



UNIVERSITÉ **PARIS II**  
PANTHÉON - ASSAS

**Master II Droit des affaires**

Sous la direction de Monsieur le Professeur Hervé SYNVET

***L'accompagnement social des  
restructurations d'entreprises  
in bonis***

Mémoire sous la direction de Madame le Professeur  
Raymonde VATINET

**Antoine CIOLFI**

2015-2016

L'Université Paris II Panthéon-Assas n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à son auteur.

## **REMERCIEMENTS**

Mes premiers remerciements vont à ma directrice de mémoire : Madame le Professeur Raymonde Vatinet. Je la remercie sincèrement pour sa disponibilité et ses conseils précieux tout au long de l'élaboration de cette étude.

Je tiens également à remercier mon directeur de Master, Monsieur le Professeur Hervé Synvet, pour m'avoir permis d'étudier dans une formation juridique de très grande qualité.

Mes ultimes remerciements vont à ma famille dont le soutien m'est si cher.

## **ABBREVIATIONS**

*AJDA* : Actualités juridiques de droit administratif

*Aff.* : Affaire

*AMF* : Autorité des marchés financiers

*Art. préc.* : Article précédent

*Ass. plén.* : Assemblée plénière de la Cour de cassation

*BDES* : Banque de données économiques et sociales

*Bull. civ.* : Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation

*Bull. crim.* : Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation

*Cass.* : Cour de cassation

*Crim.* : Chambre criminelle

*CHSCT* : Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail

*CJCE* : Cour de justice des Communautés européennes

*CJUE* : Cour de justice de l'Union européenne

*Chr.* : Chronique

*D.* : Recueil Dalloz

*DIRECCTE* : Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi

*Dr. soc.* : Droit social

*Ed.* : Edition

*IRP* : Instances représentatives du personnel

*JCP E* : La semaine juridique, édition entreprise

*JCP G* : La semaine juridique, édition générale

*JCP S* : La semaine juridique, édition sociale

*Obs.* : Observations

*OPA* : Offre publique d'achat

*OPE* : Offre publique d'échange

*Préc.* : Précité

*RJS* : Revue de jurisprudence sociale

*Soc.* : Chambre sociale

*SSL* : Semaine sociale Lamy

*Suppl.* : Supplément

*UES* : Unité économique et sociale

# **SOMMAIRE**

## **Introduction**

### **Titre préliminaire : La participation des instances représentatives du personnel à la mise en oeuvre des restructurations**

Chapitre 1 : Les obligations d'information et de consultation exigées par le droit des affaires

Chapitre 2 : Les obligations d'information et de consultation imposées par le droit social

### **Partie 1 : L'impact des restructurations sur la situation individuelle des salariés**

Chapitre 1 : Les conditions requises pour le maintien des contrats de travail lors du transfert

Chapitre 2 : La protection des contrats de travail lors du transfert

### **Partie 2 : L'impact des restructurations sur la situation collective des salariés**

Chapitre 1 : Les conséquences sur le statut collectif des salariés

Chapitre 2 : Les conséquences sur la représentation collective des salariés

## **Conclusion**

## Introduction

Selon le professeur Gérard Lyon-Caen, « *la plupart des problèmes contemporains du droit du travail sont liés à la restructuration incessante des entreprises ; or, c'est une autre branche du droit qui régit ces actes : le droit des sociétés.* »<sup>1</sup>. Les restructurations d'entreprises sont en effet le reflet des mutations économiques et juridiques de la vie des affaires. Le droit social — et le droit du travail en particulier — s'efforce d'accompagner voire de prévenir les conséquences néfastes que pourraient avoir ces opérations sur la situation des salariés.

Restructurer une société est un acte lourd et risqué. Il engendre une réorganisation de l'entreprise selon de nouveaux principes et une nouvelle architecture<sup>2</sup>. Les opérations de restructuration prennent des formes variées dans le monde des affaires et sont le fruit d'une inventivité constante de la pratique. Les opérations de restructuration recouvrent aussi bien des opérations de cession que des processus de fusion. Le droit du travail doit perpétuellement faire face à cette grande complexité et proposer des solutions adaptées à chaque réalité. En effet, ces modifications dans la structure opérationnelle et juridique de l'entreprise menacent la stabilité et la pérennité des emplois. Le droit du travail appréhende ces « transferts » — synonyme plus couramment employé dans la jurisprudence sociale — tant sur le volet de l'entreprise en crise que sur le volet de l'entreprise en bonne santé. Cette étude se concentrera exclusivement sur les restructurations d'entreprises *in bonis* et exclura ainsi les situations de crise (procédures collectives et licenciements pour motif économique). L'attention particulière donnée à l'entreprise en bonne santé se justifie par le fait que les entreprises en difficulté bénéficient déjà d'un droit positif minutieusement élaboré par le législateur tant les crises sociales sont médiatisées. Si de prime abord il est convenable de penser que les restructurations d'entreprises *in bonis* se passent la plupart du temps sans encombre, l'état du droit social français encourage à repenser nos a priori.

En effet, la notion de restructuration est d'abord une notion économique. Elle brille d'ailleurs par sa quasi-absence dans les textes juridiques. La notion apparaît pour la première fois en droit du travail au sein d'un accord national interprofessionnel sur la sécurité de l'emploi en date du 10 février 1969. Aujourd'hui, le Code du travail comporte seulement une quinzaine d'articles évoquant les hypothèses de restructurations. Pourtant, le droit social des restructurations est au coeur de l'actualité législative et ce depuis plusieurs années, comme

---

<sup>1</sup> G. Lyon-Caen, *Le droit du travail : une technique réversible*, Dalloz 1995, p. 15.

<sup>2</sup> Définition du dictionnaire de français Larousse

l'illustrent les lois n° 2014-384 du 29 mars 2014 et n° 2015-994 du 17 août 2015. Le rapprochement entre le droit des affaires et le droit du travail avait même été tenté frontalement par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 dite loi *Consommation*. Elle prévoyait une obligation d'information directe des salariés en cas de cession de l'entreprise. Extrêmement décriée par la pratique, le champ d'application de cette obligation a été considérablement réduit par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques. Ces réformes successives montrent à quel point le droit des restructurations est au coeur de l'actualité et évolue avec les mutations économiques de l'ère du numérique. Pourtant, les difficultés à réformer le droit du travail sont bien réelles comme en témoignent les mouvements sociaux du printemps 2016<sup>3</sup>.

La relation entre le droit des affaires et le droit du travail est loin d'être apaisée. Elle est même très ambiguë. Pour le professeur Patrick Morvan, on assiste tantôt à une « incompatibilité d'humeur » tantôt à une « union houleuse »<sup>4</sup>. C'est que la confrontation de ces deux droits implique des principes à valeur constitutionnelle. A l'origine, le contrôle de constitutionnalité consistait à surveiller la frontière entre le pouvoir réglementaire et le pouvoir législatif. Pourtant, depuis sa décision *Liberté d'association* de 1971<sup>5</sup>, le Conseil constitutionnel a accru son pouvoir de contrôle : il a notamment décidé qu'il pourrait sanctionner la violation des préambules des constitutions de 1946 et 1958. Le droit d'obtenir un emploi et le droit de participer à la gestion de l'entreprise ont notamment acquis un rang constitutionnel par l'intermédiaire du Préambule de 1946. Ces droit sociaux doivent néanmoins être conjugués avec des droits économiques et individuels. En effet, la liberté d'entreprendre a été érigée en droit constitutionnel car elle découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Cette dernière protège les choix effectués en matière de restructuration par le chef d'entreprise.

Afin de ne pas entraver la décision du chef d'entreprise, le droit du travail cherche des compromis en tâchant de préserver son indépendance. La jurisprudence de la chambre sociale est très réticente à l'idée d'avoir recours aux concepts du droit des sociétés. Plus spectaculaire encore, l'O.J.N.I. (objet juridique non identifié) que constitue l'article L. 1224-1 du Code du travail marque la rupture avec le droit des affaires. Le Code du travail lui réserve la mission d'organiser le transfert des contrats de travail. Ce texte est sans doute le plus connu du droit social des restructurations. Le transfert des contrats de travail s'opérera de plein droit

---

<sup>3</sup> Ce mémoire est terminé au début du mois de mai 2016 alors que le projet de réforme du Code du travail est examiné à l'Assemblée nationale.

<sup>4</sup> P. Morvan, *Restructurations en droit social*, LexisNexis, 3ème éd., 2013, p. 4

<sup>5</sup> Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971

*« lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds ou mise en société de l'entreprise ».* Cette liste de restructurations montre que le législateur n'est pas parvenu à appréhender la réalité économique des entreprises. Les incertitudes engendrées par ce texte ont laissé la voie libre à la jurisprudence pour développer ses propres concepts. Ces derniers devront également s'articuler avec les exigences du droit de l'Union européenne qui se manifestent dans la directive n° 2001/23/CE du 12 mars 2001. Par ailleurs, le droit social perd en lisibilité eu égard à la place dévolue aux instances représentatives du personnel. L'amoncellement de textes et de procédures d'information-consultation engendrent une complexité qui va à l'encontre des intérêts des salariés. Des couches successives d'obligations incombant à l'employeur se sont succédées et, malgré la rationalisation apportée par la loi du 17 août 2015, le droit du travail se perd lui-même et se laisse ainsi distancer par le monde des affaires.

Dans ce cadre, cette étude tend à démontrer comment le droit social accompagne les restructurations d'entreprises dans le but de préserver les droits des salariés. Cet objectif doit concilier tant les impératifs économiques que la liberté entrepreneuriale du dirigeant.

Afin de préparer et d'accompagner les processus de restructuration, les représentants du personnel se voient, en amont, accorder un rôle tant par le droit social que par le droit des affaires (**titre préliminaire**). Pourtant, la liberté d'entreprendre du chef d'entreprise engendrera inévitablement des opérations de restructuration C'est pourquoi le droit social a également mis en place des procédures pour protéger la stabilité de l'emploi et les intérêts des salariés lors des transferts. Le traitement social des restructurations impose de préserver non seulement la situation individuelle des salariés (**partie 1**) mais également leur situation collective (**partie 2**).



## **Titre préliminaire : La participation des instances représentatives du personnel à la mise en oeuvre des restructurations**

Par l'intermédiaire du droit du travail, le législateur a voulu anticiper les éventuelles conséquences négatives des restructurations sur l'emploi en convoquant les institutions représentatives du personnel. Le droit du travail impose en effet une obligation d'information et de consultation des représentants du personnel sur les projets de restructuration ; et notamment du comité d'entreprise. Les articles 18 et 22 de la loi du 17 août 2015 dite « loi Rebsamen » sont d'ailleurs venus simplifier les obligations d'information et de consultation du comité d'entreprise. C'est la conséquence des nouveaux articles L. 2323-1 et L. 2323-6 du Code du travail. Les praticiens continuent d'appeler cette obligation la « procédure du livre IV » du nom de l'ancien livre de l'ancien code. Pourtant, depuis l'adoption du nouveau Code du travail le 1<sup>er</sup> mai 2009, cette appellation n'a plus lieu d'être mais elle permet tout de même de ne pas la confondre avec la « procédure du livre III » qui faisait, elle, référence à l'information-consultation en cas de licenciements économiques. Ainsi et en application des dispositions de la récente loi du 17 août 2015, les questions intéressant « *l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise* » (article L. 2323-1) ou « *les orientations stratégiques de l'entreprise* » (article L. 2323-6) doivent être soumises à une information-consultation préalable du comité d'entreprise.

Par ailleurs, le droit social français ne fait pas cavalier seul sur cette question de l'information-consultation. Le droit de l'Union européenne a érigé en droit fondamental le droit à l'information et à la consultation des instances représentatives du personnel<sup>6</sup>. Ce droit fondamental a été appliqué par la directive n° 2002/14/CE du 11 mars 2002 qui établit un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans l'Union européenne. De plus, le droit des affaires s'est aussi intéressé à la question de l'information des salariés au sein même de ses diverses branches : droit boursier, droit de la concurrence, droit de la consommation etc. Il y a donc, préalablement aux obligations du droit social, des obligations d'information imposées aux dirigeants d'entreprise par le droit des affaires lui-même. Un phénomène de stratification des obligations a ainsi pu être observé dans la pratique.

Exigées en amont de la procédure consultative du comité d'entreprise, les obligations d'information-consultation émanant de deux types de droit des affaires méritent une étude

---

<sup>6</sup> Article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

approfondie (**chapitre 1**). L'information-consultation des instances représentatives du personnel s'impose cependant comme une obligation caractéristique à respecter dans la préparation d'une éventuelle restructuration de la société (**chapitre 2**).

# **Chapitre 1 : Les obligations d'information et de consultation exigées par le droit des affaires**

La confrontation entre le droit des affaires et le droit du travail se cristallise autour des informations à divulguer aux instances représentatives du personnel voire aux salariés directement. Les intérêts de ces deux droits semblent en contradiction lorsque l'on tente de les rapprocher. Le législateur a considérablement complexifié à travers les différentes lois successives les calendriers du comité d'entreprise. Loin de proposer un catalogue exhaustif de toutes les procédures d'information, il convient d'étudier deux hypothèses issues de deux branches majeures du droit des affaires : le droit boursier (**section 1**) et le droit de la concurrence (**section 2**).

## **Section 1 : Une confrontation raisonnée avec le droit boursier**

La loi du 29 mars 2014 dite loi « Florange » a apporté des modifications au régime d'information-consultation du comité d'entreprise dans le cadre d'offres publiques d'achat ou d'échange (§ 1). De manière générale, la confrontation entre le droit boursier et le droit du travail aspire à préserver la bonne marche des opérations financières (§ 2).

### **Paragraphe 1 : Le rôle du comité d'entreprise en cas d'offres publiques**

La société initiatrice de l'offre ainsi que la société cible voient leurs comités d'entreprise mis à contribution (**A**). Le comité d'entreprise de la société cible apparaît d'ailleurs avec des prérogatives renforcées (**B**).

#### **A) La double obligation d'information-consultation des comités d'entreprise**

L'un des objectifs de la loi du 29 mars 2014 fut de limiter le dépôt d'offres publiques d'acquisition. La loi du 17 août 2015 a conservé en l'état ces dispositions. La loi *Florange* s'inscrivait en effet dans une volonté de préserver le plus possible les sociétés françaises. Le législateur est ainsi venu renforcer le rôle du comité d'entreprise dans la lutte contre les offres publiques. Les deux comités d'entreprise - celui de la société cible et celui de la société initiatrice - font l'objet d'une consultation ponctuelle dans le cas d'une OPA ou d'une OPE conformément à l'article L. 2323-35 du Code du travail. La réunion de ces deux entités doit intervenir au moment du dépôt d'un projet d'offre publique et cela même si l'offre est hostile. Au moment de son dépôt, l'Autorité des marchés financiers va publier un communiqué pour informer le marché de ce dépôt et de ses principales caractéristiques. Pendant cette période

d'offre, l'initiateur doit réunir son comité d'entreprise pour lui expliquer les enjeux de l'opération de concentration qu'il est en train de mener. Il doit également envoyer la note d'information au comité d'entreprise de la société cible dans les trois jours du dépôt de l'offre.

En outre, le comité d'entreprise joue un rôle de soutien car son avis n'est que consultatif. Le législateur comptait notamment sur le poids de son avis (et donc celui des salariés) pour faire échouer les OPA. La symbolique de l'article L. 2323-39 du Code du travail est d'ailleurs forte puisque le législateur a voulu placer l'action du comité d'entreprise de la société cible avant celle de son conseil d'administration. En effet, son avis est préalable à l'avis motivé pris par le conseil d'administration sur l'offre. Après l'opération financière, le comité d'entreprise obtient le droit à un suivi des engagements pris par l'initiateur. L'initiateur sera tenu de rendre compte au comité d'entreprise de la mise en oeuvre des engagements. Ce contrôle interviendra au cours du sixième, du douzième et du vingt-quatrième mois suivant la clôture de l'offre<sup>7</sup>.

### **B) Les pouvoirs conférés au comité d'entreprise de la société cible**

Une fois la notification reçue, le chef d'entreprise de la cible doit réunir son comité d'entreprise et la cible va indiquer à son comité si l'offre est amicale ou non. Le comité d'entreprise va alors décider s'il souhaite ou non entendre l'initiateur de l'offre. Il peut aussi demander la nomination d'un expert-comptable pour être éclairé sur les termes de l'offre. C'est ainsi que le comité d'entreprise de la société cible dispose de pouvoirs étendus. L'offre publique d'acquisition devient l'une des missions légales pour laquelle le comité d'entreprise peut se faire assister d'un expert-comptable payé par l'entreprise<sup>8</sup>. Cet expert-comptable a accès notamment aux informations de la société initiatrice mais aussi à celles de la société cible : on retrouve ici le même régime que celui des fusions. Le rapport de l'expert-comptable va évaluer la politique industrielle mais aussi les plans stratégiques. L'audition de l'initiateur est en principe obligatoire et elle se tient dans un délai d'une semaine<sup>9</sup>.

Si le chef d'entreprise de la société initiatrice ne vient pas, la société ayant déposé une offre ne pourra pas exercer les droits de vote rattachés aux titres de la société qu'elle viendrait à détenir. Cette sanction est apparue dans la loi du 15 mai 2011 relative aux nouvelles régulations économiques (NRE) et s'étend aux sociétés ayant un lien capitalistique avec

---

<sup>7</sup> Article L. 2323-44 du Code du travail

<sup>8</sup> Article L. 2325-35 du Code du travail

<sup>9</sup> Article L. 2323-36 du Code du travail

l'initiatrice. Pourtant, la sanction prévue à l'article L. 2323-41 du Code du travail s'avère inefficace en pratique car elle suppose que l'OPA soit réussie. Or, si l'opération est réussie, le comité d'entreprise ne pourra plus ignorer ce nouveau chef d'entreprise. D'ailleurs, la privation du droit de vote n'est pas prévue par le Code de commerce : la délibération ne sera donc pas nulle.

## **Paragraphe 2 : L'information-consultation face au fonctionnement des opérations financières**

Les obligations du droit social sont entrées en confrontation avec le fonctionnement traditionnel des opérations de marché. Il y a ainsi eu des interrogations sur la préservation du calendrier des offres publiques (A) mais également sur la communication des informations privilégiées (B).

### **A) La tentative de préservation du calendrier des offres publiques**

Le rôle du comité d'entreprise ne doit pas allonger de manière extensive la période d'offre. C'est ainsi que la loi *Florange* a voulu limiter dans le temps la procédure de consultation du comité d'entreprise. Conformément à l'article L. 2323-39 du Code du travail, le comité d'entreprise de la société cible doit rendre son avis consultatif dans un délai d'un mois à compter du dépôt du projet d'offre alors même que l'expert-comptable ne dispose que d'un délai de trois semaines pour rendre son rapport. A défaut, le comité d'entreprise sera réputé avoir rendu son avis. Le législateur a encadré la consultation du comité d'entreprise pour ne pas perturber le bon fonctionnement des opérations financières. Il convient ici de se rappeler du rapprochement entre *GDF* et *Suez* en 2006. Le comité central d'entreprise de *GDF* avait retardé de plusieurs mois l'opération car il estimait ne pas détenir suffisamment d'informations pour lui permettre de rendre son avis.

Une prolongation du délai d'un mois ne peut intervenir que de façon exceptionnelle. Le président du tribunal de grande instance statuant en la forme des référés peut être saisi par les membres élus du comité d'entreprise afin d'ordonner à la cible ou à l'initiateur la communication des informations importantes<sup>10</sup>. Le juge dispose alors d'un délai de huit jours. Toutefois, il peut décider de prolonger la procédure en cas de difficultés particulières qui engendreraient une impossibilité pour le comité d'entreprise de donner son avis. Le juge devra néanmoins faire attention à la volonté de la société cible. Si la société cible retient des informations de mauvaise foi dans le but de retarder l'opération, alors le juge ne pourra

---

<sup>10</sup> Article L. 2323-39, II, du Code du travail

accorder une prolongation d'un mois. La loi *Florange* avait d'ailleurs fait l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel avant sa promulgation par des députés et des sénateurs<sup>11</sup>. Cette faculté donnée au juge était contestée mais le juge constitutionnel a considéré que cela ne « *retardait pas inutilement* » les procédures d'offre publique. Il déclare notamment que la procédure de prolongation - encadrée et limitée au seul cas des difficultés particulières d'accès aux informations - n'est « *entachée d'aucune inintelligibilité* ». En outre, le législateur a voulu préserver le délai d'une offre publique tout en renforçant le rôle du comité d'entreprise qui ne statue que dans un délai d'un mois sauf intervention judiciaire.

