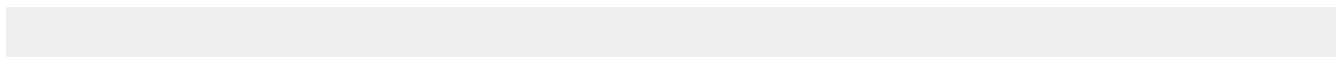


Droit social : relations individuelles

Leçon 502 : La modification de la relation de travail : Commentaire d'arrêts groupés

Anaëlle DONNETTE

Table des matières



Commentez les arrêts reproduits ci-dessous :

Cass. soc., 4 juillet 2012, n° [10-28.229](#) :

« Vu l'article L. 1224-1 du code du travail ;

Attendu, selon les arrêts attaqués, que MM. X... et Y... ont été engagés en qualité de soigneurs, animateurs et chauffeurs de petit train par la société Puech-Redon (la société) qui exploitait un parc animalier ; que dans le cadre d'une délégation de service public la société a signé une convention d'affermage le 25 septembre 2007 avec la Communauté de communes du pays baraquevillois ; que la société étant confrontée à une perte d'exploitation, les animaux sauvages du parc ont été vendus, la convention d'affermage étant résiliée à compter du 31 mars 2009 ; que la société ayant ensuite fait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire, les deux salariés ont été licenciés dans le cadre des opérations de liquidation ;

Attendu que pour condamner la Communauté de communes du pays baraquevillois à payer aux salariés les salaires du 1^{er} juin au 21 juillet 2009 ainsi que des indemnités au titre de la rupture, les arrêts retiennent que l'entité économique dont la gestion avait été confiée à la société a été transférée à la communauté de communes, à la suite de la résiliation de cette convention, dans des conditions qui n'empêchaient pas la continuation de son exploitation et que c'est la communauté de communes qui avait délibérément décidé la vente des animaux sauvages puis la mise en sommeil du parc animalier qu'elle avait la possibilité d'exploiter ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations qu'avant même la résiliation de la convention d'affermage les animaux sauvages avaient été vendus, ce dont il résultait que l'entité économique que constituait le parc animalier avait perdu son identité au jour du transfert, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Et vu l'article 627 du code de procédure civile ;

PAR CES MOTIFS : CASSE ET ANNULE, en toutes leurs dispositions, les arrêts rendus le 20 octobre 2010, entre les parties, par la cour d'appel de Montpellier ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

Confirme les jugements du conseil de prud'hommes de Rodez du 15 décembre 2009 (...). »

Cass. soc., 31 mai 2011, n° [10-17.460](#) :

« Attendu, selon l'arrêt attaqué (Nancy, 12 mars 2010), que bien que n'ayant pas obtenu l'autorisation de l'inspecteur du travail qu'elle avait sollicitée, la société Compagnie IBM France a affecté, à compter du 1^{er} mai 2005, M. Y..., alors salarié protégé, à la société Lenovo France, par application de l'article L. 1224-1 du code du travail ; que le 30 juin 2005, l'inspecteur du travail a refusé le transfert du contrat de travail du salarié, décision confirmée le 9 novembre 2005 par le ministre ; que le 1^{er} décembre 2005, après la fin de la période de protection dont bénéficiait le salarié, la société Compagnie IBM France a transféré "définitivement" son contrat de travail à la société Lenovo France, dans laquelle il est demeuré ;

Attendu que la société Compagnie IBM France fait grief à l'arrêt de dire que le transfert du contrat de travail le 1^{er} décembre 2005 est nul et de la condamner au paiement de diverses sommes à titre d'indemnités de rupture et de dommages-intérêts alors, selon le moyen :

1°/ que lorsque, dans le cadre d'un transfert partiel d'entreprise, l'autorisation de l'inspecteur du travail est requise pour transférer le contrat de travail d'un salarié protégé, le transfert redevient possible sans autorisation à compter du jour où la période de protection atteint son terme sous la seule condition que les conditions d'application de l'article L. 122-12 devenu L. 1224-1 du code du travail soient réunies à cette date, peu important à cet égard que l'autorisation eût été refusée, dans un premier temps, durant la période où elle était nécessaire ; qu'en prononçant la nullité du contrat de travail de M. Y... intervenu le 1^{er} décembre 2005, au motif inopérant que l'autorisation de procéder audit transfert avait été antérieurement refusée cependant qu'à cette date ladite autorisation n'était plus requise, la cour d'appel a violé par fausse application les articles L. 2411-7 et L. 2421-9 L. 425-1 al. 7, L. 425-1 al. 6 et L. 436-1 anciens du code du travail ;

2°/ qu'en s'abstenant de rechercher, ainsi qu'elle en était invitée, si à la date du 1^{er} décembre 2005 les conditions d'application de l'article L. 122-12 devenu L. 1224-1 du code du travail étaient réunies, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 2411-7 et L. 2421-9 L. 425-1, al. 7, L. 425-1 al. 6 et L. 436-1 anciens du code du travail ;

