

À propos de deux arrêts rendus en 2020 sur la scission du contrat de travail consécutivement à un transfert d'entreprise

Plaidoyer pour le droit et les juristes (critiques)

Par Laurent WILLOCX, Chercheur postdoctoral à l'Institut François Géný, Université de Lorraine

PLAN

- I. L'ambivalence des dispositions relatives au transfert d'entreprise
- II. L'arrêt *ISS* rendu par la CJUE le 26 mars 2020
 - A. Résumé de l'arrêt *ISS*
 - B. Analyse critique du raisonnement de l'arrêt *ISS*
 - C. Analyse critique de la solution de l'arrêt *ISS*
- III. L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 30 septembre 2020
 - A. La scission du contrat de travail en droit français avant la jurisprudence *ISS*
 - B. L'interprétation du droit français conformément à la jurisprudence *ISS*
 - C. La rupture du contrat en droit français après la conformation à la jurisprudence *ISS*
- IV. L'angle mort des arrêts de la CJUE et de la Cour de cassation

Conclusion

La distinction entre la surface des règles formelles et la profondeur des intérêts matériels constitue l'une des oppositions les plus fécondes de la pensée critique sur le droit. Comme bien des oppositions, son développement historique fut dialectique. On commença par ne considérer que les règles, en refoulant l'existence des intérêts. Puis on se concentra sur les intérêts, en refoulant l'existence des règles (1). Enfin, on tenta de faire tenir ensemble, en pensée, le formalisme des règles et le matérialisme des intérêts. De cette troisième position, synthétique, relèvent notamment les analyses marxistes hétérodoxes du droit du travail, développées en France au cours de la seconde moitié du *xx*^e siècle (2). Pour cette doctrine critique, il importait en effet de sauvegarder les apparences, sans se laisser duper par elles. Il convenait ainsi de penser la médiation spécifique opérée par les règles du droit du travail, sans fermer les yeux sur les intérêts qui se voyaient de la sorte médiatisés. Le juriste critique demeurait juriste : il croyait dans l'irréductibilité du droit légiféré à quelque soubassement matériel. Il était néanmoins critique, car il voyait bien ce que la vie des normes devait aux intérêts en conflit (3).

Ainsi parvenue à son achèvement logique, la dialectique du formel et du matériel était-elle pour autant arrivée à son terme historique ? Nullement. La critique marxiste hétérodoxe du droit du travail, synthétisant le formalisme des règles et le matérialisme des intérêts, ne signifia aucunement la fin de l'Histoire pour la pensée juridique. En effet, cette dernière ne s'est jamais développée selon une ligne de progrès continu. Elle a connu et connaît encore des phases régressives. Durant ces dernières, ressurgissent les positions unilatérales que la synthèse pensait avoir surmontées. Renaisent ainsi le scepticisme à l'égard de la fonction médiatrice du droit légiféré et la tentation de recourir à des moyens alternatifs pour résoudre les conflits d'intérêts. À quoi bon, en effet, s'encombrer d'un détour par les textes quand une technique

(1) On reconnaîtra dans ces deux premiers temps une opposition qui paraît avoir structuré toute la pensée occidentale du droit, au tournant des *xx*^e et *xx*^e siècles. Ses manifestations dans les savoirs nationaux de l'époque sont innombrables. Cette opposition atteignit son point d'incandescence en Allemagne, dans l'affrontement entre la doctrine des concepts (la formaliste « *Begriffsjurisprudenz* ») d'une part, la doctrine des intérêts (la matérialiste « *Interessenjurisprudenz* ») et la doctrine du droit libre (la matérialiste « *Freirechtslehre* ») d'autre part, affrontement sublimé dans la *Sociologie du droit* de Max Weber en une dialectique de la rationalité formelle et de la rationalité matérielle. Cette dialectique serait, selon le sociologue allemand, le moteur (ou à tout le moins : un des moteurs) du développement historique du droit occidental.

(2) Voir en particulier : G. Lyon-Caen, « Les fondements historiques et rationnels du droit du travail », *Dr. ouv.*, 1951 (republié dans *Dr. ouv.*, 2004, p. 52) ; G. Lyon-Caen, *Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale*, LGDJ, 1955 ; F. Collin et alii, *Le Droit capitaliste du travail*, PUG, 1980, coll. « Critique du droit » ; G. Lyon-Caen, *Le Droit du travail : Une technique réversible*, Dalloz, 1995, coll. « Connaissance du droit ».

(3) On rapprochera utilement la position synthétique de notre juriste critique de celle de Max Weber : « *Ce sont les intérêts (matériels et idéels) et non les idées qui gouvernent directement l'action des hommes. Toutefois, les "images du monde", qui ont été créées par le moyen d'"idées", ont très souvent joué le rôle d'aiguilleurs, en déterminant les voies à l'intérieur desquelles la dynamique des intérêts a été le moteur de l'action* » (M. Weber, *Sociologie des religions*, traduit de l'allemand par J.-P. Grossein, Gallimard, 2012, coll. « Tel », p. 351).

comme la balance des intérêts (4) permet de trancher immédiatement les différends sur le terrain où ils naissent ? À quoi bon maintenir l'idéal d'un gouvernement par les règles lorsque la composition des intérêts permet de trouver d'emblée une issue équilibrée aux conflits du travail ? Un tel courant de pensée, unilatéralement matérialiste, se manifeste au ^{xxi}^e siècle dans les arrêts rendus par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) à propos des transferts d'entreprise au sens de la directive 2001/23/CE du 12 mars 2001.

En effet, pour déterminer le sort des contrats de travail, les juges luxembourgeois n'hésitent pas à recourir explicitement à la balance des intérêts et à s'émanciper ainsi du respect formaliste du texte de la directive. De cette tendance, initiée par l'arrêt *Alemo-Herron* du 18 juillet 2013 (5), la Cour a encore fourni une illustration récemment, dans son arrêt *ISS Facility Services NV* rendu le 26 mars 2020 (6). Dans ce dernier, les magistrats luxembourgeois estiment qu'en cas de transfert d'entreprise impliquant une pluralité de cessionnaires, les droits et obligations issus du contrat de travail existant à la date du transfert doivent être scindés entre les différents cessionnaires au prorata des fonctions exercées par le travailleur pour chacun d'eux. Cette solution, qui implique notamment qu'un unique contrat de travail à temps plein existant avant le transfert soit pulvérisé en une multitude de contrats de travail à temps partiel après le transfert, est explicitement justifiée par l'équilibre qu'elle permettrait d'assurer entre les intérêts des travailleurs et ceux des cessionnaires. La méthode surprend. Non seulement elle conduit à négliger le seul objectif formellement affiché par la directive, à savoir : le maintien des droits des travailleurs. Mais,

en outre, elle ne se pare d'aucun des atours formels que revêt habituellement l'équilibre en droit du travail. En effet, dans le cas d'espèce, les intérêts matériels apparaissent dans toute leur nudité, sans être sublimés dans un conflit de principes dont l'issue serait la conciliation des libertés économiques et des droits sociaux en cause (7).

Cependant, à l'opposé du matérialisme des juges européens, il est des magistrats nationaux qui campent sur des positions résolument formalistes. Conservant le sens de l'État de droit, et en particulier de la hiérarchie des normes qu'il implique (8), ces magistrats croient en la primauté du droit de l'Union européenne et en son corollaire : l'exigence d'interprétation conforme du droit national. Par formalisme, ces magistrats appliquent donc scrupuleusement les solutions matérialistes dégagées par leurs collègues luxembourgeois. De cette tendance, la Cour de cassation française a fourni une illustration récemment, dans un arrêt du 30 septembre 2020 (9), largement diffusé (10). La Cour y estime en effet qu'en cas de transfert partiel d'entreprise, les salariés affectés au secteur cédé doivent voir leurs contrats de travail transférés au cessionnaire pour la partie de leur activité qu'ils consacreraient à ce secteur. Là encore, la solution implique la scission d'un unique contrat de travail à temps plein en une multitude de contrats à temps partiel. Elle est justifiée formellement, dans les motifs du jugement, par référence à la solution de l'arrêt *ISS* rendu par la CJUE, rigoureusement appliquée au cas d'espèce (11). Les prémisses matérialistes du raisonnement européen – à savoir : la nécessité d'un équilibre des intérêts – sont quant à elle reléguées dans la note explicative annexée à la décision française.

(4) Sur la technique de la balance des intérêts, voir V^o « Intérêt », *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993, 2^e édition, p. 309 et M. Buegisser et J.-F. Perrin, « *Interessenjurisprudenz*. Statut et interprétation de la loi dans l'histoire du mouvement » in Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove (dir.), *Droit et intérêt*, t. I : *Approche interdisciplinaire*, Presses de l'Université Saint-Louis, 1990, p. 327.

(5) CJUE, 18 juillet 2013, aff. C-426/11, *RDT*, 2013, p. 785, obs. P. Remy ; *RJS*, 11/13, p. 654, obs. J.-Ph. Lhernould ; *SSL*, n°1640, 2014, p. 16, obs. S. Laulom.

(6) CJUE, 26 mars 2020, aff. C-344/18, *BJT*, n° 6, 2020, p. 24, obs. J. Icard ; *Lexbase hebdo éd. soc.*, n° 833, 2020, chron. J. Icard ; *RDT*, 2020, p. 401, obs. N. Mihman ; *SSL*, n°1933, 2020, p. 60, obs. L. Driguez.

(7) Sur les conflits (de substance) entre principes en droit du travail et sur leur solution, voir A. Lyon-Caen et I. Vacarie, « Droits fondamentaux et droit du travail » in *Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, 2001, p. 421 ; V. Champeil-Desplats, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », *RDT*, 2007, p. 19 ; B. Geniaut, *La Proportionnalité dans les relations du travail : De l'exigence au principe*, Dalloz, 2009, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses » ; A. Jeammaud et A. Lyon-Caen, « Suprématie de la constitution et droit social » in D. Chagnollaud

et M. Troper (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. III, Dalloz, 2012, coll. « Dalloz traités », p. 665, spéc. p. 700 et s. Plus généralement, sur la problématique des droits fondamentaux en droit du travail, voir I. Meyrat, *Droits fondamentaux et droit du travail*, thèse pour le doctorat en droit privé, Université Paris-X, 1998.

(8) Nous entendons par « État de droit » un certain type de domination, dans lequel le pouvoir exercé par des humains sur d'autres humains est transfiguré dans la forme d'un système de normes hiérarchisées, suscitant ainsi un authentique fétichisme de la norme. Voir sur ce concept d'État de droit : M. Troper, « Le concept d'État de droit », *Droits*, n°15, 1992, p. 51.

(9) Soc., 30 septembre 2020, n° 18-24.881, publié, *JCP S*, 2020, p. 3037, obs. P. Morvan ; *Lexbase hebdo éd. soc.*, n° 841, 2020, obs. S. Tournaux ; *BJT*, n° 11, 2020, p. 12, obs. J. Icard ; *JSL*, n° 508, 2020, p. 14, obs. J.-Ph. Lhernould ; *SSL*, n° 1928, 2020, p. 6, note P. Bailly et S. Ranc ; *SSL*, n° 1933, 2020, p. 62, obs. L. Driguez.

(10) FS-P+B+R+I.

(11) Un auteur a, à ce sujet, exprimé la « réserve de méthode » suivante : « le respect de la primauté du droit de l'union ne dev[rait] se muer en déférence absolue à l'égard de la jurisprudence européenne » (J. Icard, obs. préc. sous Soc., 30 septembre 2020).

Pour être bien comprise, cette séquence de la dialectique du formel et du matériel mérite d'être parcourue à nouveau, dans le détail. Il convient ainsi de repartir de la thèse de l'ambivalence des dispositions relatives au transfert d'entreprise, thèse soutenue notamment par des juristes marxistes du siècle dernier. À suivre cette doctrine critique, l'objectif de protection unilatérale des travailleurs, qui est formellement assigné aux règles de droit relatives au transfert, masque l'équilibre que ces règles opèrent en réalité entre les intérêts matériels des salariés et ceux de leurs employeurs (I). L'élément formel de cette synthèse est cependant battu en brèche par les raisonnements unilatéralement matérialistes déployés par la CJUE en matière de transfert d'entreprise, au ^{XXI}^e siècle. Faisant abstraction du texte de la directive du 12 mars 2001, la CJUE se place en effet sur le terrain de l'équilibre des intérêts, immédiatement. En résulte la solution de l'arrêt *JSS* précité (II). Cette solution, purgée de ses prémisses matérialistes, est ensuite reprise dans le raisonnement unilatéralement formaliste déployé par la Cour de cassation à l'occasion de son arrêt du 30 septembre dernier (III). Au terme de cette régression dans la

dialectique du formel et du matériel, la scission du contrat de travail en cas de division d'une entreprise emportant transfert devient la norme en droit français.

