

**TRANSFERT D'ENTREPRISE** Restauration collective d'un centre de rétention – Sous-traitance de marché public – Succession de titulaires et éclatement des sous-traitants – Refus de reprendre un salarié à temps partiel – Dispositif de transfert conventionnel non applicable – Transfert légal malgré l'éclatement des prestations entre différentes sociétés – Proposition de reclassement de l'employeur sortant avec modification du contrat de travail – Refus du salarié – Licenciement pour faute grave – Action en résiliation judiciaire – Transfert de plein droit – Réintégration sous astreinte dans l'entreprise entrante.

COUR D'APPEL DE LYON (Ch. Soc. B) 11 décembre 2015

GEPSA contre B. et a.

FAITS, PROCÉDURE ET PRÉTENTIONS DES PARTIES

Par contrat à durée déterminée à temps partiel à effet au 1<sup>er</sup> janvier 2007, Madame B. a été engagée par la société AVENANCE ENSEIGNEMENT, aujourd'hui dénommée ELRES, en qualité d'employée de restauration. Elle était affectée, pour un horaire hebdomadaire de 25h00, au Centre de rétention administrative (CRA) de Lyon Saint-Exupéry, où elle était chargée de la mise en température et du service aux résidents des repas élaborés dans une cuisine extérieure à ce centre.

Ce contrat de travail était soumis à la Convention collective nationale du personnel des entreprises de restauration de collectivités du 20 juin 1983, étendue par arrêté du 2 février 1984, et au dernier état des relations contractuelles, le salaire brut mensuel de Madame B. s'élevait à 1 084,92 €.

La SAS ELRES, qui a pour objet social d'exploiter une activité de préparation et de distribution de repas en restauration collective, intervenait sur le site du CRA de Lyon Saint-Exupéry en qualité de sous-traitant de la société EXPRIMM, elle-même titulaire d'un marché public que lui avait consenti le SGAP (Secrétariat Général pour l'Administration de la Police du Ministère de l'Intérieur), gestionnaire des locaux de ce centre de rétention.

Par lettre du 15 décembre 2010, la société ELRES a avisé B. de ce qu'elle avait perdu le marché du CRA de Lyon Saint-Exupéry, repris par la société COMPASS à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2011. Par ce même courrier, la société ELRES a informé Madame B. du transfert de son contrat de travail auprès de la société EUREST (société du groupe COMPASS) en application des dispositions de l'avenant n°3 de la convention collective applicable aux relations contractuelles.

Par lettre du 22 décembre 2010, la société ELRES est revenue sur les termes de son courrier du 15 décembre 2010 et a indiqué à B. que la gestion du service de restauration collective du CRA de Lyon Saint-Exupéry était finalement confiée à la société GEPSA, laquelle sous-traitait cette activité à la société O'NET.

Il s'avère finalement qu'au terme de l'appel d'offres du SGAP relatif au CRA de Lyon Saint-Exupéry et portant sur diverses prestations, dont des prestations de restauration, de nettoyage et de blanchisserie, c'est la candidature de la société anonyme GEPSA, filiale

du groupe GDF-SUEZ, qui a été retenue et ce, à effet du 1<sup>er</sup> janvier 2011.

La société GEPSA, ainsi attributaire du marché englobant les 3 lots - restauration, nettoyage et blanchisserie -, a aussitôt décidé de confier, par le biais d'un contrat de sous-traitance, les tâches de nettoyage, de blanchisserie et de mise en température et distribution de repas à la société O'NET, et la préparation des repas à la société COMPASS, qui l'a elle-même sous-traitée à sa filiale EUREST.

La société ELRES a transmis à B. copie des courriers échangés entre elle-même et la société GEPSA, aux termes desquels cette dernière refusait de se voir transférer le contrat de travail de cette salariée.

Cette dernière s'est présentée spontanément sur le site du Centre de rétention administrative de Lyon Saint-Exupéry, le 1<sup>er</sup> janvier 2011 pour y poursuivre son travail avec son nouvel employeur, mais ce dernier lui a fait refuser l'accès aux locaux et à son poste de travail.

Madame B. a alors été reçue par Monsieur Gilles PATIN, directeur régional de la société ELRES, qui lui a confirmé faire le nécessaire auprès des sociétés COMPASS, GEPSA et O'NET aux fins de régularisation du transfert de son contrat de travail.

Par lettre du 4 janvier 2011, la société ELRES a informé B. :

- de ce que « dans l'attente du résultat des démarches juridiques entreprises à votre niveau pour faire valoir vos droits au transfert de votre contrat de travail sur ce site, soit à la société COMPASS, soit à la société GEPSA, soit à la société O'NET, nous vous informons de votre reclassement temporaire, à compter du 10 janvier 2011, sur le site du Collège Saint Denis Lyon 4<sup>ème</sup> pour une durée hebdomadaire de 22h00 avec maintien de votre salaire antérieur et suppression de vos primes d'activité continue ».

- et de ce que pendant les périodes de vacances scolaires, elle serait affectée sur le site de la cuisine centrale de Saint-Genis-Laval.