3°/ que le salarié protégé ne peut se voir imposer un changement de ses conditions de travail, l'employeur devant alors soit renoncer à la mesure envisagée soit solliciter une autorisation administrative de licenciement ; que la mise à disposition temporaire de M. Y... auprès de la société Lenovo, qui n'emportait pas transfert du contrat de travail et s'analysait en un simple changement des conditions de travail du salarié, ne pouvait constituer une fraude à l'obligation de solliciter une autorisation de transfert dès lors que le salarié disposait de la faculté de s'y opposer au même titre ;

4°/ que le salarié protégé ne peut se voir imposer un changement de ses conditions de travail, l'employeur devant alors soit renoncer à la mesure envisagée soit solliciter une autorisation administrative de licenciement ; que la mise à disposition temporaire de M. Y... auprès de la société Lenovo, qui n'emportait pas transfert du contrat de travail et s'analysait en un simple changement des conditions de travail du salarié, ne pouvait constituer une fraude à l'obligation de solliciter une autorisation de transfert dès lors que le salarié disposait de la faculté de s'y opposer au même titre qu'au transfert lui-même, ce qu'il n'avait pas fait ; qu'en considérant que la société IBM avait « fait une application déloyale et détournée des dispositions combinées de l'article L. 1244-1 L. 1224-1 du code du travail et du statut des travailleurs protégés » cependant qu'elle constatait que M. Y... ne s'était pas opposé à sa mise à disposition auprès de la société Lenovo, la cour d'appel a statué par des motifs impuissants à caractériser une fraude et a par conséquent violé les articles L. 2411-7 al.2, L. 2421-9 et L. 1224-1 L. 425-1 al. 7, L. 425-1 al. 6, L. 436-1 al. 5 et L. 122-12 anciens du code du travail ;

5°/ que le salarié qui invoque l'irrégularité du transfert de son contrat de travail au regard des dispositions de l'article L. 1224-1 du code du travail ne peut, tout en poursuivant l'exécution de ce même contrat de travail auprès du nouvel employeur, soutenir qu'il a fait l'objet d'un licenciement injustifié de la part du premier employeur ; qu'il peut seulement saisir le juge prud'homal d'une demande de résiliation judiciaire du contrat de travail à la condition de mettre en la cause le nouvel employeur, la poursuite du contrat de travail, même avec un autre employeur, étant incompatible avec la prétention selon laquelle celui-ci aurait été rompu ; qu'en jugeant que le contrat de travail de M. Y... avait été rompu aux torts de la société IBM, employeur initial, cependant qu'elle constatait que le contrat de travail avait été dans les faits transféré et continuait à s'exécuter auprès de la société Lenovo, nouvel employeur, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations au regard de l'article L. 1224-1 L. 122-12 ancien du code du travail ;

6°/ qu'en jugeant que le contrat de travail était rompu aux torts de l'employeur sans répondre au moyen de la société IBM qui soutenait que le même contrat de travail continuait de s'exécuter auprès de la société Lenovo, cessionnaire de l'activité transférée, contre laquelle M. Y... n'avait formulé aucune demande et qu'il n'avait pas mise en cause, ce dont l'employeur déduisait que la demande était irrecevable, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu que le transfert du contrat de travail d'un salarié protégé compris dans un transfert partiel d'entreprise ne peut intervenir qu'après une autorisation de l'inspection du travail ;

Et attendu d'abord, qu'il résulte des constatations de la cour d'appel que M. Y... a été affecté à la société Lenovo France le 1^{er} mai 2005 en l'absence d'autorisation, en sorte que ce transfert du contrat de travail est nul ;

Attendu ensuite, que la cour d'appel, qui n'était pas saisie de conclusions d'irrecevabilité de la demande, a constaté que la société Compagnie IBM France a mis fin irrégulièrement au contrat de travail qui la liait à M. Y... en lui imposant de passer au service de la société Lenovo France sans autorisation administrative préalable ; qu'elle en a exactement déduit que cette rupture du contrat de travail lui était imputable ;

Que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi (...). »

Cass. soc., 13 mai 2009, n° [07-45.516](#) :

« Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme X..., engagée à temps partiel le 25 avril 1998 par Mme Y... en qualité d'employée, a été avisée par lettre du 30 décembre 2003 que son employeur cesserait à compter du 31 mars 2004 l'activité du débit de boissons exploité dans le local mis à disposition, avec une licence de 4ème catégorie, par la ville de Saint-Lô ; que ce " bar du Foirail " a rouvert le 15 juin suivant, après qu'une nouvelle convention d'occupation précaire ait été accordée à M. Z... ;

Sur le premier moyen :

Vu l'article L. 1224-1 du code du travail ;

Attendu que, pour écarter l'application de l'article L. 122-12, alinéa 2, devenu l'article L. 1224-1 du code du travail, la cour d'appel a retenu que l'exploitation du bar avait été reprise deux mois et demi après que Mme Y... eut cessé son exploitation et après le licenciement de la salariée pour un motif économique légitime ; que l'interruption de l'exploitation du bar n'est imputable ni à l'exploitante précédente, ni au repreneur ; qu'il n'y a pas eu transfert de l'un à l'autre, même après une interruption temporaire d'activité, d'une entité économique autonome, laquelle se compose d'éléments corporels ou incorporels nécessaires à l'exploitation ; qu'il est en effet établi que le mobilier nécessaire à l'exploitation du fonds a été conservé par Mme Y..., qui en était propriétaire, M. Z... ayant lui-même acquis, en juin 2004, le matériel nécessaire à l'exploitation de fonds et que, dès lors, le transfert, limité au local et à la licence d'exploitation d'un débit de boissons dont la ville est propriétaire, n'était pas celui d'une entité économique autonome ;