### **B) Le sort des informations privilégiées**

L'importance de l'information communiquée s'apprécie d'abord dans la faculté de prolongation du temps donné au comité : le juge ne doit transmettre que les données strictement nécessaires et utiles. C'est une question en effet sensible que celle de la communication des informations privilégiées à des entités extérieures à l'entreprise. Sur ce point, le droit boursier et le droit social entre en conflit : qui du comité d'entreprise ou de l'AMF (donc des investisseurs publics) connaîtra le premier l'information privilégiée ? Conformément à l'article 223-2 du règlement général de l'AMF, « *tout émetteur doit, dès que possible, porter à la connaissance du public toute information privilégiée (...) et qui le concerne directement* ». D'un autre côté, l'article L. 2323-42 du Code du travail dispose que l'employeur « *réunit le comité d'entreprise dans les deux jours ouvrables suivant la publication de l'offre (...) en vue de lui transmettre des informations écrites et précises sur le contenu de l'offre et sur les conséquences en matière d'emploi qu'elle est susceptible d'entraîner* ». Ces deux dispositions cristallisent un antagonisme entre les investisseurs publics et le comité d'entreprise : l'information privilégiée doit forcément être communiquée à l'un ou à l'autre en premier. Le problème est résolu dans la pratique : les chefs d'entreprise préfèrent se conformer aux obligations du droit boursier. L'annonce publique faite aux investisseurs sera préalable à la consultation du comité d'entreprise. Le risque est inévitablement de commettre un délit d'entrave ou même de voir un référé suspendre l'opération en cours (ce qui est rare dans les faits).

La question de l'information privilégiée en soulève une autre : les représentants du personnel initiés peuvent-ils commettre un délit boursier ? Il convient de rappeler que l'article L. 465-1 du Code monétaire et financier punit de deux ans d'emprisonnement et de 1 500 000€ d'amende le fait pour toute personne disposant, « *à l'occasion de l'exercice de sa profession ou de ses fonctions* », d'une information privilégiée de réaliser des opérations boursières que

---

<sup>11</sup> *Décision n° 2014-692 DC du 27 mars 2014*

le public ne connaîtrait pas encore. Le règlement général de l'AMF va d'ailleurs dans ce sens et rappelle qu'une information privilégiée est une information qui n'a pas été rendue publique et qui, si elle l'était, « *serait susceptible d'avoir une influence sensible sur le cours des instruments financiers* »<sup>12</sup>. La réponse est donnée non pas par la jurisprudence française mais par la jurisprudence du juge de l'Union européenne. En effet, dans un arrêt du 22 novembre 2005<sup>13</sup>, la CJCE considère que la communication d'une information privilégiée n'est justifiée que si elle est strictement nécessaire à l'exercice de la fonction. Le juge européen instaure donc un contrôle de proportionnalité. Il faut que les membres du comité d'entreprise justifient d'un intérêt légitime à communiquer cette information - cela peut être le cas notamment des représentants syndicaux au sein du comité d'entreprise qui sont des initiés indirects.

Si les préoccupations sociales se sont immiscées très largement dans les procédures de droit financier, le droit de la concurrence a connu un phénomène similaire (**section 2**).

## **Section 2 : Une conciliation limitée avec le droit de la concurrence**

Du côté du droit de la concurrence, les opérations de concentration vont retenir l'attention du droit social à cause de leurs conséquences sur l'équilibre économique des entreprises. La conciliation entre les deux droits restent néanmoins bancales. Le comité d'entreprise se voit attribuer un rôle qui demeure incertain voire inutile (§ 1) alors même que les autorités de concurrence ne semblent guère se soucier du sort des salariés (§ 2).

### **Paragraphe 1 : La réunion du comité d'entreprise lors d'une opération de concentration**

Mettant en lumière la difficile interaction entre le droit de la concurrence et le droit social, le rôle du comité d'entreprise lors d'une opération de concentration est incertain voire mal défini. En effet, conformément à l'article L. 2323-24 du Code du travail, « *lorsqu'une entreprise est partie à une opération de concentration, telle que définie à l'article L. 430-1 du Code de commerce, l'employeur réunit le comité d'entreprise au plus tard dans un délai de trois jours à compter de la publication du communiqué relatif à la notification du projet de concentration (...)* ». En réalisant une analyse littérale du texte, il convient de se rendre compte que l'employeur n'est pas obligé de consulter le comité d'entreprise. Il doit simplement « réunir » le comité d'entreprise et ce dernier n'est pas tenu d'émettre un avis. D'ailleurs, s'il en émet un, quelle serait la portée de ce dernier ? Ici, la réunion a pour simple

---

<sup>12</sup> Article 621-1 du règlement général de l'AMF

<sup>13</sup> CJCE, 22 novembre 2005, aff. C-384/02, *Grøngaard et Bang*

but de tenir au courant le comité d'entreprise des conséquences de la concentration sur l'entreprise. Cette réunion peut paraître inutile d'autant plus que la procédure d'information-consultation de droit commun du comité d'entreprise aura été faite en amont. On observe ici l'existence d'une règle qui, en pratique, ne fait que rajouter de la complexité à une opération de restructuration. Le comité d'entreprise peut tout au plus demander le recours à un expert ; expert qui ne vaut que pour l'opération de concentration et non pour ses conséquences ultérieures<sup>14</sup>.

De plus, l'ambiguïté pèse également sur l'expression « *partie à une opération de concentration* ». Est-ce que l'obligation s'étend uniquement aux parties ayant notifié le projet ou aux entités les contrôlant ? A la lecture du règlement européen n° 802/2004, il convient d'étendre l'obligation à toutes les sociétés contrôlées directement ou indirectement par les sociétés parties à la notification. Un jugement de première instance a même parlé de l'effet utile de l'article L. 2323-24 car une *holding* est souvent une coquille vide sans aucun salarié. Par un arrêt en date du 26 octobre 2010, la Cour de cassation a précisé que les comités des sociétés parties doivent être réunis si et seulement si l'opération de concentration a une incidence sur la situation de leurs salariés<sup>15</sup>. Le fait que la jurisprudence intervienne pour préciser les dispositions du Code du travail souligne l'ambiguïté de cette obligation de réunion du comité d'entreprise. A l'inverse du droit boursier, le droit de la concurrence semble ne pas trop apprécier l'immixtion du droit social dans ses processus. Comme le souligne l'auteur Laetitia Driguez, le droit de la concurrence est « *inadaptée à la réception des normes sociales* » : on assiste à un « *véritable refus de l'interrelation de l'économie et du social* »<sup>16</sup>.

## **Paragraphe 2 : L'intérêt des salariés face aux autorités de concurrence**

En France, l'Autorité de la concurrence n'est pas réticente à l'idée d'être consultée par les comités d'entreprises. L'alinéa 3 de l'article L. 430-6 du Code de commerce prévoit notamment qu'un comité d'entreprise peut demander à être entendu par l'Autorité de la concurrence. Au niveau européen, les représentants des salariés peuvent être entendus par la Commission de Bruxelles conformément à l'article 18 du Règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004. Ces représentants doivent avoir un intérêt suffisant à être entendu lors de la

---

<sup>14</sup> Cass., soc., 14 mars 2006 : JCP S 2007, 1042, note C. Neau-Leduc ; Semaine sociale Lamy 24 juillet 2006, n° 1271, p. 6, note P. Morvan

<sup>15</sup> Cass. soc. 26 octobre 2010 : Semaine sociale Lamy 15 novembre 2010, n° 1467, p. 11, obs. G. Olczak-Godefert ; JCP S 2010, 1543, note J.-S. Lipski

<sup>16</sup> L. Driguez, *Droit social et droit de la concurrence*, Thèse, sous la direction de L. Idot, Bruylant, 2006



phase administrative. Ils peuvent agir contre la décision de la Commission si cette dernière a violé leur droit d'être entendu. En revanche, la décision n'affecte pas directement leurs intérêts propres donc ils ne pourront pas demander l'annulation de la décision sur le fondement des règles matérielles. Ainsi, le droit européen de la concurrence se montre très distant vis-à-vis de l'intérêt des salariés. La protection d'une libre concurrence au sein du marché intérieur l'emporte sur les préoccupations sociales. Les opérations de concentration cachent pourtant des restructurations ultérieures et les représentants du personnel mériteraient d'être davantage considérés par les autorités de concurrence.

Si les exemples tirés du droit boursier et du droit de la concurrence ont permis de mettre en lumière des interactions plus ou moins réussies avec les représentants du personnel, le droit social lui-même impose une information-consultation qui pourrait s'apparenter à un « droit commun » de l'information-consultation (**chapitre 2**).

## **Chapitre 2 : Les obligations d'information et de consultation imposées par le droit social**

Suite à la loi du 17 août 2015, le droit social a vu ses obligations d'information et de consultation des instances représentatives du personnel remaniées. Le comité d'entreprise est à ce titre toujours très sollicité (**section 1**) mais le CHSCT l'est également (**section 2**). Ces obligations sont encadrées par des sanctions plus ou moins dissuasives (**section 3**).

### **Section 1 : L'intervention du comité d'entreprise en amont de la restructuration**

Avec la loi *Rebsamen*, le législateur a voulu privilégier la qualité du dialogue social sur la consultation accrue du comité d'entreprise<sup>17</sup>. Les hypothèses de restructuration ouvrant consultation du comité d'entreprise ont été rationalisées (§ 1) tout comme ses modalités de consultation (§2).

#### **Paragraphe 1 : Une nouvelle organisation de l'information-consultation**

L'information-consultation du comité d'entreprise tend vers une plus grande simplicité. Le comité d'entreprise est mis à contribution sur les sujets de restructurations de manière récurrente (A) mais aussi périodique (B).

##### **A) Une consultation annuelle sur l'orientation stratégique**

En son article L. 2323-1, le Code du travail dispose désormais que le comité d'entreprise « *est informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise* ». Il y a là une compétence générale qui ne joue que « *lorsque ces questions ne font pas l'objet des consultations prévues à l'article L. 2323-6* ». En effet et selon l'étude d'impact de la loi du 17 août 2015, « *l'émiettement des informations et des consultations ne favorise pas un dialogue de qualité* ». C'est ainsi que 17 obligations d'information sont regroupées dans trois catégories. Le comité d'entreprise sera dorénavant consulté annuellement sur : les orientations stratégiques de l'entreprise, la situation économique et financière de l'entreprise et la politique sociale et les conditions de travail et

---

<sup>17</sup> J. Daniel, « *L'information du comité d'entreprise : à la recherche de la qualité par-delà la quantité* », JCP S 2015, 1165

l'emploi<sup>18</sup>. Les opérations de restructuration sont notamment concernées par la consultation sur les orientations stratégiques. Les orientations stratégiques sont prises par les organes de direction de la société. Cette consultation est liée à l'idée d'une anticipation des conséquences dommageables que pourrait avoir l'opération sur l'emploi. Quant au périmètre de ces orientations stratégiques, l'article L. 2323-11 dispose qu'un accord de groupe peut prévoir une consultation au niveau du comité de groupe. L'avis du comité de groupe devra alors être transmis aux comités d'entreprises.

Comme le souligne Hélène Tissandier<sup>19</sup>, l'expression d'orientation stratégique est une « *notion indéterminée* ». L'avis rendu par le comité d'entreprise sur ce thème concernera tout projet qui aura un « *objet assez déterminé pour que son adoption ait une incidence sur l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise* »<sup>20</sup>. Il est ainsi probable que le comité d'entreprise devra être consulté en amont sur des questions de cession, de fusion ou encore d'apport partiel d'actifs. Sur le caractère préalable<sup>21</sup> de l'avis du comité d'entreprise, il est possible d'en douter : en effet, le comité sera saisi d'une orientation stratégique qui aura déjà fait l'objet d'une réflexion approfondie par la direction. Le comité d'entreprise participe plus à un débat sur le choix de l'opération. Cette consultation récurrente devra néanmoins s'articuler avec des consultations ponctuelles spécifiques. Si la simplicité était le maître-mot de la réforme, force est de constater qu'il peut y avoir une succession de consultations sur le même thème.

## **B) Des consultations ponctuelles**

L'idée d'une consultation ponctuelle en matière de transfert d'entreprise est née de la jurisprudence de la Haute juridiction. La chambre criminelle fut la première à exiger une information-consultation du comité d'entreprise dans sa fameuse jurisprudence *Haulotte*<sup>22</sup>. La question était de savoir si la cession d'une partie de la société devait faire l'objet ou non d'une information du comité d'entreprise par le chef d'entreprise. La vente d'actions est une « *opération patrimoniale d'ordre privé* » relève la Cour mais « *il en va autrement au cas où la transmission négociée d'une partie du capital social est utilisée comme un moyen de*

---

<sup>18</sup> Article L. 2323-6 du Code du travail

<sup>19</sup> H. Tissandier, « *Information et consultation du comité d'entreprise : rationalisation ou changement de paradigme ?* », *Droit social* 2015, p. 882

<sup>20</sup> Cass., soc., 18 juin 1997, n° 01-21.424

<sup>21</sup> Article L. 2323-2 du Code du travail : « *Les décisions du chef d'entreprise sont précédées de la consultation du comité d'entreprise* ».

<sup>22</sup> Cass., crim., 2 mars 1978, *Haulotte*

*placer la société qui exploite une entreprise sous la dépendance d'une autre société* ». C'est donc une question qui intéresse l'organisation de la société : le comité d'entreprise doit être informé. Cette jurisprudence a donné lieu à une consécration dans le Code du travail à l'ancien article L. 2323-19 qui disposait que le comité d'entreprise est informé et consulté sur les modifications de l'entreprise notamment en cas de fusion, de cession ou de modification importante de la structure. Ces dispositions sont aujourd'hui reprises à l'article L. 2323-33 du Code du travail. A côté de cette obligation, l'article L. 2323-31 en impose une autre - en temps utile - pour « *les projets de restructuration et de compression des effectifs* ». Ce dernier concerne plus l'organisation et la marche de l'entreprise qu'une modification conséquente dans l'organisation économique. Néanmoins, la frontière restera parfois floue mais l'obligation essentielle est que le comité d'entreprise soit consulté préalablement. La loi de 2015 conserve ainsi une dizaine d'information-consultation ponctuelle allant au-delà des simples cas de restructuration.

## **Paragraphe 2 : Des modalités de la consultation**

Le comité d'entreprise est consulté en amont sur les projets de restructuration mais cette consultation reste encadrée. Cet encadrement est temporel (A) mais également matériel (B) car les informations fournies doivent lui permettre de donner son avis en toute transparence (B).

### **A) Un cadre temporel pour la consultation**

La manière d'encadrer dans le temps la consultation préalable du comité d'entreprise est imprécise de la part du législateur. En effet, l'alinéa 2 de l'article L. 2323-3 du Code du travail dispose que le comité d'entreprise bénéficie « *d'un délai d'examen suffisant* ». Quelle est cette durée précisément ? Il n'y a pas de réponse arrêtée par la loi : ce délai dépend de la taille et de l'urgence du projet au sein de chaque entreprise. Il est certain que le chef d'entreprise voudra que ce délai soit le plus court possible alors même que les représentants du personnel souhaiteront un temps conséquent pour analyser le projet. C'est pour encadrer la date limite dévolue au comité d'entreprise que la loi du 14 juin 2013 a instauré un mécanisme inédit. En effet, elle prévoit la possibilité d'aménager le délai de consultation par un accord entre l'employeur et le comité d'entreprise (ou le comité central d'entreprise) adopté à la majorité des membres élus du comité. A défaut, c'est un décret en Conseil d'Etat qui fixe les délais pour les consultations périodiques ou ponctuelles. Néanmoins, la loi *Rebsamen* donne la possibilité à un accord d'entreprise de s'y substituer. L'accord collectif se voit donc donner une importance supérieure à celle de l'accord conclu au sein du comité d'entreprise. Il est à

noter que cet accord collectif devra nécessairement respecter les délais suffisants et ne pourra prévoir un délai inférieur à quinze jours. A l'expiration du délai choisi, le comité d'entreprise sera réputé avoir été consulté et avoir rendu un avis négatif. Certains auteurs suggèrent de réserver l'accord collectif aux consultations périodiques annuelles et l'accord au sein du comité aux consultations ponctuelles. Cela rationaliserait ce nouveau mécanisme.

De plus, le comité d'entreprise doit être consulté avant les « *décisions de l'employeur* »<sup>23</sup>. Or, qu'est-ce qu'une décision ? Pour la chambre sociale, « *si une décision s'entend d'une manifestation de volonté d'un organe dirigeant qui oblige l'entreprise, il ne s'en déduit pas qu'elle implique nécessairement des mesures précises et concrètes* »<sup>24</sup>. Le projet qui a une incidence sur l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise doit être examiné au préalable car il aura des répercussions indéniables sur les emplois. Dans le cas de décisions échelonnées, le comité doit être consulté sur chaque étape complexe du projet. Cela a notamment été jugé dans une affaire *Société générale* qui comportait une compression des effectifs<sup>25</sup>.

### **B) Un avis fondé sur des informations pertinentes**

Le comité d'entreprise émet son avis en fonction des informations qui lui sont données. Ces informations sont en quelque sorte le support de sa mission de consultation. A ce titre, le législateur exige que le comité « *dispose d'informations précises et écrites transmises par l'employeur* »<sup>26</sup>. Si les informations données par l'employeur ne sont pas suffisantes ou manifestement incomplètes, la jurisprudence se réserve le droit de prononcer des sanctions. Le juge a décidé par exemple qu'un dirigeant qui fournit un document trop long et complexe aux membres du comité doit être sanctionné<sup>27</sup>. La Cour de cassation a néanmoins apporté une précision sur l'étendue de la communication des documents. En effet, le dirigeant n'est pas tenu de communiquer l'ensemble du projet ou le projet lui-même. Il doit simplement fournir des informations précises et écrites qui permettent d'avoir une vision globale de l'opération envisagée<sup>28</sup>. Il est à noter que la loi du 14 juin 2013 avait instauré la banque de données économiques et sociales (BDES) afin de centraliser toutes les informations susceptibles

---

<sup>23</sup> Article L. 2323-2 du Code du travail

<sup>24</sup> Cass., soc., 12 novembre 1997 : Bull. civ. 1997, n° 375

<sup>25</sup> Cass., soc., 7 février 1996, *Société générale* : Bull. civ. 1996, n° 47

<sup>26</sup> Article L. 2323-4 du Code du travail

<sup>27</sup> Cass., crim., 4 novembre 1982 : Bull. crim. 1982, n° 241

<sup>28</sup> Cass., soc., 6 juillet 1999 : Bull. civ. 1999, n° 335

d'aider les IRP. La loi du 17 août 2015 prévoit plusieurs élargissements à la BDES et notamment le versement des informations transmises au CHSCT.

Sur la base de ces informations, le comité d'entreprise ne peut rendre qu'un avis sur les décisions intéressant le devenir de l'entreprise. L'avis du comité d'entreprise sur des projets de restructuration doit être récolté par le chef d'entreprise mais il n'est pas tenu de prendre en compte cette opinion. Réservée aux seuls organes de direction, la prise de décision peut très bien se faire dans le désintérêt des salariés. Des sanctions pour non-respect de la consultation existent néanmoins pour contraindre le chef d'entreprise à solliciter le comité d'entreprise.

### **Paragraphe 3 : Des sanctions en cas d'absence ou d'irrégularité de la consultation**

La participation du comité d'entreprise en amont des restructurations doit être scrupuleusement respectée. L'employeur qui entraverait cette dernière encourt des sanctions civiles qui peuvent avoir un impact négatif sur l'opération de restructuration (A). En comparaison, les sanctions pénales apparaissent comme trop faibles et peu dissuasives (B).

