

## LES RESTRUCTURATIONS ET LEUR IMPACT SUR LES RELATIONS DE TRAVAIL

Notion et réglementation des restructurations

## Le transfert d'entreprise (1)

par Bernadette LARDY-PÉLISSIER,

Maître de conférences à l'Université Toulouse I Capitole

## PLAN

## I. Le principe de réalité

- A. Déjouer les artifices
- B. Effacer les frontières artificielles

## II. Protection des salariés ou simple mesure de précaution ?

- A. De quelle protection parle-t-on ?
- B. Le maintien des contrats de travail n'est pas une garantie d'emploi

**La loi française dispose que, lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur (...), tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise (art. L. 1224-1 C. trav.).**

**Afin de déjouer les chausse-trappes que ne manque pas de soulever la notion même d'entreprise, la directive « transfert » du 12 mars 2001 a choisi de faire référence à une notion plus large, celle d'entité économique. La notion d'entité économique était d'ailleurs apparue avec l'arrêt *Spijkers* rendu par la CJCE le 18 mars 1986 (2). La préférence donnée à la notion d'entité économique peut s'expliquer, comme l'avait relevé Antoine Lyon-Caen, par la volonté d'éviter toute confusion avec la personne de l'employeur et de souligner aussi qu'il peut y avoir transfert sans que l'entreprise tout entière n'en soit affectée (3), le transfert pouvant porter seulement sur une partie d'entreprise ou sur une partie d'établissement. La CJCE a livré une méthode aux juges nationaux pour les guider dans leur façon d'apprécier s'il s'agit ou non du transfert d'une entité économique. Cette méthode renvoie à la recherche d'un faisceau d'indices. Les juges du fond sont invités à prendre en considération l'ensemble des éléments de fait caractérisant l'opération en cause, notamment le type d'entreprise, le transfert ou non d'éléments corporels, la valeur des éléments incorporels au moment du transfert, la reprise ou non de l'essentiel des effectifs, le transfert ou non de la clientèle, le degré de similarité des activités exercées avant et après ou encore la durée de suspension des activités (selon l'arrêt *Spijkers* précité).**

**La jurisprudence communautaire imprègne fortement les évolutions de la jurisprudence française, abondante et largement commentée, sur cette question des transferts. L'histoire de ces trente dernières années nous montre que, si la Cour de cassation épouse les interprétations données par la CJCE, aujourd'hui CJUE, quelques dissonances persistent (4). Ces dissonances peuvent s'expliquer par des différences de lecture de la directive et de l'art. L. 1224-1, elles peuvent aussi résulter d'une autre conception de la protection qui doit être assurée aux salariés. Les juges peuvent tout à fait retenir une interprétation qui, en droit interne, s'avérerait plus favorable pour les salariés... encore que la notion de**

(1) Ce texte est repris d'une communication au colloque des instituts du travail à Saint-Étienne le 3 novembre 2001. Il n'a d'autre ambition que de replacer la question des transferts d'entreprises dans le contexte actuel et de relever quelques interrogations en lien avec les débats sur la place du droit du travail et sur le sens à donner à la protection des salariés.

(2) CJCE 18 mars 1986, aff. 24/85, *Spijkers/Benedik*, Rec. CJCE 1119.

(3) A. Lyon-Caen, note sous Cass. ass. plén. 16 mars 1990, D. 1990, p. 306.

(4) Voir sur cette question les observations d'H. Tissandier à propos d'un arrêt de la CJUE du 20 janv. 2011, aff. 463/09, *CLECE SA*, RJS 5/2011, p. 358. Cet arrêt de la CJUE est venu, de nouveau,

jeter le trouble ; après avoir rappelé que la directive s'applique en cas de résiliation d'un contrat de sous-traitance suivie d'une reprise en gestion directe de l'activité par une municipalité, il affirme que la directive ne s'applique pas dans le cas où une commune, après avoir décidé d'exercer elle-même le nettoyage des locaux, a engagé à cette fin un nouveau personnel et n'a donc pas repris la personne jusqu'alors affectée à ce travail. En l'absence de reprise d'effectifs, la Cour de justice a considéré qu'il n'y avait pas eu transfert d'entreprise puisqu'il n'y avait pas eu de reprise des effectifs. Suffit-il d'ignorer des effectifs jusqu'alors existants pour effacer d'un trait de plume l'existence d'un transfert ? Pareille solution pourrait nourrir quelques inquiétudes ! Add. sur cette question Soc. 3 nov. 2011, Dr. Ouv. 2012 p. 239.

protection et le caractère plus ou moins favorable de celle-ci puissent eux-mêmes être revêtus de significations différentes. Les débats sur ces questions sont toujours d'actualité.

Pour aborder la question du transfert d'entreprise, il faut se référer à un principe, ici essentiel, le principe de réalité, car la notion d'entité économique autonome, au cœur de la notion même de transfert, est une notion réaliste (5) ; les conditions d'identification d'un transfert doivent ainsi être soigneusement vérifiées au regard des circonstances qui entourent cette opération. En effet, les règles du droit de la concurrence ou celles du droit des sociétés peuvent venir brouiller les règles du droit du travail. Le principe de réalité pourra alors permettre de décanter les conditions dans lesquelles s'est opéré le transfert afin d'en découvrir les véritables ressorts et de redonner sens au droit du travail.