Attendu cependant que l'article L. 1224-1 du code du travail est applicable en cas de transfert d'une entité économique autonome qui conserve son identité et dont l'activité est poursuivie, peu important que son exploitation ait été temporairement interrompue, dès lors que des éléments d'exploitation significatifs et nécessaires à la poursuite de l'activité sont transmis, directement ou indirectement, au nouvel exploitant ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, par des motifs inopérants, alors qu'il résultait de ses constatations qu'après deux mois et demi d'interruption, l'exploitation du fonds de débit de boissons avait été reprise dans les mêmes lieux et au bénéfice de la même licence par un autre concessionnaire, poursuivant la même activité, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Sur le second moyen :

Vu l'article L. 1224-1 du code du travail ;

Attendu que pour débouter Mme X... de ses demandes contre M. Z... et Mme Y..., et notamment la demande formée contre Mme Y... pour licenciement illicite, la cour d'appel a retenu que Mme Y... avait exécuté de bonne foi le contrat de travail et que Mme X... avait été licenciée pour motif économique ;

Qu'en statuant ainsi, alors que le licenciement prononcé à l'occasion du transfert du débit de boissons à un autre exploitant était dépourvu d'effet, de sorte que la salariée pouvait demander à Mme Y..., qui en avait pris l'initiative, réparation du préjudice causé par la perte de son emploi consécutive au licenciement, sauf en cas de poursuite de son contrat avec le nouvel exploitant, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS : CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a débouté Mme Brigitte X... de ses demandes de poursuite de son contrat de travail avec le cessionnaire et d'indemnisation du préjudice lié à la rupture, l'arrêt rendu le 16 février 2007, entre les parties, par la cour d'appel de Caen ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Rouen (...). »

CJUE, 6 septembre 2011, Ivana Scattolon, aff. [C-108/10](#) (extraits) :

« Le litige au principal et les questions préjudicielles

28 Mme Scattolon, employée de la commune de Scorzè depuis le 16 mai 1980 en tant que concierge dans des écoles de l'État, a, jusqu'au 31 décembre 1999, exercé ce travail en tant que membre du personnel ATA des collectivités locales.

29 À partir du 1^{er} janvier 2000, elle a, en application de l'article 8 de la loi n° 124/99, été transférée dans les services du personnel ATA de l'État.

30 En application du décret ministériel du 5 avril 2001, Mme Scattolon a été classée dans une échelle salariale qui correspond, dans lesdits services, à neuf ans d'ancienneté.

31 N'ayant ainsi pas obtenu la reconnaissance de son ancienneté d'environ 20 ans acquise dans la commune de Scorzè et estimant avoir ainsi subi une réduction considérable de sa rémunération, Mme Scattolon a, par requête déposée le 27 avril 2005, saisi le Tribunale di Venezia afin d'obtenir la reconnaissance de l'intégralité de ladite ancienneté et d'être classée, en conséquence, dans l'échelon qui correspond, pour le personnel ATA de l'État, à une ancienneté allant de quinze à vingt ans.

33 C'est dans ces circonstances que le Tribunale di Venezia a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

« 1) La [directive 77/187] et/ou la [directive 2001/23] ou toute autre réglementation [de l'Union] applicable doivent-elles être interprétées dans le sens de leur applicabilité à un cas de transfert du personnel chargé des services auxiliaires de nettoyage et d'entretien des bâtiments scolaires de l'État par les collectivités publiques locales (communes et provinces) à l'État, lorsque le transfert a entraîné la succession, non seulement dans l'activité et dans les relations avec tout le personnel (concierges) employé, mais également dans les marchés conclus avec des entreprises privées pour assurer ces services ?

2) La continuité de la relation de travail au sens de l'article 3, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive [77/187] (reprise, avec la [directive 98/50] [...], dans la [directive 2001/23]) doit-elle être interprétée en ce sens que la quantification des prestations économiques liées, auprès du cessionnaire, à l'ancienneté de service doit tenir compte de toutes les années effectuées par le personnel transféré, y compris au service du cédant ?

3) L'article 3 de la [directive 77/187] et/ou les [directives 98/50 et 2001/23] doivent-ils être interprétés en ce sens que les droits du travailleur transférés au cessionnaire incluent également les avantages acquis par le travailleur auprès du cédant, tels que l'ancienneté, lorsque des droits de nature pécuniaire y sont rattachés par l'effet de la convention collective en vigueur au sein de la société cessionnaire ?