Le récit ne s'achève toutefois pas sur ce constat. En effet, à la fin de l'histoire, entre en scène un juriste nourri par la critique du droit du travail que ses aînés avaient proposée. Conscient du sacrifice que la balance des intérêts impose aux salariés, ce juriste critique suggère de délaissé le terrain où cette dernière opère, à savoir : celui des effets du transfert, et propose d'exploiter l'angle mort des arrêts de la CJUE et de la Cour de cassation, à savoir : celui des conditions du transfert. En effet, du point de vue de notre juriste, une application rigoureuse des règles relatives aux conditions du transfert pourrait sauvegarder les intérêts matériels des travailleurs mieux que ne le fait la balance des intérêts mise en scène dans le domaine des effets du transfert (IV). À l'issue du parcours se posera donc une question : le juriste critique, dont la position fleure le conservatisme, doit-il être rangé parmi les formalistes ?

I. L'ambivalence des dispositions relatives au transfert d'entreprise

À s'en tenir au texte des directives, les dispositions européennes relatives au transfert d'entreprise doivent être comprises comme un ensemble de normes unilatéralement protectrices des travailleurs. En effet, la directive de 2001, tout comme celle de 1977 qu'elle remplace, a pour seul objectif affiché le maintien des droits des travailleurs. En attestent formellement les préambules respectifs de ces deux textes (12). Les règles françaises jouissent d'ailleurs d'une présentation similaire. À suivre la jurisprudence de la Cour de cassation, les normes nationales relatives au transfert des contrats de travail ont pour seul but ostensible d'assurer la stabilité de l'emploi des salariés (13). Sans doute arguera-t-on que la protection des droits des travailleurs et la protection

de la stabilité de leur emploi sont des finalités qui ne sont pas strictement identiques. Ce serait négliger l'essentiel : dans l'un et l'autre cas, les règles relatives au transfert sont présentées comme étant unilatéralement protectrices des salariés.

Le caractère « ambivalent », « réversible » de ces dispositions est toutefois souligné de longue date en doctrine (14) : loin d'être favorables exclusivement aux travailleurs, les règles relatives au transfert d'entreprise opèrent en réalité une sorte d'« équilibre (15) » entre les intérêts des salariés et ceux de leurs employeurs, ces derniers bénéficiant, en cas de reprise d'une entité économique autonome, d'une main-d'œuvre captive et apte à concourir à la poursuite de l'activité. On ne fera pas

(12) Voir le point 3 du préambule de la directive de 2001 : « Des dispositions sont nécessaires pour protéger les travailleurs en cas de changement de chef d'entreprise en particulier pour assurer le maintien de leurs droits. » Voir déjà le préambule de la directive antérieure, 77/187/CEE, du 14 février 1977 : « considérant que des dispositions sont nécessaires pour protéger les travailleurs en cas de changement de chef d'entreprise en particulier pour assurer le maintien de leurs droits ». Les deux préambules ne comportent pas de mention d'autres finalités que celle précitée.

(13) Voir le célèbre arrêt *Goupy* : Soc., 27 février 1934, *GADT* 2008, n°62.

(14) Sur le caractère ambivalent des dispositions relatives au transfert, voir A. Jeammaud, « Les fonctions du droit du travail » in F. Collin et alii, *op. cit.*, p. 151, spéc. p. 219-220. Sur la réversibilité du droit du travail, voir G. Lyon-Caen, *Le Droit du travail : Une technique réversible*, *op. cit.* (les transferts sont évoqués p. 15-16).

(15) Les théories de l'ambivalence et de la réversibilité du droit du travail sont des pensées de l'équilibre des intérêts (sous condition de domination capitaliste). Voir A. Jeammaud et A. Lyon-Caen, « Introduction » in A. Lyon-Caen et A. Jeammaud (dir.), *Droit du travail, démocratie et crise*, Actes Sud, 1986, p. 9, spéc. p. 10 et G. Lyon-Caen, *Le Droit du travail : Une technique réversible*, *op. cit.*, p. 4 et s.

l'affront au lecteur de développer davantage cette thèse, aujourd'hui bien connue et pour tout dire : bien consensuelle. Qu'il nous soit cependant permis d'insister sur un point : lorsque les juristes du siècle dernier constataient le caractère ambivalent, réversible, du droit du travail, l'équilibre des intérêts qu'ils avaient en vue était encore masqué sous l'affichage d'une protection unilatérale des travailleurs.

Depuis cette époque, les masques sont toutefois tombés. Dans son arrêt *Alemo-Herron* rendu en 2013, la CJUE estime en effet que la directive transfert « ne vise pas uniquement à sauvegarder, lors d'un transfert d'entreprise, les intérêts des travailleurs, mais entend assurer un juste équilibre entre les intérêts de ces derniers, d'une part, et ceux du cessionnaire, d'autre part ». Pourtant, rien dans le texte de la directive ne fonde une telle affirmation. Pis ! cette quête d'équilibre risque de justifier des solutions contraires au seul objectif formellement affiché par la directive, à savoir : le maintien des droits des travailleurs. Or d'un tel risque, l'arrêt *Alemo-Herron* fournit justement une illustration. En effet, le litige ayant donné lieu à question préjudicielle portait sur le sort d'une « clause de renvoi dynamique » à une convention collective de branche, insérée par le cédant dans les contrats de travail par la suite transférés. Une telle clause permet de rendre applicable au contrat de travail une convention collective qui lui est normalement inapplicable. En droit britannique (compétent pour le litige en question), les droits que les salariés tirent ainsi de la convention collective sont incorporés au contrat de travail. Le caractère dynamique de la clause contractuelle de renvoi implique en outre qu'en cas de révision de la convention collective postérieurement à la stipulation de la clause contractuelle, la version révisée de la convention collective doit s'appliquer au contrat de travail. En toute logique, les droits que les salariés tirent ainsi de la convention collective révisée sont également incorporés au contrat de travail. Le caractère de part en part contractuel de ce mécanisme d'application des conventions collectives devrait justifier l'opposabilité au cessionnaire des droits résultant d'une révision de la convention collective opérée postérieurement au transfert. L'objectif de maintien des droits issus du contrat commande en

effet une telle solution. Pourtant, après avoir mis en balance les intérêts des travailleurs et ceux du cessionnaire, la CJUE estime que le cessionnaire n'est pas (ou pas nécessairement (16)) lié par ladite clause contractuelle pour ce qui concerne les droits résultant d'une révision de la convention collective de branche intervenue postérieurement au transfert. À suivre la jurisprudence *Alemo-Herron*, les droits que les salariés tiraient de leur contrat conclu avec le cédant peuvent donc se voir sacrifiés au nom de la sauvegarde des intérêts du cessionnaire.

Ainsi, l'inversion de logique par rapport à la période antérieure est totale : jusque-là, sous la protection apparente des droits des travailleurs s'opérait en réalité un équilibre entre les intérêts respectifs des employeurs et des salariés ; désormais, sous la promotion apparente de l'équilibre entre les intérêts précités s'opère en réalité le sacrifice des droits des travailleurs. Relevons toutefois qu'à suivre la Cour dans son arrêt *Alemo-Herron*, les intérêts du cessionnaire qu'il s'agissait alors de sauvegarder pouvaient, de surcroît, se parer de la légitimité attachée à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle (17). La rhétorique des intérêts se doublait ainsi d'une rhétorique des droits fondamentaux. Cette seconde ligne argumentative ne pouvait toutefois survivre longtemps à l'œuvre de décapage entamée par la CJUE. Le résidu de vernis juridique que représentait la référence aux droits saute en effet avec l'arrêt *ISS Facility Services NV* rendu le 26 mars 2020.

(16) Dans l'arrêt *Alemo-Herron* (pt. 33-37), la CJUE précise en effet qu'une clause de renvoi dynamique n'est pas opposable au cessionnaire, dès lors que ce dernier n'a pas la possibilité de participer au processus de négociation des conventions collectives conclues postérieurement au transfert (ce qui est le cas, lorsque l'application de la convention collective de branche résulte d'une clause de renvoi et non de l'appartenance syndicale de l'employeur). Toutefois, dans un arrêt ultérieur, la CJUE propose une autre solution. Elle estime en effet qu'une clause de renvoi dynamique n'est pas opposable au cessionnaire, dès lors que le droit national ne prévoit pas la possibilité pour le

cessionnaire d'adapter de manière consensuelle ou unilatérale les conditions de travail des bénéficiaires de la clause. Ce que la Cour entend par ces possibilités d'adaptation demeure toutefois mystérieux. Voir CJUE, 27 avril 2017, aff. conj. C-680/15 et C-681/15, *Europe*, n° 6, 2017, com. 238, obs. L. Driguez ; *Dr. ouv.*, 2017, p. 576, obs. E. Lafuma ; *SSL*, n° 1796, 2017, obs. S. Laulom.

(17) Voir l'arrêt *Alemo-Herron* précité, pt. 30 et s. Pour une critique de cette référence à la liberté contractuelle, qui justifie en l'espèce une atteinte au contrat, voir P. Remy, obs. préc.

II. L'arrêt *ISS* rendu par la CJUE le 26 mars 2020

L'arrêt *ISS Facility Services NV* traite d'un problème distinct de celui tranché par l'arrêt *Alemo-Herron*. Celui-ci portait sur le sort des clauses de renvoi dynamique en cas de changement d'employeur. Celui-là porte sur le sort des contrats de travail en cas de transfert impliquant une pluralité de cessionnaires : il répond ainsi à une question inédite en droit européen. Le principe du raisonnement demeure toutefois le même : la recherche d'un équilibre des intérêts détermine la solution. Une différence apparaît cependant : là où, dans son arrêt *Alemo-Herron*, la CJUE prenait encore soin de mentionner des droits fondamentaux, elle ne s'embarrasse plus d'un tel détour dans son arrêt *ISS*.

Avant d'analyser le raisonnement (B) puis la solution (C) retenus en 2020 par les magistrats luxembourgeois, il convient de présenter sommairement leur décision (A).

A. Résumé de l'arrêt *ISS*

L'arrêt *ISS Facility Services NV* porte sur un marché public de nettoyage et d'entretien constitué de plusieurs lots, détenus au départ par une seule et même société, puis répartis, à la suite d'un nouvel appel d'offre, entre deux autres sociétés. En raison de ce changement des titulaires du marché, une salariée responsable des chantiers correspondant aux divers lots voit sa situation devenir litigieuse. La question du transfert de son contrat de travail est ainsi portée devant une juridiction nationale. Cette dernière constate en l'espèce l'existence d'un transfert d'entreprise au sens de la directive 2001/23 du 12 mars 2001 mais s'interroge sur le sort des droits et obligations issus du contrat de travail, eu égard à l'existence d'une pluralité de cessionnaires. Une question préjudicielle est donc adressée à la CJUE. La juridiction nationale formule trois hypothèses entre lesquelles les juges luxembourgeois sont appelés à trancher. Première hypothèse : les droits et obligations issus du contrat de travail, existant à la date du transfert, sont transférés à chacun des cessionnaires, proportionnellement à l'étendue de l'emploi du travailleur en question dans la partie de l'entreprise acquise par chacun des cessionnaires. Deuxième hypothèse : les droits et obligations susmentionnés sont transférés en totalité au cessionnaire ayant acquis la partie de l'entreprise dans laquelle le travailleur en question était employé à titre principal. Troisième hypothèse : les droits et obligations susmentionnés ne sont trans-

férés à aucun des cessionnaires.

