

# Quel encadrement de l'extension des dispositions conventionnelles en matière de transfert des contrats de travail ?

Conclusions sous CE 28 novembre 2014, *Union syndicale solidaires*\*  
par Alexandre LALLET, Rapporteur public

L'article L.1224-1 du code du travail institue un mécanisme de transfert des contrats de travail en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente ou fusion. La Cour de cassation juge toutefois depuis 1985 (1) que la seule perte d'un marché par une entreprise ne justifie pas sa mise en œuvre dès lors qu'elle ne constitue pas un transfert d'entreprise (2).

Pour pallier les inconvénients de cette solution, notamment en termes de précarisation de l'emploi, un certain nombre de conventions collectives ont prévu un dispositif de transfert des contrats de travail des salariés affectés au marché en cas de perte de celui-ci. Tel est le cas dans les entreprises de nettoyage, depuis un accord du 29 mars 1990 étendu. D'emblée, le bénéfice du dispositif a toutefois été dénié à certains salariés dont :

1° Les salariés en CDI absents depuis 4 mois ou plus à la date d'expiration du marché, sauf congé maternité ;

2° Les salariés en CDD, sauf les CDD de remplacement d'un salarié en CDI absent.

Ces stipulations ont été reprises à l'article 7 de la convention collective nationale des entreprises de propreté et services associés du 26 juillet 2011, étendu par un arrêté du 23 juillet 2012. L'union syndicale Solidaires vous en demande l'annulation, en concentrant ses critiques sur la double exclusion que nous venons d'évoquer.

Vous n'aurez pas à vous interroger sur le point de savoir si l'arrêté d'extension d'une convention collective qui reprend sans changement et sans solution de continuité les stipulations d'un précédent accord étendu peut être qualifié de décision « purement confirmative ». Car le cadre juridique applicable au litige a sensiblement changé depuis 1990,

sous l'influence du droit de l'Union. Ce changement pertinent de circonstances de droit, de nature à emporter des conséquences sur l'appréciation des prétentions en litige, fait en tout état de cause obstacle à la qualification de décision confirmative (3).

S'agissant tout d'abord de l'exclusion des salariés en CDI absents depuis au moins 4 mois, le syndicat requérant y voit une discrimination au détriment des salariés en congé maladie de longue durée ou en congé parental d'éducation, contraire à l'article L.1132-1 du code du travail.

Cet article, qui assure la transposition de plusieurs directives, prohibe les discriminations directes et indirectes à raison de l'état de santé ou de la situation de famille.

Relève de la discrimination directe à raison de l'état de santé la situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'aurait été dans une situation comparable en raison d'une pathologie dont elle souffre ou a souffert(4). En revanche, n'en relève pas un licenciement motivé uniquement par les conséquences de l'état de santé sur la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par l'absence prolongée ou les absences répétées du salarié (5). Ainsi, un accord collectif peut tenir compte des absences pour le paiement d'une prime, mais à la condition que toutes les absences entraînent les mêmes conséquences sur son attribution, sans qu'un sort à part soit fait aux absences pour maladie (6)(7). Il en va logiquement de même pour la situation de famille.

Selon l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 27 mai 2008 auquel renvoie l'article L.1132-1, une discrimination indirecte est une mesure neutre en apparence mais susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour

\* L'arrêté est reproduit ci-après p. 279.

(1) Cass. Ass. plén., 15 novembre 1985, n° 82-41510, au Bull., Dr. Ouv. 1986, p. 24 et obs. D. Joseph, Dr. Ouv. 1986, p. 85.

(2) Cass. Soc., 3 novembre 2011, n° 10-11820, au Bull.

(3) CE, Section, 13 mai 1977, *Bergon*, n° 99534, Rec. p. 220.

(4) V. à propos d'une mesure affectant la rémunération selon le nombre de jours d'absence pour maladie : Cass. Soc., 7 février 2006, *Société Sumco France*, n° 04-45733.

(5) Cass. Ass. plénière, 22 avril 2011, n° 09-43334, Bull. 2011, n° 3.

(6) Cass. Soc., 11 janvier 2012, n° 10-23139, au Bull.

(7) Lorsque la cause est indifférente, une discrimination directe n'est pas caractérisée (Cass. Soc., 21 novembre 2007, n° 06-44573).

des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins qu'elle ne soit objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés.

En l'occurrence, comme le soutient la requérante, la mesure introduit une discrimination directe entre les salariés en CDI selon la durée de leur absence, qui ne soulève pas en soi de difficulté juridique, mais une discrimination indirecte à raison de l'état de santé ou de la situation de famille puisque l'exclusion des salariés absents depuis au moins 4 mois entraîne un désavantage particulier pour les salariés en congé maladie de longue durée ou en congé parental d'éducation.

La nature de ce désavantage doit être bien mesurée : l'absence de transfert du contrat de travail ne voue pas le salarié au licenciement, car un reclassement peut tout à fait être possible au sein de l'entreprise cédante. L'entreprise repreneuse peut elle-même souhaiter l'embaucher d'initiative. Inversement, la reprise ne constitue pas une garantie d'emploi, car la nouvelle entreprise peut fort bien décider de se séparer du salarié pour motif économique, ou pour toute cause réelle et sérieuse. Ce qui est en cause, c'est donc tout au plus une « perte de chance de ne pas être licencié » et, en cas de maintien dans l'entreprise cédante, un changement d'affectation.

Nous sommes convaincu que cette différence de traitement limitée poursuit un but légitime.