Par ces motifs, la Cour (grande chambre) dit pour droit :

1) La reprise, par une autorité publique d'un État membre, du personnel employé par une autre autorité publique et chargé de la fourniture, à des écoles, de services auxiliaires comprenant notamment des tâches de maintenance et d'assistance administrative, constitue un transfert d'entreprise relevant 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, lorsque ledit personnel est constitué d'un ensemble structuré d'employés qui sont protégés en tant que travailleurs en vertu du droit interne de cet État membre.

2) Lorsqu'un transfert au sens de la directive 77/187 conduit à l'application immédiate, aux travailleurs transférés, de la convention collective en vigueur auprès du cessionnaire et que les conditions de rémunération prévues par cette convention sont notamment liées à l'ancienneté, l'article 3 de cette directive s'oppose à ce que les travailleurs transférés subissent, par rapport à leur situation immédiatement antérieure au transfert, une régression salariale substantielle en raison du fait que leur ancienneté acquise auprès du cédant, équivalente à celle acquise par des travailleurs au service du cessionnaire, n'est pas prise en compte lors de la détermination de leur position salariale de départ auprès de ce dernier. Il appartient à la juridiction de renvoi d'examiner s'il y a eu, lors du transfert en cause au principal, une telle régression salariale. »

En savoir plus : Corrigé

Cass. soc., 4 juillet 2012, n° 10-28.229 :

- Faits :

MM. X... et Y... ont été engagés en qualité de soigneurs, animateurs et chauffeurs de petit train par la société Puech-Redon qui exploitait un parc animalier.

Dans le cadre d'une délégation de service public, la société (fermier) a signé une convention d'affermage le 25 septembre 2007 avec la Communauté de communes du pays baraquevillois (bailleur).

La société étant confrontée à une perte d'exploitation, les animaux sauvages du parc ont été vendus, la convention d'affermage étant résiliée à compter du 31 mars 2009.

La société ayant ensuite fait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire, les deux salariés ont été licenciés dans le cadre des opérations de liquidation.

- **Procédure :**

La CA de Montpellier condamne la Communauté de communes du pays baraquevillois à payer aux salariés les salaires du 1^{er} juin au 21 juillet 2009 ainsi que des indemnités au titre de la rupture, parce que l'entité économique dont la gestion avait été confiée à la société a été transférée à la communauté de communes à la suite de la résiliation de la convention, dans des conditions qui n'empêchaient pas la continuation de son exploitation et parce que c'est la communauté de communes qui avait délibérément décidé la vente des animaux sauvages puis la mise en sommeil du parc animalier qu'elle avait la possibilité d'exploiter.

- **Problème de droit :**

Une entité économique conserve-t-elle son identité lorsqu'elle perd un élément de son exploitation ?

- **Solution :**

Oui : « *Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations qu'avant même la résiliation de la convention d'affermage les animaux sauvages avaient été vendus, ce dont il résultait que l'entité économique que constituait le parc animalier avait perdu son identité au jour du transfert, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

Éléments d'appréciation :

- Pour qu'un changement d'employeur à l'occasion d'un transfert emporte maintien des contrats de travail attachés à l'activité transférée, **il faut qu'il y ait transfert d'une entité économique conservant son identité.**
- En effet, la règle du maintien des contrats de travail ne s'applique qu'en cas de transfert d'une entité économique entendue comme un « *ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre* » = Cass. soc., 7 juillet 1998, n° 96-21.451).

L'entité est ainsi un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels et incorporels permettant l'exercice d'une activité qui poursuit un objectif propre. Le juge recherche donc le transfert d'éléments d'exploitation, corporels ou incorporels, matériels et humains.

L'entité transférée doit conserver son identité, c'est-à-dire qu'il doit y avoir poursuite effective de l'exploitation, identité de personnel, similitude des moyens d'exploitation. La même activité doit se poursuivre.

- L'intérêt de l'arrêt commenté est de considérer que l'identité n'est pas conservée lorsque l'un des éléments d'exploitation disparaît. **Dès lors que les moyens d'exploitation ne sont plus les mêmes – ce qui est le cas ici puisque les animaux, éléments de l'exploitation, ont été vendus – l'entité a perdu son identité.** Le parc animalier ne peut plus être exploité en tant que tel sans les animaux (contrairement à ce qu'affirmait la cour d'appel).

On pourrait y voir une confusion entre deux conditions pourtant distinctes et qui doivent être remplies de manière autonome : la condition d'une entité économique d'une part, la condition de conservation de l'identité de l'entité économique d'autre part. Mais en réalité ces deux conditions sont intimement liées, l'identité étant conservée dès lors que les éléments de l'entité sont inchangés (cf. Cass. soc., 17 juin 2009, n° 08-42.615). Donc il n'y a pas un retour au bailleur de l'entité économique, à défaut d'identité, car le parc n'est plus exploitable en tant que parc animalier à défaut d'animaux.

Cass. soc., 31 mai 2011, n° 10-17.460 :

- **Faits :**

Bien que n'ayant pas obtenu l'autorisation de l'inspecteur du travail qu'elle avait sollicitée, la société Compagnie IBM France a affecté, à compter du 1^{er} mai 2005, M. Y..., alors salarié protégé, à la société Lenovo France, par application de l'article [L. 1224-1](#) du Code du travail.

