

Yves **Chagny**, Doyen honoraire de la Chambre sociale de la Cour de cassation

L'essentiel

La jurisprudence de la Cour de cassation énonce que les salariés ne peuvent se voir imposer un transfert de leur contrat lorsque les conditions de l'article L. 122-12 ne sont pas réunies, spécialement dans l'hypothèse de la seule perte d'un marché. Cette règle a fait l'objet de vives critiques doctrinales. Il apparaît pourtant que ni les règles du droit de la concurrence, ni les principes du droit du travail, ni les règles conventionnelles ne permettent aujourd'hui d'imposer un transfert aux salariés en ce cas : un revirement de jurisprudence n'est pas à attendre sur ce terrain.

Sous le titre « Application conventionnelle de l'article L. 122-12 et accord du salarié : plaider pour un revirement » c'est, en réalité, un réquisitoire vigoureux contre la jurisprudence de la Cour de cassation qu'a publié le professeur Morvan 📖(1).

Quelle est l'erreur de la Cour de cassation ?

Elle décide qu'en cas de perte d'un marché de prestation de services la poursuite des contrats de travail, par l'entreprise entrante, des salariés affectés au marché perdu par l'entreprise sortante est subordonnée à la condition de l'acceptation de leur transfert par les intéressés.

La philippique est rugueuse. Le sommaire en donne le ton : « L'application de l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail dans l'hypothèse de la perte d'un marché de prestation de services, exclue par la Cour de cassation en 1985, a aussitôt été rétablie par divers accords collectifs de branche étendus dans le but de garantir la stabilité de l'emploi de centaines de milliers de travailleurs, souvent vulnérables. Or, un second séisme jurisprudentiel a ébranlé l'efficacité de ces accords lorsque le juge du droit, indifférent au dialogue social qui les a engendrés, a subordonné le transfert des contrats de travail à l'accord exprès des salariés. Les effets pervers de cette solution sont considérables. Son assise théorique est un faux postulat. La théorie de la cession de contrat et celle de l'extension conventionnelle de l'ordre public impliquent un revirement qui sera étayé en droit et fort opportun. »

Ainsi donc est présenté, à la manière d'un synopsis, l'évolution du régime juridique considéré.

Au commencement, une secousse tellurique, dont l'épicentre est l'assemblée plénière de la Cour de cassation, écarte l'application du texte légal. Elle juge, en effet, le 15 novembre 1985, par deux arrêts, « que l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail ne reçoit application qu'en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur » et « qu'une telle modification ne peut résulter de la seule perte d'un marché » 📖(2). En conséquence, la reprise d'un marché n'entraîne pas la poursuite de plein droit des contrats de travail des salariés par l'entreprise entrante. Seul le transfert d'une entreprise conduit au maintien des contrats de travail avec le nouvel employeur. En principe, un marché n'est pas, à lui seul, une entreprise mais un simple contrat. L'assemblée plénière dira, le 16 mars 1990, que seul le transfert d'une entreprise - c'est-à-dire d'une entité économique autonome conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise - entraîne l'application de la directive européenne et de l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail (1er arrêt), et que la perte d'un marché n'est que celle d'un client (2e arrêt) 📖(3). Observons, néanmoins, que la perte

d'un marché et sa reprise par un nouveau prestataire peuvent entraîner le transfert d'une entité économique autonome (4), dont la recherche des éléments constitutifs doit être faite par les juges du fond (5).

La sagesse des partenaires sociaux intervient presque aussitôt et fait oeuvre de reconstruction. Des accords sont conclus dans les diverses branches concernées (6). Tous sont étendus.