#### **A) De fortes sanctions civiles**

En application de l'article L. 2132-3 du Code du travail, les syndicats professionnels « peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent ». Or, la Cour de cassation juge de manière constante que le défaut de réunion, d'information et de consultation d'une instance représentative du personnel porte atteinte à l'intérêt collectif de la profession si et seulement si elles étaient légalement obligatoires<sup>29</sup>. Un syndicat professionnel a donc la faculté d'agir en justice pour demander des dommages-intérêts mais également pour contraindre l'employeur à consulter le comité d'entreprise. Un arrêt surprenant du 27 novembre 2012<sup>30</sup> a par ailleurs admis que le syndicat ne pouvait pas critiquer les modalités de la procédure d'information-consultation : c'est une prérogative réservée au comité d'entreprise. Le syndicat professionnel peut simplement exiger l'existence de la procédure mais ne peut se substituer au comité d'entreprise pour contester sa validité. Ainsi, au-delà des syndicats, le comité d'entreprise a la faculté d'exercer lui-même l'action en justice en assignant notamment l'employeur devant le juge des référés. Le juge des référés ordonnera alors la suspension du projet de restructuration tant que la

---

<sup>29</sup> Cass., soc., 24 juin 2008 : JCP S 2008, 1634

<sup>30</sup> Cass., soc., 27 novembre 2012, n°11-22798, inédit

procédure d'information-consultation n'aura pas été respectée. Mais, que se passe-t-il lorsque le comité d'entreprise disparaît lors de l'opération ? L'action d'un comité d'entreprise ne peut tenir après sa dissolution. Il n'a plus la qualité pour agir en justice et défendre l'intérêt des salariés dans l'opération<sup>31</sup>. Le président du tribunal de grande instance peut prescrire des « *mesures conservatoires ou de remise en état (...) pour faire cesser un trouble manifestement illicite* »<sup>32</sup> : dès lors, il peut « *ordonner la suspension des effets d'une mesure prise par l'employeur sans consultation préalable du comité d'entreprise* »<sup>33</sup> lorsqu'elle est obligatoire. Cette sanction civile prend tout son sens car elle retarde considérablement la marche d'une restructuration. Les conséquences financières peuvent être désastreuses si un trop grand retard s'accumule. Il ne faut cependant pas que la demande soit trop tardive en quel cas le trouble illicite n'aura plus lieu d'être.

Néanmoins, au regard du droit des sociétés, les décisions prises par les organes de la société ne peuvent pas être annulées sur le fondement d'un manquement aux dispositions du Code du travail. En effet, l'alinéa 2 de l'article L. 235-1, du Code de commerce n'admet comme cause de nullité que la violation des dispositions du Code de commerce ou des lois qui régissent les contrats. C'est ainsi que les manquements aux obligations d'information-consultation ne peuvent pas annuler une décision prise par un conseil de surveillance ou un conseil d'administration ni même prononcer la nullité d'un contrat<sup>34</sup>. Le juge des référés aura simplement la faculté d'interdire à l'employeur de poursuivre la restructuration ou de l'enjoindre à fournir au comité d'entreprise tous les éléments sur ce projet. La sanction est donc forte en pratique tant l'on sait que les opérations économiques doivent être rapides et confidentielles. Cette sanction civile forte dans les faits contraste grandement avec l'atténuation toujours plus fréquente des sanctions pénales.

### **B) De faibles sanctions pénales**

Même si la jurisprudence de la chambre criminelle a joué un rôle non négligeable dans les contours de la consultation du comité d'entreprise à l'occasion de l'arrêt *Haulotte*<sup>35</sup>, le droit pénal n'a cessé de reculer en la matière. Pour preuve, la loi du 6 août 2015 dite « loi Macron » vient partiellement dépenaliser le délit d'entrave. Pour rappel, le délit d'entrave est

---

<sup>31</sup> Cass., soc., 23 mai 2007 : JCP S 2007, 1836

<sup>32</sup> Article 809 du Code de procédure civile

<sup>33</sup> Cass., soc., 6 mars 2012 : RJS 5/2012, n° 469

<sup>34</sup> Cass., soc., 14 mars 2006 : JCP S 2006, 1416, note B. Boubli

<sup>35</sup> Cass., crim., 2 mars 1978, *Haulotte* : Bull. crim., 1978, n°83; JCP G 1979, II, 19052, note Ph. Salvage ; Dr. soc. 1978, p. 369, note J. Savatier

le fait de porter atteinte ou de tenter de porter atteinte à la constitution des instances représentatives du personnel, à la libre désignation de leurs membres ou à l'exercice régulier de leurs fonctions. La loi *Macron* a ainsi supprimé la peine d'emprisonnement encourue pour l'atteinte au fonctionnement régulier des IRP<sup>36</sup>. L'amende est cependant doublée. Il est à noter que la peine d'emprisonnement reste encourue lors d'une atteinte portée soit à la constitution soit à la libre désignation des membres des IRP. Le CHSCT est également pleinement concerné par ce recul de la peine de prison du fait des dispositions similaires de l'article L. 4742-1 du Code du travail. Pour la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation, le dirigeant est coupable s'il a directement participé à la négociation de l'opération ou s'il a eu pleine connaissance et en temps utile du projet<sup>37</sup>.

Il convient enfin de noter que le champ d'application du délit d'entrave peut être extrêmement vaste. Dans un arrêt très connu dit *Sietam Industries* de 1997, les juges du quai de l'Horloge avaient considéré que le chef d'entreprise de la société cessionnaire était coupable d'un délit d'entrave au motif qu'il n'avait pas communiqué au comité d'entreprise de la cédante les informations nécessaires au projet<sup>38</sup>. C'est ainsi que le délit d'entrave peut même être caractérisé par l'élément matériel et l'élément moral d'une personne tierce à la société. Les hypothèses de délit d'entrave sont nombreuses et il ne s'agit pas ici de les recenser. Néanmoins, la jurisprudence pénale ordonne qu'une chronologie bien précise soit respectée : la consultation doit avoir lieu avant la signature d'un contrat de cession par exemple - soit avant la prise de décision. Les membres du comité d'entreprise doivent toujours être alertés dans un délai suffisant pour leur permettre de donner leur avis<sup>39</sup>. Ce principe de consultation « préalable » exigé par le juge pénal n'a cessé d'irriguer les obligations sociales en matière de consultation des autres IRP et notamment du CHSCT (**section 2**).

## **Section 2 : La consultation du CHSCT en amont de la restructuration**

Même si le CHSCT peut apparaître comme ayant un rôle moindre par rapport au comité d'entreprise, le législateur lui octroie un champ de compétence non négligeable (§ 1) notamment grâce aux questions sensibles dont il traite. Une fois la compétence accordée, le

---

<sup>36</sup> Article L. 2328-1 du Code du travail

<sup>37</sup> Cass., crim., 2 mars 1978, préc.

<sup>38</sup> Cass., crim., 28 novembre 1997, *Sietam Industries* : Bull. crim. 1997, n°390

<sup>39</sup> Cass., crim., 28 novembre 1984 : Bull. crim. 1984, n° 375 ; JCP E 1985, II, 14481, note O. Godard



CHSCT obtient également ses propres moyens d'action (§ 2). La loi du 17 août 2015 a d'ailleurs modifié quelques dispositions relatives à cette instance représentative du personnel.

### **Paragraphe 1 : Le champ de compétence du CHSCT**

Le législateur a défini de manière claire les hypothèses de saisine du CHSCT (A) ; saisine qui s'avérera obligatoire pour l'employeur. Néanmoins, pour les entreprises de grande taille, les lois du 14 juin 2013 et du 17 août 2015 sont venues rationaliser son action (B).

#### **A) Une consultation obligatoire pour toute décision de restructuration importante**

Selon l'article L. 4612-1 du Code du travail, le CHSCT a principalement trois missions : la contribution à la santé physique et mentale et à la sécurité des salariés, la contribution à l'amélioration des conditions de travail et l'observation des prescriptions légales dans ces matières. Sa mission est consultative mais il est consulté sur « *les documents se rattachant à sa mission* »<sup>40</sup>. Lorsqu'une restructuration est envisagée par le chef d'entreprise, le CHSCT va devoir être consulté. Il faut néanmoins que cela concerne une « *décision d'aménagement important* » pour l'entreprise selon l'article L. 4612-8-1 du Code du travail : c'est ce qui conditionnera la possibilité de nommer un expert. Les notions de projet et de caractère important ont été précisées par la jurisprudence. Pour le juge, il faut s'efforcer de combiner une approche à la fois quantitative mais assez qualitative. L'approche quantitative fait référence au nombre de salariés concernés par le projet. Quant à l'approche qualitative, il convient de ne pas perdre de vue le rôle central du CHSCT : il veille au respect par le projet des conditions de travail. La Cour de cassation a ainsi dressé un panorama jurisprudentiel des projets voire restructurations qui induisent une consultation obligatoire du CHSCT. Concernant les restructurations, il a été jugé qu'un projet de transfert d'une activité d'une société vers sa filiale était suffisamment important au sens de l'article L. 4612-8-1<sup>41</sup>. Par ailleurs, la fusion peut être regardée comme un projet important : cela a notamment été jugé pour une fusion dissimulée dans un projet de réorganisation<sup>42</sup>.

#### **B) Une instance de coordination des CHSCT pour tout projet « commun »**

Dans un souci de rationalisation de la consultation du CHSCT, la loi du 14 juin 2013 a introduit la possibilité pour l'employeur de créer une instance de coordination des CHSCT

---

<sup>40</sup> Article L. 4612-12 du Code du travail

<sup>41</sup> Cass., soc., 12 juillet 2005 : JCP S 2005, 1264

<sup>42</sup> Cass., soc., 26 janvier 2012 : n°11-11799, inédit

lorsque des consultations obligatoires des CHSCT d'établissement concernent un « *projet commun* » à plusieurs établissements. Cette faculté est devenue une véritable obligation par l'effet de la loi *Rebsamen*. Pour une décision d'aménagement important, l'instance de coordination sera seule compétente pour rendre un avis sur le projet commun à plusieurs établissements (article L. 4616-1 du Code du travail). Les CHSCT d'établissement pourront néanmoins être saisis pour les mesures nécessitant une adaptation spécifique au sein de leur établissement. Lorsque l'instance de coordination est saisie, elle est seule compétente pour demander la désignation d'un expert. La loi évoque clairement le fait que l'expert est « *unique* » : en aucun cas les CHSCT locaux pourront demander une expertise. Il convient de rappeler que cette instance est temporaire. Ces réformes successives vont dans le bon sens car elles permettent de créer une instance ayant une vision d'ensemble de la restructuration.

## **Paragraphe 2 : Les moyens d'action du CHSCT**

La principale caractéristique de l'action du CHSCT est sa possibilité de recourir à l'expertise. Cette expertise est traditionnellement payée par l'employeur même si des conditions doivent être réunies (A). Pourtant, l'action du CHSCT doit se combiner avec celle du comité d'entreprise (B).

### **A) Un expert rémunéré par l'employeur**

Pour mener à bien sa mission, le CHSCT a la faculté de faire appel à un expert qui devra être agréé. Cet expert sera rémunéré par l'employeur. Conformément à l'article L. 4614-12 du Code du travail<sup>43</sup>, le CHSCT peut nommer un expert quand il y a un « *risque grave* » ou en cas de « *projet important modifiant les conditions de travail, prévu à l'article L. 4612-8-1* ». Ce qui va cristalliser les conflits est le paragraphe 1 de l'article L. 4614-13 qui dispose que les frais d'expertise sont à la charge de l'employeur. La jurisprudence exigeait que l'expert soit nommé pour une question qui était inscrite à l'ordre du jour : cela était source d'incertitudes. En effet, le CHSCT ne pouvait pas demander la nomination d'un expert pour une restructuration dont il n'était pas encore saisi. Néanmoins et suite à la loi *Rebsamen*, l'article L. 4614-8 du Code du travail dispose que « *les consultations rendues obligatoires par une disposition législative ou réglementaire ou par un accord collectif de travail sont inscrites de plein droit à l'ordre du jour par le président ou le secrétaire* ». L'employeur ne peut donc plus commettre un délit d'entrave en omettant de porter à l'ordre du jour la consultation sur le projet important. Cette expertise relative à un projet important est encadrée

---

<sup>43</sup> Ainsi qu'aux articles R. 4614-6 à R. 4614-13 du Code du travail

par un délai. Ce délai est d'un mois<sup>44</sup> mais peut être prorogé dans une limite de 45 jours si l'expertise nécessite plus de temps. Sur rapport de l'expert, le CHSCT rendra son avis dans ce délai.

Néanmoins, la nomination d'un expert n'est pas sans conséquence financière pour l'employeur. Il n'est donc pas rare qu'il cherche à la contester. Le législateur<sup>45</sup> a prévu cette hypothèse afin de prévenir de trop grands développements jurisprudentiels. Ainsi, « *l'employeur qui entend contester la nécessité de l'expertise, la désignation de l'expert, le coût, l'étendue ou le délai de l'expertise* » est en droit de saisir le juge judiciaire.

### **B) Une action coordonnée avec le comité d'entreprise**

Les instances représentatives du personnel ne doivent pas se neutraliser entre elles ni entraver mutuellement leurs missions. C'est pourquoi l'action du CHSCT doit être intimement liée à celle du comité d'entreprise lorsqu'un projet de restructuration est envisagé. Un dialogue a donc été instauré entre ces deux IRP. Aux termes de l'article L. 2323-16 du Code du travail, « *le comité d'entreprise peut confier au CHSCT le soin de procéder à des études portant sur des matières de la compétence de ce dernier* ». Aucun texte ne dispose que le CHSCT doit être consulté en premier mais il est vrai que c'est l'institution spécialisée. Or, le comité d'entreprise se nourrira de ses expertises pour rendre son avis. Le comité d'entreprise pourra alors retarder légitimement le prononcé de son avis jusqu'à ce que le CHSCT se prononce. Toutefois, le juge a voulu prévenir les abus. La jurisprudence affirme que le comité d'entreprise peut se prévaloir d'une irrégularité dans la procédure de consultation du CHSCT lorsque ce dernier a été saisi<sup>46</sup>. Sur l'articulation des consultations des IRP lors d'une restructuration, le droit social mériterait d'être réformé plus encore afin de présenter un déroulé précis et simple pour le chef d'entreprise.

---

<sup>44</sup> Article R. 4614-18 du Code du travail

<sup>45</sup> Article L. 4614-13 du Code du travail

<sup>46</sup> Cass., soc., 4 juillet 2012 : JCP G 2012, 1542, note F. Duquesne

## **Partie 1 : L'impact des restructurations sur la situation individuelle des salariés**

En son article L. 1224-1, le Code du travail dispose que « *lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise* ». Adopté par une loi du 19 juillet 1928, cet article est resté sans modification et a fait l'objet d'abondants commentaires. C'est la jurisprudence qui a permis au fil des années d'adapter ce texte aux exigences du monde contemporain des affaires.

Si l'on se remémore le principe de l'effet relatif des conventions posé par l'article 1165 du Code civil, il est vrai que le droit du travail y déroge fortement. Par principe, un contrat de travail ne lie le salarié qu'à son employeur. Un nouvel employeur se substituant au premier ne pourrait a priori pas être lié par ce contrat. Néanmoins, le dessein travailliste est éloigné des seules préoccupations civilistes : le droit du travail entend assurer la stabilité de l'emploi face aux fluctuations économiques. Indépendamment de la situation juridique nouvelle de l'employeur, le lien contractuel et, au-delà, la pérennité de l'emploi doivent être maintenus. Bien entendu, le droit du travail aurait pu se contenter des instruments mis à sa disposition par le droit des obligations. On pense notamment à des mécanismes comme la cession de contrat ou encore la stipulation pour autrui de l'article 1121 du Code civil. Néanmoins, il n'en est rien : l'étonnant article L. 1224-1 du Code du travail se veut l'unique garant de la pérennité de l'emploi.

Le droit de l'Union européenne s'est également emparé de la question. En 1977<sup>47</sup>, l'Union européenne a adopté une directive - modifiée par deux fois - qui s'est donnée pour objectif de « *protéger les travailleurs en cas de changement de chef d'entreprise en particulier pour assurer le maintien de leurs droits* »<sup>48</sup> nonobstant les restructurations — restructurations appelées ici « transferts ». Ces textes sont les parfaits témoins de l'interaction entre le législateur national et le droit des institutions européennes. Par application du principe de primauté du droit de l'Union européenne,

---

<sup>47</sup> Directive n° 77/187/CEE, du 14 février 1977, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements, JOCE, n° L. 61, 5 mars 1977, p. 26 modifiée par la directive n° 98/50/CE du 29 juin 1998, JOCE n° L. 201, 17 juil. 1998, p. 88 et codifiée par la directive n° 2001/23/CE, du 12 mars 2001, JOCE n° L. 82, 22 mars 2001, p. 16.

<sup>48</sup> Directive n° 2001/23/CE, du 12 mars 2001, considérant 3

les juges vont devoir appliquer l'article L. 1224-1 du Code du travail à la lumière de cette directive. La jurisprudence de la CJUE est particulièrement abondante et nécessaire à la compréhension du sort des contrats de travail lors d'une opération de restructuration.

Le bon déroulement des transferts des contrats de travail d'un employeur à un autre est subordonné à l'identification d'une entité économique autonome (**chapitre 1**). Cette dernière permettra ensuite d'envisager la protection des contrats de travail (**chapitre 2**).

# **Chapitre 1 : Les conditions du maintien des contrats de travail lors du transfert**

Mettre en oeuvre la protection légale conférée par l'article L. 1224-1 implique de caractériser l'entité qui fera l'objet du transfert (**section 1**). Il faudra ensuite déterminer si l'opération de restructuration est comprise dans le champ d'application de cet article tant la notion de « restructuration » est polysémique (**section 2**).

## **Section 1 : Les critères d'identification de l'entité objet du transfert**

Traditionnellement, les jurisprudences française et européenne s'opposaient sur la définition de l'entité faisant l'objet d'une restructuration. Même si ces divergences se sont depuis lors atténuées, elles permettent de déterminer les éléments de l'entité faisant l'objet d'un transfert. Pour l'assemblée plénière de la Cour de cassation<sup>49</sup>, l'entreprise doit représenter une entité économique autonome (§ 1) qui garde son identité (§ 2) et dont l'activité peut être poursuivie ou maintenue (§ 3).

### **Paragraphe 1 : Une entité économique autonome exigée**

La question est centrale voire primordiale pour l'application du droit social à la restructuration : quelle entité économique est perçue comme pouvant faire l'objet d'une restructuration ? Pour répondre à cette question, le droit de l'Union européenne apporte un éclairage (**A**) sur la position du droit positif (**B**).

#### **A) L'influence du droit de l'Union européenne**

Dans le droit de l'Union européenne, c'est tout d'abord la directive du 12 mars 2001 qui fait allusion dans le paragraphe 1<sup>er</sup> de son premier article à l'entité économique. Elle est « *entendue comme un ensemble organisé de moyens* ». La jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes a précisé que l'entité économique devait être organisée de « *manière stable* »<sup>50</sup>. De plus, la notion d'entité est précisée par un arrêt de 1997 : une entité est « *un ensemble organisé de personnes et d'éléments permettant l'exercice d'une activité* »

---

<sup>49</sup> Cass., ass. plé., 16 mars 1990, SARL Onet : Bull. civ. , n°4 ; D. 1990, 305, note A. Lyon-Caen

<sup>50</sup> CJCE, 19 septembre 1995, aff. C-48/94, Rygaard, point 21

*économique poursuivant un objectif propre* »<sup>51</sup>. L'entité ne peut être réduite à la seule activité mais s'étend au contraire à tous ses composants internes tels que le personnel ou encore les moyens matériels mis à sa disposition. Par ailleurs, l'autonomie s'entend de la liberté d'organisation et d'exécution des tâches par le groupe : l'entreprise doit avoir un minimum de champ libre dans son action. Ces décisions européennes sont importantes notamment car la Cour de cassation a repris dans un arrêt de 1998<sup>52</sup> la définition de l'entité économique dégagée par l'arrêt *Ayşe Süzen* en indiquant qu'il fallait interpréter l'article L. 1224-1 du Code du travail conformément aux dispositions de la directive du 14 février 1977 (donc celle du 12 mars 2001 aujourd'hui). L'arrêt *Ayşe Süzen* met ainsi l'accent non pas sur l'activité en elle-même mais sur la faculté de poursuivre une activité économique grâce à un ensemble cohérent et fonctionnel composé de moyens humains et matériels.

### **B) La consécration en droit interne de la théorie de l'entreprise-organisation**

Depuis un arrêt du 16 mars 1990, la chambre sociale de la Cour de cassation entend caractériser pour l'application de l'article L. 1224-1 l'existence « *d'une entité autonome conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise* ». Sur la notion « d'entité autonome », il faut remarquer que l'adjectif 'autonome' marque une rupture avec la jurisprudence passée. En effet, la Haute juridiction faisait auparavant primer la théorie dite de l'entreprise-activité : il importait uniquement de rechercher une activité semblable à celle qui avait lieu avant le transfert. Aujourd'hui, une entité doit s'entendre comme une structure capable de réaliser des travaux mais n'ayant pas nécessairement la personnalité morale. Les moyens de cette structure sont à la fois humains (des salariés) mais également matériels (des actifs comme des machines par exemple). Cet ensemble permet de réaliser une activité économique qui peut être « accessoire » (terme de la directive de 2001) ou « détachable » (pour le juge français) de l'activité principale de l'entreprise cédante. En cela, la jurisprudence française s'accorde avec la jurisprudence *Ayşe Süzen* de 1997 de la CJCE. Cette notion d'autonomie a permis d'étendre considérablement le champ d'application de l'article L. 1224-1 : la cession d'une branche d'activité a pu être perçue comme la cession d'une entité économique autonome par le juge français<sup>53</sup>.

