emploi et de poursuite des relations du travail, prévues par l'accord du 7 juillet 2009 relatif au changement de prestataire, trouvent en conséquence à s'appliquer.

(Mme Brun-Lallemand, prés. – Mes Praxes, Bland de la Naulte, Riquelme, av.)

TRANSFERT D'ENTREPRISE – Changement de titulaire d'un marché public de nettoyage – Dispositif conventionnel de transfert des contrats de travail – Transmission des informations du sortant à l'entrant – Rétenion d'informations – Masse salariale à reprendre – Donneur d'ordre détenant ou étant en mesure d'obtenir communication des informations – Rôle – Obligation de transmission à l'ensemble des entreprises candidates à la reprise du marché – Transmission contraire au secret des affaires (non).

Quatrième espèce :

CONSEIL D'ETAT (7^e/2^e srr) 19 janvier 2011

Société Technique d'environnement et Propreté (req. n° 340.773)

Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative, dans sa rédaction applicable à la procédure objet du litige ; le président du Tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics (...). Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement, ainsi que le représentant de l'Etat

dans le département dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local (...); qu'en application de ces dispositions, il appartient au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés précontractuels que, par un avis d'appel public à concurrence publié à compter du 3 novembre 2009, la Ville de Paris a lancé une procédure d'appel d'offres pour le renouvellement du marché de nettoyage des graffitis sur les immeubles, dans les aires de jeux et sur les ponts ; que ce marché se composait de deux lots ; qu'au terme de la procédure, la Société TEP – Technique d'Environnement et Propreté – a été déclarée attributaire de ces deux lots ; que la société Korrigan, filiale de la société Coved, titulaire du lot n° 2 dans l'ancien marché, a introduit un référé précontractuel sur le fondement de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative ; que la société HTP-Anti-Graffitis est intervenue au soutien de sa demande ; que, par l'ordonnance attaquée, le juge des référés précontractuels du Tribunal administratif de Paris a admis cette intervention et annulé la procédure ;

Sur la recevabilité de l'intervention de la société HTP- Anti-Graffitis devant le juge des référés : (...)

Sur la régularité de la procédure de passation du marché :

Considérant, en premier lieu, que le juge des référés a, sans dénaturer les pièces du dossier, estimé que l'entreprise attributaire étant susceptible de devoir reprendre les salariés du titulaire du précédent marché sur le fondement d'obligations résultant d'une convention collective étendue, le coût de la masse salariale correspondante était en conséquence un élément essentiel du marché, eu égard au poids des charges de personnel dans l'activité considérée ; que c'est, de même, par une appréciation souveraine qu'il a estimé que la Ville de Paris détenait ces informations ou était en mesure de les obtenir ; qu'il n'a ainsi pas commis d'erreur de droit en jugeant nécessaire la communication de cette information à tous les candidats, quand bien même certains ne seraient pas soumis à cette obligation conventionnelle de reprise, afin qu'ils puissent présenter une offre dans des conditions d'une égale concurrence ;

Considérant, en deuxième lieu, que le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit, d'une part, en regardant comme inopérantes les circonstances que le marché serait un marché de résultats et que l'origine de l'obligation serait conventionnelle, dès lors que cette obligation s'imposait à une partie au moins des candidats, d'autre part, en relevant que la méconnaissance de cette obligation de communiquer à tous les candidats un élément essentiel du marché était constitutive d'un manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence ;

Considérant, en troisième lieu, que si les collectivités publiques sont, dans leur activité contractuelle, tenues au respect du secret des affaires, ce secret doit se concilier avec l'obligation d'assurer l'égalité entre les candidats à l'attribution d'un marché public ; que le juge des référés n'a donc pas commis d'erreur de droit en jugeant que, compte tenu de la nature des informations en cause, leur communication était nécessaire pour assurer l'égalité entre les candidats, sans que leur divulgation puisse être regardée comme constitutive d'une violation du secret des affaires ;

Considérant, enfin, que le juge des référés a souverainement estimé, sans dénaturer les pièces du dossier, que la société TEP, attributaire des deux lots du marché, était soumise, comme la société Korrigan, à l'obligation conventionnelle de reprise du personnel ; qu'il n'a en conséquence pas inexactement qualifié de manquement ayant été susceptible de léser la société requérante l'absence de communication de l'information sur la masse salariale du personnel à reprendre à la société COVED, quand bien même la société requérante disposait de l'information pour le lot n° 2, en sa qualité de filiale de cette dernière, après avoir relevé que le défaut de communication de cette information était susceptible de léser indirectement la requérante et que le défaut d'information de la société attributaire avait pu expliquer, par une sous-estimation des coûts de main-d'œuvre, la présentation par elle d'une meilleure offre, l'écart reposant essentiellement sur le critère du prix ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la société TEP et la Ville de Paris ne sont pas fondées à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée, laquelle est suffisamment motivée ; que les dispositions de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative font obstacle à ce qu'il soit fait droit aux conclusions qu'elles présentent au titre des frais exposés par elles et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu en revanche, sur le fondement des mêmes dispositions, de mettre à leur charge la somme de 3 000 euros chacune, à verser tant à la société Korrigan qu'à la société HTP-Anti-Graffitis, au même titre ;

DÉCIDE :

Article 1^{er} : Les pourvois de la société TEP et de la Ville de Paris sont rejetés.