Un nouveau séisme, dont l'épicentre est, cette fois, la Chambre sociale de la Cour de cassation, abat, au mépris des intérêts des travailleurs, de la concurrence et de l'économie, les édifices élevés par la volonté des acteurs sociaux sur les ruines de la première secousse. Deux aspects de cette jurisprudence sont critiqués : d'une part, seule la poursuite de plein droit des contrats de travail avec le nouvel employeur en vertu de l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail s'impose à tous, employeurs et salariés ; d'autre part, si les parties - cédant, cessionnaire et salarié - peuvent convenir d'une application volontaire du texte lorsque les conditions légales n'en sont pas réunies (7), le transfert du contrat de travail à une nouvelle entreprise constituée, en dehors de ces hypothèses, une modification du contrat que le salarié doit accepter (8). On peut retenir quelques arrêts significatifs de cette jurisprudence nuisible, rendus à propos des secteurs de la propreté (9), de la prévention et sécurité (10) et des activités du déchet. Les motifs d'une décision récente l'expriment à nouveau : « ...La cour d'appel, qui, après avoir énoncé à bon droit que la perte d'un marché de services ne constitue pas en soi le transfert d'une entité économique autonome et avoir constaté qu'aux cas d'espèces aucun ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre n'avait été transmis à l'entreprise entrante, a pu décider, en l'absence de poursuite de plein droit des mêmes contrats de travail avec le nouveau titulaire du marché et d'obligation légale, que les intéressés étaient en droit de refuser de signer les nouveaux contrats qui leur étaient proposés conformément à la convention collective applicable » (11).

Il serait aujourd'hui urgent de reconstruire l'oeuvre abattue, c'est-à-dire d'opérer un revirement jurisprudentiel. La Cour de cassation doit renoncer à sa doctrine pour donner son *happy end* à l'histoire (12). Selon le propos de la chronique précitée, « l'inventaire des conséquences induites par l'exigence d'un accord exprès du salarié invite à un examen raisonné de la jurisprudence », laquelle produirait des effets pervers, en ce sens que la règle aurait été « tournée au mal, ni plus ni moins » (13) ! Il apparaît à l'auteur que, « dès lors qu'un salarié est en droit de refuser son transfert à la suite de la perte du marché auquel il était affecté, son employeur » (l'entreprise sortante) se trouverait placé dans des situations impossibles en ce qui concerne son reclassement comme son licenciement éventuel. L'économie des contrats est bouleversée. Leur rupture conduit à « une destruction d'emplois dans un contexte de pénurie de main-d'oeuvre ». « Un compromis social et économique » a été rompu et le risque a été pris par la jurisprudence de « désorganiser complètement les marchés de prestation de services ». Bref, « comment un tel compromis socio-économique, fruit d'une négociation collective de vaste ampleur, a-t-il pu être brisé ? Une stricte application du droit n'est pourtant pas inconciliable avec la recherche d'un résultat opportun à tous égards. » « Un alignement des applications légale et conventionnelle de l'article L. 122-12 » est requis.

Les accords de branche ont-ils été lus ?

Les objections à la thèse présentée pourraient être multiples. Nous nous limiterons à trois séries d'observations pour exprimer la perplexité du juge et soutenir sans hésitation ni réserve que notre lecture des accords de branche, d'une part, porte à conclure que l'alignement proposé de leur interprétation sur celle de l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code de travail leur est contraire et, d'autre part, qu'ils imposent, pour leur application, le consentement des salariés.

I - L'improbable quête d'un accord doctrinal

Un revirement de jurisprudence s'impose, nous dit-on. Le juge s'interroge. Tantôt il lui est dit

que les revirements sont détestables, qu'ils sont une injure au principe de sécurité juridique, tantôt qu'il faut « revirer » à tout prix. Y a-t-il de bons et de mauvais revirements ? Pour qui ? Qui en décide ?

Le « libre choix du salarié », dont le respect est imposé en cas de perte d'un marché de prestation de services, serait une perversion de principes énoncés par de simples accords collectifs. Il est, cependant, proclamé que sa négation, dans le cadre légal d'ordre public de l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail, serait une atteinte intolérable à l'autonomie de la volonté et aux droits de la personne des salariés. Où se reconnaître ?