Le transfert du contrat de travail présente un quadruple avantage : pour le salarié, d'abord, qui continue de travailler au même endroit et a de plus chances de conserver son emploi ; pour l'entreprise qui a perdu le marché, qui n'a pas à mettre en œuvre les procédures de licenciement qui s'avèreraient nécessaires ; pour l'entreprise repreneuse, qui conserve des salariés déjà opérationnels ; et pour le client enfin, en termes de continuité de la prestation, sous réserve naturellement des modifications apportées par l'entreprise repreneuse et qui ont pu justifier que le marché lui soit attribué.

Ces avantages s'estompent, voire disparaissent, lorsque les salariés juridiquement affectés au marché n'y travaillent plus depuis un certain temps. La

convention ne va pas jusqu'à dire qu'ils ne sont plus affectés au marché, car elle méconnaîtrait alors le fait qu'un salarié en congé voit son contrat de travail simplement suspendu, ce qui ne peut guère s'accommoder d'un changement d'affectation. Mais l'idée sous-jacente n'est pas très éloignée : ils ne sont plus effectivement affectés au marché. Le lien avec le client s'est distendu et cet éloignement rend évidemment moins pertinent son transfert dans la nouvelle entreprise pour l'exécution des mêmes tâches. Tant et si bien qu'en application de la convention, c'est, le cas échéant, le salarié recruté sous CDD de remplacement au même poste qui bénéficiera du dispositif de transfert, ce qui est tout à fait logique(8).

En outre, comme l'explique la Fédération des entreprises de propreté et services associés, signataire de la convention, il faut bien voir que, plus l'obligation de reprise est vaste, plus la charge qui pèse sur le repreneur est lourde, puisqu'il lui appartient, le cas échéant, de reclasser les salariés, voire de les licencier (9). À rebours, elle peut donc constituer une barrière à l'entrée pour des entreprises en conquête de marchés, qui ne pourront postuler et espérer remporter le marché que si elles se savent en capacité d'« absorber » les transferts. C'est la raison pour laquelle vous avez annulé l'arrêté d'extension de la convention collective nationale des services d'eau et d'assainissement qui imposait à l'employeur entrant de reprendre les contrats de travail des salariés de l'employeur sortant, en considération des caractéristiques particulières de ce secteur (10). On ne peut d'ailleurs exclure qu'une entreprise décide sciemment d'affecter ses salariés absents de longue date sur un marché qu'elle sait perdu ou qu'elle ne souhaite plus réellement assurer. Sous réserve que cette affectation soit décidée au moins 6 mois avant l'expiration du contrat – car c'est une autre cause d'exclusion prévue par la convention – le nouveau titulaire du marché serait dans l'obligation de les reprendre, ce qui est de nature à le pénaliser considérablement (11).

Il nous semble donc que l'exclusion litigieuse poursuit un but légitime. En outre la durée de 4 mois prévue par l'accord répond à l'exigence de proportionnalité.

(8) De surcroît, l'absence pour maladie pendant au moins 30 jours donne lieu à une visite de reprise par le médecin du travail, et l'absence de 3 mois au moins à une visite de pré-reprise. En cas d'avis d'inaptitude du médecin du travail, l'article L.1226-2 du code du travail fait obligation à l'employeur de reclasser le salarié. L'incertitude qui règne sur la capacité du salarié absent depuis 4 mois au moins à reprendre les fonctions qu'il occupait interroge sérieusement sa vocation à rester affecté au marché. Il n'est donc pas illogique qu'il soit exclu de l'obligation de reprise.

(9) De surcroît, la Chambre sociale de la Cour de cassation a jugé de manière assez hardie (et tout à fait contestable) que, dès l'instant où la convention collective prévoit le maintien des avantages dont bénéficiaient les salariés transférés, le principe d'égalité impose

d'en faire bénéficier aussi les salariés de l'entreprise repreneuse (Cass. soc., 15 janvier 2014, n°12-25402, 12-25403, 12-25406, 12-25407, au Bull.).

(10) CE, Section, 30 avril 2003, *Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement*, n°230804, au Rec. ; Dr. Ouv. 2003 p.261 n. G. Lyon-Caen.

(11) C'est d'autant plus vrai dans la convention litigieuse que, contrairement à d'autres, il est prévu que le transfert s'effectue de plein droit, sans que le salarié puisse s'y opposer. Mais il est vrai que la licéité d'une telle obligation est plus que douteuse à l'aune de la jurisprudence judiciaire (Cass. soc., 10 octobre 2006, n°04-46134, au Bull.).

Trois considérations complémentaires nous convainquent de ne pas regarder la contestation comme suffisamment sérieuse pour justifier un renvoi au juge judiciaire :

- En premier lieu, le dispositif existe depuis 1990 et les rares décisions rendues en la matière nous paraissent conforter la solution de rejet. Si un arrêt de la cour d'appel de Paris du 31 mars 1998 avait retenu l'existence d'une discrimination à raison de l'état de santé dans l'application de cette clause (12), cet arrêt a été partiellement cassé par un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation qui, sans se prononcer clairement sur le point litigieux, a tout de même fait application de la clause, en relevant qu'elle s'appliquait quel que soit le motif de l'absence (13). Dans deux arrêts plus récents, la cour d'appel de Paris a écarté une contestation analogue (14).
- En deuxième lieu, il s'agit d'une mesure qui va au-delà des obligations légales des entreprises et, en particulier, du dispositif législatif de transfert des contrats de travail. Il nous semble que les partenaires conventionnels doivent se voir reconnaître une certaine marge de manœuvre pour en définir les modalités ;
- Enfin, si certains secteurs ayant institué un dispositif similaire n'ont pas introduit cette restriction, ou se sont montrés plus prudents, en exemptant par exemple les salariés en congé maladie(15), le secteur de la propreté n'est pas le seul à avoir adopté cette clause (16) ou une clause de portée analogue (17).