Dans son arrêt *ISS*, la CJUE reconnaît le caractère inédit de la question qui lui est posée. Sa réponse est toutefois nette et assurée. À suivre la juridiction luxembourgeoise, la directive impose tout d'abord d'écarter la troisième hypothèse, celle du non-transfert du contrat de travail, car cette hypothèse priverait d'effet utile l'instrument européen. La directive impose, en outre, d'écarter la deuxième hypothèse, celle du transfert à un seul cessionnaire, car cette hypothèse « permet » certes « d'assurer le maintien des droits des travailleurs », mais en « faisant abstraction des intérêts du cessionnaire (18) ». Enfin, la directive impose de retenir la première hypothèse, celle d'une scission du contrat de travail entre les cessionnaires, au prorata des fonctions exercées par le travailleur concerné, « à condition que la scission du contrat de travail en résultant soit possible ou n'entraîne pas une détérioration des conditions de travail ni ne porte atteinte au maintien des droits des travailleurs garanti par cette directive (19) ». La CJUE précise d'ailleurs que si cette condition n'est pas remplie, l'éventuelle résiliation du contrat de travail doit être considérée comme intervenue du fait du ou des cessionnaires (20). Ainsi comprise, la première hypothèse doit être retenue car, selon la Cour, elle « permet, en principe, d'assurer un juste équilibre entre la sauvegarde des intérêts des travailleurs et la sauvegarde de ceux des cessionnaires, dans la mesure où le travailleur voit les droits issus de son contrat de travail maintenus, tandis que les cessionnaires ne se voient pas imposer des obligations supérieures à celles qu'implique, à leur égard, le transfert d'entreprise concerné (21) ».

La stigmatisation de la deuxième hypothèse et la valorisation de la première résultent ainsi d'une quête d'équilibre, dont le principe avait été consacré par l'arrêt *Alemo-Herron*. Il convient maintenant d'analyser la manière dont cet équilibre est opéré dans le raisonnement de l'arrêt *ISS*.

B. Analyse critique du raisonnement de l'arrêt *ISS*

Le raisonnement de l'arrêt *ISS* est explicitement orienté par la recherche d'un « équilibre entre la sauvegarde des intérêts des travailleurs et la sauvegarde de ceux des cessionnaires ». La manière dont la CJUE envisage la sauvegarde des premiers (1.) et celle des seconds (2.) mérite une analyse critique.

(18) Arrêt *ISS*, préc. pt. 30-31.

(19) *Ibid*, pt. 38-39.

(20) *Ibid*, pt. 37-39.

(21) *Ibid*, pt. 34.

1. La sauvegarde des intérêts des cessionnaires

L'arrêt *Alemo-Herron* de 2013 comportait deux lignes argumentatives distinctes. La première, matérialiste, affirmait la nécessité de sauvegarder les intérêts des employeurs face à ceux des salariés. La seconde, plus formaliste, affirmait quant à elle la nécessité de préserver la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle face à l'objectif de maintien des droits des travailleurs garanti par la directive. Dans l'arrêt *ISS*, en revanche, les juges luxembourgeois ne s'encombrent plus du supplément rhétorique que constituait, dans l'arrêt *Alemo-Herron*, la référence formelle aux droits fondamentaux. Désormais, les intérêts matériels des employeurs apparaissent donc dans toute leur nudité. Insistons sur la radicalité du procédé. Les dernières décennies avaient connu un important développement de la liberté d'entreprendre, prérogative bonne à tout faire, qui servait de paravent aux intérêts des employeurs. Le conflit entre les intérêts des employeurs et ceux des salariés pouvait ainsi être sublimé en un conflit de substance entre divers principes consacrés par l'ordre juridique. L'équilibre des intérêts était alors transfiguré en une conciliation entre les libertés économiques d'une part et les droits sociaux d'autre part. Cette hypocrisie a vécu. Désormais, avec l'arrêt *ISS*, les intérêts particuliers des employeurs sont sauvegardés en tant que tels, sans être médiatisés par une prérogative universellement attribuée en droit. Par conséquent, le lieu où se décide la solution des litiges devient une authentique zone de non-droit, où la CJUE opère immédiatement l'équilibre des intérêts en conflit (22).

Ayant pris congé des formes juridiques, les juges luxembourgeois conservent néanmoins à leur raisonnement les apparences de la logique formelle. Il s'agit cependant d'une apparence trompeuse. Pour démontrer cette affirmation avec toute la rigueur requise, il convient de procéder à l'analyse logique de l'arrêt rendu par la CJUE. Ce détour semblera sans doute inutilement formaliste au lecteur pour qui les vices du raisonnement européen sautent aux yeux. Ce détour s'impose néanmoins au juriste qui voudrait saper par la base la solution de l'arrêt *ISS*.

Dans l'arrêt *ISS*, la première hypothèse est en effet retenue au détriment de la deuxième, car celle-ci, contrairement à celle-là, imposerait au cessionnaire auquel les contrats sont transférés sans être scindés, des « obligations supérieures à celles qu'implique, à [son] égard, le transfert d'entreprise concerné (23) ». »

suivre les juges, l'adoption de la deuxième hypothèse reviendrait ainsi à sacrifier les intérêts du cessionnaire là où la première hypothèse permettrait leur sauvegarde. Le sacrifice des intérêts du cessionnaire, que la CJUE condamne, réside donc dans la différence quantitative entre les obligations résultant du contrat existant à la date du transfert et celles qu'implique le transfert de l'entité à l'égard du cessionnaire ; la sauvegarde des intérêts du cessionnaire, que loue la CJUE, réside quant à elle dans l'identité entre les obligations mises à la charge du cessionnaire et celles qu'implique à son égard le transfert de l'entité. Par conséquent, le constat du sacrifice opéré par la deuxième hypothèse et le constat de la sauvegarde opérée par la première présuppose que l'on sache déjà, à ce stade du raisonnement, quelle est l'étendue des obligations qu'implique le transfert de l'entité à l'égard de chacun des cessionnaires. Plus précisément, ces deux constats présupposent que l'on sache déjà, à ce stade du raisonnement, que le transfert implique seulement, pour chacun des cessionnaires, des obligations limitées à la part divisée du contrat qui correspond à l'activité qu'il a personnellement reprise. Sans ce présupposé, il est impossible de dire si telle hypothèse met à la charge de chacun des cessionnaires des obligations supérieures ou identiques à celles qu'implique le transfert à l'égard de chacun d'eux ; de dire donc si cette hypothèse sacrifie ou sauvegarde les intérêts des cessionnaires.

Ainsi, l'ordre dans lequel l'arrêt expose ses arguments constitue en réalité une inversion de leur ordre logique. En effet, à suivre la lettre de l'arrêt, le choix de la première hypothèse constitue la conclusion apparente d'un raisonnement dont les prémisses explicites sont le constat du sacrifice opéré par la deuxième hypothèse d'une part, et le constat de la sauvegarde opérée par la première hypothèse d'autre part. Or, en réalité, le choix de la première hypothèse constitue la prémisse implicite d'un raisonnement dont la conclusion est le constat du sacrifice opéré par la deuxième hypothèse d'une part, et le constat de la sauvegarde opérée par la première hypothèse d'autre part. Ainsi, le raisonnement de la CJUE est parfaitement circulaire. Ce qu'il s'agit de démontrer, à savoir : la validité de la première hypothèse, est présupposé dès le départ de la démonstration.

Si ce présupposé n'est ni explicité ni justifié par la CJUE, il n'est cependant pas insensé. Il correspond à une certaine représentation du rapport d'emploi.

(22) De ce point de vue, l'arrêt *ISS* constitue une étape supplémentaire dans la fuite du droit du travail devant le réel, où ce n'est plus seulement le pouvoir de l'employeur, armé de la liberté d'entreprendre, qui se trouve placé hors d'atteinte du droit, mais où c'est plus généralement la régulation des relations du travail qui se trouve projetée dans un au-delà du droit, où règnent les intérêts nus. Sur la fuite du droit du travail devant le réel, voir

E. Dockès, « Décompositions et recompositions du travail et de ses maîtres » in A. Supiot (dir.), *Le Travail au XXI^e siècle : Livre du centenaire de l'Organisation internationale du travail*, Éditions de l'Atelier, 2020, p. 271.

(23) Arrêt *ISS*, préc. pt. 34.

Ce dernier est en l'espèce conçu, non comme une relation contractuelle entre la personne du salarié et la personne de son employeur, mais comme une relation matérielle entre le travail du salarié et l'entreprise exploitée par son employeur (24). À suivre cette représentation, la configuration du rapport d'emploi ne doit pas être opérée par référence aux volontés individuelles des contractants, mais par référence aux nécessités de l'activité collective qu'est l'entreprise. Ainsi, l'employeur ne fournit pas au salarié une quantité de travail égale à celle qui a été contractuellement stipulée ; il ne lui fournit que la quantité de travail nécessaire au bon fonctionnement de l'entreprise qu'il exploite. C'est cette appréhension réaliste du rapport d'emploi qui justifie le choix de la première hypothèse, à savoir : la scission de chaque contrat de travail entre les différents cessionnaires au prorata des fonctions exercées par chaque salarié pour chacune des activités transférées, de telle sorte que chaque salarié ne réalise pour chacune de ces activités que la quantité de travail nécessaire à la poursuite de celle-ci. Ainsi, la directive ne garantit pas tant la poursuite du contrat de travail conclu avec le cédant, qu'elle garantit la poursuite de chacune des activités cédées, en imposant seulement à chacun des cessionnaires de fournir au salarié une quantité de travail limitée à ce que requiert la poursuite de l'activité qu'il a personnellement reprise. Sans doute une telle solution est-elle de nature à sauvegarder les intérêts des cessionnaires en cause dans l'affaire *ISS* (25), puisqu'elle est ajustée aux besoins en main-d'œuvre de ces derniers. Sans doute sauvegarde-t-elle en outre les intérêts du cédant, déchargé de la main-d'œuvre devenue pour lui inutile du fait de la cession. Mais qu'en est-il de la sauvegarde des intérêts des travailleurs ?

2. La sauvegarde des intérêts des travailleurs

Eu égard au raisonnement de la CJUE, les salariés se trouvent placés dans une situation bien différente de celle des employeurs. En effet, comme nous l'avons vu, la sauvegarde des intérêts des employeurs ne résulte pas, en réalité, du constat de l'identité entre deux ensembles d'obligations, celles incombant à chacun

des cessionnaires et celles qu'implique le transfert à l'égard de chacun d'eux. La sauvegarde des intérêts des employeurs passe bien plutôt par le constat de l'adéquation des obligations incombant formellement à chacun des employeurs impliqués, aux besoins pesant matériellement sur chacun d'eux eu égard à la main-d'œuvre. Mais la sauvegarde des intérêts des travailleurs ne réside pas, symétriquement, dans l'adéquation des droits des salariés aux besoins de ces derniers ; elle résulte, comme l'affirme la CJUE, de l'identité entre les droits issus de leurs contrats existant au moment du transfert, et la somme des droits issus des multiples contrats les liant aux cessionnaires.

Or il paraît douteux que cette solution retenue par la CJUE sauvegarde les intérêts des salariés (26). Assure-t-elle au moins le maintien à l'identique des droits des travailleurs ? Répondre positivement à cette question suppose d'avoir une conception quantitative de l'identité des droits, c'est-à-dire une conception qui fait abstraction de la différence qualitative entre des droits attachés à un unique contrat à temps plein et une addition de droits attachés à de multiples contrats à temps partiel. À suivre une telle conception, le rapport d'emploi ne forme pas un tout concret. Il se réduit à la somme de ses éléments – heures de travail et salaire horaire – et ces éléments se prêtent à toutes les combinaisons : accomplir trente-cinq fois une heure de travail pour trente-cinq employeurs différents est donc la même chose qu'une semaine complète de travail pour un seul employeur (27).