Un démenti au moins partiel, apporté par des actes non confidentiels de deux institutions fort respectables, à l'argument critique tiré par l'auteur de la chronique des exigences de la concurrence et de l'économie, ne peut être passé sous silence. Il écrit, en effet, que la Cour de cassation aurait « pris le risque de désorganiser complètement les marchés de prestations de services » et que sa jurisprudence « exacerbe une concurrence déjà vive entre les entreprises prestataires en favorisant de nouvelles pratiques anticoncurrentielles ». Cette opinion ne semble être ni celle du Conseil de la concurrence ni celle du Conseil d'Etat, qui ont pris parti à propos du point 2 de l'article 2.5 de la convention collective nationale des entreprises d'eau et d'assainissement du 17 avril 2000. Ce texte prévoit le transfert automatique de certains salariés « dans la nouvelle entité en charge du service... lorsque les conditions d'application de l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail ne sont pas réunies... ».

Le Conseil de la concurrence a considéré « que l'extension de l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail à tous les cas de reprise de contrats d'exploitation de services publics d'eau ou d'assainissement est de nature à aggraver les distorsions de concurrence entre les concessionnaires sortants et les soumissionnaires... L'extension de la convention, en obligeant dans tous les cas le nouveau délégataire à reprendre le personnel en place, ou à tout le moins le personnel auquel le délégataire sortant ne proposera pas une autre affectation plus attrayante, peut dissuader les concurrents de présenter leur candidature ; en tout état de cause cette obligation est de nature à empêcher ou limiter le recours à des techniques de gestion plus efficaces comportant un réaménagement des facteurs de production et à restreindre la possibilité d'une réduction des coûts » (14).

Le ministre a, néanmoins, étendu la convention collective le 28 décembre 2000. Le Conseil d'Etat a annulé son arrêté « en tant qu'il étend le point 2 de l'article 2.5 de cette convention » (15). Il a retenu, en particulier « que, alors même que la clause litigieuse a pour objet de préserver l'emploi dans les entreprises des secteurs en cause ... son extension est, compte tenu des caractéristiques propres du marché des services d'eau et d'assainissement, de nature à porter une atteinte excessive à la libre concurrence... »

Le refus de son transfert par le salarié, qui limite le nombre des reprises des salariés en place, pourrait bien ne pas exacerber la concurrence aussi grandement que souligné par la chronique.

L'argument économique, la question des revirements de jurisprudence ou celle du « libre choix du salarié » ne s'inscriraient-ils pas parfois dans le Grand Livre des Idées Reçues ?

II - L'inexistante application de l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail par les accords de branche

Une idée développée par la chronique est que les accords de branche feraient une application conventionnelle du texte du Code du travail.

Elle est erronée de deux manières. D'une part, dans son principe dès lors qu'il n'y a pas de transfert d'entreprise en cas de reprise d'un marché : « ... ni la perte d'un marché de services au profit d'un concurrent, ni la poursuite par l'entreprise entrante, en application d'un accord collectif qui la prévoit et l'organise, des contrats de travail des salariés affectés à ce marché ne caractérisent à eux seuls le transfert d'une entité économique autonome, de sorte que seul

l'accord collectif est applicable » (16). Elle est erronée, d'autre part, au regard des accords de branche eux-mêmes, qui ne produisent aucun effet absolu quant aux salariés concernés et quant aux dispositions contractuelles transférées. En vertu de l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail tous les contrats de travail des salariés affectés à l'entité transférée sont poursuivis avec le nouvel employeur, quelles que soient leur qualification (cadre, agent de maîtrise, ouvrier...), la nature du contrat de travail (contrat de travail à durée indéterminée ou toute forme de contrat précaire), l'ancienneté acquise au sein de l'entité transférée ou la durée du travail. De même, c'est chaque fois tout le contrat qui passe au nouvel employeur. Il s'ensuit que, pour réaliser une application conventionnelle de ce texte, les accords de branche devraient prévoir les mêmes effets et les organiser. Ils ne le font pas, bien au contraire.

