

Changement de titulaire d'un marché de gardiennage – Absence de transfert d'actifs – Reprise du personnel caractérisant une entité économique (non) - Application de L. 1224-1 (non) – 2° Dispositif conventionnel de transfert des contrats de travail – Proportion de salariés repris – Appréciation – Refus de certains salariés – Conséquence.

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 3 novembre 2011

R. contre Byblos sécurité privée (pourvoi n° 10-11.820)

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. R. engagé le 21 juin 1999 en qualité d'agent de sécurité et dont le contrat de travail a été transféré à la société Power sécurité privée (Power) a été licencié pour faute grave le 4 juin 2004 pour des absences injustifiées ; qu'estimant que son contrat de travail devait être transféré à la société Byblos sécurité privée (Byblos) suite à la perte de marché par la société Power, le salarié a saisi la juridiction prud'homale ;

Sur le premier moyen :

Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt de dire que son contrat de travail n'a pas été transféré à la société Byblos, les dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail n'étant pas applicables, alors, selon le moyen, que l'article 1^{er} paragraphe 1 de la directive 77/787/CEE du Conseil du 14 février 1977 devenue directive 2001/23/CE du 12 mars 2001 doit être interprété en ce sens que dans les secteurs d'activité reposant essentiellement sur la main-d'œuvre, comme le nettoyage ou le gardiennage, une collectivité de travailleurs que réunit durablement une activité commune peut correspondre à une entité économique dont l'identité est maintenue par delà son transfert quand le nouveau chef d'entreprise ne se contente pas de poursuivre l'activité en cause mais reprend également une partie essentielle, en termes de nombre et de compétence, des effectifs que son prédécesseur affectait spécialement à cette tâche ; que pour débouter M. R. de ses demandes, la Cour d'appel s'est bornée à énoncer que la société Byblos Sécurité Privée « n'a repris aucun élément incorporel » ; qu'en statuant ainsi alors qu'il était soutenu que l'activité de la société Power, qui reposait sur la main d'oeuvre, avait été poursuivie par la société Byblos qui avait repris une partie essentielle des effectifs que la société Power affectait spécialement à la surveillance et le gardiennage du site de Carrefour La Part Dieu, la Cour d'appel a violé l'article L.1224-1 (ex article L. 122-12) du code du travail interprété à la lumière de la directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 ;

Mais attendu que la Cour d'appel devant laquelle n'était pas allégué le transfert d'éléments d'exploitation corporels ou incorporels en a exactement déduit que les dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail n'étaient pas applicables ; que le moyen n'est pas fondé ;

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

Vu les articles 2.5 et 16 de l'accord du 5 mars 2002 ;

Attendu que si l'entrepreneur entrant, qui doit reprendre 85 % du personnel transférable, n'est pas tenu de faire de nouvelles propositions quand des salariés compris dans cette proportion ont refusé de changer d'employeur, il doit toutefois, lorsqu'il décide de compléter le nombre des salariés pour atteindre ce pourcentage à la suite de défections, choisir en priorité des salariés qui remplissent les conditions conventionnellement prévues pour un transfert ;

Attendu que pour dire que la société n'avait pas l'obligation de reprendre le contrat de travail du salarié en application de

l'accord du 5 mars 2002, l'arrêt retient que la société avait l'obligation de reprendre onze contrats de travail sur quatorze et que sur onze salariés, seuls sept avaient accepté leur transfert et que si la société a repris les contrats de quatre autres salariés choisis parmi ceux qui ne remplissaient pas les conditions conventionnelles pour être transférés sans faire de proposition de reprise à M. qui travaillait sur le site depuis 1999 et faisait partie des "transférables", cette reprise n'a pas été exécutée de façon déloyale au regard des obligations conventionnelles ;

Qu'en statuant ainsi, la Cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS,

Casse et annule, mais seulement en ce qu'il dit que la société n'avait pas l'obligation de reprendre le contrat de travail de M. R. en application de l'accord du 5 mars 2002, l'arrêt rendu le 30 juin 2009, entre les parties, par la cour d'appel de Lyon ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Dijon.

(Mme Mazars, f.f. prés. - M. Mansion, rapp. - M. Foerst, av. gén. - SCP Célice, Blanpain et Soltner, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, av.)

Note.