Le principe de réalité doit être mis en perspective avec le principe de protection des salariés qui a constitué l'objet premier des textes, celui de garantir la stabilité de l'emploi. Aujourd'hui, nombreux sont ceux qui s'interrogent sur la pertinence de la finalité poursuivie par la loi, à savoir la protection de l'emploi des salariés. La question qui se pose est donc de savoir s'il existe véritablement un principe de protection des salariés et quelle en est la véritable teneur.

## I. Le principe de réalité

Le principe de réalité commande prioritairement de déterminer si les conditions d'application de la loi sont bien réunies ; pour cela il faut éventuellement déjouer les artifices ou montages juridiques susceptibles de faire écran à une correcte application des textes du droit du travail relatifs aux transferts d'entreprises. Ce même principe de réalité a certainement participé à la chute, même partielle, du mur séparant secteur public et secteur privé ; et le droit communautaire y a, évidemment, très largement contribué.

### A. Déjouer les artifices

Il importe avant tout que le transfert fasse apparaître l'existence d'une entité économique. Pour la Cour de cassation, l'activité économique doit bien apparaître comme une activité autonome, c'est-à-dire une activité qui soit nettement individualisable et qui puisse être détachable du reste de l'entreprise lorsqu'il s'agit simplement d'un transfert simplement d'une partie d'entreprise ou d'établissement. Et elle doit poursuivre un objectif propre, qui soit lui-même clairement identifiable.

#### 1° L'autonomie de l'entité transférée

Le transfert doit porter sur une entité économique autonome qui préexistait et qui va se poursuivre. Il faut insister tout particulièrement sur l'exigence liée au caractère autonome de l'entité transférée.

Une activité économique autonome antérieure au transfert doit ainsi pouvoir être caractérisée. Cette appréciation est essentielle pour pouvoir déceler des opérations qui auraient eu pour effet d'écarter des considérations propres au droit du travail. Reprendre l'historique d'une activité cédée peut dès lors s'avérer utile pour le juge. En effet, il peut arriver que des

restructurations aient été imaginées, échafaudées, dans le seul but d'organiser la cession d'une partie des activités au mépris des droits des salariés. Une illustration a pu en être donnée dans un arrêt du 3 mars 2009 (6) ; il existait, au sein de la société Siemens, un département d'électronique médicale diffusant auprès des cliniques et hôpitaux deux grandes gammes de produits, pour partie des moniteurs et pour partie des matériels d'anesthésie, de ventilation et de réanimation. S'étant heurtée quant au projet de cession de ce département aux règles européennes relatives à la concentration, la société décida de le scinder afin de pouvoir céder une part de cette activité à une autre société et de rechercher un autre repreneur pour le reste de l'activité. Un salarié, affecté jusqu'alors indifféremment à l'une ou l'autre des activités de ce même département, refusa de signer un avenant à son contrat de travail dans le cadre d'une opération tendant à un changement d'employeur. Les juges, appréciant les éléments de fait et de preuve qui leur avaient été soumis, ont conclu que, ce faisant, « la société Siemens avait procédé à la cession d'une structure créée artificiellement sans activité économique antérieure ». En d'autres termes, il apparaissait que la fragmentation de ce département, décidée afin de se plier aux règles du droit européen antitrust, avait anéanti toute identification d'une entité économique autonome. Ce montage juridique s'était, en définitive, avéré bien imparfait au regard des règles du droit du travail.

Les transferts peuvent aussi être organisés par étapes successives, formes de « ventes à la découpe ». Un premier transfert va avoir lieu, puis un second. De telles opérations, tout à fait conformes au regard du droit des sociétés, peuvent parfois masquer des techniques, on pourrait dire des stratagèmes, visant à éluder les règles du

(5) Ph. Waquet, RDT 2006, p. 172 et 391.

(6) Soc. 3 mars 2009, n° 07-44653, RJS 5/09 n° 412.

licenciement économique. Tel fut le cas dans une affaire EADS qui, après avoir divisé un centre d'activité en deux départements, a cédé l'un puis l'autre un an et demi plus tard. Il en était résulté que les salariés de la même entreprise, dont les contrats de travail avaient été transférés auprès de deux sociétés distinctes à plusieurs mois d'intervalle, ne bénéficiaient pas du même traitement dans leurs nouvelles sociétés respectives. Ces transferts successifs des contrats de travail à des époques différentes avaient permis de mettre en évidence que cette opération avait eu, en fait, pour résultat de « *priver les salariés des droits et garanties dont ils auraient pu bénéficier en cas de licenciements économiques* ». Pour en arriver à cette conclusion, il aura fallu que les juges rassemblant plusieurs éléments établissent « *l'absence de réelle spécificité du département cédé dans ses activités et dans son personnel* » afin de pouvoir conclure qu'il ne pouvait constituer une entité économique autonome. « *Les règles de la responsabilité civile pourront être alors actionnées pour sanctionner la faute commise par l'employeur qui a manqué ainsi à son obligation d'exécuter le contrat de travail avec loyauté* » (7).

