

## L'ENTREPRISE ÉCLATÉE

Identifier l'employeur, attribuer les responsabilités

# Externalisation de l'activité ou sous-traitance des licenciements ?

par Stéphane DUCROCQ, Avocat au Barreau de Lille

### I. L'intervention en amont des institutions représentatives du personnel

A. La nécessaire information  
du comité d'entreprise sur  
le projet d'externalisation.

B. Le contrôle des conditions  
d'application de l'art.  
L 1224-1 par le comité  
d'entreprise

C. Les difficultés pratiques  
rencontrées par les  
institutions représentatives  
du personnel pour  
faire respecter leurs  
prérogatives

### II. La remise en cause du transfert par le salarié « externalisé »

A. La contestation du transfert

B. La réparation du préjudice  
lié au transfert

**L'externalisation est un terme qui a été « découvert » au début des années 2000, à l'occasion des arrêts *Perrier-Vittel* (1). Il décrit un acte commercial : le transfert à un opérateur extérieur d'une activité précédemment réalisée à l'intérieur de l'entreprise (2). Cette opération a, en principe, un effet louable : pérenniser une activité économique de l'entreprise. Concrètement, l'externalisation consiste pour une entreprise à confier une partie de sa production ou de ses activités à une ou des entreprises extérieures. L'activité peut rester indispensable au fonctionnement de l'entreprise (la paie, la comptabilité, diverses fonctions support) ; cette activité de l'entreprise est alors sous-traitée à une autre. L'entreprise peut aussi décider d'abandonner, purement et simplement, une activité économique qu'elle ne juge plus utile d'exploiter.**

#### On distingue deux pratiques d'externalisation :

- **L'opération d'externalisation peut se faire par un élargissement du groupe. L'activité assumée jusqu'alors par l'entreprise est confiée à une filiale créée à cet effet. Il existe alors, au-delà du lien économique avec l'entreprise d'origine, un lien capitalistique entre la société mère et la filiale... (ce qui, aujourd'hui, induit des conséquences au delà du droit commercial) (2 bis).**

- **L'opération d'externalisation peut se faire par un resserrement du groupe. L'activité est cédée à un tiers. Le cas échéant, un lien économique demeure avec l'entreprise cédante : le contrat d'entreprise signé entre les parties (par exemple, le contrat par lequel le cédant s'engage à maintenir un volume d'activité ou de commandes pendant une durée déterminée).**

**Pour le Conseiller Boubli, ce type d'opérations n'est pas sans risque pour le personnel car, en confiant les activités à des sociétés tierces, on fait sortir les salariés d'un certain « périmètre de confort » (3).**

**Le fait d'externaliser une partie de l'activité de l'entreprise n'entraîne pas nécessairement le transfert des salariés attachés à cette activité et l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail (4). Pour que ces dispositions d'ordre public puissent trouver application, le transfert de l'activité réalisée doit « constituer une entité économique autonome constituée d'un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels poursuivant un objectif propre et dont l'identité est maintenue » (5).**

(1) Soc. 18 juillet 2000, RJS 11/00, n°1063, RPDS 2000 p. 327 n. M. Carles, rapp. C. 2000 Dr. Ouv. 2001 p. 343.

(2) Gérard Couturier, « L'article L. 122-12 du Code du travail et les pratiques d'externalisation » Droit Social, septembre 2000, p. 845.

(2 bis) v. *supra* p.187, B. Dondero « Entreprise et personnalité morale : l'approche du droit des sociétés ».

(3) « Externalisation et L. 122-12 ou les affaires *Perrier-Vittel* », SSL 2000, n°992.

(4) pour une description d'ensemble, on se reportera à : B. Lardy-Pélissier « Le transfert d'entreprise » Dr. Ouv. juin 2012 p.398 ; M. Carles, « Le transfert d'entreprise » num. spec. RPDS n°773 sept. 2009.

(5) Cf. en ce sens Soc. 12 novembre 2008, n°07-42.088.

Si l'externalisation d'une ou des activités de l'entreprise demeure, en tant que telle, un sujet, c'est que le constat est fait, depuis plusieurs années, qu'il existe une véritable dérive dans l'utilisation de ce type d'opérations : l'objectif n'est pas tant de céder l'activité de l'entreprise que les salariés qui y sont affectés. Il s'agit, en fait, d'externaliser l'activité pour externaliser les licenciements, éviter la mise en œuvre de plans de sauvegarde de l'emploi dans des entreprises qui, parfois, ont largement les moyens d'en assumer les coûts. En définitive, ce sont les licenciements qui sont sous-traités et assumés par d'autres.

De nombreux auteurs ont dénoncé les effets pervers de ces pratiques. Pour le Professeur Couturier, il convient de distinguer entre les processus d'externalisation ayant pour objectif le transfert d'une activité économique réelle, et celui dont l'objectif principalement poursuivi est, en réalité, l'externalisation des salariés eux-mêmes (6). Pour le Conseiller Waquet, ce peut être le « *moyen de se défaire, sans bourse délier, de toute ou partie du personnel* » (7). Madame Carles dénonce les effets pervers de ces processus pour les travailleurs : statut collectif moins avantageux, remise en cause d'acquis sociaux, intégration d'une petite entreprise dont la santé économique et financière est fragile (8). Le Professeur Mazeaud rappelle ainsi que ce type d'opération peut tout simplement être « *un moyen à bon compte de se séparer des salariés, en évitant d'appliquer le processus inhérent au licenciement économique* » (9).