Nous vous invitons donc à écarter vous-même ce moyen.

L'invocation de la directive du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (2000/78/CE) est inopérante s'agissant de discriminations fondées sur l'état de santé ou la situation de famille. Et celle du 8 mars 2010 portant application de l'accord-cadre révisé sur le congé parental (2010/18/CE) n'est, en tout état de cause, pas fondée. Ce texte garantit le droit du salarié en congé parental à retrouver son poste de travail ou, en cas d'impossibilité, un travail équivalent ou similaire conforme à son

contrat ou à sa relation de travail (18). La disparition de l'emploi à la suite de la perte du marché caractérise une impossibilité au sens de la directive. Le salarié a alors droit, le cas échéant, à être affecté sur un emploi analogue.

Est aussi invoquée la disposition de la même directive qui exige des États qu'ils prennent les mesures nécessaires pour protéger les travailleurs contre un traitement moins favorable à raison de leur congé parental et, notamment, d'un licenciement. La Cour de justice considère qu'une telle formulation interdit les discriminations directes, c'est-à-dire les mesures prises au motif que le salarié a pris un congé parental, ce qui n'est pas le cas en l'espèce (19). En outre, le dispositif de « reclassement » que nous venons de mentionner constitue une garantie importante contre le licenciement.

La seconde contestation, concernant les salariés en CDD, est plus délicate. Elle s'appuie sur la directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée. Selon le point 1 de la clause 4, qui institue selon la Cour des dispositions précises et inconditionnelles : « *pour ce qui concerne les conditions d'emploi, les travailleurs à durée déterminée ne sont pas traités d'une manière moins favorable que les travailleurs à durée indéterminée comparables au seul motif qu'ils travaillent à durée déterminée, à moins qu'un traitement différent soit justifié par des raisons objectives* ».

Le droit interne comporte depuis 1979 des dispositions ayant un objet proche, qui ne sont pas invoquées. L'article L.1242-14 du code du travail prévoit notamment que les dispositions légales et conventionnelles applicables aux salariés en CDI s'appliquent également aux salariés en CDD, sauf en ce qui concerne la rupture du contrat de travail. Mais la lettre du texte est peu explicite et, de surcroît, elle ne comporte pas la réserve des « raisons objectives » justifiant une différence de traitement. En outre, si vous tenez compte de l'interprétation jurisprudentielle constante du droit interne pour apprécier le caractère complet d'une transposition (20), nous n'avons trouvé qu'un précédent inédit de la Cour de cassation appliquant ce texte, pour annuler une convention collective

(12) n° 96/35430.

(13) Cass. soc., 28 novembre 2000, n° 98-42813, au Bull., rectifié par un arrêt du 30 janvier 2001.

(14) V. explicitement : CA Paris, 2 avril 2004, *Mme Benchaâ*, n° 03/30305, à propos du congé parental d'éducation et implicitement : CA Paris, 9 avril 2008, n° 05/06073.

(15) V. pour les hôtels, cafés, restaurants, l'avenant n° 18 du 20 mars 2013.

(16) V. par exemple pour les prestataires de transport interurbain de voyageurs, un accord du 7 juillet 2009 étendu.

(17) V. avenant du 28 janvier 2011 à la convention collective nationale des entreprises de prévention et de sécurité.

(18) Cette garantie figure à l'article L. 1225-55 du code du travail. Mais la Cour de cassation admet qu'un motif économique puisse faire obstacle à ce que le salarié retrouve son emploi ou un emploi similaire (Cass. Soc., 1<sup>er</sup> avril 1992, n° 90-42529, au Bull.).

(19) CJUE, 20 juin 2013, *Rieniece*, C-7/12 ; il semble que ce ne soit qu'en combinaison avec la directive 76/207 sur le principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes qu'elle s'assure qu'une mesure relative au congé parental ne constitue pas une discrimination indirecte à raison du sexe, sous réserve qu'un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes prennent un tel congé.

(20) CE, 24 avril 2013, *Radu*, n° 3514602, aux T. ; il résulte également de cette décision qu'une directive peut être transposée « par anticipation ».

introduisant une discrimination directe entre ces deux catégories de salariés (21). Enfin, nous constatons que vous avez récemment jugé que ces dispositions de la directive n'avaient pas été transposées (22). Nous pensons par conséquent que tout justiciable peut en tout état de cause (23) demander l'annulation de tout acte administratif qui serait contraire à la directive, contrairement à ce que soutient la Fédération des entreprises de propreté et services associés.

Compte tenu de l'interprétation large qu'il convient de retenir de la notion de « conditions d'emploi » au sens de cette directive, selon la jurisprudence de la Cour de justice, il n'est pas douteux que la problématique du transfert du contrat de travail entre dans son champ d'application (24). Le moyen est donc opérant.