Par lettre recommandée du 7 janvier 2011, B. a exprimé sa surprise quant aux positions successivement adoptées par la société ELRES et a indiqué refuser la proposition d'affectation sur les sites du Collège Saint Denis Lyon 4<sup>ème</sup> et de la cuisine centrale de Saint Genis Laval compte tenu de ses impératifs familiaux,

en rappelant que d'autres salariés de la société ELRES avaient été transférés à la société COMPASS et maintenus sur le site de Saint-Exupéry.

Par lettre du 21 janvier 2011, la société ELRES a répondu à Madame B. que la responsabilité de l'absence de transfert de son contrat de travail imputait aux sociétés COMPASS, GEPSA et ONET et a sommé la salariée de justifier son absence sur le site du Collège Saint Denis Lyon 4<sup>ème</sup> depuis le 10 janvier 2011.

La société ELRES a fait valoir qu'elle avait pour sa part entrepris toutes démarches nécessaires pour la reprise du contrat de Madame B. par la société EUREST (société du groupe COMPASS) en application de l'avenant n°3 de la convention collective de la restauration de collectivités, ou par les sociétés GEPSA ou O'NET en application des dispositions de l'article L.1224-1 du code du travail, et a invité la salariée à engager une procédure prud'homale pour faire déterminer laquelle de ces 3 sociétés EUREST (COMPASS), GEPSA et O'NET serait débitrice de la reprise de son contrat.

Par lettre recommandée du 24 janvier 2011, Madame B. a réitéré son refus des nouveaux postes proposés par la société ELRES, exposant qu'étant mère de 2 jeunes enfants, elle ne pouvait assumer des temps de trajets si importants, que la durée de travail proposée était inférieure à sa durée contractuelle et que les propositions formulées emportaient modification de son contrat de travail.

Le même jour, Madame B. a écrit à la société GEPSA pour solliciter le transfert de son contrat de travail en application des dispositions conventionnelles et de l'article L.1224-1 du Code du Travail en rappelant qu'elle s'était présentée le 1<sup>er</sup> janvier 2011 sur son lieu de travail et que l'accès à son poste lui avait été refusé.

Par lettre du 8 février 2011, la société GEPSA a répondu à Madame B. :

- qu'elle n'avait aucune obligation de reprendre son contrat de travail.
- que, dans le cadre du marché conclu avec le Centre de rétention administrative de Lyon Saint-Exupéry, aucune prestation de restauration n'était assurée par ses soins mais que celle-ci était sous-traitée à la société ONET, également titulaire de la prestation nettoyage.
- et l'invitait à prendre contact avec la société O'NET pour que celle-ci examine sa candidature.

Par lettres recommandées du 25 février 2011 adressées l'une à ELRES et l'autre à GEPSA, B. a renouvelé ses contestations et maintenu sa demande de transfert de son contrat de travail pour qu'elle puisse conserver son poste sur le site du Centre de rétention administratif de Lyon Saint Exupéry.

Par lettre en réponse du 16 mars 2011, la société ELRES sommat la salariée de justifier de ses absences sur les sites du Collège Saint Denis Lyon 4<sup>ème</sup> et de la cuisine centrale de Saint-Genis- Laval, depuis le 10 janvier 2011, en précisant qu'elle ne serait pas rémunérée à compter de cette date et en annonçant qu'à défaut

de justificatif, elle engagerait une procédure de licenciement pour faute grave.

C'est dans ces circonstances que Madame B. a saisi le Conseil des Prud'hommes de Lyon le 13 avril 2011 de diverses demandes à l'encontre des sociétés ELRES et GEPSA, tendant principalement à obtenir le paiement de ses salaires dus depuis le 11 janvier 2011 et à la résiliation judiciaire de son contrat de travail compte tenu du défaut de fourniture de travail et du défaut de paiement de ses salaires.

Entre temps, la société ELRES a informé, par lettre recommandée du 25 mars 2011, B. de ce qu'elle envisageait de la licencier et l'a convoquée à cet effet à un entretien préalable fixé au 6 juin 2011.

Par lettre recommandée du 23 juin 2011, la société ELRES a effectivement licencié B. pour abandon de poste constitutif d'une faute grave.

Compte tenu de la rupture de son contrat de travail, intervenue postérieurement à la saisine du Conseil, Madame B. Fatima a modifié partiellement ses demandes, libellées en dernier lieu devant le formation de jugement du Conseil dans les termes suivants :

A titre principal à l'encontre de la société GEPSA :

- Transfert de son contrat de travail sous astreinte comminatoire de 300 € par jour de retard à compter de la notification du jugement à intervenir,
- Rappel de salaires depuis le 11 janvier 2011, sur une base mensuelle brute de 1084.92 € : 15.731,34 €
- Congés payés afférents : 1573.13 €
- Dommages et intérêts pour inexécution fautive du contrat de travail : 15.000 €

(...)

Par jugement du 5 septembre 2014, le Conseil de prud'hommes de Lyon a estimé :

- que la société GEPSA a repris poursuivi l'activité de distribution et de préparation des repas dans les mêmes conditions avec les mêmes moyens, tant humains que matériels, que la société ELRES
- que si la société GEPSA a choisi de sous-traiter l'activité de distribution des repas auprès de O'NET et l'activité de préparation des repas auprès de COMPASS, elle n'en demeure pas moins l'entreprise commanditaire, responsable de l'exécution de ces deux prestations
- que l'activité de distribution de préparation des repas constitue un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels
- que cet ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels permet l'exercice d'une activité économique ayant un objectif propre dans la mesure où l'activité de distribution et de préparation des repas constitue une branche d'activité distincte dans le cadre des actes diverses activités de la société GEPSA
- que celle-ci remplit ainsi toutes les conditions légales et jurisprudentielles pour se voir opposer l'article L1224-1 du code du travail.