## 2° L'exigence de maintien d'une identité propre à l'entité économique cédée

L'une des conditions d'application des textes sur le transfert est que l'entité maintienne son identité (ce qui est expressément prévu par l'art. 1<sup>er</sup>, 1B de la directive). Il semble que le critère décisif porte, en définitive, sur l'identité de l'entité. Deux questions peuvent alors être posées : l'entité transférée avait-elle une identité suffisamment marquée avant le transfert ? Et quel peut être le devenir de cette entité après le transfert ? Mais à partir de quand et sur quels critères doit-on se fonder pour apprécier si l'entité transférée a gardé son identité après avoir été intégrée dans la société reprenneuse ? Une modification dans la structure organisationnelle de la société cédée ne saurait, à elle seule, être de nature à faire obstacle à l'application de la loi ou de la directive (8). Ainsi, « *le maintien de l'identité est admis en cas de transfert partiel, même si l'entité est transférée dans une nouvelle structure organisationnelle différente* » ; il faut, en réalité, s'attacher à « *la poursuite de l'activité économique qui doit être identique ou analogue dès lors qu'il est observé le maintien d'un lien fonctionnel entre les différents facteurs transférés* » (9). À cet égard, la solution adoptée dans l'arrêt *Klarenberg* épouse parfaitement les nécessités d'ordre pratique qui accompagnent de nombreux transferts ; en effet, il est

normal de penser que l'entité reprise devra s'articuler avec les autres activités jusqu'alors existantes dans l'entreprise d'accueil, mais il est aussi fort probable que cette articulation doive se conjuguer avec une intégration au terme de laquelle l'identité originelle se sera métamorphosée. Les juges devront donc rechercher si l'activité économique transférée s'est réellement poursuivie ; mais il s'agit là d'un concept « *aussi flou que large* » (10). L'assouplissement de la condition de l'identité, qui est quasiment co-substantiel à un transfert, conduit certains auteurs à se demander si cette condition a encore un sens

On peut donc retenir qu'un changement organisationnel intervenu après transfert ne sera pas de nature à faire échec à l'application de l'art. L. 1224-1.

## 3° L'externalisation

Il faut réserver l'hypothèse plus délicate de l'externalisation. L'externalisation est une opération de gestion qui consiste, pour une entreprise, à confier à un tiers l'exploitation pour son propre compte d'une activité qu'elle prenait jusqu'alors directement en charge. Il convient de rappeler que, si l'exigence du caractère d'autonomie n'est pas satisfaite, les textes ne seront pas applicables. « *La reprise par un autre employeur d'une activité secondaire ou accessoire de l'entreprise n'entraîne le maintien des contrats de travail que si cette activité est exercée par l'entité économique autonome* » (11). C'est ce qui était apparu très clairement dans l'arrêt *Perrier-Vittel*, d'où il ressortait que la polyvalence de la plupart des salariés et l'absence de moyens particuliers tendant à des résultats spécifiques privaient l'opération de tout rattachement à la notion de transfert.

L'externalisation, tout comme une cession partielle d'activité, peut être, en réalité, un subterfuge pour se séparer d'une partie des salariés en évitant, là encore, d'avoir à engager une procédure de licenciements économiques. Le problème est apparu également dans le cas de transferts intra-groupes, où les contrats de travail de salariés avaient été transférés par la société-mère dans une filiale dont elle savait qu'elle serait prochainement mise en liquidation judiciaire. Le but était alors d'échapper par la suite à toute responsabilité dans le licenciement de ces salariés, la société-mère arguant alors du fait qu'elle avait cessé d'être partie au contrat de travail (12).

D'autres interrogations sont nées d'un récent arrêt de la CJUE qui a soulevé une « question inédite » (13) : « *Le cessionnaire d'une entité économique appartenant à un*

(7) Soc. 21 juin 2006, *EADS*, Dr. soc. 2006, p. 1062, A. Mazeaud, Dr. Ouv. 2007 p. 50, n. A. de Senga.

(8) CJCE 7 mars 1996, *Merckx*, C-171/94, RJS 5/96 n° 625.

(9) CJCE 12 févr. 2009, aff. C 466/07, JCP S 2009 n° 1252, note E. Jeansen ; RJS 6/09 p. 439, chron. J.-Ph. Lhernould.

(10) SSL n° 1404.

(11) Cass. Soc. 18 juil. 2000, BC V n° 285 ; Dr. soc. 2000, 850, com. G. Couturier « L'art. L.122-12 du code du travail et les pratiques d'externalisation » ; RJS 11/00 n° 1063 ; RPDS 2000 p. 327, n. M. Carles.

(12) Cass. soc. 14 nov. 2007, Dr. soc. 2008, p. 129, note J. Savatier.