Il est à noter que la jurisprudence de l'Union européenne diverge avec la jurisprudence française sur la question des secteurs dits de « main d'oeuvre ». En effet, le juge communautaire considère que « *dans certains secteurs dans lesquels l'activité repose*

---

<sup>51</sup> CJCE, 11 mars 1997, aff. C-13/95, *Ayşe Süzen*, point 15

<sup>52</sup> Cass., soc., 7 juillet 1998 : RJS 1998, n° 1346 ; Dr. soc. 1998, p. 948, obs. A. Mazeaud

<sup>53</sup> Cass., soc., 19 février 1981

*essentiellement sur la main d'oeuvre, une collectivité de travailleurs que réunit durablement une activité commune peut correspondre à une entité économique* »<sup>54</sup>. C'est une formule qui datait de l'arrêt *Ayşe Süzen* mais qui a acquis depuis le statut de jurisprudence constante. La formule de la CJUE est ambiguë et la Cour de cassation « fait de la résistance » comme le souligne dans sa thèse Magali Gadrat. La Haute juridiction refuse d'appliquer l'article L. 1224-1 du Code du travail lorsqu'il y a une absence de transfert d'éléments corporels voire incorporels. Le juge français exclut la simple poursuite de l'activité : en elle-même, l'exécution d'un marché de prestations de service par une nouvelle personne ne rentre pas dans les conditions de l'article L. 1224-1. Le juge du fond devra déterminer si l'entité est bien autonome<sup>55</sup>. La Cour refuse ici de renouer avec la théorie de l'entreprise-activité pour les prestations de service.

## **Paragraphe 2 : Une entité à l'identité maintenue**

L'entité économique doit non seulement être autonome mais elle doit aussi voir son identité préservée lors de l'opération. La jurisprudence a mis en place une méthode du faisceau d'indices pour s'assurer de la pérennité de cette identité (A) même si des cas de disparition de l'entité ont émergé (B).

### **A) Un faisceau d'indices pour identifier la pérennité de l'entité**

La poursuite de l'identité de l'entité économique autonome se mesure lors du transfert de cette dernière et cela « *quelle que soit son évolution future* »<sup>56</sup>. Très tôt, la jurisprudence avait suivi sa théorie de l'entreprise-activité et simplement exigé que l'entreprise puisse fonctionner sous une direction nouvelle avec les mêmes emplois et possibilités d'emploi<sup>57</sup>. Néanmoins, l'influence du droit communautaire fut croissante et les juges du quai de l'Horloge changèrent radicalement leurs exigences vis-à-vis de l'article L. 1224-1 du Code du travail. En effet, la directive du 12 mars 2001 considère « *comme transfert au sens de la directive, celui d'une entité économique maintenant son identité* »<sup>58</sup>. La Cour de Luxembourg en avait fait très tôt une condition dans l'arrêt *Spijkers*<sup>59</sup> de 1986 : « *le critère décisif pour*

---

<sup>54</sup> CJCE, 24 janv. 2002, *Temco*, aff. C-51/00, RJS 4/02, *Chron.*, p. 300, n° 300 ; LPA 2002, n° 103, p. 4, note G. Picca et A. Sauret

<sup>55</sup> Cass., soc., n°99-43.838, 20 mai 2011, *Sodexho c/ Ben Nasser*

<sup>56</sup> Cass., soc., 2 février 2006 : RJS 4/2006, n° 398

<sup>57</sup> Cass., soc., 9 juillet 1980 - Cass., soc. 8 février 1984

<sup>58</sup> Article 1er, § 1, b, de la directive du 12 mars 2001

<sup>59</sup> CJCE, 18 mars 1986, aff. C-24/85, *Spijkers*



*établir l'existence d'un transfert (...) est de savoir si l'entité en question garde son identité, ce qui résulte notamment de la poursuite effective de l'exploitation ou de sa reprise* ». Pour déterminer si l'entité a gardé son identité, la jurisprudence européenne propose la méthode du faisceau d'indices. Ainsi, pour voir si les conditions d'un transfert d'une entité sont remplies, il faut prendre en considération des éléments de fait qui peuvent être par exemple : le type d'entreprise, le transfert ou non d'éléments corporels, la reprise ou non de l'ensemble des salariés, la durée d'une possible suspension des activités etc.

Dans le cas d'un groupe de sociétés, la directive du 12 mars 2001 valable pour « *tout transfert d'entreprise, d'établissement ou de partie d'entreprise ou d'établissement* »<sup>60</sup> et l'article L. 1224-1 du Code du travail trouvent à s'appliquer. Néanmoins, la méthode du faisceau d'indices permet de douter de l'appréciation de l'entité au niveau uniquement local : ne faudrait-il pas apprécier l'entité au niveau du groupe de société ou d'une unité économique et sociale (UES) ? C'est tout à fait possible dans une UES dans la mesure où elle ne constitue qu'une « seule entreprise » au regard du droit du travail<sup>61</sup>. La question du groupe de sociétés a deux issues possibles. Si l'entité est démembrée et transférée à plusieurs sociétés du groupe, alors il n'est pas concevable d'envisager l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail. En revanche, si une branche d'activité composée de plusieurs filiales est cédée mais garde une cohérence, alors la méthode du faisceau d'indices s'appliquera.

### **B) Des hypothèses de disparition de l'entité**

Dans un premier temps, la jurisprudence française n'avait — pour justifier la poursuite de l'identité de l'entité — pas exigé qu'il y ait un lien de droit entre l'employeur cédant et l'employeur cessionnaire. Par exemple, il n'était pas nécessaire de prouver que le nouvel employeur était en réalité l'ayant cause de l'ancien<sup>62</sup>. En droit communautaire, la notion de « transfert » avait posé également problème notamment à cause de traductions linguistiques de la directive. Le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 1 de la directive du 14 février 1977 visait les « cessions conventionnelles » ce qui donnait en anglais *legal transfert*. Il y avait ainsi une hésitation quant à l'exigence d'un lien de droit préexistant ou non. La CJCE décida dans l'arrêt *Ayşe Süzen* qu'il « *n'était pas nécessaire qu'il existe des relations contractuelles directes entre le cédant et le cessionnaire* ». Il y a donc eu une indifférence au transfert. La question du lien de droit est intimement liée à celle de la disparition de l'entité économique autonome. Si le lien de droit n'est pas à prouver, il faut alors se rabattre sur la méthode du

---

<sup>60</sup> Article 1er, § 1, a, de la directive du 12 mars 2001

<sup>61</sup> Cass., soc., 16 octobre 2001

<sup>62</sup> Cass., soc., 20 avril 1951 : Bull. civ. 1951, III, n°306

faisceau d'indices pour voir si l'entité a disparu. Prouver le lien de droit aurait en pratique considérablement facilité le travail du juge.

Ainsi, la recherche de la disparition de l'identité de l'entité est nécessaire pour exclure l'application de l'article L. 1224-1. L'absence du lien contractuel ne présume pas une exclusion totale du transfert d'une entité économique autonome comme le rappelle l'arrêt *Ayşe Süzen*. Dans la jurisprudence française, les contours de cette méthode consistant à prouver l'absence de l'identité de l'entité ne sont pas clairs. Il est possible de citer des hypothèses de disparition de l'identité. Ainsi, il n'est pas rare de trouver des arrêts qui considère qu'un démembrement d'activité constitue la mort de l'entité. C'est l'exemple de la transformation d'une activité à la suite d'une location-gérance par le locataire-gérant : il avait transféré dans un autre lieu tous les éléments essentiels à l'exploitation si bien qu'il n'y avait « plus d'identité entre l'entreprise qu'avait exploitée le locataire-gérant et celle qu'il laissait à son départ »<sup>63</sup>. Il en va de même dans les hypothèses d'un changement profond du mode de fonctionnement de l'entité : l'entreprise n'est plus du tout la même. C'est par exemple la mise en place d'instruments automatisés qui font disparaître le besoin de main-d'oeuvre<sup>64</sup>. Enfin, le passage de l'entité du privé au public ne peut être regardé comme modifiant profondément l'organisation de l'entité à tel point qu'elle en perdrait son identité. La jurisprudence française — suivant la jurisprudence de la CJUE — a admis que « la seule circonstance que le cessionnaire soit un établissement public à caractère administratif lié à son personnel par des rapports de droit public ne peut suffire à caractériser une modification dans l'identité de l'entité transférée »<sup>65</sup>.

### **Paragraphe 3 : Une activité pouvant être poursuivie ou reprise**

La troisième et dernière condition est la poursuite ou la reprise de l'activité économique par le nouvel employeur. Si elle peut apparaître comme évidente, cette condition engendre pour le nouvel employeur une obligation de poursuite de l'activité (A) ; activité qui peut ne pas être exactement identique à la première (B).

#### **A) Une poursuite de l'activité nécessaire**

---

<sup>63</sup> Cass., soc., 9 juin 1983 : Bull. civ. 1983, n°391

<sup>64</sup> Cass., soc., 23 mai 1984 : Bull. civ. 1984, n° 221

<sup>65</sup> Cass. soc., 25 juin 2002, Bull. civ. V, n° 209 ; RJS 2002, n° 1078 ; AJDA 2002, p. 695, note S. Pugeault ; Dr. soc. 2002, p. 1013, note A. Mazeaud

Aux termes de l'arrêt *Bork* de la Cour de justice de l'Union européenne<sup>66</sup>, l'entreprise objet de la restructuration garde son identité lorsque « *l'exploitation est effectivement poursuivie ou reprise par le nouveau chef d'entreprise, avec les mêmes activités économiques* ». Le juge interne retient également la nécessité de poursuivre l'activité économique comme le rappelle l'assemblée plénière dans son arrêt de 1990 précité. Ces deux droits s'attachent ainsi à la poursuite de l'activité économique même si celle-ci a subi des modifications dans sa forme. De plus, si l'activité secondaire ou accessoire n'est pas reprise par le nouvel employeur, cela n'affecte pas l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail du moment que l'activité principale a été transmise et continue d'être exercée<sup>67</sup>. Enfin, il s'agit bien de la poursuite d'une activité économique qui s'entend par exemple d'une activité de production, de service ou encore de vente. Plusieurs cas d'espèce avaient soulevé des questions concernant la cession de propriétés immobilières qui étaient notamment destinées à un usage privé (des résidences secondaires en somme). La Cour de cassation a expressément exclu l'application de l'article L. 1224-1 au motif que la vente d'une propriété immobilière ne peut être considérée comme une vente d'une entreprise et, a fortiori, d'une entité économique autonome<sup>68</sup>.

### **B) Une activité pouvant être similaire**

L'arrêt *Bork* évoque le fait que l'exploitation peut être poursuivie ou reprise avec des « *activités analogues* ». La modification profonde de l'activité va non seulement effacer l'identité de l'activité économique mais également changer l'exploitation de manière irréversible. L'application de l'article L. 1224-1 autorise néanmoins que l'activité soit modifiée de manière légère. C'est ainsi que la jurisprudence tolère une activité dite « *similaire* ». La Haute juridiction se montre d'ailleurs très souple dans ses interprétations : par exemple, elle juge que le transfert des moyens matériels utiles à l'exploitation d'un restaurant et qui a permis à l'employeur de « *poursuivre une activité de même nature* »<sup>69</sup> rentre dans le champ d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail.

Au final, l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail est subordonnée à la démonstration d'un transfert d'une entité économique autonome dont l'activité a été reprise et l'identité préservée. Le droit social ne pouvant limiter l'opération de restructuration doit alors

---

<sup>66</sup> CJCE, 15 juin 1988, aff. 101/87, *Bork*

<sup>67</sup> Cass., soc., 30 novembre 2010 : RJS 2/2011, n°100

<sup>68</sup> Cass., soc., 5 décembre 1989 : RJS 1990, n°91

<sup>69</sup> Cass., soc., 12 octobre 2004 : RJS 12/2004, n° 1249

protéger du mieux possible la situation des salariés. C'est ainsi que le champ d'application de l'article L. 1224-1 se veut le plus large possible (**section 2**).

## **Section 2 : Le champ d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail**

Après avoir identifier les conditions relatives à l'entité qui fera l'objet du transfert, il convient d'envisager maintenant le champ d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Il concerne deux composantes essentielles de la restructuration des entreprises : les contrats de travail (§ 1) et le type d'opération envisagée (§ 2).

### **Paragraphe 1 : La protection des contrats de travail en cours au jour du transfert**

Le transfert des contrats de travail s'effectue au jour de la modification dans la situation juridique de l'employeur. Du fait de leurs situations particulières, les salariés protégés méritent une étude distincte (**B**). Les contrats de travail ordinaires doivent eux obéir à des conditions précises (**A**).

#### **A) L'affectation des salariés ordinaires**

Dans un premier temps, le droit est indifférent à la nature des contrats de travail mais il faut que les emplois soient précisément affectés à la nouvelle entité<sup>70</sup>. Le critère de l'affectation suppose que le salarié fasse un travail qui s'inscrit pleinement dans l'activité de l'entité cédée ; en aucun cas le travail peut être ponctuel voire épisodique. L'analyse sera casuistique en fonction du type de contrat de travail. A ce propos, la directive 2001/23 en son article 2.2, considère que son champ d'application s'étend à des contrats de travail à durée déterminée mais également aux relations de travail intérimaire. Plus généralement encore, le terme « travailleur » doit s'entendre comme « *toute personne qui, dans l'Etat membre concerné, est protégée en tant que travailleur dans le cadre de la législation nationale* »<sup>71</sup>. La directive précise néanmoins qu'elle laisse libre aux Etats-membres la compétence de définir ce qu'est un contrat ou une relation de travail. C'est ainsi qu'énormément de types de contrat peuvent être considérés dans le champ de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Le droit français a donc fortement étendu la qualité de travailleur et les contrats de travail concernés sont

---

<sup>70</sup> Cass., soc., 6 octobre 2010, n°09-40.976

<sup>71</sup> Article 2, § 2, de la directive du 12 mars 2001

multiples. Ainsi, la jurisprudence admet des contrats de travail soumis à une autorisation extérieure comme par exemple les contrats nécessitant une habilitation. La Cour de cassation a également admis son application lors d'un cumul entre un mandat social et un contrat de travail : pour cela, il faut que les conditions du cumul soit réunion. Le cumul est possible sous trois conditions : l'existence d'un lien de subordination juridique, la différence entre les fonctions et l'effectivité de l'emploi<sup>72</sup>. Il est également pertinent de considérer que l'article L. 1224-1 s'applique aux relations de travail établies sous l'empire du Code rural comme l'affirme l'assemblée plénière de la Cour de cassation dans un arrêt du 21 janvier 1964. Les contrats d'apprentissage sont également transférés en vertu d'une jurisprudence de 1982<sup>73</sup>. En outre, si l'article ne mentionne uniquement que les « *contrats de travail* » dans sa lettre, il est certain que son champ d'application est vaste du fait de la liberté laissée par le juge communautaire aux Etats membres.

Dans un second temps, il convient de préciser que l'applicabilité de cet article ne vaut que pour les contrats « *en cours au jour de la modification* ». Cette formulation est d'ailleurs présente dans le droit de l'Union européenne qui décide que les dispositions de la directive du 12 mars 2001 ne sont applicables qu'aux travailleurs « *au service de l'entreprise à la date du transfert* »<sup>74</sup>. Le moment d'appréciation pour le juge est donc la date du transfert. Ainsi, les salariés licenciés avant l'opération ne pourraient faire valoir leurs droits de maintien que s'ils démontrent une fraude. Néanmoins, s'il y a une absence de fraude à leurs droits, alors ils sont valablement exclus car leurs contrats de travail n'étaient plus en cours au jour de la restructuration. La jurisprudence communautaire apporte des précisions quant à la détermination du moment précis où l'opération de restructuration a lieu. Ce moment ne peut être soumis à la volonté de l'employeur : l'arrêt *Rotsart de Hertaing*<sup>75</sup> rappelle que le transfert a lieu à la date de l'opération de restructuration ; admettre qu'un employeur puisse repousser cette date viendrait à priver de tout effet impératif la directive de 2001. En 2005, l'arrêt *Celtec*<sup>76</sup> est venu dissiper certains doutes : il affirme qu'il faut se référer à un « *moment précis* » de l'opération. Le moment choisi est non pas le début du processus de restructuration mais la « *date à laquelle intervient la transmission, du cédant au cessionnaire, de la qualité de chef d'entreprise responsable de l'exploitation de l'entité en cause* ». Cette date fait ainsi échec à une éventuelle rétroactivité qui pourrait être contenue dans des contrats ou prévues

---

<sup>72</sup> Cass., soc., 5 novembre 2009 : JCP S 2009, 1580

<sup>73</sup> Cass., soc., 4 mars 1982, Bull. civ., n°146

<sup>74</sup> CJCE, 7 février 1985, aff. C-19/83, *Wendelboc*

<sup>75</sup> CJCE, 14 novembre 1996, aff. C-305/94, *Rotsart de Hertaing*

<sup>76</sup> CJCE, 26 mai 2005, aff. C-478/03, *Celtec*

dans des opérations de cession ou de fusion. La date du transfert a un caractère d'ordre public car elle s'inscrit dans les règles portées par l'article L. 1224-1 du Code du travail.

### **B) La procédure particulière applicable aux salariés protégés**

La place des salariés protégés lors des restructurations est délicate car elle est intimement liée au sort des institutions représentatives du personnel. Le législateur a jugé bon d'instituer une procédure particulière pour les transferts partiels. Il convient néanmoins de différencier selon que le transfert d'activité est total ou partiel. Le transfert total implique que l'entité passe totalement sous le contrôle d'une autre entité alors que le transfert partiel se limite à la reprise d'une partie de l'entreprise ou d'un établissement. Dans le cas d'un transfert total de l'activité, les contrats de travail des salariés protégés sont transférés avec ceux des salariés ordinaires. Ainsi, il ne pourrait y avoir de mesures discriminatoires prises contre les salariés protégés. L'article L. 1224-1 du Code du travail recevra une pleine effectivité<sup>77</sup>.

En revanche, en cas de transfert partiel d'activité, le législateur a prévu une protection dans l'hypothèse où un employeur peu scrupuleux voudrait se débarrasser de salariés titulaires d'un mandat représentatif. En application des articles L. 2414-1 et L. 2421-9 du Code du travail, la transmission des contrats de travail en cas de transfert partiel est subordonnée à une autorisation préalable délivrée par l'inspecteur du travail. Cette procédure administrative est d'ordre public et le salarié en question ne peut pas s'y soustraire<sup>78</sup>. L'employeur a ainsi l'obligation d'adresser à l'inspecteur du travail — et au moins quinze jours avant l'opération envisagée — une demande d'autorisation de transfert conformément à l'article R. 2421-17 du Code du travail. L'inspecteur du travail va alors devoir contrôler que le salarié protégé sera bien affecté à l'entité faisant l'objet du transfert partiel. Si les conditions ne sont pas réunies, il refusera l'affectation du salarié protégé. Ensuite, l'inspecteur devra vérifier si le salarié fait ou non l'objet d'une mesure discriminatoire conformément aux exigences de l'article L. 2421-9 du Code du travail. En cas d'absence d'autorisation, le transfert du contrat de travail du salarié protégé est nul comme l'a décidé la Cour de cassation par l'intermédiaire de sa chambre sociale le 24 novembre 1994. Cela entraîne une obligation de réintégration dans l'entreprise du cédant et la rupture du contrat de travail lui est pleinement imputable. De manière étonnante, la Cour de cassation a admis que le cédant devait verser des dommages-intérêts au salarié pour licenciement sans cause réelle et sérieuse<sup>79</sup>. Pour Sébastien

---

<sup>77</sup> Cass., soc., 15 novembre 2011, n° 10-15.294

<sup>78</sup> Cass., soc., 6 avr. 2004, RJS 7/04, n° 831

<sup>79</sup> Cass., soc., 18 juin 2014, n° 13-10.204

Tournaux<sup>80</sup>, il est étonnant de dire que le transfert n'a jamais eu lieu et d'affirmer dans le même temps que le contrat de travail a été rompu. Dans un souci d'indemnisation, la jurisprudence se perd quelque peu ici. Il convient de noter que les articles L. 2431-1 à L. 2434-4 du Code du travail prévoient une peine d'emprisonnement ainsi qu'une amende pour délit d'entrave.