En conséquence, le Conseil a :

- dit et jugé que le contrat de travail de Madame B. Fatima a été transféré auprès de la société GEPSA depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011.

- Ordonné la réintégration de madame B. Fatima au sein de la société GEPSA sous astreinte comminatoire de 150,00 € par jour de retard à compter de la notification du jugement, le Conseil se réservant le droit de liquider l'astreinte.

- Condamné la société GEPSA à payer à madame B. Fatima les sommes suivantes :

\* 41 226,96 € à titre de rappel de salaires pour la période du 1<sup>er</sup>/01/2011 au 1<sup>er</sup>/03/2014

\* 3 146,27 € à titre de rappel de congés payés pour la période du 01/06/2011 au 31/05/2013

\* outre les intérêts au taux légal à compter de la réception par la partie défenderesse de la convocation en bureau de conciliation

\* 10 000,00 € à titre de dommages et intérêts pour inexécution fautive du contrat de travail outre les intérêts au taux légal à compter du prononcé du présent jugement ;

(...)

#### MOTIFS DE LA DÉCISION

1.- sur le transfert du contrat de travail de madame B. à la société GEPSA et la demande de réintégration de cette salariée :

**L'article L1224-1 du code du travail dispose que :**  
*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 en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise.*

Ce texte est d'ordre public et s'impose aux salariés comme aux employeurs. Le transfert n'implique pas nécessairement un lien de droit entre les employeurs successifs : il suffit qu'il y ait des contrats successifs par le donneur d'ordre ce qui permet l'application de cette règle aux titulaires de marchés successifs.

Pour autant, la simple perte d'un marché de service ne suffit pas à entraîner l'application de l'article L1224.1 précité, ce texte n'étant alors mis en œuvre que lorsqu'est démontré le transfert d'une entité économique autonome, dont l'activité est poursuivie ou reprise chez le nouvel exploitant.

Comme le relève pertinemment la société GEPSA, il appartient donc à Madame B. de démontrer, au soutien de sa demande de reconnaissance du transfert de son contrat de travail à la société GEPSA, d'une part qu'il y a eu en l'espèce transfert d'une entité économique autonome, et d'autre part que cette activité s'est poursuivie ou a été reprise par le nouvel exploitant.

En l'espèce, Madame B. faisait partie d'une équipe de 3 employés de la société AVENANCE qui assuraient pour son compte la mission de réceptionner les repas élaborés au sein d'une cuisine extérieure au CRA, de les mettre en température et de les servir aux personnes retenues dans ce centre.

La convention liant la société EXPRIMM, dont le sous-traitant était la société ELRES, au SGAP parvenant à son terme au 31 décembre 2010, cet organisme public a lancé un nouvel appel d'offres auprès de sociétés capables de répondre au cahier des clauses particulières numéro 2010-023 qui imposé de fournir cumulativement des prestations de restauration, nettoyage des locaux, blanchissage, fourniture de produits d'hygiène et de nécessaire de toilette pour le centre de rétention administrative de Lyon Saint-Exupéry.

La société GEPSA s'est portée candidate à cet appel d'offres et a pour ce faire remis au SGAP un mémoire technique très complet par lequel elle s'engageait à accomplir toutes les prestations mentionnées dans le cahier des clauses particulières précité.

Cette candidature de la société GEPSA ayant été retenue, la société ELRES a perdu le marché de la restauration du centre (élaboration des repas en cuisine extérieure, mise à température sur place et distribution aux résidents), si bien que c'est GEPSA qui s'est ainsi engagée vis-à-vis de l'État à reprendre et poursuivre l'ensemble du marché, dont la prestation de distribution des repas, et ce dans les mêmes conditions et avec les mêmes moyens, tant humains que matériels, que la société ELRES.

L'activité de mise en température et de distribution des repas au sein de ce CRA constitue bien en l'espèce un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels qui permet l'exercice d'une activité économique ayant un objectif propre, soit en l'espèce de permettre à la société GEPSA de dégager des bénéfices en exécutant cette mission spécifique de distribution des repas que l'Etat lui a confiée.

Pour contester ce point, la société GEPSA fait valoir qu'elle n'a reçu de la société ELRES aucun élément corporel permettant l'exercice de l'activité qu'elle a ainsi prise en charge, ce dont elle déduit qu'il n'y a pas ici de transfert d'une entité économique autonome.