(M. Arrighi de Casanova, prés. - Mme Fontana, rapp. - M. Boulouis, rapp. pub. - SCP Piwnica, Molinié, SCP Coutard, Mayer, Munier-Apaire, M^e Foussard, av.)

TRANSFERT D'ENTREPRISE – Changement de titulaire d'un marché de nettoyage – Dispositif conventionnel de transfert des contrats de travail – Force obligatoire – Inexécution par l'entrant du contrat de travail – Trouble manifestement illicite – Poursuite du contrat de travail ordonnée en référé au nouvel employeur.

Cinquième espèce :

COUR D'APPEL D'AMIENS (5^e ch. soc.) 31 août 2010

Enet 60 Azurial contre K. et a.

SUR CE, LA COUR

Attendu que ne percevant plus de salaire à compter du 1^{er} décembre 2008 à la suite de la perte par son employeur (la société Aquanet) au profit de la société Enet 60 Azurial du contrat de prestation de services conclu avec l'Opac de l'Oise, Mme K. a saisi le 15 janvier 2009 la formation de référé du Conseil de prud'hommes de Compiègne d'une demande tendant à ce qu'il soit fait obligation à la société

Aquanet d'assurer l'exécution de son contrat de travail et de lui payer ses salaires de décembre 2008 à mars 2009 ; qu'à la suite de cette saisine, la société Aquanet a appelé en cause la société Enet 60, considérant que le contrat de travail de l'intéressée lui avait été conventionnellement transféré ; que statuant par ordonnance du 10 mars 2009, la formation de référé du Conseil de prud'hommes s'est prononcée comme rappelé précédemment ;

Attendu que, même en présence d'une contestation sérieuse, le juge de référé prud'homal peut prescrire les mesures conservatoires qui s'imposent pour faire cesser un trouble manifestement illicite; qu'à cet égard est constitutif d'un trouble manifestement illicite au sens de l'article R. 1455-6 du Code du travail le fait pour un salarié de ne plus percevoir sa rémunération alors même que son contrat de travail est toujours en cours; qu'ainsi, indépendamment de la question relative au transfert conventionnel du contrat de travail de la salariée, il entrait dans les pouvoirs de la juridiction de référé de faire cesser ce trouble manifestement illicite en ordonnant à titre de mesure conservatoire le paiement des salaires dus à l'intéressée à compter du 1^{er} décembre 2008; que par ailleurs, au vu des éléments du dossier, les premiers juges ont pu considérer qu'il n'existait pas de contestation sérieuse quant au transfert conventionnel du contrat de la salariée à la société Enet 60, en sorte que cette dernière société, qui avait repris l'ensemble des contrats de travail attachés au marché transféré, devait être tenue à titre conservatoire d'assurer la poursuite du contrat de travail de Mme K. jusqu'à la décision à intervenir au fond quant à l'application des dispositions de l'accord du 29 mars 1990 (annexe VII de la convention collective des entreprises de propreté);

Attendu en revanche que les demandes nouvelles de Mme K. tendant au prononcé de la rupture aux torts de son employeur et au paiement d'indemnités liées à cette rupture supposent que soit préalablement déterminée par la juridiction du fond celle des deux sociétés qui devra être considérée, par application de l'accord du 29 mars 1990, comme ayant à son égard la qualité d'employeur, question qui échappe au pouvoir du juge des référés;

Qu'il convient à la faveur de ces motifs de confirmer l'ordonnance entreprise et y ajoutant de dire que la société Enet 60 sera tenue d'assurer à titre conservatoire le paiement de la rémunération contractuelle de Mme K. jusqu'à la

décision à intervenir des juges du fond quant à celle des deux sociétés devant assumer à l'égard de l'intéressé, les obligations de l'employeur à compter du 1^{er} décembre 2008;

Attendu qu'il convient de faire application des dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile en faveur de la salarié, et d'allouer à celle-ci, pour l'ensemble de la procédure de référé, une indemnité dont le montant sera précisé au dispositif de l'arrêt;

Que les demandes indemnitaires présentées sur le même fondement par les sociétés Aquanet et Enet 60 Azurial seront en revanche rejetées, de même que celles tendant à leur mise hors de cause respective;

PAR CES MOTIFS :

Vu les articles R. 1455-6 et R. 1455-7 du Code du travail,

Confirme l'ordonnance entreprise.

