

LES CONSEQUENCES SOCIALES DU TRANSFERT DES CONTRATS DE TRAVAIL EN APPLICATION DE L'ARTICLE L. 122-12

L'article L. 122-12 du Code du travail pose le principe du maintien des contrats de travail lorsque l'entreprise est transférée et qu'elle change de mains. Les contrats de travail, comme l'entreprise, sont transférés au nouvel employeur. Cette règle est d'ordre public (Cass. soc., 13 juin 1990, no 86-45.217, Bull. civ. V, no 273 ; Cass. soc., 22 juin 1993, no 90-44.705, Bull. civ. V, no 171).

Les Textes

Droit français / Code du Travail

Article L. 122-12, alinéa 2 :

« S'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ».

Ce texte est complété par l'article L. 122-12-1, qui, en substance, précise les conditions dans lesquelles le nouvel employeur peut être tenu des dettes salariales de l'ancien et réserve le cas où la substitution d'employeur intervient sans qu'il y ait eu de convention entre eux, et le cas où la modification dans la situation juridique de l'employeur intervient dans le cadre d'un redressement judiciaire ou d'une liquidation de biens.

L'article 20 de la loi no 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, concerne le sort des salariés transférés vers un service public administratif.

Une disposition particulière concerne le contrat d'apprentissage (C. trav., art. L. 117-18).

Article L. 132-8, alinéa 7 : concerne la « mise en cause » des conventions collectives en cas de transfert d'entreprise ; les articles L. 441-7 et L. 442-17 concernent les accords d'intéressement et de participation ;

Les articles L. 412-18, L. 425-1, L. 436-1 et R. 436-9 concernent les salariés protégés compris dans un transfert partiel d'entreprise et les articles L. 412-16 et L. 423-16 concernent la poursuite des mandats du délégué syndical et du délégué du personnel, toutes les fois que l'article L. 122-12 s'applique.

L'article L. 433-14 vise les conditions dans lesquelles le mandat d'un membre du comité d'entreprise subsiste en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur et de l'article L. 435-5 qui concerne le sort du comité central d'entreprise.

L'article L. 432-1 concerne les pouvoirs du comité d'entreprise en cas de restructuration spécialement en cas de fusion, cession, modification importante des structures.

Droit communautaire

La directive communautaire du Conseil du 12 mars 2001 (qui remplace celles du 14 février 1977 et du 29 juin 1998 en reprenant l'essentiel de leurs dispositions) est largement inspirée de l'article L. 122-12 du Code du travail qui n'avait guère d'équivalent dans les autres Etats de la Communauté européenne, à l'exception de l'Allemagne.

Cette directive du 12 mars (JOCE 22 mars 2001) précise que les contrats se maintiennent lorsqu'il y a transfert d'une « entité économique maintenant son identité, entendue comme un ensemble organisé de moyens en vue de la poursuite d'une activité économique que celle-ci soit essentielle ou accessoire ».

La réglementation communautaire a été interprétée par la Cour de justice des Communautés européennes qui a dégagé les principes suivants :

- le critère décisif pour que la directive s'applique est que l'entité « garde son identité » (CJCE, 18 mars 1986, aff. C-24/85, Spijkers ; CJCE, 24 janv. 2002, aff. C-51/00, Temco Services) ;
- la notion d'entité renvoie à un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité qui poursuit un objectif propre (CJCE, 11 mars 1997, aff. C-13/95, Ayse Süzen) ;
- dès lors qu'une activité peut fonctionner sans transfert d'éléments d'actif (cas du nettoyage), le maintien de l'entité ne saurait dépendre du transfert de tels éléments (CJCE, 14 avr. 1994, aff. C-392/92, Schmidt ; CJCE, Ayse Süzen précité ; CJCE, 10 déc. 1998, aff. C-173/96 et C-247/96, Sanchez Hidalgo) ; un ensemble de main-d'œuvre durable peut correspondre à une entité (CJCE, Ayse Süzen précité ; CJCE, Temco, précité) ;
- le licenciement avant transfert ne fait pas échec au passage des salariés au service du repreneur (CJCE, 15 juin 1988, aff. C-101/87, Bork) ; le contrat doit être considéré comme « existant pour le cessionnaire même si le travailleur licencié n'a pas été repris » par celui-ci (CJCE, 12 mars 1998, Dethier Equipement, aff. C-319/94, Rec. I, 1079) ;
- le transfert peut ne porter que sur une partie d'établissement (CJCE, 12 nov. 1992, aff. C-209/91, Watson Rak) ;
- le caractère conventionnel du transfert n'implique pas un lien de droit entre les employeurs successifs : il suffit qu'il y ait deux contrats successifs par le donneur

d'ordres, ce qui permet l'application de la directive aux titulaires de marchés successifs (CJCE, 10 févr. 1988, aff. C-324/86, Fédération Danoise des contremaîtres et similaires c/ Daddy's Dance Hall ; CJCE, 19 mai 1992, aff. C-29/92, Redmond Stichting ; CJCE, Temco, précité) ;

- le transfert du contrat de travail s'impose tant à l'employeur qu'au salarié, mais celui-ci peut refuser le transfert ; dans ce cas, la situation du salarié dépend de la législation de chaque Etat membre (CJCE, 16 déc. 1992, aff. C-132/91, C-138/91 et C-139/91, Katsikas et autres ; CJCE, Temco, précité) ;
- la directive est applicable à la reprise par une personne morale de droit public d'une activité de publicité et d'information, jusque-là exercée par une association sans but lucratif, dès lors que l'entité est maintenue (CJCE, 26 sept. 2000, aff. C-175/99, Mayerr c/ APIM ; CJCE, 11 nov. 2004, aff. C-425/02, Boor qui réservent la « modification substantielle des conditions de travail », ce qui peut poser problème lorsque le salarié refuse le statut d'agent public en cas de reprise). Elle l'est également lorsque l'activité est reprise par une entreprise privée alors qu'elle relevait du secteur public, en particulier lorsque le personnel relève de la législation nationale du droit du travail interne (CJCE, 14 sept. 2000, aff. Collinon et Chiappeo ; CJCE, 2 juin 2002, aff. C-164/00, Beckmann) ;
- le transfert d'entité emporte transfert des droits résultant du contrat de travail, de la relation de travail et des conventions collectives. Les droits qui y sont prévus restent applicables jusqu'à « la date de résiliation ou d'expiration de la convention collective ou de l'entrée en vigueur ou de l'application d'une autre convention collective », à moins que l'Etat membre ait limité la période de maintien des droits (ce qui est le cas en France avec l'article L. 132-8, alinéa 7, du Code du travail ; CJCE, 2 juin 2002, aff. C-164/00, Beckmann, précité).

Lorsque le transfert d'entreprise ou d'entité économique autonome, concerne des sociétés situées à l'intérieur de l'espace communautaire, la directive no 2001/23 CE du 12 mars 2001 s'applique « dans la mesure où l'entreprise, l'établissement ou la partie d'établissement à transférer se trouve dans le champ d'application territorial du traité » (art. 1o §2). Selon une interprétation autorisée, la directive s'applique « à toute cession transfrontalière et intracommunautaire, indépendamment du contenu des droits nationaux ». Elle « définit une passerelle juridique assurant le transfert des contrats de travail (art. 3 §1) entre des employeurs successifs » (P. Morvan, L'article L. 122-12 à l'international, RJS 8-9/04, p. 587 et s.).

On notera toutefois que lorsque l'article L. 122-12 est appliqué par la Cour de cassation, celle-ci se réfère certes à la directive, et à son interprétation par la CJCE (par exemple : Cass. soc., 10 oct. 2000, no 99-60.235, Bull. civ. V, no 320), mais elle n'en maintient pas moins son interprétation propre dans certains cas (par exemple, sur la possibilité reconnue au salarié de refuser le transfert en droit communautaire, et déniée en droit interne, voir ci-dessus).

I - Champ d'application de l'article L. 122-12 du Code du Travail :

I-1 . Champ d'application du texte légal

Conçu par la Loi du 19 juillet 1928, pour assurer la stabilité de l'emploi lorsque l'entreprise – alors essentiellement familiale – changeait de mains, l'article L 122-12 a été étendu bien au-delà des limites intrinsèques du texte.

L'article L. 122-12 du Code du travail s'applique toutes les fois qu'il y a transfert d'une entité économique autonome conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise (Cass. ass. plén., 16 mars 1990, no 89-45.730, Bull. civ. ass. plén., no 4).

Il est indifférent qu'il y ait ou non un lien de droit entre les exploitants successifs (mêmes arrêts). En revanche, il est nécessaire qu'il y ait une entité économique, que cette entité ait été transférée et, dans la formulation des arrêts du moins, que l'activité ait été « poursuivie ou reprise ».

Lorsque l'entité est caractérisée par ses éléments constitutifs le transfert transnational entraîne l'application de la directive du 14 janvier 1977 modifiée par celle du 29 juin 1998.

Depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 7 juillet 1998 (Cass. soc., 7 juill. 1998, no 96-21.451), l'entité économique est « un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité qui poursuit un objectif propre » (voir no 1631) . Cet ensemble est constitué de trois éléments :

- ✓ une activité ;
- ✓ des personnes ;
- ✓ des éléments corporels ou incorporels.