Sur le fond, la CJUE se montre exigeante dans l'application de ce texte. Elle juge ainsi que la notion de « raison objective » susceptible de justifier une différence de traitement requiert que « *l'inégalité de traitement constatée soit justifiée par l'existence d'éléments précis et concrets, caractérisant la condition d'emploi dont il s'agit, dans le contexte particulier dans lequel elle s'insère et sur le fondement de critères objectifs et transparents, afin de vérifier si cette inégalité répond à un besoin véritable, est apte à atteindre l'objectif poursuivi et est nécessaire à cet effet. Lesdits éléments peuvent résulter, notamment, de la nature particulière des tâches pour l'accomplissement desquelles des contrats à durée déterminée ont été conclus et des caractéristiques inhérentes à celles-ci ou, le cas échéant, de la poursuite d'un objectif légitime de politique sociale d'un État membre* » (25). Vous noterez aussi que la directive 2001/23/CE du 12 mars 2001 qui traite du transfert de contrat de travail en cas de cession ou de fusion précise que les salariés sous CDD ne peuvent être exclus pour ce seul motif de son champ d'application.

En l'espèce, les salariés sous CDD, autres que les CDD de remplacement, sont exclus du bénéfice de la mesure. Concrètement, cette exclusion pénalise les salariés dont le CDD est justifié par un accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise (26).

Nous ne pensons pas que vous soyez dans l'hypothèse de l'arrêt Valenza où la différenciation était fondée sur la seule nature temporaire de la relation de travail, puisque, comme nous venons de le dire, les CDD de remplacement, pourtant temporaires, bénéficient du transfert. Il s'agit ici de tenir compte du caractère conjoncturel du besoin que le recrutement sous CDD vise à satisfaire, c'est-à-dire, pour reprendre la formule que nous citons, « *de la nature particulière des tâches pour l'accomplissement desquelles des contrats à durée déterminée ont été conclus et des caractéristiques inhérentes à celles-ci* ». Or cette prise en compte ne manque pas de pertinence au regard de l'objet du dispositif litigieux. On voit bien que le transfert de contrats de travail de salariés qui n'ont été recrutés que pour faire face à un besoin circonstanciel et exceptionnel, dont il n'est pas certain qu'il survive au changement de prestataire compte tenu de l'organisation qu'il a retenue, reviendrait à faire peser sur l'entreprise reprenneuse une charge supplémentaire sans justification solide. Il faut aussi rappeler qu'un tel CDD ne peut être rompu avant terme que pour faute grave, force majeure ou inaptitude physique. Par conséquent, le salarié qui, faute de se voir appliquer le dispositif de transfert, demeure dans l'entreprise cédante ne court aucun risque de licenciement à raison de la seule perte du marché, qui n'est certainement pas un cas de force majeure, puisqu'elle est parfaitement prévisible (27). Il devra donc être employé par l'entreprise jusqu'au terme de son contrat. Au regard de l'objectif premier du dispositif, qui est de lutter contre la précarisation, l'exclusion est neutre.

(21) Cass. Crim., 14 mai 1985, *Peyrouse et Vivacoop*, Jurisocial 1986, F4.

(22) CE, 5 mai 2014, *Reiter*, n° 355580, aux T. sur un autre point.

(23) Nous conservons un doute sur le point de savoir s'il vous appartient de confronter un acte réglementaire à une directive (ou à tout le moins à ses objectifs) lorsque celle-ci a été intégralement transposée. La rédaction de la décision d'Assemblée *Mme Perreux* du 30 octobre 2009 (n° 298348, au Rec.) ne paraît pas faire de distinction (V. aussi, ne relevant pas l'absence de mesure de transposition : CE, 7 décembre 1984, *Fédération française des sociétés de protection de la nature*, n° 41971-41972, au Rec.). Il nous paraîtrait plus logique de ne confronter l'acte réglementaire qu'aux dispositions de transposition, qui sont en principe plus complètes et peuvent traduire l'usage par l'Etat des marges de manœuvre que lui ménage la directive. Le requérant peut naturellement soutenir que les dispositions de transposition méconnaissent eux-mêmes les objectifs de la directive – autrement dit, que la directive a été mal transposée. Mais en-dehors de cette hypothèse, il nous semble que la directive « *épouse ses effets* » par une transposition complète (V. pour un raisonnement de ce type, mais à propos d'une déclaration d'utilité publique : CE, Ass., 12 avril 2013, *Association Coordination interrégionale Stop THT et autres*,

n° 342409 et s., au Rec. : « *que les requérants ne peuvent utilement soutenir qu'il [l'arrêt de DUP] serait incompatible avec les dispositions de l'article 9 de la directive du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, dont l'article L. 122-1 du code de l'environnement assure une transposition complète (...)* »).

(24) Relève par exemple de ce champ la prise en compte des périodes sous CDD pour le calcul de la durée d'ancienneté lors de la conclusion d'un CDI (CJUE, 18 octobre 2012, *Valenza et autres*, C-302/11 à C-305/11).

(25) CJUE, 18 octobre 2012, *Valenza et autres*, C-302/11 à C-305/11, § 51 ; la seule nature temporaire de la relation d'emploi ne constitue évidemment pas une raison objective de différenciation entre salariés sous CDD et sous CDI, puisque cela reviendrait à vider l'accord-cadre de toute portée (même arrêt, § 52).

(26) Le secteur du nettoyage ne fait pas partie de ceux pour lesquels des « CDD d'usage » peuvent être conclus, faute de stipulation conventionnelle en ce sens et faute de figurer dans la liste de l'article D. 1242-1 du code du travail. Par ailleurs, la notion d'emploi saisonnier apparaît peu pertinente dans ce secteur.

(27) V. à propos des difficultés économiques (Cass. Soc., 28 avril 1986, *Bull. civ. V*, n° 179).