Des salariés sont exclus par les accords de branche de la poursuite des relations de travail. Les accords excluent la poursuite des contrats de travail des salariés de l'entreprise sortante affectés à la gestion (administrative, comptable, financière) des marchés perdus. Ainsi, dans le secteur de la prévention et de la sécurité, l'accord prévoit qu'il ne s'applique pas aux salariés des services dits internes.

Les cadres ne bénéficient pas de ce droit, soit que les accords les ignorent, soit que seule une application volontaire de l'article L. 122-12 est prévue à leur égard (restauration de collectivités). Les agents de maîtrise, qui ne sont pas mieux traités, sont soumis au même régime que les cadres dans la restauration de collectivités et seule la classe IV de cette catégorie et des techniciens est visée dans la branche de la propreté. La catégorie des ouvriers est, le plus souvent, la seule concernée par les accords de branche.

Les salariés sous contrat de travail à durée indéterminée sont toujours repris. Les salariés sous contrat de travail à durée déterminée n'ont pas le même régime. Si les branches de la manutention ferroviaire, de la manutention et du nettoyage des aéroports et de la restauration de collectivités ne distinguent pas entre ces deux natures de contrats, les accords des autres secteurs limitent le droit à reprise des salariés sous contrat précaire. Ainsi, dans les entreprises de propreté et celles du déchet, ne sont repris que les salariés dont le contrat de travail à durée déterminée (ou de mission temporaire) a été conclu pour remplacer un salarié absent. Les salariés sous contrat de travail à durée déterminée sont expressément exclus du champ d'application de l'accord de la prévention et sécurité, qui les déclare « soumis aux lois et règlements qui les régissent ».

En règle générale, les salariés ne sont repris que s'ils ont acquis une certaine ancienneté de travail sur le chantier perdu. La durée de cette ancienneté minimum peut être de 3 mois (manutention ferroviaire), 4 mois (prévention et sécurité), 6 mois dont 4 mois de présence sur le chantier dans la branche de la prévention et sécurité, ou 6 mois au cours des 12 derniers mois à condition de ne pas être absent depuis plus de 180 jours continus (sauf congé de maternité, d'adoption, de formation, d'accident du travail) dans les entreprises du déchet.

Les salariés à temps partiel ou ne travaillant pas à temps plein sur le chantier concerné par le changement de prestataire de services n'ont pas toujours les mêmes possibilités de reprise par l'entreprise entrante que les salariés à temps complet. Ainsi, dans le secteur de la propreté, ils doivent consacrer 30 % au moins de leur temps de travail au marché pour être repris par le nouveau prestataire et 50 % dans le secteur de la prévention et sécurité.

Une sélection des salariés repris. Un accord organise, d'une manière qui jette le doute sur la légalité de certaines de ses dispositions, une « sélection naturelle » des salariés, du fait de leur silence puis une sélection expresse résultant d'un choix de l'entreprise entrante.

Selon l'article 2.5 de l'accord du 5 mars 2002 relatif à la reprise du personnel, annexé à la convention collective nationale des entreprises de prévention et de sécurité du 15 février 1985, dès que l'entreprise sortante lui a communiqué la liste des salariés « transférables », l'entreprise entrante doit convoquer chacun d'eux à un entretien, qui doit intervenir dans les dix jours ouvrables suivant la première présentation de la lettre de convocation. Les salariés qui, sans s'être manifestés, ne se présentent pas à l'entretien, doivent justifier de leur absence dans un délai de 24 heures. A l'issue de ce délai et faute de justification, ils sont

exclus de la liste des « transférables » (17).

En outre, à compter du dernier des entretiens individuels et dans un délai maximum de 3 jours ouvrables, l'entreprise entrante doit communiquer à l'entreprise sortante la liste du personnel qu'elle se propose de reprendre. Cette proposition doit correspondre au minimum à 85 % de la liste du personnel transférable dans la limite du nombre de personnes nécessaires à l'exécution du marché, y compris dans sa nouvelle configuration éventuelle.