Selon la définition, l'ensemble doit être « organisé ». En outre, un objectif propre doit être poursuivi, dont on ne sait toutefois s'il doit s'entendre de l'objectif de l'ensemble – ce qui est probable – ou de l'objectif de l'activité, ce que la rédaction de l'arrêt pourrait laisser entendre.

La difficulté, aujourd'hui rencontrée, concerne les transferts d'activité qui n'emportent pas abandon de toutes les tâches par l'entreprise cédante. Bien que la frontière soit délicate à tracer, on peut distinguer le transfert total ou partiel d'activité, sans prestations accessoires entre les parties au transfert, et le transfert d'activité, généralement partiel, qui s'accompagne de prestations accessoires et constitue ce qu'il est convenu d'appeler l'externalisation.

L'activité économique peut être indifféremment une activité de production ou de services.

C'est seulement lorsque les conditions relatives à l'entité économique ne sont pas réunies que l'article L. 122-12 ne s'applique pas (Cass. soc., 29 sept. 2004, no 02-41.845).

Il faut qu'il y ait une opération de transfert, c'est-à-dire que l'entreprise passe d'une personne juridique à une autre. L'article L. 122-12 ne s'applique donc pas lorsque seul le contrat de travail du salarié est transféré sans qu'il y ait transfert corrélatif de l'entreprise ou d'une entité (Cass. soc., 11 oct. 2005, no 03-43.245 ; Cass. soc., 11 oct. 2005, no 03-45.251).

Il ne s'applique pas davantage lorsque la personne morale reste la même mais que son capital change de mains, soit partiellement, soit à la suite d'une prise de contrôle majoritaire par une société tierce : dans ces cas, l'article L. 122-12 est inutile car la société reste le contractant et l'employeur des salariés.

L'article L. 122-12 ne s'applique pas à la seule perte d'un marché (Cass. ass. plén., 16 mars 1990, no 85-44.518, Bull. civ. ass. plén., no 3) .

Il s'applique en revanche même en l'absence de lien de droit entre les employeurs successifs, dès lors qu'il y a « transfert d'une entité économique conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise » (Cass. ass. plén., 16 mars 1990, no 89-45.730 et no 86-40.686, Bull. civ. ass. plén., no 4).

I-2. Application volontaire de l'article L. 122-12

Les parties peuvent convenir de se soumettre volontairement aux dispositions de l'article L. 122-12 du Code du travail lorsque celui-ci n'est pas applicable de plein droit.

Plusieurs formules sont possibles :

- Le repreneur d'une activité peut convenir avec le cédant que les salariés que ce dernier emploie passeront à son service par référence à l'article L. 122-12 du Code du travail

Dans ce cas, il faut également obtenir l'accord de chaque salarié, car le transfert ne s'impose pas à eux et leur consentement est nécessaire. Il est généralement jugé que la seule poursuite du contrat de travail avec le repreneur ne suffit pas à caractériser l'accord du salarié au transfert (Cass. soc., 10 oct. 2006, no 04-46.134 P+B) ; et le refus du salarié ne peut constituer en soi une cause réelle et sérieuse de licenciement.

- Le repreneur peut convenir directement avec des anciens salariés de l'entreprise (sous réserves d'éventuelles clauses de non concurrence) qu'il les reprendra et les fera bénéficier de l'article L. 122-12.

Il faut supposer, alors, que les salariés démissionneront de leur emploi au service de l'ancien employeur, ou qu'ils seront licenciés par lui : l'application volontaire de l'article L. 122-12, dans ce cas, a essentiellement pour effet de préserver l'ancienneté de l'intéressé.

- Une convention collective applicable à la branche dont relève l'entreprise peut prévoir l'application de l'article L. 122-12 notamment lorsque la succession des prestataires ne s'accompagne pas du transfert d'une entité économique autonome puisque la Jurisprudence considère que l'article L. 122-12 du Code du travail ne s'applique pas à la seule perte d'un marché.

Cela concerne les branches d'activité suivantes : restauration collective, gardiennage, nettoyage de locaux, manutention ferroviaire.

L'accord du salarié doit être recherché (Cass. soc., 11 janv. 2005, no 02-42.961, Bull. civ. V, no 3, consacrant le droit au refus à l'égard d'un salarié protégé), ce que précise souvent la convention collective ; mais en cas de refus, le salarié pourrait être licencié, notamment s'il refuse une autre affectation qui ne constitue pas une modification de son contrat (Cass. soc., 9 nov. 2005, no 03-45.483, Bull. civ. V, no 315 ; rappr. : Cass. soc., 21 juin 2006, no 05-41.969). Lorsque l'article L. 122-12 ne s'applique pas, le changement d'employeur semble donc bien être une modification du contrat de travail soumise à l'accord du salarié lequel ne se déduit pas de la seule poursuite du contrat de travail (Cass. soc., 10 oct. 2006, no 04-46.134), ce qui n'a cependant pas encore été confirmé en présence d'une convention collective ne prévoyant pas expressément un droit d'option pour le salarié.

II - Conséquences du transfert d'entreprise - Modalités du transfert des contrats

II – 1 Le transfert du contrat de travail et des éléments individuels

a) Les contrats transférés

⇒ **Tous les contrats** de travail suivent l'entité transférée (Cass. soc., 26 oct. 2004, no 02-42.916), quelle que soit leur nature.

Il n'y a pas lieu de distinguer selon que le contrat est à durée déterminée ou à durée indéterminée, qu'il comporte ou non une obligation de formation. Il a été jugé que le contrat d'apprentissage se transmet (Cass. soc., 31 oct. 1989, no 86-42.558, Bull. civ. V, no 621 ; Cass. soc., 23 janv. 1990, no 86-42.575 ; Cass. soc., 28 mars 1996, no 93-40.716, Bull. civ. V, no 125).

⇒ Les contrats transférés sont les **contrats en cours** au moment du transfert de l'entité économique (Cass. soc., 26 oct. 2004, no 02-42.916).

Le fait que l'exécution du contrat soit suspendue ne fait pas obstacle au transfert (Cass. soc., 13 nov. 1980, no 79-40.783 ; Cass. soc., 14 mai 1997, no 94-41.814, Bull. civ. V, no 170 : contrat d'un salarié détaché dans une filiale étrangère et donc suspendu lors de la modification dans la situation juridique de la société mère ; Cass. soc., 12 oct. 2005, no 03-47.474 : salarié devenu administrateur avant le transfert).

Sont considérés comme des contrats en cours les contrats de salariés licenciés avant le transfert, lorsque le licenciement est déclaré nul ; l'annulation a un effet rétroactif et tout se passe comme si aucun licenciement n'avait été prononcé : c'est le cas lorsque l'autorisation administrative de licenciement d'un salarié protégé a été annulée (Cass. soc., 10 oct. 1990, no 88-41.347, Bull. civ. V, no 441 ; Cass. soc., 26 juin 1991, no 90-40.025 ; Cass. crim., 15 oct. 1991, no 89-83.551) ; le salarié protégé peut alors demander sa réintégration au preneur (Cass. soc. 10 juill. 1995, no 93-46.399, Bull. civ. V, no 240).

En revanche, les contrats valablement rompus avant le transfert, ne sont plus en cours, même si le préavis peut s'exécuter chez le nouvel employeur (Cass. soc., 6 nov. 1991, no 90-40.798 ; Cass. soc., 24 janv. 1990, no 86-41.497 ; Cass. soc., 23 janv. 1985, no 83-42.134, Bull. civ. V, no 48).

⇒ Les contrats transférés sont ceux des **salariés affectés à l'activité cédée**.

Les salariés ne passent au service du nouvel employeur que parce que leurs contrats se poursuivent avec lui.

Si le salarié, lié par un seul contrat de travail, est affecté à deux activités et que l'une d'elles est cédée, le contrat éclate et, pour la partie cédée, le salarié passe au service du nouvel employeur (Cass. soc., 22 juin 1993, no 90-44.705, Bull. civ. V, no 171 ; Cass. soc., 9 mars 1994, no 92-40.916, Bull. civ. V, no 83 ; Cass. soc., 2 mai 2001, no 99-41.960).

Si le salarié est administrateur de la société cédée, le contrat de travail qui n'est que suspendu par le mandat social, se poursuit avec le repreneur (Cass. soc., 14 mai 1997, no 94-40.227, Bull. civ. V, no 169).