Nous ne sommes donc pas certain que la différence de traitement instituée par l'accord se heurte à l'accord-cadre. Cette hésitation, et le fait qu'une annulation rejaillirait sur d'autres accords collectifs comportant une clause analogue, nous paraît justifier une question préjudicielle à la Cour de justice, que vous pouvez lui adresser vous-même alors même

qu'est en cause un acte de droit privé (28).

Par ces motifs nous concluons au sursis à statuer le temps que la Cour de justice de l'Union européenne réponde à cette question préjudicielle, et au rejet du surplus des conclusions à fins d'annulation.

**Alexandre Lallet**

(28) V. votre jurisprudence de Section du 23 mars 2012, *Fédération Sud Santé sociaux*, n° 331805, au Rec.

## **1° TRANSFERT D'ENTREPRISE** Transfert conventionnel – Périmètre – Restrictions – Appréciation – Convention collective – Extension – Exclusion du transfert des salariés absents depuis plus de 4 mois.

## **2° TRIBUNAUX** Séparation des autorités administratives et judiciaires – Dualisme juridictionnel – Juge administratif – Appréciation de la légalité d'un accord collectif – Question préjudicielle résultant de la compétence de principe de l'ordre judiciaire – Exceptions en vertu de la bonne administration de la justice et du droit du justiciable à un délai raisonnable – Compétence du juge administratif pour se prononcer sur la légalité – 1° Illégalité manifeste – Jurisprudence établie – 2° Primauté du droit communautaire (art. 88-1 Constitution) – Effectivité.

CONSEIL D'ÉTAT (1<sup>ère</sup> / 6<sup>ème</sup> ssr) 28 novembre 2014  
Union syndicale Solidaires (req. n° 362.823, tables)

1. Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article L.2261-15 du code du travail : « Les stipulations d'une convention de branche ou d'un accord professionnel ou interprofessionnel, répondant aux conditions particulières déterminées par la sous-section 2, peuvent être rendues obligatoires pour tous les salariés et employeurs compris dans le champ d'application de cette convention ou de cet accord, par arrêté du ministre chargé du travail, après avis motivé de la Commission nationale de la négociation collective » ; qu'aux termes de l'article L.2261-25 du même code : « Le ministre chargé du travail peut exclure de l'extension, après avis motivé de la Commission nationale de la négociation collective, les clauses qui seraient en contradiction avec des dispositions légales » ;

2. Considérant que l'article 7-2 de la convention collective nationale des entreprises de propreté et des services associés du 26 juillet 2011 prévoit, en cas de changement de prestataire à la suite de la cessation d'un contrat commercial ou d'un marché public, que le nouveau prestataire garantit l'emploi des salariés de l'entreprise sortante, titulaires d'un contrat à durée indéterminée, affectés au marché faisant l'objet de la reprise depuis au moins six mois à la date d'expiration du contrat commercial ou du marché, qui ne sont pas absents depuis quatre mois ou plus à cette même date, à la seule exception des salariées en congé maternité ; que ce même article accorde également le bénéfice de cette garantie aux salariés de l'entreprise sortante titulaires d'un contrat à durée déterminée conclu pour le remplacement d'un salarié absent remplissant les conditions pour bénéficier de cette garantie ; que l'Union syndicale Solidaires demande l'annulation pour excès de pouvoir de l'arrêté du 23 juillet 2012 par lequel le ministre chargé du travail a étendu cette convention sur le fondement de l'article L.2261-15 du code du travail, en ce qu'il n'exclut

pas de cette extension les clauses de l'article 7-2 qui exceptent du bénéfice de cette garantie, d'une part, les salariés titulaires d'un contrat à durée indéterminée absents depuis quatre mois ou plus à la date d'expiration du contrat ou du marché pour un motif autre qu'un congé maternité et, d'autre part, les salariés titulaires d'un contrat à durée déterminée conclu pour un motif autre que le remplacement d'un salarié absent remplissant les conditions pour bénéficier de cette garantie ;

3. Considérant que, lorsque, à l'occasion d'un litige relevant de la compétence de la juridiction administrative, une contestation sérieuse s'élève sur la validité d'un arrêté prononçant l'extension ou l'agrément d'une convention ou d'un accord collectif de travail, il appartient au juge saisi de ce litige de surseoir à statuer jusqu'à ce que l'autorité judiciaire se soit prononcée sur la question préjudicielle que présente à juger cette contestation ; que, toutefois, eu égard à l'exigence de bonne administration de la justice et aux principes généraux qui gouvernent le fonctionnement des juridictions, en vertu desquels tout justiciable a droit à ce que sa demande soit jugée dans un délai raisonnable, il en va autrement s'il apparaît manifestement, au vu d'une jurisprudence établie, que la contestation peut être accueillie par le juge saisi au principal ; qu'en outre, s'agissant du cas particulier du droit de l'Union européenne, dont le respect constitue une obligation, tant en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qu'en application de l'article 88-1 de la Constitution, il résulte du principe d'effectivité issu des dispositions de ces traités, telles qu'elles ont été interprétées par la Cour de justice de l'Union européenne, que le juge national chargé d'appliquer les dispositions du droit de l'Union a l'obligation d'en assurer le plein effet en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire ; qu'à cet effet, le juge administratif doit pouvoir,

en cas de difficulté d'interprétation de ces normes, en saisir lui-même la Cour de justice à titre préjudiciel ou, lorsqu'il s'estime en état de le faire, appliquer le droit de l'Union européenne, sans être tenu de saisir au préalable l'autorité judiciaire d'une question préjudicielle, dans le cas où serait en cause devant lui, à titre incident, la conformité d'une convention ou d'un accord collectif au droit de l'Union européenne ;