III - La légitime exigence de l'acceptation des salariés au maintien de la relation de travail avec un autre cocontractant (18)

« ...Lorsque les conditions de l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code de travail ne sont pas réunies, le transfert du contrat de travail d'un salarié d'une entreprise à une autre constitue une modification de ce contrat qui ne peut intervenir sans son accord exprès, lequel ne peut résulter de la seule poursuite du travail » (19). Cette décision est l'expression la plus récente d'une jurisprudence bien établie et fondée en droit. Là est sans doute le cœur de la critique du professeur Morvan.

La substitution d'employeur. Si, à l'égard du nouvel employeur, des cocontractants lui sont imposés en la personne des salariés qu'il est tenu de prendre à son service, à l'égard des salariés eux-mêmes la poursuite des contrats de travail avec un autre employeur s'apparente à une novation du contrat par substitution de cocontractant. La novation exige une volonté claire (20). C'est son expression qui est recherchée chez toutes les parties pour l'application volontaire de l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail. Mais seule la loi peut imposer aux parties, pour des raisons d'ordre public, notamment, des cocontractants qu'elles ne choisissent pas elles-mêmes. C'est ce que fait le Code du travail. En dehors de ce cadre légal, le changement d'employeur, qui entraîne la modification du contrat, doit être accepté par le salarié. Les accords de branche des secteurs des prestations services n'appartiennent pas à ce cadre légal.

La modification des droits des salariés, ou des accords de branche qui bouleversent l'économie des contrats de travail. Le changement d'employeur s'accompagne le plus souvent d'une modification des termes des relations de travail. Pour s'en tenir à deux éléments primordiaux du contrat de travail, la même qualification professionnelle et la même rémunération ne sont pas toujours garanties par les accords de branche. Par exemple, dans la manutention, le nettoyage des aéroports et la restauration de collectivités, les accords garantissent l'équivalence de la qualification, recherchée parmi les qualifications existant chez le nouvel employeur. Si, dans le premier des deux secteurs précités, la même rémunération globale doit être payée au salarié repris, les éléments exceptionnels en sont exclus, et le libellé de ses composantes et les modalités de versements peuvent être modifiés. Dans le second secteur, les éléments de rémunération non soumis à cotisations sociales ne sont pas repris par le nouvel employeur.

Sur le terrain du statut collectif, les accords de branche prévoient souvent que les accords collectifs de l'entreprise entrante se substituent à ceux de l'entreprise cédante dès la reprise du marché (manutention et nettoyage sur les aéroports, entreprises de propreté, entreprises du déchet, restauration de collectivités). Les mécanismes de survie temporaire et de substitution des conventions collectives mises en cause par le transfert, institués par l'article L. 132-8 du Code de travail, sont écartés et aucun droit individuellement acquis ne peut être constitué et conservé. De la même manière, l'entreprise entrante n'est pas tenue d'appliquer les usages et les engagements unilatéraux de l'entreprise sortante. Le régime de retraite et de prévoyance devient aussitôt celui du nouvel employeur.

Les accords de branche n'organisent que la poursuite de contrats modifiés de certains salariés seulement. Leur consentement au changement d'employeur est une exigence légale.

Le consentement du salarié prévu par les accords de branche. A l'exception de la convention collective nationale du personnel des entreprises de manutention ferroviaire, tous les accords de branche prévoient de manière expresse ou impliquent nécessairement (comme

l'art. 4 de l'avenant relatif au changement de prestataires de services à la convention collective nationale du personnel des entreprises de restauration de collectivités) la signature, par les salariés, d'un avenant au contrat de travail, voire d'un nouveau contrat, avec l'entreprise entrante (par exemple, art. 1er de l'accord sur la reprise du personnel annexé à la convention collective nationale des activités du déchet). La nécessité de la signature a pour corollaire évident le droit de refuser de signer et, par voie de conséquence, le refus de passer au service de l'entreprise entrante.

