

Droit social

Droit social 2007 p. 554

Autour de l'action commune des employeurs successifs en vue de faire échec au transfert légal des contrats de travail

Cass. ch. soc. 14 février 2007, SA HLM Vaucluse c/ M^{me} J. Ch. et autres

Antoine Mazeaud, Professeur à l'université Paris 2 (Panthéon-Assas)

La présente affaire illustre à quel point les circonstances de fait entourant le transfert d'une entité économique peuvent être passablement embrouillées 📄(1). Une société (SNI) informe le personnel de gardiennage et d'entretien d'un ensemble immobilier à usage locatif, de sa reprise prochaine par une société d'HLM Vaucluse logement et du transfert de leur contrat de travail à cette dernière. L'acte notarié, qui concrétise la vente de l'ensemble immobilier, prévoit la poursuite des contrats, mais selon des conditions annexées à l'acte. Le cessionnaire (Vaucluse logement) propose aux salariés de nouveaux contrats, peu de temps après la vente. Les salariés répondent au cessionnaire que leur contrat de travail doit se poursuivre de plein droit avec lui, en application de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail. Ils sont alors licenciés pour motif économique... par le cédant, qui pourtant n'est plus leur employeur, si du moins les conditions d'application de l'article L. 122-12 sont réunies, ce que personne ne sait avec certitude. Ils saisissent le juge des référés sur le fondement du trouble manifestement illicite pour obtenir la poursuite de leur contrat en l'état (article R. 516-31, alinéa 1^{er}, du Code du travail) ; puis, en appel, ils réclament le paiement de provisions (alinéa 2 du même article). La Cour d'appel leur donne doublement raison.

On comprend que l'on est en présence d'un litige à trois, si bien que le pourvoi émane tant du cédant que du cessionnaire.

Il porte d'abord sur le référé pour trouble manifestement illicite. Les deux sociétés contestent la poursuite des contrats au motif qu'il n'y aurait pas de transfert légal des contrats de travail, les conditions d'application de l'article L. 122-12 n'étant pas réunies. La société cessionnaire (HLM Vaucluse) soutient ensuite que l'article L. 122-12 (dont elle conteste l'application) ne fait pas obstacle à une modification du contrat par le repreneur, de telle sorte que ses exigences ne peuvent caractériser l'existence d'un trouble manifestement illicite au sens de l'article R. 516-31 du Code du travail. Elle estime en outre que les modifications apportées ne sont que des changements dans les conditions de travail.

Mais, à ce référé « primaire », va s'en greffer un autre, le référé provision. Selon la Cour d'appel, les salariés sont victimes d'une collusion frauduleuse des employeurs successifs qui se sont entendus à ne pas assurer la poursuite des contrats de travail aux conditions en vigueur au jour du transfert. En conséquence, elle alloue aux salariés des provisions, à valoir sur l'indemnisation du préjudice qu'ils ont subi à ce titre.

Les pourvois sont rejetés, tant en ce qui concerne le référé pour trouble manifestement illicite que le référé provision.

L'une des particularités de l'espèce tient au fait que les salariés n'entendent pas se prévaloir d'une quelconque rupture du contrat imputable au cessionnaire qui leur avait imposé une modification de leur contrat. Le contentieux de ce transfert est un contentieux de l'exécution du contrat de travail.

Si l'on tente de sortir des péripéties passablement confuses de l'affaire, l'arrêt commenté peut se résumer de la façon suivante :

1°) la cession de l'ensemble immobilier réalise un transfert au sens de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail ;

2°) en conséquence, le fait par les employeurs successifs d'empêcher le transfert de plein droit caractérise un trouble manifestement illicite ;

3°) l'obligation des sociétés successives de réparer le préjudice ainsi causé par leur action commune n'est pas sérieusement contestable ; en conséquence, il peut être alloué aux salariés des provisions à valoir sur l'indemnisation du préjudice subi à ce titre.