Les salariés protégés affectés à l'activité transférée suivent le sort de celle-ci sans formalité. Toutefois, lorsque cette activité fait l'objet d'une cession partielle et que leurs contrats sont concernés par le transfert, l'autorisation de l'autorité administrative est nécessaire (C. trav., art. L. 412-18 ; C. trav., art. L. 425-1 ; C. trav., art. L. 436-1, voir Cass. soc., 27 juin 2002, no 00-44.006, Bull. civ. V, no 221). Cette autorisation était nécessaire même lorsque le transfert intervenait entre concessionnaires successifs, en application d'un accord collectif (Cass. soc., 16 mars 1999 ; Cass. soc., 28 mai 2003, no 01-40.512). Cela concerne aussi les candidats aux fonctions représentatives (Cass. soc., 8 juin 1999, no 96-45.045, Bull. civ. V, no 272 ; Cass. soc., 20 nov. 2002, no 00-44.498).

b) Un transfert des contrats intervenant de plein droit

Les dispositions de l'article L. 122-12 du Code du travail sont d'ordre public (Cass. soc., 13 juin 1990, no 86-45.216, Bull. civ. V, no 273 ; Cass. soc., 22 juin 1993, no 90-44.705, Bull. civ. V, no 171 ; Cass. ch. mixte, 7 juill. 2006, no 04-14.788, no 242 P+B+R+I, qui répute non écrite la clause de la convention de cession d'une entité économique autonome qui ne prévoit la reprise que d'une partie du personnel).

Le transfert des contrats de travail s'effectue de plein droit par l'effet de la loi (Cass. soc., 26 sept. 1990, no 87-41.092, Bull. civ. V, no 392 ; Cass. soc., 16 janv. 1990, no 88-40.054, Bull. civ. V, no 11).

Le salarié ne peut refuser le transfert (Cass. soc., 27 juin 2002, no 00-44.006, Bull. civ. V, no 221 ; Cass. soc., 14 déc. 2004, no 03-41.713, Bull. civ. V, no 331).

Réciproquement, le nouvel employeur ne peut convenir par avance d'un licenciement économique du salarié, même avec son accord (Cass. soc., 8 janv. 2002, no 99-44.761).

Si le nouvel employeur refuse de reprendre les salariés, le juge peut décider que ces derniers ont été licenciés abusivement (ou sans cause réelle et sérieuse) et fixer la date des licenciements au jour du transfert d'entreprise (Cass. soc., 20 oct. 2004, no 02-46.655).

Le transfert étant un effet de la loi, l'employeur n'est pas tenu de le notifier au salarié (Cass. soc., 23 oct. 1968, Eliard c/ Lenglet, D. 1969, p. 166 ; Cass. soc., 16 janv. 1974, no 72-40.336, Bull. civ. V, no 41 ; Cass. soc., 17 avr. 1985, no 83-43.044 ; Cass. soc., 14 déc. 1999, no 97-43.011).

Lorsque l'entité est reprise par un service public administratif, l'article 20 de la loi no 2005-843 du 26 juillet 2005 indique qu'il « appartient à la personne publique de proposer un contrat de droit public » au salarié qui « reprend les conditions substantielles de son contrat » antérieur. C'est donc sous la condition de cette proposition et de son acceptation par le salarié que celui-ci passe au service de la personne publique.

c) Eléments du contrat de travail transférés :

Par l'effet de l'article L. 122-12 du Code du travail, le contrat subsiste avec le nouvel employeur « dans les conditions mêmes où il était exécuté au moment du changement d'exploitation » (Cass. soc., 13 mai 1982, no 80-40.853, Bull. civ. V, no 302 ; Cass. soc., 24 janv. 1990, no 86-41.497, Bull. civ. V, no 23).

L'ancienneté de services auprès du précédent employeur reste acquise, sans dérogation possible (nullité des accords contraires) et avec toutes conséquences pour les droits de toute nature du salarié.

Le salarié conserve sa qualification (Cass. soc., 4 avr. 1990, no 86-43.629, Bull. civ. V, no 155), sa rémunération (Cass. soc., 31 mai 1978, Bull. civ. V, no 409), son logement de fonction si cela est matériellement possible (Cass. soc., 20 mars 1997, no 95-17.470, Bull. civ. V, no 119 ; à défaut une modification du contrat pourrait être imputée au repreneur).

Le salarié licencié pour motif économique par le précédent employeur, et qui était affecté avant son licenciement à l'activité transférée, conserve le droit à la priorité de réembauchage qui est transmise au nouvel employeur (Cass. soc., 26 févr. 1992, no 88-43.891, Bull. civ. V, no 128 ; Cass. soc., 7 juill. 1998, no 95-43.678 ; Cass. soc., 5 févr. 2002, no 99-46.345 ; Cass. soc., 5 mars 2002, no 00-41.429, Bull. civ. V, no 85).

Un salarié victime d'un accident au service du premier employeur peut revendiquer les droits qu'il tient des articles L. 122-32-1 et suivants, lorsque son contrat se poursuit avec le second employeur par l'effet de l'article L. 122-12 (Cass. soc., 20 janv. 1993, no 91-41.500, Bull. civ. V, no 14 ; Cass. soc., 1er déc. 1993, no 91-43.478).

La clause de non-concurrence souscrite par le salarié, par laquelle il s'oblige à ne pas concurrencer l'employeur, reste valable alors même qu'elle a été conclue lorsqu'il était au service du premier employeur. Il en résulte que le salarié reste tenu de l'obligation de non-concurrence, et réciproquement, qu'il appartient au nouvel employeur de verser l'indemnité compensatrice s'il y a lieu, à moins qu'il justifie qu'il s'est déchargé de cette obligation (signature du reçu pour solde de tout compte, par exemple : Cass. soc., 6 déc. 1994, no 91-

42.173). L'obligation de non-concurrence profitant désormais au repreneur, l'ancien employeur ne peut, en principe, se prévaloir de sa violation par le salarié (Cass. soc., 15 oct. 1997, no 95-42.454, Bull. civ. V, no 318 ; Cass. soc., 27 mars 1968, no 67-40.596, Cah. prud'h. 1968, p. 143).

Les dates de congés-payés arrêtées par le premier employeur, sauf circonstances exceptionnelles réservées par l'article L. 223-7 du Code du travail, sont opposables au repreneur (CA Paris, 16 mai 1991, Sté Timhôtel Montparnasse).

d) Dettes de salaire :

Lorsque le transfert est intervenu en dehors de toute convention entre les parties, les créances ne sont pas transférées au repreneur, si ce n'est que l'employeur qui emploie les salariés au jour fixé pour l'ouverture des congés payés doit assumer la charge de ceux-ci (Cass. soc., 8 nov. 1978, no 77-40.896, Bull. civ. V, no 743 ; Cass. soc., 17 oct. 1979, no 78-40.424, Bull. civ. V, no 731).

Lorsque le transfert intervenu dans le cadre d'une convention entre les parties, l'article L. 122-12-1 du Code du travail prévoit que si la substitution d'employeurs intervient dans le cadre « d'une convention entre ceux-ci, le nouvel employeur est... tenu des obligations qui incombaient à l'ancien employeur à la date de cette modification ». Le texte ajoute que, sauf si la convention en tient compte, le premier employeur « est tenu de rembourser les sommes acquittées par le nouvel employeur ». Le texte se borne à adapter les dispositions de la directive CE no 77/187 du 14 février 1977.

Les dispositions de l'article L. 122-12-1 ne s'appliquent pas lorsque le transfert intervient en dehors de toute convention entre les employeurs successifs ou lorsque la modification intervient dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire ou d'une liquidation judiciaire.

Sont exclus du champ d'application de l'article L. 122-12-1 :

- l'indemnité de licenciement.
- les rappels de salaires se rapportant à des contrats déjà rompus.
- les créances de dommages-intérêts sanctionnant une faute de l'ancien employeur

Créances concernées :

- ✓ Les salaires arriérés sont dus par le nouvel employeur alors même qu'ils ont été acquis au service du précédent.
- ✓ La prime de treizième mois ne naissant, sauf dispositions contraires, qu'au 31 décembre de l'année concernée, si le salarié est au service du repreneur à cette date, ce dernier en est débiteur (Cass. soc., 11 mars 1992, no 88-43.447, Bull. civ. V, no 169).
- ✓ Les commissions d'un VRP, versées après recouvrement des factures, sont à la charge du repreneur, employeur du représentant au moment de leur exigibilité (Cass. soc., 24 janv. 1989, no 85-43.572, Bull. civ. V, no 55).

- ✓ Il n'y a pas lieu de solder l'indemnité de congés-payés lors du changement d'employeur (Cass. soc., 17 janv. 1989, no 85-42.320, Bull. civ. V, no 30). L'indemnité est à la charge du nouvel employeur si le personnel est à son service à la date à laquelle s'ouvre la période des congés annuels (Cass. soc., 26 mai 1982, no 80-40.737, Bull. civ. V, no 345 ; Cass. soc., 6 févr. 1996, no 92-45.013), à charge de recours contre le cédant pour la partie correspondant au temps effectué à son service pendant la période de référence (Cass. soc., 14 mai 1987, no 85-13.287, Bull. civ. V, no 305).

Le nouvel employeur débiteur des sommes mises à sa charge par l'article L. 122-12-1, peut, en vertu de ce texte, se retourner contre l'ancien pour lui réclamer le montant des sommes correspondant à sa quote-part (Cass. soc., 8 nov. 1988, no 85-43.067, no 85-43.069 et no 85-43.070, Bull. civ. V, no 572 ; Cass. soc., 28 mars 1989, no 86-42.046 et no 87-44.452, Bull. civ. V, no 262).