Mais surtout, plusieurs accords prévoient de manière expresse le refus du salarié de passer au service de l'entreprise entrante.

a) Alinéa 2 de l'article 4 de l'avenant applicable dans les entreprises de propreté : « A l'exception d'une modification substantielle (du contrat de travail) par l'entreprise entrante, le salarié qui refuse son transfert dans les conditions stipulées par le présent accord sera considéré comme ayant rompu de son fait son contrat de travail. Cette rupture ne sera pas imputable à l'employeur et n'entraînera donc pour lui aucune obligation de verser des indemnités de préavis et de licenciement » (21).

b) Article 2.5 de l'accord relatif à la reprise du personnel des entreprises de prévention et de sécurité : cet accord se singularise à nouveau. Une seconde « sélection naturelle » des salariés repris est instituée. Les salariés qui ont répondu « présents » au premier entretien et qui figurent sur la liste des salariés que l'entreprise entrante se propose de reprendre (85 % du personnel « transférable »), sont informés individuellement par celle-ci qu'ils sont retenus. Un rendez-vous leur est fixé « pour l'exécution (sic) des formalités de transfert ». L'absence de réponse dans le délai maximum de quatre jours qui doit leur être fixé pour se déterminer est considérée comme un refus. L'entreprise entrante informe alors l'entreprise sortante de la liste des salariés ayant accepté ou refusé le transfert. « Le refus d'un salarié d'intégrer l'entreprise entrante n'oblige, en aucune manière, cette dernière à proposer une liste complémentaire. » Si le lecteur doute encore de la prise en considération de la volonté du salarié par cet accord, la citation complète de son article 3.3 - intitulé « Obligations à la charge du personnel » - ne pourra que dissiper ses hésitations : « Le salarié ayant accepté son transfert devra signer l'avenant à son contrat de travail avec l'entreprise entrante avant son entrée en service... Le salarié ayant refusé son transfert demeure salarié de l'entreprise sortante. Dans cette hypothèse, l'entreprise sortante prendra une mesure de licenciement pour cause réelle et sérieuse fondée sur le refus d'une modification non substantielle du contrat de travail... » Une indemnité de licenciement peut être versée.

L'arrêt *Sécuritas* du 9 novembre 2005 (22), n'est donc pas, comme l'écrit le professeur Morvan, « un pis-aller » (23). Dans cette affaire, l'employeur, régi par les accords des entreprises de prévention et de sécurité, perd le marché d'une centrale nucléaire sur lequel le salarié est affecté. Comme le lui permet l'article 2.5 précité de l'accord, le salarié refuse son transfert dans l'entreprise entrante. Conformément aux termes de l'accord de branche, il reste salarié de la société *Sécuritas*. Celle-ci lui propose de le muter sur le chantier d'une autre centrale. Il refuse. Il est licencié pour « refus de modification non substantielle du contrat de travail. » Si l'employeur paraît être allé au-delà des termes de l'accord, il est approuvé de n'avoir rompu le contrat travail qu'après « le refus du salarié d'accepter un changement d'affectation rendu nécessaire par la perte d'un marché, qui ne constitue pas une modification du contrat de travail. » C'est une application pure et simple de l'accord qui régissait la relation de travail.

c) Article 4 de l'avenant relatif au changement de prestataires de services à la convention collective nationale du personnel des entreprises de restauration de collectivités, dans sa rédaction issue de la modification du 24 janvier 2003 : « En vertu du présent accord, les contrats de travail subsistent entre les salariés des catégories visées dans l'accord et le nouvel employeur. En conséquence : a) Le refus par le salarié du maintien de son contrat de travail dans les conditions du transfert prévu par l'accord, motivé par le seul changement de la personne de l'employeur, sera considéré comme une démission avec toutes les conséquences de droit qui lui sont attachées... »

Aucun commentaire n'est nécessaire.

Que montrent ces quelques observations ?