On voit des entreprises ou des groupes se séparer, non pas d'une simple activité accessoire, mais céder de véritables unités de production susceptibles de constituer des entités économiques autonomes au sens de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Ces opérations entraînent alors le transfert du personnel. Le Conseiller Waquet insiste sur le paradoxe juridique qu'implique ces méthodes d'externalisation : l'article L. 1224-1 a été conçu, initialement, pour protéger le salarié, éviter qu'il ne perde son emploi. Il est désormais utilisé

contre le salarié pour se défaire d'une partie du personnel (10).

Ces processus d'externalisation se répètent à l'identique, parfois de manière caricaturale (tant la fraude est visible), et sont tristement efficaces : une entreprise cède un pan de son activité entraînant le transfert d'une partie du personnel. La continuité de l'activité cédée n'est pas la finalité recherchée (même si, parfois, des contrats de maintien de commandes sont signés entre cédant et cessionnaire). Le plus souvent, le repreneur n'a aucune surface financière, aucun projet économique ou industriel. Il n'existe que par l'activité confiée par le cédant. La liquidation judiciaire du cessionnaire intervient à brève échéance. L'ensemble du personnel est licencié, sans avoir pu bénéficier d'un plan de sauvegarde de l'emploi. Le coût des licenciements est assuré par le CGEA.

Ces méthodes sont éminemment critiquables :

- elles sont lourdes de conséquences pour les salariés qui ont à les subir (le plus souvent, les ruptures de contrat interviennent sans mise en œuvre d'un PSE, sans recherche de reclassement, ni mesure d'accompagnement)
- elles semblent, à l'inverse, totalement indolores pour les entreprises qui les ont mises en œuvre.

Au-delà du constat, il existe des moyens de s'opposer à ces pratiques. C'est sur le terrain de la riposte à ces pratiques frauduleuses qu'il convient de se placer. La plus efficace est, sans doute, celle qui consiste à intervenir avant que le transfert n'ait eu lieu pour bloquer le processus d'externalisation. C'est le domaine d'action des organisations représentatives du personnel (I). Si l'opération d'externalisation est effective, il demeure possible de contester les conditions dans lesquelles le transfert des salariés s'est opéré et d'obtenir la réparation des préjudices subis. De nouvelles pistes d'indemnisation et de mise en œuvre des responsabilités très novatrices se développent (II).

(6) « L'article L. 122-12 et les pratiques d'externalisation », préc.

(7) « Libres propos sur l'externalisation », SSL 2000, n°999.

(8) « Limites aux externalisations : l'affaire Perrier-Vittel », RPDS n°666, octobre 2000.

(9) Répertoire Dalloz de Droit du travail, « Transfert d'entreprise », octobre 2010, n°63.

(10) « Libres propos sur l'externalisation », préc.

## I. L'intervention en amont des institutions représentatives du personnel

L'opération d'externalisation relève d'un choix économique de l'employeur. Elle n'est soumise à aucune exigence de justification comme cela peut être le cas lorsqu'une entreprise décide d'une réduction de ses effectifs. L'entreprise est tenue à la procédure d'information-consultation du comité d'entreprise au titre de la marche générale de l'entreprise mais non à celle relative aux suppressions d'emplois.

### A. La nécessaire information du comité d'entreprise sur le projet d'externalisation

Aux termes de l'article L. 2323-6 du Code du travail, « le comité d'entreprise est informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et, notamment, sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail ou les conditions d'emploi, de travail ou de formation professionnelle. »

L'article L. 2323-19 prévoit encore : « Le comité d'entreprise est informé et consulté sur les modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise, notamment en cas de fusion, de cession, de modifications importantes des structures de production de l'entreprise, ainsi que lors de l'acquisition ou de la cession de filiales, au sens de l'article L. 233-1 du Code du travail.

*L'employeur indique les motifs des modifications projetées et consulte le comité d'entreprise sur les mesures envisagées envers les salariés, lorsque ces modifications comportent des conséquences pour ceux-ci. »*

La jurisprudence doit constamment rappeler que la consultation du comité d'entreprise appelle la communication d'informations détaillées (11) et doit être préalable à la mise en œuvre de la décision patronale (12). Le comité d'entreprise est en droit de disposer d'une information loyale, sincère et complète. Il pourra exiger de connaître les tenants et aboutissants de l'opération et obtenir tous renseignements utiles sur l'opération d'externalisation (13). A ce titre, il lui

appartiendra de savoir vers quelle société ou au profit de quels actionnaires l'entité économique doit être cédée ; quel est le contrat d'entreprise ; quel est le sort des contrats de travail de l'entité cédée...

Ainsi, dans le cadre d'une opération d'externalisation d'une partie de son service client par la société SFR, cette dernière s'opposait à la communication du contrat de cession et des statuts du cessionnaire, invoquant le secret professionnel et le « secret des affaires » (14). La Cour d'appel de Poitiers a confirmé que les requérants étaient fondés à obtenir toutes informations nécessaires à la solution du litige (15). La Cour de cassation a confirmé dans cette même affaire la solution, dès lors que ces documents peuvent être nécessaires pour se prononcer sur la fraude alléguée (16).