Le salarié n'est pas privé de la possibilité d'agir directement contre le premier employeur, en paiement de la quote-part qui lui incombe (Cass. soc., 3 avr. 1991, no 88-41.786, Bull. civ. V, no 164 ; Cass. soc., 8 avr. 1992, no 89-40.880).

Redressement judiciaire ou liquidation judiciaire

Lorsque la modification dans la situation juridique de l'employeur intervient dans le cadre d'une procédure collective, l'article L. 122-12-1 du Code du travail ne s'applique pas. Il en résulte que les dettes de salaires antérieures au transfert restent à la charge de l'ancien employeur, objet de la procédure collective et ne peuvent être réclamées au repreneur (Cass. soc., 26 févr. 2006, no 04-43.086) ; de même l'indemnité compensatrice de congés payés n'est due par le repreneur que pour la fraction postérieure à la reprise du salarié (Cass. soc., 19 févr. 1992, no 89-45.112, Bull. civ. V, no 93 ; Cass. soc., 1er juill. 1992, no 91-44.262, Bull. civ. V, no 432 ; voir également pour les conséquences du défaut d'affiliation du salarié à un régime de retraite antérieurement à la modification : Cass. soc., 2 févr. 2006, no 04-40.474, JSL 2006 no 185-4). Les primes de vacances et le treizième mois ne sont à la charge du repreneur que si le droit est né postérieurement à la modification (Cass. soc., 18 nov. 1992, no 90-44.395).

Un accord conclu avec le repreneur pour la répartition des charges salariales est inopposable à l'AGS (Cass. soc., 19 mai 1988, no 85-14.022, Bull. civ. V, no 304).

II – 2. Rupture et aménagement des contrats de travail

a) Licenciement par l'employeur sortant

Le licenciement ne peut faire échec aux dispositions de l'article L. 122-12, qu'il y ait ou non volonté de fraude de l'employeur (Cass. soc., 7 juin 1978, no 77-40.323, Bull. civ. V, no 438 ; Cass. soc., 17 juill. 1990 précité ; Cass. soc., 29 oct. 1997, no 95-40.121).

L'accord entre le cédant et le cessionnaire ne peut entraver l'application de l'article L. 122-12. Un tel accord caractérise une collusion frauduleuse (Cass. soc., 15 oct. 1987, no 84-44.314, Bull. civ. V, no 570 ; Cass. soc., 2 oct. 2001, no 99-45.033), ou est à tout le moins illicite (Cass. soc., 16 janv. 2001, no 98-45.143, Bull. civ. V, no 6, JSL, no 75-9), car il est interdit de déroger par convention particulière aux dispositions d'ordre public de l'article L. 122-12 (Cass. soc., 13 juin 1990, no 86-45.216, Bull. civ. V, no 273).

Dans l'hypothèse du réembauchage par le repreneur des salariés licenciés (Cass. soc., 26 oct. 1994, no 93-43.521, Dr. soc. 1995, p. 55, obs. Blaise ; Cass. soc., 13 avr. 1999, no 96-44.254, Bull. civ. V, no 169), le licenciement prononcé par l'employeur sortant fait échec à la poursuite du contrat de travail aux mêmes conditions par le repreneur et constitue une violation de l'article L. 122-12 (Cass. soc., 21 oct. 1982, no 80-41.298 ; Cass. soc., 31 mars 1998, no 95-44.889, JSL, no 14-3), généralement constitutive d'une fraude (Cass. soc., 2 oct. 2001, no 99-45.104, JSL, no 89-9).

Le licenciement prononcé par l'employeur sortant, en méconnaissance de l'article L. 122-12 est, selon la CJCE, sans influence sur les salariés qui doivent « être considérés comme étant toujours employés de l'entreprise à la date du transfert » (CJCE, 15 juin 1988, Boîte Internationale, C/101.87, Rec. 3057), le contrat de travail devant être « considéré comme existant par le cessionnaire même si le travailleur licencié n'a pas été repris » (CJCE, 12 mars 1998, Dethier Equipement, C/319.94, Rec. I. 1079).

Il s'en suit que les contrats (malgré les licenciements) subsistent de plein droit avec le repreneur, contre lequel l'action doit être dirigée. (Cass. soc., 18 déc. 2000, no 98-41.178, Bull. civ. V, no 425, JSL, no 73-13 ; rappr. : Cass. soc., 13 avr. 1999, no 97-41.450, Bull. civ. V, no 168 ; Cass. soc., 14 déc. 1999, no 98-41.520, Bull. civ. V, no 483 ; Cass. soc., 15 févr. 2005, no 04-43.923, Bull. civ. V, no 67).

L'arrêt Maldonado permet au salarié, en cas de procédure collective, soit de tirer les conséquences du licenciement prononcé par l'employeur sortant, soit de demander la poursuite de son contrat de travail au repreneur (Cass. soc., 20 mars 2002, no 00-41.651, Bull. civ. V, no 94), sous la réserve, toutefois, que le cessionnaire n'ait pas informé le salarié de sa décision de poursuivre le contrat de travail sans modification avant la fin du préavis (Cass. soc., 11 mars 2003, no 01-41.842, Voisin Gaz. Pal. 21/22 mai 2003, note Boubli).

Si le salarié est effectivement repris, l'inefficacité du licenciement prononcé ressemble à une nullité de celui-ci, et le salarié ne peut prétendre qu'à des dommages-intérêts pour la faute commise par le premier employeur. S'il n'est pas effectivement repris, en particulier lorsque le repreneur considère qu'il a été valablement licencié par le cédant, le salarié peut prendre acte de la rupture. Celle-ci produit les effets d'un licenciement à l'égard du repreneur et peut donner lieu à une condamnation in solidum des deux employeurs successifs qui ont chacun commis une faute.

Le licenciement est alors probablement sans cause réelle et sérieuse. Il est difficile de considérer qu'il est nul, même si on limite la nullité au licenciement prononcé par le premier employeur et non à la prise d'acte de la rupture à l'égard du second. La nullité aurait pour effet de permettre la réintégration du salarié dans son emploi ; mais le salarié qui prend acte de la rupture renonce par sa demande à la réintégration (voir B. Gauriau : Le licenciement prononcé en violation de l'article L. 122-12 : nul plutôt qu'inefficace, Dr. soc. 2005, p. 852 et s.).

Salariés protégés :

Si le salarié est un salarié protégé licencié par l'employeur sortant, sans autorisation administrative, il peut demander sa réintégration au repreneur, puisque le contrat de travail est censé s'être poursuivi avec lui en raison de la nullité du licenciement (Cass. soc., 7 juill. 1999, no 97-43.151). Il a droit aussi à une indemnité égale au montant de la rémunération correspondant à la période comprise entre le licenciement et la réintégration (Cass. soc., 10 déc. 1997, no 95-41.382, Bull. civ. V, no 429).

Si le salarié protégé est licencié en exécution d'une autorisation administrative annulée, il est admis que la réintégration demandée à l'employeur sortant dans le délai légal est opposable au repreneur (Cass. soc., 10 juill. 1995, no 93-46.399, Bull. civ. V, no 240). La demande peut donc être directement adressée à ce dernier dans le délai. Le salarié peut ainsi demander une indemnité au repreneur

Si la cession d'entreprise n'est que partielle, y compris si elle intervient en application d'un accord collectif, l'autorisation administrative est nécessaire pour valider le transfert du contrat de travail du salarié protégé. L'autorité administrative ne doit pas se borner à vérifier que le contrat de travail est en cours à la date de la modification dans la situation juridique de l'employeur ; elle doit aussi examiner si le salarié effectue son travail dans l'entité transférée (CE, 15 juin 2005, no 25057, Sté Cogecom).

Lorsque l'autorisation est accordée, le transfert est automatique et le salarié ne peut le refuser. S'il refuse néanmoins, il ne peut rien reprocher à l'employeur sortant qui n'est pas tenu de solliciter une autre autorisation de l'inspecteur du travail (CE, 9 avr. 2004, no 233630).

Lorsque l'autorisation n'est pas demandée (ou lorsqu'elle est refusée), le salarié peut demander à être maintenu dans son emploi et sa rémunération. Mais comme l'activité est transférée, son emploi peut ne plus exister. L'employeur qui le garde à son service et modifie ses attributions et heures de travail s'expose au paiement d'un rappel de salaires et de congés payés (Cass. soc., 20 nov. 2002, no 00-44.498).

Entreprises en difficultés

L'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail a vocation à s'appliquer à toutes les cessions opérées dans le cadre d'un redressement judiciaire ou d'une liquidation judiciaire et la décision du juge-commissaire d'autoriser la cession d'éléments d'actifs n'est pas de nature à faire échec à cette application (Cass. soc., 21 oct. 1998, no 96-42.116, Bull. civ. V, no 440).

b) Aménagement du contrat de travail et licenciement postérieur au transfert, par le repreneur

Le repreneur doit, en application de l'article L. 122-12 du Code du travail, poursuivre le contrat initial qui se maintient aux mêmes conditions (Cass. soc., 29 oct. 2003, no 01-43.719). Il peut cependant lui apporter des aménagements qui obéissent aux principes qui permettent de distinguer le changement des conditions de travail de la modification du contrat.