## **Paragraphe 2 : L'étendue des opérations de restructuration**

La vie des affaires est remplie d'opérations plus diverses les unes que les autres. L'article L. 1224-1 du Code du travail envisage dans une liste non limitative des opérations qui tombent dans son champ de protection. Il convient de les présenter (A) sans toutefois oublier qu'il y a des hypothèses qui ne sont pas concernées par cet article (B).

### **A) Une liste non limitative de restructurations**

Bien que de prime abord l'article L. 1224-1 du Code du travail et la directive n° 2001/23 énumèrent des listes de restructurations, ces listes ne sont pas limitatives. La Cour de cassation l'a rappelé à plusieurs reprises en indiquant que « *ce texte, destiné à assurer aux salariés des emplois stables, ne contient pas une énumération limitative de modifications dans la situation de l'employeur* »<sup>81</sup>. C'est ainsi que des opérations variées peuvent entrer dans le champ d'application de ces dispositions protectrices de l'emploi des salariés. Surtout, le Code du travail appréhende les évolutions de l'entreprise comme le prouve l'enchaînement des opérations dans le texte même de l'article L. 1224-1 : « *notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds ou mise en société de l'entreprise* ». Pour exemple, les fusions vont concerner aussi bien la fusion-absorption que la fusion qui débouche sur la création d'une entité nouvelle<sup>82</sup>. L'hypothèse très courante en pratique et qui n'est pas expressément mentionnée par l'article est celle de la création d'une filiale. La Haute juridiction a jugé que l'article s'appliquait lors de la constitution par plusieurs sociétés d'une filiale qui serait bénéficiaire d'un transfert d'activités<sup>83</sup>. Il en va également de même pour toutes les opérations entourant la constitution de la société. Un arrêt *SARL Barec c/ Hammam* a jugé qu'il y avait application de la disposition précitée même lorsque le nouvel employeur

---

<sup>80</sup> S. Tournaux, « Le licenciement « de fait » du salarié protégé transféré sans autorisation administrative », *Lexbase hebdo éd. soc. du 3 juillet 2014*

<sup>81</sup> Cass., soc., 19 janvier 1966 : Bull. civ. 1966, IV, n° 67

<sup>82</sup> Cass., soc., 8 décembre 1976, Bull. civ. 1976, V, n° 643

<sup>83</sup> Cass., soc., 5 février 1975, Bull. civ. 1975, Bull. civ., V, n° 154

est une société en cours de constitution. Dans les faits, le salarié est réputé avoir été transféré de plein droit à une entité qui n'avait pas encore été créée<sup>84</sup>.

L'applicabilité de l'article L. 1224-1 ne se cantonne pas uniquement aux évolutions de la société. En effet, des opérations mettant en cause l'intervention d'un tiers sont également appréhendées. La Cour de cassation entend ainsi faire valoir cette disposition pour la concession d'une marque jugeant que « *la reprise de la représentation d'une marque et la clientèle y afférente par la société propriétaire de la marque ou sa filiale (...) entraîne le transfert d'une entité économique* »<sup>85</sup>. Dans la foulée, il convient de voir que cet article s'applique pour les contrats de franchise mais également les concessions d'activité<sup>86</sup>. D'un point de vue plus remarquable, il a été jugé que le bail de locaux ou de matériel peut tomber dans ce champ d'application. En effet, la même activité économique peut très bien être poursuivie par un nouveau locataire. C'est exactement la même hypothèse dans le cas d'une location-gérance ; cas où les contrats de travail seront continués par le nouveau locataire-gérant<sup>87</sup>. Par conséquent, le champ d'application s'étend bien au-delà de la lettre de la loi mais il admet des limites.

### **B) Des restructurations exclues**

Certaines opérations sont exclues du champ d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Il en va ainsi des opérations liées au droit des sociétés. L'exemple le plus fort est sans nul doute celui des mandats sociaux qui ne peuvent pas être transférés par l'effet de l'article précité. C'est aussi le cas pour les prises de participation et les changements de contrôle au sein des sociétés : c'est pourtant le quotidien de la vie des affaires. L'hypothèse est la suivante : est-ce qu'un salarié peut invoquer le changement de contrôle au niveau du capital pour faire reconnaître une restructuration protégeant son contrat de travail ? La chambre sociale a expressément exclu cette hypothèse en considérant qu'une modification capitalistique n'est pas constitutive d'un changement d'employeur. Les prises de contrôle sont donc exclues de l'article L. 1224-1<sup>88</sup>. Sur le même principe, il faut évoquer l'hypothèse de la reprise d'une société par ses propres salariés. La Cour, dans un arrêt du 3 mai 2011, a refusé d'appliquer l'article L. 1224-1 du Code du travail à l'entreprise constituée par des

---

<sup>84</sup> Cass., soc., 21 mars 2001

<sup>85</sup> Cass., soc., 13 avril 1999, n° 96-44.254

<sup>86</sup> Cass., soc., 11 juillet 1994

<sup>87</sup> Cass., soc., 23 janvier 1974, Bull. civ., V, n° 55

<sup>88</sup> Cass., soc., 19 décembre 1990, Bull. civ. 1990, V, n° 678



anciens salariés à la suite de leur licenciement pour motif économique consécutif à une liquidation judiciaire<sup>89</sup>.

L'hypothèse de l'externalisation de l'activité auparavant gérée par une entreprise est également exclue du champ d'application de l'article L. 1224-1. C'est ce qu'a jugé la chambre sociale de la Cour de cassation dans le fameux arrêt *Perrier* : un simple démembrement d'un service central ne disposant pas d'une autonomie dans ses moyens — et en raison de la polyvalence de ses salariés — ne peut constituer une entité économique autonome<sup>90</sup>. Le fait de ne pas disposer de moyens de production spécifique est rédhibitoire : on retrouve ici le critère de l'autonomie. Ainsi, il y a eu en jurisprudence le cas classique de la conclusion d'un contrat d'entreprise avec une société de nettoyage : la conclusion de ce contrat n'a pas entraîné une modification dans la situation juridique de l'employeur<sup>91</sup>. La jurisprudence en vient à exiger un transfert d'éléments corporels ou incorporels « significatifs »<sup>92</sup>. Cette position est finalement heureuse car elle permet de rationaliser quelque peu les cas d'application de l'article L. 1224-1; article solitaire qui a vu se développer autour de lui tant de conditions d'application.

Si toutes les conditions requises pour le maintien des contrats de travail lors du transfert sont réunies, alors l'application de l'article L. 1224-1 permettra de sauvegarder les emplois. Néanmoins, il est courant que des pratiques conventionnelles viennent organiser les conséquences du transfert ou que des licenciements soient prononcés en amont du transfert. Le droit social va s'efforcer d'encadrer l'opération de restructuration pour préserver la stabilité des emplois tout au long du transfert. (**chapitre 2**).

---

<sup>89</sup> Cass., soc., 3 mai 2011, *Dr. soc.* n° 718 2011, p. 865, note A. Mazeaud

<sup>90</sup> Cass., soc., 18 juillet 2000, n° 99-13.976, inédit

<sup>91</sup> Cass., soc., 7 novembre 1989, *Bull. civ.* 1989, V, n°644

<sup>92</sup> Cass., soc., 18 décembre 2000 : *Bull. civ.* 2000, V, n°423

## **Chapitre 2 : La protection des contrats de travail lors du transfert**

Alors que le droit social ne pourra empêcher le transfert, il s'efforce de protéger le contrat des salariés ; contrats de travail qui font ici partie de sa chasse gardée par rapport au droit des sociétés. Le droit social use d'une fiction légale qui est que le changement d'employeurs n'altérera pas les contrats de travail. C'est la permanence de l'entreprise via le transfert qui justifie cette fiction. En imposant au cessionnaire l'obligation de maintenir les contrats de travail, le droit social tend à assurer leur maintien impératif (**section 1**). Pourtant, les cas de modification des contrats de travail - parfois allant jusqu'à sa disparition - méritent d'être analysés tant ils sont fréquents en pratique (**section 2**).

### **Section 1 : L'exigence d'un maintien du contrat de travail**

Le cessionnaire doit poursuivre l'exécution des contrats de travail dans les mêmes conditions qu'avant le transfert. L'article L. 1224-1 assure cette protection en ayant un caractère d'ordre public (§ 1). Si la situation contractuelle est préservée, la situation financière des salariés l'est tout autant grâce à un mécanisme de solidarité entre employeurs successifs (§ 2).

#### **Paragraphe 1 : La pérennité de la situation contractuelle du salarié**

L'article L. 1224-1 du Code du travail a des dispositions d'ordre public qui instituent une transmission automatique et de plein droit des contrats de travail (**A**). Pourtant, cette impérativité souffre d'exceptions pouvant venir des employeurs successifs ou du salarié lui-même (**B**).

##### **A) Un article impératif à caractère d'ordre public**

Au niveau européen, les dispositions de la directive 2001/23 ont un caractère impératif. En effet, on ne peut y déroger dans un sens qui serait défavorable aux travailleurs. La CJCE a jugé que le transfert de plein droit des contrats de travail a lieu indépendamment du refus du cessionnaire<sup>93</sup>. Cette jurisprudence de la CJCE s'inscrit dans la lignée de celle des juges du quai de l'Horloge. En effet, ils ont très tôt jugé que le transfert avait un effet automatique. Par conséquent, les contrats des salariés se poursuivent de plein droit et s'imposent au nouvel

---

<sup>93</sup> CJCE, 14 novembre 1996, *aff. C305/94, Claude Rotsart de Hertaing c/ J. Benoît SA*

employeur par l'unique effet de la loi<sup>94</sup>. En cela, l'article L. 1224-1 est une entorse à la théorie civiliste de l'effet relatif des conventions. Le droit social - motivé par des impératifs de protection de l'emploi - marque ici son indépendance. La conséquence est qu'un nouvel employeur ne peut prétendre être un tiers au contrat<sup>95</sup>. Le caractère impératif s'apprécie à la date de transfert des contrats de travail qui se calque sur la date de transfert de l'entité économique autonome.

Le contrat de travail est alors maintenu dans tous ses éléments. L'article L. 1224-1 implique la poursuite de ce dernier à l'identique. Cela signifie que le cessionnaire doit accepter ce contrat dans sa globalité ; en aucun cas il pourrait refuser un de ses éléments. Il a été jugé que le nouvel employeur ne peut remettre en cause la rémunération<sup>96</sup>. Il ne saurait non plus faire modifier le contrat de travail afin de pouvoir accepter le salarié. Cela n'a pas que des effets négatifs pour le cessionnaire. Par exemple, la Haute juridiction a jugé que les bénéfices d'une clause de non-concurrence pourraient lui être appliqués s'il paye la contrepartie pécuniaire<sup>97</sup>. Cette obligation s'étend aux conventions accessoires au contrat que l'ancien employeur avait conclues avec certains salariés : les hypothèses de congés sont notamment présentes dans la jurisprudence.

### **B) Volonté des parties et ordre public**

Des dérogations au caractère d'ordre public de l'article L. 1224-1 du Code du travail peuvent s'imaginer par voie conventionnelle ou par le refus du salarié de voir son contrat transféré. Du côté des dérogations conventionnelles, l'hypothèse est celle d'un contrat conclu entre les deux employeurs successifs. L'article 6 du Code civil interdit à une convention de déroger aux lois qui intéressent l'ordre public. Sans jamais mentionner cet article dans ses visas, la Cour de cassation exige que le changement d'employeur s'impose aux salariés mais également aux employeurs eux-mêmes. A ce titre, « *il ne peut être dérogé aux effets de l'article L. 1224-1 par des conventions particulières* »<sup>98</sup>. Lorsque les conditions du maintien des contrats de travail sont réunies, la volonté des employeurs ne pourrait y faire échec. C'est ainsi que l'arrêt du 20 avril 2005 précise que les employeurs ne peuvent subordonner ce changement d'employeur à l'accord préalable du salarié. Dans l'hypothèse d'une clause dans le contrat de cession, la Cour de cassation a rendu en chambre mixte une décision instaurant

---

<sup>94</sup> Cass., soc., 20 octobre 1994 : JCP E 1995, II, 726, note J.-J. Serret

<sup>95</sup> Cass., soc., 13 juin 1990 : Bull. civ. 1990, n° 273

<sup>96</sup> Cass., soc., 31 mai 1978, Bull. civ., n° 409

<sup>97</sup> Cass., soc., 6 décembre 1994, Bull. civ., n° 326

<sup>98</sup> Cass., soc., 20 avril 2005, RJS 2005, n° 712

une sanction pour le moins efficace. Dans un arrêt du 7 juillet 2006, la Haute juridiction estime qu'une clause prévoyant uniquement la reprise d'une partie des salariés dans un contrat de cession d'entité est contraire au caractère d'ordre public de l'article L. 1224-1. Ainsi, la sanction de cette prétendue reprise partielle est qu'elle est réputée non-écrite. La cession aura donc bien lieu et le jeu de l'impérativité du Code du travail s'appliquera<sup>99</sup>.

Quant est-il de la volonté du salarié lui-même ? Peut-il s'opposer au transfert de son contrat de travail ? Il faut ici distinguer entre le droit européen et le droit français. En droit interne, un salarié qui refuse le transfert pour cause de nouvel employeur est en réalité démissionnaire<sup>100</sup>. La démission est donc envisageable mais elle doit répondre aux exigences classiques de clarté et de non-équivoque. Dans le cas contraire, la situation peut légitimement justifier un licenciement sans cause réelle et sérieuse de la part du cédant. C'est ainsi que la Cour de cassation a pleinement affirmé qu'un salarié ne pouvait pas renoncer au transfert de son contrat de travail quand les conditions légales sont réunies<sup>101</sup>. Le droit interne contraste largement avec le droit de l'Union européenne et des auteurs comme Magali Gadrat plaide pour une mise en conformité du droit interne<sup>102</sup>. En effet, le droit communautaire n'exige pas de traitement harmonisé entre les Etats membres sur cette question mais la CJCE a admis très tôt la possibilité pour le salarié de s'opposer au transfert de son contrat vers un nouvel employeur. C'est l'apport de l'arrêt *Katsikas* (aff. C 138/91) rendu le 16 décembre 1992. Un choix s'offre alors au salarié : soit il continue son contrat avec l'entreprise initiale, soit le contrat est résilié à son initiative ou à celle de l'employeur. L'arrêt *Katsikas* a depuis été confirmé par l'arrêt *Temco Services Industries* (aff. C 51-100) du 24 janvier 2002.

## **Paragraphe 2 : La préservation de la situation financière du salarié**

Les restructurations d'entreprises peuvent être sources de perte financière pour les salariés notamment dans le cas du paiement de leurs dettes antérieures au transfert. C'est ainsi que le droit social a instauré une solidarité entre employeurs successifs afin de payer les créances salariales antérieures (A). Ce principe englobe différents types de garantie (B).

### **A) L'instauration d'une solidarité légale entre employeurs successifs**

---

<sup>99</sup> Cass., ch. mixte, 7 juillet 2006 : *Lamy Droit des affaires 2006*, p. 25, note P. Morvan

<sup>100</sup> Cass., soc., 23 octobre 1969 : *Bull. civ. 1969*, n° 4518

<sup>101</sup> Cass., soc., 9 novembre 2005

<sup>102</sup> M. Gadrat, *Restructurations et droit social*, Thèse, sous la direction de G. Auzero, 2014, p. 919

Le législateur a prévu non seulement de protéger les contrats des salariés mais également leurs créances salariales découlant de la relation de travail antérieure. La protection adoptée a un rang légal et trouve sa source dans l'article L. 1224-2 du Code du travail. Ainsi, « *le nouvel employeur est tenu, à l'égard des salariés dont les contrats de travail subsistent, aux obligations qui incombent à l'ancien employeur à la date de la modification, sauf dans les cas* » de procédure collective ou d'absence de convention entre les employeurs. Il est précisé que « *le premier employeur rembourse les sommes acquittées par le nouvel employeur, dues à la date de la modification, sauf s'il a été tenu compte de la charge résultant de ces obligations dans la convention intervenue entre eux* ». Cet article crée un mécanisme de solidarité légale entre les différents employeurs successifs qui ont conclu une convention de transfert. Cela permet de couvrir les créances salariales que le premier employeur n'aurait pas payées à la date du transfert. Le second employeur pourra exercer un recours contre le débiteur initial en remboursement des sommes avancées. En effet, le premier employeur reste le débiteur principal des obligations. Le salarié peut toujours diriger son action contre lui. Le champ d'application s'étend néanmoins uniquement aux créances qui ont été admises à la date du transfert.

### **B) Les obligations garanties par la solidarité légale**

La jurisprudence de la Cour de cassation a façonné l'étendue des obligations comprises dans l'application de l'article L. 1224-2 du Code du travail. Ainsi et sans dérouler une liste exhaustive, il a été admis que la solidarité entre employeurs successifs recouvre l'ensemble des dettes de salaire formées avant le transfert<sup>103</sup>. Il a aussi été admis que les indemnités de congés payés renaissent dans le champ d'application<sup>104</sup>. La jurisprudence s'est également penchée sur le cas des dettes dues pour cause de responsabilité civile. La logique voudrait que le nouvel employeur ne soit pas redevable des dettes issues de la mise en cause de la responsabilité civile de son prédécesseur. Si la responsabilité civile délictuelle est exclue, les dettes issues d'une responsabilité civile contractuelle semblent être concernées. Par un arrêt du 14 mai 2008, la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que des dommages-intérêts « *conséquence d'un manquement du cédant aux obligations résultant du contrat de travail* » doivent être payés en priorité par le cessionnaire. Le cessionnaire pourra ensuite exercer un recours en remboursement contre le cédant.

Si le droit du travail s'efforce de pérenniser la relation contractuelle, il n'est pas exclu que le contrat de travail soit modifié à l'occasion du transfert (**section 2**).

---

<sup>103</sup> Cass., soc., 7 nov. 2006, n° 05-41.722, inédit

<sup>104</sup> Cass., soc., 12 janv. 1956, Bull. civ. IV, n° 36

## **Section 2 : Les hypothèses de modification du contrat de travail**

Modifier le contrat de travail est a priori une action incompatible avec les exigences de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Néanmoins, il y a des cas où l'employeur va essayer de pousser la modification à l'extrême : il va vouloir anéantir purement et simplement le contrat de travail (§ 1). Si le droit du travail exclut de principe les licenciements dans le cas du transfert, il n'est pas imperméable à des modifications du contrat après le transfert (§ 2).

### **Paragraphe 1 : L'inefficacité des licenciements avant le transfert**

Si l'employeur doit poursuivre le contrat de travail dans les conditions en vigueur au moment du transfert, il est tentant pour lui de prétexter des raisons pour licencier les salariés concernés. La jurisprudence sociale vient ici poser une interdiction de licencier (A) appelant une sanction atypique (B).

#### **A) Une interdiction de principe**

L'objectif de l'article L. 1224-1 du Code du travail est de pérenniser les contrats de travail c'est-à-dire d'empêcher une rupture dans la situation salariale du fait d'un changement d'employeur. Ce principe impose donc une absence de licenciement entre les différents employeurs. Pourtant, la jurisprudence de la Cour de cassation fut très incertaine sur la question des licenciements économiques avant le transfert de l'entité. Elle a fluctué entre l'autorisation et l'interdiction des licenciements peu de temps avant la restructuration. Dans une jurisprudence constante des années 1980, la Cour autorisait parfaitement le cédant à procéder à des licenciements exigés par le cessionnaire. C'est un arrêt du 17 juillet 1990 qui a mis fin à cette jurisprudence contraire à l'esprit de l'article L. 1224-1<sup>105</sup>. La Haute juridiction juge que si l'article précité ne fait pas obstacle à des licenciements économiques ou techniques antérieurs à la cession, « *l'intention manifestée par le cessionnaire de poursuivre seul l'exploitation ne saurait constituer pour le cédant une cause légitime de rupture du contrat d'un salarié employé dans l'entreprise transférée* ». Le champ des possibles pour le cédant est donc limité à des licenciements qui n'ont pas de lien avec le transfert. Un célèbre arrêt dit *Maldonado* est venu rappeler que seuls sont interdits les licenciements « *à l'occasion du transfert* »<sup>106</sup>. D'ailleurs, la directive européenne du 12 mars 2001 ne fait pas obstacle aux

---

<sup>105</sup> Cass., soc., 17 juillet 1990 : Bull. civ., n° 372

<sup>106</sup> Cass., soc., 20 mars 2002 : Bull. civ. n° 94 ; D. 2002, IR 1322 ; RJS 2002, n° 656 ; JCP E 2002, 1764 obs. P. Morvan

« licenciements pouvant intervenir pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation impliquant des changements sur le plan de l'emploi »<sup>107</sup>.

