

Les salariés ne sont pas à vendre

En finir avec l'envers de l'article L. 122-12, alinéa 2

par Alain SUPIOT

Professeur à l'université de Nantes (*)

En septembre 2005, les 160 salariés de l'entreprise Treofan, qui fabriquent du film d'emballage à Manteville, se sont mis en grève pour exiger d'être licenciés plutôt que cédés à la firme Sedofim par la banque américaine Golden Sachs. Depuis 1984, leur entreprise était passée de mains en mains à de nombreuses reprises: cédée au groupe américain Celanese après la fusion Hoechst/Rhône-Poulenc, elle avait ensuite été revendue au groupe israélien Dor avant d'être rachetée par Golden Sachs. À chaque fois les salariés avaient été vendus avec les équipements, mais aujourd'hui ils préfèrent être licenciés parce qu'ils pensent que cette énième cession prépare le rapatriement en Allemagne par Treofan de la production du film cellophane de haute qualité écologique qu'ils fabriquent, et estiment que leur emploi est à terme condamné (1).

Cette affaire serait banale si elle n'avait suscité une telle réaction des salariés. La restructuration est devenue le lot quotidien des entreprises, ce qui invite à reconsidérer la manière dont on interprète depuis 1928 la règle du maintien des contrats de travail en cas de cession. La « modification dans la situation juridique de l'employeur » envisagée par loi du 18 juillet 1928 était une situation, sinon exceptionnelle, du moins peu fréquente. Les événements qu'elle vise explicitement – succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société – étaient conçus par le législateur comme des périodes exceptionnelles, périodes inévitables dans la vie d'une entreprise, mais devant conduire rapidement à un retour

à la normale, c'est-à-dire à une situation juridique stable. En disposant que « tous les contrats de travail subsistent entre le nouvel entrepreneur et le personnel de l'entreprise », il entendait mettre « le personnel de l'entreprise » à l'écart de ces turbulences, et cela aussi bien dans l'intérêt de l'entreprise que dans celui du personnel. C'est dans ce contexte que la Cour de cassation a jugé que la continuation des contrats de travail s'imposait aussi bien aux salariés qu'aux employeurs, décourrant ce qu'E. Schaeffer a appelé « l'envers » de cette disposition (2).

Mais aujourd'hui c'est le changement qui est devenu la norme, et l'insécurité est célébrée comme un ressort de l'efficacité (3). Selon la Commission européenne « le phénomène des restructurations traduit au niveau de l'entreprise la recomposition permanente du tissu productif » (4). Et selon une plaisanterie amère qui court parmi les salariés des grandes entreprises « si l'entreprise fait de gros profits on va nous vendre ; si elle fait des pertes on va nous liquider ; et si elle fonctionne normalement on va nous restructurer ». La restructuration permanente est érigée en modèle de gestion, et l'entreprise est conçue comme un réseau de liens mobiles, dont la texture contractuelle doit être sans cesse ajustée aux opportunités de « création de valeur » pour l'actionnaire. Dès lors ce n'est plus la continuité de l'entreprise qui peut servir à justifier le maintien des contrats de travail. Ainsi que l'observait Nicole Catala dès 1980 « le transfert complet de l'entreprise ne constitue qu'une

(*) UMR-CNRS 6028/MSH Guépin.

- (1) P. WASSEF, « Les employés de Treofan préfèrent être licenciés que vendus » *Le Monde* du 27 septembre 2005.
- (2) E. SCHAEFFER, « L'envers de l'article 23-8° du livre I du Code du travail », *JCP* 1963, I, 1753.
- (3) « La vie, la santé, l'amour sont précaires, pourquoi le travail échapperait-il à cette loi ? », a déclaré la nouvelle présidente du Medef, Madame Laurence Parisot au *Figaro Économie*, le 30 août 2005. Si telle est la « loi », pourquoi l'appliquer au travail et pas à la « sécurité des affaires » ou à la sécurité

monétaire ? L'insécurité ne se divise pas en effet, et l'insécurité familiale et professionnelle engendre inévitablement l'insécurité publique et la violence.

- (4) « Restructurations et emploi. Anticiper et accompagner les restructurations pour développer l'emploi: le rôle de l'Union européenne » COM [2005] 120 final du 31 mars 2005, § 1.1., p. 3. Sur le nouveau contexte socio-économique des restructurations, v. Institut de Recherches Économiques et Sociales « Restructurations, nouveaux enjeux », *Revue de l'IRE*, n° spécial, 2005/1, n° 47, 376 p.

éventualité parmi d'autres – moins courante peut-être que d'autres (...). Si les relations de travail se perpétuent, c'est parce que les emplois – au sens concret du terme – survivent aux vicissitudes que traverse l'entreprise » (5). Le droit communautaire a tenu compte de cette évolution en évitant toute référence à la continuité de l'entreprise pour définir l'objet du transfert donnant lieu à maintien des droits des salariés. Reprenant le vocabulaire biologiste de la CJCE, la directive 2001/23 CE vise le transfert d'une « entité maintenant son identité ». C'est la persistance dans son être, non pas de l'entreprise, mais d'une partie quelconque de celle-ci qui est concernée, pourvu que cette partie constitue « un ensemble organisé de moyens, en vue de la poursuite d'une activité économique, que celle-ci soit essentielle ou accessoire ». Cette formulation correspond beaucoup mieux à l'état présent de la vie économique que celle de la loi de 1928, passée inchangée dans notre article L. 122-12. L'activité économique est poursuivie plutôt que continuée, et cette « poursuite » est sans fin, car elle marque moins un changement d'état juridique de l'entreprise, que la perpétuelle restructuration des « entités » qui la composent, et qui se trouveront au fil du temps absorbées, inféodées, scindées, cédées, abandonnées ou liquidées par elle.

Dans cet univers devenu mouvant, le juge communautaire a résolument adopté une interprétation sociale et non pas économique de la directive. « Les règles applicables en cas de transfert de l'entreprise, ne cessent-elles de répéter, ont pour objet de sauvegarder, dans l'intérêt des salariés et dans toute la mesure du possible, les relations de travail existantes qui font partie de l'ensemble économique transféré » (6). Ce n'est pas l'intérêt hypothétique d'une entité économique conservant son identité, mais le seul intérêt des salariés qui doit guider le juge dans l'interprétation de la directive ou des droits nationaux qui la transposent dans les États membres. C'est cette règle d'interprétation qui a conduit la CJCE à réputer indifférente l'existence ou l'inexistence d'un lien de droit entre les employeurs successifs (7). On se souvient que la Cour de cassation française s'était laissée entraîner par une doctrine se réclamant du réalisme économique (8), à exclure du

champ d'application de l'article L. 122-12 le changement de concessionnaire d'un marché de prestation de services (9) et à subordonner le maintien des contrats de travail à l'existence d'un lien de droit entre cédant et cessionnaire (10). À vouloir ainsi « intégrer l'analyse économique dans le raisonnement juridique » (11), la Cour de cassation s'était doublement trompée. Trompée sur le plan économique puisque, privées par cette jurisprudence d'une règle dont elles avaient absolument besoin, les entreprises concernées ont dû la reconstruire à la hâte sur une base conventionnelle (12). Trompée sur le plan juridique puisque cette jurisprudence s'est révélée contraire aux exigences du droit communautaire (13) et a dû finalement être abandonnée (14).

Mais si l'on s'accorde à considérer aujourd'hui que la règle du maintien des contrats de travail en cas de changement d'employeur a pour unique fonction de protéger les salariés, et que tel était du reste le seul objectif visé par le législateur en 1928 (15), on ne comprend pas bien ce qui conduit la chambre sociale à affirmer dans sa jurisprudence la plus récente que « le changement d'employeur résultant de plein droit du transfert d'une entité économique autonome s'impose (...) aux salariés concernés » (16). Selon la jurisprudence communautaire, le salarié a le droit de s'opposer au transfert de son contrat à un employeur qu'il n'a pas librement choisi (I) et l'exercice de ce droit a pour effet de rendre l'article L. 122-12 inapplicable (II). Conformément au droit commun l'employeur cédant demeure alors lié par le contrat dont le transfert est refusé par le cédé (III) ; ce qui appelle quelques réflexions prospectives sur les modalités d'exercice du droit d'opposition (IV).