I. - Principe de solution : La cession est un transfert au sens de l'article L. 122-12 du code du travail et réalise un transfert de plein droit des contrats de travail

L'hésitation pouvait se comprendre, dans la mesure où la cession portait sur un ensemble immobilier. Or le transfert au sens de la directive européenne comme de l'article L. 122-12 (qui ne peut s'apprécier qu'à la lumière de la directive) suppose la cession, non simplement d'un bien (un ensemble immobilier (2)), mais d'une activité, laquelle doit constituer une entité économique qui conserve son identité. Reprenant la terminologie bien connue de la CJCE (notamment l'arrêt *Spijkers*), la Cour de cassation rejette le pourvoi, en estimant qu'à partir des éléments de faits constatés par les juges du fond, ces derniers avaient pu en déduire « le transfert d'un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels et incorporels permettant l'exercice d'une activité économique poursuivant un objectif propre ». En somme, les juges du fond ont correctement appliqué la méthode du faisceau d'indices. En l'espèce, ils avaient relevé que la cession ne se limitait pas à la vente d'un immeuble, mais qu'elle emportait notamment la reprise des services de gardiennage et d'entretien qui relevaient de l'ensemble immobilier (3).

Une fois ce principe de solution acquis, il était aisé de répondre à l'argumentation du cessionnaire qui, s'attachant ensuite aux conséquences qui résultaient de la poursuite de plein droit des contrats de travail, soutenait à tort qu'il était en droit de modifier les contrats de travail. En effet, le fait pour le cessionnaire d'imposer une modification du contrat à l'occasion du transfert équivaut à un refus d'assurer la poursuite du contrat de travail (4). En l'espèce, les salariés qui entendent se prévaloir de la poursuite de plein droit de leur contrat saisissent très naturellement le juge des référés pour le trouble manifestement illicite que leur cause le cessionnaire. Mais, en réalité, ils assignent les deux employeurs successifs.

II. - Trouble manifestement illicite

Les salariés s'adressent au cessionnaire, tenu d'assurer la poursuite des contrats en l'état. La démarche est parfaitement conforme aux conséquences résultant de la jurisprudence *Guermonprey*. Elle se comprend d'autant mieux que la relation de travail se poursuit avec le cessionnaire, mais selon des conditions que les salariés n'acceptent pas. Il n'est pas opté (option *Maldonado*) pour la réparation du préjudice résultant du licenciement « illégal » auquel a procédé le cédant qui, en réalité n'était plus l'employeur au jour où il a licencié. Le comportement du cessionnaire qui subordonne la poursuite des contrats de travail à leur modification, caractérise un trouble manifestement illicite que le juge des référés est tenu de faire cesser. Le juge des référés est ainsi compétent sur le fondement de l'article R. 513-31, alinéa 1^{er} pour ordonner la reprise en l'état des contrats de travail (5).

Le trouble illicite résulte du fait du cessionnaire qui, certes a repris le personnel, mais à des conditions nouvelles qui modifient les contrats sans l'accord des salariés. Mais, il est également caractérisé par le comportement du cédant qui les a licenciés après le transfert. En somme, mais par moyens différents, les employeurs successifs « ont empêché l'application de l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail ». Côté cédant, le trouble résulte du licenciement, licenciement qui sans doute est plus que sans effet, puisqu'il est notifié par un employeur qui n'est plus l'employeur des salariés qu'il licencie. Par un tel agissement, il a contribué à semer le trouble quant au transfert de plein droit des contrats. Sans doute...

Le fait pour l'employeur cédant de procéder à un licenciement postérieurement au transfert peut s'observer dans un cas de figure différent. Il se peut qu'un salarié refuse à tort le transfert de son contrat pour le compte du cessionnaire. En procédant à son licenciement, le

cédant entend apurer une situation pour le moins incertaine. En refusant d'exécuter le contrat pour le compte du cessionnaire, le salarié ne touche pas de salaire, et ne peut bénéficier des allocations chômage faute de rupture de son contrat. Mais les Assedic ne seraient-elles pas en droit d'exiger le remboursement des allocations chômage, en invoquant le fait que le licenciement est sans effet ou inexistant ? Certes, avec l'arrêt *Gibernon* du 10 octobre 2006 (6), le refus individuel de la poursuite du contrat avec le nouvel employeur... produit les effets d'une démission. Mais, outre qu'il sera parfois difficile d'acter la date de rupture, alors que le refus n'est pas nécessairement formalisé, il n'est pas certain que le salarié puisse bénéficier des allocations chômage.