Avant le transfert, les dispositions du Code du travail et de la directive ne garantissent pas un maintien dans l'emploi. Il appartient donc à la Cour de cassation de balayer les hypothèses de licenciement qui n'ont aucun rapport avec l'hypothèse de transfert. Le professeur Jean Mouly décrit néanmoins cette période comme une « période suspecte »<sup>108</sup> : durant ce laps de temps, les licenciements prononcés alors que la restructuration est acquise sont des licenciements qui tombent sous l'interdiction de l'article L. 1224-1. L'impérativité de cet article empêche le cédant de licencier pour motif économique les salariés allant faire l'objet du transfert. Il en va autrement lorsque le transfert a été réalisé. Cette interdiction de principe a néanmoins deux exceptions que sont le cas des procédures collectives et la reprise par des salariés licenciés de l'entreprise. Dans les autres cas, le chef d'entreprise sera sanctionné pour non-respect des dispositions légales.

### **B) Une sanction atypique**

La jurisprudence a longtemps été agitée sur la question de la sanction du non-respect des dispositions de l'article L. 1224-1. Elle a oscillé entre la qualification de licenciement « sans cause réelle et sérieuse » et la qualification de licenciement « illégitime ». Un arrêt dit *Guermonprez* a finalement adopté la position du droit positif : le licenciement dont la cause était liée au transfert est « sans effet »<sup>109</sup>. Les faits de l'arrêt *Guermonprez* se cantonnaient à l'hypothèse d'une procédure collective. Néanmoins, il est opportun d'indiquer que cette sanction est devenue celle de principe. Elle s'applique aussi bien « dans les entreprises en cessation de paiements que dans les entreprises in bonis » pour le professeur Patrick Morvan<sup>110</sup>. La doctrine utilise le terme d'« inefficacité » même si la Cour n'utilise jamais ce terme : elle se cantonne à affirmer que le licenciement est « sans effet ». Venant compléter l'arrêt *Guermonprez*, l'arrêt *Maldonado* explique que la conséquence de l'inefficacité est un choix offert au salarié : il peut soit demander au cessionnaire la poursuite du contrat de travail, soit demander des dommages-intérêts au cédant qui l'a licencié. Certains auteurs ont souligné le fait que ce « licenciement sans effet » entraîne « plus d'un effet ». En effet, le salarié pourra même demander réparation de son préjudice au cessionnaire qui refuserait de

---

<sup>107</sup> Article 4, paragraphe 1, de la directive n° 2001/23/CE du 12 mars 2001

<sup>108</sup> J. Mouly, « Les licenciements antérieurs au transfert de l'entreprise », *Dr. soc.*, n° 5, mai 2007, p. 534

<sup>109</sup> Cass., soc., 20 janvier 1998 : *Dr. soc.* 1998, p. 297, obs. R. Vatinet

<sup>110</sup> P. Morvan, *Restructurations en droit social*, LexisNexis, 3ème éd., 2013, partie 1, titre 2

continuer son contrat de travail<sup>111</sup>. Dans un arrêt ultérieur dit *Voisin*<sup>112</sup>, la Haute juridiction note que le salarié ne peut pas engager ces actions s'il a été informé par le cessionnaire de sa volonté de reprendre le contrat de travail avant l'expiration du préavis.

D'un point de vue doctrinal, la sanction de l'inefficacité ne fait pas référence à une sanction civile classique comme la nullité ou l'inopposabilité. L'inefficacité ne serait que la conséquence d'une sanction : elle n'est pas en soi la sanction. La Cour de cassation n'a à ce titre jamais voulu retenir la sanction de nullité comme sanction du licenciement violant l'article L. 1224-1 du Code du travail. La qualification de nullité reviendrait à ouvrir le droit à réintégration dans l'entreprise initiale pour le salarié. L'absence de qualification expresse de « nullité » se remarque dans un arrêt *Hattabi* : il énonce que le contrat sans effet est censé « n'avoir jamais été rompu » et que le salarié est en droit de demander la poursuite de son contrat de travail. Pour le professeur Jean Mouly, cette technique de l'inefficacité « *produit les effets de la nullité sans en porter le nom* »<sup>113</sup>. La réintégration entraînerait le prononcé par le juge de dommages-intérêts assez importants. Or, la Cour reconnaît un droit à la poursuite du contrat ; ce qui peut s'apparenter à une réintégration. Magali Gadrat estime que la Cour fait un choix d'opportunité ici afin de laisser les juges du fond potentiellement libres de déterminer le montant des dommages-intérêts pour préjudice subi<sup>114</sup>.

## **Paragraphe 2 : La mutabilité du contrat après le transfert**

Une fois le transfert effectué, l'objectif de l'article L. 1224-1 de conserver les contrats de travail est rempli. Les conséquences de ce texte s'arrêtent après le transfert si bien que la situation contractuelle ne se réfugie pas dans l'immutabilité. Le nouvel employeur a la faculté de modifier le contrat (A) mais le droit sanctionne les éventuelles fraudes (B).

### **A) Une faculté de modifier la relation de travail**

La directive communautaire du 14 février 1977 laissait une liberté aux droits nationaux sur le sujet de la modification du contrat de travail entre le nouvel employeur et le salarié<sup>115</sup>. La Cour de cassation a clairement rappelé cette liberté à plusieurs reprises. L'arrêt central est un arrêt de 1985 qui affirme que « *l'application de l'article L. 1224-1 n'a pas pour effet de*

<sup>111</sup> Cass., soc., 13 mai 2009 : RJS 7/2009, n° 611

<sup>112</sup> Cass., soc., 11 mars 2003 : Bull. civ. 2003, n° 86 ; JCP G 2004, I, 145, n° 5, obs. Patrick Morvan

<sup>113</sup> J. Mouly, art. préc.

<sup>114</sup> M. Gadrat, *Restructurations et droit social*, Thèse, sous la direction de G. Auzero, 2014, p. 911

<sup>115</sup> CJCE, 10 février 1988, aff. C-324/86



*rendre immuables les conditions du contrat de travail qui subsiste avec le nouvel employeur* »<sup>116</sup>. C'est ainsi que le transfert du contrat de travail ne signifie pas un droit à l'immutabilité de la situation. Il n'y a pas de maintien automatique des avantages acquis par le salarié. Le salarié n'a pas la faculté de demander à son nouvel employeur qu'il lui fournisse une garantie de rémunération pour les années à venir<sup>117</sup>. L'employeur cessionnaire dispose dès lors d'une faculté d'organisation de son entreprise mais également de modification des contrats de travail. A ce titre, les salariés nouvellement arrivés rejoignent les autres salariés initiaux : ils ne peuvent bénéficier d'un traitement à part généralisé. La jurisprudence a donc admis qu'un employeur pouvait modifier les attributions des salariés pour qu'elles correspondent au mieux au besoin de son entreprise. Cela s'inscrit dans l'exercice de son pouvoir de direction. La seule limite à ceci est l'hypothèse de l'abus. Ce pouvoir avait été illustré dans le cas des salariés de la compagnie aérienne *UTA* reprise par *Air France*. La Cour avait jugé que la direction d'*Air France* était en droit de modifier les affectations des salariés pour qu'elles conviennent au mieux à l'organisation des services. Toutefois, la Cour réserve cette hypothèse dans le cas où « aucune modification n'a été apportée à l'un des éléments essentiels de leurs contrats »<sup>118</sup>. Classiquement, le droit social identifie parmi ces éléments essentiels comme la rémunération, l'ancienneté ou encore la qualification.

Ainsi, que se passe-t-il lorsque les éléments essentiels du contrat de travail sont en jeu ? Le nouvel employeur peut estimer qu'une modification substantielle du contrat de travail est nécessaire à la suite du transfert. Ici, l'acceptation du salarié est requise afin de respecter la force obligatoire des conventions. C'est le cas notamment pour la modification de la rémunération. A ce titre, l'acceptation du salarié doit être « claire et non équivoque »<sup>119</sup>. Si le salarié vient à refuser la modification d'un élément substantiel, la rupture du lien contractuel revient au cessionnaire et le salarié doit être considéré comme licencié. Le licenciement peut toutefois avoir une cause réelle et sérieuse : on rentre ici dans une casuistique jurisprudentielle. Au cas par cas, le juge va décider si oui ou non le licenciement était justifié et donc si oui ou non la modification de l'élément substantiel était nécessaire. Par exemple, le juge du fond estimant qu'une modification découlait d'une restructuration nécessaire d'un service exclura la qualification de licenciement sans cause réelle et sérieuse<sup>120</sup>.

---

<sup>116</sup> Cass., soc., 6 novembre 1995 : JCP E 1985, I, 15578, n° 4, obs. B. Teyssié

<sup>117</sup> Cass., soc., 3 mars 1993 : RJS 1993, n° 375

<sup>118</sup> Cass., soc., 8 mars 1995 : Dr. soc. 1995, p. 508, obs. H. Blaise

<sup>119</sup> Cass., soc., 6 novembre 1985 : Bull. civ. 1985, n° 502

<sup>120</sup> Cass., soc., 10 octobre 2006, n° 04.40335, Dr. soc. 2006, 119, obs. A. Mazeaud

## **B) Des modifications frauduleuses via l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail**

Parfois, les chefs d'entreprise n'hésitent pas à utiliser l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail pour modifier frauduleusement la relation de travail. Ici, ce n'est pas l'inapplication de l'article qui est en jeu mais bien la fraude qui vient se loger dans son application. Ainsi, le nouvel employeur va profiter du transfert pour modifier la relation contractuelle. La temporalité ici est très courte : on se situe après le transfert mais la proposition de modification apparaît le jour-même ou dès le lendemain. C'est l'exemple du nouvel employeur qui, le jour du transfert, avait fait signer au salarié un contrat changeant son salaire « *en sorte que cette condition mise par l'employeur à la reprise du salarié tendait à éluder les dispositions d'ordre public* » de l'article L. 1224-1 du Code du travail<sup>121</sup>. La fraude est également caractérisée lorsque le nouvel employeur propose le jour du transfert des modifications au salarié en le menaçant de le licencier pour motif économique<sup>122</sup>. Ainsi, en l'absence d'intention frauduleuse, le contrat peut être modifier avec l'accord du salarié. De manière surprenante, la Cour de cassation admet même la novation du contrat de travail. Cette solution est étonnante dans la mesure où elle dépasse la simple hypothèse de modification et vient surtout anéantir le contrat conclu avec l'ancien employeur. La Cour est à contresens de la protection légale. Pour Jean Mouly, proposer une novation du contrat reviendrait à légitimer une sorte de 'fraude' à l'article L. 1224-1. Le nouvel employeur a la possibilité de modifier le contrat de travail donc la pertinence de la technique de la novation peut être questionnée<sup>123</sup>.

A lui seul, l'article L. 1224-1 du Code du travail a su assurer - bien qu'amplement complété par la jurisprudence - la pérennité de la situation individuelle des salariés à travers les restructurations d'entreprises. Pourtant, ces transferts affectent un autre pan très important de la relation de travail : la dimension collective des salariés (**partie 2**).

---

<sup>121</sup> Cass., soc., 9 mars 2004, n° 633 : RJS 2004, n° 656

<sup>122</sup> Cass., soc., 18 mars 2007 : RJS 2007, n° 1164

<sup>123</sup> Cass., soc., 17 septembre 2003 : Bull. civ. 2003, n° 231 ; Dr. soc. 2003, p. 1132, obs. J. Mouly

## **Partie 2 : L'impact des restructurations sur la situation collective des salariés**

La relation collective de travail est établie par un employeur ou un groupement d'employeurs avec un ou plusieurs groupements de salariés. Si le rapport individuel entre le salarié et l'employeur est déséquilibré, la relation collective permet de retrouver un certain équilibre dans l'entreprise. Le droit des relations collectives intéresse en effet de très près l'organisation et notamment le pouvoir au sein de l'entreprise.

Les opérations de restructuration viennent ébranler l'organisation établie dans les entreprises avant le transfert. Elles ont un impact indirect sur les deux volets de la situation collective des salariés. La représentation collective est très sensible au nombre de salariés ; nombre qui est souvent la condition de mise en place des institutions représentatives du personnel. Tout l'enjeu pour le législateur a été de déterminer si ces IRP pouvaient survivre de façon autonome au transfert ou si elles méritaient d'être supprimées. Alors que la représentation collective est fortement concernée, tout le droit des relations collectives est mis à l'épreuve. Le statut collectif composé notamment des conventions et accords collectifs se voit aussi remis en question. Ce statut collectif est appelé à régir l'organisation d'une entreprise à un moment particulier de son histoire : c'est donc un domaine particulièrement vulnérable aux opérations de transfert. Souvent source d'avantages pour les salariés, les normes collectives se sont vues appliquer des dispositions législatives imprécises qui ont été complétées par une jurisprudence abondante.

Alors que la « *modification dans la situation juridique de l'employeur* » de l'article L. 1224-1 du Code du travail ne concerne de prime abord que la situation individuelle des salariés, il est indéniable que cette modification va avoir des conséquences sur leur situation collective. Ce sont ainsi plusieurs autres textes du même code qui lui offrent indirectement une importance dans le domaine des relations collectives. Les conséquences d'un transfert d'entreprise se répercutent tant sur les normes collectives (**chapitre 1**) que sur la représentation collective (**chapitre 2**).

# **Chapitre 1 : Les conséquences sur le statut collectif des salariés**

Les opérations de restructuration entraînent une remise en question des conventions et accords collectifs négociés dans l'entreprise initiale (**section 1**). La situation semble pourtant différente pour le statut collectif non-négocié constitué majoritairement des conventions unilatérales et engagements unilatéraux de l'employeur (**section 2**).

## **Section 1 : Le maintien temporaire du statut collectif négocié**

Le législateur français a prévu un mécanisme de mise en cause des conventions et accords collectifs à durée indéterminée (§ 1). Devant assurer la transition entre les deux entités, le droit social s'efforce de les préserver temporairement. Par ailleurs, les conventions et accords collectifs négociés à durée déterminée présentent un terme dans leur application ; terme qui en pratique peut soulever des questions lors d'une restructuration (§ 2).

### **Paragraphe 1 : Le transfert des conventions et accords collectifs à durée indéterminée**

Très importants en pratique, les conventions et accords collectifs régissent les conditions de rémunération, de travail ou encore d'aménagement de l'entreprise au profit des salariés. Alors que la perte de représentativité des organisations syndicales signataires est caractérisée lors d'une restructuration, le droit social<sup>124</sup> prévoit le maintien temporaire des conventions et accords collectifs dans la nouvelle entreprise (**A**). Un accord de substitution sera d'ailleurs conclu pour assurer définitivement la transition (**B**). Il convient enfin de s'attarder sur le sort des avantages individuels acquis en cas d'absence d'accord (**C**).

#### **A) Un maintien temporaire**

Les conventions ou accords collectifs ont un champ d'application bien précis. C'est la sortie de ce champ d'application qui va permettre de les remettre en cause. Ainsi, la restructuration doit avant tout faire sortir l'entité transférée du champ d'application d'un accord par exemple. Ce champ d'application se décompose en trois dimensions : il est territorial, professionnel<sup>125</sup>

---

<sup>124</sup> Article L. 2261-14-1 du Code du travail

<sup>125</sup> Article L. 2222-1 du Code du travail

et doit être accepté par l'employeur<sup>126</sup>. Néanmoins, le législateur a prévu d'assurer la transition de ce statut collectif négocié à durée indéterminée à travers les structures. L'article L. 2261-14 du Code du travail dispose que « *lorsque l'application d'une convention ou d'un accord est mise en cause dans une entreprise déterminée en raison notamment d'une fusion, d'une cession, d'une scission ou d'un changement d'activité, cette convention ou cet accord continue de produire effet jusqu'à l'entrée en vigueur de la convention ou de l'accord qui lui est substitué ou, à défaut, pendant une durée d'un an à compter de l'expiration du délai de préavis prévu à l'article L. 2261-9, sauf clause prévoyant une durée supérieure* ». Les accords et conventions collectifs bénéficient donc d'un délai de survie d'un an à compter de la fin des 3 mois de préavis. Le statut collectif ne disparaît donc pas purement et simplement dans la nouvelle entité. C'est ainsi que les auteurs parlent d'un maintien « temporaire » des anciennes conventions et accords collectifs. Il est à noter que le nouvel employeur se voit opposer un statut collectif qu'il n'a pas négocié.

Or, ce caractère temporaire du maintien entraîne des hypothèses de concours de conventions collectives. La Cour de cassation admet l'application immédiate au salarié de la convention applicable au sein de l'entreprise finale mais ce dernier bénéficie également des avantages de son ancienne convention. Ces avantages continuent à exister concurremment aux nouveaux pendant toute la période de survie<sup>127</sup>. Toutefois, cette faculté présente ces limites. La Haute juridiction a posé un principe de non-cumul des avantages conventionnels possédant le même objet. Dans un arrêt d'assemblée plénière<sup>128</sup>, la Cour de cassation a exigé, qu'en cas de concours de convention ou accord collectif, le cumul entre les avantages ayant le même objet ou la même cause ne peut avoir lieu. On retrouve ici le principe de faveur : seul l'avantage plus favorable s'appliquera. De manière surprenante, la Cour n'a pas érigé cette situation en situation discriminante alors même que tous les autres salariés ne peuvent bénéficier des avantages de la convention antérieure.

### **B) Des dispositions mises en cause par un accord de substitution**

Afin de mettre fin à cette application temporaire, la loi prévoit la mise en cause de l'accord (ou de la convention) survivant par « *une nouvelle négociation (qui) doit s'engager dans l'entreprise concernée, à la demande d'une des parties intéressées, dans les trois mois suivant la mise en cause, soit pour l'adaptation aux dispositions conventionnelles nouvellement*

---

<sup>126</sup> Article L. 2262-1 du Code du travail

<sup>127</sup> Cass., soc., 14 mai 1992 : Dr. soc. 1992, p. 631

<sup>128</sup> Cass., ass. plén., 24 octobre 2008, n° 07-42.799

*applicables, soit pour l'élaboration de nouvelles stipulations »*<sup>129</sup>. Cet article instaure une obligation de négociation et non pas une obligation de conclusion. Néanmoins, il incite très clairement à conclure un accord dit de « substitution » afin de mettre un terme aux dispositions survivantes. La fin de ces dispositions est ainsi subordonnée à la conclusion de cet accord durant la période de survie. La négociation a lieu à l'initiative d'une des parties intéressées : l'employeur n'est donc pas le seul à pouvoir la provoquer mais, en pratique, c'est le plus souvent lui qui la déclenche. La loi ne donne pas de grandes précisions concernant cette négociation ; tout au plus sait-on qu'elle a lieu « *dans les trois mois suivant la mise en cause* ». La Cour de cassation a alors pris le relai pour préciser les contours de cette négociation. Ainsi, ce sont l'employeur et les organisations syndicales qui peuvent négocier soit un accord d'entreprise soit un accord d'établissement permettant d'adapter le statut collectif dans l'entreprise cédée à la convention collective de branche qui s'applique dorénavant<sup>130</sup>. Pour être en vigueur, l'accord d'entreprise doit respecter les conditions classiques comme par exemple être signé par des syndicats ayant recueilli au moins 30% des suffrages aux dernières élections professionnelles.

Concernant la durée de la négociation, la Cour de cassation fait une interprétation très libérale du délai de 3 mois disposé à l'article L. 2261-14 du Code du travail. La Cour affirme que l'employeur peut « *engager les négociations rendues nécessaires par la mise en cause d'un accord collectif avant que se réalise l'évènement entraînant cette mise en cause* »<sup>131</sup>. Cette solution est conforme à l'esprit de l'ensemble des dispositions du droit social sur les cas de transferts d'entreprise. En effet, il ne cesse d'appréhender et de prévoir les conséquences de ces transferts. Si la lettre de l'article L. 2261-14 est une prévention en soi, il est heureux que la Cour anticipe largement la négociation. De plus, les délégués syndicaux de l'entité absorbée mais aussi de l'entité absorbante se réuniront : ils seront à même de représenter les intérêts de l'ensemble des salariés et pourront adopter une vision globale du transfert. Néanmoins, la Cour exige la reprise des négociations après le transfert lorsque les organisations syndicales ayant négocié auparavant sont différentes dans l'entité finale. L'entrée en vigueur de l'accord de substitution se fera au cours de la survie de l'accord mis en cause. Le délai maximum court jusqu'au bout de l'année suivant le préavis.