Y ajoutant :

Condamne la société Enet 60 Azurial, à titre de mesure conservatoire, dans l'attente de la décision à intervenir au fond sur l'application de l'accord du 29 mars 1990 (annexe VII de la convention collective des entreprises de propreté), à assurer la poursuite de l'exécution du contrat de travail de Mme K. en versant à celle-ci le montant de la rémunération contractuelle qui lui est due à compter du 1^{er} décembre 2008 et jusqu'à la décision à intervenir des juges du fond sur l'application de l'accord du 29 mars 1990;

Dit n'y avoir lieu à référé sur la rupture du contrat de travail et les demandes indemnitaires afférentes;

Condamne la société Enet 60 Azurial à payer à Mme K. la somme de 500 € à titre d'indemnité complémentaire sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile.

(M. Aaron, prés. - M. Du Rouchet, mand. synd. - M^{es} Remoissonnet, Belligaud, av.)

TRANSFERT D'ENTREPRISE – Changement de titulaire d'un marché de surveillance – Dispositif conventionnel de transfert des contrats de travail – Proposition d'un avenant au contrat de travail par l'entrant ajoutant une clause de mobilité – Modification du contrat de travail – Refus du nouvel employeur d'exécuter le contrat aux conditions antérieures – Violation des règles de transfert conventionnel – Résiliation judiciaire aux torts de l'employeur.

Sixième espèce :

COUR D'APPEL D'AIX-EN-PROVENCE

(18^e ch.) 20 avril 2010

CGEA AGS de Marseille contre B. et a.

FAITS, PROCÉDURE ET PRÉTENTIONS DES PARTIES :

M. B. et M. D. étaient employés en qualité d'agents d'exploitation par la société Mondial Protection, suivant avenants à effet du 16 janvier 2004, après que cet employeur ait repris le site Hôpital d'instruction des armées (HIA) Sainte-Anne et l'Oratoire, avec reprise d'ancienneté pour le premier à compter du 17 janvier 2001 et le second à compter du 31 décembre 1999. Lesdits avenants confirmaient que chacun de ces salariés serait « *uniquement affecté sur le site de l'Hôpital Sainte-Anne ou l'Oratoire* ».

A compter du 15 mars 2007, la société Mondial Protection a perdu le marché de gardiennage et de prévention sur le site de l'Oratoire - Hôpital Sainte-Anne au profit de la Société des Techniques de Prévention Incendie (STPI), laquelle société a, par lettre du 12 mars 2007, confirmé à l'entreprise sortante la reprise de trois salariés dont

M. B. et M. D., proposant, le 13 de ce mois, à ces derniers un avenant à leur contrat de travail.

Par lettres recommandées avec AR du 13 mars 2007, adressées le 14 de ce mois à la société STPI, rédigées en des termes similaires, MM. B. et D. ont déclaré accepter « *le transfert de personnel au sein de [cette] société dans les mêmes conditions de travail que chez Mondial. Protection et uniquement sur le site de l'Oratoire* », mais n'ont pas signé l'avenant que leur proposait l'entreprise entrante, contestant l'insertion d'une clause de mobilité (article 4 de chacun des avenants).

Le 21 mars 2007, la société STPI a adressé un courrier à la société Mondial Protection lui notifiant le « refus » par MM. B. et D. du transfert de leur contrat de travail et qu'ils restaient par voie de conséquence salariés de l'entreprise sortante, ce que cette dernière a contesté.

MOTIFS DE L'ARRÊT :

Sur le fond :

Ainsi que l'a pertinemment relevé le premier juge, il ne peut être sérieusement discuté que la reprise du marché du HIA Sainte-Anne - l'Oratoire par la société STPI, et partant le transfert des contrats de travail de MM. B. et D., s'inscrivent dans l'application de l'accord du 5 mars 2002 relatif à la reprise du personnel, annexé à la convention collective des entreprises de prévention et de sécurité.

Contrairement à ce que revendiquent les salariés, les conditions d'application de l'article L. 122-12, devenu L. 1224-1, du Code du travail, outre qu'elles ne sont pas réunies au cas d'espèce, n'ont fait l'objet d'aucun accord entre les parties en vue d'une application volontaire des dispositions de cet article, comme prévu au préambule de l'accord du 5 mars 2002, lequel organise précisément le transfert conventionnel des contrats de travail hors application de l'article L. 1224-1 précité.

Il est constant, comme détaillé par le jugement dont appel, que la procédure de transfert des contrats telle que définie par les articles 2.5, 3.1 et 3.2 dudit accord ont été respectées tant par l'entreprise sortante (Mondial Protection) que par l'entreprise entrante (STPI).