En premier lieu, c'est évident, nous nous trouvons en présence d'une diversité de situations et de régimes. La poursuite des relations de travail ne se réalise pas toujours dans les mêmes conditions d'effectifs et de reprise des contrats de travail. On peut dès lors se demander si, dans chaque branche, les négociateurs des accords collectifs n'ont pas pris en considération les caractéristiques particulières de la concurrence et de l'économie du secteur concerné et élaboré des règles, qu'ils ont estimées conciliables avec ces caractéristiques, de maintien de certains emplois. A cet égard, le préambule de l'avenant n° 3 du 26 février 1986 de la branche de la restauration de collectivités annonce avec netteté l'intention de ses auteurs : « 1° Eviter les risques de bouleversements sociaux et de précarisation de l'emploi résultant de la rupture systématique des contrats de travail en cas de changement de prestataires de services ; 2° Favoriser au maximum la capacité des entreprises à répondre aux attentes de leurs clients avec la plus grande efficacité ». Concurrence, économie et droits sociaux sont réunis (24).

En deuxième lieu, le concours des impératifs de concurrence, économique et de stabilité de l'emploi a conduit les négociateurs à adopter des règles détachées de la « philosophie » de l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail, des normes autonomes. De ce point de vue, il y a une unicité des principes : tous les salariés affectés au marché perdu ne sont pas nécessairement repris par l'entreprise entrante et, pour ceux qui le sont, les relations de travail ne se poursuivent pas nécessairement dans les mêmes conditions.

En troisième et dernier lieu, l'ordre public n'est d'aucune aide pour nier aux salariés le droit de refuser le cumul de modifications du contrat de travail réalisé par un changement d'employeur et la mise en oeuvre de nouvelles stipulations contractuelles et d'un nouveau statut collectif. Les accords de branche n'empruntent pas l'ordre public de l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail. Les partenaires sociaux n'ont reçu à cet effet aucune délégation expresse ou tacite du législateur. L'ordre public par capillarité est hasardeux.

Mots clés :

CONTRAT DE TRAVAIL * Modification * Perte d'un marché * Transfert du contrat

(1) *JCP S*, n° 49, 5 décembre 2006, n° 1964, p. 7.

(2) *Bull. ass. plén.*, n° 7 et 8 ; *D.* 1986. Jur. 1, concl. Picca ; *JCP* 1986. II. 20705, note Flécheux et Bazex ; *Dr. soc.* 1986. 1, concl. Picca et note G. Couturier.

(3) *Ass. plén.* 16 mars 1990, *Bull. ass. plén.* n° 3 et 4 ; *Dr. soc.* 1990. 5, n° 5, notes X. Prétot et G. Couturier ; *D.* 1990. Jur. 305, note A. Lyon-Caen.

(4) « Selon l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail tel qu'interprété au regard de la directive n° 98/50/CE du conseil du 29 juin 1998, les contrats de travail en cours sont maintenus entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise en cas de transfert d'une entité économique conservant son identité, dont l'activité est poursuivie ou reprise ; que cet article reçoit son application en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur ; que tel est le cas lorsque l'exécution d'un marché de prestation de services par un nouveau titulaire s'accompagne du transfert d'une entité économique constituée d'un ensemble de personnes et d'éléments corporels et incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre et dont l'identité est maintenue » (*Soc.* 9 novembre 2005, *Bull. civ. V*, n° 313).

(5) *Soc.* 10 juillet 2002, n° 00-42.566 ; *Soc.* 15 janvier 2003, n° 00-46.416 ; *Soc.* 28 janvier 2004, 01-46.102.