L'employeur ne peut utiliser son pouvoir de modification pour faire échec à l'application de l'article L. 122-12 (par exemple, transformer un contrat à durée indéterminée en contrat à durée déterminée ou imposer une période d'essai ; inviter le salarié, par la conclusion d'un contrat modifié, à renoncer à l'ancienneté acquise ; ...). Mais il peut procéder à une novation du contrat, lorsque le salarié s'oblige en connaissance de cause. Ainsi il a été jugé que le contrat repris pouvait être résilié par accord des parties et être remplacé par un nouveau contrat comportant de nouvelles clauses (Cass. soc., 17 sept. 2003, no 01-43.687, Bull. civ. V, no 232). Le juge se réserve le pouvoir d'apprécier si la modification fait ou non échec aux effets d'ordre public de l'article L. 122-12 (Cass. soc., 7 mars 1979, no 77-41.228, Bull. civ. V, no 204 ; Cass. soc., 17 sept. 2003, précité, qui réserve le cas de la fraude, arrêts du 9 mars 2004 et du 14 janvier 2004 précités).

Le repreneur est tenu de reprendre les contrats de travail, ce qui veut dire qu'il ne peut se prévaloir de l'existence d'un effectif suffisant pour refuser les salariés transférés (Cass. soc., 30 nov. 1978, no 77-40.711). Le refus de reprendre les salariés automatiquement passés à son service s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 20 oct. 2004, no 02-46.655).

Une fois le transfert intervenu, l'employeur peut procéder aux réorganisations qu'il estime nécessaires et, dans ce cadre, licencier des salariés passés à son service. Le licenciement doit être justifié par une cause personnelle ou par une cause économique réelle et sérieuse. L'ordre des licenciements doit être respecté, sans que les salariés repris reçoivent un traitement discriminatoire. Le licenciement qui n'est pas justifié par une réorganisation légitime, est sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 6 mars 1974, no 72-40.767, Dr. soc. 1974, p. 473).

III – Transfert du contrat de travail et statut collectif

III – 1. La convention collective ou l'accord collectif sont mis en cause par le transfert d'entreprise (C. trav., art. L. 132-8, al. 7).

Le transfert d'entreprise entraîne parfois la caducité de l'accord collectif ce qui justifie le refus du repreneur de l'appliquer. Il en est ainsi lorsque l'accord de réduction du temps de travail accompagné d'un engagement de création d'emplois (accord « offensif » de la loi Robien du 1er juin 1997) n'a plus d'objet à la suite du redressement judiciaire de l'entreprise accompagné d'un plan de cession : ce plan prévoyant des licenciements, il entraînait la disparition des aides publiques ce qui rendait l'accord collectif caduc (Cass. soc., 17 juin 2003, no 01-15.710).

Le plus souvent, cependant, la convention ou l'accord collectif a vocation à se maintenir, au moins temporairement, en faveur du personnel transféré.

Le transfert des contrats associés à l'activité cédée n'entraîne pas forcément une modification de la convention collective de branche, lorsque l'activité principale est la même dans les 2 entreprises.

A tout le moins les accords d'entreprise sont remis en cause.

La convention collective (ou l'accord d'entreprise) n'est pas transférée mais elle survit pendant la durée de préavis (3 mois) puis pendant un délai d'un an, sauf clause conventionnelle prévoyant un délai plus long, ce délai étant destiné à permettre la négociation d'un accord de substitution (C. trav., art. L. 132-8, al. 7).

Dès signature dudit accord de substitution, les dispositions de l'ancien statut conventionnel cessent de produire effet immédiatement. En revanche, à défaut d'accord conclu dans ce délai, les salariés ont droit au maintien des avantages individuellement acquis.

Dès son transfert, le salarié est, tout en restant soumis à la convention collective qui survit, bénéficie aussi de celle applicable dans l'entreprise d'accueil. Cette dualité devrait se résoudre par l'application du principe de faveur, et sans doute faut-il se livrer à une appréciation avantage par avantage puisqu'il s'agit de situations individuelles (Cass. soc., 9 oct. 1990, no 87-40.565 ; Cass. soc., 24 janv. 1996, no 93-40.745).

L'accord de substitution visé par loi et la jurisprudence ne se confond pas avec la nouvelle convention. A partir des indices donnés par la Cour de cassation, on peut affirmer :

- que l'accord doit donner lieu à une négociation spécifique ; il ne saurait être implicite (Cass. soc., 31 janv. 1995, no 91-41.965) ;
- que l'accord de substitution doit être un accord collectif (Cass. soc., 9 mars 1989, no 86-44.025, Bull. civ. V, no 200).
- qu'un accord d'entreprise peut adapter une convention collective de branche comme un précédent accord d'entreprise (Cass. soc., 9 févr. 1994, no 91-16.000) ;
- qu'il doit, selon l'arrêt du 31 janvier 1995 précité :
 - ✓ soit adapter la convention collective à celle applicable dans l'entreprise d'accueil,
 - ✓ soit se substituer à elle, en instituant de nouvelles dispositions.

Il semble qu'il soit permis aux partenaires sociaux d'anticiper par voie d'accord collectif les conséquences inévitables de la mise en cause des normes (négociées ou non). Il importe de clarifier l'objet de l'accord, car le juge a vocation à lui donner un sens définitif. Ainsi l'accord qui a pour objet, à l'occasion d'une filialisation, de maintenir dans les filiales les conventions collectives applicables à la société mère ainsi que les avantages acquis individuellement ou collectivement, tend à garantir non seulement la pérennité des accords collectifs, mais aussi les avantages résultant pour les salariés des usages ou engagements unilatéraux qui ont pris, dès lors, une nature conventionnelle (Cass. soc., 10 juill. 2001, no 99-17.335, Bull. civ. V, no 257, JSL, no 88-5, Semaine sociale Lamy, no 1044, p. 10).

Les dispositions de l'article L. 132-8 alinéa 7 ne sont pas applicables lorsque :

- le transfert n'entre pas dans le cadre de l'article L. 122-12 du Code du travail mais qu'il y est fait référence par la volonté contractuelle des parties (Cass. soc., 24 févr. 1993, no 90-40.104, Bull. civ. V, no 67). En l'absence de transfert d'une entité économique autonome, le statut collectif antérieur ne survit pas (Cass. soc., 20 janv. 1998, no 95-41.942).

- par suite du transfert d'une entité économique autonome au sens de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail, le personnel est transféré vers une entreprise publique soumise à un statut, les articles L. 132-8, alinéas 6 et 7, du Code du travail ne s'appliquent pas (Cass. soc., 17 mai 2005, no 03-13.582, Bull. civ. V, no 164).

Notion d'avantage individuel acquis :

Les avantages acquis sont ceux correspondant à des droits déjà ouverts et non simplement éventuels (Cass. soc., 19 juin 1987, no 84-44.688, Bull. civ. V, no 402).

Constituent des droits éventuels, ne pouvant donner lieu à avantages acquis :

- un mode de calcul, prévu par un ancien accord d'entreprise, pour une retenue en cas de grève, voir Cass. soc., 18 févr. 1997, no 93-46.733 ;
- une indemnité de licenciement, voir Cass. soc., 9 févr. 1978, no 76-40.552, Bull. civ. V, no 98 ; Cass. soc., 5 juin 1996, no 92-42.995 ; Cass. soc., 23 juin 1999, no 97-43.162, Bull. civ. V, no 297 ;
- une indemnité de départ à la retraite, voir Cass. soc., 5 mars 1969, no 68-40.082, Bull. civ. V, no 155 ;
- le versement de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence dont le droit ne naît qu'à la rupture du contrat de travail, voir Cass. soc., 26 mars 1997, no 94-41.944 ;
- la durée de la période de garantie d'emploi visant à protéger du licenciement les salariés malades pendant un certain nombre de mois (Cass. soc., 28 juin 2006, no 03-47.631).
- Une prime de treizième mois, déjà versée par l'employeur au cours des années précédentes, constitue bien un avantage individuel qui a été acquis (Cass. soc., 27 oct. 1998, no 96-40.881).
- une prime d'ancienneté (Cass. soc., 19 mars 1997, no 94-41.984).

Sont considérés comme avantages acquis, les droits à congés, les éléments de salaires à leur niveau atteint à la fin de la période de survie de la convention (Cass. soc., 26 nov. 1996, no 93-44.811, Bull. civ. V, no 406 ; Cass. soc., 20 oct. 1998, no 95-44.290, Bull. civ. V, no 435), mais non les règles de réévaluation ou d'indexation (Cass. soc., 22 avr. 1992, no 88-40.291, Bull. civ. V, no 296 ; Cass. soc., 21 nov. 2000, no 98-43.377).

De même, dans un arrêt du 26 janvier 2005, la Cour de cassation a retenu que, si du fait de la dénonciation d'un accord collectif, les salariés avaient bien droit au maintien du niveau de rémunération atteint au jour où cet accord avait été dénoncé, en revanche, ils ne pouvaient plus prétendre pour l'avenir à la réévaluation de leur salaire calculée selon les dispositions de cet accord, celle-ci ne constituant pas un avantage individuel acquis au sens de l'article L. 132-8 du Code du travail (Cass. soc., 26 janv. 2005, no 02-44.712, Bull. civ. V, no 32).