Ainsi, il ressort des éléments de la cause :

- qu'après avoir reçu la liste des salariés transférables, la société STPI a confirmé à la société sortante, le 12 mars 2007, la reprise de trois salariés dont les deux intimés, dans le marché de l'Oratoire HIA Sainte-Anne à Toulon ;

- que cette société entrante a établi un avenant à leur contrat de travail, en y insérant une clause de mobilité (article 4 des avenants) « limitée à la région Provence-Alpes-Côte d'Azur et les régions limitrophes » ;

- que MM. B. et D. ont accepté ce transfert « dans les mêmes conditions de travail que chez Mondial Protection et uniquement sur le site de l'Oratoire » ;

- que les contrats de travail transférables des deux salariés stipulent expressément qu'ils sont « uniquement affecté(s) sur le site de l'Hôpital Sainte-Anne ou l'Oratoire ».

Au titre des obligations à la charge du personnel définies par l'article 3.3 de l'accord du 5 mars 2002, « le salarié ayant accepté son transfert devra signer l'avenant à son contrat de travail avec l'entreprise entrante avant son entrée en service » tandis que « le salarié ayant refusé son transfert demeure salarié de l'entreprise sortante ».

Il s'en déduit qu'au terme de leurs lettres du 13 mars 2007, adressées à la société STPI, les deux salariés ont bien accepté le transfert de leur contrat de travail au profit de cette société entrante et que, toutefois, leur refus de signer l'avenant qui leur était proposé trouve sa cause dans la seule volonté de cette dernière de proposer à chacun de ces salariés un avenant comportant une clause de mobilité, laquelle constituait à l'évidence une modification des éléments essentiels de leur précédent contrat de travail.

D'ailleurs, en l'état de la clause contractuelle insérée dans ce contrat de travail et relative à leur affectation exclusive sur le site de l'hôpital Sainte-Anne ou de l'Oratoire, seul site concerné par le transfert du marché, MM. B. et D. devaient en tout état de cause bénéficier d'une reprise de leur contrat de travail, sans que l'entreprise entrante puisse se prévaloir des dispositions de l'article 3.2, alinéa 4, de l'accord du 5 mars 2002, selon lesquelles « les usages et autres avantages individuels ou collectifs en vigueur au sein de l'entreprise sortante ne sont pas transférés ». En effet,

l'affectation exclusive sur le site dont s'agit ne constitue pas un avantage acquis mais bien une clause contractuelle qui s'impose à l'entreprise entrante, comme souligné pertinemment dans le jugement déféré.

Ainsi est-ce à bon droit que le premier juge a considéré que les contrats de travail de ces deux salariés avaient été transférés à la société STPI et qu'il convenait de mettre hors de cause la société Mondial Protection.

De même, les manquements de la société STPI à ses obligations conventionnelles sont bien à l'origine de la rupture des contrats de travail des deux salariés, en ne leur fournissant ni travail ni salaire en dépit de ce transfert, nonobstant les demandes réitérées de leur part, ce qui justifie de prononcer aux torts de cette société la résiliation judiciaire de ces contrats et de lui en faire supporter les conséquences indemnitaires.

En l'état des éléments de la cause et des justificatifs produits aux débats, il a été fait une juste appréciation par le premier juge des montants alloués à chacun des salariés, au demeurant non critiqués par la société STPI, tant au titre des rappels de salaire que de l'indemnité compensatrice de préavis et des dommages-intérêts pour rupture abusive, en ce compris le préjudice moral subi par eux, de sorte que le jugement déféré sera confirmé sur ces chefs de demandes.

La Cour fait sienne la motivation du premier juge concernant le rejet de la demande d'indemnité des salariés pour non-respect de la procédure.

Sur les conséquences de la résiliation judiciaire à l'égard de l'AGS :

Concernant la garantie de l'AGS, il résulte de l'article L. 3253-8 2° c) du Code du travail que ne sont garanties par cet organisme que les créances résultant de la rupture du contrat de travail intervenant dans les quinze jours suivant le jugement de liquidation.

La résiliation judiciaire des contrats de travail des deux salariés prend effet à la date du jugement déféré, soit le 25 novembre 2008 – et non le 30 septembre 2008 comme évoqué par l'Unedic, cette dernière date correspondant en réalité aux plaidoiries devant le Conseil de prud'hommes.

Dès lors, la rupture du contrat de travail des deux salariés étant intervenue le 25 novembre 2008, soit plus de quinze jours après la liquidation judiciaire prononcée le 17 juillet 2008, l'AGS doit être mise hors de cause au titre des demandes relatives à l'indemnité compensatrice de préavis et des dommages-intérêts pour rupture abusive.

Sur les autres demandes : (...)

PAR CES MOTIFS :

Constate que la société STPI a été mise en liquidation judiciaire par jugement du 17 juillet 2008,

Confirme le jugement entrepris en toutes ses dispositions sauf en ce qui concerne la garantie par l'AGS des créances relatives aux indemnités ou dommages-intérêts pour rupture abusive,

Statuant à nouveau sur ce chef de demande et y ajoutant,

Vu la liquidation judiciaire de la société STPI intervenue le 17 juillet 2008 et la rupture des contrats de travail de M. B. et de M. D. en date du 25 novembre 2008,

Prononce la mise hors de cause de l'AGS pour les créances d'indemnité compensatrice de préavis et de dommages-intérêts pour rupture abusive.