Toutefois, il résulte des pièces numéro 8 et 9 versées aux débats par la société GEPSA que celle-ci, tout comme avant elle la société ELRES, a bénéficié de la mise à disposition par le SGAP des locaux et des moyens d'exploitation nécessaires à l'activité, à savoir :

- en ce qui concerne les biens immeubles :

- \* un local de stockage et de remise en température,
- \* une chambre froide,
- \* un réfectoire destiné aux personnes retenues,
- \* un local commun de détente ;

- en ce qui concerne les biens meuble :

- \* pour le pilotage de la prestation : un ordinateur, une imprimante multifonctions, un téléphone, une ligne ADSL,
- \* pour la prestation de distribution des repas en elle-même : 2 percolateurs, 4 cafetières, des thermomètres de contrôle de température, une sonde de rechange.

Le fait que ce ne soit pas la société ELRES qui ait été propriétaire des matériels dont la jouissance lui a ainsi été transmise est donc indifférent et ne saurait remettre en cause la qualification en l'espèce d'activité économique propre.

En second lieu et surtout, la société GEPSA soutient que l'article L1224-1 ne saurait ici s'appliquer faute de reprise ou de poursuite de cette activité économique propre par le nouvel exploitant, puisque la mise en température des repas et leur distribution est désormais une activité dissociée de la préparation de ces repas, comme étant confiée à des sous-traitants différents.

Cependant, ainsi que l'a très pertinemment relevé le conseil de prud'hommes, la société GEPSA, en dépit des contrats de sous-traitance qu'elle a consentis, n'en demeure pas moins l'entreprise commanditaire, responsable de l'exécution de toutes les prestations incluses dans le marché public, y compris celle ici litigieuse et celle de préparation des repas.

Ce choix de scinder entre des sous-traitants distincts la préparation des repas, confiée à COMPASS et EUREST, et leur distribution confiée à O'NET avec le nettoyage, relève de la seule responsabilité de GEPSA en sa qualité de nouveau titulaire de ce marché public et ne saurait avoir ni pour but, ni pour conséquence de faire échapper la société GEPSA à son obligation de reprendre les contrats de travail qui lui ont été transférés de plein droit par application de l'article L1224-1 précité, puisque le service de mise en température et de distribution des repas n'en reste pas moins une activité économique ayant son objectif propre qui a été poursuivie par la société GEPSA, et pour son compte par son sous-traitant la société O'NET.

En effet rien n'empêchait la société GEPSA de faire un choix différent en développant son sein des services capables d'assurer ces prestations, mais le fait qu'elle ait décidé de sous-traiter ainsi le réchauffage et la distribution des repas du CRA ne remet pas en cause le fait que c'est bien elle qui, vis à vis du SGAP comme des anciens salariés repris par application de l'article L1224-1, poursuit cette activité.

Cette sous-traitance ne saurait donc la dégager de son obligation de reprendre les contrats de travail des salariés exécutant antérieurement cette prestation pour le compte du précédent exploitant.

Pour tenter encore de justifier son refus de réintégrer madame B. dans ses effectifs, la société GEPSA allègue le fait qu'il n'existerait tant en son sein qu'en celui du groupe GDF SUEZ, auquel elle appartient, aucun poste d'employé de restauration qu'elle aurait pu proposer à madame B..

Il convient toutefois de relever qu'il appartenait à la société GEPSA de se préoccuper de ce problème avant de se porter candidate à l'appel d'offres passé par le SGAP, puisqu'elle ne pouvait ignorer que les contrats des 3 employés du service de distribution des repas allaient lui être transférés de plein droit.

En effet, à supposer même qu'aucun poste adapté au profil de madame B. n'existe au sein de GEPSA ni même du groupe GDF SUEZ (ce qui paraît pour le moins surprenant, mais peu importe), rien ne l'empêchait de demander à l'occasion de la conclusion des nouveaux contrats de sous-traitance qu'elle a passés à cette occasion, à l'un de ses sous-traitants (O'NET ou COMPASS par exemple) de reprendre la ou les salariés concernés, et d'en faire ainsi une condition de passation de ce contrat, ce qu'elle n'a manifestement pas jugé utile de faire.

Ainsi l'argument tiré par GEPSA de cette prétendue absence de poste en son sein s'avère totalement mal fondé et sera ici rejeté.

Il résulte de l'ensemble de ces éléments que le contrat de travail de Madame B. a bien été transféré de la société ELRES à la société GEPSA et que c'est donc à bon droit que le Conseil de prud'hommes a fait droit à la demande de réintégration de madame B. dans les effectifs de cette société, dont elle avait été exclue à tort.

Cette obligation de réintégrer madame B. ayant été exécutée depuis l'automne 2014 par la société GEPSA, qui lui paye aujourd'hui son salaire, la demande d'astreinte toujours présentée en cause d'appel par cette salariée sera rejetée comme mal fondée.

2.- sur la demande de résiliation judiciaire du contrat de travail :

B. demande pour la première fois en cause d'appel le prononcé de la résiliation judiciaire de son contrat de travail avec GEPSA, au motif que celle-ci, en dépit de ses mises en demeure de la réintégrer dans ses effectifs et de sa saisine à cette fin de la juridiction prud'homale, ne lui a ni fourni un travail à accomplir, ni payé le salaire auquel elle avait droit.

Il résulte des pièces versées aux débats que la société GEPSA, à compter du transfert du contrat de travail litigieux du 1<sup>er</sup> janvier 2011, lui a refusé tout accès à son lieu de travail habituel au Centre de rétention administrative et a refusé de lui fournir à madame B. une prestation de travail à effectuer comme de lui payer son salaire, sauf avec quatre ans de retard et seulement sous la contrainte de la condamnation prononcée par le Conseil de prud'hommes en son jugement du 5 septembre 2014.