La distinction entre droit déjà ouvert et droit simplement éventuel n'est pas toujours facile à mettre en œuvre. Le contentieux ayant donné lieu aux arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation du 13 mars 2001 en est une bonne illustration.

La Cour de cassation énonce « qu'un avantage individuel acquis au sens de l'article L. 132-8 du Code du travail est celui qui, au jour de la dénonciation de la convention ou de l'accord collectif, procurait au salarié une rémunération ou un droit dont il bénéficiait à titre personnel et qui correspondait à un droit déjà ouvert et non simplement éventuel ».

Dans une affaire où l'accord collectif, sous le titre « durée du travail », accordait une rémunération supplémentaire égale à une demi-heure de travail à la salariée qui, au cours d'une même journée, était amenée à changer de famille, elle considère que cet avantage salarial, qui profitait individuellement à chacune des salariées, s'était incorporé à leur contrat de travail au jour où les dispositions de la convention collective avait cessé de produire effet, et devait être maintenu pour l'avenir (Cass. soc., 13 mars 2001, no 99-45.651, Bull. civ. V, no 90).

En l'espèce, la rémunération supplémentaire prévue à l'article 16 constitue un avantage acquis. Le fait que celui-ci dépende d'éléments incertains comme les choix de l'employeur dans l'organisation des programmes et les demandes des familles ne lui confère pas un caractère éventuel. En effet, chaque salariée était en mesure d'en bénéficier à chaque fois qu'elle était amenée à changer de famille au cours d'une même journée. Cet avantage correspondait donc à un droit déjà ouvert, et non simplement éventuel, lors de la dénonciation de l'accord.

Maintien des seuls avantages individuels

L'avantage individuel se détermine par son objet. C'est selon Bernard Boubli, « celui dont on peut bénéficier indépendamment de l'appartenance à une collectivité de salariés » (B. Boubli, Semaine sociale Lamy, suppl. no 1030, 28 mai 2001). Le salaire de base, les congés payés, une prime d'ancienneté sont des avantages individuels.

Seront des avantages collectifs les avantages qui ne trouvent leur justification que par rapport à la collectivité.

- les avantages collectifs concernant la représentation du personnel (nombre accru de délégués, contingent d'heures de délégation, par exemple) ne peuvent survivre au titre des avantages acquis visés par la Loi ;
- la mise en place par accord collectif d'une heure quotidienne d'entraînement physique rémunérée au profit des agents de sécurité se rapporte aux conditions de travail de l'ensemble des agents du service de sécurité, ce dont il résulte que cette disposition a une nature collective (Cass. soc., 1er juin 2005, no 04-16.994, Bull. civ. V, 187 ; Dr. soc. 2005, p. 1066, obs. Ch. Radé).

Incorporation des avantages au contrat de travail

Si la convention collective n'a pas été remplacée ou si elle n'a pas été suivie par la conclusion d'une convention d'adaptation dans les délais légaux, les salariés conservent le bénéfice de leurs avantages individuels acquis. Ces avantages s'incorporent alors aux contrats individuels et l'employeur qui entend néanmoins les supprimer procède à une modification du contrat qui ne peut se faire qu'avec l'accord du salarié (Cass. soc., 6 nov. 1991, no 87-44.507, Bull. civ. V, no 479 ; voir aussi Cass. soc., 13 mars 2001, no 99-45.651, Bull. civ. V, no 90).

III – 2. Les sources normatives non conventionnelles – usages, engagements unilatéraux, accords atypiques – se maintiennent avec le repreneur lorsque la cession intervient dans le cadre de l'article L. 122-12.

Selon les termes de la Cour de cassation, « un avantage devenu obligatoire par voie d'usage est opposable au nouvel employeur » (Cass. soc., 23 sept. 1992, no 89-45.656, Dr. soc. 1992, p. 926 ; Cass. soc., 18 oct. 1995, no 94-40.457). Il appartiendra au nouvel employeur de le révoquer s'il le souhaite, dans les forme .

Si le nouvel employeur refuse d'appliquer l'engagement unilatéral pris par son prédécesseur, sans le dénoncer régulièrement, il s'expose à des dommages-intérêts envers le personnel (Cass. soc., 21 sept. 2005, no 03-43.532, Bull. civ.V, no 260 : l'employeur avait refusé d'adhérer au régime de prévoyance auquel avait souscrit son prédécesseur).

Les accords atypiques, c'est-à-dire conclus avec les représentants du personnel, sont soumis au même régime que les usages et les engagements unilatéraux : ils se transmettent au nouvel employeur et s'appliquent au personnel transféré (Cass. soc., 23 févr. 1994, no 91-42.947).

III- 3 .Protection sociale

Lorsque l'entreprise cédée ne bénéficiait d'aucun système de prévoyance, le régime en vigueur dans la nouvelle entreprise s'applique immédiatement qu'il soit d'origine conventionnelle ou qu'il résulte d'un usage.

Lorsque l'entreprise cédée bénéficiait d'un régime de prévoyance résultant d'un usage ou d'un engagement de l'employeur, le régime est transféré (Cass. soc., 17 mars 1998, no 95-42.100). Il semble que le transfert ait lieu au bénéfice des salariés de l'ancien employeur seulement, car c'est l'engagement de ce dernier qui est maintenu. Si un régime existe déjà dans l'entreprise d'accueil, il y a coexistence de deux régimes qu'il faut harmoniser le cas échéant par dénonciation régulière d'un des usages.

Quant aux conventions collectives ou accords collectifs de travail instituent des garanties collectives qui bénéficient aux salariés, il sont mis en cause par application de l'article L. 132-8, alinéa 7. En la matière il convient a priori de considérer que l'avantage individuel acquis s'entend du niveau du droit atteint, lors de la mise en cause. (même raisonnement qu'à l'égard de la rémunération : c'est « le niveau de rémunération » qui est acquis par chaque salarié, et le « système de rémunération » qui est global et collectif (Cass. soc., 12 févr. 1991, no 89-45.314, Bull. civ. V, no 62).

Dans le cas de l'adhésion obligatoire à un régime de retraite complémentaire (AGIRC ou ARRCO), le problème généralement rencontré est celui du taux de cotisation éventuellement différent pour chacun des employeurs successifs. Le principe d'uniformité du régime et du taux de cotisation a été accueilli par la jurisprudence dans la réglementation AGIRC pour tout le personnel d'une même entreprise. Si l'entreprise se maintient après cession, l'uniformité des taux s'applique.

Si des cotisations à des taux différents sont pratiquées dans l'entreprise cédée et dans l'entreprise d'accueil, les engagements pris par le cédant au profit des cadres doivent se maintenir, sauf si le système applicable dans l'entreprise d'accueil est plus favorable (Cass. soc., 16 juill. 1987, no 84-13.736, Bull. civ. V, no 478 ; Cass. soc., 4 juill. 1990, no 85-44.260, Bull. civ. V, no 343).

III – 4. Intéressement et participation

Les accords de participation cessent de produire effet si une modification survenue dans la situation juridique de l'entreprise par fusion, cession ou scission rend impossible l'application de ces accords. En cas d'absence d'accord applicable à la nouvelle entreprise, la loi impose cependant au nouvel employeur de négocier dans un délai de six mois, à compter de la clôture de l'exercice au cours duquel est intervenue la modification (C. trav., art. L. 442-17).

Le constat par les partenaires sociaux de l'impossibilité d'appliquer l'accord de participation couvrant les salariés dans l'entreprise d'origine, entraîne l'ouverture de la négociation prévue par la loi en vue de la conclusion éventuelle d'un nouvel accord.

Lorsque le nouvel employeur est déjà couvert par un accord de participation, les règles relatives à la participation ne permettent pas la poursuite de l'accord d'origine pour les salariés transférés, ceux-ci bénéficient immédiatement de l'accord applicable dans leur nouvelle entreprise. Par ailleurs, il convient de souligner que les obligations du nouvel employeur s'entendent aussi de la gestion des droits à participation déjà affectés des salariés transférés (Circ. intermin., 14 sept. 2005).