(M. Mallet, prés. - M^{es} Piquet, Pieroni, Penard, Bau, av.)

TRANSFERT D'ENTREPRISE – Changement de titulaire d'un marché de nettoyage – Dispositif conventionnel de transfert des contrats de travail – Conditions – Obligations pesant sur l'entreprise sortante – 1° Salariés remplissant les conditions conventionnelles – Charge de la preuve – 2° Différend sur la qualité d'employeur – Maintien de la rémunération des salariés – 3° Communication à l'entreprise entrante des documents prévus par l'accord – Défaut – Obstacle au changement d'employeur – Conditions – Lacune rendant impossible l'organisation de la reprise effective du personnel.

Septième espèce :

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 30 novembre 2010

Société Derichebourg contre Sociétés Iss Abilis (p. n° 09-40386 s.)

Attendu, selon les arrêts attaqués, que M. A. et huit autres salariés de la société Derichebourg étaient employés sur les deux chantiers de nettoyage du stade Vélodrome et de la salle de spectacle Le Dôme à Marseille dans le cadre de deux marchés passés entre leur employeur et la ville de Marseille ; que cette dernière, après avoir informé en juin 2004 la société Derichebourg que le premier marché ne serait pas reconduit après le 1^{er} décembre 2004, lui a notifié le 15 mars 2005 le nom des sociétés reprenant le marché, en l'occurrence les sociétés Iss Abilis et Hexa Net ; que la ville a signifié à la société Derichebourg le 6 janvier 2005 qu'elle ne comptait pas reconduire le second marché ; que la société Derichebourg a saisi la juridiction prud'homale le 26 avril 2005 aux fins de voir reconnaître, par application de l'accord du 29 mars 1990 constituant l'ancienne annexe 7 à la convention collective des entreprises de propreté, le transfert des contrats de travail des seize salariés affectés aux deux marchés, aux sociétés Iss Abilis et Hexa Net pour le premier et Onet services pour le second, et demander le remboursement des salaires qu'elle avait maintenus aux salariés ;

Sur le premier moyen, pris en ses deux premières branches :

Attendu que la société fait grief aux arrêts de mettre hors de cause les sociétés Iss Abilis et Hexa Net et de la condamner à payer diverses indemnités et rappels de salaires aux salariés, alors, selon le moyen :

1°/ que l'entreprise qui reprend un marché de nettoyage, et qui ne se fait pas connaître de la société sortante, doit supporter les conséquences de cette faute interdisant aux salariés de faire valoir leur droit au maintien de leur contrat de travail ; qu'en l'espèce, il ressort des propres constatations de la Cour d'appel que les sociétés Iss Abilis et Hexa Net avaient repris le marché du nettoyage du stade Vélodrome ; que la société Derichebourg, société sortante, faisait valoir que les entreprises entrantes ne s'étaient pas fait connaître et avaient ainsi fait obstacle à l'application de l'accord du 29 mars 1990 fixant les conditions d'une garantie d'emploi et de la continuité du contrat de travail du personnel en cas de changement de prestataire (ancienne annexe VII de la convention collective nationale des entreprises de propreté) ; qu'en mettant hors de cause les sociétés Iss Abilis et Hexa Net au prétexte qu'il n'était pas établi que les salariés défendeurs remplissaient les conditions de l'article 2-I-A du texte susvisé ou que la société sortante n'avait pas invité les salariés à se présenter sur leur lieu de travail, sans examiner si les sociétés entrantes n'avaient pas, en omettant de se faire connaître, commis une faute préalable, privant en tout état de cause les salariés de la possibilité de faire valoir leur droit, dont elles devaient assumer les conséquences, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'accord du 29 mars 1990 fixant les conditions d'une garantie d'emploi et de la continuité du contrat de travail du personnel en cas de changement de prestataire (ancienne annexe VII de la convention collective nationale des entreprises de propreté) ;

2°/ que l'accord du 29 mars 1990, fixant les conditions d'une garantie d'emploi et de la continuité du contrat de travail du personnel en cas de changement de prestataire, annexé à la convention collective des entreprises de propreté, pose le principe du maintien par le nouveau prestataire de 100 % du personnel affecté au marché faisant l'objet de la reprise, à l'exception des salariés ne remplissant pas certaines conditions ; qu'en conséquence, dès lors qu'est acquis un changement de prestataire visé à l'accord du 29 mars 1990, c'est à l'entreprise entrante qui prétend qu'un salarié ne remplit pas les conditions requises pour bénéficier du transfert d'en rapporter la preuve ; qu'en faisant, en l'espèce, peser la charge et le risque d'une telle preuve sur la société sortante, la Cour d'appel a violé l'accord du 29 mars 1990 fixant les conditions d'une garantie d'emploi et de la continuité du contrat de travail du personnel en cas de changement de prestataire (ancienne annexe VII de la convention collective nationale des entreprises de propreté), ensemble l'article 1315 du Code civil ;

