

## LOI TRAVAIL : LA PARER / S'EN EMPARER ?

I. Défendons l'exigence de cause réelle et sérieuse

# Dérogation légale à l'obligation de transfert : le garde-fou de la Directive

par Savine BERNARD, Avocate au Barreau de Paris

### PLAN

1. Un encadrement strict pour tenter de sécuriser le texte
2. Le garde-fou de la directive

La loi du 8 août 2016, ouvrant une brèche, a instauré une possibilité de déroger à l'obligation de transférer les salariés en application de l'article L.1224-1 du Code du travail (1). Le législateur, en s'attaquant à l'obligation de transfert, a certes strictement encadré la possibilité donnée à l'employeur d'y déroger. Ce n'est pas tant par altruisme et par souci de protection de l'emploi qu'en raison de l'inquiétude de donner le jour à une disposition contraire au droit communautaire. Il n'est toutefois pas certain que les précautions prises suffisent à éviter cet écueil.

## 1. Un encadrement strict pour tenter de sécuriser le texte

En application de l'article L.1233-61, modifié par la loi du 8 août 2016, cinq conditions doivent être remplies pour que l'employeur puisse déroger à son obligation de transférer tous les salariés rattachés à une entité économique autonome.

La possibilité de déroger n'est ouverte que dans les entreprises de plus de 1.000 salariés, dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi, lorsque ce plan comporte, en vue d'éviter la fermeture d'un ou de plusieurs établissements, le transfert d'une ou de plusieurs entités économiques, et lorsque ces entreprises cessionnaires souhaitent accepter une offre de reprise dans les conditions mentionnées à l'article L.1233-57-19 (obligation de rechercher un repreneur en cas de projet de fermeture d'un établissement). Cette dérogation n'est donc permise que dans les entreprises de grande taille, uniquement dans le cadre de difficultés économiques avec PSE et aux fins d'éviter la fermeture d'un établissement.

Ces conditions doivent donc être remplies et « les dispositions de l'article L.1224-1, relatives au transfert des contrats de travail ne s'appliquent que dans la limite du nombre des emplois qui n'ont pas été supprimés à la suite des licenciements, à la date d'effet de ce transfert » (2).

La crainte de non-conformité du texte à la directive européenne sur les transferts a conduit le Gouvernement à enserrer sa rédaction et encadrer ses conditions de mise en œuvre.

L'étude d'impact de la loi a ce mérite qu'elle affiche, outre une meilleure connaissance, par les rédacteurs du droit européen, les craintes que celui-ci suscite, notamment sur ces nouvelles dispositions. Ainsi, il y est mentionné « une dérogation pure et simple au principe du transfert des contrats de travail, y compris lorsqu'il résulte de la décision de céder une partie de ses activités de l'entreprise pour un motif quelconque, y compris hors difficultés économiques, paraît à la fois difficilement compatible avec la législation de l'Union européenne et sans réelle justification sur le fond. Une application générale à toute situation de licenciements économiques, y compris non collectifs, c'est-à-dire portant sur moins de 10 salariés sur une période de 30 jours, et donc ne donnant pas lieu à l'établissement d'un PSE, est, certes, en principe, envisageable. Mais cette situation ne correspond pas à l'objectif de préservation d'emplois **dans des conditions les plus sécurisées possibles** » (3).

Les faiblesses du montage sont telles que le rédacteur de l'étude d'impact ne peut les dissimuler et préfère les mentionner explicitement tout en tentant de les minimiser. Il suffit donc de suivre la direction qu'il nous indique.

(1) E. Peskine, C. Wolmark, *Droit du travail*, 11<sup>ème</sup> ed., 2016, Dalloz coll. Hypercours, § 505 s. ; M. Carles, « Le transfert d'entreprise », num. spec. RPDs n° 773, sept. 2009.

(2) Art. L. 1233-61, C. trav.

(3) Étude d'impact – Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, 24 mars 2016, p. 318.

## 2. Le garde-fou de la directive

La directive 2001/23/CE du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprise, d'établissement ou de partie d'établissements, prévoit elle-même deux possibilités de déroger à l'obligation de transfert des contrats de travail des salariés, obligation définie à l'article 3 de la directive. L'article 5 de la directive énonce : « *les articles 3 et 4 ne s'appliquent pas au transfert d'une entreprise, d'un établissement ou d'une partie d'entreprise ou d'établissement lorsque le cédant fait l'objet d'une procédure de faillite ou d'une procédure d'insolvabilité analogue ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant et se trouvant sous le contrôle d'une autorité publique compétente (qui peut être un syndic autorisé par une autorité compétente)* ». La directive exclut donc de son champ les cessions d'entreprise, d'établissement ou de partie d'établissement dans le cadre des cessions liées aux difficultés économiques du cédant, mais à la stricte condition que cette cession s'inscrive dans une procédure de faillite et sous le contrôle d'une autorité publique compétente.

