

Le transfert conventionnel d'entreprise : Cela arrive plus souvent que l'on ne pense¹

Fabienne Kéfer,
Professeur ordinaire à l'Université de Liège

Lorsqu'une entreprise est transférée par un employeur à une autre personne juridique, les contrats de travail ne prennent pas fin. Ils sont transférés, avec l'entreprise (ou la partie transférée), au cessionnaire, qui acquiert la qualité d'employeur. Une directive européenne (la directive n° 2001/23²) et une convention collective de travail du Conseil national du travail (la convention collective de travail n° 32bis³) organisent le transfert des contrats de travail de l'employeur cédant à l'employeur cessionnaire, en dépit de la volonté contraire du cédant ou du cessionnaire, et en dépit du refus de ce dernier d'exécuter ses obligations. Corrélativement, le droit de licencier les salariés est réduit. Dans quels cas cette protection s'applique-t-elle ? Son périmètre d'application est beaucoup plus large que l'on ne le pense en général. Il est évoqué ci-dessous au travers de quatre exemples⁴.

Le maintien du même contrat pour tous les travailleurs

La règle cardinale, en cas de transfert d'entreprise, consiste dans le transfert des contrats de travail, lequel s'opère par le fait même de la cession de l'entreprise. Aucune sélection des travailleurs ne peut être opérée. Il est exclu qu'un accord conclu entre le cédant et le cessionnaire en vue de déterminer les seuls membres du personnel dont le contrat serait maintenu soit opposé au travailleur qui n'y aurait pas consenti. Une telle convention ne peut, au mieux, avoir pour effet que de régler les relations entre le cédant et le cessionnaire⁵.

L'objectif de la directive n'est pas uniquement de préserver les emplois, mais de maintenir les droits des salariés issus des contrats de travail⁶. C'est pourquoi, après le transfert de

¹ Pour de plus amples développements, et d'autres questions relatives aux transferts d'entreprises, cons. F. KÉFER, *Les transferts d'entreprises. Etude de droit du travail belge et européen*, Limal, Anthemis, 2019, 194 p.

² Directive 2001/23 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissement.

³ C.C.T. n° 32bis du 17 juin 1985 concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de changement d'employeur du fait d'un transfert conventionnel d'entreprise et réglant les droits des travailleurs repris en cas de reprise de l'actif après faillite ou concordat judiciaire par abandon d'actif, modifiée par la C.C.T. n° 32ter du 2 décembre 1986 rendue obligatoire par arrêté royal du 19 janvier 1987, par la C.C.T. n° 32quater du 19 décembre 1989 rendue obligatoire par arrêté royal du 6 mars 1990, par la C.C.T. n° 32quinquies du 13 mars 2002 rendue obligatoire par arrêté royal du 14 mars 2002, par la C.C.T. n° 32sexies du 27 septembre 2016 rendue obligatoire par arrêté royal du 22 décembre 2016 et par la C.C.T. n° 32/7 du 23 avril 2019 rendue obligatoire par arrêté royal du 28 avril 2019.

⁴ Seul est abordé ici le régime applicable lorsque le cédant et le cessionnaire relèvent tous deux secteur privé. Il faut toutefois mentionner la difficulté particulière relative aux employeurs du secteur public. La directive européenne est applicable au personnel sous contrat de travail des entreprises publiques, dont l'activité ne relève pas de l'exercice de la puissance publique, comme le service d'aide à domicile, la publicité et l'information des services offerts par une commune, le transport de personnes par autobus, l'entretien de locaux scolaires, la manutention, l'exploitation de services de télécommunications à l'usage du public, la formation des demandeurs d'emploi. En droit belge, la situation de ces travailleurs est très complexe en cas de transfert d'entreprise. La convention collective n° 32bis ne lie pas les pouvoirs publics et la loi belge n'a pas prévu de dispositions spécifiques pour ce cas particulier. Ceci donne lieu à des controverses pointues qu'il n'est pas possible de développer ici mais qui méritent d'être signalées. Ne sera pas non plus évoqué le régime spécifique élaboré pour le cas du transfert sous autorité de justice.

⁵ Cass., 13 septembre 2010, *J.T.T.*, 2010, p. 438.