### **C) La survie des avantages individuels acquis en cas d'absence d'accord**

---

<sup>129</sup> Article L. 2261-14 du Code du travail

<sup>130</sup> Cass., soc., 9 février 1994

<sup>131</sup> Cass., soc., 13 octobre 2010 : Bull. civ., n° 230

Néanmoins, il arrive parfois que l'accord de substitution ne voit jamais le jour. Que se passe-t-il alors pour les salariés repris ? C'est l'alinéa 2 de l'article L. 2261-14 du Code du travail qui fournit la réponse : « *lorsque la convention ou l'accord mis en cause n'a pas été remplacé par une nouvelle convention ou un nouvel accord dans les délais précisés au premier alinéa, les salariés des entreprises concernées conservent les avantages individuels qu'ils ont acquis, en application de la convention ou de l'accord, à l'expiration de ces délais* ». Le législateur prévoit ainsi que tous les salariés repris bénéficient de leurs avantages individuels acquis en l'absence d'accord après l'expiration du délai de survie. Cette disposition tend à contraindre indirectement l'employeur à négocier l'accord. La notion d'« avantages individuels acquis » est une notion qui n'a pas été définie par le législateur. La Cour de cassation a finalement tranché les débats doctrinaux et décidé « *qu'un avantage individuel acquis (...) est celui qui, au jour de la mise en cause 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* »<sup>132</sup>. Cet avantage doit être individuel et cela exclut tous les avantages à caractère collectif. Par exemple, une heure d'entraînement quotidienne accordée à des agents de sécurité par accord d'entreprise est un avantage collectif car cette disposition se rapporte aux conditions de travail de l'ensemble des salariés<sup>133</sup>. Les avantages individuels acquis auront comme support le contrat de travail lui-même. Pour supprimer ces avantages, le cessionnaire devra avoir l'accord exprès du salarié<sup>134</sup>.

## **Paragraphe 2 : Le transfert des conventions et accords collectifs à durée déterminée**

Le Code du travail prévoit la possibilité de conclure des accords ou conventions collectifs à durée déterminée. L'article L. 2222-4 du Code du travail prévoit une durée maximum de 5 années. Les parties peuvent d'ailleurs conclure que l'accord ou la convention ne produira plus d'effet à compter de cette durée : c'est son terme. Néanmoins, sauf stipulation contraire, la convention à durée déterminée arrivant à expiration continue à produire des effets comme une convention à durée indéterminée. Le sort de ces conventions et accords à durée déterminée fait l'objet de débats doctrinaux. Pour les conventions et accords n'ayant pas de terme fixe, il n'est pas contesté que l'article L. 2261-14 du Code du travail s'appliquera. Les débats se penchent sur ceux ayant un terme fixe négocié par les partenaires sociaux. Certains auteurs, comme Yann Aubrée<sup>135</sup>, proposent de distinguer selon que le terme de l'accord se termine

---

<sup>132</sup> Cass., soc., 13 mars 2001 : Bull. civ., n° 90 ; Dr. soc. 2001, p. 571, obs. C. Radé

<sup>133</sup> Cass., soc., 1<sup>er</sup> juin 2005, n° 04-16.994

<sup>134</sup> Cass., soc., 13 mars 2001 : Bull. civ., n° 90

<sup>135</sup>

pendant le délai de survie ou après. Si le terme ne finit pas lors de la période de survie, alors l'article L. 2261-14 du Code du travail s'appliquera. Dans ce cas, le chef d'entreprise devra appliquer l'accord pendant la durée de survie (3 mois et une année) et devra conclure un accord de substitution. Si l'accord produit des effets postérieurement à la période de survie, Yann Aubrée propose de neutraliser le jeu de l'article L. 2261-14. D'autres auteurs, comme Magali Gadrat<sup>136</sup>, pensent qu'il ne faudrait pas distinguer les différents types d'accords ou conventions à durée déterminée car la loi ne distingue pas (*ubi lex non distinguit nec nos debemus distinguere*). L'article L. 2261-14 ne leur est ainsi pas applicable car il fait référence dans tous les cas à des conventions ou accords à durée indéterminée. Les salariés repris seraient donc en droit d'appliquer ce statut négocié à durée déterminée uniquement jusqu'à leur terme.

Le statut collectif négocié n'est pas le seul à être remis en cause par la restructuration. Le droit social s'efforce également d'accompagner le transfert du statut collectif non-négocié mais son maintien sera précaire (**section 2**).

## **Section 2 : Le maintien précaire du statut collectif non-négocié**

A l'instar des conventions et accords collectifs négociés, un statut collectif non-négocié peut accorder des avantages mais aussi des droits aux salariés. Ce statut englobe des pratiques diverses qui vont de l'usage professionnel aux engagements unilatéraux pris par le chef d'entreprise en passant par le règlement intérieur de l'entreprise. Toutes ces formes montrent la volonté non-équivoque de l'employeur d'accorder un avantage aux salariés. Ainsi, ces derniers bénéficient d'un principe de maintien (§ 1) même si ce maintien semble précaire tant la remise en cause des normes unilatérales semble facile (§ 2).

### **Paragraphe 1 : Le principe du maintien**

Il convient de distinguer selon que l'on est en présence du règlement intérieur de l'entreprise ou de normes unilatérales plus classiques. Si le transfert de ces derniers semblent admis (**A**), le cas du règlement intérieur a fait l'objet d'une jurisprudence particulière (**B**).

#### **A) Le transfert des usages et des engagements de l'employeur**

Longtemps, la jurisprudence a admis que les usages de l'entreprise antérieure au transfert s'imposaient au nouvel employeur. C'est une jurisprudence constante que la Cour a déployé

---

<sup>136</sup> M. Gadrat, *Restructurations et droit social*, Thèse, sous la direction de G. Auzero, 2014, p. 1205



dans de très nombreux arrêts<sup>137</sup>. Il en va de même de la survie des engagements unilatéraux pris par l'employeur initial. Dans le cas d'un transfert au sens de l'article L. 1224-1 du Code du travail, le nouvel employeur est tenu par les engagements du cédant<sup>138</sup>. C'est ainsi que tant les usages que les engagements unilatéraux survivent au transfert. Par conséquent, les salariés continuent de bénéficier de tous les droits et avantages découlant de ce statut collectif non-négocié. Il est précisé que les nouveaux salariés devront bénéficier également des avantages et droits des autres salariés. S'il y a un concours d'avantages, la solution classique du droit social s'applique : il faut garder l'avantage le plus favorable aux salariés. Les salariés historiques du cédant ne pourront pas réclamer les avantages issus des usages ou engagements de l'entreprise cédante. Comme pour le statut collectif négocié, il se pose alors la question de l'égalité de traitement entre les différents salariés. Les juges considèrent néanmoins que les avantages accordés aux salariés du cessionnaire peuvent être maintenus sans que les salariés historiques se plaignent d'une inégalité de traitement. Les juges du quai de l'Horloge justifient leur position par le caractère légal du transfert : « *l'obligation à laquelle est légalement tenu le nouvel employeur, en cas de transfert d'une entité économique, de maintenir au bénéfice des salariés qui y sont rattachés les droits qu'ils tiennent d'un usage en vigueur au jour du transfert, justifie la différence de traitement qui en résulte par rapport aux autres salariés* »<sup>139</sup>. En outre, la jurisprudence assure le maintien du statut collectif non négocié et justifie l'inégalité de traitement par le caractère légal du transfert. La non-reprise de ce statut entraîne une prise d'acte venant du cessionnaire ou la résiliation judiciaire du contrat sur demande du salarié. Il faudra néanmoins démontrer une faute grave de l'employeur pour caractériser une prise d'acte ayant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ou pour prononcer une résiliation judiciaire<sup>140</sup>

### **B) Le cas particulier du règlement intérieur**

D'après l'article L. 1321-1 du Code du travail, le règlement intérieur ne peut fixer que trois points : les mesures d'application des règles relatives à la santé et à la sécurité des salariés, les conditions dans lesquelles les salariés peuvent être amenés à rétablir les conditions de travail dans l'entreprise et les règles relatives à la discipline. Cette énumération est limitative et l'employeur ne peut y ajouter d'autres dispositions. Le règlement intérieur est obligatoire dans les entreprises de 20 salariés et plus. On comprend néanmoins que des avantages peuvent découler de ce règlement intérieur. Le Code du travail ne règle pas le sort du

---

<sup>137</sup> Par exemple : Cass., soc., 7 octobre 2007 : RJS 1997, n° 1299

<sup>138</sup> Cass., soc., 6 juin 2000 : Bull. civ. 2000, n° 213

<sup>139</sup> Cass., soc., 11 janvier 2012, n° 10-14.614 : Dalloz actualité, 23 janvier 2012, obs. C. Fleuriot

<sup>140</sup> Cass., soc., 12 juin 2014, n° 13-11.448

règlement intérieur en cas de restructuration. Si le règlement intérieur émane d'une négociation entre l'employeur et les syndicats représentatifs dans l'entreprise, alors il prend la valeur d'une norme collective négociée et est soumis aux exigences de l'article L. 2261-14 du Code du travail. Il a pourtant bien souvent la valeur d'une norme unilatérale car il découle fréquemment du pouvoir normatif du chef d'entreprise. Un arrêt en date du 16 mars 2011 est venu combler la lacune du législateur en admettant que le règlement intérieur est opposable au nouvel employeur<sup>141</sup>. La Cour reconnaît l'applicabilité des dispositions du règlement intérieur de la cédante dans un cas d'espèce qui se déroulait dans l'entreprise cessionnaire et avec un salarié repris. Des auteurs<sup>142</sup> en ont déduit que le règlement intérieur initial était opposable au cessionnaire.

## **Paragraphe 2 : La précarité dans le maintien**

La jurisprudence présente le mode d'emploi des dénonciations des normes unilatérales à défaut de précisions par le législateur. Il apparaît que la remise en cause est aisée à la fois pour le règlement intérieur (B) mais aussi pour les autres normes (A).

### **A) La dénonciation des usages et des engagements de l'employeur**

Le nouvel employeur a la possibilité de dénoncer un certain nombre d'usages et d'engagements unilatéraux. Son champ de dénonciation est en effet limité car il ne peut dénoncer que les usages et engagements à durée illimitée. En effet, un engagement à durée déterminée va cesser de lui-même à produire ses effets au terme fixé : l'employeur n'est pas tenu de « *procéder à l'information des salariés concernés et des représentants du personnel* »<sup>143</sup>. Il ne peut également dénoncer qu'une norme unilatérale du niveau de l'entreprise et non un usage professionnel ou local par exemple. C'est la Cour de cassation qui a donné la procédure à suivre pour dénoncer ces normes unilatérales et force est de constater que leur situation est relativement précaire. Le chef d'entreprise peut aisément les faire disparaître. Ainsi, la dénonciation par l'employeur d'un usage ou d'un engagement unilatéral doit « *être précédée d'un préavis suffisant pour permettre des négociations et être notifiée aux représentants du personnel et à tous les salariés individuellement* ».<sup>144</sup> Les

---

<sup>141</sup> Cass., soc., 16 mars 2011, n° 09-42.969, inédit

<sup>142</sup> M. Gadrat, *Restructurations et droit social*, Thèse, sous la direction de G. Auzero, 2014

<sup>143</sup> Cass., soc., 18 mai 2011 : RJS 10/2011, n° 851

<sup>144</sup> Cass., soc., 4 février 1997 ; Cass., soc., 13 octobre 2010 : Bull. civ., n° 234

salariés repris devront recevoir la notification sous peine d'irrégularité de la procédure de négociation<sup>145</sup>.

Une autre manière existe pour faire disparaître un usage ou un engagement unilatéral. En effet, l'employeur peut utiliser un accord collectif ayant le même objet afin de le faire disparaître. Pour la jurisprudence, « *lorsqu'un accord collectif ayant le même objet qu'un engagement unilatéral de l'employeur est conclu entre celui-ci et une ou plusieurs organisations représentatives de l'entreprise, cet accord a pour effet de mettre fin à cet engagement unilatéral, peu important que celui-ci ait été ou non préalablement dénoncé* »<sup>146</sup>. La condition à respecter est que l'accord collectif doit avoir le même objet que la norme unilatérale visée. L'identité d'objet conditionne le remplacement de cette dernière par l'accord. Néanmoins, l'accord n'a pas besoin d'être plus favorable à l'usage ou l'engagement. Le juge a décidé que, même si l'accord est moins favorable, il remplacera la norme unilatérale<sup>147</sup>.

### **B) La remise en cause du règlement intérieur**

Si le règlement intérieur est une norme unilatérale (dans la très grande majorité des cas) et qu'il s'impose au nouvel employeur, sa remise en cause doit être possible. Le règlement intérieur contient des informations relatives à la sécurité des salariés mais également aux conditions de santé. Or, l'environnement de travail est propre à chaque entreprise. La différence de règles entre les salariés repris et les salariés historiques peut engendrer de l'insécurité. Toutes ces raisons ont conduit à la possibilité pour l'employeur de remettre en cause le règlement intérieur au sein de la nouvelle entreprise. L'employeur doit alors suivre les dispositions de l'article L. 1321-1 du Code du travail qui dispose notamment que le « *règlement intérieur ne peut être introduit qu'après avoir été soumis à l'avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel ainsi que, pour les matières relevant de sa compétence, à l'avis du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail* ». Ces instances représentatives du personnel auront l'obligation de donner leur avis sur la modification voire le retrait du règlement intérieur en question. Les formalités d'affichage et de dépôt devront également être respectées. Toutefois, il est à noter que le nouvel employeur devra dénoncer les engagements unilatéraux de son prédécesseur contenus dans le règlement intérieur ou alors conclure un accord collectif ayant le même objet<sup>148</sup>. Tout comme les usages,

---

<sup>145</sup> Cass., soc., 9 avril 2002, n° 00-41.783, inédit

<sup>146</sup> Cass., soc., 27 septembre 2006, Dr. soc. 2007, p. 190, obs. P. Waquet

<sup>147</sup> Cass., soc., 19 novembre 1997

<sup>148</sup> Cass., soc., 10 mars 2014

la remise en cause de l'ancien règlement intérieur dans la nouvelle entité ne présente aucune difficulté majeure.

Le droit social s'efforce donc d'assurer une continuité entre le statut collectif qui était en vigueur dans l'entité initiale et celui de l'entité d'arrivée. Loin de se cantonner au statut collectif, l'impact des restructurations d'entreprises se traduit également par des modifications dans la représentation collective des salariés (**chapitre 2**).

## **Chapitre 2 : Les conséquences sur la représentation collective des salariés**

La représentation collective des salariés a été mise en place pour rétablir l'équilibre entre les salariés et le chef d'entreprise. L'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 érige en droit fondamental la participation de tout salarié à « *la détermination collective des conditions de travail et de la gestion de l'entreprise* ». C'est ainsi que les instances représentatives du personnel répondent à cette exigence constitutionnelle. L'architecture de ces IRP varie en fonction de plusieurs critères qui sont mis à mal lorsque les restructurations interviennent. Les représentants du personnel vont s'efforcer de participer à la gestion de l'entreprise lorsque les effectifs sont modifiés (**section 1**) mais aussi lorsque la structure est modifiée (**section 2**).

### **Section 1 : La représentation collective en cas de modification des effectifs**

Les restructurations peuvent avoir des impacts différents sur le nombre de salariés dans l'entreprise. Ainsi, une cession d'activité engendrera une baisse des effectifs alors même qu'une fusion-absorption l'augmentera. Le droit social s'efforce de prévenir ces variations dans le cas d'une baisse (§ 1) ou d'une hausse des effectifs (§ 2).

#### **Paragraphe 1 : Les conséquences d'une baisse des effectifs**

La variation des effectifs n'est pas appréhendé par le Code du travail. Pourtant, la modification des effectifs à la suite d'une « modification dans la situation juridique de l'employeur » influence grandement le sort des instances représentatives du personnel. En effet, la baisse (ou la hausse) des effectifs impactent le nombre de représentants élus et de délégués syndicaux dans l'entreprise. En effet, la partie réglementaire du code précité instaure des seuils à respecter (article R. 2143-2, article R. 2314-1...). La baisse des effectifs va entraîner une représentation surnuméraire. Pour les délégués du personnel, il faut suivre les dispositions de l'article L. 2312-3 du Code du travail. Il dispose qu' « *à l'expiration du mandat des délégués du personnel, l'institution n'est pas renouvelée si les effectifs de l'établissement sont restés en dessous de onze salariés pendant au moins douze mois* ». Lorsqu'une restructuration réduit le nombre de salariés à moins de 11, les délégués du personnel doivent poursuivre leurs mandats jusqu'à leurs termes. La représentation collective se voit modifiée au moment où ces mandats auraient dû être renouvelés. La suppression des

délégués du personnel sera alors réputé d'office : ils seront automatiquement démissionnaires. Le sort est comparable pour les délégués syndicaux surnuméraires. Aux termes de l'article L. 2143-11 du Code du travail, « *en cas de réduction importante et durable de l'effectif en dessous de cinquante salariés, la suppression du mandat de délégué syndical est subordonnée à un accord entre l'employeur et l'ensemble des organisations syndicales représentatives* ». Si un accord n'est pas possible, l'employeur dispose de la faculté de saisir l'administration (la DIRECCTE) qui mettra un terme le cas échéant au mandat surnuméraire.

Pour le comité d'entreprise, le seuil pertinent est celui des 50 salariés. A ce titre, l'article L. 2322-7 du Code du travail dispose que « *lorsque l'effectif de cinquante salariés n'a pas été atteint pendant vingt-quatre mois, consécutifs ou non, au cours des trois années précédant la date du renouvellement du comité d'entreprise, l'employeur peut supprimer le comité d'entreprise* ». Dans cette hypothèse, la loi du 17 août 2015 est venue simplifier la procédure de suppression de cet IRP. Avant, la suppression du comité d'entreprise était subordonnée à un accord entre l'employeur et les organisations syndicales. A défaut, la DIRECCTE pouvait ordonner la suppression du comité. Aujourd'hui, l'employeur dispose d'une très grande liberté.

## **Paragraphe 2 : Les conséquences d'une hausse des effectifs**

A l'inverse d'une baisse des effectifs, le franchissement des seuils légaux dû à une hausse du nombre de salariés va entraîner des élections professionnelles. L'employeur se voit néanmoins accorder des délais pour les organiser. Lorsque l'entreprise franchit le seuil des 11 salariés, l'employeur va devoir mettre en place les délégués du personnel. Lorsque le seuil des cinq salariés est franchi, l'instauration d'un comité d'entreprise, d'un CHSCT et des délégués syndicaux s'imposera. Il faut néanmoins que le seuil ait été franchi pendant 12 mois au cours des trois années précédentes (article L. 2312-2 du Code du travail pour les délégués du personnel). L'employeur ne doit donc pas immédiatement organiser des élections. Néanmoins, pour les délégués syndicaux, la Cour de cassation est venue apporter des précisions sur ces durées. En effet, elle juge « *que pour déterminer le seuil d'effectif à partir duquel un délégué syndical peut être désigné pour la première fois dans un établissement constitué à la suite d'une modification dans la situation juridique de l'employeur, les salariés compris dans l'effectif de l'établissement sont pris en compte avec l'ancienneté acquise par l'effet de l'article L. 1224-1 du Code du travail* »<sup>149</sup>. Les 12 mois d'ancienneté acquis par les salariés repris dans l'entreprise cédante seront pris en compte dans le calcul : cela vise à

---

<sup>149</sup> Cass., soc., 29 mars 2005 : Bull. civ., n° 102

prévenir toute mauvaise foi de la part du chef d'entreprise qui tenterait d'effacer l'ancienneté des salariés repris.

Le cas du comité d'entreprise a été particulièrement revu par la loi *Rebsamen*. En effet, le chef d'entreprise a dorénavant un délai d'un an pour mettre en place un comité d'entreprise si le seuil des 50 salariés est franchi<sup>150</sup>. Il faut que ce seuil soit atteint pendant 12 mois (consécutifs ou non) au cours des trois dernières années. L'employeur n'a pas l'obligation durant la première année du franchissement de consulter ou d'informer un comité d'entreprise. Lorsque le seuil des 300 salariés est dépassé, le comité d'entreprise doit se réunir mensuellement. L'employeur disposera alors d'un délai d'adaptation d'un an<sup>151</sup>. Ces mesures réformatrices permettent une meilleure adaptation pour le chef d'entreprise car la hausse des effectifs entraînent des répercussions plus importantes que leur baisse. Si le schéma binaire du franchissement des effectifs peut être un critère de réorganisation des IRP, il convient d'envisager leur réorganisation par le prisme des modifications structurelles (**section 2**).