(13) CJUE 21 oct. 2010, JCP S 2011 n° 1008, E. Jeansen.

groupe de sociétés peut-il être tenu de reprendre à son service des salariés contractuellement liés à une autre société du groupe, mais mis à disposition de ladite entité ? » (14). La CJUE, en reconnaissant la qualité de cédant à un employeur non contractuel, semble élargir le champ d'application de la directive. L'arrêt précise toutefois que les salariés doivent avoir été affectés de manière permanente à la société cédante. La solution retenue par la CJUE paraît avoir été principalement animée par le souci d'éviter que des groupes de sociétés, en organisant leurs relations de travail, puissent écarter l'application de la directive, crainte qui avait été exprimée par l'avocat général dans ses conclusions. Cet arrêt bouscule les analyses classiques qu'inspire notre droit interne en opérant une distinction entre employeur contractuel et employeur non contractuel et, surtout, en admettant qu'un employeur non contractuel puisse être considéré comme le cédant, ce qui rend alors la directive applicable. Le point 25 de l'arrêt ne peut manquer de susciter la curiosité juridique lorsqu'il affirme qu'il ne ressort pas de la directive « qu'il faille, dans la situation d'une pluralité d'employeurs, systématiquement privilégier l'employeur contractuel » (15). Ceci renvoie inévitablement à toutes les difficultés liées à la pluralité d'employeurs et à la question, de plus en plus fréquemment posée, des co-employeurs (16).

## B. Effacer les frontières artificielles

La directive "transfert" s'applique à toute entreprise publique ou privée exerçant une activité économique, que ce soit à but lucratif ou non. Il aura cependant fallu attendre le 25 juin 2002 pour que « les frontières souvent artificielles tracées entre droit public et droit privé semblent s'estomper » (17).

Une nouvelle fois, la Cour de cassation a dû se conformer à l'interprétation de la directive donnée par la CJCE dans l'arrêt *Mayeur* le 26 septembre 2000 ; ainsi a été posée une « nouvelle pierre à l'édifice du régime de l'article. L.1224-1 dans les entreprises soumises au droit public » (18). Il fut jugé que la directive doit s'appliquer dès lors qu'une entité économique autonome relevant du droit privé est reprise par une personne morale de droit public gérant un service public administratif. Deux ans plus tard, le Conseil d'Etat ralliait cette position avec l'arrêt *Lamblin* qui est venu balayer l'argument tiré de la perte d'identité de l'entité économique ainsi transférée :

« La seule circonstance que le cessionnaire soit un établissement public à caractère administratif lié à son personnel par des rapports de droit public ne peut suffire à caractériser une modification dans l'identité de l'entité économique transférée » (19). Pour intégrer cette nouvelle donne, le législateur devait compléter le Code du travail, ce qui fut fait avec l'insertion d'un nouvel article. L. 1224-3.

De façon plus inattendue, car il ne s'inscrit pas dans la perspective de la directive, un autre article L. 1224-4 a fait son apparition. Il dispose que « lorsque l'activité d'une personne morale de droit public employant des agents non titulaires de droit public est reprise par une personne morale de droit privé ou par un organisme de droit public gérant un SPIC, cette personne propose à ces agents un contrat régi par le Code du travail ».

Dans ces deux hypothèses, inversées, surgit une même difficulté qui sera d'évaluer les conséquences de ces transferts sur la nature juridique des contrats de travail compris dans ces opérations de transfert.

Si le transfert s'opère du secteur privé vers le secteur public, le repreneur, en sa qualité de personne publique, doit continuer à rémunérer les salariés transférés aux mêmes conditions que celles qui avaient été prévues par leur contrat de travail de droit privé. Et il doit aussi leur proposer un contrat de droit public à durée indéterminée ou déterminée, selon la nature juridique du contrat qui liait le salarié à son précédent employeur. Cette proposition doit reprendre les « clauses substantielles » du contrat de travail antérieur ; il reste que les « contours mêmes de la notion de clauses substantielles semblent bien flous » (20). Quid de la rémunération qui sera proposée au salarié ? Peut-on, au regard des règles applicables dans le secteur public, envisager une diminution de cette rémunération ? L'avis rendu par le Conseil d'Etat le 21 mai 2007 sur ce point précis paraît bien aller dans ce sens, visant directement les cas dans lesquels le niveau de rémunération dont bénéficiait jusqu'alors le salarié « excéderait manifestement celui que prévoient les règles générales que la personne publique a, le cas échéant, fixées pour la rémunération de ses agents non titulaires » (21).

Plus généralement, que se passera-t-il si le salarié accepte la proposition qui lui a été faite ? La Cour de cassation avait jugé, le 30 septembre 2009, avant que la

(14) CJUE 21 oct. 2010, précité, G. Auzero, Bull. Joly Sociétés 2011, p. 219.

(15) CJUE 21 oct. 2010, RDT 2011, p. 35, H. Tissandier ; JCP S 2011, préc.

(16) G. Auzero « Transfert d'un salarié mis à la disposition de l'entité transférée », Bull. Joly Sociétés 2011, p. 219 ; voir également sur la question du co-emploi P.-H. Antonmattei, JCP S 2011, 1065.

(17) B. Lardy-Pélessier, D. 2002, p. 3117, obs. sous Soc. 25 juin 2002, Bull. n° 209.

(18) Ph. Waquet, RDT 2007, p. 524.

(19) CE 22 oct. 2004, Dr. soc. 2005, p. 43, concl. E. Glaser, p. 37 ; RJS 1/05 n° 12 ; Dr. Ouv. 2005 p. 78, n. J.-L. Rey.

(20) C. Wolmark, « Le sort des contrats de travail en cas de reprise en gestion directe d'un service public administratif », RDT 2006, p. 159.