I. — LE SALARIÉ A LE DROIT DE S'OPPOSER AU TRANSFERT DE SON CONTRAT À UN EMPLOYEUR QU'IL N'A PAS LIBREMENT CHOISI

Le droit communautaire se nourrit, on le sait, de la diversité des droits nationaux dont l'harmonisation est recherchée. S'agissant de la directive « transfert » (17) c'est la prise en considération du droit allemand qui a

(5) N. CATALA, « L'entreprise », Paris, Dalloz, « Traité de droit du travail » ss. la dir. de G.-H. Camerlynck, t. 4, 1980, n° 71, p. 71.

(6) V. CJCE, 26 mai 2005, aff. C-478/03, *Astley*, point 27.

(7) CJCE 10 fév. 1998, aff. 324/86, *Tellerup* (dit *Daddy's Dance Hall*), *Rec.* p. 739, points 9 et 10.

(8) Cf. not. l'avis du Conseil de la concurrence du 24 février 1983, *BOCC* du 2 septembre 1983.

(9) Cass. ass. plén. 15 nov. 1985, *SA Nova Service*, *Dr. soc.* 1986, 1, concl. PICCA, note G. COUTURIER.

(10) Soc. 12 juin 1986, *Desquenne et Giral*, *Dr. soc.* 1986, 605, concl. PICCA.

(11) Sur cette conception du rôle du juge, v. G. CANIVET, « La Cour de cassation doit parvenir à une analyse économique « pertinente » », *Les Échos* du 1^{er} mars 2004 ; « L'approche économique du droit par la chambre sociale de la Cour de cassation », *Dr. soc.* 2005, 951. Ce dernier article du premier président de la Cour de cassation ne revient malheureusement pas sur les enseignements de la jurisprudence *Nova service*. Comp. le point de vue du président de la chambre sociale : P. SARGOS, « L'horreur économique dans la relation

de droit » (libres propos sur le « Rapport sur les revirements de jurisprudence »), *Dr. soc.* 2005, 123.

(12) Cf. sur ce point A. MAZEAUD, « La négociation collective en cas de restructuration consécutive à un transfert », *Dr. soc.* 2004, 290.

(13) CJCE, 10 fév. 1998, aff. 324/86, préc.

(14) Cass. ass. plén. 16 mars 1990 (3 esp. : *SARL Onef, Sté nîmoise de tauromachie, Appart et Schwindling*), *Dr. soc.* 1990, concl. DONTENWILLE, notes G. COUTURIER et X. PRÉTOT.

(15) V. en ce sens la forte démonstration de l'avocat général Henri DONTENWILLE, dans ses conclusions précitées, *Dr. soc.* 1990, spéc. p. 401.

(16) Soc. 14 déc. 2004, *Auchan*, *Bull. civ.* V, n° 331, p. 296, *Dr. soc.* 2005, 229, obs. A. MAZEAUD.

(17) Directive 77/187/CEE modifiée par la directive 98/50/CE du 29 juin 1998 et « codifiée » par la directive 2001/23/CE du 12 mars 2001. V. sur l'interprétation de ces directives P. RODIÈRE, « Droit social de l'Union européenne », Paris, LGDJ, 2^{ème} éd. 2002, n° 400 et s. pp. 389 et s. ; B. TEYSSIE, « Droit européen du travail », Paris, Litec, 2^{ème} éd. 2003, n° 556 et s., pp. 221 et s.

influencé la CJCE. L'expérience tragique du nazisme et de sa gestion du « matériel humain » (18) ont rendu le juge allemand particulièrement attentif à la protection de la dignité du travailleur. Il s'applique à tirer toutes les conséquences des principes de dignité de la personne humaine et de libre choix de son emploi, consacrés par les articles 1^{er}, § 1 et 12, § 1 de la loi fondamentale (*Grundgesetz*) de la République fédérale (19). Sur la base de ces principes, la Cour fédérale du travail a affirmé le droit du salarié de s'opposer au transfert de son contrat de travail (20). C'est la question de la compatibilité de cette jurisprudence avec la directive « transfert » qui a conduit la CJCE à dire pour droit que l'obligation du salarié de poursuivre la relation de travail avec le cessionnaire « mettrait en cause les droits fondamentaux du travailleur, qui doit être libre de choisir son employeur » (21).

À l'évidence en effet, les principes posés par la Constitution de la République fédérale, qui ont conduit à reconnaître au salarié le droit de s'opposer au transfert, ne sont pas spécifiquement allemands. Ils expriment des valeurs de portée universelle, expressément consacrées dans divers instruments internationaux et communautaires. Aux termes de la Déclaration universelle des droits de l'Homme « Toute personne a droit (...) au libre choix de son travail » (art. 23, § 1). Tous les États membres de l'Organisation internationale du Travail doivent œuvrer à « l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire » (déclaration de 1998 relative aux principes et droits fondamentaux au travail, art. 2-b). La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, adoptée à Nice en 2000, s'ouvre sur un premier chapitre consacré à la dignité humaine, qui prohibe « le travail forcé ou obligatoire » (art. 5, § 2), et elle dispose au titre de la liberté professionnelle, que « Toute personne a le droit de travailler et d'exercer une profession librement choisie ou acceptée » (art. 15, § 1). Nul ne songerait à contester que ces principes s'imposent aussi en droit français. C'est en effet depuis 1791 qu'y est reconnue à

toute personne « la liberté de faire tel négoce, ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon » (décret d'Allarde, art. 7).

Attacher les hommes à l'entité économique transférée, ce serait revenir à l'institution romaine du colonat. Développé au Bas Empire, cet état de quasi-servitude a préfiguré le servage médiéval. Le colon n'était pas l'esclave d'un autre homme, mais l'esclave du fonds qu'il mettait en valeur. Il ne pouvait en être séparé et le maître ne pouvait céder ni ce fonds sans lui, ni lui sans le fonds. Les colons passaient ainsi de maître en maître sans qu'aucun d'eux ne puisse modifier la condition de leur rapport ou augmenter leur redevance (22). On comprend qu'à notre époque, marquée par la restructuration permanente des entreprises et l'instabilité du pôle patronal qui en résulte, le colonat puisse présenter un certain attrait pour les investisseurs, qui comptent sur le travail des salariés attachés au fonds qu'ils reprennent pour en tirer profit. Mais on peut douter en revanche qu'imposer aux salariés le changement d'employeur résultant du transfert d'entreprise soit compatible avec le principe du « libre choix de son travail ».

La CJCE, en tout cas, a estimé que tel n'était pas le cas. Elle juge en effet que « la protection que la directive vise à assurer est dépourvue d'objet lorsque l'intéressé lui-même, à la suite d'une décision prise par lui librement, décide de ne pas poursuivre après le transfert, avec le nouveau chef d'entreprise, la relation de travail » (23). Elle en déduit que « les dispositions de l'article 3, paragraphe 1, de la directive ne font pas obstacle à ce qu'un travailleur décide de s'opposer au transfert de son contrat ou de sa relation de travail et, ainsi, de ne pas bénéficier de la protection que lui accorde la directive » (24). Le raisonnement de la Cour est assez simple bien que sa motivation soit parfois confuse (25): dans un contexte économique marqué par de fréquentes modifications des structures des entreprises (26), la directive doit être interprétée exclusive-

(18) Cf. sur cette notion V. KLEMPERER, « LTI. La langue du III^e Reich », Paris, Albin Michel, 1986, pp. 197 et s. Cette manière de rabattre le travail humain sur la gestion de l'humain a malheureusement survécu au nazisme. Selon le mot d'Hannah ARENDT, « la bête n'était pas allemande, et elle n'est pas morte ».

(19) Art. 1^{er} § 1: « Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt » (La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger); art. 12 § 1 « Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen » (Tous les Allemands ont le droit de choisir librement leur profession, leur emploi et leur établissement de formation).

(20) V. sur ce droit d'opposition, consacré aujourd'hui par le BGB: V. IONESCU, « Le droit d'opposition des salariés au transfert du contrat de travail: mythe ou réalité », *Dr. soc.* 2002, 507; P. RÉMY, « Quelle signification donner au droit d'opposition du salarié au transfert de son contrat de travail? Réflexions sur le droit français à partir du droit allemand », *Dr. soc.* 2004, 155; Y. VIALA, « Le maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise en droit allemand », *Dr. soc.* 2005, 200, spéc. n° 28 et s.