1. L'arrêt est rendu en matière de transfert d'entreprise dans le secteur de la prévention-sécurité (1). Le salarié était affecté à la surveillance d'un magasin Carrefour, pour le compte d'employeurs successifs ; il avait été écarté de la dernière opération de transfert, puis licencié pour motif disciplinaire. Il a alors intenté une action prud'homale, notamment pour contester son éviction du transfert. La décision présente un double intérêt, au regard de la mise en œuvre d'une part de l'art. L. 1224-1, d'autre part d'un transfert conventionnel (2).

2. Rappelons le contexte : les secteurs du nettoyage et – pour partie – du gardiennage (3) présentent la caractéristique de recourir à de la main-d'œuvre, à l'exclusion de biens, matériels ou immatériels, significatifs. En conséquence, lors d'un transfert consécutif à la perte d'un marché, la caractérisation d'une entité économique autonome au sens de l'art. L. 1224-1 C. Tr. (4) est difficile (5), voire impossible (6).

(1) M. Carles « Le transfert d'entreprise » num. spec. RPDS n° 773 sept. 2009.

(2) A. Mazières « Aspects individuels du transfert conventionnel de contrats de travail lors d'un changement de prestataire de services », Dr. Ouv. 2011 p. 544.

(3) On soulignera que ces deux activités doivent être distinguées des cas (restauration collective, sécurité aéroportuaire, transports de voyageurs, etc.) où le donneur d'ordre détient des actifs et les

met à disposition des prestataires successifs (Soc. 24 nov. 2009, Bull. n° 264 ; A. Mazières prec., spec. p. 549).

(4) J. Pélessier, E. Dockès, G. Auzero, *Droit du travail*, 26^e ed., 2011, Précis Dalloz § 299-4°.

(5) V. toutefois Soc. 13 déc. 2011, p. n° 10-17.716

(6) « *Constitue une entité économique autonome un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels poursuivant un objectif économique propre* », Soc 17 juin 2009, Bull. civ. V n° 151 ; Soc. 23 oct. 2007, Bull. civ. V n° 170.

Il a alors été soutenu la nécessité d'adapter les conditions d'application de la règle légale à cette hypothèse. La Cour de justice de l'Union européenne a franchi le pas : « Dès lors, en particulier, qu'une entité économique peut, dans certains secteurs, fonctionner sans éléments d'actifs, corporels ou incorporels, significatifs, le maintien de l'identité d'une telle entité par-delà l'opération dont elle fait l'objet ne saurait, par hypothèse, dépendre de la cession de tels éléments (...). La Cour a ainsi jugé que, dans la mesure où, dans certains secteurs dans lesquels l'activité repose essentiellement sur la main-d'œuvre, une collectivité de travailleurs que réunit durablement une activité commune peut correspondre à une entité économique, une telle entité est susceptible de maintenir son identité par-delà son transfert quand le nouveau chef d'entreprise ne se contente pas de poursuivre l'activité en cause, mais reprend également une partie essentielle, en termes de nombre et de compétence, des effectifs que son prédécesseur affectait spécialement à cette tâche » (7).

Le pourvoi dans l'affaire rapportée s'inspirait de cette approche en affirmant que « dans les secteurs d'activité reposant essentiellement sur la main-d'œuvre, comme le nettoyage ou le gardiennage, une collectivité de travailleurs que réunit durablement une activité commune peut correspondre à une entité économique dont l'identité est maintenue par-delà son transfert quand le nouveau chef d'entreprise ne se contente pas de poursuivre l'activité en cause, mais reprend également une partie essentielle, en termes de nombre et de compétence, des effectifs que son prédécesseur affectait spécialement à cette tâche » (ci-dessus).

Au contraire, la Chambre sociale, à la fois soucieuse de contenir le périmètre de l'art. L. 1224-1 (8) mais également d'éviter les externalisations abusives détournant l'art. L. 1224-1 (9), refuse d'adapter les conditions d'application de la règle légale à cette hypothèse en maintenant l'exigence d'un transfert minimal d'actifs. En particulier, elle énonce que « 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 » (10). Lorsque, comme en l'espèce, un accord collectif organise un transfert pour pallier l'inapplicabilité de l'art. L. 1224-1, les effets dudit accord ne peuvent, selon la Chambre sociale, constituer une justification de la mise en œuvre du texte légal. C'est cette position qu'elle réaffirme dans l'arrêt rapporté en rejetant le pourvoi du salarié sur le premier moyen (11).