Quoi qu'il en soit, lorsqu'en dépit d'une ordonnance du juge des référés visant à faire cesser un trouble manifestement illicite, le nouvel employeur n'assure pas le maintien effectif et en l'état du contrat, le litige se résout généralement par ce que l'on a pu appeler un « licenciement de fait ». Le refus du cessionnaire de prendre les salariés à son service en l'état au jour du transfert est susceptible de « s'analyser en un licenciement » (7) sans cause réelle et sérieuse. Le salarié peut aussi, selon une analyse plus récente, prendre acte de la rupture du contrat qui produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Éventuellement, le cessionnaire peut être condamné à verser une indemnité compensatrice de salaire, pour la période s'étendant du jour du transfert à la rupture du contrat.

Or, en l'espèce, du référé pour trouble manifestement illicite, on passe au référé-provision, dans les conditions fixées au second alinéa de l'article R. 516-31 du Code du travail.

III. - Le référé provision

En soi, ce scénario n'est pas inédit, et il a été admis que le référé provision puisse porter sur le paiement des salaires, tant que le contrat de travail n'est pas effectivement rompu (8). En l'espèce, la provision est à valoir sur le préjudice subi par chaque salarié. L'existence même de ce préjudice (contesté par les employeurs) n'est pas remise en cause par la Cour de cassation : il résulte de la privation des salariés de leurs droits qu'ils tenaient de l'article L. 122-12. On peut dire que cette obligation n'est pas sérieusement contestable, dès lors que, même le cas échéant en présence d'une contestation sérieuse, le juge des référés avait pu faire cesser le trouble manifestement illicite résultant de la violation du transfert légal des contrats. C'est un référé de second temps qui s'emboîte dans le précédent.

La provision ne porte pas sur les salaires, dans la mesure où ils semblent avoir été versés, quant bien même ils l'ont été sur la base erronée d'un nouveau contrat. À cet égard, l'obligation de disposer d'un véhicule personnel peut s'analyser en la perte d'un avantage en nature. Le préjudice causé par le cessionnaire réside dans le fait d'avoir imposé une clause de mobilité ainsi que l'obligation d'user d'un véhicule personnel, autant d'éléments qui bien évidemment constituent une modification du contrat, et non un simple changement des conditions de travail.

En réalité toute l'affaire est dominée par une relation à trois, employeurs successifs et salariés. La Cour d'appel a en effet « constaté que les sociétés cédantes et cessionnaires s'étaient entendues pour priver les salariés des droits qu'ils tenaient de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail ». Opérant alors un contrôle « léger », la Cour de cassation justifie la mise en cause des deux sociétés, dans la mesure où le préjudice (soverainement apprécié par les juges du fond) résulte de leur « action commune ». L'action commune concourt à la réalisation du dommage, justifiant le fait que la provision soit à la charge des deux employeurs, solidairement tenus.

Selon la jurisprudence *Maldonado*, les salariés disposent d'une option :

- soit ils peuvent réclamer au cessionnaire (en référé pour trouble manifestement illicite) la poursuite de leur contrat, sans modification (cf. arrêt *Voisin*) ;

- soit ils peuvent assigner l'auteur du licenciement *illégal* (le cédant) en dommages-intérêts pour le préjudice en résultant, avec appel en garantie du cessionnaire, solidairement tenu

puisque'il n'assure pas la poursuite du contrat en l'état au jour du transfert (9).

Dans le présent cas, la première branche de l'option est retenue. Mais elle est affinée, pour une double raison : d'une part, la relation de travail a été maintenue, mais en modifiant l'état du contrat au jour du transfert. D'autre part, cette violation de l'article L. 122-12, alinéa 2 est le fait de l'action commune des employeurs successifs. Une action indemnitaire justifiant le référé provision se greffe sur l'action visant à la poursuite effective du contrat en l'état avec le cessionnaire. On peut avoir le sentiment qu'au lieu d'une option, le salarié cumule les avantages résultant des deux voies, en raison de l'action commune des deux sociétés, dès lors qu'il entend se prévaloir de son droit à la poursuite effective de son contrat avec le cessionnaire. Cela n'a rien de surprenant, dans la mesure où la seconde branche de l'option n'a été consacrée que pour tempérer la rigueur de la jurisprudence selon laquelle le licenciement par le cédant étant sans effet, le salarié ne pouvait se prévaloir d'un préjudice pouvant en résulter.