Mais attendu, d'abord, que l'article 2 de l'accord du 29 mars 1990 et l'avenant n° 1 à cet accord, qui déterminent les conditions de la continuité du contrat de travail du personnel affecté à un marché repris par un nouveau prestataire, mettent à la charge de celui-ci l'obligation de se faire connaître par écrit auprès de l'entreprise sortante pour obtenir la liste du personnel à transférer ; qu'en l'absence de disposition conventionnelle réglant les conséquences de l'inobservation par l'entreprise entrante de cette obligation, l'entreprise sortante, sans préjudice d'un recours éventuel contre l'entreprise entrante, est tenue de maintenir la rémunération des salariés concernés par ce transfert tant que leur contrat de travail n'a pas été repris par le nouveau prestataire ;

Et attendu, ensuite, que l'article 3 de l'accord du 29 mars 1990 fait obligation à l'entreprise sortante d'établir une liste de tout le personnel affecté au marché repris, en y faisant ressortir les salariés remplissant les conditions énumérées à l'article 2-1 dudit accord pour bénéficier de la garantie d'emploi et de la continuité du contrat de travail qu'il institue ; qu'il en résulte que c'est à l'entreprise sortante qu'il appartient d'apporter la preuve que les salariés remplissent les conditions exigées par l'accord ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Et sur le deuxième moyen :

Attendu que la société fait grief aux arrêts de mettre hors de cause la société Onet services et de la condamner à payer diverses indemnités et rappels de salaires aux salariés, s'agissant du chantier du Dôme, alors, selon le moyen, que l'accord du 29 mars 1990 fixant les conditions d'une garantie d'emploi et de la continuité du contrat de travail du personnel en cas de changement de prestataire a vocation à s'appliquer chaque fois que deux entreprises de propreté « sont appelées

à se succéder lors d'un changement de prestataire pour des travaux effectués dans les mêmes locaux, à la suite de la cessation du contrat commercial ou du marché public » ; qu'en l'espèce, il résulte des constatations des juges du fond que la ville de Marseille avait mis fin au marché de nettoyage du Dôme dont bénéficiait la société Alliance, laquelle avait cessé d'intervenir sur le site en juin 2005, et que la société Onet était intervenue sur le site du Dôme au moins une fois à compter précisément du même mois de mai 2005 ; que la société Derichebourg versait aux débats un courrier du 12 juin 2005 adressé par le directeur du Dôme à la société Alliance révélant qu'à la même époque, la ville de Marseille devait faire face « au refus de l'entreprise entrante de reprendre les salariés bénéficiaires de l'annexe 7 » et souhaitait « arrêter la liste des contrats de travail devant être transférés au nouveau titulaire », ce qui induisait que la société Onet avait repris le marché litigieux ; qu'en omettant d'examiner cette pièce avant de retenir que la société Onet n'avait pas repris le marché du nettoyage du site du Dôme, la Cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile ;

Mais attendu que la Cour d'appel, qui a relevé que la société Derichebourg avait poursuivi son activité sur le chantier du Dôme jusqu'en juin 2005 dans le cadre d'un bon de commande de la ville, et que la société Onet services n'était intervenue qu'une fois pour le compte d'une association et non pas de la ville, en a exactement déduit, sans encourir le grief du moyen, que les conditions d'application de l'accord du 23 mars 1990 n'étaient pas remplies ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le premier moyen, pris en sa troisième branche :

Vu l'article 3-1 de l'accord du 29 mars 1990 relatif à la garantie de l'emploi et à la continuité du contrat de travail du personnel en cas de changement de prestataire, ensemble l'article 1315 du Code civil ;

Attendu qu'un manquement de l'entreprise sortante à son obligation de communiquer à l'entreprise entrante les documents prévus par l'accord ne peut empêcher un changement d'employeur qu'à la condition qu'il mette l'entreprise entrante dans l'impossibilité d'organiser la reprise

effective du marché ; qu'il en résulte que lorsque la société sortante a communiqué les éléments requis à l'entreprise entrante, il appartient au juge d'apprécier si l'éventuelle insuffisance des éléments fournis rendait impossible l'organisation de la reprise effective du marché ;

Attendu que pour rejeter les demandes de la société, l'arrêt retient que les pièces transmises par la société sortante aux sociétés entrantes laissent subsister un doute quant à l'affectation à concurrence d'au moins 30 % du temps de travail sur le chantier ; qu'en effet seule la fiche transmise fait état d'un nombre d'heures supérieur à 30 % sur le chantier du vélodrome ; qu'en l'absence en conséquence de tout autre justificatif venant conforter cette répartition, un doute existe rendant impossible l'application de l'annexe 7 ;