(21) CJCE 16 déc. 1992, aff. C-132/91, C-138-91 et C-139/91, *Katsikas*, *Rec.* I-6577, point 32; *JCP* 1993, éd. E, 266, p. 370, obs. P.-H. ANTONMATTÉL.

(22) Cf. F. GIRARD, « Manuel élémentaire de droit romain », Paris, Rousseau, 5^{ème} éd. 1911, pp. 132 et s.; *add.*

Ch. REVILLOUT, « Étude sur l'histoire du colonat chez les Romains », Paris, A. DURAND, 1856, 44 + 64 p.; FUSTEL de COULANGES, « Recherches sur quelques problèmes d'histoire », vol. 1, Paris, Hachette, 2^{ème} éd. 1894, reprint, Bruxelles, « Culture et civilisation », 1964 pp. 3-186. On peut rapprocher du colonat une autre forme, également romaine, de travail forcé d'un homme libre: celle des obligations de travail attachées à la propriété d'un fonds artisanal (construction navale, boulangerie, charcuterie, etc.), et qui se transmettaient avec cette propriété (cf. P. LOUIS, « Le travail dans le monde romain », Paris, Alcan, 1912, pp. 327 et s.).

(23) CJCE 16 déc. 1992, *Katsikas*, préc., point 30.

(24) Même arrêt, point 33.

(25) Cf. la première phrase du considérant [36] de l'arrêt *Temco* « bien que le transfert du contrat s'impose ainsi tant à l'employeur qu'au salarié, la Cour a admis la faculté pour ce dernier de refuser que son contrat de travail soit transféré au cessionnaire » (CJCE 24 janv. 2002, aff. C-51/00, *Temco*, point 35, *RJS* 4/2002, n° 511 et obs. N. MOIZARD, *RJS* 4/2002, p. 300).

(26) Cf. le considérant [2] de la directive 2001/23/CE « L'évolution économique entraîne sur le plan national et communautaire des modifications des structures des entreprises, qui s'effectuent, entre autres, par des transferts d'entreprises, d'établissements, ou de parties d'entreprises ou d'établissements à d'autres chefs d'entreprise, résultant de cessions ou de fusions ».

ment dans l'intérêt des salariés (27) et il ne peut donc y être dérogé en tant qu'elle leur confère des droits (28); mais le transfert porte sur un ensemble de droits et d'obligations pour le salarié (29), et notamment l'obligation de se soumettre au cessionnaire; lui imposer cette obligation serait contraire aux principes de dignité et de liberté du travail (30); le salarié a donc le droit « de refuser que son contrat de travail soit transféré au cessionnaire » (31) et d'échapper ainsi à l'obligation de travailler pour un employeur qu'il n'a pas choisi.

Ce raisonnement conduit à distinguer l'applicabilité et l'application de la règle de transfert des contrats de travail. L'application de cette règle est collective (l'article L. 122-12 vise les liens « entre l'employeur et le personnel de l'entreprise »), et automatique. Cette application n'est donc « subordonnée au consentement ni du cédant ou du cessionnaire, ni des représentants des travailleurs ou des travailleurs eux-mêmes » (32). Le droit d'opposition est individuel et a pour effet de rendre la règle de transfert inapplicable au salarié qui l'exerce. Refuser ce n'est pas la même chose que consentir: le transfert n'est pas subordonné au consentement des travailleurs, mais chaque salarié est en droit de refuser le changement d'employeur. S'il exerce ce droit, la règle de transfert automatique est inapplicable à son contrat de travail et le cessionnaire demeure un tiers à ce contrat.

II. — L'EXERCICE DU DROIT D'OPPOSITION REND L'ARTICLE L. 122-12 INAPPLICABLE AU SALARIÉ QUI L'EXERCE

La position de la CJCE est sans ambiguïté sur les conséquences de l'exercice par un salarié de son droit d'opposition. « Dans une telle situation, l'article 3, paragraphe 1, de la directive ne s'applique pas » (33). Si le travailleur ne s'oppose pas à l'application de la directive, son contrat est automatiquement transféré, sans qu'il puisse renoncer aux droits garantis par elle.

Mais s'il refuse le transfert, son sort ne relève plus de la directive, dont les dispositions correspondantes sont inapplicables. Selon le juge communautaire en effet « La protection que la directive vise à assurer est (...) dépourvue d'objet lorsque l'intéressé lui-même, à la suite d'une décision prise par lui librement, ne poursuit pas après le transfert, avec le nouveau chef d'entreprise, la relation de travail (...). Dans une telle hypothèse, il convient de considérer que l'article 3, § 1 de la directive ne s'applique pas » (34).

En France le contraste est grand entre d'une part l'immobilisme de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, qui continue d'affirmer que le changement d'employeur s'impose au salarié (35) et juge cette solution en conformité avec le droit communautaire, et d'autre part le doute grandissant que cette affirmation suscite chez de nombreux auteurs (36). De fait, les arrêts les plus récents relatifs à une opposition du salarié à son transfert (37) sont clairement contraires à la jurisprudence communautaire.

Dans l'affaire *Voisin*, le salarié avait été licencié par le cédant en violation de l'article L. 122-12. Mais, avant que n'expire le préavis de licenciement, le cessionnaire lui avait proposé la poursuite de son contrat. Le salarié invoquait son « droit de refuser le jeu de l'article L. 122-12 » pour obtenir l'indemnisation du licenciement qui lui avait été notifié par le cédant. À quoi la Cour de cassation répond que « le transfert d'une entité économique autonome entraîne de plein droit le maintien, avec le nouvel employeur, des contrats de travail qui y sont attachés » et qu'il en résulte que « le changement d'employeur s'impose au salarié lorsque le cessionnaire l'informe, avant l'expiration du préavis, de son intention de poursuivre, sans modification, le contrat de travail » (38). Dans l'affaire *Auchan*, les choses se présentaient un peu différemment puisque c'est en réponse au refus du salarié de voir son contrat transféré, que le cédant avait procédé à son licenciement. Selon la Cour de cassation « le changement

(27) Cf. le considérant [3] de la directive 2001/23/CE: « Des dispositions sont nécessaires pour protéger les travailleurs en cas de changement de chef d'entreprise en particulier pour assurer le maintien de leurs droits ».

(28) « Il n'est pas permis d'y déroger dans un sens défavorable aux travailleurs », CJCE 24 janv. 2002, aff. C-51/00, *Temco*, point 35. Sur la portée de cette notion d'ordre public social en droit communautaire, v. la thèse de N. MOIZARD, « Droit du travail communautaire et protection nationale renforcée », Aix, PUAM, 2000, 2 t., et du même auteur: « Le principe communautaire de protection nationale renforcée et l'ordre public social français », *Dr. soc.* 1999, 916.

(29) « Les droits et obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire » (dir. 2001/23/CE art. 3, § 1).

(30) La directive « ne saurait être interprétée comme obligeant le travailleur à poursuivre la relation de travail avec le cessionnaire », car « une telle obligation mettrait en cause les droits fondamentaux du travailleur, qui doit être libre de choisir son employeur et ne peut être obligé de travailler pour un employeur qu'il n'a pas librement choisi » (CJCE 16 déc. 1992, *Katsikas*, préc., points 31 et 32).

(31) CJCE 24 janv. 2002, aff. C-51/00, *Temco*, préc., point 36.

(32) CJCE 24 janv. 2002, aff. C-51/00, *Temco*, préc., point 35.

(33) CJCE 16 déc. 1992, *Katsikas*, préc. point 30.

(34) CJCE 11 juillet 1985, aff. 105-84, *Danmols Inventar*, point 16; 16 déc. 1992, *Katsikas*, préc., point 30.

(35) Soc. 11 mars 2003, *Voisin*, *Bull. civ. V*, n° 86, *Dr. soc.* 2003, 474, rapp. P. BAILLY, *RJS* 5/03, n° 573; Soc. 18 déc. 2000, *Bull. civ. V*, n° 425, *RJS* 3/01, n° 285.