Sans doute, la réserve introduite par la CJUE en cas d'impossibilité de scinder le contrat de travail, de détérioration des conditions de travail ou d'atteinte au maintien des droits des travailleurs garanti par la directive (28), permet-elle de limiter l'étendue du sacrifice attendu de la part des salariés. Cette limite demeure toutefois fragile. En effet, quand bien même la rupture du contrat serait réputée intervenue du fait du ou des cessionnaires, la directive « transfert » n'impose pas que cette rupture produise les effets d'un licenciement illégal (29). Les États membres demeurent donc compétents pour fixer les consé-

(24) Voir l'arrêt *Botzen* (CJCE, 7 février 1985, aff. 186/83), pt. 15, à propos de la directive transfert de 1977 : « la relation de travail est essentiellement caractérisée par le lien qui existe entre le travailleur et la partie de l'entreprise ou de l'établissement à laquelle il est affecté pour exercer sa tâche ». Selon une doctrine française classique, la conception du rapport d'emploi impliquée par la règle du transfert doit être rapprochée de la théorie institutionnaliste du « lien d'entreprise » (A. Brun, « Le lien d'entreprise », *JCP G*, 1962, I, p. 1719).

(25) Il est toutefois permis de se demander dans quelle mesure elle sauvegarde les intérêts des cessionnaires en général. Voir sur ce point, *infra*, C.

(26) Sauf à considérer que cet intérêt se réduit pour le salarié à conserver un emploi, quel qu'il soit. Voir sur ce point, N. Mihan, *obs. préc.*

(27) La divisibilité du contrat ne semble en effet connaître aucune limite. Voir le pt. 33 de l'arrêt *ISS* précité : « il y a lieu de rappeler que, en vertu de l'article 2, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/23, les États membres ne sauraient exclure du champ d'application de cette directive les contrats ou les relations de travail uniquement du fait du nombre d'heures de travail effectué ou à effectuer. Dès lors, une telle scission ne saurait être exclue en raison du simple fait qu'elle implique le transfert à l'un des cessionnaires d'un contrat de travail portant sur un faible nombre d'heures de travail ».

(28) Auquel cas l'éventuelle rupture du contrat de travail doit être réputée intervenue du fait du ou des cessionnaires.

(29) CJCE, 27 novembre 2008, aff. C. 396/07, pt. 23 et s., *JCP S*, 2009, p. 1187, *obs.* P. Morvan ; *RJS*, 03/09, p. 193, *chron.* J.-Ph. Lhernould.

quences de la rupture (30). Ainsi, en cas de pluralité de cessionnaires, le maintien des droits des travailleurs garanti par le droit de l'Union européenne se révèle illusoire : à suivre la Cour, la scission du contrat ne constitue pas, « en principe », une atteinte au maintien des droits des travailleurs (31) ; et quand bien même elle serait exceptionnellement constitutive d'une telle atteinte, le salarié n'a d'autre solution que de la subir ou de voir son contrat rompu, sans nécessairement bénéficier des indemnités afférentes à un licenciement illégal. Tout dépend de l'état du droit national applicable à cette rupture.

En somme, le raisonnement suivi dans l'arrêt *ISS* manque singulièrement de solidité : il ne convainc ni par sa forme ni par son contenu. Par conséquent, sa solution s'en trouve fragilisée. Cette solution mérite néanmoins d'être critiquée pour elle-même, abstraction faite des vices du raisonnement qui la fonde.

C. Analyse critique de la solution de l'arrêt *ISS*

Dans son arrêt *ISS*, la CJUE se concentre sur les trois hypothèses que lui soumet la juridiction nationale. À aucun moment, elle n'envisage d'alternatives. Celles-ci existent pourtant. Une solution, que la Cour ne considère à aucun instant, aurait en effet permis de conserver l'unité des liens contractuels, sans priver d'effet utile la directive ni sacrifier les intérêts des cessionnaires. Cette solution consiste dans une répartition des contrats de travail non scindés, entre les divers cessionnaires en cause, proportionnellement à l'importance de l'activité reprise par chacun d'eux. Certains salariés passeraient ainsi intégralement au service du premier cessionnaire, cependant que les autres salariés passeraient intégralement au service du second cessionnaire. Cette répartition des contrats non scindés pourrait se faire, par exemple, par la voie d'une négociation collective (32), impliquant les représentants des travailleurs, le cédant et les cessionnaires, sous le contrôle du juge national, veillant au respect des normes d'ordre public relatives au transfert. Ce dispositif conventionnel pourrait d'ailleurs laisser à chaque salarié le choix du cessionnaire qui a sa préférence, dans la limite du nombre d'emplois qu'il incombe à chacun des cessionnaires de reprendre. Des critères de départage, de nature légale ou conven-

tionnelle, permettraient alors de trier et d'ordonner les candidatures des travailleurs, à l'image de ce que le droit français prévoit pour les accords portant rupture conventionnelle collective (33). Cette solution pleine de pragmatisme paraît apte à assurer un équilibre entre les intérêts des employeurs et ceux de leurs salariés.

Sans doute n'est-elle pas adaptée à toutes les situations qui résultent de la division d'une entreprise emportant transfert des contrats de travail. Songeons au cas où le transfert ne porte que sur un seul contrat de travail ou au cas où il porte sur une pluralité de salariés qui ne sont pas interchangeables. Il conviendrait alors de pousser plus avant le pragmatisme juridictionnel et d'imaginer des solutions *ad hoc*. Le matérialisme des intérêts, prôné par la CJUE, plaide en ce sens.

En tout état de cause, si la solution alternative ici esquissée souffre de sa trop grande généralité, elle partage ce vice avec la solution imposée par les juges luxembourgeois. En effet, on ne peut manquer de rappeler dans quelle branche d'activité est né le litige ayant donné lieu à l'arrêt *ISS* : la branche du nettoyage. Or, on le sait, les employeurs de ce secteur ont fréquemment recours aux contrats de travail à temps partiel. De tels contrats leur offrent toute la souplesse horaire que requiert la gestion du personnel affecté au nettoyage, chez les particuliers ou dans les entreprises. La solution de l'arrêt *ISS* paraît donc adéquate aux pratiques d'emploi et aux intérêts des employeurs exploitant des entreprises de nettoyage. Toutes les branches d'activité ne reposent cependant pas sur une main-d'œuvre employée à temps partiel. On peut ainsi se demander quel intérêt les employeurs appartenant au secteur de l'industrie, où le temps complet est la forme normale d'emploi, auraient à conserver un ouvrier dont le contrat n'implique qu'une poignée d'heures de travail. La situation de cet ouvrier risque de compliquer inutilement la gestion du personnel de l'entreprise industrielle, au lieu de la faciliter. Cet exemple montre que l'hypothèse de la scission du contrat de travail, retenue par la CJUE, ne tient pas compte des intérêts de tous les employeurs relevant d'un secteur autre que celui dans lequel est né le litige (34). La solution de l'arrêt *ISS* se trouve ainsi fragilisée par sa forme même : sa trop grande généralité contrarie une partie des intérêts matériels qu'elle prétend sauvegarder.

(30) *Ibid.*

(31) Arrêt *ISS*, préc. pt. 34.

(32) La solution conventionnelle des problèmes liés à la division d'une entreprise emportant transfert des contrats a les faveurs de P. Morvan (voir ses écrits cités *supra* et *infra*).

(33) C. trav., art. L. 1237-19-1. La sélection des candidatures à l'aune des critères pourrait d'ailleurs être le fait d'une commission paritaire instituée par l'accord, à l'image de ce qui se pratique dans le cadre de certains accords de rupture conventionnelle collective.

(34) Une partie de la doctrine souligne depuis longtemps les inconvénients que représente pour les employeurs la scission des contrats de travail. Voir par exemple les écrits de P. Morvan et de P.-H. Antonmattei, cités *supra* et *infra*.

Toujours est-il que cette solution est reprise par la Cour de cassation dans un arrêt du 30 septembre 2020. La question de la scission des contrats de travail consécutivement à un transfert bascule ainsi du matéria-

lisme unilatéral des magistrats européens dans le formalisme non moins unilatéral des juges français. Emporté par ce mouvement, le commentaire d'arrêt tombe dans le classicisme.

III. L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 30 septembre 2020

L'article L. 1224-1 du Code du travail français prévoit le transfert des contrats de travail en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur. Il n'envisage pas la possibilité d'une scission des contrats de travail, mais il ne l'exclut pas formellement pour autant. Ainsi, la Cour de cassation admet depuis les années 1990 la possibilité d'une scission des contrats de travail en cas de transfert partiel d'entreprise, tout en limitant, particulièrement depuis 2010, les hypothèses d'une telle scission (A). L'arrêt *ISS* impose toutefois à la Cour de cassation d'accroître cette possibilité. Dans son arrêt du 30 septembre 2020, la Cour opère ainsi un revirement de jurisprudence et s'aligne sur celle de la CJUE, en interprétant le droit national à la lumière du droit européen (B). L'arrêt de la chambre sociale demeure néanmoins muet sur la question que laissait ouverte l'arrêt *ISS* : celle de l'éventuelle rupture du contrat de travail transféré (C).

A. La scission du contrat de travail en droit français avant la jurisprudence *ISS*

Bien qu'une telle possibilité ne soit ni prévue ni exclue par le droit légiféré, la Cour de cassation admet depuis 1993 (35) la scission du contrat de travail en cas de transfert partiel d'une entreprise (36). Cette scission n'est toutefois pas sans poser des difficultés en pratique. En témoigne la saga *Sonauto* qui, pour un transfert partiel d'entreprise intervenu en mai 1996, a donné lieu à pas moins de cinq arrêts de la Cour de cassation, entre 2001 et 2009, et ce seulement à propos de la situation d'une salariée licenciée en avril

1997 par le cédant (37). L'affaire *Sonauto* a d'ailleurs généré bien plus d'arrêts encore, sur l'action d'autres salariés (38). La responsabilité en incombe au cédant et au cessionnaire, refusant l'un comme l'autre de réintégrer les travailleurs illégalement licenciés. Cet abondant contentieux suffit à attester de l'impensable litigiosité des situations engendrées par certains transferts partiels d'entreprise : la scission des contrats de travail contrarie bien trop d'intérêts matériels pour s'imposer formellement dans tous les cas.

À partir de 2010, la Cour de cassation vient donc limiter les hypothèses dans lesquelles une scission du contrat de travail a lieu par l'effet d'un transfert partiel d'entreprise (39). Mobilisant un raisonnement qu'elle avait déjà déployé dans un arrêt inédit antérieur (40), la chambre sociale estime qu'en cas de transfert partiel d'entreprise, le contrat de travail doit se poursuivre avec l'employeur exploitant l'activité auprès de laquelle le salarié exerçait l'essentiel de ses fonctions. Selon l'activité à laquelle il se consacre essentiellement, le salarié doit donc demeurer au service du cédant ou bien passer au service du cessionnaire, sans jamais que son contrat ne soit scindé du fait du transfert partiel d'entreprise. L'hypothèse d'une scission paraît toutefois maintenue, lorsque le salarié n'est affecté essentiellement ni à l'activité conservée par le cédant ni à l'activité reprise par le cessionnaire, aucune de ses affectations ne présentant alors un caractère résiduel par rapport à l'autre.

L'arrêt *ISS* rendu par la CJUE en 2020 remet toutefois en question cette jurisprudence française relative au

(35) Soc., 22 juin 1993, pourvoi n° 90-44.705, publié, *RJS*, 8-9/93, p. 503 ; Soc., 9 mars 1994, pourvoi n° 92-40.916, publié ; Soc., 10 janvier 1995, pourvoi n° 91-45.280, inédit, *RJS*, 2/95, p. 98 (et consultable en intégralité sur *Lexis360*) ; Soc., 24 juin 1998, pourvoi n° 96-41.058, inédit ; Soc., 2 mai 2001, pourvoi n° 99-41.960, publié, *Dr. Soc.*, 2001, p. 769, obs. G. Couturier ; *JSL*, n° 84, 2001, p. 4, obs. I. Francou ; *SSL*, n° 1040, 2001, p. 6, obs. P.-H. Antonmattei.

(36) Sur la problématique du transfert partiel en droit français, voir : A. Mazeaud, « L'affectation des salariés pour partie à l'entité transférée », *Dr. Soc.*, 2009, p. 265 ; A. Mazeaud, « Transferts d'entreprise : Aspects individuels », *Répertoire Dalloz de droit du travail*, 2010 (mise à jour 2020), n° 47-51 ; P. Morvan, « Transfert d'entreprise : Effets », *Jurisclasseur Travail Traité*, fasc. 17-52, 2017 (mise à jour 2020), n° 32-36 ; S. Ranc, « Le sort du contrat de travail scindé lors d'un transfert partiel d'entreprise », *BJT*, n° 12, 2020, p. 68.