À défaut d'obtenir les informations qui lui semblent indispensables, le comité d'entreprise est fondé à saisir le juge en référés aux fins d'obtenir la suspension, voire l'arrêt, du projet, le refus de l'entreprise constituant un trouble manifestement illicite que le juge doit faire cesser, au sens de l'article 809 du Code de procédure civile. Il peut même obtenir que la procédure d'information-consultation soit reprise à zéro, au motif que les informations initiales étaient totalement erronées et ne correspondaient pas au projet poursuivi, même étaient mensongères.

A titre illustratif, le comité d'entreprise de la société Alstom Power Boilers avait été informé et consulté, pendant près d'un an, sur un projet de fermeture de l'usine de Lys-lez-Lannoy. Tout le personnel (250 personnes) devait être licencié. Lors de l'ultime réunion d'information-consultation du comité d'entreprise, Alstom avait substitué son projet de fermeture à un projet de cession de l'usine à un tiers, certaine que son effet de surprise recevrait l'assentiment de tous et stopperait toute velléité d'opposition. Pourtant, le comité d'entreprise s'opposait à ce projet, faute d'information sur le repreneur. Il obtenait du TGI de Lille en référé que la société soit condamnée à reprendre l'ensemble de sa procédure d'information-consultation, compte tenu de la cession désormais envisagée (17).

(11) Crim. 4 novembre 1982, Juri-social 1983.

(12) Crim. 10 novembre 1981, D. 1982, inf. rap. 313

(13) M. Cohen, L. Milet, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, 9<sup>ème</sup> ed., 2009, LGDJ, p. 536.

(14) V. pour la communication d'un contrat commercial que l'entreprise refusait de fournir au Comité qui a alors saisi le TGI sur la base de l'art. 145 CPC : TGI Grenoble 22 nov. 2005 Dr. Ouv. 2006 p.392 n. S. Ducrocq.

(15) Cour d'appel de Poitiers, 23 juin 2009, *SFR c/ Boisgard et a.*, Dr. Ouv. 2009 p.481 n. T. Grumbach et E. Serverin

(16) Soc. 25 octobre 2011, n°10-24397.

(17) TGI Lille, 26 février 2001, *Alstom Power Boilers c/ Syndicat CGT*.

Le comité d'entreprise peut donc, utilement, intervenir en amont pour obtenir l'arrêt du processus d'externalisation, dès lors que les informations qui lui sont fournies ne lui semblent pas complètes ou, pire, sont mensongères. Cela suppose, néanmoins, de faire la démonstration de l'absence de transparence de l'entreprise sur son projet.

Une autre piste, plus originale sans doute, consiste à demander au juge d'interdire purement et simplement non pas l'opération d'externalisation, mais le transfert des salariés travaillant dans l'entité transférée.

## **B. Le contrôle des conditions d'application de l'art. L 1224-1 par le comité d'entreprise**

L'opération d'externalisation est un choix de gestion de l'entreprise. Nul ne peut y faire obstacle. Le transfert du personnel qui compose l'entité transférée est, lui, conditionné au respect des dispositions de l'article L. 1224-1 pour s'imposer aux salariés concernés. Là encore, les institutions représentatives du personnel disposent de pistes pour s'opposer au transfert. On rappellera toutefois que, jusqu'à maintenant, la Cour de cassation dénie le droit aux Comités de contester les conditions du transfert (18) malgré les invitations pressantes de la Doctrine (19). Une décision récente de la Chambre sociale, qui admet un CHSCT comme organisme chargé d'une mission d'intérêt général, amorce peut-être (enfin !) une salutaire évolution (20).

Il s'agit, en fait, d'obtenir l'interdiction de l'opération de transfert du personnel parce que l'entité transférée n'est pas une entité économique autonome au sens des dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Le comité d'entreprise invoque, non pas l'insuffisance des informations fournies par l'employeur, mais critique l'analyse qui en est faite. On a pu dénoncer une véritable ingénierie juridique organisant la confusion (21) cad une stratégie des directions d'entreprise pour soit écarter l'application du transfert légal alors que les conditions en sont remplies soit, et

c'est ce qui nous intéresse ici, prétendre faussement à la réunion desdites conditions afin d'imposer le transfert. Pour le Professeur Mazeaud, « *l'avantage de ce type de contentieux est de se situer au stade du projet, en se fondant sur la procéduralisation des modes de consultation et la défense des droits propres du comité* » (22).

Le comité d'entreprise devra établir que les informations fournies sont erronées, et demander au juge d'apprécier la teneur de l'opération d'externalisation projetée. S'il est fait droit à la demande du comité, c'est l'arrêt du processus d'information-consultation et, par là même, l'arrêt du processus de transfert du personnel qui est ordonné.

C'est l'un des apports des arrêts *Perrier-Vittel* (23). La Cour d'appel de Nîmes, qui a rendu l'un des deux arrêts *Perrier-Vittel*, avait écarté l'application de l'article L. 1224-1 et ordonné l'arrêt de la consultation des représentants du personnel. Elle avait, en outre, déclaré inopposable aux salariés toute substitution d'employeur visée par ce projet (24). La Cour de cassation confirme (25). Il existe donc des cas où le juge peut contrôler, en définitive, la décision de gestion de l'employeur et vérifier qu'elle est conforme aux dispositions légales (26).