## **Section 2 : La représentation collective en cas de modification structurelle**

L'organisation structurelle des sociétés est directement impactée par les opérations de restructurations. Les instances représentatives du personnel sont en adéquation avec le fonctionnement de l'entreprise afin de représenter au mieux les exigences des salariés. Les mandats des représentants du personnel sont intimement liés à la notion d'entité autonome mais également à la qualité d'établissement distinct. Si l'autonomie est maintenue au sein de l'entité transférée, alors les conséquences sur la représentation collective seront faibles (§ 1). La jurisprudence européenne impose également le maintien d'une qualité d'établissement distinct (§ 2).

### **Paragraphe 1 : La protection des mandats subordonnée à l'autonomie de l'entité transférée**

La protection des mandats des représentants du personnel est conditionnée par la démonstration d'une continuité dans l'autonomie de l'entité transférée. Cette notion

---

<sup>150</sup> Article L. 2322-2 du Code du travail

<sup>151</sup> Article L. 2325-14-1 du Code du travail

d'autonomie a fait l'objet de précisions jurisprudentielles quant à sa véritable nature (A). La situation paradoxale du comité central d'entreprise mérite de s'y arrêter quelque peu (B).

### **A) L'exigence d'une autonomie matérielle**

L'article L. 2324-26 du Code du travail entend garantir la stabilité des instances représentatives du personnel lors d'une opération de transfert. Cette stabilité est néanmoins subordonnée à une exigence. En effet, « *lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur telle que mentionnée à l'article L. 1224-1, le mandat des membres élus du comité d'entreprise et des représentants syndicaux de l'entreprise ayant fait l'objet de la modification subsiste lorsque cette entreprise conserve son autonomie juridique* ». On retrouve cette exigence d'autonomie juridique dans le droit européen. La directive du 12 mars 2001 fait référence à l'« *autonomie* » de l'entité transférée en son article 6, paragraphe 1. La survie des instances représentatives du personnel dépend de l'autonomie de cette entité transférée mais c'est une notion assez floue tout comme la notion d'« *autonomie juridique* » du droit français. La notion de « *juridique* » reste floue : est-elle liée au maintien de la personnalité morale ? La jurisprudence française a alors apporté des précisions. Par un arrêt de 1995, la Haute juridiction décide « *qu'en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur (...), le mandat des délégués du personnel de l'entreprise qui a fait l'objet de la modification subsiste lorsque cette entreprise conserve son autonomie* ». Le terme « *juridique* » disparaît donc : l'entreprise n'a pas besoin de conserver sa personnalité morale pour voir les mandats des IRP sauvegardés<sup>152</sup>. Les mandats seront protégés lorsque une autonomie matérielle — de fait — est conservée.

### **B) Le cas particulier du comité central d'entreprise**

L'auteur Patrick Morvan<sup>153</sup> a, dans son ouvrage, attiré l'attention sur le sort du comité central d'entreprise. Si l'autonomie matérielle est la seule à devoir subsister, il en va autrement pour le comité central d'entreprise. Or, la survie de la personnalité morale de l'entité est nécessaire pour que le comité central d'entreprise ait une quelconque existence. Le comité central est institué dans les entreprises comportant plusieurs établissements. C'est le relai essentiel entre ces établissements et la direction de l'entreprise. La situation paradoxale serait que deux comités centraux d'entreprise coexistent au sein de l'entité finale. Ce paradoxe a été reconnu et validé par la jurisprudence de la Haute juridiction : « *en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur (...), le comité central de l'entreprise absorbée demeure en*

---

<sup>152</sup> Cass., soc., 28 juin 1995 : Bull. civ., n° 219

<sup>153</sup> P. Morvan, *Restructurations en droit social*, LexisNexis, 3ème éd., 2013, p. 322



*fonctions si l'entreprise conserve en fait son autonomie, peu important qu'elle ait perdu son autonomie juridique* »<sup>154</sup>. Patrick Morvan dénonce le fait qu'un comité central d'entreprise ne peut survivre au transfert alors même que la personnalité morale n'est pas conservée. A côté de cette exigence d'autonomie, le droit européen en impose une autre pour la protection des mandats des représentants du personnel.

## **Paragraphe 2 : Une protection des mandats subordonnée à la qualité d'établissement distinct**

Le droit interne fait expressément référence à l'exigence d'une autonomie matérielle. Il est en ce sens conforme à la directive européenne. Néanmoins, il passe sous silence une exigence qui existe pourtant dans la directive du 12 mars 2001. En effet, la directive conditionne la survie des mandats des représentants du personnel à l'autonomie de l'entité mais également à la réunion des « *conditions nécessaires pour la formation de la représentation des travailleurs* »<sup>155</sup>. L'entité autonome faisant l'objet du transfert doit ainsi réunir les conditions pour le maintien des IRP. Or, l'implantation des représentants du personnel nécessite l'identification d'un établissement distinct. L'établissement distinct correspond à l'entreprise en elle-même lorsqu'elle est concentrée. Néanmoins, quand elle prend la forme de plusieurs établissements au niveau géographique et structurel, les élections des membres des IRP auront lieu dans chaque établissement. C'est une donnée extrêmement importante dans le cas des grandes entreprises. A cela s'ajoute le fait que la jurisprudence de la CJUE donne pour critères de l'autonomie les critères qui sont ceux de l'établissement distinct dégagés par la jurisprudence française : « *(l'autonomie) signifie les pouvoirs, accordés aux responsables de cette entité, d'organiser, de manière relativement libre et indépendante, le travail au sein de ladite entité dans la poursuite de l'activité économique qui lui est propre et, plus particulièrement, les pouvoirs de donner des ordres et des instructions, de distribuer des tâches aux travailleurs subordonnés relevant de l'entité en cause ainsi que de décider de l'emploi des moyens matériels mis à sa disposition, ceci sans intervention directe de la part d'autres structures d'organisation de l'employeur* »<sup>156</sup>. C'est ainsi que l'exigence d'un établissement distinct semble être maintenue en droit européen mais passée quelque peu sous silence en droit interne.

---

<sup>154</sup> Cass., soc., 15 mai 2002, n° 00-42.989, inédit

<sup>155</sup> Article 6, paragraphe 1, de la directive n° 2001/23/CE du 12 mars 2001

<sup>156</sup> CJUE, 29 juillet 2010, aff. C-151/09

## Conclusion

Pour l'auteur Pierre Bailly, les acteurs économiques font preuve d'une « inventivité illimitée »<sup>157</sup>. En effet, la diversité des formes sociales et la créativité de la pratique engendrent des situations toujours plus complexes à appréhender pour le droit du travail. Le droit des affaires semble très souvent donner le rythme et le droit social doit s'efforcer de protéger les intérêts des salariés au gré des évolutions économiques. Gérer les conséquences sociales des restructurations — aussi variées soient-elles — est une tâche difficile que le droit doit tâcher de concilier avec la liberté d'entreprendre.

La liberté d'entreprendre commande de faire des choix : restructurer une entreprise est avant tout un risque. Le droit social doit quant à lui assurer autant que possible la pérennité des emplois et ainsi permettre la conservation des droits acquis par les salariés. Il y a là une véritable contradiction voire une opposition d'intérêts forts et tout autant légitimes. En faisant participer en amont des restructurations les instances représentatives du personnel et notamment le comité d'entreprise, le législateur a voulu une conciliation des intérêts sans heurt : mieux vaut prévenir que guérir ! Et, même si la restructuration est inévitable, la dichotomie entre situation individuelle et situation collective engendre des règles éparses mais formant finalement un ensemble assez cohérent. La gestion des conséquences que peuvent avoir les restructurations sur la situation individuelle des salariés est un formidable exemple de création prétorienne et du dialogue avec le juge européen.

Pourtant, cette étude montre qu'il serait souhaitable d'unifier davantage ces règles voire de créer un véritable concept de droit social des restructurations. La trop grande place prise par la jurisprudence pour l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail ne peut qu'encourager une refonte du Code du travail. De plus, l'amoncellement des différentes lois rend toujours plus illisibles les règles de la représentation collective. Cette étude rejoint ainsi le constat dressé par le professeur Patrick Morvan : « *le droit social des restructurations reste à écrire* ». <sup>158</sup>

---

<sup>157</sup> P. Bailly, « *Le flou de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail* », *Dr. soc.* 2004, p. 366

<sup>158</sup> P. Morvan, *Restructurations en droit social*, LexisNexis, 3ème éd., 2013, p. 13

## **BIBLIOGRAPHIE**

### **Ouvrages généraux, manuels, traités :**

- **A. AUZERO, E. DOCKEZ**, *Droit du travail*, Dalloz, 30ème éd., 2015
- **R. CABRILLAC**, *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2016*, LexisNexis, 7ème éd., 2015
- **A. COEURET, E. FORTIS**, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 5ème éd., 2012
- **M. COHEN, L. MILET**, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, L.G.D.J., 12ème éd., 2016
- **J.-B. COTTIN**, *Le CHSCT*, Lamy, 2ème éd., 2012
- **G. LYON-CAEN**, *Le droit du travail : une technique réversible*, Dalloz, 1995
- **P. MERLE, A. FAUCHON**, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz, 19ème éd., 2015
- **P. MORVAN**, *Restructurations en droit social*, LexisNexis, 3ème éd., 2013
- **F.-J. PANSIER**, *Droit du travail*, LexisNexis, 6ème éd., 2011
- **P.-E. PARTSCH**, *Droit bancaire et financier européen*, Larcier, 1ère éd., 2009
- **B. TEYSSIE**, *Droit du travail - Relations collectives*, LexisNexis, 9ème éd., 2014
- **B. TEYSSIE, J.-F. CESARO, A. MARTINON**, *Droit du travail - Relations individuelles*, 3ème éd., 2014
- **J.-J. TOUATI**, *Les contrats de travail en cas de restructuration*, Lamy, 2015

### **Thèses :**

- **L. DRIGUEZ**, *Droit social et droit de la concurrence*, Thèse, sous la direction de L. IDOT, Bruylant, 2006
- **M. GADRAT**, *Restructurations et droit social*, Thèse, sous la direction de G. AUZERO, 2014
- **A. JEAMMAUD**, *Le droit du travail confronté à l'économie*, Thèse, sous la direction d'A. JEAMMAUD, Dalloz, 2005

## Articles, notes et chroniques :

- **P.-H. ANTONMATTEI**, « *Externalisations et applications de l'article L. 122-12 du Code du travail : le clash !* », *SSL* 2000, n° 996, p. 7
- **Y. AUBREE**, « *Transferts d'entreprise : aspects collectifs* », Répertoire de droit du travail, Dalloz, octobre 2015
- **P. BAILLY**, « *Le flou de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail* », *Dr. soc.* 2004, p. 366
- **F. BARRIERE, C. DE REALS**, « *La loi Florange : une loi anti-OPA ?* », *Revue des sociétés* 2014, p. 279
- **R. BORDIER, F. HABRIAL**, « *Information du comité d'entreprise et opération de concentration* », *Revue Décideurs*, 2011
- **J.-F. CESARO**, « *Le champ de consultation du comité d'entreprise* », *JCP S* 2015, 1169
- **J.-B. COTTIN**, « *Le CHSCT après les lois des 6 et 17 août 2015* », *JCP S* 2015, 1355
- **J.-B. COTTIN**, « *CHSCT : quel contrôle de l'expertise ?* », *Revue de droit du travail* 2013, 379
- **G. COUTURIER**, « *L'article L. 122-12 du Code du travail et les pratiques d'externalisation* », *Dr. soc.* 2000, p. 845
- **J. DANIEL**, « *L'information du comité d'entreprise : à la recherche de la qualité par-delà la quantité* », *JCP S* 2015, 1165
- **B. DE KERVERN**, « *Information des salariés en cas de cession d'entreprise* », *Revue des sociétés* 2015, p. 629
- **E. DOCKES**, « *Les titulaires du droit de dénoncer efficacement une convention collective* », *Dr. soc.* 2011, p. 1257
- **B. DONDERO**, « *La loi Florange en partie invalidée par le Conseil constitutionnel* », *Le blog du professeur Bruno Dondero*, 27 mars 2014
- **F. FAVENNEC-HERY**, « *L'information du comité d'entreprise* », *JCP S* 2015, 1164
- **J.-Y. KERBOUCH**, « *La discrète mais importante révolution des institutions représentatives du personnel après la loi du 17 août 2015* », *JCP S* 2015, 1353
- **E. LAFUMA**, « *De la stratégie comme objet d'information et de consultation du comité d'entreprise* », *Semaine sociale Lamy* 2008, suppl. n°1380, p. 11

- **A. MAZEAUD**, « *Transfert d'établissement distinct : de nouveaux enjeux portant sur les aspects collectifs* », JCP S 2012, 1308
- **A. MAZEAUD**, « *L'affectation des salariés pour partie à l'entité transférée* », Dr. soc. 2009, p. 265
- **J. MOULY**, « *Les licenciements antérieurs au transfert de l'entreprise* », Dr. soc., n° 5, mai 2007, p. 534
- **C. NEAU-LEDUC**, « *Perte de représentativité et sort de l'accord collectif d'entreprise* », Dr. soc. 2009, p. 910
- **P. MORVAN**, « *L'article L. 122-12 du Code du travail à l'international. Contrat de travail et transfert international d'entreprise* », RJS 2004, p. 587
- **S. NADAL**, « *Fluctuations de la représentativité syndicale et perturbations de la vie juridique des conventions et accords collectifs de travail* », Dr. soc., 2013, p. 323
- **C. NICOD**, « *La réforme du dialogue social : une loi en manque d'inspiration* », RTD 2015, 549
- **J.-M. OLIVIER**, « *L'impact des transferts sur les normes collectives en vigueur dans l'entreprise* », Dr. soc. 2005, p. 743
- **J.-F. RENUCCI**, « *Réorganisation et restructuration d'entreprise : quel traitement social ?* », Gazette du Palais, 22 août 2013, n° 230-234, p. 20
- **H. TISSANDIER**, « *Information et consultation du comité d'entreprise : rationalisation ou changement de paradigme ?* », Droit social 2015, p. 882
- **S. TOURNAUX**, « *Le licenciement « de fait » du salarié protégé transféré sans autorisation administrative* », Lexbase hebdo éd. soc. du 3 juillet 2014

# **TABLE DES MATIERES**

REMERCIEMENTS	3
ABBREVIATIONS	4
SOMMAIRE	5
INTRODUCTION	6
<b><u>Titre préliminaire : La participation des instances représentatives du personnel à la mise en oeuvre des restructurations</u></b>	9
<b><u>Chapitre 1 : Les obligations d'information et de consultation exigées par le droit des affaires</u></b>	11
<b>Section 1 : Une confrontation raisonnée avec le droit boursier</b>	11
<b>§ 1 : Le rôle du comité d'entreprise en cas d'offres publiques</b>	11
A) La double obligation d'information-consultation des comités d'entreprise	11
B) Les pouvoirs conférés au comité d'entreprise de la société cible	12
<b>§ 2 : L'information-consultation face au fonctionnement des opérations financières</b>	13
A) La tentative de préservation du calendrier des offres publiques	13
B) Le sort des informations privilégiées	14
<b>Section 2 : Une conciliation limitée avec le droit de la concurrence</b>	15
<b>§ 1 : La réunion du comité d'entreprise lors d'une opération de concentration</b>	15
<b>§ 2 : L'intérêt des salariés face aux autorités de concurrence</b>	16
<b><u>Chapitre 2 : Les obligations d'information et de consultation imposées par le droit social</u></b>	18
<b>Section 1 : L'intervention du comité d'entreprise en amont de la restructuration</b>	18
<b>§ 1 : Une nouvelle organisation de l'information-consultation</b>	18
A) Une consultation annuelle sur l'orientation stratégique	18
B) Des consultations ponctuelles	19
<b>§ 2 : Des modalités de la consultation</b>	20
A) Un cadre temporel pour la consultation	20
B) Un avis fondé sur des informations pertinentes	21
<b>§ 3 : Des sanctions en cas d'absence ou d'irrégularité de la consultation</b>	22
A) De fortes sanctions civiles	22
B) De faibles sanctions pénales	23

<b>Section 2 : La consultation du CHSCT en amont de la restructuration</b>	24
<b>§ 1 : Le champ de compétence du CHSCT</b>	25
A) Une consultation obligatoire pour toute décision de restructuration importante	25
B) Une instance de coordination des CHSCT pour tout projet « commun »	25
<b>§ 2 : Les moyens d'action du CHSCT</b>	26
A) Un expertise rémunéré par l'employeur	26
B) Une action coordonnée avec le comité d'entreprise	27
<b><u>Partie 1 : L'impact des restructurations sur la situation individuelle des salariés</u></b>	28
<b><u>Chapitre 1 : Les conditions du maintien des contrats de travail lors du transfert</u></b>	30
<b>Section 1 : Les critères d'identification de l'entité objet du transfert</b>	30
<b>§ 1 : Une entité économique autonome exigée</b>	30
A) L'influence du droit de l'Union européenne	30
B) La consécration en droit interne de la théorie de l'entreprise-organisation	31
<b>§ 2 : Une entité à l'identité maintenue</b>	32
A) Un faisceau d'indices pour identifier la pérennité de l'entité	32
B) Des hypothèses de disparition de l'entité	33
<b>§ 3 : Une activité pouvant être poursuivie ou reprise</b>	34
A) Une poursuite de l'activité nécessaire	34
B) Une activité pouvant être similaire	35
<b>Section 2 : Le champ d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail</b>	36
<b>§ 1 : La protection des contrats de travail en cours au jour du transfert</b>	36
A) L'affectation des salariés ordinaires	36
B) La procédure particulière applicable aux salariés protégés	38
<b>§ 2 : L'étendue des opérations de restructuration</b>	39
A) Une liste non limitative de restructurations	39
B) Des restructurations exclues	40
<b><u>Chapitre 2 : La protection des contrats de travail lors du transfert</u></b>	42
<b>Section 1 : L'exigence d'un maintien du contrat de travail</b>	42
<b>§ 1 : La pérennité de la situation contractuelle du salarié</b>	42
A) Un article impératif à caractère d'ordre public	42

B) Volonté des parties et ordre public	43
<b>§ 2 : La préservation de la situation financière du salarié</b>	44
A) L'instauration d'une solidarité légale entre employeurs successifs	44
B) Les obligations garanties par la solidarité légale	45
<b>Section 2 : Les hypothèses de modification du contrat de travail</b>	46
<b>§ 1 : L'inefficacité des licenciements avant le transfert</b>	46
A) Une interdiction de principe	46
B) Une sanction atypique	46
<b>§ 2 : La mutabilité du contrat après le transfert</b>	48
A) Une faculté de modifier la relation de travail	48
B) Des modifications frauduleuses via l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail	50
<b><u>Partie 2 : L'impact des restructurations sur la situation collective des salariés</u></b>	51
<b><u>Chapitre 1 : Les conséquences sur le statut collectif des salariés</u></b>	52
<b>Section 1 : Le maintien temporaire du statut collectif négocié</b>	52
<b>§ 1 : Le transfert des conventions et accords collectifs à durée indéterminée</b>	52
A) Un maintien temporaire	52
B) Des dispositions mises en cause par un accord de substitution	53
C) La survie des avantages individuels acquis en cas d'absence d'accord	54
<b>§ 2 : Le transfert des conventions et accords collectifs à durée déterminée</b>	55
<b>Section 2 : Le maintien précaire du statut collectif non-négocié</b>	56
<b>§ 1 : Le principe du maintien</b>	56
A) Le transfert des usages et des engagements de l'employeur	56
B) Le cas particulier du règlement intérieur	57
<b>§ 2 : La précarité dans le maintien</b>	58
A) La dénonciation des usages et des engagements de l'employeur	58
B) La remise en cause du règlement intérieur	59
<b><u>Chapitre 2 : Les conséquences sur la représentation collective des salariés</u></b>	61
<b>Section 1 : La représentation collective en cas de modification des effectifs</b>	61
<b>§ 1 : Les conséquences d'une baisse des effectifs</b>	61
<b>§ 2 : Les conséquences d'une hausse des effectifs</b>	62



<b>Section 2 : La représentation collective en cas de modification structurelle</b>	63
<b>§ 1 : Une protection des mandats subordonnée à l'autonomie de l'entité transférée</b>	63
A) L'exigence d'une autonomie matérielle	64
B) Le cas particulier du comité central d'entreprise	64
<b>§ 2 : Une protection des mandats subordonnée à la qualité d'établissement distinct</b>	65
CONCLUSION	66
BIBLIOGRAPHIE	67

---