(37) Soc., 2 mai 2001, précité ; Soc., 17 juin 2003, pourvoi n° 02-43.321, inédit ; Soc., 21 décembre 2006, n° 04-16.530, inédit ; Soc., 12 février 2008, pourvoi n° 07-40.413, publié, *La Lettre juridique*, n° 294, 2008, obs. S. Tournaux ; Soc., 16 septembre 2009, pourvoi n° 07-45.225, inédit.

(38) Voir par exemple, à propos d'un même salarié, lui aussi licencié en avril 1997 : Soc., 12 février 2003, pourvoi n° 01-40.342, inédit et Soc., 15 février 2006, pourvois n° 04-43.282 et n° 04-47.667, publié, *Dr. ouv.*, 2007, p. 350, obs. B. Lardy-Pelissier.

(39) Soc., 30 mars 2010, pourvoi n° 08-42.065, publié, *JCP S*, 2010, p. 1297, obs. P. Morvan ; *RJS*, 6-10, p. 435 ; *SSL*, n° 1145, 2010, p. 7, chron. P. Bailly ; *RLDA*, n° 50, 2010, p. 43, obs. P.-H. Antonmattei.

(40) Soc., 10 janvier 1995, préc.

critère de « l'essentiel des fonctions ». En effet, à suivre les juges européens, les « États membres ne sauraient exclure du champ d'application de [la] directive les contrats ou les relations de travail uniquement du fait du nombre d'heures de travail effectué ou à effectuer. Dès lors, une telle scission ne saurait être exclue en raison du simple fait qu'elle implique le transfert à l'un des cessionnaires d'un contrat de travail portant sur un faible nombre d'heures de travail (41) ».

B. L'interprétation du droit français conformément à la jurisprudence ISS

En droit français, l'article L. 1224-1 du Code du travail n'est pas d'origine européenne ; il trouve sa source dans une loi de 1928 (42). Toutefois, on le sait : en vertu du principe de primauté du droit de l'Union, le droit national dans son ensemble doit, dans les litiges entre particuliers, être interprété conformément aux directives européennes, dans la mesure où cette interprétation n'est pas contraire à une disposition de droit national (43). Or, le droit du travail français ne comporte pas de disposition faisant expressément obstacle à la scission du contrat de travail en cas de transfert. Le principe de primauté du droit de l'Union commande donc, dans les litiges entre employeurs et salariés, d'interpréter l'article L. 1224-1 du Code du travail à la lumière de la directive « transfert » de 2001 et donc à la lumière de l'arrêt ISS (44).

Or, l'occasion de conformer l'interprétation du droit français au droit de l'Union se présente l'année même de l'arrêt ISS. Dans un arrêt du 30 septembre 2020, la chambre sociale de la Cour de cassation admet en effet la scission du contrat de travail en cas de transfert partiel d'entreprise, en se fondant sur la solution de l'arrêt ISS. Les faits de l'espèce diffèrent toutefois de ceux de l'affaire européenne. Cette dernière concernait un marché public de nettoyage intégralement perdu par le cédant et repris par une pluralité de cessionnaires, entre lesquels se divisait l'activité cédée. L'affaire française concerne quant à elle une entité économique autonome, au sens du droit national (45), issue d'un démembrement de l'entreprise du cédant, et transférée à un seul cessionnaire. Plus précisément, elle concerne la situation d'une secrétaire travaillant pour un cabinet d'avocats

qui a cédé une partie de ses dossiers à un nouveau cabinet, auprès duquel la salariée est, du fait de la cession, amenée à exercer une partie de son activité. Les différences entre l'affaire européenne et l'affaire française ne paraissent toutefois pas devoir faire obstacle à l'application de la jurisprudence ISS à l'espèce nationale. En effet, dans les deux cas, il s'agit bien de savoir quel est le sort des contrats de travail, lorsque l'unité économique à laquelle les travailleurs sont affectés se voit divisée en une pluralité d'activités exploitées par des employeurs différents, et que cette division est constitutive d'un transfert d'entreprise selon le droit considéré.

Saisie du litige français, la cour d'appel avait fait une application extensive de la jurisprudence relative au critère de « l'essentiel des fonctions », en cas de transfert partiel d'entreprise (46). Tout d'abord, elle avait constaté qu'en l'espèce une entité économique autonome avait été transférée au cessionnaire, par démembrement de l'entreprise du cédant. Ensuite, elle avait relevé que la salariée travaillait à 50% pour l'activité conservée par le cédant et à 50% pour l'activité cédée. Enfin, elle en avait déduit que le contrat de travail n'avait pas été transféré au cessionnaire, car la salariée n'exerçait pas l'essentiel de ses fonctions dans le secteur cédé. Sur pourvoi de l'employeur, la Cour de cassation expose dans un premier temps l'évolution de sa jurisprudence relative aux transferts partiels. Puis elle détaille la solution retenue par la CJUE dans son arrêt ISS. Selon la chambre sociale, « il résulte ainsi de l'article L. 1224-1 du Code du travail, interprété à la lumière de la directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001, que, lorsque le salarié est affecté tant dans le secteur repris, constituant une entité économique autonome conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise, que dans un secteur d'activité non repris, le contrat de travail de ce salarié est transféré pour la partie de l'activité qu'il consacre au secteur cédé, sauf si la scission du contrat de travail, au prorata des fonctions exercées par le salarié, est impossible, entraîne une détérioration des conditions de travail de ce dernier ou porte atteinte au maintien de ses droits garantis par la directive ». La Cour casse donc l'arrêt d'appel pour violation de la loi.

(41) Arrêt ISS, préc., pt. 33.

(42) Pour l'histoire de cette disposition, voir N. Olszak, « Aux origines de la reconnaissance juridique de l'entreprise : le maintien des contrats de travail en cas de changement dans la situation de l'employeur (C. trav., art. L. 122-1, al. 2, issu de la loi du 19 juillet 1928) », *Mélanges Pierre Spiteri*, Presses de l'Université des sciences sociales, 2008, p. 843.

(43) Cette exception à l'exigence d'interprétation conforme a été reconnue par la CJUE dans son arrêt *Adeneler* (CJUE, grande chambre, 4 juillet 2006, aff. C-212/04, pt. 110).

(44) J. Icard, obs. préc. sous Soc., 30 septembre 2020.

(45) Rappelons que, contrairement au droit de l'Union, le droit français n'admet pas l'existence d'un transfert d'entreprise, lorsque est en cause la perte d'un marché (Ass. Plén. 16 mars 1990, pourvoi n° 85-44518, publié). Ce point est souligné par l'avocate générale dans son avis annexé à l'arrêt rendu le 30 septembre 2020 par la Cour de cassation.

(46) La cour d'appel estime en effet que « dans l'hypothèse d'un transfert partiel d'activité, le contrat de travail d'un salarié n'est transféré au nouvel employeur que s'il exerce l'essentiel de ses fonctions au sein de l'entité transférée » (CA Aix-en-Provence, 9^e chambre A, 21 septembre 2018, n° RG 16/07449).

Toutefois, comme le relève la Cour de cassation dans sa note explicative de l'arrêt, « *reste pendant la question des conséquences sur le contrat de travail du salarié d'une situation dans laquelle la division du contrat de travail entraînerait une détérioration des conditions de travail du salarié ou une atteinte au maintien de ses droits garantis par la directive* ».

C. La rupture du contrat en droit français après la conformation à la jurisprudence ISS

Pour analyser la question de la rupture, il convient d'étudier successivement les cas de rupture (1.) et les effets d'une telle rupture (2.). Il conviendra ensuite de se poser l'épineuse question du débiteur supportant les obligations afférentes à la rupture (3.).

1. Les cas de rupture

À la suite de la CJUE, la Cour de cassation envisage la possibilité de rompre le contrat de travail lorsque la scission du contrat de travail, au prorata des fonctions exercées par le salarié, est impossible, entraîne une détérioration des conditions de travail de ce dernier ou porte atteinte au maintien de ses droits garanti par la directive. La première exception couvre sans doute un large panel de situations : le cas où le salarié se trouve du fait de la scission obligé de travailler pour deux employeurs concurrents en violation de l'obligation de loyauté que comporte le contrat de travail ; le cas où la scission entraîne la poursuite d'un contrat de travail à temps partiel pour une durée hebdomadaire inférieure au minimum conventionnel ou légal (47) ; le cas où l'un des cessionnaires modifie le lieu de l'activité de telle sorte que le salarié ne peut matériellement poursuivre l'exécution de ses multiples contrats, etc. La deuxième exception, la détérioration des conditions de travail, a, elle aussi, toutes les chances de se produire fréquemment en pratique. Songeons à la question de la répartition des heures de travail sur la semaine et à celle de la répartition des congés payés sur l'année. Songeons plus généralement à l'inconvénient qu'il y a à devoir se soumettre à deux lignes de commandement distinctes plutôt qu'à une. Enfin, la troisième exception, l'atteinte au maintien des droits des travailleurs, évoque en droit français la question de la modification du contrat de travail. En effet, la jurisprudence française soumet, le cas échéant, les changements résultant d'un transfert partiel d'entreprise au régime de la modification du

contrat de travail (48). Or, si la scission impose une modification du contrat de travail à laquelle il est demandé au salarié de consentir, c'est bien parce que, selon le droit français, cette scission porte atteinte aux droits résultant pour le salarié du contrat qui le liait au cédant avant le transfert. Remarquons par ailleurs que la scission d'un contrat de travail à temps plein entraîne nécessairement le passage à temps partiel, ce qui est en droit français constitutif d'une modification du contrat de travail. Ainsi, en droit français, la scission du contrat de travail à temps plein constitue nécessairement une atteinte au maintien des droits des salariés, dès lors que ces derniers refusent le passage à temps partiel que cette scission impose et que leurs employeurs proposent.

Il convient donc maintenant d'envisager les effets d'une rupture intervenue dans l'un des cas envisagés par la CJUE et la Cour de cassation.

2. Les effets de la rupture

Dans son arrêt *ISS*, la CJUE se borne à déclarer que la rupture, dans l'un des cas précités, doit toujours être considérée comme intervenue du fait de l'employeur, quand bien même elle aurait été initiée par le salarié. Le droit européen n'impose toutefois pas que la rupture soit traitée comme un licenciement illégal ; les États membres demeurent en effet libres de déterminer les effets de la rupture initiée par ou imputée à l'employeur (49).

Or, en droit français, tout licenciement doit être justifié par une cause réelle et sérieuse, c'est-à-dire essentiellement par un motif légitime tenant à la personne du salarié ou pour un motif économique explicitement envisagé par le Code du travail. Or, on ne voit pas en quoi l'impossibilité de scinder le contrat, la détérioration des conditions de travail et l'atteinte au maintien des droits des travailleurs, constitueraient une cause réelle et sérieuse de licenciement en droit français. Pour ce qui a trait au refus de la modification du contrat de travail, cas relevant de la troisième exception envisagée par la CJUE et la Cour de cassation, une analogie a pu être tentée entre la modification consécutive à un transfert partiel d'entreprise et la modification consécutive à un transfert privé-public (50). Dans ce dernier cas, le législateur français a en effet prévu une cause *sui generis* de rupture du contrat (51). Le raisonnement par analogie doit toutefois être condamné en l'espèce. En effet, en droit du travail, la règle de principe demeure que le

(47) Sur ce problème, voir S. Tournaux, « Durée minimale hebdomadaire et transfert partiel d'entreprise », *Lexbase hebdo éd. soc.*, n° 724, 2017.

(48) Soc., 30 mars 2010, pourvoi n° 08-44.227, publié, *JCP S*, 2010, p. 1297, obs. P. Morvan ; *RJS*, 6-10, p. 435 ; *SSL*, n° 1145, 2010, p. 7, chron. P. Bailly ; *RLDA*, n° 50, 2010, p. 43, obs. P.-H. Antonmattei.

(49) Voir *supra*.

(50) Voir par exemple l'avis de l'avocate générale annexé à l'arrêt du 30 septembre 2020 de la Cour de cassation.