C'est dans la lignée de cette disposition que s'inscrit l'article L. 642-5 du Code de commerce, qui énonce que le tribunal de commerce, dans le cadre d'une cession d'entreprise s'inscrivant dans une liquidation judiciaire de la société, peut prévoir, dans le plan de cession, des licenciements pour motif économique, le liquidateur ou l'administrateur étant autorisé à notifier un licenciement en lieu et place d'un transfert.

Cette dérogation légale à l'obligation de transférer les contrats de travail n'était donc, à ce jour, autorisée par le droit français que sous le contrôle du juge et avec sa validation, dans le cadre des seules procédures de liquidation judiciaire.

Les nouvelles dispositions de l'article L. 1233-61 ne cherchent rien moins qu'à élargir cette possibilité aux plans de cession, hors liquidation judiciaire et hors contrôle du tribunal de commerce.

L'article 4, § 1 de la directive prévoit une autre dérogation à l'obligation de transfert des contrats de travail, puisqu'il n'interdit pas le licenciement pour motif économique à l'occasion d'un transfert : « *le transfert d'une entreprise, d'un établissement ou d'une partie d'entreprise ou d'établissement ne*

*constitue pas, en lui-même, un motif de licenciement pour le cédant ou le cessionnaire. Cette disposition ne fait pas obstacle à des licenciements pouvant intervenir pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation impliquant des changements sur le plan de l'emploi* » (4).

La Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion, dans différents arrêts, de se prononcer sur la conformité ou la non-conformité à la directive de différentes législations nationales de pays de l'Union européenne instaurant des dérogations à l'obligation de transfert prévue par la directive. La CJUE se livre alors à une analyse du système instauré au regard des dispositions de la directive, précisant à cette occasion les conditions dans lesquelles elle considère qu'un système institué de dérogation à l'obligation de transfert s'inscrit dans l'article 5 de la directive.

Ainsi, dans un arrêt du 7 février 1985 (5), la Cour a jugé que « *la directive est applicable à une procédure telle qu'une « séance van betaling » (sursis de paiement), bien qu'elle présente certaines caractéristiques communes avec la procédure de faillite* » : la Cour a, en effet, estimé que les raisons qui justifiaient l'inapplicabilité de la directive dans le cas des procédures de faillite n'étaient pas valables lorsque la procédure en cause comportait **un contrôle du juge d'une portée plus restreinte qu'en cas de faillite**, et lorsqu'elle **tendait, en dernier lieu, à la sauvegarde de la masse et, le cas échéant, à la poursuite de l'activité** de l'entreprise au moyen d'un sursis collectif de paiement, en vue de trouver un règlement permettant d'assurer l'activité de l'entreprise à l'avenir.

Dans un arrêt du 25 juillet 1991 (6), la Cour a jugé que la directive est applicable « *lorsque, dans le cadre d'un ensemble législatif du type de celui de l'administration extraordinaire des grandes entreprises en crise, la poursuite de l'activité de l'entreprise a été décidée et aussi longtemps que cette dernière décision demeure en vigueur. En pareille hypothèse, l'objectif de la procédure d'administration extraordinaire est, en premier lieu, de donner un équilibre permettant d'assurer son activité pour l'avenir. L'objectif économique et social ainsi poursuivi ne saurait expliquer, ni justifier que, lorsque l'entreprise concernée fait l'objet d'un transfert total ou partiel, ses travailleurs soient privés des droits que leur reconnaît la directive dans les conditions qu'elle précise* » (7).

(4) B. Lardy-Pélessier, « Le transfert d'entreprise », Dr. Ouv. 2012 p. 498.

(5) CJUE, 7 février 1985, *Abels*, aff. 135/83.

(6) CJUE, 25 juillet 1991, *D'Urso*, aff. C-392/89.

(7) CJUE, 25 juillet 1991, préc., points 29 et 32 à 34.

Dans un arrêt du 7 décembre 1995 (8), la Cour a considéré que la directive s'appliquait au transfert d'une entreprise dont la situation de crise a été reconnue conformément à la loi italienne n°675 du 12 août 1977 : « elle a notamment observé que l'acte par lequel une entreprise est déclarée en état de crise est **destiné à permettre le rétablissement de la situation économique et financière de l'entreprise et surtout le maintien de l'emploi**, que la procédure en question tend donc à favoriser le maintien de son activité en vue d'une reprise ultérieure et que, **contrairement aux procédures de faillite, elle ne comporte aucun contrôle judiciaire, ni aucune mesure d'administration du patrimoine de l'entreprise et ne prévoit aucun sursis de paiement** » (9).