(21) CE 21 mai 2007, *Manolis*, Dr. soc. 2007, p. 969, concl. F. Sénès ; Dr. Ouv. 2008 p. 148 ; JCP S 2007 n° 1982, n. P. Morvan.

loi ne soit modifiée, que le refus de changer de statut opposé par le salarié repris constitue à lui seul une cause de licenciement (22) ; elle applique la même solution lorsque la personne de droit public est dans l'impossibilité, pour des raisons juridiques, de formuler d'autres propositions (23). Or, l'article 1224-3 a été modifié par une loi du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique ; son dernier alinéa précise qu'en cas de refus des salariés d'accepter le contrat proposé, leur contrat prend fin de plein droit. La sécheresse de la formule montre bien qu'il s'agit là d'une disposition couperet, d'un motif de licenciement *sui generis*, c'est-à-dire d'une rupture automatique (24). On soulignera que le texte vise le refus d'accepter le contrat proposé, et qu'il ne s'agit plus seulement d'un refus de modification de ce contrat. Et l'article d'ajouter que la personne publique doit appliquer les dispositions relatives aux agents licenciés par le droit du travail et par leur contrat. Il reviendra donc aux juges judiciaires d'apprécier les conséquences de ce mode particulier de rupture du contrat. Cette disposition ouvre,

assurément, un temps d'insécurité juridique (25). Puisqu'il y a rupture de plein droit, la procédure de licenciement n'est pas applicable. Qu'en sera-t-il des indemnités de licenciement ? Y aura-t-il place pour une indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse ? On peut craindre que non, à moins que le juge ne requalifie ce type de rupture. Mais, si l'on se réfère à la jurisprudence dégagée par la CJUE dans de telles hypothèses, lorsque le refus s'explique par une baisse de rémunération, il s'agit d'une modification du contrat de travail et il y a résiliation du contrat à l'initiative de l'employeur (26). Il reste que la loi paraît très favorable à l'employeur public, ce que paraît bien confirmer une circulaire du 19 novembre 2009 (27).

La solution est symétriquement inversée lorsque l'activité d'une personne morale de droit public est reprise par une personne morale de droit privé ; cette dernière devra appliquer les dispositions de droit public relatives aux agents licenciés. L'imbricolage juridique risque d'être particulièrement délicat à dénouer...

## II. Protection des salariés ou simple mesure de précaution ?

Les débats sur la finalité de la règle telle qu'elle avait été posée originellement par la loi de 1928 ont été prioritairement centrés sur la justification sociale. Le premier arrêt ayant eu à donner une interprétation de cette loi s'ouvrait sur ces mots : « *Attendu que ce texte destiné à assurer aux salariés des emplois plus stables* » (28) ; il s'agit bien d'« *éviter la perte de leur emploi pour les salariés chaque fois qu'intervenait un transfert d'entreprise* » (29). Cette approche ne saurait cependant occulter l'autre face de ce texte et, notamment, les intérêts économiques évidents qui peuvent intéresser aussi des entreprises désireuses de pouvoir bénéficier immédiatement d'un personnel compétent pour assurer la continuité de l'activité reprise. On ne saurait nier que, « *au-delà de la protection individuelle des salariés, il est considéré que ce texte tend à garantir l'emploi entendu comme le travail que peut assurer une profession, un secteur, une région* » (30). Dans une période récente, des controverses ont surgi qui raniment la réflexion sur le sens même de la protection accordée aux salariés par ces textes. N'est-on pas en train de dériver d'un principe de protection vers de simples règles de précaution,

autrement dit de relativiser les garanties d'emploi jusque là prioritairement mises en avant ?

La première étape de la protection passe certainement par une information préalable des salariés sur le projet de transfert de l'entité économique auquel les salariés risquent d'être confrontés. La directive prévoit effectivement que le cédant doit informer, en temps utile, les représentants du personnel avant la réalisation du transfert, en précisant quel en est le motif et quelles pourront en être les conséquences juridiques, économiques et sociales pour les salariés (art. 7). Elle ajoute que, dans les entreprises où il n'y a pas de représentants du personnel « *pour des motifs indépendants de la volonté des salariés* », ceux-ci doivent être informés individuellement. Dans un contexte relevant de cette dernière hypothèse, des salariés français ont saisi le juge, estimant que l'absence d'information avait été constitutive pour eux d'un préjudice. La Cour de cassation, après avoir relevé que l'art. 7, al. 6, de la directive n'a pas été transposé en droit interne, en a conclu qu'il ne pouvait créer d'obligation à la charge de la société cédante, déboutant ainsi les

(22) RJS 2009 n° 899.

(23) Soc. 2 déc. 2009, RJS 2/10 n° 153 ; JCP S 2010 n° 1056, note Morvan.

(24) Voir A. Mazeaud, « Reprise d'une entité économique par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif », Dr. soc. 2006, p. 383.

(25) M. Morand, « Reprise d'une entité économique par un organisme de droit public », RJS 3/11, p. 185.

(26) CJCE 11 nov. 2004, aff. C-425/02.

(27) Voir M. Morand, art. préc.

(28) Cass. civ. 27 fév. 1934, *Goupy*, voir *Les grands arrêts de droit du travail*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, p. 305.