Pour autant, la salariée n'a pas, devant les premiers juges, considéré que ce comportement assurément fautif faisait obstacle à la poursuite de son contrat de travail, faisant au contraire le choix de demander au Conseil de prud'hommes d'ordonner sa réintégration et la condamnation de GEPSA à lui payer ses salaires, demandes auxquelles il a été fait droit par le jugement déféré, qui a été exécuté par la société GEPSA.

Dans ce contexte et en l'absence de toute preuve et même de toute allégation d'un nouveau manquement de GEPSA à ses obligations contractuelles, madame B. est aujourd'hui mal fondée à se prévaloir de ce

même comportement fautif imputable à GEPSA pour venir prétendre le contraire de ce qu'elle soutenait précédemment, en prétendant que ce refus depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011 de lui fournir du travail et de lui payer son salaire rendrait impossible la poursuite du contrat de travail et constituerait une faute contractuelle d'une gravité telle qu'elle justifierait le prononcé de la résiliation judiciaire de ce contrat par application de l'article 1184 du code civil.

Cette demande de résiliation sera donc rejetée comme mal fondée.

3.- Sur les demandes en paiement de Madame B. à l'encontre de la société GEPSA :

**B. demande à la Cour de condamner la société GEPSA à lui payer :**

- ses salaires pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 2011 jusqu'au jour de la réintégration effective de la salariée sur la base d'une rémunération brute mensuelle de 1084,92 euros, outre les congés payés afférents ;

- la somme de 15 000 € à titre de dommages-intérêts pour inexécution fautive du contrat de travail, outre intérêts de droit à compter de la décision à intervenir

- la somme de 1952,85 euros à titre d'indemnité de licenciement (selon calcul arrêté au 5 novembre 2015 à parfaire pour liquidation au jour du délibéré)

- la somme de 2169,84 euros à titre d'indemnité compensatrice de préavis équivalent à deux mois de salaire, outre congés payés afférents

- et celle de 15 190 € nets de toute charge à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle équivalant à 14 mois de salaire.

Les demandes d'indemnité compensatrice de préavis, de congés payés y afférents, d'indemnité de licenciement et de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse seront comme mal fondées, puisqu'elles ne sont que les conséquences de la demande en résiliation du contrat de travail, qui s'avère mal fondée.

Rappel des salaires échus depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011 :

En l'absence de rupture du contrat de travail par l'une ou l'autre des parties, la société GEPSA reste redevable envers B. de la totalité des salaires échus depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011.

L'employeur sera donc condamné à payer ces salaires sur la base de 1084,92 euros bruts par mois, cette condamnation étant prononcée en deniers ou valables quittances pour tenir compte des versements déjà effectués de ce chef au bénéfice de madame B. depuis le jugement déféré.

Il sera également, dans les mêmes conditions, condamné à payer les congés payés afférents à ces salaires, soit 10 % de leur montant brut.

Enfin et pour le même motif, la société GEPSA sera déboutée de sa demande reconventionnelle en remboursement par madame B. des salaires qu'elle lui a versés en exécution du jugement déféré.

Ce jugement sera donc confirmé en ce qui a condamné GEPSA à payer à Fatime B. les sommes de 41 226,96 € à titre de rappel de salaires pour la période du 1<sup>er</sup> /01/2011 au 1<sup>er</sup>/03/2014 et de 3 146,27 € à titre de rappel de congés payés pour la période du 01/06/2011 au 31/05/2013.

Par contre il convient de l'infirmier en ce qu'il a en outre alloué à la salarié les intérêts au taux légal sur ce sommes « à compter de la réception par la partie défenderesse de la convocation en bureau de conciliation » alors que ces intérêts ne peuvent avoir couru sur la part de ces sommes qui n'était alors pas encore échue.

Ces sommes porteront donc intérêts au taux légal :

- à compter du 22 avril 2011 pour les salaires échus de janvier à mars 2011 ;

- et à compter du jugement du 5 septembre 2014 pour le surplus.

Dommages intérêts pour exécution fautive du contrat de travail :

Si dans le dispositif de ses conclusions, madame B. semble solliciter l'octroi de ces dommages-intérêts au titre du préjudice de l'inexécution fautive de son contrat de travail par la société GEPSA, la motivation de ses conclusions permet de constater que sa demande tend en réalité à voir ici réparer le préjudice né pour elle de l'exécution fautive du contrat de travail par l'employeur, qui conteste à tort le transfert du contrat de travail à son profit et a tardé à en tirer les conséquences financières qui s'imposaient.

Le préjudice né pour madame B. de ces agissements fautifs est incontestable et sera réparé par l'allocation d'une somme de 10 000 euros à titre de dommages-intérêts.

Le jugement déféré sera donc confirmé en ce qu'il a condamné la société GEPSA à payer cette somme à madame B., avec intérêts au taux légal à compter de cette décision, par application de l'article 1253-1 précité.

Remise des bulletins de salaire et des documents de fin de contrat :

En l'absence à ce jour de rupture du contrat de travail, la demande de remise sous astreinte de documents de fin de contrat est mal fondée.