(36) J.-F. LHERNOULD, « État des relations entre le droit communautaire et le Code du travail », *RJS* 10 février, p. 799, n° 23 et s.; V. IONESCU, « Le droit d'opposition des salariés au transfert du contrat de travail: mythe ou réalité », *Dr. soc.* 2002, 507; A. MAZEAUD, « Licenciements économiques à l'occasion du transfert d'entreprise: les droits des salariés », *Dr. soc.* 2003, 482; et du même auteur: « Le sort des contrats de travail lors des transferts d'entreprise », *Dr. soc.* 2005, 737.

(37) Plusieurs des arrêts souvent cités à ce sujet n'entrent pas directement dans ce cas de figure. Ainsi, dans l'affaire *Guermonprez* (Soc. 20 janv. 1998, *Bull. civ. V*, n° 16, *Dr. soc.* 1998, p. 297 note VATINET 1019 obs. M. HENRY, *JCP* 1998, II, 10027 rapp. Ph. WAQUET) le salarié se plaignait au contraire d'avoir été licencié par le cédant plutôt que repris par le cessionnaire, et invoquait l'article L. 122-12 au soutien de sa demande d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Il en allait de même dans l'affaire *Montaldo* (Soc. 20 mars 2002, *Bull. civ. V*, n° 94, *Dr. soc.* 2002, 516, note A. MAZEAUD) où les salariés avaient exigé vainement la poursuite de leur contrat.

(38) Soc. 11 mars 2003, préc.

d'employeur résultant de plein droit du transfert d'une entité économique autonome s'impose tant aux employeurs successifs qu'aux salariés concernés (...) il en résulte que le licenciement prononcé par le cédant est sans effet et que le salarié licencié en raison de son refus de changer d'employeur ne peut prétendre au paiement d'indemnités de rupture et de dommages-intérêts » (39).

Cette jurisprudence n'est évidemment pas conforme à celle de la CJCE. Selon cette dernière, en cas d'exercice de son droit d'opposition par le salarié, la règle du transfert automatique de son contrat est inapplicable et le juge ne doit évidemment pas l'appliquer pour trancher les litiges qui naissent de ce refus. Or c'est ce que fait cependant la Cour de cassation, lorsque pour répondre aux demandes d'un salarié qui a exercé son droit fondamental de refuser l'application de l'article L. 122-12, elle vise « l'article L. 122-12 interprété au regard de la directive n° 77/187/CEE du 14 février 1997 » (40) pour décider que le changement d'employeur s'impose à lui... Certes la Cour de cassation ne va pas jusqu'à dire que le refus du salarié est constitutif d'une faute. Le rapport du conseiller Bailly sur l'affaire *Voisin* lui reconnaît le droit de prendre l'initiative de la rupture (41), et cet arrêt a fait un petit pas vers la jurisprudence communautaire en subordonnant l'automatisme du transfert d'un salarié licencié par le cédant à son information préalable par le cessionnaire de son intention de ne pas modifier le contrat de travail. Mais lorsqu'à un travailleur qui refuse la cession de son contrat la Cour de cassation répond que le transfert du fonds entraîne de plein droit celui des contrats qui y sont attachés, ou que le changement d'employeur s'impose à lui, cette formulation est manifestement incompatible avec la règle communautaire selon laquelle « le salarié doit être libre de choisir son employeur et ne peut pas être obligé de travailler pour un employeur qu'il n'a pas librement choisi » (42). N'est pas libre de choisir son employeur celui qui devient de plein droit salarié du cessionnaire, alors même qu'il a expressément refusé le transfert de son contrat de travail.

Cette répugnance à admettre clairement un droit d'opposition du salarié pourrait se comprendre si la reconnaissance de ce droit entrouvrirait la porte à une

renonciation individuelle du salarié à ses droits. Un tel *opting out* individuel, bien qu'il perce ici ou là dans certaines dispositions législatives récentes (43), est contraire aux principes généraux du droit du travail. Mais il ne s'agit pas ici de permettre au salarié de renoncer à ses droits, mais bien au contraire d'interdire qu'il soit soumis à des obligations qu'il n'a pas librement choisies, et qui sont la conséquence inévitable et automatique de l'application de la règle de maintien de son contrat avec le cessionnaire. L'exemple de la clause de conscience des journalistes, dont le champ d'application est beaucoup plus vaste que le droit d'opposition dont il est ici question (44), est du reste là pour montrer que ce droit est protecteur des salariés. Ce ne sont donc pas les intérêts de ces derniers que la Cour de cassation cherche à protéger en résistant au droit communautaire.

Bien qu'elle ne le dise pas explicitement, la vraie raison de la résistance de la Cour de cassation semble procéder, comme ce fut le cas en 1985 avec l'arrêt *Nova service*, de sa volonté d'intégrer l'analyse économique dans son interprétation de l'article L. 122-12 et de ne rien faire qui puisse entraver « la recomposition permanente du tissu productif ». Ainsi le conseiller Bailly, après avoir reconnu, dans son rapport sur l'arrêt *Voisin*, qu'il est contraire au droit communautaire d'interpréter l'article L. 122-12 comme une règle d'ordre public de direction s'imposant au salarié, met en avant deux arguments économiques pour refuser malgré tout au salarié le droit de se soustraire à son application. Premier argument: en cas d'opposition du salarié à son transfert, son employeur pourrait avoir du mal à justifier son licenciement (45). Deuxième argument: en cas de cession dans le cadre d'une procédure collective, « les prévisions du repreneur et le projet du tribunal ou du juge commissaire pourront être anéantis si les salariés refusent en nombre de passer au service du cessionnaire et préfèrent obtenir une indemnisation » (46). Il n'est pas besoin d'entrer dans la discussion de la valeur économique de ces arguments pour observer qu'ils sont directement contraires à la protection des salariés que vise la directive. Le premier consiste en effet à dire que l'article L. 122-12 doit être interprété dans un sens qui évite à l'employeur d'avoir à justifier des suppressions d'emploi; et le second que les salariés constituent un

(39) Soc. 14 déc. 2004, *Auchan*, préc.

(40) Soc. 14 déc. 2004, *Auchan*, préc.

(41) P. BAILLY, rapp. préc., *Dr. soc.* 2003, 474; v. dans le même sens les opinions exprimées par le conseiller doyen Ph. WAQUET (*Gaz. pal.*, 22-23 nov. 2000, p. 17). L'opinion du conseiller Y. CHAGNY est plus clairement hostile à la jurisprudence communautaire « Sauf à restaurer un ordre juridique passé, l'autonomie de la volonté est délicate à introduire, même sous le prétexte louable du respect du libre choix d'une partie, dans l'entité économique autonome, où il serait bien étrange de la voir revivre sous une forme à peine renouvelée, alors qu'elle s'est effacée de beaucoup de lieux de droit du travail et de bien des relations juridiques » (« Voyage autour de l'entité économique », in Ph. WAQUET [dir.], « Les lieux du droit du travail », *SSL*, supt n° 1140 du 20 oct. 2003, p. 51, cité p. 54).

(42) CJCE, 16 déc. 1992, *Katsikas*, préc., point 32.

(43) Cf. en droit communautaire, l'*opting out* individuel organisé par la directive « temps de travail » (P. RODIÈRE, « Droit

social de l'Union européenne », Paris, LGDJ, 2^{ème} éd. 2002, n° 491, p. 479). Et en droit interne la possibilité de soumettre avec leur accord individuel les ouvriers et employés à un forfait jour individuel (loi 2005-882 du 2 août 2005, art. 95, C. trav. art. L. 212-15-3. V. F. FAVENNEC-HÉRY, « Le forfait jours pour tous, ou la fin de la RTT », *Dr. soc.* 2005, 1126).

(44) V. C. trav. art. L. 761-7, applicable non seulement en cas de cession, mais aussi de « changement notable dans le caractère ou l'orientation du journal ». Sur l'interprétation extensive de la notion de cession dans l'application de ce texte, V. CA Paris, 29 mars 1990, *Dr. soc.* 1990, 539, note M. JEANTIN.