Sur la validité de l'exclusion des salariés titulaires d'un contrat à durée indéterminée absents depuis quatre mois ou plus à la date d'expiration du contrat commercial ou du marché :

4. Considérant, en premier lieu, que la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, en vertu de son article 1<sup>er</sup>, « a pour objet d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail, en vue de mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement » ; que, par suite, l'organisation requérante ne peut utilement soutenir que les clauses litigieuses, en ce qu'elles créeraient des discriminations fondées sur la santé et sur la situation de famille des salariés, méconnaîtraient les objectifs de cette directive, qui n'inclut pas de telles discriminations dans son champ d'application ;

5. Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes de l'article L. 1132-1 du code du travail : « Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement (...), aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1<sup>er</sup> de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière (...) de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison (...) de sa situation de famille ou de sa grossesse (...) ou en raison de son état de santé ou de son handicap » ; que, selon le deuxième alinéa de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 27 mai 2008 :

« Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner (...) un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés » ;

6. Considérant que, parmi les salariés titulaires d'un contrat à durée indéterminée absents depuis quatre mois ou plus à la date d'expiration du contrat ou du marché, figurent notamment, pour une part importante, des salariés en congé de maladie ou bénéficiaires d'un congé parental d'éducation ; que, toutefois, les stipulations de la convention collective du 26 juillet 2011 visent à la fois à permettre au nouveau prestataire de répondre dans les meilleures conditions aux attentes de son client et à préserver la stabilité de la situation des salariés affectés aux prestations qui font l'objet du nouveau contrat ou du nouveau marché ; que l'exclusion des salariés durablement absents du bénéfice du transfert des contrats de travail répond de façon appropriée aux buts, légitimes, de transférer au nouveau prestataire les contrats des salariés qui assurent effectivement les prestations objet du contrat

ou du marché et d'éviter le risque de pratiques déloyales susceptibles d'affecter la concurrence ; que, par suite, le moyen tiré de la méconnaissance de l'article L. 1132-1 du code du travail, qui ne soulève pas une contestation sérieuse, doit être écarté ;

7. Considérant, en dernier lieu, qu'aux termes de l'article 1<sup>er</sup> de la directive 2010/18/UE du Conseil du 8 mars 2010 :

« La présente directive porte application de l'accord-cadre révisé sur le congé parental conclu le 18 juin 2009 par les organisations européennes interprofessionnelles de partenaires sociaux (BusinessEurope, UEAPME, CEEP et CES) (...) » ; qu'aux termes du 1 de l'article 3 de cette directive : « Les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive ou s'assurent que les partenaires sociaux ont mis en place les mesures nécessaires par voie d'accord, au plus tard le 8 mars 2012 (...) » ; qu'aux termes de la clause 5 de l'accord-cadre : « 1. A l'issue du congé parental, le travailleur a le droit de retrouver son poste de travail ou, si cela se révèle impossible, un travail équivalent ou similaire conforme à son contrat ou à sa relation de travail. (...) / 4. Pour faire en sorte que les travailleurs puissent exercer leur droit au congé parental, les États membres et/ou les partenaires sociaux prennent les mesures nécessaires pour protéger les travailleurs contre un traitement moins favorable ou le licenciement en raison de la demande ou de la prise d'un congé parental, conformément à la législation, aux conventions collectives et/ou à la pratique nationales » ;

8. Considérant que les stipulations litigieuses s'appliquent de la même façon à tous les salariés titulaires d'un contrat à durée indéterminée absents depuis quatre mois ou plus à la date d'expiration du contrat commercial ou du marché dont leur employeur était titulaire, quel que soit le motif de cette absence, à la seule exception des salariées en congé maternité ; que si les salariés bénéficiaires d'un congé parental d'éducation depuis plus de quatre mois à cette date ne peuvent bénéficier du dispositif conventionnel de transfert de leur contrat de travail, ils restent salariés de l'entreprise qui était leur employeur à la date de leur départ en congé parental d'éducation, celle-ci devant, en application de l'article L. 1225-55 du code du travail, les affecter, à l'issue de ce congé, dans un emploi similaire à celui qu'ils occupaient précédemment, assorti d'une rémunération au moins équivalente ; que, dans ces conditions, le moyen tiré de la méconnaissance des objectifs de la directive 2010/18/UE par l'article 7-2 de la convention collective du 26 juillet 2011, qui ne soulève pas de contestation sérieuse, doit être écarté ;

Sur la validité de l'exclusion de certains salariés titulaires d'un contrat à durée déterminée :

9. Considérant qu'aux termes de l'article 1<sup>er</sup> de la directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 : « La présente directive vise à mettre en œuvre l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée (...) conclu le 18 mars 1999 entre les organisations interprofessionnelles à vocation générale (CES, UNICE, CEEP) » ; qu'aux termes de l'article 2 de cette directive : « Les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le 10 juillet 2001 ou s'assurent, au plus tard à cette date, que les partenaires sociaux ont mis en place les dispositions nécessaires par voie d'accord, les États membres devant prendre toute

disposition nécessaire leur permettant d'être à tout moment en mesure de garantir les résultats imposés par la présente directive (...) » ; qu'aux termes de la clause 4, point 1, de cet accord-cadre : « Pour ce qui concerne les conditions d'emploi, les travailleurs à durée déterminée ne sont pas traités d'une manière moins favorable que les travailleurs à durée indéterminée comparables au seul motif qu'ils travaillent à durée déterminée, à moins qu'un traitement différent soit justifié par des raisons objectives » ;