Le 30 juin 2005, l'inspecteur du travail a refusé le transfert du contrat de travail du salarié, décision confirmée le 9 novembre 2005 par le ministre.

Le 1^{er} décembre 2005, après la fin de la période de protection dont bénéficiait le salarié, la société Compagnie IBM France a transféré "définitivement" son contrat de travail à la société Lenovo France, dans laquelle il est demeuré.

- **Procédure :**

La CA décide que le transfert du contrat de travail le 1^{er} décembre 2005 est nul et condamne IBM au paiement de diverses sommes à titre d'indemnités de rupture et de dommages-intérêts.

La société IBM France se pourvoit en cassation.

Elle estime que lorsque, dans le cadre d'un transfert partiel d'entreprise, l'autorisation de l'inspecteur du travail est requise pour transférer le contrat de travail d'un salarié protégé, le transfert redevient possible sans autorisation à compter du jour où la période de protection atteint son terme sous la seule condition que les conditions d'application de l'article L. 122-12 (devenu L. 1224-1) du Code du travail soient réunies à cette date, peu important à cet égard que l'autorisation eût été refusée, dans un premier temps, durant la période où elle était nécessaire.

Si à la date du transfert l'autorisation n'est plus requise, le salarié peut être transféré sans autorisation – logique ! – dès lors que les conditions de l'art. L. 122-12, devenu L. 1224-1, sont toujours réunies, ce que doit vérifier la cour d'appel.

- **Problème de droit :**

Le transfert du contrat de travail d'un salarié protégé est-il subordonné à une autorisation de l'inspecteur du travail ?

- **Solution :**

Oui.

Le transfert du contrat de travail d'un salarié protégé compris dans un transfert partiel d'entreprise ne peut intervenir qu'après une autorisation de l'inspection du travail ; en l'absence d'une telle autorisation, le transfert du contrat de travail est nul.

Éléments d'appréciation :

- **Lorsque les conditions du transfert sont remplies, les contrats individuels de travail sont transférés de plein droit.** Le transfert a bien lieu de plein droit de sorte que ni l'ancien employeur, ni le nouvel employeur ni même les salariés ne peuvent s'y opposer. Toutefois, lorsque le transfert est volontaire, le salarié peut s'opposer au transfert de son contrat.

Mais, lorsqu'un salarié dont le contrat est transféré exerce un mandat de représentant du personnel, et que le transfert est seulement partiel, l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail est requise, lequel s'assure que le salarié ne fait pas l'objet d'une mesure discriminatoire, par ex. le transfert serait organisé pour l'exclure de l'entreprise, cf. art. [L. 2414-1](#) du C. trav.

- L'arrêt analysé rappelle cette règle. Mais l'intérêt de la présente décision tient moins dans ce rappel d'une règle clairement formulée dans le Code du travail qu'aux circonstances de faits à laquelle cette règle est appliquée.

En l'espèce, le cédant avait affecté le salarié protégé compris dans le transfert partiel d'entreprise auprès du cessionnaire avant que l'inspecteur du travail ne se prononce sur la demande d'autorisation de transfert qu'il avait sollicitée. Se prononçant deux mois après, l'inspecteur du travail avait refusé d'autoriser le transfert, décision qu'avait confirmée le ministre saisi sur recours hiérarchique. Moins de deux mois après cette confirmation, le cédant a pourtant transféré définitivement le contrat de travail du salarié auprès du cessionnaire, la période de protection dont ce salarié bénéficiait arrivant à expiration. La chambre sociale approuve les juges du fond d'avoir prononcé la nullité du transfert. Prenant soin d'expurger du débat le transfert définitif du salarié à l'issue de la période de protection, la haute juridiction approuve l'annulation du transfert sur la seule considération que le salarié a été affecté auprès du cessionnaire en l'absence d'autorisation.

= Il n'est pas possible d'affecter provisoirement le salarié protégé auprès du cessionnaire, c'est l'apport de notre arrêt. Ce serait contrevenir au statut protecteur et à la règle en vertu de laquelle le transfert d'un salarié protégé n'est possible qu'avec l'autorisation de l'inspecteur du travail.

Tout transfert du contrat de travail d'un salarié protégé nécessite une telle autorisation, l'employeur ne peut recourir, dans l'attente de l'expiration de la fin de la période de protection, à l'affectation provisoire d'un salarié protégé.

Par cette décision, **la chambre sociale entend fort légitimement s'opposer au subterfuge utilisé par l'employeur consistant à contourner le statut protecteur en recourant, dans l'attente de**

l'expiration de la période de protection, à l'affectation provisoire du salarié protégé auprès du cessionnaire plutôt qu'au transfert définitif de son contrat de travail.

La solution est parfaitement justifiée. S'il est vrai que la lettre de l'article L. 2414-1 du Code du travail ne vise que le transfert du contrat de travail et n'interdit pas formellement l'affectation provisoire du salarié protégé auprès du cessionnaire, la présente espèce suffit à convaincre que l'effectivité de ce texte nécessite qu'il soit exigé que toute affectation d'un salarié protégé compris dans un transfert partiel soit précédée de l'autorisation de l'inspecteur du travail.