## **C. Les difficultés pratiques rencontrées par les institutions représentatives du personnel pour faire respecter leurs prérogatives**

### **1. Certaines entreprises passent en force**

Pour qu'elle ait une chance d'aboutir, l'action des organisations représentatives du personnel doit impérativement être engagée avant que le processus d'externalisation ne soit mis en œuvre, c'est-à-dire lorsqu'il est à l'état de projet. Cela ne devrait guère faire difficulté, puisque il est de principe que le comité d'entreprise doit être informé et consulté préalablement à la mise en œuvre du projet (27). En théorie, car la réalité est parfois bien différente.

(18) « *le comité d'entreprise ne tient d'aucune disposition légale le pouvoir d'exercer une action en justice au nom des salariés ou de se joindre à l'action de ces derniers, lorsque ses intérêts propres ne sont pas en cause* » Soc. 14 mars 2007 n°06-41647 ; v. la controverse entre P. Maynial et M. Keller « Ne faudrait-il pas admettre plus largement l'action en justice du Comité d'entreprise ? » RDT 2007 p.428.

(19) CA Paris (18e Ch. C) 18 déc. 2008, Dr. Ouv. 2009, p. 447, n. E. Lafuma ; M. Véricel « Pour la reconnaissance d'une action en justice du comité d'entreprise aux fins de défense des intérêts des salariés de l'entreprise » Dr. Soc. 2007, p. 1153 ; M. Keller « L'action en justice du Comité d'entreprise pour la défense de ses prérogatives économiques » Dr. Soc. 2006, p. 861.

(20) Obs. A. Mazières spec. § 5, sous Soc. 14 déc. 2011, n°10-20.378, Dr. Ouv. 2012 p.605.

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

(22) Transferts d'entreprise (aspects individuels), A. Mazeaud, Répertoire de droit du travail, Dalloz, n°60.

(23) Soc. 18 juillet 2000, n°98-18037.

(24) Cf. JCP Entreprise 1998, n°8635, obs. Antonmattéi.

(25) Soc. 18 juillet 2000, n°98-18037.

(26) Mais pas en matière de licenciement pour motif économique : Soc. 3 mai 2012, *Vivéo*, n°11-20741, Dr. Ouv. 2012 p.635 n. M. Henry.

(27) L. 2323-6 du Code du travail, et Crim. 10 novembre 1981, préc.

Le comité d'entreprise ou les organisations syndicales perdent, en revanche, toute possibilité d'action dès lors que l'acte commercial d'externalisation de l'entreprise, la cession, la filialisation, a été réalisé. Il n'est pas possible de remettre en cause cet acte commercial, d'obtenir, par exemple, l'annulation d'une cession à raison du non-respect des dispositions du Code du travail relatives à la régularité de la consultation des IRP. Il est urgent qu'une telle anomalie soit réparée par le législateur. Des opérations de cessions ou de filialisations devraient pouvoir être annulées par le juge, si les prérogatives des institutions représentatives du personnel n'ont pas été respectées.

Car il est fréquent de constater que nombre d'entreprises, parfois appartenant à de grands groupes, préfèrent passer en force plutôt que de respecter une information-consultation qui, si elle bien conduite par les représentants du personnel, risque de mettre en lumière ce que l'entreprise ne veut pas dire, le but véritablement poursuivi. Des exemples récents ont montré qu'il était « payant » pour l'employeur de ne pas faire et de violer la loi. La procédure d'information-consultation n'est, tout simplement, pas engagée et les institutions représentatives du personnel, comme le personnel d'ailleurs, sont mis devant le fait accompli, une fois l'externalisation réalisée. Les exemples suivants sont tout à fait illustratifs de cette situation.

*Bills Deroo :*

Une société de transport – Bills Deroo – décide de vendre une branche de son activité. Les représentants du personnel l'apprennent « par hasard » et la procédure d'information-consultation du comité d'entreprise n'a jamais été engagée.

Le comité d'entreprise engage un référé d'heure à heure afin qu'il soit mis un terme au processus de cession tant que l'information-consultation prévue par le Code du travail n'aura pas été mise en œuvre. Le jour de l'audience, se présente à la barre le cessionnaire qui a signé dans la nuit le contrat. Le nouveau propriétaire est libaire. Il n'a aucune expérience dans le transport.

Dans le droit fil de la jurisprudence précitée, le magistrat n'a pu que constater son incompétence pour annuler la cession intervenue. Quelques mois après, l'entreprise cédée était placée en liquidation judiciaire. Les salariés n'ont eu d'autres choix que d'attirer le liquidateur devant le Conseil de

prud'hommes à raison de l'absence de PSE. Ils ont obtenu gain de cause... c'est donc le CGEA qui a payé (28). Le cédant, lui, se porte bien...

*Rodier :*

La Société Rodier, spécialisée dans la fabrication et la vente de prêt-à-porter, possédait une usine à Cambrai employant plus d'une centaine de salariés. Ceux-ci reçoivent, au cours du mois d'août 2003, une lettre émanant d'une société HDR, totalement inconnue jusqu'alors, les informant qu'elle est devenue leur nouvel employeur. Rodier a cédé l'usine à une SARL au capital de 7000 €, créée la veille. Nulle procédure d'information-consultation des représentants du personnel de la Société Rodier n'a jamais été mise en œuvre. Six mois plus tard, HDR est placée en liquidation judiciaire. Tout le personnel est licencié par le liquidateur. Il n'y a pas de véritable PSE.