10. Considérant que l'union requérante soutient qu'en excluant du bénéfice du transfert conventionnel du contrat de travail les salariés titulaires d'un contrat à durée déterminée conclu pour un motif autre que le remplacement d'un salarié absent remplissant les conditions pour bénéficier de ce transfert, l'article 7-2 de la convention collective du 26 juillet 2011 méconnaît les objectifs de la directive 1999/70/CE ; que, toutefois, l'exclusion de certains salariés titulaires d'un contrat à durée déterminée du bénéfice de la garantie prévue par l'article 7-2, et notamment des salariés titulaires d'un tel contrat conclu en cas d'accroissement temporaire d'activité de l'entreprise sortante, répond à l'objectif de transférer au nouveau prestataire les contrats de salariés qui assurent, de manière constante et régulière, les prestations objets du contrat ou du marché et d'éviter le risque de pratiques déloyales susceptibles d'affecter la concurrence ; que ce traitement moins favorable de certains travailleurs à durée déterminée est ainsi justifié par des raisons objectives ; que, dans ces conditions, le moyen tiré de la méconnaissance des objectifs de la directive 1999/70/CE du 28 juin 1999 par l'article 7-2 de la convention collective du 26 juillet 2011, qui ne soulève pas de contestation sérieuse, doit être écarté ;

11. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'Union syndicale Solidaires n'est pas fondée à demander l'annulation de l'arrêté qu'elle attaque en tant qu'il étend sans réserves l'article 7-2 de la convention collective nationale des entreprises de propreté et des services associés ;

#### DÉCIDE :

Article 1<sup>er</sup> : La requête de l'Union syndicale Solidaires est rejetée.

(M. Faure, rapp. – M. Lallet, rapp. pub. – SCP Gatineau, Fattaccini, av.)

#### Note.

À la suite de l'arrêt *Nova Services* (1) et des arrêts *Desquennes et Giral* (2) au milieu des années 1980, les chantiers de nettoyage, de gardiennage et de restauration de collectivité, pour ne citer que les branches d'activité les plus importantes concernées, ont été

écartées, on le sait, de l'application jusqu'alors extensive de l'article L. 122-12, désormais L. 1224-1 : « l'exécution d'un marché de prestation de services par un nouveau titulaire ne réalise pas, à elle seule, le transfert d'une entité économique ayant gardé son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise » (2 bis) estime la Cour de Cassation.

Effrayés par les conséquences de ce revirement de jurisprudence, les partenaires sociaux eurent tôt fait de conclure des accords de branches instituant un transfert dit « conventionnel » des contrats de travail, et d'eux seuls, à l'exclusion donc des accords d'entreprise, en cas de perte de marché et de changement de prestataires (3).

L'accord conclu dans le cadre de la Convention collective nationale du nettoyage, devenue depuis lors Convention collective de la propreté et services associés, restreint le champ des salariés bénéficiaires du transfert, en excluant ceux absents depuis plus de quatre mois : il s'agissait là, manifestement, d'écarter les salariés depuis trop longtemps en arrêt maladie et, secondairement, les salarié(e)s en congé parental d'éducation, les autres cas de suspension du contrat de travail étant marginaux en volume, si nombreux soient-ils dans leur typologie (4). Dans le même temps, cette exclusion permettait ce que l'on ne peut qualifier que d'« écrémage », par une mesure discrète, mais ô combien efficace, de réduction du personnel (5).

Lors de la refonte de la Convention collective de la propreté, ratifiée le 26 juillet 2011, ces clauses d'exclusion furent reconduites en l'état, quand bien même, depuis le tournant des années 2000, le droit de l'Union européenne avait consacré la notion jurisprudentielle de discrimination indirecte, notamment par la directive n° 2000/78/CE, et imposé (6), pour ce qui concerne les salarié(e) en congé parental d'éducation, leur réintégration non pas seulement dans le même emploi, ce qui permet à l'employeur, notamment, de faire jouer, à cette occasion, une clause de mobilité, mais bien au même poste de travail.

Profitant de l'arrêté d'extension daté du 23 juillet 2012, l'Union syndicale Solidaires saisit le Conseil d'État quant à la légalité de cet acte administratif en tant qu'il cautionnait ces exclusions ; secondairement, elle mettait en cause les restrictions posées

(1) Cass. Soc. 15 novembre 1985, pourvoi n° 82-40301, Dr. Ouv. 1986, p. 24 et obs. D. Joseph, Dr. Ouv. 1986, p. 85.

(2) Cass. Soc. 12 juin 1986, pourvois nos 85-43194, 85-43746 et 85-43787, Dr. Ouv. 1987, p. 24.

(2 bis) sur la mise en œuvre de cet article, ou se reportera utilement à B. Lardy-Pélissier « Le transfert d'entreprise », Dr. Ouv. 2012 p. 398.

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

(4) Congé individuel de formation, congé sabbatique, congé pour création d'entreprise, congé d'adoption, de présence parentale, de soutien familial, de solidarité familiale, de solidarité internationale, pour ne citer que ceux susceptibles d'être d'une durée supérieure à quatre mois.

(5) Notons ici que cette volonté d'écarter du bénéfice du transfert les salariés absents pour maladie n'est pas nouvelle et que la Cour de cassation, dans le cadre d'un litige civil dont elle avait eu à connaître, avait su y faire échec (Cass. Soc. 6 novembre 1991, n° 87-45741).