(45) « La cause du licenciement qu'il pourra le plus souvent invoquer sera constituée par la réorganisation de l'entreprise, consécutive au transfert d'une partie (ou de la totalité) de ses éléments d'exploitation. Or il ne serait pas nécessairement en ce cas en mesure de justifier que cette réorganisation était nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise » (P. BAILLY, rapp. préc. p. 480).

(46) Rapp. cit. *loc. cit.*

capital humain attaché au fonds repris, et qu'il ne faut pas leur donner les moyens de peser collectivement sur les conditions du redressement ou de la liquidation de leur entreprise (47).

Les éventuelles spéculations du cessionnaire sur la valeur du personnel de l'entité économique n'ont pas à être prises en compte, en tout cas pas en l'état actuel de notre droit. Depuis l'abolition de l'esclavage, le droit comptable ne permet plus que la force de travail de l'entreprise figure à l'actif de son bilan, car elle n'en est pas propriétaire (48). C'est seulement dans le compte de résultat que la « ressource humaine » est prise en compte, en tant que *charge* venant réduire le résultat d'exploitation, par le biais de sa rémunération et des cotisations sociales; en revanche, la rémunération du capital social, c'est-à-dire les dividendes versés aux actionnaires, n'est pas considérée comme une charge de l'entreprise. Éminemment discutable, cette différence de qualification comptable incite aux licenciements puisque l'allègement de la charge salariale se traduit à court terme par une augmentation mécanique du résultat net d'exploitation, et donc par une meilleure rentabilité apparente. Bien sûr, une entreprise privée de l'expérience et de la qualification de ses travailleurs ne peut être durablement profitable, et c'est pourquoi le prix du travail figure au même titre que celui du capital technique et financier parmi les facteurs de production dans le calcul de la valeur ajoutée par l'entreprise. Privée d'une partie de son « capital humain », l'entité économique peut voir sa valeur comptable fugitivement augmenter alors que sa valeur réelle sera ruinée (49). C'est la raison pour laquelle, dans le secteur des services, où l'application de la règle de transfert des contrats de travail est incertaine en cas de reprise de marché, les entreprises se sont efforcées de donner à cette règle une base conventionnelle, qui les mette à l'abri des fluctuations de la jurisprudence. Mais s'il est vrai que le cessionnaire peut escompter bénéficier *en fait* de la valeur du personnel, cela ne saurait conduire à traiter *en droit* les hommes comme un élément de l'actif, et de faire comme s'ils étaient inclus dans le prix de cession.

Les droits fondamentaux n'ont pas à être soumis aux considérations économiques, car c'est au contraire l'économie qui doit être mise au service des droits fondamentaux. Le salarié n'est pas un objet cessible au même

titre que des machines, ce n'est pas un « matériel humain » ni un « capital humain » mais un sujet à part entière qui doit pouvoir « décider librement de ne pas poursuivre le contrat ou la relation de travail avec le cessionnaire » (50). Force est pourtant de constater que les arguments avancés récemment par des membres éminents de la Cour de cassation pour écarter une véritable reconnaissance du droit d'opposition font peu de cas de ce droit. Ainsi, selon le conseiller Chagny, « le contrat de travail est peut-être à *demi intuitu personæ* du côté de l'employeur qui a pu s'engager en raison des compétences propres du salarié qu'il a recruté, de son diplôme, de son expérience... Mais du côté du salarié, usant d'une image souvent employée, peut-on dire qu'il a conclu "parce que c'était lui, parce que c'était moi" ? » (51). Tenant la balance inégale entre les intérêts de l'employeur et ceux du salarié, ces formules sont bien éloignées, pour ne pas dire exactement contraires de celles de la CJCE rappelant « les droits fondamentaux du travailleur, qui doit être libre de choisir librement son employeur et ne peut pas être obligé de travailler pour un employeur qu'il n'a pas librement choisi » (52). Subordonner ainsi l'application des droits fondamentaux à l'analyse économique procède d'un singulier et inquiétant renversement des choses et il est permis d'espérer une évolution de la jurisprudence de la chambre sociale qui, prenant acte du droit du salarié de refuser le transfert de son contrat de travail à un employeur qu'il n'a pas choisi, s'attache à tirer toutes les conséquences de l'inapplicabilité de l'article L. 122-12 alinéa 2 en pareille hypothèse.

En pareil cas, selon la CJCE, « la situation du salarié dépend de la législation de chaque État membre: soit le contrat qui lie le salarié à l'entreprise cédante peut être résilié à l'initiative de l'employeur ou à celle du salarié, soit le contrat peut être maintenu avec cette entreprise » (53). La démission du salarié de l'entreprise cessionnaire ne fait pas partie des options ouvertes aux États membres, car le seul lien de droit qu'il y ait lieu de considérer est celui qui *lie le salarié à l'entreprise cédante*. N'est donc pas conforme au droit communautaire la jurisprudence française qui réduit le droit d'opposition à la faculté de démissionner de l'entreprise cessionnaire, et déclare en conséquence que le licenciement notifié par le cédant suite au refus du transfert « est privé d'effet » (54). Cette jurisprudence donne effet au transfert du contrat, alors que ce trans-

(47) Le troisième argument invoqué n'est pas directement économique, puisque c'est le risque d'une fraude à l'AGS, résultant en cas de transfert dans le cadre d'une procédure collective, d'un pacte entre le cédant le cessionnaire et les salariés. À ce risque hypothétique on pourrait opposer les fraudes avérées de certaines entreprises qui usent de l'envers de l'article L. 122-12 pour obliger des salariés dont elles veulent se débarrasser, à embarquer sur des navires promis au naufrage, faisant ainsi l'économie de leur licenciement. (Ces pratiques de naufrageur ne doivent pas être confondues avec la « *Transfertgesellschaft* » du droit allemand, société de reclassement qui reprend, sur la base d'un accord entre l'employeur et le conseil d'entreprise, des salariés volontaires qui continuent de percevoir 80 % de leur salaire pendant un an: v. *Liaisons sociales Europe*, n° 120, du 20 janv. au 2 fév. 2005). Le juge dispose de toute manière avec le principe *fraus omnia corrumpit* d'une arme suffisante pour sanctionner les fraudeurs d'où qu'elles viennent, et ne saurait se fonder sur un risque de fraude pour mettre en échec les droits fondamentaux des salariés.

(48) Pour un exemple de comptabilité négrière, incluant « 1349 noirs aux îles de France et de Bourbon » parmi les valeurs mobilières portées à l'actif, v. le bilan de la Compagnie des Indes au 1^{er} avril 1769 (in Y. LEMARCHAND, « Du déprissement à l'amortissement », Nantes, Ouest éditions, 1993, p. 309).

(49) C'est pourquoi la Commission européenne donne pour mission au Fonds social européen « le soutien à l'investissement dans le capital humain » (« Restructurations et emploi » COM [2005] 120 préc., § 2.1.3. p. 7).

(50) CJCE 16 déc. 1992, *Katsikas*, préc., point 35.

(51) Y. CHAGNY, « Voyage autour de l'entité économique », art. préc. p. 54 (souligné par l'auteur).

(52) CJCE, 16 déc. 1992, *Katsikas*, préc., point 32.

(53) CJCE, 24 janvier 2002, *Temco*, préc. point 36; et dans le même sens 16 déc. 1992, *Katsikas*, préc., points 35 et 36.

(54) Soc. 14 déc. 2004, *Auchan*, préc.

fert est rendu impossible par l'opposition du salarié. En l'absence d'une disposition propre au droit du travail pour régir le sort du contrat en cas d'exercice du droit d'opposition, la seule législation applicable en droit interne est le droit commun des contrats.

III. — L'APPLICABILITÉ DE LA RÈGLE DE DROIT COMMUN : LE CÉDANT DEMEURE TENU PAR LES LIENS DU CONTRAT EN CAS DE REFUS DE LA CESSIION PAR LE CÉDÉ

De tous les États membres de l'Union européenne (55), l'Allemagne est le seul à avoir adopté des dispositions spécifiques pour régir le sort du contrat de travail du salarié qui s'oppose à son transfert (56). Le Code du travail français ignorant le droit d'opposition, et l'exercice de ce droit ayant pour effet de rendre l'article L. 122-12 alinéa 2 inapplicable, le sort du contrat qui lie le salarié à l'entreprise cédante ne peut relever en pareil cas que du droit commun des contrats. C'est donc au régime de la cession de contrat en droit civil qu'il faut faire retour en pareille hypothèse.