Dans le cadre des procédures engagées, les salariés vont apprendre que Rodier a cédé l'usine pour 1 euro ; que les cessionnaires ont revendu, dès le lendemain, l'ensemble du matériel (évalué, par la suite, à plusieurs millions d'euros) à une entreprise roumaine pour 150.000 €. Le contrat de cession à la société roumaine prévoyait que les machines ne devaient pas être démenagées avant un délai de six mois, tant et si bien que, pendant de très nombreuses semaines, les salariés ont continué à travailler sur ces machines, sans imaginer que celles-ci n'étaient plus la propriété de l'usine et avaient été vendues.

Les cessionnaires ont, certes, été lourdement condamnés au pénal. Mais la cession n'a pas été remise en cause et la Société Rodier a atteint son objectif : délestée du coût de l'outil industriel, sa marque et ses magasins ont été avantageusement cédés. Son activité continue. Les salariés ont obtenu la réparation de leur préjudice par devant la Cour d'appel de Douai. En d'autres termes, le liquidateur a été condamné à qualité et le CGEA a payé.

Il serait donc plus simple de passer en force et de ne pas respecter la loi ? Cela est, surtout, quasiment exempt de conséquences. Le comité d'entreprise peut se plaindre d'une entrave à son fonctionnement. C'est un délit qui permet de faire citer l'entreprise et ses dirigeants devant le Tribunal correctionnel. Mais, dès lors que l'externalisation est intervenue, cette action est aussi inefficace qu'inutile, car il existe un décalage temporel important entre l'opération de cession et la condamnation pénale éventuelle.

(28) CA Douai, 28 mars 2008.

Alstom :

Cette affaire est également un bel exemple du « jusqu'aboutisme » de ses dirigeants. Il a été rappelé ci-dessus qu'une ordonnance de référé avait suspendu le processus de cession de l'usine de Lys-lez-Lannoy. La société Alstom est passée outre. Pour éliminer toute velléité d'opposition, elle a proposé à chaque salarié concerné par l'éventuel transfert une indemnité de 15.000 €. Les salariés ont accepté. Elle a cédé l'usine. Un an après, il était fait interdiction au cessionnaire de poursuivre son activité : l'usine était totalement contaminée par l'amiante. La liquidation judiciaire était prononcée. Le procès pénal a montré que les dirigeants de la Société Alstom étaient parfaitement au courant de l'état du site, ce qui explique leur empressement à céder coûte que coûte (29).

## 2. La « démission » de certaines juridictions

Certaines juridictions civiles rechignent ouvertement à s'intéresser à la matière, malgré les conséquences dramatiques que peuvent recouvrir certains cas. Alors que les juges sont saisis en référé, dans l'urgence, pour éviter que ne se produisent des situations irréversibles, telles que celles décrites ci-dessus, il existe encore trop de décisions qui s'abritent derrière une prétendue contestation sérieuse (30). On a parfois le sentiment que le juge se saisit de l'existence d'un débat entre les parties pour prétendre ne pas avoir à trancher l'affaire !

L'affaire MGF est particulièrement emblématique de cette situation et du désastre créé au détriment des salariés. Ces salariés faisaient partie d'un groupe aux résultats florissants, le groupe G7 (qui possède notamment les Taxis parisiens, ADA Location et MGF Logistique). La Société MGF Logistique possédait une filiale dans le nord, la Société MGF Logistique Nord, composée de cinq établissements. Certains de ces établissements connaissaient quelques

difficultés économiques, tandis que d'autres étaient en excellente santé financière. Au début de l'année 2012, la Société MGF Logistique Nord annonçait qu'elle avait décidé de filialiser ses établissements en cinq sociétés distinctes. Les motifs invoqués à l'appui de cette filialisation étaient de permettre un meilleur intéressement des salariés aux résultats de l'entreprise et de motiver les chefs d'établissement. Les dirigeants niaient farouchement l'existence de quelconques difficultés économiques.

Constatant que l'information qui lui était fournie était déloyale et parfaitement mensongère, le comité d'entreprise saisissait le Tribunal de grande instance aux fins de faire cesser le processus de filialisation. Il semblait évident que le but était de se séparer des établissements les moins rentables, méthode utilisée à plusieurs reprises dans d'autres régions.

Dans une première décision, le Tribunal de grande instance déboutait le comité d'entreprise, estimant qu'il avait agi de manière prématurée, le processus d'information-consultation étant en cours (31). Conscient des enjeux graves pour l'avenir du personnel, le comité d'entreprise saisissait à nouveau le Tribunal de grande instance 15 jours plus tard. A l'audience, les dirigeants de la Société MGF annonçaient que l'opération de filialisation était désormais terminée. Dans une seconde décision, le Tribunal de grande instance constatait qu'il était trop tard pour intervenir et qu'il ne pouvait remettre en cause cette opération (32). En guère plus de 15 jours, le tribunal aura donc jugé, une première fois qu'il était trop tôt, et une seconde fois, qu'il était trop tard ! Faut-il rappeler qu'en de telles situations, compte tenu de l'urgence, tout recours contre ces décisions est nécessairement voué à l'échec ? Deux mois après, deux établissements sur cinq étaient placés en liquidation judiciaire. L'ensemble du personnel était licencié.