(29) J. Péliissier, G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 26<sup>e</sup> éd. p. 333.

(30) Y. Chagny, « La sagesse de la Cour de cassation », controverse RDT 2007, p. 216.

salariés de leur demande. On peut comprendre que cet arrêt ait été qualifié d'arrêt rétrograde (31). Cette information n'est-elle pas d'ailleurs « *une obligation à la charge du cédant, sur le fondement de l'obligation contractuelle de bonne foi* » (32) s'interroge A. Mazeaud posant aussitôt après la question de savoir si les salariés ne pourraient pas, dans ce cas, demander au juge des référés de prononcer la suspension du transfert en raison du trouble manifestement illicite qui en était résulté (33).

## A. De quelle protection parle-t-on ?

Le transfert d'entreprise qui répond aux conditions d'application de la loi entraîne la poursuite de plein droit des contrats de travail en cours au jour de la modification. La directive « *tend à assurer le maintien des droits des travailleurs en cas de changement d'employeur en leur permettant de rester au service du nouvel employeur dans les mêmes conditions que celles convenues avec le cédant* » (34). P. Rodière voit, dans ce texte, l'affirmation du « *maintien du statut avant le maintien des emplois* » (35).

Le caractère impératif de la loi se mesure à la rigueur de l'application qui en est faite. Rien ni personne ne saurait y faire obstacle, ni le cédant, ni le cessionnaire, ni le salarié. « *Il ne peut être dérogé aux effets de ce texte par des conventions particulières, subordonnant le changement d'employeur à l'accord préalable du salarié* » (36). Il en va différemment si les conditions d'application de la loi ne sont pas réunies ; dans de tels cas, les transferts de contrats de travail qui pourraient avoir lieu obéiront à des règles conventionnelles spécifiques. Mais, dès lors que la loi trouve à s'appliquer, le salarié qui refuse de poursuivre son contrat de travail auprès du nouvel employeur sera considéré comme démissionnaire et, par conséquent, privé des indemnités de rupture (37). Solution vertement critiquée par J. Mouly qui considère que, ce faisant, la Cour de cassation invente *ex nihilo* une rupture non encore effective pour en attribuer la responsabilité au salarié au seul motif que celui-ci a commis une faute en refusant de changer d'employeur.

La rigueur liée à l'impérativité de la règle a fini par susciter des opinions rebelles. Les prémices de cette rébellion ont très certainement trouvé à s'alimenter dans un arrêt *Katzikas* rendu par la CJCE le 16 décembre 1992 ;

en se fondant sur les droits fondamentaux des travailleurs, plus particulièrement la liberté pour le salarié de choisir son employeur, cet arrêt a considéré que le salarié « *doit être libre de choisir son employeur et ne peut être obligé de travailler pour un employeur qu'il n'a pas librement choisi* » (38). Un tel droit d'option pourrait-il être invoqué en droit français? Plusieurs auteurs inclinent en ce sens, parmi lesquels P. Rodière (39) ou encore A. Supiot qui n'hésite pas, avec un intitulé de choc, à proclamer que « *les salariés ne sont pas à vendre* » (40). Selon cet auteur, d'une part, la directive doit être interprétée exclusivement dans l'intérêt des salariés et, d'autre part, un salarié ne peut être obligé de travailler pour un employeur qu'il n'a pas librement choisi. Il ajoute que, si le transfert ne peut être subordonné au consentement des salariés, chaque salarié doit pouvoir refuser le changement d'employeur ; et, si tel est son choix, la directive ne s'applique pas à lui. A. Mazeaud peut être compté dans ceux qui font partie de ce courant (41).

Certains ont cru entrevoir une possible amorce d'évolution en ce sens à partir d'un arrêt de la Cour de cassation (42). Cependant, l'angle d'ouverture paraît bien étroit et fort incertain. En effet, dans une affaire *Havas*, une clause contractuelle prévoyait que le salarié pourrait rompre son contrat de travail « *en cas de changement de contrôle, de fusion-absorption ou de changement significatif d'actionnariat* ». Cette clause a été jugée licite, les juges précisant cependant qu'elle doit être justifiée par les fonctions du salarié et qu'elle ne doit pas faire échec à la faculté de résiliation du contrat par l'une ou l'autre des parties. Or, les hypothèses auxquelles faisait référence cette clause pouvaient entrer dans le champ d'application des transferts d'entreprise. À partir de là, l'interrogation pouvait naître sur l'application qui pourrait en être faite en cas de transfert d'entreprise. Serait-ce une première étape sur la voie de la reconnaissance d'un droit d'opposition des salariés à un changement d'employeur ? La question méritait d'être soulevée ; mais on notera que, en l'espèce, il s'agissait d'une salariée appartenant à l'équipe dirigeante restreinte et particulièrement chargée de mettre en œuvre les projets stratégiques organisationnels de la société. Il faut, en outre, préciser qu'en l'espèce la question ne se posait pas au regard de l'application de l'article L. 1224-1, la salariée ayant démissionné avant le transfert.

(31) Cass. soc. 18 nov. 2009, JCP S 2010 n° 1047, P. Morvan.

(32) Cass. soc. 14 déc. 1999, Dr. soc. 2000, p. 211, obs. A. Mazeaud.