Enfin, dans un arrêt du 12 mars 1998 (10), la Cour retenait que ne pouvait relever du régime dérogatoire prévu au titre des faillites la situation dans laquelle l'objectif recherché était celui de la poursuite de l'activité de l'entreprise cédante : « en pareille hypothèse, **la continuité de l'exploitation est assurée** lorsque l'entreprise fait l'objet du transfert. Par conséquent, rien ne justifie que les travailleurs soient privés des droits que leur garantie la directive dans les conditions qu'elle précise » (11), « l'article 1<sup>er</sup> paragraphe 1 de la directive doit être interprété en ce sens que celle-ci s'applique en cas de transfert d'une entreprise en état de liquidation judiciaire lorsque l'activité de l'entreprise est poursuivie » (12).

Il ressort de ces décisions que la CJUE n'admet un système institué de dérogation à l'obligation de transfert, dans le cadre des procédures de faillite prévues à l'article 5, qu'à la condition que la procédure se déroule sous le contrôle d'un juge et ne vise pas à la poursuite de l'activité de l'entreprise cédante.

Autant de conditions que ne remplit pas l'article L.1233-61, dont les dispositions prévoient une dérogation à l'obligation de transfert, dans le cadre d'un accord amiable entre deux entreprises, sans contrôle d'un juge et visent à permettre le rétablissement de l'entreprise cédante qui poursuit son activité.

Si l'étude d'impact précise que la Directive « doit contrôler le respect de l'obligation de recherche de repreneurs dans le cadre de son contrôle

relatif à l'homologation et la validation du PSE », uniquement pour les entreprises soumises à l'obligation de rechercher un repreneur, conformément à l'article L.1233-57-9 du Code du travail, et que « de même que la reprise totale, la reprise partielle continuera d'être prise en compte au titre de la vérification de cette obligation, comme c'est déjà le cas actuellement », on ignore quelle sera l'étendue de ce contrôle qui, en tout état de cause, ne saurait être assimilé à un contrôle juridictionnel (13).

À la lecture de ces arrêts, on peut donc penser que, dans le cadre d'une question préjudicielle, la Cour de justice de l'Union européenne jugerait que la cession d'une ou plusieurs entités économiques, dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi en vue d'éviter la fermeture d'un ou de plusieurs établissements, ne permet pas d'institutionnaliser un système de dérogation à l'obligation de transfert conforme aux exigences de l'article 5 de la directive.

Reste comme seul espoir au rédacteur l'article 4, § 1 de la directive, qui n'interdit pas les licenciements pour motif économique à l'occasion des transferts, autorisant « des licenciements pouvant intervenir pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation impliquant des changements sur le plan de l'emploi. »

Certes, le droit de licencier pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation appartient également au cédant (14), mais il ne s'agit pas, pour autant, d'un blanc-seing autorisant tout licenciement en lieu et place d'un transfert : l'article 4, § 1 « assure la protection des droits des travailleurs contre le licenciement **justifié par le seul motif du transfert**, tant vis-à-vis du cédant que vis-à-vis du cessionnaire » (15).

La Cour retient donc, là encore, une interprétation stricte de cette dérogation à l'obligation de transfert : « pour déterminer si le licenciement a été motivé par le seul fait du transfert, contrairement à l'article 4 paragraphe 1, il convient de prendre en considération **les circonstances objectives** dans lesquelles le licenciement est intervenu, et notamment, dans un cas tel que celui de l'espèce, le fait qu'il a pris effet à une date rapprochée de celle du transfert et que les travailleurs en cause ont été réembauchés par le cessionnaire » (16).

(8) CJUE, 7 décembre 1995, *Spano*, aff. C-472/93.

(9) CJUE, 7 décembre 1995, préc., points 26, 28 et 29.

(10) CJUE, 12 mars 1998, *Dassy*, aff. C-319/94.

(11) CJUE, 12 mars 1998, préc., point 31.

(12) CJUE, 12 mars 1998, préc., point 32.

(13) On peut d'ailleurs rappeler les interrogations que suscite le positionnement de l'administration du travail dans le contrôle des licenciements collectifs (v. E. Gayat, Dr. Ouv. 2015 p.263 et les références citées).

(14) CJUE, 12 mars 1998, préc., point 37.

(15) CJUE, 12 mars 1998, préc., point 34.

(16) CJUE, 15 juin 1988, *Bork International*, aff. 101/87.