## II. La remise en cause du transfert par le salarié « externalisé »

Les dispositions de l'article L. 1224-1 sont des dispositions d'ordre public. Elles s'imposent au salarié,

dès lors qu'il peut être constaté le transfert d'une entité économique autonome dont l'activité est poursuivie

(29) TGI Lille 4 septembre 2006, *SA Alstom Power Boilers et Bernard Gomez c/ M. P.*

(30) Qui pourrait être un motif de rejet de la demande, au sens de l'article 808 du Code de procédure civile mais que l'art. 809 écarte « soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ». Sur ces questions, v. M-L. Dufresne-Castets « Le référé comme

garantie de l'effectivité des droits » Dr. Ouv. juin 2004 p.251, disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier>

(31) TGI Lille 6 mars 2012, *UD CGT du Nord c/ SAS MGF Logistique Nord.*

(32) TGI Lille 30 mars 2012, *CCE MGF Logistique Nord c/ SAS MGF Logistique Nord.*

ou reprise. Le salarié n'a pas à donner son accord (33), il est privé de toute manifestation de volonté par décision de la Cour de cassation (34). Il n'existe pas de procédure particulière à respecter. Le transfert est automatique si les conditions sont remplies.

Le salarié peut, en revanche, remettre en cause le transfert de son contrat de travail, dès lors que ces conditions ne sont pas réunies. Deux actions se distinguent. Le salarié peut, tout d'abord, contester la validité du transfert intervenu (A). De nouvelles pistes originales et novatrices ont été ouvertes. Elles n'ont plus seulement pour objet de remettre en cause le transfert. Il s'agit, aussi, de rechercher la responsabilité de l'entreprise cédante à raison des fautes commises dans l'opération d'externalisation, pour permettre l'indemnisation du salarié (B).

## A. La contestation du transfert

### 1. L'activité transférée ne constitue pas une entité économique autonome

À l'instar des actions qui ont pu être engagées par les institutions représentatives du personnel avant la mise en œuvre de l'opération d'externalisation, le salarié peut aussi contester son transfert. La différence tient dans le fait que son action est quasi-systématiquement postérieure au transfert. Il travaille donc déjà pour le repreneur.

Pour qu'une opération d'externalisation se traduise par un transfert de personnel entraînant l'application des dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail, il faut que soit constaté le transfert d'un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique (34 bis). Le transfert doit porter sur une entité économique organisée de manière stable, et comporter un ensemble organisé de salariés spécialement et durablement affectés à une tâche commune (35). Les arrêts *Perrier-Vittel* (36) ont posé les limites du transfert. Pour certains auteurs, il s'agissait de mettre un frein aux opérations de cession d'activités, dont l'objet était avant tout d'externaliser un certain nombre de salariés (37). La Cour de

cassation pose en principe que : « *Constitue une entité économique pour l'application de l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail, un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique poursuivant l'objectif propre ; que 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.* ». La question repose donc essentiellement sur l'autonomie de l'entité ainsi cédée. Dans l'immense majorité des cas, il existe un contrat d'entreprise par lequel le cédant garantit au cessionnaire, pendant une durée donnée, un certain volume d'activité. Est-on alors véritablement autonome, lorsque l'essentiel de l'activité de l'entreprise cédée dépend du bon vouloir du cédant ?

La difficulté, dans nombre de ces affaires, est que la Cour de cassation exige des cours d'appel qu'elles recherchent si l'entité économique présente, ou pas, un caractère autonome. Mais la Cour n'exerce aucun contrôle sur l'effectivité de l'autonomie, qu'elle laisse à l'appréciation du juge du fond. Cela crée une disparité de décisions et une incertitude. Les juges du fond doivent rechercher la reprise d'éléments d'actif corporels ou incorporels (38), ces derniers pouvant s'avérer fort peu consistants (39). La seule conclusion avec une société d'un contrat lui confiant la gestion de marchandises remises en dépôt dans des locaux et avec les moyens appartenant à la société cédante ne suffit pas à caractériser le transfert d'une entité économique pourvue d'une autonomie (40). Il faut que l'établissement cédé exerce, avec des moyens propres, une activité tendant à des résultats spécifiques (41).

Si le salarié parvient à établir qu'il n'aurait pas dû être transféré, il a une option : soit il sollicite sa réintégration dans son entreprise d'origine et la poursuite de son contrat de travail, soit il demande des dommages et intérêts à raison de la rupture abusive de son contrat (42). Le contrat de travail avec le repreneur pourra donc, le cas échéant, se poursuivre, tandis qu'il a engagé la responsabilité de son précédent employeur.

(33) Soc. 14 déc. 2004, n°03-41713.

(34) v. la controverse entre Y. Chagny et P. Rodière « Faut-il reconnaître au salarié la faculté de refuser le transfert de son contrat de travail ? » RDT 2007 p.216 ; 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

(34 bis) B. Lardy-Pélissier, prec.

(35) CJCE 10 décembre 1998, Dr. Ouv. 1999.135 n. M. Bonnechère.

(36) Soc. 18 juillet 2000, n°98-18.037.

(37) Gérard Couturier, Dr. soc., septembre-octobre 2000, p. 845, prec.

(38) Soc. 28 septembre 2011, *Dandy*, n°10-16057.

(39) V. obs. A. de Senga sous Soc. 12 juin 2007, n°06-41554, Dr. Ouv. 2008 p.86

(40) 10 juillet 2007, n°06-41.158.

(41) Soc. 15 décembre 2004, n°03-46.105.

(42) Soc. 20 mars 2002, n°00-41651, Dr. Ouv. 2002 p.372 n. P. Moussy.