(33) A. Mazeaud, Dr. soc. 2010, p. 246 ; RJS 2/10, p. 91.

(34) CJCE 15 juin 1988, *Bork International*, aff. 101/87.

(35) *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ 2008, p. 391.

(36) Cass. soc. 20 avril 2005, RJS 7/05 n° 712.

(37) Cass. soc. 10 oct. 2006, D. 2007, p. 472, n. J. Mouly.

(38) Aff. C. 132/91, 138/91 et 139/91, Rec I-6577 ; JCP 1993, éd. E, 266, p. 370, obs. P.-H. Antonmattei ; Dr. Ouv. 1999 p. 418, n. P. Moussy.

(39) P. Rodière, « Pour un droit d'opposition des salariés au transfert de leur contrat de travail », RDT 2007, p. 219.

(40) A. Supiot, « Les salariés ne sont pas à vendre ; en finir avec l'envers de l'art. L. 122-12, alinéa 2 », Dr. soc. 2006, p. 264.

(41) A. Mazeaud, Dr. soc. 2003, p. 482 ; Dr. soc. 2005, p. 737.

(42) Cass. soc. 26 janv. 2011, RDT 2011, p. 175, n. J. Pélissier ; Dr. soc. 2011, p. 465, n. A. Mazeaud.

Le débat sur l'opportunité d'ouvrir un droit d'option aux salariés est toujours actuel. Selon la Cour de cassation, la loi a été édictée aussi bien au bénéfice des employeurs qu'à celui de leurs salariés. Si les cessionnaires ont un réel intérêt à ce que les salariés qui travaillaient dans l'entité transférée continuent d'y travailler, on ne peut nier que les salariés y ont aussi le plus souvent intérêt. En effet, la protection de l'emploi des salariés est assurée par le transfert automatique de leurs contrats ; il est vrai, cependant, que les conditions de travail peuvent s'avérer ultérieurement moins favorables. Certes, on ne peut ignorer les cas dans lesquels les salariés peuvent être perdants à l'issue d'une telle opération, notamment en cas de changement de convention collective, lorsque celle qui leur deviendra applicable s'avèrera moins avantageuse pour eux. Cette situation est apparue assez clairement dans des cas d'externalisation où ce sont les salariés eux-mêmes qui ont exprimé le souhait que ne soit pas retenue la notion de transfert et que la loi y relative soit donc écartée (voir *supra*) ; mais il ne faudrait pas que le débat s'engage sur des confusions. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que les salariés peuvent s'opposer à un transfert lorsque les conditions d'application ne sont pas remplies ou lorsqu'il y a fraude. On ne peut non plus négliger que les conventions collectives sont l'objet de négociations dans lesquelles les représentants des salariés ont un rôle à jouer.

La liberté de choix des salariés au travers d'un droit d'option qui leur serait ouvert peut paraître séduisante ; mais elle s'inscrit dans une démarche individuelle qui risque peut-être d'entraîner les salariés vers une décision dont ils n'auront pas eu nécessairement les moyens d'anticiper clairement les conséquences. Cette liberté peut faire penser à ces « paradis artificiels » où les mirages peuvent s'avérer aussi attrayants que dangereux. Tant que des moyens d'information clairs et sincères sur les conséquences envisageables d'un transfert relatives aux conditions de travail et d'emploi ne seront pas plus fermement assurées, évoquer un droit d'option paraît bien périlleux. Or, « la faiblesse actuelle des mécanismes d'information et de consultation collective en cas de transfert » existe toujours ; il apparaît dès lors prématuré et donc périlleux d'évoquer un droit d'option tant que celui-ci n'est pas entouré de garanties suffisantes parmi lesquelles devrait figurer une information « individuelle et complète sur les conditions du transfert du contrat de travail » et un délai de réflexion suffisant (43).

En d'autres termes, les salariés seront-ils aussi bien protégés lorsqu'une telle situation se produira et qu'ils n'auront qu'un droit d'option individuelle face à une opération de transfert engagée ? Les effets pervers de certains transferts, souvent dénoncés et bien réels, ne sauraient masquer toutes les autres hypothèses dans lesquelles le transfert des contrats de travail représente malgré tout « une certaine stabilité de leur emploi face aux actes de gestion décidés par leur employeur » (44).

Le maintien des contrats de travail qui s'ensuit n'offre certes pas une garantie d'emploi. En effet, si le transfert ne peut constituer à lui seul un motif de licenciement, ni pour le cédant ni pour le cessionnaire, il ne peut cependant être exclu que des licenciements économiques puissent être prononcés dans une période voisine de celle du transfert. Mais l'absence de transfert automatique du contrat de travail risque tout autant de déboucher sur des licenciements économiques de la part des cédants, obligés alors de « reclasser » (mais comment ?) des salariés jusqu'alors affectés à une activité qui n'existe plus du fait de sa cession, ce qui renverrait aussi à revoir alors la question de la réparation à laquelle pourrait prétendre le salarié du fait de la perte de son emploi, perspective qui est loin d'être pleinement satisfaisante actuellement.

## **B. Le maintien des contrats de travail n'est pas une garantie d'emploi**

De paradis artificiels, sur l'illusion d'une liberté, en paradis lointains sur l'illusion d'une garantie d'emploi, les transferts des contrats de travail sont fréquemment accompagnés de graves turbulences.