(51) Articles L. 1224-3 et L. 1224-3-1 du Code du travail.

refus par le salarié d'une modification de son contrat de travail ne constitue pas une cause réelle et sérieuse de licenciement (52). La règle d'exception est que le refus par le salarié de la modification de son contrat de travail constitue une cause *sui generis* de licenciement, lorsque la modification résulte d'un transfert privé-public. Or, selon l'adage, les exceptions sont d'interprétation stricte. La solution retenue en matière de transfert privé-public ne saurait donc être étendue par les juges en matière de transfert partiel. C'est au législateur, le cas échéant, qu'il appartiendrait de procéder à une telle extension. L'exigence d'une cause réelle et sérieuse de droit commun doit donc être maintenue en cas de licenciement consécutif à un transfert impliquant la scission du contrat. Cette cause, en tant qu'elle n'est dans ce cas pas inhérente à la personne du salarié, devrait être l'une des causes économiques justificatives envisagées par le Code du travail. Cette solution est du reste conforme à l'état de la jurisprudence française en matière de transfert partiel (53).

Demeure l'hypothèse où l'employeur ne procéderait pas au licenciement du salarié. À suivre la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de modification du contrat consécutivement à un transfert partiel, il appartient dans ce cas au salarié de poursuivre la résiliation de son contrat, laquelle produira les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse (54). Cette solution peut être justifiée à la lumière de l'arrêt *ISS*, selon lequel la rupture doit être réputée intervenue du fait de l'employeur, quand bien même le salarié en serait l'initiateur réel (55). En effet, le droit français ne permet pas au juge d'imputer à l'employeur la résiliation du contrat demandée par le salarié, sans attacher à cette résiliation les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse (56). Ce raisonnement peut d'ailleurs aisément être transposé en matière de prise d'acte : si la rupture dont le salarié prend acte est bien imputable à l'employeur, elle

produit nécessairement en droit français les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse (57).

Ainsi, quel que soit l'initiateur de la rupture, elle produit en principe les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse (58). Se pose maintenant la question du débiteur des obligations afférentes à la rupture.

3. Le débiteur des obligations afférentes à la rupture

La question du débiteur des obligations afférentes à la rupture n'est pas sans soulever des difficultés. En effet, à suivre le texte des arrêts de la CJUE et de la Cour de cassation, le transfert des contrats paraît conditionné par le fait que la scission ne soit pas impossible, qu'elle n'entraîne pas une détérioration des conditions de travail et qu'elle ne porte pas atteinte au maintien des droits des travailleurs (59). Autrement dit : les trois limites posées par la CJUE et reprises par la Cour de cassation semblent faire exception à la règle du transfert des contrats de travail. Dès lors, en cas d'impossibilité de scission, de détérioration des conditions de travail, ou d'atteinte au maintien des droits des travailleurs, les salariés concernés devraient rester au service du cédant. La rupture du contrat devrait donc, le cas échéant, être initiée ou bien par le cédant, ou bien par le salarié en l'imputant au cédant.

Cette interprétation, qui peut se réclamer du texte des arrêts de la CJUE et de la Cour de cassation, est toutefois contrariée par la précision que les magistrats luxembourgeois apportent ensuite, dans l'arrêt *ISS* : « dans l'hypothèse où une telle scission se révélerait impossible à réaliser ou porterait atteinte aux droits dudit travailleur, l'éventuelle résiliation de la relation de travail qui s'ensuivrait serait considérée, en vertu de l'article 4 de ladite directive, comme intervenue du fait du ou des cessionnaires, quand bien même cette résiliation serait intervenue à l'initiative du

(52) Conformément à une jurisprudence bien établie, fondée sur rien de moins que les principes de liberté contractuelle et de force obligatoire des conventions.

(53) Soc., 17 avril 2019, pourvois n° 17-17.880, n° 17-17.881, n° 17-17.882, n° 17-17.884, n° 17-17.885, n° 17-17.886, *Dr. soc.*, 2019, p. 657, obs. J. Mouly ; *RDT*, 2019, p. 483, obs. S. Ranc ; *Dalloz actu.*, 10 mai 2019, obs. V. Ilieva, où la Cour considère que le licenciement consécutif au refus du salarié est soumis au régime du licenciement économique. La Cour de cassation s'était auparavant montrée hésitante sur le régime applicable à la rupture. Voir : Soc., 1^{er} juin 2016, pourvoi n° 14-21.143, *Dr. soc.*, 2016, p. 775, obs. J. Mouly ; *SSL*, n° 1728, 2016, p. 9, obs. P. Bailly ; *Cahiers sociaux*, n° 287, 2016, p. 360, obs. J. Icard ; *Dr. ouv.*, 2016, p. 667, obs. D. Baugard ; *RDT*, 2017, p. 302, controverse A.-L. Mazaud et A. Mazeaud.

(54) Soc., 30 mars 2010, pourvoi n° 08-44.227, publié, préc.

(55) Voir aussi l'article 4 § 2 de la directive transfert de 2001 : « Si le contrat de travail ou la relation de travail est résilié du fait que le transfert entraîne une modification substantielle des conditions de travail au détriment du travailleur, la résiliation du contrat de travail ou de la relation de travail est considérée comme

intervenue du fait de l'employeur. »

(56) Ce point est souligné par J. Icard dans ses obs. préc. sous CJUE, 26 mars 2020 et Soc., 30 septembre 2020.

(57) *Ibid.*

(58) Sauf si l'initiateur de la rupture est l'employeur et que ce dernier dispose d'une cause économique justifiant le licenciement.

(59) Arrêt précité de la CJUE, pt. 39 : « les droits et les obligations résultant d'un contrat de travail sont transférés à chacun des cessionnaires, au prorata des fonctions exercées par le travailleur concerné, à condition que la scission du contrat de travail en résultant soit possible ou n'entraîne pas une détérioration des conditions de travail ni ne porte atteinte au maintien des droits des travailleurs garanti par cette directive, ce qu'il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier ». Arrêt précité de la Cour de cassation, pt. 9 : « le contrat de travail de ce salarié est transféré pour la partie de l'activité qu'il consacre au secteur cédé, sauf si la scission du contrat de travail, au prorata des fonctions exercées par le salarié, est impossible, entraîne une détérioration des conditions de travail de ce dernier ou porte atteinte au maintien de ses droits garantis par la directive ».

travailleur (60) ». À suivre l'arrêt *ISS*, il faut donc considérer que les limites posées par la CJUE (impossibilité de scission, détérioration des conditions de travail, atteinte au maintien des droits) ne font pas exception au transfert des contrats, mais seulement à leur scission : le contrat est donc bien transféré du cédant aux cessionnaires et la rupture doit donc être initiée ou bien par le ou les cessionnaires, ou bien par le salarié en l'imputant au(x) cessionnaire(s).

Cette solution soulève cependant des difficultés (61). Qui parmi les cessionnaires doit supporter la rupture sur le plan procédural (en tant qu'auteur du licenciement, défendeur à l'action en résiliation du salarié ou adressataire de la prise d'acte de ce dernier) ? La rupture prononcée par ou contre seulement l'un des cessionnaires emporte-t-elle anéantissement pour l'avenir de toutes les relations entre le salarié et les différents cessionnaires ? Comment calculer le coût de la rupture ? Qui doit supporter le coût de cette rupture ? Comment répartir, le cas échéant, le coût de la rupture entre les cessionnaires ?

La référence que fait la CJUE à la rupture par le ou les cessionnaires n'est toutefois pas reprise par la Cour de cassation. Et pour cause : le litige français diffère de l'affaire européenne. Dans l'espèce soumise à la Cour de cassation, contrairement à celle soumise aux juges luxembourgeois, le cédant conserve une part de l'activité, si bien qu'il reste de toutes façons l'employeur des salariés pour la partie que ces derniers consacraient à l'activité non transférée. La difficulté demeure cependant. Qui du cédant ou du cessionnaire doit supporter la rupture sur le plan procédural ? La rupture prononcée par ou contre l'un emporte-t-elle anéantissement pour l'avenir de la relation avec l'autre ? Etc.

De notre point de vue, une chose est sûre : il ne serait pas équitable de faire supporter au salarié le poids des difficultés que causent les choix faits, sans concertation avec lui, par ses multiples employeurs, passés et présents. La solution consisterait alors à déclarer responsables *in solidum* tous les employeurs impliqués dans le transfert du contrat litigieux, cédant comme cessionnaires, et ce même lorsque le cédant ne conserve aucune activité (62). Chaque employeur serait ainsi débiteur *in solidum* des obligations afférentes à la rupture du contrat de travail. Et l'employeur qui aurait satisfait le salarié dans sa créance disposerait d'un

recours contre les autres employeurs, coauteurs du dommage subi par le salarié.

Cette solution peut se réclamer d'un arrêt de la Cour de cassation du 30 mars 2010 (63). Dans cette espèce, un salarié avait tout d'abord vu son contrat scindé entre le cédant et le cessionnaire ; puis, peu de temps après, la partie de son contrat poursuivie avec le cédant fut transférée à un second cessionnaire. Refusant la modification de son contrat de travail, impliquée par la scission de ce dernier, le salarié avait agi en résiliation contre le second cessionnaire. Ce dernier avait, pour la première fois en appel, demandé l'intervention forcée du premier cessionnaire. Toutefois, cette intervention fut déclarée irrecevable, en raison du droit des tiers mis en cause à bénéficier d'un double degré de juridiction (64). Il n'est donc pas exclu que le premier cessionnaire eût pu être mis en cause en première instance, si les parties au litige l'avaient alors demandé. En tout état de cause, la cour d'appel avait prononcé la résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts exclusifs du second cessionnaire et ordonné à ce dernier de réparer l'entier préjudice du salarié résultant de la rupture (72 000 euros). Statuant sur le recours formé par ce second cessionnaire, la Cour de cassation approuve la cour d'appel et rejette le pourvoi. La haute juridiction apporte toutefois deux intéressantes précisions. La première concerne les rapports entre le cessionnaire et le cédant. En effet, d'après la Cour, « *le salarié peut poursuivre la résiliation judiciaire du contrat, laquelle produit alors les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, sans préjudice du recours éventuel entre les employeurs successifs* ». Le cédant peut donc être tenu de contribuer à la dette, quand bien même il n'aurait conservé aucune activité et n'aurait donc plus la qualité d'employeur à l'égard du salarié (ce qui était le cas en l'espèce). La Cour envisage en outre les rapports entre les différents cessionnaires. Elle refuse en effet de se prononcer sur la répartition de la dette entre les deux cessionnaires de l'espèce, non pas parce que cette répartition serait en elle-même contraire à la loi, mais parce que l'intervention forcée du premier cessionnaire a été déclarée irrecevable en appel et que cette irrecevabilité n'est pas contestée par le second cessionnaire dans son pourvoi. Cet arrêt laisse donc ouvertes la possibilité d'une condamnation d'un des cessionnaires à la réparation intégrale des préjudices du salarié et la possibilité d'un recours de ce cession-

(60) Arrêt *ISS*, préc. pt. 38-39.

(61) Rapp. J. Icard, obs. préc. sous Soc., 30 septembre 2020.

(62) S. Ranc, « Le sort du contrat de travail scindé lors d'un transfert partiel d'entreprise », *BJT*, art. cit.

(63) Soc., 30 mars 2010, pourvoi n° 08-44.227, publié, préc. Ce point est souligné par S. Ranc, « Le sort du contrat de travail scindé lors d'un transfert partiel d'entreprise », *BJT*, art. cit.

(64) CA Toulouse, 4^e chambre, section 1, chambre sociale, 2 juillet 2008, n° RG 07/01011. La sauvegarde du droit des tiers mis en cause à un double degré de juridiction constitue la principale limite à l'intervention forcée en appel. Voir article 555 du Code de procédure civile et Civ. 2^e, 6 novembre 1974, pourvoi n° 73-12.292, publié.

naire contre le cédant et contre les autres cessionnaires, tous coauteurs du dommage.

Le problème de la répartition de la charge finale de la dette entre les codébiteurs sera sans doute d'une difficulté redoutable. Gageons néanmoins que le recours à la balance des intérêts, qui domine désormais la question de la scission du contrat de travail, permettra de trouver des solutions conciliantes (65), notamment lorsque la proratisation selon les fonctions que le salarié accomplissait pour chacun des employeurs se révélera impossible. Il appartiendra alors aux juges

d'opérer un juste équilibre entre les intérêts des différents cessionnaires et entre les intérêts des cessionnaires et ceux du cédant. En tout état de cause, ce n'est pas – et cela ne doit pas être – le problème du salarié.