Celle de remise des bulletins de paye également sous astreinte, est aujourd'hui sans objet, puisqu'il n'est pas contesté que depuis l'automne 2014, GEPSA verse les salaires et remet les bulletins de paye à madame B.. Cette demande d'astreinte sera donc rejetée comme mal fondée.

(...)

**PAR CES MOTIFS**

Confirme le jugement déféré en ce qu'il a :

- dit que le contrat de travail liant la société ELRES à madame B. a été transféré de plein droit par application de l'article L1224-1 du code du travail à la SA GEPSA à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2011,

- condamné la société GEPSA à payer la somme de 10 000 euros à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice né pour elle de son exécution fautive de ce contrat de travail,

- condamné la société GEPSA à payer à B. la somme de 41 226,96 € à titre de rappel de salaires pour la période du 1<sup>er</sup> /01/2011 au 1<sup>er</sup> /03/2014 et celle de 3 146,27 € à titre de rappel de congés payés pour la période du 01/06/2011 au 31/05/2013,

- condamné la société GEPSA aux dépens de première instance ;

Le réformant,

Dit que les sommes allouées ci-dessus à titre de salaires porteront intérêts au taux légal :

- à compter du 22 avril 2011 pour les salaires échus de janvier à mars 2011 ;

- et à compter du jugement du 5 septembre 2014 pour le surplus

Y ajoutant pour la période postérieure au 1<sup>er</sup> mars 2014,

Condamne la SA GEPSA à payer à madame B. :

- les salaires lui restant dus sur la base de 1084,92 euros bruts par mois à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2011 et jusqu'au jour du présent arrêt, en deniers ou valables quittances pour tenir compte des versements déjà effectués de ce chef au bénéfice de madame B. en exécution des dispositions du jugement déferé ci dessus confirmé ;

- les congés payés afférents à ces salaires, soit 10 % de leur montant brut, de même en deniers ou valables quittances ;

Déboute madame B. de sa demande de résiliation judiciaire du contrat de travail la liant à la société GEPSA

(M Sornay, prés. - Mes Mouraret, Thiebault, Pélissier, av.)

## Note.

### 1. Exposé des faits

Les faits méritent d'être relatés avec soin car ils illustrent une ingénierie contractuelle complexe (1) aux effets dévastateurs en matière de relations de travail.

Un service relevant du Ministère de l'intérieur passe un marché public ayant notamment pour objet la restauration collective du centre de rétention administrative de Lyon. Le titulaire choisi pour exécuter le marché délègue sur-le-champ la tâche de restauration à un sous-traitant, la société Avenance dénommée ultérieurement Elres.

Le marché arrivé à son terme, une nouvelle mise en concurrence conduit à changer de titulaire au profit

de la société GEPSA issue du groupe GDF Suez ; par ce marché elle s'engage à fournir des « prestations de restauration, nettoyage des locaux, blanchissage, fourniture de produits d'hygiène et de nécessaire de toilette » (arrêt ci-dessus). Le même cas de figure d'une sous-traitance de l'activité de restauration se produit mais avec un éclatement entre deux sociétés :

- d'un côté la *préparation* des repas est confiée par GEPSA à la société Compass qui réalise alors une sous-traitance de second rang avec l'une de ses filiales, la société Eurest ;

- de l'autre la *distribution* de ces mêmes repas, confiée par GEPSA à la société Onet (en charge, également par sous-traitance de ce même marché, de prestations de blanchisserie).

C'est dans cette reconfiguration particulière que la société Avenance, sous-traitant du titulaire initial, et l'une de ses salariés, à temps partiel, ont fait valoir le transfert du contrat de travail auprès du nouveau titulaire du marché, GEPSA : la première avec pour objectif (compréhensible) de diminuer son effectif sans assumer de coûts de rupture, la seconde pour préserver son emploi. Mais l'employeur sortant essuie un refus de la part de GEPSA tandis que la salariée, qui se présente spontanément sur son lieu de travail, reçue par le directeur régional de la société ELRES, est repoussée.

Perdue dans ce *no man's land*, la salariée, toujours au service de son employeur d'origine, se voit alors imposer une nouvelle affectation, dans des conditions incompatibles avec ses charges de famille. Devant son refus d'exécuter le contrat aux nouvelles conditions, la société engage une procédure de licenciement pour faute grave tandis qu'en parallèle la salariée saisit le Conseil de prud'hommes de diverses demandes.

### 2. Le raisonnement judiciaire

On sait que, depuis les arrêts d'Assemblée plénière de 1990 (2), c'est le critère de l'existence d'une entité économique autonome dont l'activité est poursuivie qui constitue la condition d'application de l'art. L 1224-1 (3). Les moyens corporels ou incorporels qui constituent le support de cette activité sont alors scrutés afin de vérifier s'ils font effectivement l'objet d'un transfert.

C'est l'opération à laquelle se livre la Cour d'appel de Lyon lorsqu'elle constate que le premier comme le second titulaire ont « *bénéficié de la mise à disposition*

(1) v. déjà M. Jeantin, « L'entreprise éclatée – Intérêts d'une approche commercialiste du problème », Dr. Ouv. 1981, p. 118, disp. sur le site de la Revue.