## 2. Le transfert est frauduleux

Les situations où les dispositions de l'article L. 1224-1 sont utilisées frauduleusement contre le salarié pour entraîner son transfert se développent (43). Il faut établir qu'en l'absence de fraude, le salarié n'aurait pas été transféré. Le transfert du salarié est donc nul, et il est toujours salarié du cédant. Il reste alors à tirer les conséquences de ce constat : réintégration au service du cédant et rappel de salaires, ou rupture abusive du contrat par le cédant.

C'est ce qu'a décidé la Cour d'appel de Douai dans l'affaire *Rodier* évoquée ci-dessus (44). Les salariés transférés du jour au lendemain de Rodier à HDR invoquaient la fraude pour contester leur transfert. Les défendeurs soutenaient qu'il fallait établir une collusion frauduleuse entre le cédant et le cessionnaire, la fraude d'une seule des parties étant insuffisante pour remettre en cause le transfert. La Cour d'appel de Douai a caractérisé une fraude du cédant et une fraude du cessionnaire, et a conclu qu'il n'y avait pas eu de transfert d'une entité économique autonome. Elle a retenu, en conséquence, que le transfert du contrat de travail du salarié était nul, qu'il constituait la rupture du contrat de travail par la Société Rodier équivalant à un licenciement nul.

Il est donc possible de remettre en cause un transfert, dans le cadre d'une opération d'externalisation fruit d'une collusion frauduleuse. Ce n'est pas l'acte commercial, l'externalisation de l'activité, qui sera remis en cause (45), mais le transfert du salarié.

Reste à savoir s'il faut une collusion frauduleuse, ou si la simple mise en évidence d'une fraude peut suffire. La Cour de cassation a retenu : « *Attendu, enfin, qu'appréciant souverainement l'ensemble des éléments de fait et de preuves qui lui étaient soumis, la Cour d'appel a retenu qu'aucune fraude, ni dol n'étaient établis à la charge de la société cédante* » (46). La Cour, par cet arrêt, semble pouvoir se contenter de la simple mise en évidence d'une fraude, et non d'une collusion frauduleuse impliquant et cédant et cessionnaire. De la même manière, elle retient :

(43) Il y aurait également beaucoup à dire sur l'instrumentalisation du prétendu consentement des salariés dans les transferts conventionnels mais cela dépasse le cadre de cet article, sur cette question v. A. Mazières Dr. Ouv. 2011 p.544 prec.

(44) Cour d'appel de Douai, 30 juin 2009, *Magahinho et a. c/ M<sup>e</sup> Perrin, M<sup>e</sup> Duquesnoy CGEA AGS*.

(45) V. toutefois un cas, demeuré exceptionnel : les activités de la société Samsonite ont fait l'objet d'un transfert à des repreneurs peu scrupuleux (condamnés ultérieurement sur un plan pénal), la cession a été annulée pour cause illicite au motif de la volonté d'éluder l'obligation de reclassement (TGI Béthune 24 juin 2008 Dr. Ouv. 2009 p.276 n. J-P. Bougnoux).

« *Attendu, ensuite, que, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, la Cour d'appel a retenu que la capacité de la société cessionnaire à poursuivre et à renouveler l'activité de production excluait toute fraude, que le moyen n'est pas fondé* » (47).

Au-delà de la remise en cause du transfert, de nouvelles pistes de contestations se dessinent. Elles ont pour objet la réparation du préjudice lié aux conséquences du transfert illégitime.

## B. La réparation du préjudice lié au transfert

### 1. La perte d'une chance

Les conséquences indemnitaires des pratiques d'externalisations et de transferts illégaux de salariés se développent largement et ne se cantonnent plus à la seule réparation du licenciement irrégulier ou nul.

Ainsi, dans un arrêt *Matra*, la Cour de cassation confirme que l'article L. 1224-1 du Code du travail a été appliqué à tort pour sortir des salariés de l'entreprise dans le cadre d'une cession (48). Outre l'absence de cause réelle et sérieuse de licenciement, les salariés estimaient avoir été victimes d'une perte de chance d'être reclassés dans le groupe Matra. Elle valide, en outre, l'arrêt de la Cour d'appel qui a retenu, au visa de l'article 1147 du Code civil, qu'il existait un « *préjudice distinct caractérisé par la faute commise au regard de l'exécution loyale des contrats* ».

De même, dans une autre affaire, des salariés avaient été transférés, dans le cadre d'une opération d'externalisation, par la Société Bull. Le repreneur avait été mis en liquidation judiciaire. Les salariés avaient assigné Bull devant le Tribunal de grande instance pour obtenir des dommages-intérêts, fondés sur les préjudices moraux et financiers qu'ils avaient subis du fait de leur licenciement, en raison des fautes commises par la société-mère vis-à-vis de sa filiale. La Cour de cassation valide cette action, en retenant que « *les salariés invoquaient le préjudice résultant à la suite de la cession de la filiale, de la perte de leur emploi et ainsi de la diminution de leurs droits*

(46) 15 décembre 2004, n°03-46.105.

(47) 21 octobre 2009, n°08-41.673.

(48) Soc. 21 juin 2006, n°05-42.418, Dr. Ouv. 2007 p.50 n. A. de Senga : « *... l'absence de réelle spécificité du département cédé dans ses activités et dans son personnel et a pu en déduire qu'elle ne constituait pas une entité économique autonome, ce dont il résultait que les conditions d'application de l'article L. 122-12 du Code du travail n'étaient pas réunies* ».