Ce dernier peut d'ailleurs avoir intérêt à échapper au régime de la rupture du contrat de travail consécutivement à un transfert emportant scission du contrat. Dans ce cas, il lui appartiendra de se placer dans l'angle mort des arrêts de la CJUE et de la Cour de cassation : celui des conditions du transfert. Sur ce point précis, le formalisme juridique peut en effet venir à son secours.

IV. L'angle mort des arrêts de la CJUE et de la Cour de cassation

L'arrêt rendu le 26 mars 2020 par la CJUE et celui rendu le 30 septembre 2020 par la Cour de cassation ont ceci de remarquable qu'ils présupposent tous les deux que les conditions d'un transfert se trouvent réunies en l'espèce. En effet, si la juridiction nationale dans l'affaire européenne et la juridiction d'appel dans l'affaire française constatent l'existence d'une ou plusieurs entités économiques autonomes auxquelles les salariés en cause sont affectés, ce point n'est pas discuté dans la question préjudicielle adressée à la CJUE et dans le pourvoi formé devant la Cour de cassation. Ainsi l'arrêt de la CJUE et celui de la Cour de cassation se concentrent-ils exclusivement sur les effets du transfert, et non sur ses conditions. La balance des intérêts peut donc être cantonnée dans le domaine des effets du transfert. Le juriste, critique à l'égard de la jurisprudence européenne et française, peut ainsi assouvir sa soif de formalisme en se donnant pour objet les conditions du transfert (66). Ce juriste critique montrera du même coup en quoi le formalisme juridique peut servir les intérêts matériels que la balance de la CJUE sacrifie.

Selon une jurisprudence constante, l'existence d'un transfert d'entreprise présuppose l'existence d'un personnel spécialement affecté à l'activité cédée (67). Si cette condition n'est pas remplie, l'activité cédée ne peut être qualifiée d'entité économique autonome. En effet, en l'absence de « *personnel propre* (68) » à

l'activité cédée, cette dernière ne peut être considérée comme une entité « *détachable* (69) » de l'entreprise du cédant. De même, selon une jurisprudence constante, seuls les salariés spécialement affectés à l'entité cédée se voient transférés au cessionnaire (70). Ainsi, dans un arrêt *Botzen* rendu en 1985, la CJCE estime que ne sont pas transférés les travailleurs qui, « *bien que n'appartenant pas à la partie transférée de l'entreprise, exerçaient certaines activités comportant l'utilisation de moyens d'exploitation affectés à la partie transférée, ou qui, étant affectés à un service administratif de l'entreprise qui n'a pas été lui-même transféré, effectuaient certaines tâches au profit de la partie transférée* (71) ». Or l'arrêt *ISS*, qui porte seulement sur les effets du transfert, ne remet pas en cause la jurisprudence *Botzen*, qui porte sur les conditions du transfert (72).

Le critère de l'affectation spéciale demeure toutefois flou. La Cour de cassation parle d'ailleurs parfois d'affectation « *exclusive* (73) » ou « *permanente* (74) » à l'entité cédée. En l'absence de ligne jurisprudentielle claire, il convient de faire œuvre de doctrine. Pour ne pas raisonner dans le vide, il est possible de partir des deux espèces soumises respectivement à la CJUE et à la Cour de cassation. Dans la première, la salariée était cheffe de projet et avait la responsabilité des chantiers correspondant aux lots transférés aux cessionnaires. Dans la seconde, la salariée était une

(65) Rappr. S. Ranc, « Le sort du contrat de travail scindé lors d'un transfert partiel d'entreprise », *BJT*, art. cit.

(66) Ce juriste lira avec attention l'avis de l'avocate générale et les rapports de la conseillère rapporteure, annexés à l'arrêt du 30 septembre 2020.

(67) P. Morvan, « Transfert d'entreprise. Domaine », *Jurisque Travail Traité*, fasc. 17-50, 2017 (mise à jour 2020), n° 27 et s., et les nombreux arrêts cités.

(68) P. Morvan, *op. cit.* Expression que l'on retrouve par exemple dans la célèbre affaire Perrier-Vittel : Soc., 18 juillet 2000, pourvoi n° 99-13.976, inédit, *Dr. soc.*, 2000, p. 845, note G. Couturier ; *SSL*, n° 992, 2000, p. 5, *chron. B. Boublis* ; *SSL*, n° 996, 2000, p. 7, *chron. P.-H. Antonmattei* ; *SSL*, n° 999, 2000, p. 7, *chron. Ph. Waquet*.

(69) P. Morvan, *op. cit.* Expression que l'on retrouve par exemple dans : Soc., 28 juin 2000, pourvoi n° 98-43.692, inédit ; Soc., 31 mai 2005, pourvoi n° 03-44.849, inédit.

(70) P. Morvan, *op. cit.*

(71) Arrêt *Botzen*, précité, pt. 16.

(72) Voir les obs. préc. de L. Driguez sous l'arrêt *ISS*.

(73) P. Morvan, *op. cit.* Voir par exemple : Soc., 9 novembre 2005, pourvoi n° 03-47.188, publié.

(74) P. Morvan, *op. cit.* Voir par exemple : Soc., 28 janvier 2004, pourvoi n° 01-46.102, inédit.

secrétaire travaillant dans un cabinet d'avocat dont une partie des dossiers avait été transférée à un autre cabinet. Comment savoir si les deux salariées étaient affectées de manière spéciale, exclusive, permanente, aux activités cédées ? Une réponse pourrait résider dans l'organisation de leurs tâches avant le transfert. Si chacune de ces salariées consacrait une partie de son temps exclusivement à une certaine activité puis une autre partie de son temps exclusivement à une autre activité, on pourrait considérer que chacune d'elles était spécialement affectée aux activités en cause. Toutefois, si ces salariées accomplissaient plusieurs tâches à la fois pour les diverses activités en cause, elles ne peuvent être considérées comme étant spécialement affectées à leurs activités. À prendre l'espèce soumise à la Cour de cassation, il conviendrait ainsi de se demander, par exemple, si la salariée devait répondre aux appels téléphoniques

et aux courriels de la clientèle correspondant à une partie de l'activité du cabinet, dans les moments où cette salariée s'occupait déjà de la clientèle de l'autre partie de l'activité du cabinet. Pareillement, dans l'espèce soumise à la CJUE, il conviendrait de se demander si la salariée s'occupait d'un chantier à la fois ou si elle les *manageait* tous en même temps. On pourrait également aborder le critère de l'affectation spéciale en s'interrogeant non plus sur l'organisation des tâches, mais sur la nature de ces dernières : les tâches réalisées par ces salariées étaient-elles qualitativement distinctes selon qu'elles étaient accomplies pour l'une ou l'autre des activités ? Il fait peu de doute qu'une appréciation stricte du critère de l'affectation spéciale permettrait d'éviter le transfert d'un grand nombre de contrats de travail et d'éviter ainsi leur scission.

Conclusion

Pour conclure, il convient de récapituler les options rhétoriques offertes au salarié, afin que ce dernier puisse sauvegarder au mieux ses intérêts et assurer le maintien de ses droits. Le salarié peut tout d'abord contester l'existence d'un transfert d'entreprise, en contestant l'existence d'un personnel spécialement affecté à l'activité cédée (ou à chacune des activités reprises). Le salarié peut ensuite contester le transfert de son contrat de travail, en contestant le fait qu'il soit lui-même spécialement affecté à l'activité cédée (ou à chacune des activités reprises). Ce n'est que s'il y a un transfert d'entreprise emportant transfert du contrat du salarié que vient le moment de la scission. Jusqu'à l'arrêt du 30 septembre 2020, le salarié spécialement affecté à plusieurs activités pouvait, le cas échéant, invoquer la règle selon laquelle l'exercice de l'essentiel de ses fonctions dans l'une ou l'autre des activités en cause faisait obstacle à la scission de son contrat ; il devait alors poursuivre l'exécution de son unique contrat avec celui des employeurs qui exploitait l'activité auprès de laquelle il exerçait l'essentiel de ses fonctions. Cette possibilité est désormais fermée.

La scission s'impose donc par principe. Toutefois, si cette scission est impossible, détériore les conditions de travail ou porte atteinte au maintien des droits du travailleur, ce qui devrait presque systématiquement être le cas en pratique, le salarié peut prendre acte de la rupture de son contrat ou poursuivre la résiliation de ce dernier. La rupture devrait alors produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, supportés *in solidum* par les employeurs impliqués.

Ces solutions reflètent-elles l'état du système de règles que nous appelons « droit » ? interroge le formaliste. Sont-elles adéquates aux intérêts en présence ? demande le matérialiste. Le juriste critique, quant à lui, ne perd de vue aucune de ces deux questions. Il a conscience du service que ses raisonnements, fondés sur l'analyse des textes, peuvent rendre aux intérêts qui lui sont chers. Il sait aussi que ces raisonnements sont suffisamment indéterminés pour être un jour retournés contre les intérêts qu'il avait en vue (75). Cet aléa est le prix du formalisme (76). Le juriste sera d'autant plus disposé à le payer

(75) Voir sur ce point G. Lyon-Caen, *Le Droit du travail : Une technique réversible*, op. cit., p. 6 : « Les règles juridiques ne sont dans cette province du droit jamais univoques. Elles seront utilisées par les entreprises, ou par les syndicats, par l'employeur ou le salarié, selon leur intérêt du moment. [...] Le Droit du travail est donc constitué de règles et d'institutions à double sens et toutes réversibles, qui peuvent coïncider avec les intérêts des entreprises ou des salariés selon qu'on les présente sous une face ou une autre. Le rôle de l'argumentation juridique y est de ce fait décisif pour faire triompher un point de vue. »

(76) Sur les « aléas de la domination par le droit », voir A. Jeammaud, « Les fonctions du droit du travail » in F. Collin et alii, art. cit., p. 200-203 : « La condition essentielle de l'efficacité du droit, dans la fonction idéologique, est qu'il apparaisse comme indépendant de

manipulations grossières et semble juste. Il ne peut pas apparaître comme tel sans maintenir sa propre logique et ses propres critères d'équité et même sans parfois être réellement juste. [...] L'es aléas de la domination juridique tiennent autant à la forme du droit bourgeois qu'à son contenu. Par cette généralité, cette abstraction des règles qui en constituent l'ossature, les relations logiques qu'elles entretiennent, jointes à la possibilité consubstantielle à la notion de droit d'une "mise en question" de l'application de ces normes à chaque relation singulière, le droit bourgeois exclut que, dans son champ, raison soit toujours donnée aux mêmes. [...] La meilleure preuve que la domination par le droit n'est pas gratuite pour la bourgeoisie est d'ailleurs fournie par les efforts qu'elle déploie, notamment dans la période actuelle du capitalisme, pour se soustraire aux normes qui médiatisent son pouvoir. »

qu'il croit dans les vertus intrinsèques de la forme-droit (77). Cette croyance, relevant d'un formalisme axiologique, est du reste soutenue par son intérêt bien compris : le juriste est d'autant plus attaché aux formes que c'est du travail sur celles-ci qu'il vit. Son formalisme axiologique et intéressé n'est d'ailleurs pas incompatible avec un matérialisme descriptif. En effet, la foi dans les formes n'interdit pas de faire le constat suivant : même formellement correcte, une

solution qui sacrifie par trop les intérêts matériels en présence est d'autant plus fragile que les intérêts qu'elle contrarie sont puissants. À cet égard, il n'est peut-être pas inutile de rappeler que la scission des contrats de travail ne nuit pas qu'aux intérêts des salariés.