(2) 16 mars 1990, Dr. Ouv. 1990 p. 217 n. E. Wagner.

(3) B. Lardy-Pélissier, « Le transfert d'entreprise », Dr. Ouv. 2012 p. 498 ; M. Carles, « Le transfert d'entreprise » num. spec. RPDS n° 773 sept. 2009 ; E. Peskine, C. Wolmark, *Droit du travail*, 10<sup>ème</sup> ed., 2015, Dalloz coll. Hypercours, § 503 s.

par [la personne publique] des locaux et des moyens d'exploitation nécessaires à l'activité, à savoir :

– en ce qui concerne les biens immeubles : un local de stockage et de remise en température, une chambre froide, un réfectoire destiné aux personnes retenues, un local commun de détente ;

– en ce qui concerne les biens meuble : pour le pilotage de la prestation : un ordinateur, une imprimante multifonctions, un téléphone, une ligne ADSL, pour la prestation de distribution des repas en elle-même : 2 percolateurs, 4 cafetières, des thermomètres de contrôle de température, une sonde de recharge» (ci-dessus).

C'est un raisonnement qui répond aux exigences jurisprudentielles habituelles et sur ce point la réponse judiciaire est sans surprise (4).

La difficulté provenait plutôt de savoir si l'autonomie de l'entité était, ou non, maintenue. L'éclatement de l'activité entre les deux prestataires de second rang aurait pu laisser penser le contraire. Mais cela aurait constitué une erreur de lecture de cette exigence de maintien. En effet, « une modification de la structure organisationnelle de la société créée ne saurait, à elle seule, être de nature à faire obstacle à l'application de la loi ou de la directive » (5) ; comme le relève un auteur « certains malentendus pèsent sur l'exigence de maintien de l'identité. En effet, l'identité s'apprécie à la date du changement d'employeur. Peu importe que l'entité perde son autonomie après son transfert » (6). Au cas particulier, la Cour examine avec attention le rôle dévolu aux titulaires successifs du marché par la personne publique ; elle souligne à juste titre que les missions, et la responsabilité afférente, ne connaissent pas de modification. Ce n'est qu'à la suite de l'attribution du marché que le nouveau prestataire décide d'éclater la prestation de restauration entre deux sous-traitants ; la responsabilité de cette réorganisation lui incombe donc sans pouvoir se dissimuler derrière les prétendus effets du transfert.

Il est dès lors logique que les conditions du transfert soient établies et la faute soit imputée au cessionnaire. On ne saurait en dire autant de la conversion forcée par le juge de la demande de la salariée d'une

demande indemnitaire – formée par lassitude, 4 ans après les faits ! – en une obligation de réintégration ; ce point excède toutefois les limites du présent commentaire.

### 3. Les difficultés révélées

#### *Des logiques opaques de sous-traitance*

De manière générale, le transfert d'activité s'effectue selon une cascade qui part d'un donneur d'ordre et qui irrigue un ou plusieurs rangs de sous-traitants selon des mécanismes et logiques qui, pour être proches, ne sont pas toujours identiques selon les paliers.

Ainsi, au cas particulier, c'est en premier lieu l'administration qui préfère se débarrasser de certaines tâches par le biais d'un marché public de services (7) ; le particularisme de cette situation réside dans le lien indissociable avec l'intérêt général que ne doit pas briser la décision de privatisation (8). Ensuite, sans que l'arrêt permette de cerner avec précision les lignes de démarcation, la société attributaire du marché confie à son tour une part de la prestation à un sous-traitant selon une logique de métier : la restauration avait été confiée par l'ancien titulaire à la société Avenance. Mais cette logique fait défaut lors du renouvellement du marché : le nouveau titulaire, GEPSA, éclate cette même restauration entre deux sociétés dont l'une, la société Onet, est majoritairement tournée vers le nettoyage. Cette dissociation des tâches peut se comprendre par exemple dans l'hypothèse d'un marché de travaux confié à une entreprise pouvant ensuite faire appel à des corps de métiers spécialisés ; au cas d'espèce elle ne répond manifestement à aucune spécialisation réelle (9).

#### *Un salarié privé de la possibilité d'identifier son employeur*

La présente espèce est une remarquable confluence des difficultés insurmontables qui se dressent devant les salariés dans certaines hypothèses de transfert.

(4) L'arrêt est frappé de pourvoi.

(5) B. Lardy-Pélessier, préc.

(6) A. Mazeaud, « Transferts d'entreprise (Aspects individuels) », Répertoire de droit du travail, Dalloz, § 45 ; v. égal. E. Peskine, C. Wolmark, préc., § 506.

(7) P. Delvolvé, « Les contrats de la commande publique », RFDA 2016 p. 200.

(8) sur les « ambiguïtés originelles » de l'externalisation dans la sphère publique v. G. Guglielmi, « Réflexions critiques sur la notion d'externalisation », Dr. Ouv. 2008 p. 175.