IV – Sort des instances représentatives du personnel

a) Délégués syndicaux

L'article L. 412-16 du Code du travail pose le principe selon lequel une modification dans la situation juridique de l'employeur, dans le cadre de l'article L. 122-12 du Code du travail, n'affecte pas le mandat du délégué syndical ou du délégué syndical central, lorsque l'entreprise conserve son « autonomie juridique ». Cette dernière restriction, non conforme à la réglementation communautaire, a d'abord conduit la Cour de cassation à inviter le législateur à corriger cette erreur, puisque l'autonomie d'organisation suffit lorsque l'article L. 122-12 s'applique (rapport pour 1991, 10e suggestion). Puis la Cour de cassation, étendant aux délégués syndicaux le principe qu'elle avait posé pour les délégués du personnel (Cass. soc., 28 juin 1995, no 94-40.362, Bull. civ. V, no 219), a décidé elle-même qu'il suffisait que l'entité conserve en fait son autonomie pour que le mandat du délégué syndical subsiste (Cass. soc., 10 oct. 2000, no 99-60.235, Bull. civ. V, no 320, Dr. soc. 2001, p. 104, note critique J. Savatier). Cette jurisprudence a été confirmée (Cass. soc., 18 déc. 2000, no 99-60.381, Dr. soc. 2001, p. 326 ; Cass. soc., 31 mars 2004, no 03-60.048, Bull. civ. V, no 102, p. 91 ; Cass. soc., 24 mai 2006, no 05-60.244, Bull. civ. V, no 191). Le Conseil d'Etat décide que le mandat du délégué syndical prend fin lorsque l'entreprise perd son autonomie juridique sans devenir un établissement distinct dans l'entreprise d'accueil (CE, 8 janv. 1997, no 154728).

Le cadre de la désignation du délégué syndical est l'établissement défini comme le regroupement d'au moins cinquante salariés constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres et travaillant sous la direction d'un représentant de l'employeur (Cass. soc., 2 oct. 2001, no 00-60.170, Bull. civ. V, no 296).

En pratique plusieurs situations sont à distinguer :

- l'entreprise change purement et simplement de mains et conserve son autonomie juridique : application littérale de l'article L. 412-16, le mandat du délégué syndical (et du délégué central), subsiste ;
- l'entreprise ne comporte qu'un établissement, elle change de mains en conservant son autonomie, qu'elle soit ou non juridique : le mandat du délégué syndical subsiste sans problème (Cass. soc., 18 déc. 2000 précité). Si la désignation du délégué est antérieure de plus de 15 jours à la date du transfert, elle ne peut plus être contestée par le repreneur : le mandat se poursuit dans l'entreprise d'accueil (Cass. soc., 2 oct. 2003, no 01-60.887) ;
- l'entreprise ne comporte qu'un établissement, elle conserve son autonomie sous une direction nouvelle, mais elle accroît l'entreprise d'accueil : si elle constitue un établissement distinct dans l'entreprise d'accueil, le mandat du délégué subsiste. Il semble que le mandat subsiste même si, malgré son autonomie, l'entreprise cédée ne constitue pas un établissement distinct au sens de l'arrêt du 2 octobre 2001, ce qui est une hypothèse peu probable (voir toutefois : CE, 8 janv. 1997, précité) ;
- l'entreprise d'origine est démantelée, et une partie de l'activité cédée, qui constitue un établissement distinct dans cette entreprise, conserve son autonomie dans l'entreprise d'accueil : le mandat du délégué syndical subsiste par application des articles L. 412-13 et L. 412-16 du Code du travail (Cass. soc., 10 oct. 2000 précité ; Cass. soc., 2 oct. 2003, précité). Il n'est pas nécessaire de renouveler la désignation du délégué ;
- l'entreprise d'origine est démantelée, mais la partie cédée n'est pas un établissement distinct au sens de l'article L. 412-13 du Code du travail. Si le délégué syndical est affecté à l'activité cédée et que celle-ci constitue une entité économique au sens de l'article L. 122-12, son transfert – comme dans tous les cas de cession partielle (voir no 1663) – doit être autorisé par l'inspecteur du travail ; s'il l'est, le salarié passe au service du repreneur, mais il perd son mandat. Il pourrait être désigné comme délégué syndical dans l'entreprise d'accueil, si l'activité cédée associée à une partie de l'activité du repreneur, constitue un établissement distinct dans l'entreprise d'accueil ;
- à moins que l'entreprise dotée d'établissements distincts soit cédée dans son entier (hypothèse de maintien de l'autonomie juridique en général), le délégué central affecté à l'établissement (ou a fortiori à une activité constitutive d'une entité au sens de l'article L. 122-2 non constitutive d'un établissement) perd cette qualité, à moins qu'il ne soit désigné par le syndicat au lieu et place du délégué central existant déjà dans l'entreprise d'accueil, ou comme délégué central dans cette entreprise, si du fait de la cession celle-ci comporte désormais au moins deux établissements.

b) Délégués du personnel

Comme pour le délégué syndical, le mandat du délégué du personnel subsiste, lorsque par suite d'une modification dans la situation juridique de l'employeur, l'entreprise conserve son « autonomie juridique » (C. trav., art. L. 423-16), comprise ici, comme dans le cas précédent au sens « d'autonomie matérielle » (Cass. soc., 28 juin 1995 précité). Il s'en dégage que :

- si l'entreprise cédée conserve son autonomie matérielle intégrale (cession d'un fonds de commerce entre particuliers, location-gérance), le mandat de délégué du personnel se poursuit ;
- si l'entreprise cédée devient un établissement distinct dans l'entreprise d'accueil (au sens des délégués du personnel : communauté de 50 salariés au moins et représentant de l'employeur habilité à recevoir des réclamations, Cass. soc., 10 oct. 1990, no 89-61.558, Bull. civ. V, no 446, Dr. soc. 1991, p. 40, obs. Savatier), le mandat du délégué du personnel subsiste jusqu'à son terme à moins qu'il soit tenu compte de la date habituelle des élections dans l'entreprise d'accueil (C. trav., art. L. 423-16, al. 4) ;
- si la cession porte sur un établissement distinct qui conserve cette qualité dans l'entreprise d'accueil, le mandat devrait se maintenir. Ce cas n'est pas réglé par l'article L. 423-16, ni solutionné en jurisprudence. La solution semble toutefois s'imposer lorsque l'établissement sert de cadre à l'élection ;
- si le délégué est affecté à l'activité cédée qui ne constitue pas un établissement distinct dans l'entreprise d'accueil, le mandat cesse (C. trav., art. L. 423-4 ; Cass. soc., 20 oct. 1988, no 87-60.285, Bull. civ. V, no 546, qui réserve au juge d'instance le soin de le constater en cas de différend).

Remarques

Lorsque l'article L. 122-12, alinéa 2 ne s'applique pas (application conventionnelle), les mandats ne se maintiennent pas (Cass. soc., 7 oct. 1992, no 91-60.353).

c) Comité d'entreprise

Si une entreprise change de mains par l'effet d'une modification dans la situation juridique de l'employeur, le mandat des élus et des représentants syndicaux au comité d'entreprise subsiste lorsque cette entreprise conserve son « autonomie juridique » (C. trav., art. L. 433-14). Bien que la loi vise le maintien des mandats (des personnes physiques) et non celui de l'institution (personne morale), le maintien des mandats entraîne maintien de l'institution lorsque cela est possible même si celle-ci change de dénomination (Cass. soc., 30 nov. 2004, no 02-13.837, Bull. civ. V, no 311).

L'autonomie s'entend d'une autonomie matérielle. La règle découle de l'arrêt du 28 juin 1995 à propos du délégué du personnel, qui est rédigé en termes généraux et de la règle selon laquelle lorsque l'entreprise devient un établissement (C. trav., art. L. 433-14, al. 2), les mandats subsistent, hypothèse exclusive de toute autonomie juridique. Ajoutons qu'elle découle désormais de l'arrêt du 30 novembre 2004 précité.

On peut donc dégager les règles suivantes :

- lorsque l'entreprise conserve son autonomie juridique (même personne morale, héritage entre deux personnes physiques), les mandats et l'institution elle-même subsistent ;
- lorsque l'entreprise conserve son autonomie matérielle sous une direction nouvelle (location-gérance), les mandats et l'institution subsistent ;
- lorsque l'entreprise devient un établissement distinct dans l'entreprise d'accueil (au sens du droit des comités d'entreprise, qui relève de la compétence administrative en l'absence d'accord entre l'employeur et les syndicats : CE, 15 mai 1991, no 84.840, Dr. soc. 1992, p. 29, obs. Savatier), il faut se placer à la date du transfert pour apprécier cette condition (Cass. soc., 3 févr. 1998, no 95-41.423, Bull. civ. V, no 62). Les mandats sont maintenus jusqu'à leur terme (C. trav., art. L. 433-14, al. 2) et l'entreprise d'accueil ne peut organiser d'élection avant leur expiration (Cass. soc., 14 févr. 1989, no 88-60.016, Bull. civ. V, no 122). La solution est la même lorsqu'un établissement cédé (transfert partiel d'activité : Cass. soc., 3 févr. 1998, précité) conserve sa qualité d'établissement distinct. Théoriquement, l'institution reste la même ; mais cela est en pratique impossible. Si l'entreprise devient un établissement, le comité d'entreprise est assimilé à un comité d'établissement ; si un établissement est transféré et qu'il conserve la qualité d'établissement distinct, le comité d'établissement se maintient, mais il faut désormais tenir compte des contraintes de l'entreprise d'accueil (voir d) ;
- lorsqu'une cession partielle d'activité ne porte pas sur un établissement distinct, si l'activité cédée constitue avec des éléments de l'entreprise d'accueil, un établissement distinct, le comité d'établissement créé dans cet établissement n'a aucun droit sur le patrimoine du comité d'entreprise de l'entreprise cédante (Cass. soc., 22 févr. 1995, no 93-14.105, Bull. civ. V, no 64). Si un établissement est fermé et que le comité d'établissement disparaît, les biens de ce comité sont affectés aux comités d'entreprise ou d'établissement du groupe (Cass. soc., 23 janv. 1996, no 93-16.799, Bull. civ. V, no 25, JCP éd. G 1996, II, 22650, note Savatier). Si la cession partielle porte sur un établissement qui avait la qualité d'établissement distinct dans l'ancienne société, et que cet établissement, à la suite de la restructuration devient une entreprise nouvelle relevant d'une nouvelle société du groupe, le comité d'établissement devient le comité d'entreprise de cette société. La contribution patronale qui était versée au comité d'établissement doit lui être maintenue sans pouvoir être inférieure au montant le plus élevé des sommes affectées au comité d'établissement au cours des 3 années précédant la dénonciation de l'usage ou de l'accord collectif instituant cette contribution (Cass. soc., 30 nov. 2004, no 02-13.837, Bull. civ. V, no 311) ;
- lorsque l'entreprise perd son autonomie sans devenir un établissement distinct dans l'entreprise d'accueil, le mandat des membres élus expire à la date d'effet de la reprise car le comité antérieur disparaît, ce qui, en cas de contestation, est constaté par le directeur départemental du travail (C. trav., art. L. 433-2). Le comité à consulter lorsque le nouvel employeur envisage de licencier ces salariés est le comité d'entreprise de l'entreprise d'accueil (CE, 8 janv. 1997, no 154728).