Par ailleurs, **si l'on sait que le licenciement intervenu ante transfert est privé d'effet en vertu de la jurisprudence Guernonprez, lorsque ce licenciement est celui d'un salarié protégé la sanction est plus grave, c'est la nullité.**

C'est la sanction traditionnelle justifiée par la violation du statut protecteur.

Cass. soc., 13 mai 2009, n° 07-45.516 :

- **Faits :**

Le 25 avril 1998, Mme X est engagée à temps partiel par Mme Y en qualité d'employée.

Par lettre du 30 décembre 2003 elle est avisée que son employeur cesserait à compter du 31 mars 2004 l'activité du débit de boissons exploité dans le local mis à disposition, avec une licence de 4ème catégorie, par la ville de Saint-Lô.

Le 15 juin suivant, ce " bar du Foirail " a rouvert, après qu'une nouvelle convention d'occupation précaire a été accordée à M. Z.

- **Procédure :**

Pour écarter l'application de l'article L. 122-12, alinéa 2, devenu l'article L. 1224-1 du Code du travail, la cour d'appel a retenu que l'exploitation du bar avait été reprise deux mois et demi après que Mme Y eut cessé son exploitation et après le licenciement de la salariée pour un motif économique légitime.

L'interruption de l'exploitation du bar n'est imputable ni à l'exploitante précédente, ni au repreneur ; il n'y a pas eu transfert de l'un à l'autre, même après une interruption temporaire d'activité, d'une entité économique autonome, laquelle se compose d'éléments corporels ou incorporels nécessaires à l'exploitation.

En effet, le mobilier nécessaire à l'exploitation du fonds a été conservé par Mme Y, qui en était propriétaire, M. Z ayant lui-même acquis, en juin 2004, le matériel nécessaire à l'exploitation de fonds et que, dès lors, le transfert, limité au local et à la licence d'exploitation d'un débit de boissons dont la ville est propriétaire, n'était pas celui d'une entité économique autonome.

- **Problème de droit :**

L'interruption temporaire de l'exploitation d'une entité économique autonome est-elle de nature à faire obstacle à l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail ?

- **Solution :**

Non.

L'article L. 1224-1 du Code du travail est applicable en cas de transfert d'une entité économique autonome qui conserve son identité et dont l'activité est poursuivie, peu important que son exploitation ait été temporairement interrompue, dès lors que des éléments d'exploitation significatifs et nécessaires à la poursuite de l'activité sont transmis, directement ou indirectement, au nouvel exploitant.

De plus, le licenciement prononcé à l'occasion du transfert est dépourvu d'effet, de sorte que le salarié injustement licencié peut demander au cédant, qui a pris l'initiative du licenciement, réparation du préjudice causé par la perte de son emploi consécutive au licenciement, sauf en cas de poursuite de son contrat avec le nouvel exploitant.

Éléments d'appréciation :

- Pour qu'un changement d'employeur à l'occasion d'un transfert emporte maintien des contrats de travail attachés à l'activité transférée, **il faut qu'il y ait transfert d'une entité économique conservant son identité.**

Peu important l'interruption temporaire de l'exploitation de l'entité transférée. L'interruption se distingue de la cessation pure et simple de l'activité sans reprise de son exploitation.

Cette interruption ne fait pas obstacle au transfert, dès lors que les conditions de celui-ci sont réunies : une entité économique autonome + ayant conservé son identité.

Dès lors que des éléments d'exploitation significatifs et nécessaires à la poursuite de l'activité sont transmis, directement (par le cédant lui-même) ou indirectement (en l'espèce par la ville), au nouvel exploitant, les conditions du transfert sont remplies.

L'identité est conservée quand la même activité se poursuit chez le repreneur avec les mêmes moyens. C'est les moyens significatifs et nécessaires. Peu important le changement des modalités d'exploitation (V. déjà Cass. soc., 12 oct. 1999, n° [97-42.850](#) et 2 févr. 2006, n° [04-41.073](#) ; V. confirmation Cass. soc., 17 juin 2009, n° [08-42.615](#)).

En l'espèce, peu importe l'absence de reprise du mobilier, seuls comptent les locaux (élément corporel) et la licence (élément incorporel) en tant qu'éléments significatifs et nécessaires.

- Par conséquent, le licenciement des salariés à l'occasion du transfert est dépourvu d'effet, c'est la solution classique.

S'agissant des licenciements prononcés antérieurement, puisque la règle du maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise est une règle d'ordre public, **sont sans effet les licenciements opérés par le cédant avant ou à l'occasion du transfert et qui trouvent leur cause dans l'acte de transfert** (Cass. soc., 20 janvier 1998, n° [95-40.812](#), Guernonprez).

Ainsi, l'art. L. 1224-1 du C. trav. ne fait pas obstacle à des licenciements pouvant intervenir antérieurement au transfert mais l'intention manifestée par le cessionnaire de poursuivre seul l'exploitation ne saurait constituer pour le cédant une cause légitime de rupture des contrats de travail. Le licenciement antérieur au transfert est possible, à condition qu'il ne trouve pas sa cause dans l'acte de transfert ; dans ce cas, le licenciement est privé d'effet.