Qu'en statuant ainsi, en se fondant sur la nécessité pour l'entreprise sortante de fournir des justificatifs complémentaires non prévus par l'article 3 de l'accord, sans constater que l'insuffisance prétendue des pièces communiquées avait rendu impossible l'organisation de la reprise effective du marché par les entreprises entrantes, la Cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

Casse et annule, mais seulement en ce qu'ils ont mis hors de cause les sociétés Iss Abilis et Hexa Net, fixé la date de la rupture du contrat de travail, dit le licenciement sans cause réelle et sérieuse ou prononcé la résiliation judiciaire du contrat de travail des salariés concernés et condamné en conséquence la société Derichebourg à leur payer diverses indemnités et rappels de salaires, les arrêts rendus le 25 novembre 2008, entre les parties, par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence ; 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 d'Aix-en-Provence, autrement composée ;

(Mme Collomp, prés. - M. Gosselin, rapp. - M. Weissmann, av. gén. - SCP Coutard, Mayer et Munier-Apaire, SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Hémerly et Thomas-Raquin, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP de Chaisemartin et Courjon, av.)

TRANSFERT D'ENTREPRISE – Changement de titulaire d'un marché de transport – Dispositif conventionnel de transfert des contrats de travail – Résiliation à l'initiative du titulaire – Défaut de raison légitime – Obstacle au déroulement du transfert – Faute (oui).

CONVENTIONS ET ACCORDS COLLECTIFS – Champ d'application – CCN des voies ferrées d'intérêt local – Application de la CCN des transports routiers en cas de services automobiles – Conditions – Appréciation.

Huitième espèce :

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 17 mai 2011

Société Lavalade contre RDTHV (pouvoi n° 09-67.525)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Limoges, 4 mai 2009), que la société Limocar, qui était chargée depuis 1997 par le département de la Haute-Vienne d'un service de transport scolaire, a été informée le 6 avril 2006 par la société Daniel Lavalade (Lavalade) de la conclusion avec le Conseil général de ce département d'un nouveau marché attribuant le service de transport à cette dernière, à compter de la rentrée scolaire suivante ; qu'après avoir demandé et obtenu de la société Limocar la liste des salariés chargés d'assurer le service de transport, en vue de l'application de la garantie d'emploi

prévue par un accord collectif, la société Lavalade a notifié le 2 juin 2006 au président du Conseil général sa décision de renoncer au marché conclu avec le département ; qu'à la demande des autorités départementales, la Régie départementale des transports de la Haute-Vienne (RDTHV), établissement public industriel et commercial, a accepté d'assurer ce service ; qu'elle a refusé de reprendre à son service le personnel de la société Limocar affecté à cette activité ; que la société Limocar a licencié vingt-huit de ses salariés le 5 octobre 2006 ; qu'une partie des salariés licenciés

a saisi la juridiction prud'homale pour faire juger que leurs contrats de travail avaient été transférés à la société Lavalade et à la RDTHV et obtenir paiement de dommages-intérêts, la société Limocar formant alors un recours contre ces deux entreprises, pour obtenir la prise en charge de salaires et d'indemnités de rupture versés aux salariés licenciés ;

Sur le moyen unique du pourvoi de la société Lavalade :

Attendu que la société Lavalade fait grief à l'arrêt de la condamner à payer des dommages-intérêts aux salariés, sur le fondement de l'article L. 1235-3 du Code du travail alors, selon le moyen :

1°/ que l'article 28 de l'accord du 18 avril 2002 organise un transfert conventionnel des contrats de travail des salariés affectés au marché de transport cédé qui prend effet, avec l'accord des salariés concernés, au jour du changement de prestataire ; qu'en l'espèce, la société Lavalade avait fait valoir qu'au 29 août 2006, jour prévu pour ce transfert par les marchés qui prenaient effet à compter de la rentrée scolaire 2006/2007, ces marchés, sources de son obligation de reprise, avaient été résiliés ; qu'en retenant la responsabilité de la société Lavalade sans rechercher, comme elle y était invitée, si cette obligation de reprise n'était pas devenue caduque de telle sorte qu'elle ne pouvait encourir aucune responsabilité pour inexécution d'une telle obligation ayant disparu avant l'expiration du délai imparti pour son exécution, la Cour d'appel a violé les articles 1382 du Code civil, 28 de l'accord du 18 avril 1982 ;