⁶ P. RODIÈRE, *Traité de droit social de l'Union européenne*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 391.

l'entreprise, le même contrat continue de lier le travailleur au cessionnaire. La réglementation vise à éviter qu'à lui seul le transfert d'entreprise soit l'occasion d'une dégradation de la situation du travailleur, c'est-à-dire de la suppression ou de la réduction de ses droits. Autrement dit, toutes⁷ les conditions de travail, y compris celles qui sont décidées par conventions collectives de travail, sont maintenues (fonction, rémunération dans toutes ses composantes, modalités de calcul de la prime de garde⁸, date de versement⁹, lieu d'exécution, régime de travail¹⁰, etc.), de même que la protection liée au dépôt d'une plainte pour harcèlement¹¹. L'ancienneté n'est pas en soi une condition de travail, elle n'est donc pas un droit que le travailleur transféré peut faire valoir à l'encontre du cessionnaire ; mais elle influence la détermination de certains droits issus du contrat : rémunération, durée du préavis, indemnité de fin de contrat. Le cessionnaire est dès lors tenu de la prendre en compte pour le calcul des droits de nature pécuniaire du personnel repris¹².

La modification des conditions de rémunération sans l'accord du salarié est contraire à l'article 7 de la convention collective n° 32*bis* même lorsque ces conditions sont jugées globalement au moins aussi favorables¹³.

De ce que le contrat de travail est simplement transféré et que le cessionnaire est littéralement substitué au cédant, il s'ensuit que le pécule de vacances et la prime de fin d'année seront payés à leur date normale par le cessionnaire. Le transfert n'entraîne donc pas, pour le cédant, le règlement anticipé du pécule de vacances ou de la prime de fin d'année *pro rata temporis*. Le cas échéant, le cédant et le cessionnaire régleront entre eux la prise en charge définitive de ces montants.

Le licenciement reste autorisé à l'occasion d'un transfert d'entreprise, mais il ne peut être justifié simplement par le transfert ; sa licéité est subordonnée à l'existence soit d'un motif grave, soit de raisons économiques, techniques ou d'organisation impliquant des changements sur le plan de l'emploi.

L'une des difficultés majeures de la matière est d'identifier quand ce régime juridique est applicable. Quand est-on face à un transfert d'entreprise ? Trois conditions doivent être réunies pour donner accès à la protection fournie par le droit : (i) il faut un changement d'identité de l'employeur ; (ii) le transfert doit résulter d'une cession conventionnelle ou d'une fusion ; (iii) il doit porter sur une entreprise ou partie d'entreprise. Si la première condition ne pose pas de réelle difficulté d'interprétation, les deux autres sont, par contre, la source d'un abondant contentieux.

⁷ La seule exception concerne les dettes relatives aux régimes complémentaires au régime légal en matière de retraite, survie et invalidité (art. 4 et 8 de la C.C.T.T. n° 32*bis*).

⁸ Cass., 14 novembre 2016, *J.T.T.*, 2017, p. 74.

⁹ C.J.C.E., 12 novembre 1992, *Watson Rask et Christensen*, aff. C-209/91.

¹⁰ C. trav. Bruxelles, 19 novembre 2014, *J.T.T.*, 2015, p. 100.

¹¹ C. trav. Liège, 17 février 2012, *Chron. D.S.*, 2017, p. 92 et note P. BRASSEUR.

¹² C.J.U.E., 14 septembre 2000, *Collino et Chapierro*, aff. C-343/98 ; C.J.U.E., 6 septembre 2011, *Scattolon*, aff. C-108/10 ; C.J.U.E., 6 avril 2017, *Unionen*, aff. C-336/15.

¹³ Cass., 14 novembre 2016, *J.T.T.*, 2017, p. 74.

Premier exemple : une séparation au sein d'un cabinet d'avocats

Prenons pour premier exemple un cabinet d'avocats composé d'une douzaine d'avocats et trois secrétaires, qui connaît une période de turbulence au point que deux des associés quittent l'association avec trois des collaborateurs, pour fonder un nouveau cabinet. Y a-t-il un transfert conventionnel d'entreprise ? Posée comme cela, la question pourrait avoir quelque chose de saugrenu. Pourtant, il est légitime et même essentiel de se la poser, afin de déterminer le sort des contrats de travail des secrétaires.

(a) La première question à résoudre est celle de savoir si l'activité du groupe en partance est une entreprise, ou plus précisément, une partie d'entreprise. La réglementation ne s'applique pas qu'aux activités typiquement commerciales. Elle concerne aussi les services ainsi que les activités exercées par le secteur non-marchand. La jurisprudence a élaboré une définition extensive de la notion d'entreprise, qui englobe, notamment, l'activité d'aide aux toxicomanes exercée par une fondation (personne morale de droit privé à but non lucratif)¹⁴, l'aide à domicile de personnes défavorisées¹⁵, la réinsertion des chômeurs¹⁶ ou encore l'accueil des réfugiés¹⁷. Quant aux avocats, même s'ils n'exercent pas une activité commerciale, ils offrent des services sur un marché et exercent donc une activité susceptible d'être couverte par le droit du transfert d'entreprises.