Dès lors, les contrats n'ayant jamais été rompus, le cessionnaire est tenu de reprendre les salariés.

Le salarié licencié à l'occasion du transfert ne peut demander au cédant réparation du préjudice que lui cause la perte de son emploi qu'à la condition que le contrat de travail ne soit pas poursuivi avec le cessionnaire (Cass. soc., 13 mai 2009, n° [08-41.135](#)).

Cette solution est ici confirmée.

CJUE, 6 septembre 2011, Ivana Scattolon, aff. C-108/10 (extraits) :

Une salariée est employée par une commune d'Italie comme concierge des écoles de l'État.

Elle voit son contrat de travail transféré, à la suite d'une modification d'organisation structurelle, au ministère de l'enseignement, de l'université et de la recherche.

Ce dernier lui refuse la reprise d'ancienneté et ses avantages salariaux sont réduits du fait de l'application de la convention collective en vigueur au sein de l'administration repreneuse.

Les juridictions saisies du litige interrogent la CJUE afin d'obtenir des précisions sur le périmètre d'application des directives « transfert » des 14 février 1977 et 12 mars 2001.

La Cour rappelle sa jurisprudence relative aux directives transfert mais **l'application qui en résulte est doublement originale** : la Cour étend d'abord le domaine d'application du texte européen au transfert du personnel employé par une autorité publique vers une autre autorité publique. La Cour précise ensuite les effets du transfert sur le droit conventionnel applicable.

• **I. Les conditions du transfert**

D'abord, la Cour précise que la reprise, par une autorité publique d'un État membre, du personnel employé par une autre autorité publique constitue un transfert d'entreprise, lorsque ce personnel est constitué d'un ensemble structuré d'employés qui sont protégés en tant que travailleurs en vertu du droit interne de cet État membre.

Les transferts d'emplois des autorités publiques à la suite d'une réorganisation administrative de compétence entrent bien dans le champ d'application des directives.

Pour parvenir à cette **extension du domaine d'application** des directives « transfert », la Cour caractérise **trois conditions cumulatives** : les personnes transférées sont qualifiées, par le droit national, de travailleurs ; elles forment une entreprise ; celle-ci fait l'objet d'un transfert.

1. **Travailleurs au sens du droit national** – On sait que la directive « transfert » bénéficie aux « personnes qui, dans l'État membre concerné, sont protégées en tant que travailleurs au titre de la législation nationale en matière de droit du travail » (CJCE, 10 déc. 1998, [Hidalgo](#) et 14 sept. 2000, [Collino et Chiappero](#)). Le droit national a donc compétence pour déterminer le domaine d'application personnel de la directive ; un risque de distorsion entre les États est indéniable. Pour le droit français, entrent dans la catégorie des travailleurs toute personne liée par un contrat de travail, c'est-à-dire effectuant une prestation de travail contre rémunération dans un lien de subordination. **La considération que le contrat de travail soit conclu avec un employeur privé ou public importe peu.**

En ce sens, la Cour se contente de constater que, pour le droit italien, les employés d'une autorité publique ont la qualité de travailleur. Ils peuvent donc bénéficier de la réglementation de l'Union relative au maintien des droits des travailleurs, **peu important que le cédant et/ou le cessionnaire employeur soit une personne privée ou publique** (pt 39).

2. **Présence d'une entreprise** – L'entreprise est définie comme « *un ensemble de personnes et d'éléments qui permet l'exercice d'une activité économique poursuivant un objectif propre et qui est suffisamment structuré et autonome* » (CJCE, 10 déc. 1998, Hernandez Vidal).

Il faut donc un transfert d'une activité économique autonome.

- a. Concernant l'activité économique, elle comprend toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné. Cette définition exclut les activités relevant de l'exercice des prérogatives de puissance publique (CJCE, 1^{er} juil. 2008, Motoe).

De plus, la réorganisation de structures de l'administration publique et le transfert d'attributions administratives entre des administrations publiques ne constituent pas, par eux-mêmes et en tant que tels, un transfert (CJCE, 15 oct. 1996, Henke).

Or désormais la portée de cette solution est limitée aux activités de puissance publique. En effet la Cour de justice estime **qu'est une activité économique celle qui est assurée « dans l'intérêt public et sans but lucratif et qui se trouve en concurrence avec celle proposée par des opérateurs poursuivant un but lucratif »** (pt 44).

Les activités de nettoyage, d'entretien et de gardiennage des locaux des écoles publiques ne relèvent pas de l'exercice de la puissance publique ; elles présentent un caractère économique.

- b. Concernant l'autonomie du groupe de travailleurs, elle dépend des pouvoirs accordés au responsable de ce groupe pour organiser, de manière relativement libre et indépendante, le travail au sein du groupe (pt 51). Il doit pouvoir donner des instructions et distribuer des tâches aux travailleurs du groupe sans intervention directe d'autres structures d'organisation de l'employeur. Postérieurement au transfert, ces pouvoirs organisationnels du responsable demeurent inchangés en substance (CJCE, 29 juil. 2010, UGT-FSP).