à participation dans la société Bea et de la perte d'une chance de bénéficier des dispositions du plan de sauvegarde de l'emploi Bull, ce qui constitue un préjudice particulier et distinct de celui éprouvé par l'ensemble des créanciers de la procédure collective de la société Act NF » (49). Par conséquent, les salariés licenciés dans le cadre de la liquidation judiciaire d'une société externalisée conservent, au visa de cet arrêt, la possibilité d'agir contre la société cédante à l'encontre des fautes éventuellement commises par elle à l'égard de sa filiale.

Cela ouvre incontestablement des pistes, notamment lorsque les contrats d'entreprise passés entre le cessionnaire et le cédant garantissent une certaine charge de travail (en général la quasi-totalité, puisque l'entreprise cédée n'a pas de clients propres) et que ces contrats ne sont pas respectés. Les salariés pourraient agir directement à l'encontre de la société cédante à l'encontre des fautes commises et, notamment, à raison du non-respect du contrat d'entreprise.

## 2. Le co-emploi

L'arrêt *Metaleurop* du 12 septembre 2012 illustre, enfin, la possibilité d'engager la responsabilité de la société-mère dans les groupes et développe la théorie du co-emploi (50). C'est assurément la solution pour rechercher la responsabilité des décideurs, lorsque des opérations d'externalisation, type filialisation, se déroulent dans des conditions contestables (51). Des salariés travaillaient dans une filiale de Metaleurop qui avait fait l'objet d'une liquidation judiciaire. Ils ont assigné la société Metaleurop pour obtenir réparation d'un préjudice, lié à la perte d'une chance de conserver leur emploi, et des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle ni sérieuse, estimant que la société-mère était également leur employeur.

La Cour retient l'analyse de la Cour d'appel, qui a constaté qu'il existait une confusion d'intérêts, d'activité et de direction entre les deux sociétés, qui se manifestait, notamment, par une immixtion directe dans la gestion du personnel de la filiale et qu'en conséquence, la société Metaleurop était co-employeur du personnel de sa filiale : « le licenciement pour motif économique décidé et prononcé par l'un des co-

employeurs mettant fin au contrat de travail, chacun d'eux doit en supporter les conséquences, notamment au regard de l'obligation de reclassement.

Ayant constaté qu'aucune recherche de reclassement n'avait été effectuée dans l'ensemble du groupe avant la notification des licenciements, sans qu'il soit justifié d'une impossibilité, la Cour d'appel en a exactement déduit que chacun des co-employeurs devait indemniser les salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse, peu important que la qualité de co-employeur n'ait été reconnue qu'après les licenciements, dès lors que cette situation existait au moment de la mise en œuvre ».

Des recours directs contre la société-mère pour non-respect de l'obligation de reclassement, mais également absence de plan de sauvegarde de l'emploi et remise en cause des licenciements, sont désormais ouverts.

Cette solution est donc très importante. Elle ne peut, néanmoins, trouver à se répéter que dans l'hypothèse où l'externalisation a eu lieu par le jeu d'une filialisation, et qu'il existe donc encore des liens capitalistiques entre les deux entreprises (ce qui n'est pas le cas lorsque la filialisation a eu lieu par resserrement du groupe, l'entité ayant été cédée à l'extérieur). Une telle démarche trouve une illustration dans une décision récente du Conseil de prud'hommes de Paris (52)

On pourrait donc, désormais, croire à un avenir où les véritables responsables des déconfitures auraient à en assumer les conséquences et ne pourraient plus s'abriter derrière des montages capitalistiques, un avenir où les adversaires des salariés ne seraient plus les liquidateurs et le CGEA. Il convient de rester prudent... Un comité d'entreprise entendait contester la décision de liquidation judiciaire d'une filiale à raison de l'excellente santé financière de la société-mère devant la juridiction commerciale. La Chambre commerciale de la Cour de cassation n'a pas suivi dans l'arrêt *Sodi-Médical* (53) et casse l'arrêt de la Cour d'appel. Elle s'en tient strictement au texte : si la filiale est en état de cessation des paiements, sa faillite doit être prononcée.

**Stéphane Ducrocq**

(49) Soc. 14 novembre 2007, n°05-21.239, Dr. Ouv. 2008 p.109 rapp. M-L. Morin n. J-P. Bougnoux.

(50) Soc. 12 septembre 2012, n°11-12.343.

(51) sur la question du co-emploi, on se reportera utilement aux obs. de P. Darves-Bornoz sous Soc. 18 janv. 2011, n° 09-69.199, Dr. Ouv. 2011 p.273 et les références citées ainsi qu'à celles de V. Lacoste-Mary sous Soc. 19 juin 2007, p. n° 05-42.551, Dr. Ouv. 2007 p. 522. V. également *supra* E. Peskine « La responsabilisation des sociétés mères ».

(52) *Éminence SAS*, 25 octobre 2012 à paraître au Dr. Ouv. 2013 avec les obs. de P-F. Legrand.

(53) Com. 3 juillet 2012, n°11-18.026, ci-après p. 199 avec les obs. de P. Darves-Bornoz et P. Masanovic ; sur cette affaire P. Darves-Bornoz « Lutter contre la désindustrialisation : la sage des *Sodimedical* », Dr. Ouv. 2012 p. 525.