On le sait, l'art. L. 1224-1, pourtant destiné, tant en droit communautaire (12) qu'en droit interne, à la protection de l'emploi des salariés est, depuis toujours, détourné aux fins de faciliter les restructurations et permettre aux entreprises de transférer « leur » main d'œuvre à leur gré (13). Cette instrumentalisation n'aurait pas de conséquence dramatique si, parallèlement, la Cour de cassation n'avait pas inventé de toutes pièces une impérativité du texte, le salarié ne pouvant opposer de refus à son transfert (14). De demandeur à l'application du texte, le salarié devient dans certains cas opposant, mais un opposant dépourvu de moyens juridiques (15), sauf à renoncer à tous ses droits en démissionnant ; il est donc effectivement vendu comme du bétail (16). Cette interprétation en forme de réécriture de la loi assoit ainsi l'intérêt des entreprises : le cédant peut aisément valoriser l'activité mise en vente (17) et le cessionnaire est garanti contre le risque d'avoir à renégocier, dans des conditions un peu moins favorables, pour lui, la rémunération du travail. Surtout, cette opportunité est exploitée pour se débarrasser d'unités de production dont on ne veut plus : on ne compte plus les cas de filialisation dans une société ultérieurement cédée et promise à périr très rapidement (18). Rappelons que, selon certains experts en gestion, le coût de cession d'un site en difficulté est inférieur de 50 % au coût de sa fermeture...

(7) Pts 28-29, CJCE, 2 déc. 1999, C 234/98, *Allen*, Dr. Ouv. 2000 p. 140 ; antérieurement : CJCE 14 avr. 1994, C392-92, *Schmidt*, spec. pts 16-17, Dr. Ouv. 1995 p. 38 ; dernièrement CJUE 20 janv. 2011, aff. C-463/09 ; sur cette question : P. Rodière, *Traité de droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2008, § 381.

(8) Ass. Plén. 15 nov. 1985, *Nova Services*, Bull. n° 7, Dr. Ouv. 1986 p. 24.

(9) Soc. 18 juill. 2000, *Perrier Vitel*, Bull. n° 285, RPDS 2000 p. 327, n. M. Carles, rapp. C. Cass. 2000, Dr. Ouv. 2001 p. 343 ; pour un exemple récent : CPH Grenoble, 13 juill. 2011, Dr. Ouv. 2011 p. 690, n. S. Daudet.

(10) 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

(11) On notera que la position adoptée par la Chambre sociale ne rentre pas nécessairement en contradiction avec la méthode développée par la CJUE concernant le transfert d'entreprise, C. Wolmark, *La définition prétorienne, Etude en droit du travail*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2007, § 317.

(12) Voir les considérants de la directive 2001/23.

(13) 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>

(14) Précis Dalloz, *Droit du travail*, prec. § 308.

(15) Soc. 10 oct. 2006, Bull. n° 295, Dr. Ouv. 2007 p. 283.

(16) A. Suptot « Les salariés ne sont pas à vendre », Dr. Soc. 2006 p. 264 et plus récemment « Fragments d'une politique législative du travail », Dr. Soc. 2011 p. 1151, spec. p. 1159 ; P. Rodière « Pour un droit d'opposition des salariés au transfert de leur contrat », RDT 2007 p. 219.

(17) Ch. Hannoun « L'émergence de l'entreprise-marchandise » RDT 2010 p. 22.

(18) L'arrêt *Perrier* (prec.) est fréquemment cité à titre d'illustration mais le paroxysme a peut-être été atteint dans l'affaire *Samsonite* (TGI Béthune, 24 juin 2008, Dr. Ouv. 2009 p. 276, n. J.-P. Bougnoux).

L'enjeu de la détermination de l'entité économique autonome et de sa consistance, dont les difficultés ont été exposées ci-dessus, réside dans le caractère impératif du transfert. Que la Chambre sociale abandonne enfin cette fragmentation au forcé de la collectivité de travail pour en revenir à l'application du texte et la question perdra largement de son acuité.

3. Dans les secteurs professionnels où la succession périodique de prestataires de services auprès d'entreprises ou de personnes publiques ne remplit pas les conditions d'application de l'art. L. 1224-1, des accords collectifs ont instauré un mécanisme de transfert des contrats de travail lors de la perte de marché (19). L'accord de branche du gardiennage impose à la société entrant d'émettre une proposition de reprise de 85 % des salariés précédemment affectés au marché par la société sortant. C'est ce qu'avait fait l'entreprise qui avait proposé à 11 des 14 salariés leur transfert. Toutefois, à la différence du transfert légal (20), le transfert conventionnel s'accompagne d'un droit de refus du salarié (21) : « *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* » (22). Quatre d'entre eux ont préféré conserver leur emploi dans la société d'origine. L'accord du 5 mars 2002 prévoit ce cas de figure et dispose que « *le refus d'un salarié d'intégrer l'entreprise entrante n'oblige en aucune manière cette dernière à proposer une liste complémentaire.* » (art. 2-5, dernier al.). C'est donc logiquement que la Cour de cassation affirme, au visa de cet article (23) : « *l'entrepreneur entrant, qui doit reprendre 85 % du personnel transférable, n'est pas tenu de faire de nouvelles propositions quand des salariés compris dans cette proportion ont refusé de changer d'employeur* » (ci-dessus).