Pendant longtemps la Cour de cassation a considéré qu'en dehors des cas où elle est expressément prévue par la loi (57) la cession de contrat était impossible en droit commun, car contraire à la prohibition des cessions de dettes (58). Diverses solutions ont été proposées en doctrine à partir des années soixante pour permettre la cession conventionnelle de contrat. Tout d'abord une analyse dualiste, consistant à y voir la combinaison d'une cession de créance (soumise aux formalités de l'article 1690 C. civ.) et de dettes (valable

entre le cédant et le cessionnaire mais inopposable au cédé) (59). Puis une analyse dite moniste, consistant à y voir une seule opération portant sur le contrat dans son ensemble et ayant pour effet le transfert de la qualité de contractant (60). La première thèse faisait prévaloir une conception subjective du contrat, envisagé comme un lien entre deux personnes, alors que la seconde proposait d'y voir un bien transférable. La jurisprudence a adopté une position nuancée en admettant en principe la cession conventionnelle du contrat, mais en la subordonnant toujours à l'accord du cédé (61). En droit commun, la cession de contrat opérée sans l'accord du cédé n'est donc pas valable et demeure sans incidence sur le lien contractuel entre cédé et cédant. Cette solution s'applique d'une manière générale à la transmission conventionnelle à titre universel du patrimoine d'une personne morale, qui est assortie d'un droit d'opposition des créanciers du cédant (62). Ce dernier ne peut donc pas exciper du refus du cédé pour se déclarer unilatéralement libéré de ses engagements contractuels à son égard.

Dès lors que, conformément à la jurisprudence communautaire, l'opposition du salarié au transfert de son contrat de travail rend inapplicable l'article L. 122-12 alinéa 2, cette règle de droit commun est jusqu'à nouvel ordre la seule applicable en droit français pour régir les effets de cette opposition. La cession de l'entité économique ne libère donc pas le cédant de ses obligations vis-à-vis de ceux de ses salariés qui ont librement choisi de ne pas se voir appliquer la règle du transfert des contrats de travail. Ces salariés s'étant opposés au changement d'employeur n'ont aucun lien de droit avec le cessionnaire, qui demeure un tiers à leur contrat de travail, et ils continuent donc de dépendre exclusive-

(55) V. pour un panorama comparatif U. CARABELLI et al. « La transmisión de empresas en Europa », Bari, Cacucci, 1999, 338 p.; C. SACHS-DURAND (dir.), « La place des salariés dans les restructurations en Europe communautaire », PU Strasbourg, 2004, 337 p. La règle du droit italien selon laquelle le salarié peut démissionner sans préavis de l'entreprise cessionnaire en cas de modification substantielle de son contrat dans les trois mois suivant le transfert (Codice civile, art. 2112, al. 4) ne règle pas la question des conséquences du droit d'opposition qui peut s'exercer avant le transfert et en l'absence de modification du contrat par le cessionnaire.

(56) BGB, art. 613 a, al. 5 et 6 (loi du 23 mars 2002). Sur ces dispositions, v. Ph. RÉMY, art. préc.

(57) C'est le cas du contrat d'assurance (C. ass. art. L. 121-10) et du bail (C. civ. art. 1743, al. 1^{er}, protégeant le fermier, le colon partiaire ou le locataire).

(58) Sur l'ensemble de la question, v. M. FABRE-MAGNAN, « Les obligations », PUF, Thémis, 2004, n° 181, pp. 480 et s.; J. GHESTIN, Chr. JAMIN, M. BILLAU, « Les effets du contrat », in « Traité de droit civil », LGDJ, 3^{ème} éd. 2001, pp. 1113 et s.; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK « Droit civil, les obligations », Defrénois, 2^{ème} éd. 2005, p. 465.

(59) Cf. not. Ch. LARROUMET, « Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé », th. Bordeaux, dactyl. 1968.

(60) L. AYNÈS, « La cession de contrat et les opérations économiques à trois personnes », th. Economica, 1984.

(61) Com. 7 janv. 1992, *Bull. civ. IV*, n° 3, *RTD civ.* 1992, p. 762 obs. J. MESTRE; et étendant la solution en cas d'absence d'intuitu personæ: Com. 6 mai 1997, *Bull. civ. IV*, n° 117. Il existe quelques exceptions, par exemple en matière de ces-

sion de cautionnement entre propriétaires bailleurs (Cass. ass. plén. 6 déc. 2004, *Bull. civ. n° 14*, p. 31), qui sont applaudies par des auteurs soucieux de faire prévaloir une conception « mécanique » du droit, expurgé de la prise en considération des êtres humains. Ainsi a-t-on pu lire récemment, dans une revue qui se présente comme « le mensuel de tous les praticiens du droit », et au milieu d'articles défendant le monopole des notaires ou critiquant l'étendue excessive de l'assiette de l'impôt sur la fortune, que l'esprit général du droit des obligations est de considérer ces dernières « de manière objective, comme s'il s'agissait de simples choses, d'un rapport de patrimoine à patrimoine plus que de personne à personne. Le régime de la cession de créances s'inspire ainsi du régime de la vente mobilière et le cautionnement est analysé tel un accessoire de la chose vendue. Cette objectivation de l'obligation permet précisément d'en organiser l'exploitation comme s'il s'agissait d'un bien, ce qui permet d'en optimiser la valeur; le tout dans un cadre juridique sûr car répondant plus aux règles de la mécanique qu'à d'incertaines considérations de psychologie » (L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, « Décembre 2004, juin 2005: embellie pour la sécurité des affaires », *Droit et patrimoine*, n° 141, oct. 2005, p. 99). Tout le droit du travail s'est construit contre ce rêve cybernétique d'engloutissement des personnes dans le monde des choses.

(62) Cf. not. en cas de fusion ou scission: C. com., art. L. 236-14 et L. 236-21, alinéa 2; v. M. BILLAU, « La transmission des créances et des dettes », Paris, LGDJ, 2002, n° 219 et s., pp. 218 et s.; et sur le cas particulier de la cession des contrats de distribution, qui régissent de nombreux travailleurs indépendants, M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRAS-SAMY, « Les contrats de la distribution », in J. GHESTIN (dir.), « Traité des contrats », Paris, LGDJ, 1999, n° 573 et s., pp. 287 et s.

ment du cédant. Si le contrat est à durée déterminée, il doit être exécuté jusqu'à son terme, sans que la cession puisse constituer un motif de résiliation. Si le contrat est à durée indéterminée, le cédant ne peut engager une procédure de licenciement pour faute fondée sur le refus de transfert, puisque celui-ci est l'expression du droit fondamental de choisir son employeur. En revanche s'il existe une cause réelle et sérieuse de licenciement, résultant de la réorganisation ou de la disparition de l'entreprise consécutive à la cession, l'employeur peut engager sur cette base une procédure de licenciement économique.

En civilisant ainsi l'interprétation de l'article L. 122-12, la chambre sociale s'inscrirait dans un mouvement plus vaste de revalorisation de la liberté contractuelle des salariés, qu'elle a engagé elle-même il y a maintenant près de vingt ans en subordonnant toute modification du contrat de travail à un accord préalable explicite du salarié (63) ; puis qu'elle a poursuivi en modifiant le régime des clauses de non-concurrence dans un sens respectueux du principe de liberté du travail (64). Ce mouvement correspond à une évolution souhaitable du statut salarial, qui ne peut plus être conçu seulement en termes de dépendance mais doit faire place à une certaine liberté du salarié, si l'on veut répondre aux transformations objectives du monde du travail (65). Le temps où la relation de travail pouvait s'analyser en un simple échange de dépendance contre de la sécurité est révolu. Le statut salarial doit aujourd'hui s'ouvrir à la liberté et à la responsabilité des salariés, qui ne peuvent plus être traités comme de simples appendices des machines, transférables comme elles et avec elles. Le législateur communautaire le dit expressément dans les considérants de la directive 98/50/CE du 29 juin 1998, qui présentent la participation des travailleurs comme l'une des conditions de la réussite des restructurations (66). Le législateur français vient d'en tenir compte en consacrant explicitement le droit d'opposition du salarié en cas de transfert d'une entité économique à une personne publique (67).