Dans le cas de licenciements prononcés par le cédant avant transfert alors que l'activité économique s'est poursuivie, les licenciements sont privés d'effet, ce qui ouvre alors pour le salarié l'option suivante : soit demander au cédant une indemnisation pour réparer le préjudice subi, soit demander au cessionnaire la poursuite du contrat de travail illégalement rompu. Telle fut la solution de l'arrêt *Maldonado*, qui signait ainsi un revirement de jurisprudence (45). Cette solution tranchait avec celle qui avait été adoptée dans l'arrêt *Guermontez* du 20 janvier 1998, aux termes de laquelle le salarié n'avait d'autre choix que de réclamer au seul cessionnaire la poursuite effective de son contrat de travail (46).

La voie optionnelle ouverte par l'arrêt *Maldonado* n'a pas été totalement abandonnée, mais elle a été soumise

(43) V. Ionescu, « Le droit d'opposition des salariés au transfert de leur contrat de travail : mythe ou réalité », Dr. soc. 2002, p. 507.

(44) J. Savatier, Dr. soc. 2008, p. 129, préc.

(45) Cass. soc. 20 mars 2002, Dr. soc. 2002, p. 519, n. A. Mazeaud ; G. Pignarre, D. 2003, chron. p. 14 ; Dr. Ouv. 2002 p. 372, n. P. Moussy.

(46) Dr. soc. 1998, p. 297 ; JCP E 1998, 564, Waquet ; critique M. Henry, Dr. soc. 1998 p. 1019 et Dr. Ouv. 2000 p. 271.

à une limitation avec l'arrêt *Voisin* (47) ; en effet, l'option se referme dès que le cessionnaire informe le salarié, avant l'expiration du préavis, de son intention de poursuivre le contrat de travail, sans modification. Le refus par le salarié de l'offre faite par le nouvel employeur a pour effet de lui interdire toute demande de réparation au cédant, le préjudice lié à la perte de son emploi n'existant plus du fait de la proposition émanant du nouvel employeur (48).

Il reste que, si le licenciement a été prononcé en fraude des droits du salarié, celui-ci pourra demander à la fois réparation du préjudice qu'il a subi pour la période durant laquelle il a été privé de son emploi et la poursuite de son contrat de travail auprès du cessionnaire (49).

Le licenciement peut être également décidé par le cessionnaire, notamment en cas de réorganisation ou de

restructuration. La garantie d'emploi se manifeste simplement dans l'espace de temps qui entoure l'opération de transfert, puis elle s'évanouit.

La question des transferts d'entreprise est une question porteuse d'angoisses, car elle ouvre vers l'inconnu. En se fondant sur le principe de réalité, les juges ont les moyens de déjouer les artifices qui ont pour effet de contourner les protections dues aux salariés ; il appartient aussi aux salariés, grâce essentiellement aux institutions de représentation du personnel, de s'opposer aux transferts qui n'auraient d'autre objectif que de s'affranchir des règles de protection du droit du travail. Enfin, il reste à savoir quel sens l'on veut donner aujourd'hui au terme même de protection des salariés et à ne pas confondre la liberté avec une certaine illusion de la liberté.

**Bernadette Lardy-Pélissier**

(47) 11 mars 2003, Dr. soc. 2003, p. 474, rapp. P. Bailly ; Dr. Ouv. 2003 p. 349, n. P. Darves-Bornoz et P. Moussy.

(48) Cass. soc. 30 janvier 2007, RJS 4/07 n° 413.

(49) Cass. soc. 15 fév. 2006, Dr. soc. 2006, p. 572, Dr. Ouv. 2006 p. 348.

## DROIT DU TRAVAIL (6<sup>e</sup> édition) par Elsa Peskine et Cyril Wolmark



### Sommaire

#### I. Situer le droit du travail.

Contextes.  
Domaine.  
Sources.

#### II. Le pouvoir de l'employeur.

Pouvoir et contrat.  
Pouvoir disciplinaire.  
Pouvoir réglementaire.  
Pouvoir et droits fondamentaux.

#### III. L'accès à l'emploi.

Le recrutement.  
Conclusion du contrat.  
Le contrat à durée déterminée.  
L'intermédiaire en main-d'œuvre.  
Le contrat de travail à temps partiel.

#### IV. L'exécution du contrat de travail.

Le salaire.  
Le temps de travail.

#### V. L'emploi menacé.

La suspension du contrat de travail.  
Transferts d'entreprise.

#### VI. L'emploi perdu.

Qualifications de la rupture.  
Droit commun du licenciement.  
Le licenciement économique.

#### VII. Les salariés coalisés.

La grève.  
Le syndicat et ses représentants.

#### VIII. Les conventions collectives.

Formation et champ d'application.  
Modification et destruction.

#### IX. Les institutions représentatives.

Le comité d'entreprise.  
Les autres représentants du personnel.  
Désignation et élection des représentants.  
Statut des représentants.

#### X. La puissance publique.

L'inspection du travail.  
Le conseil de prud'hommes.

Dalloz coll. hypercours - 2011 - 679 pages - 33 euros