Seule une analyse au cas par cas permet donc de vérifier si le licenciement n'est pas « justifié par le seul motif du transfert » et donc prononcé en non-respect de la directive : ce n'est donc pas un système institué, tel que celui instauré par l'article L.1233-61, qui permet de considérer que le licenciement n'est pas contraire à l'obligation de transfert de la directive, mais uniquement une appréciation concrète des faits.

C'est de plus le juge national qui est compétent pour apprécier ces faits : « les interprétations de fait relèvent de la compétence de la juridiction nationale » (17) et le juge français conserve donc, dans le cadre de l'article 4 de la directive, son pouvoir d'apprécier si le licenciement a été justifié par le seul motif du transfert et s'il est donc notifié en violation de l'obligation de transfert prévue par la directive (18).

Jusqu'à présent, le juge français jugeait que les licenciements exigés par le cessionnaire dans le cadre d'un accord passé avec le cédant s'analysaient en un accord entre le cédant et le cessionnaire en vue de faire échec à l'obligation de transfert (19). Les nouvelles dispositions de la loi du 8 août 2016 ont donc pour objet de faire échec à cette liberté d'appréciation du juge, en édictant une présomption légale de licéité des accords entre le cédant et le cessionnaire ayant précisément pour objet de faire échec à l'obligation de transfert. Or, si les nouvelles dispositions ne peuvent relever des dérogations de l'article 5 de la directive, une dérogation ne peut relever de l'article 4 que si le juge français reste libre d'apprécier les faits.

Le nouveau dispositif issu de la loi du 8 août 2016 cherche donc à institutionnaliser un système dérogatoire, qui ne remplirait pas les garanties exigées par l'article 5, tout en privant le juge français de sa liberté d'appréciation, garantie obtenue dans le cadre de l'article 4.

La CJUE est claire sur la sanction réservée aux licenciements notifiés en violation de l'article 4, § 1. Dans un arrêt du 15 juin 1988 (20), la Cour a jugé que « les travailleurs licenciés avant le transfert d'entreprise en violation de l'article 4, paragraphe 1, doivent être considérés comme étant toujours employés de l'entreprise à la date du transfert ». Or, « les règles de la directive, et notamment celles relatives à la protection des travailleurs contre le licenciement en raison du transfert, doivent être considérées comme impératives, en ce

sens qu'il n'est pas permis d'y déroger dans un sens défavorable aux travailleurs », et que, « par conséquent, le contrat de travail de la **personne licenciée irrégulièrement** peu de temps avant le transfert doit être considéré comme encore existant vis-à-vis du cessionnaire, même si le travailleur licencié n'a pas été repris par ce dernier après le transfert d'entreprise » (21).

En attendant que la CJUE se prononce sur la construction originale proposée par le législateur français pour tenter d'échapper simultanément aux garanties données dans le cadre des articles 4 et 5 de la Directive, le salarié licencié pour motif économique en application de l'article L.1233-61, en lieu et place d'être transféré, devra mettre en cause le cessionnaire et le cédant et demander, s'il le souhaite, la poursuite de son contrat de travail chez le repreneur.

Le droit français s'interprète à la lumière du droit européen et un licenciement ne peut être justifié « par le seul motif du transfert ».

À titre d'exemple, dès lors que le motif économique invoqué par le cédant sera inexistant, il conviendra de plaider que le licenciement notifié est irrégulier et que le salarié est en droit de demander la poursuite de son contrat de travail chez le cessionnaire. « Les travailleurs irrégulièrement licenciés par le cédant peu de temps avant le transfert de l'entreprise et non repris par le cessionnaire peuvent se prévaloir, vis-à-vis de ce dernier, de l'irrégularité dudit licenciement » (22). Il faudra donc avoir le réflexe de mettre en cause non seulement l'entreprise cédante, mais également l'entreprise cessionnaire.

Le législateur français, par le biais d'un nouveau système institué permettant de déroger à l'obligation de transfert, s'est affranchi, en procédant à des contorsions, du droit européen, sans Brexit, mais faisant ainsi surgir une totale insécurité.

**Savine Bernard**

(17) CJUE, 15 juin 1988, préc.

(18) M. Bonnechère, « L'influence du droit social européen sur le juge national », RPD 2004, n° 711, p.239 ; « Le droit communautaire dans la pratique quotidienne du droit social », Dr. Ouv. 2000, p.120.

(19) Cass. Soc. 20 janvier 1994, n° 90-43.235 ; Cass. Soc. 10 mai 1999, n° 96-45.250.

(20) CJUE, 15 juin 1988, préc.

(21) CJUE, 12 mars 1998, préc., points 40 et 41.

(22) CJUE, 12 mars 1998, préc., point 42.