Reste un pas à franchir par la chambre sociale pour se mettre en conformité avec les droits fondamentaux du travailleur et le droit communautaire applicable au transfert d'entreprise. Ce pas consiste à renoncer à l'envers de l'article L. 122-12 et à reconnaître clairement à tout salarié la liberté d'accepter ou non l'application de l'article L. 122-12 à son contrat de travail. Cette reconnaissance semble à terme inévitable, et la Cour de cassation s'est peut-être engagée dans cette voie avec l'arrêt *Sécuritas* qu'elle a rendu le 9 novembre 2005 (68). Le litige portait sur la mise en œuvre, non pas de l'article L. 122-12, mais de la convention collective des entreprises de prévention et de sécurité, qui stipule le

transfert des contrats de travail en cas de perte de marché. Un salarié s'étant opposé à son transfert, l'employeur lui avait proposé une mutation sur un autre chantier qu'il avait refusé, et c'est ce refus de changement du lieu de travail qui avait motivé son licenciement. L'employeur avait été condamné pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, et la Cour de cassation aurait pu s'en tenir, pour examiner son pourvoi, à la question du sort du contrat en cas de transfert prévu par une convention collective. Mais elle a tranché le litige par un attendu de principe qui, dans une incidente, envisage aussi l'hypothèse du sort du contrat en cas d'opposition à un transfert résultant de l'article L. 122-12: « si le refus du salarié de changer d'employeur ne constitue pas en lui-même, hors le cas du maintien de plein droit du contrat de travail avec le nouvel employeur en application de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail, une cause de licenciement, le refus du salarié d'accepter un changement d'affectation rendu nécessaire par la perte d'un marché, qui ne modifie pas le contrat de travail, constitue un motif de licenciement ». Bien que cet arrêt soit d'interprétation délicate, il marque à l'évidence une évolution de la jurisprudence sur la question du droit d'opposition. Une chose paraît certaine: les conséquences de l'opposition du salarié diffèrent selon qu'elle vise une cession conventionnelle ou une cession légale de son contrat de travail. S'il s'agit d'une cession conventionnelle, le premier employeur doit conserver le salarié à son service et ce dernier ne peut refuser un changement d'affectation rendu nécessaire par la perte du marché. S'il s'agit en revanche d'une cession légale résultant de l'application de l'article L. 122-12, l'opposition du salarié au transfert constitue en elle-même une cause de licenciement. Mais de quel licenciement s'agit-il? D'un licenciement par le cédant ou par le cessionnaire? L'opposition à la cession légale et à la cession conventionnelle étant envisagée par l'arrêt dans le même attendu, on peut penser qu'il s'agit dans un cas comme dans l'autre d'un licenciement par le cédant. D'autant que la Cour évoque le « refus du salarié de changer d'employeur » pour englober ces deux hypothèses.

Si cette interprétation est la bonne, cet arrêt *Sécuritas* rompt avec la jurisprudence antérieure qui déclarait privé d'effet le licenciement par le cédant du salarié s'opposant au transfert (69). L'exercice par le salarié de son droit d'opposition serait alors consacré d'une manière conforme à la jurisprudence communautaire: le contrat de travail n'est pas transféré, et le premier employeur a le choix d'en poursuivre l'exécution ou de procéder à un licenciement justifié par le refus du salarié. Ce refus exprimant l'exercice d'un droit fondamental du salarié n'est pas constitutif d'une faute et il ne s'agit donc pas d'un licenciement pour faute, mais d'un

(63) Soc. 8 oct. 1987 *Raquin*, *Dr. soc.* 1988, 121, note J. SAVATIER, « Grands arrêts », n° 48, p. 193.

(64) Soc. 10 juillet 2002, (3 arrêts), *Bull. civ. V*, n° 239, *Dr. soc.* 2002, 949, obs. R. VATINET; v. J.-Y. KERBOURC'H, « Clauses d'interdiction de concurrence et contreparties financières », *RJS* 1/03, Chr. p. 3; P. SARGOS, art. cit. p. 124.

(65) Cf. B. TRENTIN, « La libertà viene prima. La libertà come posta in gioco nel conflitto sociale », Rome, Editori reuniti, 2004, et le compte rendu de cet ouvrage in *Dr. soc.* 2005, 1001 et s.

(66) Selon cette directive, l'information, la consultation et la participation des travailleurs « doivent être mises en œuvre en

temps utile notamment à l'occasion de restructurations ou de fusions d'entreprises affectant l'emploi des travailleurs » (considérant 1) et « il est nécessaire de préciser les circonstances dans lesquelles les travailleurs doivent être informés lorsqu'il n'y a pas de représentants des travailleurs » (considérant 12).

(67) Loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, art. 20.

(68) Soc. 9 nov. 2005, aff. 03-45483, reproduit en annexe ci-dessous.

(69) Cf. les arrêts *Voisin* et *Auchan* préc.

licenciement pour une cause sérieuse non fautive. On ne peut que se réjouir de voir la Cour de cassation s'engager dans cette direction d'une pleine et entière reconnaissance du droit d'opposition du salarié. Si cette évolution de jurisprudence se confirme, la question se posera de définir les modalités d'exercice de ce droit.

IV. — LES MODALITÉS D'EXERCICE DU DROIT D'OPPOSITION

L'exercice du droit d'opposition du salarié a pour seul effet de rendre inapplicable l'article 3 § 1 de la directive « transfert » (70), c'est-à-dire la règle de transfert automatique du contrat individuel transposée dans l'article L. 122-12. Les autres dispositions de la directive demeurent applicables, en particulier celles relatives à l'information et la consultation des salariés, qui doivent avoir lieu « en temps utile, c'est-à-dire avant la réalisation du transfert » (71). Ces dispositions n'imposent l'information individuelle des travailleurs concernés qu'en l'absence d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise. Mais il faut tenir compte de la jurisprudence communautaire, selon laquelle les dispositions de l'art. 3 § 1 ne deviennent sans objet que dans l'hypothèse où « l'intéressé lui-même, à la suite d'une décision prise par lui librement » refuse de « travailler pour un employeur qu'il n'a pas librement choisi » (72). L'accent est ainsi mis à la fois sur le caractère individuel de la décision du salarié, et sur l'exigence d'une décision libre, éclairée et mûrement réfléchie, car lourde de conséquences. Ceci implique que le salarié reçoive à temps, c'est-à-dire avant le transfert de son contrat, toutes les informations utiles pour se décider en toute connaissance de cause (73). La liste de ces informations est détaillée par la directive et comprend : a) la date fixée ou proposée pour le transfert ; b) le motif du transfert ; c) les conséquences juridiques, économiques et sociales du transfert pour les travailleurs ; d) des mesures envisagées à l'égard des travailleurs. Quant aux modalités de cette information, elles varient selon qu'il existe ou non des représentants du personnel dans l'entreprise.

• *En l'absence de représentants du personnel* dans l'entreprise, la directive dispose que « les travailleurs concernés doivent être informés préalablement » au transfert (74). Dans le climat français de négligence pour les droits fondamentaux des salariés en cas de restructuration, ces dispositions n'ont toujours pas été transposées par le législateur, alors qu'elles auraient dû l'être au plus tard le 17 juillet 2001 (75). Le Conseil économique et social a pourtant souligné dans un rapport récent, que dans ce type d'opérations « les salariés se trouvent confrontés à une situation contrainte et non choisie, souvent mal comprise, et source d'inquiétudes et d'interrogations pour l'avenir » ; soulignant qu'« à

tout le moins » l'entreprise se devait « d'expliquer et de justifier les changements envisagés » et de donner une information complète sur « les aspects économiques, financiers et sociaux à court et moyen terme (présentation du projet, illustration de l'offre, calendrier, devenir des salariés transférés, tableaux comparatifs des avantages sociaux...) » (76), il a recommandé à cette fin la tenue d'entretiens individuels et la mise en place d'un point d'échanges et de réponses aux questions du personnel. Dans ce contexte, la position de la Cour de cassation, selon laquelle l'employeur n'est pas tenu d'informer les salariés de la cession de son entreprise (77), est elle aussi intenable. Dès lors que la jurisprudence française se soumettrait au droit communautaire et consacrerait véritablement le droit d'opposition des salariés, elle serait nécessairement conduite, lorsque l'entreprise est dépourvue d'institutions représentatives du personnel, à imposer une information individuelle préalable des salariés analogue à celle prévue par la directive.