(6) Directive 2010/18/UE du 8 mars 2010.

par ce même accord aux transferts des salariés sous contrat à durée déterminée. Au terme de deux ans de procédure, la Haute juridiction vient de rejeter ses prétentions et ainsi valider, en l'état, les clauses litigieuses.

Dans le troisième considérant, le Conseil d'État rappelle l'office du juge confronté à un acte ressortissant de la compétence d'un ordre de juridiction qui n'est pas le sien ; lorsque la contestation est jugée sérieuse - tel ne lui a pas semblé être le cas en l'espèce et on peut le regretter - le recours à une question préjudicielle peut être écartée selon un jeu complexe de conditions (7).

Pour ce qui concerne le moyen tiré de la violation de la directive 2000/78/CE prohibant les discriminations, notamment en raison du handicap, qu'elles soient directes ou indirectes, le juge administratif, dans un premier temps, reconnaît - ce que soutenait le requérant, sans toutefois être en mesure de le démontrer - qu'indubitablement, la maladie constitue, avec les congés parentaux d'éducation, la cause première des arrêts de longue durée. Ce faisant, il balayait l'argument de l'organisation patronale qui, dans les observations qu'elle avait été invitée à présenter, soutenait qu'il appartenait au demandeur d'apporter cette preuve.

Toutefois, le Conseil d'État, refusant, au demeurant, de renvoyer la question devant la Cour de justice de l'Union européenne comme l'y invitait la demanderesse, écarte ce moyen en rappelant que la directive n° 2000/78/CE interdit, certes, les discriminations en raison du handicap, mais nullement en raison de l'état de santé, et que la maladie est chose toute distincte du handicap. Un tel raisonnement ne peut que laisser perplexe, si l'on se réfère à la notion de handicap telle que définie par le Code du travail : « *Est considérée comme travailleur handicapé toute personne dont les possibilités d'obtenir ou de conserver un emploi sont effectivement réduites par suite de l'altération d'une ou plusieurs fonctions physique, sensorielle, mentale ou psychique* » (8). Par construction donc, l'exclusion d'une personne du bénéfice du droit au transfert de son contrat en raison de son état de santé la classe comme *handicapée* dès lors qu'elle réduit ses possibilités de conserver son emploi.

Au-delà même, l'absence de plus de quatre mois peut laisser présumer des risques forts d'inaptitude

partielle ou totale au poste de travail : ainsi, l'exclusion contestée constitue-t-elle, sans nul doute, une discrimination indirecte, fut-elle de second degré. À ce titre, la mise à l'écart de la norme européenne par le juge apparaît pour le moins bien discutable.

Dans ce sens, l'article L.1132-1 du Code du travail (9) semble, certes, plus large ou généreux que la directive précitée qu'il est réputé transcrire en droit interne, excluant non seulement les discriminations en raison du handicap mais également de l'état de santé. La Haute juridiction administrative en écarte cependant l'application, estimant que ces « *stipulations de la convention collective du 26 juillet visent à la fois à permettre au nouveau prestataire de répondre dans les meilleures conditions aux attentes du client et à préserver la stabilité de la situation des salariés affectés aux prestations qui font l'objet du nouveau contrat ou du nouveau marché ; que l'exclusion des salariés durablement absents du bénéfice du transfert des contrats de travail répond de manière appropriée aux buts, légitimes, de transférer au nouveau prestataire les contrats des salariés qui assurent effectivement les prestations objet du contrat ou du marché et d'éviter le risque de pratiques déloyales susceptibles d'affecter la concurrence* ».

Que les stipulations contestées permettent au nouveau prestataire de répondre dans les meilleures conditions financières possibles, on ne saurait en douter ; que cela s'effectue dans des conditions de concurrence qui se doivent être, comme on sait, « *libres et non faussées* », l'entreprise sortante est en droit d'en douter - et nous avec. Mais il y a plus encore, et bien plus grave : on voit ici que le Conseil d'État, alors même que l'article L. 1132-1 ne peut être écarté que « *lorsque les différences de traitement répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante* », fait primer l'intérêt commercial ou financier, non seulement sur la règle de droit, mais plus même, sur la valeur fondamentale qu'elle transcrit, le principe de non-discrimination. Les « *petits arrangements entre amis* » au sein de cette branche professionnelle, qui vont jusqu'à prendre la forme d'accords collectifs, sont bien connus de tous et ont fait l'objet de sanctions par les tribunaux tant administratifs que judiciaires (10) ; il est regrettable que le Conseil d'État détourne les yeux de cette réalité.

**Jacques Déchoz**, Inspecteur du travail

(7) Trib. Conf. 17 oct. 2011, *SCEA du Chêneau* et Trib. Conf. 12 déc. 2011, *Green Yellow*, Dr. Ouv. 2013 p.648 n. A. Mazières ; add. le dossier récent à l'AJDA du 16 fév. 2015, *Actualité des questions préjudicielles* et en particulier l'article de J. Lessi.

(8) Article L.5213-1.

(9) « *Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte,*

(...) en raison de son état de santé ou de son handicap ». Notons ici que le texte pendant du Code pénal, l'article 225-1, prohibe, au même titre que les discriminations en raison du handicap, celles en raison de l'état de santé « *sauf inaptitude médicalement constatée* ».

(10) Conseil d'État (1<sup>ère</sup> et 6<sup>ème</sup> ssr) 23 décembre 2010, n°332.493 et Tribunal de grande instance de Paris (1<sup>ère</sup> ch. - sect. soc.) 9 février 2010, Dr. Ouv. 2010, p.324, n. P. Rennes et p.33, n. M. Grévy.