d) Comité central d'entreprise

La question relève de l'article L. 435-5 du Code du travail, ainsi rédigé :

« en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur telle que mentionnée au deuxième alinéa de l'article L. 122-12, le comité central de l'entreprise absorbée demeure en fonction si l'entreprise conserve son autonomie juridique. » (au sens d'autonomie « matérielle »)

Si cette entreprise devient un établissement distinct de l'entreprise d'accueil, le comité d'entreprise désigne parmi ses membres deux représentants titulaires et suppléants au comité central de l'entreprise absorbante.

Si la modification porte sur un ou plusieurs établissements distincts qui conservent ce caractère, ces établissements sont représentés au comité central de l'entreprise d'accueil par leurs représentants au comité central de l'entreprise dont ils faisaient partie.

Dans les cas visés aux deux alinéas ci-dessus, la représentation est assurée dans ces conditions pendant un délai d'un an au plus et peut entraîner un dépassement du nombre maximal de représentants au comité central d'entreprise prévu par l'article D. 435-2 du Code du travail.

Si l'entreprise comportait un comité d'entreprise unique, ce comité deviendra un des comités d'établissement de l'entreprise absorbante. Il désignera ses représentants au comité central de cette entreprise. Cette représentation peut entraîner pendant un an un dépassement du nombre maximal des membres du comité central d'établissement tel que prévu par l'article D. 435-2 du Code du travail. Ce qui implique qu'un accord sur la composition du comité central d'établissement devra intervenir sous ce délai pour aménager la représentation des établissements qui composent désormais l'entreprise.

Si l'entreprise absorbée était composée de plusieurs établissements, les comités d'établissement en place subsistent et leurs représentants au comité central d'établissement de l'entreprise absorbée, qui disparaît, siégeront au comité central de l'entreprise absorbante. Cette représentation pourra ici encore entraîner pendant un an un dépassement de l'effectif maximum de ce comité central d'établissement.

En cas de dispersion de l'effectif liée à une absence de maintien de l'autonomie de l'entreprise ou de l'effectif dans l'entreprise d'accueil, la disparition de l'entreprise ou de l'établissement entraîne la disparition du comité qui, en cas de contestation, est constatée par le directeur départemental du travail (C. trav., art. L. 433-2 qui ne vise toutefois que le comité d'établissement). La survie du CCE ancien ne se pose alors guère.

L'institution d'un CCE à la suite d'une restructuration selon un arrêt, doit entraîner la cessation du comité d'entreprise des sociétés fusionnées (Cass. soc., 22 avr. 1982, no 81-60.832, Bull. civ. V, no 254). En réalité, dans ce cas on substitue à l'entreprise monolithique une entreprise à structure complexe avec établissements distincts.

V – Procédure de mise en œuvre de l'article L. 122-12 du Code du Travail :

V – 1. Consultation des représentants du personnel

L'article L. 432-1 du Code du travail dispose que le comité d'entreprise est informé et consulté sur les modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise, notamment en cas de fusion, cession, modification importante des structures de production, acquisition ou cession de filiales au sens de l'article L. 233-1 du Code du commerce.

Le chef d'entreprise est également tenu de consulter le comité lorsqu'il prend une participation dans une société et de l'informer lorsqu'il a connaissance d'une prise de participation dont son entreprise est l'objet.

Un transfert même partiel d'activité relève de la consultation du comité d'entreprise, que l'article L. 122-12 du Code du travail s'applique ou qu'il ne s'applique pas (externalisation au sens des arrêts Perrier), d'autant qu'alors le licenciement économique est probable.

La consultation du comité d'entreprise au titre du livre IV du Code du travail (C. trav., art. L. 432-1) ne dispense pas l'employeur de procéder à la consultation au titre du livre III (C. trav., art. L. 321-3), si la réorganisation et le transfert qui en résulte, entraînent des licenciements économiques.

S'il s'agit d'un simple changement d'employeur à la tête de l'entreprise (cession, succession, mise en société, par exemple), seul le comité d'entreprise en place sera, s'il existe, consulté.

Si le transfert met en jeu deux ou plusieurs entités juridiques, chaque comité devra être consulté.

Dans les entreprises à établissements multiples, le comité central doit être consulté dès lors que l'opération affecte l'ensemble de l'entreprise soit dans la quasi-totalité des cas, ne serait-ce qu'en ce qui concerne l'augmentation ou la réduction des effectifs. Les comités d'établissement ne seront obligatoirement consultés que dans la mesure où la mise en œuvre de la décision et son application rendent nécessaire l'élaboration de dispositions particulières (Cass. crim., 17 janv. 1984, no 82-94.159).

Qui faut-il consulter en premier ? Le comité central ou le comité d'établissement ? Aucune disposition du Code du travail ne prévoit un ordre d'information et de consultation. La circulaire DRT no 12 du 30 novembre 1984 (BO Trav. 1984, no 8 bis) dispose que « selon le cas, la consultation du comité central d'entreprise précèdera ou suivra celle des comités d'établissement ». A notre avis, il y a lieu de consulter en priorité le comité central d'entreprise dès lors que le projet excède les pouvoirs d'un chef d'établissement.

Les juges du fond ont eu parfois l'occasion de préciser les documents à remettre lors d'une opération de restructuration. Dans le cadre d'une affaire qui opposait le comité central d'une entreprise de presse à l'employeur (TGI Lyon, réf., 27 janv. 1986, Dr. ouvrier 1986, p. 141), l'employeur a été condamné à communiquer au comité central d'entreprise l'ensemble des actes intervenus entre les deux dirigeants.

La Cour de cassation est plus partagée : il y a quelques années, elle avait indirectement admis que le comité d'entreprise avait accès au projet de cession (Cass. crim., 28 nov. 1984, no 83-93.094). Elle a considéré que les dispositions de l'article L. 431-5 du Code de travail imposaient l'obligation au chef d'entreprise de fournir au comité des informations précises et écrites mais ne lui faisaient pas obligation de communiquer le projet lui-même, sauf dispositions légales particulières (Cass. crim., 6 avr. 1993, no 92-80.864). Enfin, la Cour de cassation confirme la remise sous astreinte d'informations telles que le compte rendu d'audit et divers documents sur l'évaluation comptable du prix de cession, alors que le comité était consulté sur un projet de changement d'actionnaires (Cass. soc., 16 avr. 1996, no 93-15.417, Bull. civ. V, no 163). Elle rappelle que ces informations doivent être données dans un délai suffisant.

Remarque :

Le comité d'entreprise est-il recevable à contester l'application de l'article L. 122-12 du Code du travail, c'est-à-dire les transferts de contrats de travail ?

La question est fortement débattue, certains auteurs analysant le droit d'invoquer l'inopposabilité du transfert des contrats de travail comme un droit propre aux salariés concernés (Gérard Couturier, Dr. soc. 2000, p. 849 ; voir également Bernard Boubli, Semaine sociale Lamy no 992, à propos de l'affaire Vittel Perrier).

La Cour de cassation n'a pas eu encore à connaître de cette difficulté. En revanche la Cour d'appel de Paris s'est prononcée en faveur d'une telle action, reconnaissant au comité d'entreprise un « intérêt direct et personnel à agir », compte tenu de l'impact d'un changement d'employeur sur ses attributions économiques et sociales (CA Paris, 18e ch. C, 10 nov. 2005, no 04/10978, Semaine sociale Lamy no 1241, p. 12).

V – 2. Information des salariés

L'employeur n'est pas tenu à une information individuelle préalable auprès de chacun des salariés affectés par le transfert (Cass. soc., 17 avr. 1985, no 83-43.044 ; voir no 1653). Il peut néanmoins y procéder s'il le juge utile.