À un contentieux de la rupture du contrat par le fait du cessionnaire qui n'assurerait pas la poursuite effective du contrat de travail, se substitue un contentieux de l'exécution du contrat de travail (10), assorti d'un appel au droit de la responsabilité civile pour le préjudice résultant de l'action commune des employeurs successifs. Ce phénomène déjà remarqué n'est pas propre à la matière particulièrement complexe des transferts.

Mots clés :

TRANSFERT D'ENTREPRISE * Définition * Entité économique autonome * Vente immobilière * Gardiennage et entretien * Transfert du contrat de travail * Licenciement * Licenciement postérieur * Fraude * Collusion entre les employeurs successifs

(1) La rédaction parfois elliptique de l'arrêt est complétée fort heureusement par le rapport ci-joint de monsieur le conseiller Bailly.

(2) Cass. soc. 31 janvier 2001, n° 381 FS-P, *TPS 01*, comm. 153 ; *RJS* 4/01, n° 415 ; 14 mars 2006, *JCP S* n° 13-2006, act. 123 : « une propriété immobilière ne constitue pas en elle-même une entité économique autonome » (femme de ménage-employée d'immeuble).

(3) À comparer, Cass. soc. 12 octobre 2004, F-D, *RJS* 12/04, n° 1249.

(4) Cf. l'application de ce principe dans la jurisprudence *Voisin*.

(5) V. CA Grenoble, 23 juin 2003, *Bull. inf. C. cass.* 1^{er} novembre 2003, n° 1343. À comparer, Cass. soc. 17 mars 1998, *Société Eurest France*, *Dr. soc.* 1998, 620, obs. A. Mazeaud.

(6) Cass. soc. 10 octobre 2006, *Gibernon* (de l'opposition collective au transfert à la portée du refus individuel), *Dr. soc.* 2006, 1191, obs. A. Mazeaud ; *RJS* 12/06, n° 1251. D. 2007, 472, note J. Mouly.

(7) Cass. soc. 15 juillet 1998, *RJS* 10/98, n° 1180. A comparer, Cass. soc. 13 mars 2001, *RJS* 5/01, n° 590 ; 12 février 2003, *RJS* 4/03, n° 418. V. le rapport Ph. Waquet sous l'arrêt *Guermonprey*, *JCP* éd. E, 1998, 564. De façon plus générale, Ph. Waquet, « Les ruptures du contrat de travail et le droit du licenciement », *RJS* 10/04 chron. 675 ; B. Teyssié, « La rupture du contrat de travail à durée indéterminée hors licenciement », *Dr. soc.* 2005, 45. Ph. Waquet, « La rupture de fait du contrat de travail à durée indéterminée », *Sem. soc. Lamy*, 30⁴ janvier 2006, n° 1246.

(8) Par exemple, Cass. soc. 25 juin 2002, *CIR médical*, *Dr. soc.* 2002, 1155, obs. A. Mazeaud : « La formation de référé peut prescrire les mesures conservatoires qui s'imposent pour faire cesser un trouble manifestement illicite et, dans le cas où l'obligation n'est pas sérieusement contestable, accorder une provision au créancier ». Ou même, mais sans discussion, l'arrêt *Théoule/Mer* du 14 janvier 2003.

(9) En cas de concert frauduleux, v. encore, Cass. soc. 10 octobre 2006, *Dr. soc.* 2007, 111, obs. A. Mazeaud.

(10) P. Bailly, « À propos de deux applications controversées de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail », *RJS* 2/07, chron. p. 115, spécialement n° 6, p. 117 «... à moins qu'il ne choisisse l'exécution forcée de son contrat ».