2°/ que la RDTHV, en sa qualité d'attributaire des marchés après leur résiliation par le Conseil général en date du 17 juillet 2006, était devenue à son tour débitrice de l'obligation de procéder au transfert des contrats de travail des salariés y attachés dans les termes de l'article 28 de l'accord du 18 avril 2002 ; que cette obligation lui incombait par l'effet du transfert du marché, indépendamment de l'interposition éventuelle de la société Lavalade, dans l'hypothèse où elle-même aurait exécuté son obligation de reprise avant la résiliation ; que dès lors, le licenciement des salariés demandeurs intervenu le 5 octobre 2006 était la conséquence exclusive, non pas de l'inexécution, par la société Lavalade, de son obligation de reprendre leurs contrats de travail, mais du refus de la RDTHV, nouvel attributaire, d'exécuter sa propre obligation de reprise ; qu'en condamnant cependant la société Lavalade, *in solidum* avec la RDTHV, à indemniser les salariés des conséquences d'un licenciement qui n'était pas en relation de causalité avec la faute retenue à sa charge, la Cour d'appel, qui n'a pas déduit les conséquences légales de ses propres constatations, a violé derechef les articles 1382 du Code civil et 28 de l'accord du 18 avril 1982 ;

Mais attendu qu'ayant retenu que, sans raison légitime, la société Lavalade avait décidé de résilier le marché conclu avec le département, alors que la procédure conventionnelle destinée à assurer le maintien des emplois en cas de changement de prestataire était en cours, la Cour d'appel a pu en déduire qu'elle avait ainsi contribué, par sa faute, au préjudice subi par les salariés non repris du fait de la perte de leur emploi ;

Que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le moyen unique du pourvoi de la RDTHV :

Attendu que la RDTHV fait grief à l'arrêt de la condamner, *in solidum* avec la société Lavalade, au paiement de dommages-intérêts aux salariés alors, selon le moyen :

1°/ qu'en vertu de l'article 1^{er} de la convention collective des voies ferrées d'intérêt local (VFIL) dont dépend la RDTHV,

le personnel affecté aux services automobiles ne peut bénéficier des dispositions de la convention collective nationale des transports routiers et de ses annexes (accord du 18 avril 2002) que si l'entreprise qui l'emploie exploite ces services automobiles « dans les mêmes conditions » que les services routiers ne relevant pas du régime propre aux voies ferrées d'intérêt local ; qu'un établissement public statutairement soumis à des contraintes spécifiques liées au service public de transport et à la nécessité d'assurer la continuité du service et qui, à ce titre, se trouve en dehors du champ concurrentiel, ne peut être regardé comme exploitant un service de transport « dans les mêmes conditions » qu'une entreprise privée ; qu'en décidant le contraire pour juger que la Régie départementale de transports de la Haute-Vienne n'était pas fondée à refuser l'application de l'article 28 du titre VI de l'accord du 18 avril 2002, la Cour d'appel a violé ce texte, ensemble l'article 1^{er} de la convention collective des voies ferrées d'intérêt local (VFIL) et les articles L. 2221-1, L. 2221-2, et L. 2251-1 du Code du travail ;

2°/ qu'à supposer que l'accord du 18 avril 2002 soit opposable à la RDTHV, il appartenait à la Cour d'appel de vérifier si les conditions du transfert des contrats de travail posées par l'article 28-2-1 de ce texte étaient réunies ; qu'en se bornant à affirmer que d'après le tableau dressé par la société Limocar, les salariés remplissaient les conditions pour bénéficier des dispositions conventionnelles en cause, à savoir 65 % de l'activité des conducteurs et 100 % de l'activité des autres salariés consacrés au marché, sans s'expliquer sur les pièces produites par la société RDTHV d'où il résultait à l'inverse que les salariés ne remplissaient pas les conditions permettant leur transfert, la Cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard des articles L. 2221-1, L. 2221-2, et L. 2251-1 du Code du travail, ainsi que de l'accord du 18 avril 2002 ;

Mais attendu que l'article 1^{er} de la convention collective nationale des voies ferrées d'intérêt local du 26 septembre 1974 exclut de son champ d'application les services automobiles de transports routiers de voyageurs exploités dans les mêmes conditions que ceux qui ne relèvent pas du régime propre aux voies ferrées d'intérêt local ; qu'il en résulte qu'une entreprise chargée d'un service automobile de transport de voyageurs qui ne relève pas du régime propre aux voies ferrées d'intérêt local est tenue de mettre en œuvre, à l'égard des salariés affectés au marché repris, la garantie "de maintien d'emploi" prévue par l'article 28 de l'accord du 18 avril 2002, annexé à la convention collective nationale des transports routiers ;

Et attendu que la Cour d'appel, qui a constaté, d'une part, qu'il n'était pas établi que le service de transport scolaire auparavant confié à la société Limocar était exploité par la RDTHV dans des conditions différentes de celles antérieurement imposées à ce transporteur privé et, d'autre part, que les conditions tenant à l'affectation des salariés au marché repris étaient remplies, en a exactement déduit que la RDTHV devait observer les dispositions de l'accord du 18 avril 2002 imposant à l'entreprise entrante la poursuite des contrats de travail des salariés affectés au marché ;

Que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

Rejette les pourvois.

(Mme Collomp, prés. - Mme, rapp. - M. Aldigé, av. gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Bouzidi et Bouhanna, SCP Delaporte, Briard et Trichet, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, SCP Thouin-Palat et Boucard, av.)