Laurent Willocx

(77) Notamment, même un juriste aussi sceptique à l'égard des règles de droit que M. Troper valorise, au détour d'un court article, la domination qui est exercée sous la forme de ces règles. Comme si l'État de droit (cf. *supra*, note 8) était, tout bien considéré, la moins mauvaise des dominations, même pour un théoricien du droit prompt à déceler derrière l'idéologie juridique formaliste le jeu des intérêts, des causes et des effets matériels. Voir M. Troper,

« Y a-t-il eu un État nazi ? », *Droit et société*, 1986, p. 456, spéc. p. 459 (« un régime qui n'est pas un État, un pouvoir qui ne s'exerce pas en forme juridique, produit, en raison même de sa forme, des décisions de caractère oppressif »). Voir sur ce point P. Brunet, « Michel Troper et la théorie générale de l'État : État général d'une théorie », *Droits*, n° 37, 2003, p. 87, spéc. p. 96.

TRANSFERT D'ENTREPRISE **Prise d'acte de la rupture du contrat de travail – Cession partielle d'une entreprise emportant transfert d'une entité économique autonome – Activité du salarié répartie entre l'entité conservée et l'entité cédée – Division du contrat de travail – Article L. 1224-1 du Code du travail interprété à la lumière des dispositions de la directive 2001/23 CE – Transfert du contrat de travail pour la partie de l'activité cédée – Exceptions – Détérioration des conditions de travail ou atteinte au maintien des droits garantis par la directive.**

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 30 septembre 2020

Société Interbarreaux X...-Z...-W... et associés – Talliance avocats, société civile professionnelle
contre Mme A... V... ; et autres (n° 18-24881-P + B + R + I)

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 21 septembre 2018), Mme V... a été engagée le 19 décembre 1996 en qualité de secrétaire par la société Interbarreaux X...-Z...-W... et associés, désormais dénommée Interbarreaux X...-Z...-W... et associés. En juillet 2013, la société a cédé à la société DPR Méditerranée l'activité qu'elle exerçait dans son cabinet secondaire de Menton. Le 2 août 2013, a été notifié à la salariée le transfert de son contrat de travail auprès de la société DPR Méditerranée à hauteur de 50 % de son temps de travail par application des dispositions de l'article L. 1224-1 du code du travail. Après s'être trouvée en arrêt de travail à compter du 7 août 2013, la salariée a pris acte de la rupture de son contrat de travail le 23 avril 2014.

2. La salariée a saisi la juridiction prud'homale.

Examen des moyens

Sur le premier moyen, ci-après annexé

3. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ce moyen qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Mais sur le second moyen, pris en sa troisième branche

Enoncé du moyen

4. La société Interbarreaux X...-Z...-W... et associés fait grief à l'arrêt de confirmer le jugement en ce

qu'il avait dit que la prise d'acte était fondée sur des motifs suffisamment graves pour rendre impossible la poursuite du contrat de travail, que cette rupture s'analysait en une rupture aux torts de l'employeur et produisait les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et de la condamner à payer à la salariée diverses sommes à titre d'indemnité compensatrice de préavis et congés payés afférents, d'indemnité légale de licenciement, de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et d'indemnité pour perte de chance d'utiliser le droit individuel à la formation, alors « qu'en application de l'article L. 1224-1 du code du travail, dans l'hypothèse d'un transfert partiel d'activité, lorsque l'activité du salarié se répartissait entre l'entité conservée et l'entité économique autonome cédée, le contrat de travail est transféré pour la partie de son activité professionnelle que le salarié consacrait à l'entité cédée ; qu'en l'espèce, il résulte de l'arrêt que la cession par l'employeur à la société DPR Méditerranée du droit de présentation de la clientèle portant sur l'ensemble des dossiers du cabinet de Menton, sur les biens mobiliers corporels relatifs à l'exercice de l'activité d'avocat et sur le salarié à hauteur de 50 % de son temps de travail, avait entraîné le transfert d'une entité économique autonome ayant conservé son identité ; qu'en jugeant cependant que le contrat de travail de la salariée, affectée pour 50 % de son temps de travail à l'entité transférée et pour 50 % à l'activité conservée, devait

se poursuivre avec la cédante au prétexte que la salariée n'exerçait pas l'essentiel de ses fonctions au sein de l'entité transférée, la cour d'appel a violé le texte susvisé, interprété à la lumière de la directive 2001/23/CE du 12 mars 2001 ».

Réponse de la Cour

Vu l'article L. 1224-1 du code du travail, interprété à la lumière des dispositions de la directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 :

5. Par plusieurs arrêts, la Cour de cassation a jugé, notamment en cas de cession partielle d'une entreprise emportant transfert d'une entité économique autonome conservant son identité et dont l'activité avait été poursuivie, qu'en application de l'article susvisé, lorsqu'un salarié était employé en partie au sein de cette entité, son contrat de travail devait être transféré au cessionnaire pour la partie de l'activité qu'il y consacrait (Soc., 22 juin 1993, pourvoi n° 90-44.705, *Bulletin*, 1993, V, n° 171 ; Soc., 9 mars 1994, pourvoi n° 92-40.916, *Bulletin*, 1994, V, n° 83 ; Soc., 2 mai 2001, pourvoi n° 99-41.960, *Bulletin*, 2001, V, n° 145).

6. Pour limiter les hypothèses d'une telle division du contrat de travail, la Cour de cassation a ensuite jugé que, si le salarié exerçait l'essentiel de ses fonctions dans le secteur d'activité repris par la nouvelle société, l'ensemble de son contrat de travail devait être transféré à cette société et, dans le cas inverse, que son contrat de travail devait se poursuivre avec la société sortante (Soc., 30 mars 2010, pourvoi n° 08-42.065, *Bulletin*, 2010, V, n° 78 ; Soc., 21 septembre 2016, pourvoi n° 14-30.056, *Bulletin*, 2016, V, n° 169).

7. Par un arrêt du 7 février 1985, (CJCE, arrêt du 7 février 1985, Botzen, aff. 186/83), la Cour de justice des Communautés européennes a dit pour droit que l'article 3, paragraphe 1, de la directive 77/187/CEE du Conseil, du 14 février 1977, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements devait être interprété en ce sens qu'il n'englobe pas les droits et obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert et conclu avec des travailleurs qui, bien que n'appartenant pas à la partie transférée de l'entreprise, exerçaient certaines activités comportant l'utilisation de moyens d'exploitation affectés à la partie transférée, ou qui, étant affectés à un service administratif de l'entreprise qui n'a pas été lui-même transféré, effectuaient certaines tâches au profit de la partie transférée.

8. Par arrêt du 26 mars 2020, (CJUE, arrêt du 26 mars 2020, ISS Facility Services NV, aff. C-344/18), la Cour de justice de l'Union européenne, en présence d'un transfert d'entreprise impliquant plusieurs cessionnaires, a écarté tant l'hypothèse consistant

à transférer le contrat de travail uniquement au cessionnaire auprès duquel le travailleur exerce ses fonctions à titre principal, que l'hypothèse consistant à ne transférer le contrat de travail à aucun des cessionnaires. Elle a dit pour droit que l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/23/CE du Conseil, du 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, doit être interprété en ce sens que les droits et les obligations résultant d'un contrat de travail sont transférés à chacun des cessionnaires, au prorata des fonctions exercées par le travailleur concerné, à condition que la scission du contrat de travail en résultant soit possible ou n'entraîne pas une détérioration des conditions de travail ni ne porte atteinte au maintien des droits des travailleurs garanti par cette directive, ce qu'il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier. Par ailleurs, la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que, dans l'hypothèse où une telle scission du contrat de travail se révélerait impossible à réaliser ou porterait atteinte aux droits dudit travailleur, l'éventuelle résiliation de la relation de travail qui s'ensuivrait serait considérée, en vertu de l'article 4 de ladite directive, comme intervenue du fait du ou des cessionnaires, quand bien même cette résiliation serait intervenue à l'initiative du travailleur.

9. Il résulte ainsi de l'article L. 1224-1 du code du travail, interprété à la lumière de la directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001, que, lorsque le salarié est affecté tant dans le secteur repris, constituant une entité économique autonome conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise, que dans un secteur d'activité non repris, le contrat de travail de ce salarié est transféré pour la partie de l'activité qu'il consacre au secteur cédé, sauf si la scission du contrat de travail, au prorata des fonctions exercées par le salarié, est impossible, entraîne une détérioration des conditions de travail de ce dernier ou porte atteinte au maintien de ses droits garantis par la directive.

10. Pour juger que la prise d'acte par la salariée était justifiée par un manquement suffisamment grave de l'employeur empêchant la poursuite du contrat de travail, l'arrêt, après avoir jugé caractérisé le transfert d'une entité économique autonome, retient que, si la partie de l'activité de la société Interbarreaux X...-Z...-W... et associés cédée à la société DPR Méditerranée représentait 50 % de l'activité de la salariée, le contrat de travail devait se poursuivre auprès de la société Interbarreaux X...-Z...-W... et associés dès lors que la salariée n'exerçait pas l'essentiel de ses fonctions au sein de l'entité transférée.

11. En statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

Portée et conséquences de la cassation

12. En application de l'article 624 du code de procédure civile, la cassation sur le second moyen entraîne la cassation par voie de conséquence du chef de dispositif relatif à la mise hors de cause de la société DPR Méditerranée, qui s'y rattache par un lien de dépendance nécessaire.

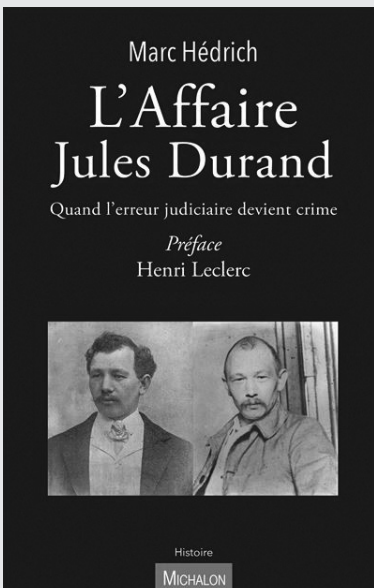
PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs, la Cour :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il met hors de cause la société DPR Méditerranée, juge que la prise d'acte est fondée sur des motifs suffisamment graves pour rendre impossible la poursuite du contrat de travail, que cette rupture s'analyse en une rupture aux torts de l'employeur et produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse

et condamne la société Interbarreaux X...-Z...-W... et associés à payer à la salariée diverses sommes à titre d'indemnité compensatrice de préavis et congés payés afférents, d'indemnité légale de licenciement, de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et d'indemnité pour perte de chance d'utiliser le droit individuel à la formation, l'arrêt rendu le 21 septembre 2018, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ;

Remet, sur ces points, l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel d'Aix-en-Provence autrement composée ;

(M. Cathala, prés. – SCP Gatineau, Fattaccini et Rebeyrol, SCP Thouvenin, Coudray et Grévy)



Edition : Michalon
Septembre 2020
ISBN : 2841869458
309 pages – 21 euros

L'AFFAIRE JULES DURAND

Quand l'erreur judiciaire devient crime

Par Marc Hédrich

Le Havre, 1910. Jules Durand, docker charbonnier, est injustement accusé de complicité d'assassinat d'un contremaître. Son véritable tort en cette période de grève sur le port : être syndicaliste et oser se révolter contre les indignes conditions de travail imposées par la Compagnie générale transatlantique. S'ensuivent une parodie de procès et une condamnation à mort. Mais face à l'injustice, l'indignation et à la mobilisation populaire finissent par payer. La cour de cassation reprend le dossier et innocente Durand. Trop tard cependant : Jules Durand, syndicaliste autodidacte, pourfendeur de l'alcoolisme ouvrier, finira sa vie à l'asile.

Comment la machine judiciaire a-t-elle pu s'enrayer au point de condamner à mort un innocent ? Surtout, comment cette affaire retentissante en son temps, qui mobilisa l'opinion publique et les intellectuels de l'époque – Jaurès en tête –, a pu être frappée du sceau du silence ?

Avec son regard de praticien et documents à l'appui, Marc Hédrich tente de percer le mystère de cette amnésie collective. Le présent ouvrage apporte ainsi un éclairage aussi rigoureux que précieux sur ce crime judiciaire sur fond de justice de classe : le contexte, les acteurs du drame (dont le jeune avocat de Jules Durand, un certain René Coty) et les suites du jugement, en même temps qu'il dresse le tableau saisissant d'une époque, notamment des misérables conditions de vie des charbonniers.

Le récit d'une des plus grandes erreurs judiciaires du XX^e siècle.