• *S'il existe des représentants des travailleurs*, c'est à ces derniers qu'il incombe de transmettre aux salariés les informations que l'employeur doit leur communiquer. Le devoir d'information des salariés par leurs représentants s'impose ici d'autant plus que ces derniers ont en principe été eux-mêmes non seulement informés, mais aussi consultés sur le transfert et ont éventuellement diligenté une expertise pour éclairer leur avis (78). Ils sont donc les mieux à même de conseiller les salariés qui envisagent de faire usage de leur droit d'opposition.

Dès lors que les salariés affectés par la cession ne seraient plus traités en droit français comme des objets, mais comme des sujets appelés à décider librement s'ils acceptent ou non de changer d'employeur, ils retrouveraient par là même une capacité d'action collective pour peser sur les conditions sociales du transfert. Leur droit d'opposition est un droit individuel susceptible de s'exercer collectivement, et constitue un moyen de pression beaucoup plus efficace que le droit de grève pour obtenir que le sort des hommes soit effectivement pris en considération dans les opérations de restructuration. La faiblesse actuelle des mécanismes d'information et de consultation collective en cas de transfert vient de ce qu'ils séparent ce qui va être réuni et ne prévoient pas de mettre autour d'une même table toutes les parties concernées par ce transfert, c'est-à-dire le cédant, le cessionnaire et les représentants du personnel des deux entreprises concernées. Faiblesse encore plus grande en droit interne qu'en droit communautaire, puisque la directive prévoit une consultation « en vue d'aboutir à un accord » (79), tandis que l'article L. 432-1 se contente d'une consultation du comité d'entreprise, qui n'est pas habilité à négocier la dimension sociale des restructurations. Faute pourtant d'une telle négociation, et d'une négociation élargie aux deux entreprises

(70) CJCE 16 déc. 1992, *Tatsikas*, préc. point 30.

(71) Dir. 2001/23 du 12 mars 2001, art. 7, § 1.

(72) CJCE 16 déc. 1992, *Tatsikas*, préc. points 30 et 32 ; v. aussi les points 35 et 37.

(73) Cf. sur cette information préalable, la solide démonstration de V. IONESCU, art. préc. p. 513.

(74) Dir. préc. art. 7, § 6.

(75) Dir. 98/50/CE, du 29 juin 1998, art. 2.

(76) Cf. Conseil économique et social, « Conséquences sur l'emploi et le travail des stratégies d'externalisation d'activités », rapport F. ÉDOUARD, 2005, pp. 1-22 et 23.

(77) Soc. 14 déc. 1999, *Dermoncourt*, Bull. civ. V, n° 484, p. 360, Dr. soc. 2000, 211, obs. A. MAZEAUD.

(78) C. trav. art. L. 432-1, al. 3. V. F. FAVENNEC-HÉRY, « La consultation des représentants du personnel sur le transfert de l'entreprise », Dr. soc. 2005, 729.

(79) Dir. 2001/23/CE du 12 mars 2001, art. 7, § 2, et dir. 2002/14/CE du 11 mars 2002, art. 4, ensemble § 2-c et 4-e.

concernées, les mots « anticipation », « gestion prévisionnelle des emplois », « association des salariés au changement » sont autant de mots creux (80). Il est incohérent de demander au cédant de fournir aux salariés ou à leurs représentants toutes les informations pertinentes sur les conséquences juridiques, économiques et sociales du transfert, alors que ces conséquences dépendent largement des décisions qui seront prises par le cessionnaire. La perspective d'une utilisation collective du droit d'opposition serait de nature à obliger le cessionnaire à prendre avant la cession des engagements précis relatifs non seulement au maintien des contrats après le transfert des contrats de travail, mais aussi aux modifications du statut collectif induites par ce transfert. La connaissance de ces modifications est évidemment essentielle pour que le salarié puisse décider librement de travailler ou non pour le nouvel employeur. Or dans l'état actuel de notre droit, elles ne se découvrent qu'une fois le transfert réalisé.

*

* *

La généralisation du principe de libre concurrence à l'échelle du monde favorise une « recombinaison permanente du tissu productif » qui fait perdre à l'entreprise

ses contours et sa stabilité. Dans ce contexte, l'idée d'appartenance du salarié à l'entreprise perd toute espèce de pertinence. Le droit du travail doit en prendre acte et évoluer afin que continuent d'être respectés les principes de base sur lesquels il repose: le principe de *liberté* du travail, qui interdit de traiter le salarié comme une chose; le principe d'*égalité*, qui impose la recherche d'un équilibre entre l'action économique des employeurs et l'action collective des travailleurs; et le principe de *solidarité*, qui autorise ceux qui travaillent pour des employeurs ou dans des pays différents à défendre ensemble les intérêts qu'ils ont en commun. Le droit des salariés de ne pas se soumettre à un employeur qu'ils n'ont pas librement choisi est de nature à favoriser une telle évolution. Il faut féliciter la jurisprudence communautaire de l'avoir consacré et espérer que le juge français veuille bien s'y conformer ■

(80) Le double langage est aussi de mise au niveau communautaire en ce domaine: le règlement (CE n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004) relatif au contrôle des concentrations entre entreprises maintient les représentants des travailleurs soigneusement à l'écart des procédures de contrôle des concentrations. V. sur ce règlement F. BRUNET et I. GIRGENSON, « La double réforme du contrôle communautaire des concentrations », *RTD Eur.* 40 (1), janv.-mars 2004, pp. 1-31.

COUR DE CASSATION

(Chambre sociale)

9 novembre 2005

Société Sécuritas

Publié au *Bulletin*

Sur le moyen unique, pris en sa première branche:

Vu l'accord relatif à la reprise du personnel dans le secteur des entreprises de prévention et de sécurité du 18 octobre 1995, ensemble l'article 6, alinéa 6 de la convention collective nationale des entreprises de prévention et de sécurité du 15 février 1985;

Attendu que, selon l'arrêt infirmatif attaqué, M. X... a été engagé en 1995 en qualité d'agent de sécurité par la société Sécuritas, en vertu d'un contrat de travail l'affectant sur le chantier de la centrale nucléaire de Saint-Laurent des Eaux; que ladite société a perdu ce marché à compter du mois d'octobre 2000; que le salarié a refusé de passer au service de l'entreprise entrante puis la proposition de mutation sur un autre chantier qui lui a été faite par la société Sécuritas; qu'il a été licencié pour « refus de modification non substantielle du contrat de travail » le 28 novembre 2000;

Attendu que, pour décider que la proposition de mutation constituait une modification du contrat de travail de l'intéressé que celui-ci était en droit de refuser et que le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse, l'arrêt relève que son affectation à Saint-Laurent des Eaux résultait de l'intention des parties et que la stipulation relative au lieu de travail avait un caractère essentiel et contractuel;

Attendu, cependant, que si le refus du salarié de changer d'employeur ne constitue pas en lui-même, hors le cas

du maintien de plein droit du contrat de travail avec le nouvel employeur en application de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail, une cause de licenciement, le refus du salarié d'accepter un changement d'affectation rendu nécessaire par la perte d'un marché, qui ne modifie pas le contrat de travail, constitue un motif de licenciement;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors qu'elle avait constaté que le salarié avait refusé la poursuite de son contrat de travail avec le nouveau prestataire du service de prévention et de sécurité de la centrale nucléaire puis qu'il avait refusé la proposition de mutation sur un autre chantier que lui avait faite l'employeur, la Cour d'appel a violé les textes susvisés;

Et attendu qu'en application de l'article 627, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile, la Cour est en mesure, en cassant sans renvoi, de mettre fin au litige par application de la règle de droit appropriée;

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la seconde branche du moyen:

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 5 juin 2003, entre les parties, par la cour d'appel d'Orléans;

Dit n'y avoir lieu à renvoi;

Confirme le jugement du conseil de prud'hommes de Blois rendu le 7 octobre 2002;

M. Sargos, prés.

[pourvoi n° 03-45483]