Relevons que **la définition de l'autonomie retenue par cet arrêt est celle relative au maintien de la représentation des travailleurs après le transfert**, alors que la Cour de justice avait estimé que l'autonomie à cet égard et celle à titre du maintien de l'identité de l'entité transférée ne se confondent pas.

3. **Transfert de l'entité** – Il suppose que l'entité conserve son identité, condition que la Cour apprécie de manière très souple.

La Cour rappelle d'abord que **la décision juridique à l'origine du transfert est indifférente** (pt 63). Bien que la directive évoque « une cession conventionnelle ou une fusion », un concours des volontés n'est pas nécessaire, le transfert peut résulter d'une décision unilatérale (CJCE, 19 mai 1992, Redmond Sticing). Tel est le cas en l'espèce, le transfert résultant de la loi.

La Cour identifie ensuite l'identité conservée par l'entité transférée au moyen d'éléments de faits qui vont dépendre du type d'entreprise en cause. Lorsque l'activité exercée ne requiert ni élément corporel ni élément incorporel, **l'application de la directive résulte de la reprise d'une partie essentielle, en termes de nombre et de compétence, de travailleurs** (CJCE, 10 déc. 1998, Hernandez Vidal). C'est le cas en l'espèce, et la Cour précise que **le caractère facultatif du transfert** – un choix était laissé au travailleur de rester salarié de la collectivité locale d'origine ou de changer d'employeur – **n'a pas d'effet dès lors que l'ensemble du personnel était « globalement et par principe soumis au transfert »** (pt 65).

• II. Les effets du transfert

Il s'agit d'une **question inédite** pour la Cour que celle relative au sort des conventions collectives en cas de transfert d'entreprise.

La Cour estime que lorsqu'un transfert conduit à l'application immédiate, aux travailleurs transférés, de la convention collective en vigueur auprès du cessionnaire et que les conditions de rémunération prévues par cette convention sont notamment liées à l'ancienneté, le droit de l'Union s'oppose à ce que les travailleurs transférés subissent, par rapport à leur situation immédiatement antérieure au transfert, une régression salariale substantielle en raison du fait que leur ancienneté acquise auprès du cédant,

équivalente à celle acquise par des travailleurs au service du cessionnaire, n'est pas prise en compte lors de la détermination de leur position salariale de départ auprès de ce dernier.

En vertu de la directive transfert, le droit national peut choisir que s'applique immédiatement aux salariés transférés la convention collective en vigueur chez le cessionnaire. Les salariés peuvent alors perdre immédiatement les droits dont ils bénéficiaient chez le cédant. Consciente de ce risque, la Cour indique que le remplacement immédiat de la convention collective ne saurait « *avoir pour but ou pour effet d'imposer aux travailleurs des conditions globalement moins favorables que celles applicables avant le transfert* » (pt 76).

Ainsi, les travailleurs transférés ne doivent pas être placés, du seul fait du transfert, dans une position substantiellement défavorable comparée à celle dont ils bénéficiaient auparavant.

Transparaît l'idée d'un principe de faveur, quoique son application semble réservée aux seules modifications substantielles (pt 83). Une modification minimale ne remettrait donc pas en cause l'application immédiate de la convention collective du repreneur.

La solution impose un travail de comparaison du niveau de protection accordée par chacun des textes conventionnels, et pose donc la question de la **méthode de comparaison**.

Relevons que si application du principe de faveur il y a, il ne permet pas, ici, de résoudre un conflit de normes, puisqu'il n'y a pas de normes en concours, mais d'empêcher une régression salariale entre la situation ante transfert et la situation post transfert. N'y a-t-il pas alors, davantage qu'une application d'un principe de faveur, un recours implicite à la théorie de la modification du contrat de travail ?

Proposition de plan du commentaire d'arrêts groupés :

I. La précision des conditions du transfert

- **A. Le contrôle de l'application des conditions**
 - 1. *L'exigence du transfert d'une entité économique autonome*
 - Cass. soc., 13 mai 2009 et CJUE sur la notion de travailleur
 - 2. *La nécessité du transfert d'une entité économique identique*
 - Cass. soc., 04 juillet 2012 et 13 mai 2009 et CJUE public / privé
- **B. La défaillance du contournement des conditions**
 - 1. *L'indifférence de l'interruption temporaire de l'activité transférée*
 - Cass. soc., 13 mai 2009
 - 2. *L'impossibilité d'une affectation provisoire du salarié protégé*
 - Cass. soc., 31 mai 2011

II. La sanction des effets du transfert

- A. Le maintien du contrat de travail
 - 1. Un maintien de plein droit
 - Ce caractère transparaît de tous les arrêts et s'explique par le caractère d'ordre public de la règle ; on ne peut s'y opposer, et c'est le même contrat qui continue, aux mêmes conditions
 - 2. Un maintien conditionné
 - Cass. soc., 31 mai 2011 (Un maintien parfois soumis à autorisation) et CJUE (un maintien sans modifications substantielles)
- B. La rupture du contrat de travail
 - 1. Une rupture sans effet
 - Cass. soc., 13 mai 2009 et 31 mai 2011
 - 2. Une rupture indemnisée
 - Cass. soc., 13 mai 2009, indemnisation toutefois conditionnée