Mais l'entrant, probablement dépourvu des moyens humains lui permettant d'exécuter sa prestation, a alors cherché à compléter son équipe en s'adressant – avec l'accord du sortant – à d'autres salariés. C'est l'élaboration de cette liste complémentaire qui fait l'objet du contentieux : le salarié, initialement écarté

par le repreneur en vertu d'une obligation limitée à 85 % du personnel, reprochait à l'entrant de ne pas lui avoir adressé une nouvelle proposition de reprise à l'occasion du second appel. Cet argument, écarté la Cour d'appel, est en revanche accueilli par la Cour de cassation, qui précise que l'entrepreneur entrant « *doit toutefois, lorsqu'il décide de compléter le nombre des salariés pour atteindre ce pourcentage à la suite de défections, choisir en priorité des salariés qui remplissent les conditions conventionnellement prévues pour un transfert* » (ci-dessus). Une telle solution est solide : avant de s'adresser à des salariés qui ne remplissent pas les conditions de la convention collective, le nouvel entrant doit auparavant exécuter son obligation d'emploi à l'égard de ceux des salariés visés par l'accord.

4. La lecture des moyens annexés à l'arrêt (24) est instructive. Il en ressort que, selon les attestations de collègues, le donneur d'ordre avait fait savoir qu'il « *était mécontent du travail [du salarié] et ne souhaitait plus que ce dernier travaille sur le site* » ; plus encore, le précédent employeur avait écrit à Carrefour « *pour lui indiquer qu'il lui apparaissait judicieux d'affecter à un autre site [le salarié] qualifié, avec d'autres salariés qui menaçaient de faire grève, de « fauteur de troubles »* » (25).

Les juridictions dans cette affaire ne se sont pas emparées de ces faits malgré les relents de discrimination qui s'en échappaient (26), même s'il est évident que la solution adoptée par la Cour de cassation vise à moraliser les conditions des transferts. On notera toutefois que la situation ne constitue pas un épiphénomène : à l'occasion des transferts, légaux mais bien plus encore conventionnels, des mécanismes de sélection des travailleurs, le plus souvent pour des motifs illicites (27), sont activement pratiqués par les entreprises. L'ambiguïté du champ d'application de ces accords, les difficultés à déterminer les conditions de mise en œuvre accentuent l'opacité et facilitent les manœuvres (28). L'administration du travail – lorsqu'elle étend, ou pas, un accord – et les juges – lorsqu'ils l'interprètent –, doivent veiller à disperser ces ombres que les rédacteurs n'ont pu, n'ont su ou n'ont voulu éviter.

A.M.

(19) A. Mazières, prec. ; outre les branches citées dans cet article, add. accord du 7 nov. 2011 sur la reprise du personnel en cas de nouveau prestataire dans le transport de fonds et de valeurs in *Bref social* n° 15993 du 09 déc. 2011.

(20) Cf. *supra*.

21) A. Mazières, prec., spec. p. 562.

(22) Soc. 13 déc. 2011 p. n° 10-25.544 ; 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 ; add. « *le changement d'employeur qui constitue une novation du contrat de travail ne peut, sauf dispositions législatives contraires, résulter que d'une acceptation expresse du salarié* » Soc. 8 avr. 2009, Bull. civ. V n° 104, Dr. Ouv. 2010 p. 17, n. A. Chirez.

(23) L'arrêt vise improprement l'art. 2-5 et l'art. 16 de l'accord, il s'agit en réalité de l'alinéa 16 de l'art. 2-5 dudit accord.

(24) Disp. sur Légifrance.

(25) *Idem*.

(26) Rapp. Soc. 22 juin 2011, p. n° 10-17.255, Dr. Ouv. 2011 p. 669.

(27) V. par ex. CA Paris 6 mai 2011, Dr. Ouv. 2011 p. 564.

(28) V. not. nos obs. sur le secteur de la prévention-sécurité au Dr. Ouv. 2011 p. 544, spec. p. 547, ou encore le champ d'application de l'accord signé dans le transport de fonds, prec.