(9) C'est l'occasion de rappeler que « la résorption [de l'éclatement de l'entreprise] ne constitue un but réaliste qu'autant que l'extériorisation obéit à une logique propre au droit du travail. Autrement dit, si en organisant l'éclatement du processus de production les entreprises cherchent à éluder le droit du travail ou à jouer exclusivement sur l'emploi, la réplique peut se calquer sur la stratégie des entreprises. En revanche, si l'éclatement obéit à d'autres logiques extérieures au droit du travail, il y a tout lieu de penser que l'ordre juridique, qui accepte et même encourage cet éclatement, n'offre pas la possibilité de l'éliminer. », A. Lyon-Caen, « A propos de l'entreprise éclatée », Dr. Ouv. 1981 p. 127 ; on illustrera ces propos avec un récent accord de fin de conflit conclu dans le secteur hôtelier et internalisant le service assuré par les femmes de chambre (Dr. Ouv. 2016 p. 359).

En premier lieu on notera qu'il s'agit d'une salariée à temps partiel, travailleur précaire. Son parcours du combattant, d'un employeur qui ne veut plus d'elle à une nébuleuse de sociétés dont on peine à déterminer les missions n'est pas un cas exceptionnel (10). C'est une situation intolérable où le droit, bien loin de protéger le faible, est utilisé astucieusement pour opacifier les relations ; c'est le constat bien connu de l'ambivalence du droit du travail, tout particulièrement de la fonction de L 1224-1 (11). Le droit du travail est certes tributaire des formes d'organisation des entreprises mais il a sa part dans l'organisation de l'éclatement de la collectivité de travail (12).

#### 4. La singularité des externalisations parmi les transferts

La situation précédemment exposée, loin de constituer un cas exceptionnel, fournit l'occasion de s'interroger sur le champ d'application des transferts. Lors d'un transfert, les logiques juridique et économique s'accordent pour faire sortir du périmètre de l'entreprise une ou plusieurs activités formant une entité. Une cession, un apport partiel d'actifs sous certaines conditions, réalisent cette opération qui affecte l'état du marché concerné : les flux économiques ne remontent plus à l'entreprise initiale (société ou groupe) et n'émanent pas nécessairement des mêmes clients.

Dans une opération d'externalisation, le tableau diffère : le droit est instrumentalisé pour créer une barrière artificielle au sein d'une opération économique dont la logique d'ensemble n'est pas affectée. Comme le note très justement Antoine Mazeaud, « *L'externalisation n'est pas une forme de contrat. C'est une opération de gestion qui consiste pour une entreprise à confier à un tiers l'exploitation pour son compte d'une activité qu'elle prenait jusque-là directement en charge. Elle se distingue de la cession pure et simple d'une branche d'activité, en dépit d'une problématique proche dans l'hypothèse d'une cession partielle d'activité au profit d'une filiale du groupe.* » (13). Contrairement au vocabulaire employé, l'utilisation de l'art. L 1224-1 ne conduit donc pas à un « maintien »

des droits, il organise bien au contraire leur rupture, par l'éviction des salariés et l'interposition d'une autre structure juridique, tandis que ce sont les modalités économiques qui, elles, sont maintenues. La prestation rendue reste *in fine* identique, elle poursuit la même finalité économique. Un jeu de masques car organisé autour de « *fonctions durables* », pour reprendre la terminologie éclairante de François Gaudu (14).

L'application des règles de transfert doit-elle revêtir la même signification lorsqu'elle accompagne la cession d'une activité que l'entreprise ne veut/peut plus assumer et qui s'exercera dès lors dans un environnement différent et lorsque l'activité se poursuit au bénéfice de la même organisation moyennant des reconfigurations n'en affectant pas la finalité ? La réponse bute probablement sur une difficulté : il ne serait pas concevable qu'une externalisation soit exclue de l'application de l'art. L 1224-1, tandis que la succession de prestataires sur une même mission externalisée suive un régime différent (15). C'est pourquoi les éléments de réponse se situent probablement du côté de la remise en cause de la solution prétorienne de vente forcée des salariés (16).

**Arnaud Mazières**

(10) et rend d'autant plus inacceptable le refus judiciaire de reconnaître le droit propre du salarié à recevoir une information : Soc. 18 nov. 2009, Bull. n°256, Dr. Ouv. 2010 p. 110 n. N. Moizard.

(11) M. Henry, « Le droit du travail est-il une conquête de la classe ouvrière ? », Dr. Ouv. 1992 p. 389 ; v. dernièrement J. Déchoz, « Les particules contractantes – Banalités de base à propos du contrat de travail », Dr. Ouv. 2016, p. 256

(12) A. Lyon-Caen, prec.

(13) prec. § 57 ; souligné par nous.

(14) « Entreprise et établissement », in *Prospectives du droit économique, Dialogues avec Michel Jeantin*, 1994, Dalloz, p.47, spec. p.55 ; « Les frontières de l'entreprise », Dr. Soc. 2001 p. 471, § 25.

(15) F. Gaudu avait déjà souligné ce type de difficultés mais dans une situation inverse, « Entreprise et établissement », prec. p.54.

(16) A. Supiot, « Les salariés ne sont pas à vendre – En finir avec l'envers de l'art. L 122-12 al.2 » Dr. Soc. 2006 p.264 ; G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, 30<sup>ème</sup> ed., 2015, Précis Dalloz § 642 : « solution très discutable » ; E. Peskine, C. Wolmark, prec., § 516 : « solution choquante ».