(6) Article 15 *ter* de la convention collective nationale du personnel des entreprises de manutention ferroviaire et travaux connexes du 6 février 1970, issu d'un avenant du 24 février 1986. - Avenant n° 3 du 26 février 1986, relatif au changement de prestataires de services, à la convention collective nationale du personnel des entreprises de restauration de collectivités du 20 juin 1983, qui a été modifié par un avenant (étendu) du 21 février 1997, puis par avenant du 24 janvier 2003 non encore étendu. - Article 38 *bis*, issu d'un accord du 16 juin 1987, de la convention collective régionale concernant le personnel de l'industrie, de la manutention et du nettoyage sur les aéroports ouverts à la circulation publique du 1er octobre 1985. - Avenant n° 1 à l'annexe VII du 29 mars 1990, relatif à la garantie d'emploi et à la continuité du contrat de travail du personnel en cas de changement de prestataire, à la convention collective nationale des entreprises de propreté du 1er juillet 1994 (ancienne convention collective nationale des entreprises de nettoyage de locaux). - Accord du 5 mars 2002 relatif à la reprise du personnel annexé à la convention collective nationale des entreprises de prévention et de sécurité du 15 février 1985. - Accord n° 15 du 13 décembre 2005, fixant les conditions de reprise des personnels ouvriers par les employeurs en cas de changement de titulaire d'un marché public, annexé à la convention collective nationale des activités du déchet du 11 mai 2000 (ancien avenant n° 44 du 12 juillet 1993 à la convention du 25 mars 1957 annexe V du 23 février, puis annexe V du 23 février 2000 à la convention).

Notons également la convention collective nationale des entreprises d'eau et d'assainissement du 17 avril 2000, dont l'arrêté d'extension a été annulé par le Conseil d'Etat en tant qu'il étendait le point 2 de son article 2-5 relatif au transfert du contrat de travail (v. *infra*, n° 2-1).

(7) Par ex., Soc. 17 mars 1993, *Bull. civ. V*, n° 88 (jurisprudence établie).

(8) Notamment, Soc. 10 octobre 2006, pourvoi n° 04-46.134 (en cours de publication).

(9) Soc. 21 avril 1998, n° 96-40.383.

(10) Soc. 11 mars 2003, *Bull. civ. V*, n° 95 ; Soc. 9 novembre 2005, *Bull. civ. V*, n° 315 ; Dr. soc. 2006. 518, obs. A. Mazeaud.

(11) Soc. 8 mars 2005, 02-45.114.

(12) Le *happy end* est bien souvent une concession faite à un certain goût d'un public...

(13) Chronique *préc.*, § 18.

(14) Avis 00-A-30 du 4 décembre 2000,
<http://www.conseil-concurrence.fr/user/avis.php?avis=00-A-30>.

(15) V. P.-H. Antonmattei et S. Destours, « Convention collective et droit de la concurrence : nouvelle rencontre », *Dr. soc.* 2003. 999 ; F. Donnat et D. Casas, *AJDA* 2003. 1150  ; J.-P. Lernoald et F. Kessler, *RJS* 2003, n° 1043 ; G. Lyon-Caen, « La concurrence par le coût du travail », *Dr. ouvrier* 2003. 261 ; P. Subra de Bieusses, « Droit e la concurrence et droit du travail », *AJDA* 2003. 1849 . V. égal., L. Driguez, « Réflexions sur l'utilisation de contrats de travail à des fins anticoncurrentielles (en marge de la décision du Conseil de la concurrence 27 juin 2006, commune Bouc Bel Air) », *Dr. soc.* 2006. 1126.

(16) Soc. 20 décembre 2006, n° 04-19.829, en cours de publication au *Bulletin*.

(17) Les salariés absents pour congés de toute nature sont reçus à leur retour.

(18) La situation des salariés protégés, expressément réservée par certains accords de branche, ne sera pas traitée. Son étude n'ajouterait rien aux propos du présent travail.

(19) Soc. 10 octobre 2006, n° 04-46.134, en cours de publication au *Bulletin*.

(20) Art. 1273 C. civ.

(21) Il va sans dire que cette disposition ainsi que celles qui sont citées par la suite restent soumises à l'interprétation des juridictions et que les règles qu'elles affirment ne sont pas nécessairement conformes à la loi à laquelle les accords collectifs ne peuvent déroger dans un sens défavorable aux salariés.

(22) *Bull. civ. V*, n° 315 ; *Dr. soc.* 2006. 518, obs. A. Mazeaud.

(23) Chronique *préc.*, n° 36.

(24) Ce bilan n'implique pas nécessairement une approbation des équilibres établis.