Une entreprise, au sens de cette réglementation, est un ensemble organisé de moyens doté d'une autonomie fonctionnelle suffisante. Dans notre exemple, si le groupe d'avocats en partance déploie son activité dans un domaine qui peut être isolé du reste de l'activité du cabinet, l'on est bien face à une entité économique autonome, détachable du reste.

(b) Ensuite, il faut vérifier si l'activité de l'entité économique autonome est poursuivie après la séparation. Dans notre exemple, cela ne fait aucun doute si les avocats sont partis avec leur clientèle, leurs dossiers, bref avec une division de l'ancien cabinet, et poursuivent ainsi la même activité.

(c) Les associés sortants seront sans doute tentés d'avancer comme argument : « Il n'y a aucun accord, aucune convention, au contraire nous sommes en désaccord, et donc il n'y a pas de transfert conventionnel ». C'est un mauvais argument.

Le concept même de cession conventionnelle a reçu de la jurisprudence une interprétation à ce point large que cette condition ne constitue plus véritablement un obstacle à l'application du droit du transfert. Il y a de nombreuses hypothèses où la jurisprudence a déclaré la directive européenne ou la convention collective n° 32bis applicable alors que les deux opérateurs économiques sont en conflit et ne se sont pas entendus sur une cession d'activité. L'exemple classique est celui jugé par la cour de travail de Liège qui a décidé que le transfert d'entreprise résultant de la résiliation du contrat de franchise et du contrat de sous-location

¹⁴ C.J.C.E., 19 mai 1992, *Redmond Stichting*, C-29/91.

¹⁵ C.J.C.E., 10 décembre 1998, *Sanchez Hidalgo*, aff. C-173/96 et C-247/96.

¹⁶ C.J.C.E., 11 novembre 2004, *Delahaye*, aff. C-425/02.

¹⁷ C. trav. Bruxelles, 20 juin 2017, *J.T.T.*, 2017, p. 388.

commerciale et de la reprise de l'exploitation pour son propre compte présentait indiscutablement un caractère conventionnel. Les circonstances étaient les suivantes. La S.A. Quick restaurants était locataire d'une parcelle située dans l'enceinte du complexe commercial « GB Center » de Bonnelles. Elle avait conclu avec la sprl Rapid Rest II un contrat de franchise portant sur l'exploitation à l'enseigne « GB Quick » d'un établissement de restauration rapide érigé sur la parcelle ainsi qu'un contrat de sous-location commerciale. Les deux contrats étaient venus à échéance ; la sprl n'en avait pas sollicité le renouvellement mais continuait à exploiter l'établissement à titre précaire. La S.A. Quick restaurants a alors notifié à la sprl qu'elle mettait fin au contrat de franchise et à l'occupation précaire des lieux. Elle a fait construire un nouvel établissement de restauration rapide sur la même parcelle à quelques dizaines de mètres de l'ancien et entamé elle-même l'exploitation de ce nouveau restaurant sous l'enseigne « GB Quick ». Elle a donc repris la gestion directe de l'activité et a ainsi réalisé un transfert conventionnel d'entreprise¹⁸.

(d) La conclusion de tout ceci est que les avocats en partance devront reprendre le personnel affecté à l'entité concernée par le transfert. Une personne qui travaille pour plusieurs parties d'une entreprise, y compris mais pas exclusivement pour la partie transférée (par exemple, la personne employée aux tâches de comptabilité) ne peut prétendre à être transférée au nouvel employeur¹⁹. En revanche, si l'une des employées était affectée à la division transférée, elle pourra revendiquer le transfert de son contrat de travail et le maintien de ses conditions de travail antérieures.

Deuxième exemple : le changement de prestataire de restauration collective

Des hypothèses plus complexes sont régulièrement soumises aux cours et tribunaux. C'est notamment le cas des entreprises de prestation de services, lorsque les actifs nécessaires à l'exploitation sont mis à la disposition du prestataire par le tiers bénéficiaire des services. La Cour de justice de l'Union européenne estime que l'absence de transfert de propriété d'éléments d'actifs ne constitue pas un obstacle à l'application de la directive lorsque ces éléments sont mis à la disposition du cédant, puis du cessionnaire, par le donneur d'ordre. Cette mise à disposition successive est regardée comme un transfert d'actifs. Elle en a décidé ainsi au sujet d'un établissement hospitalier qui avait résilié le contrat qui le liait à une société (Sanrest) et portant sur la restauration collective, pour confier celle-ci à une société concurrente (Sodexho). Sodexho a été considérée comme cessionnaire – et donc obligée de reprendre les contrats de travail du personnel de cuisine – bien qu'elle n'ait conclu aucune convention avec Sanrest, qu'elle avait évincée : « Les éléments corporels indispensables pour l'activité visée - à savoir les locaux, l'eau et l'énergie ainsi que les petits et gros équipements (notamment les matériels fixes nécessaires à la confection des repas et les machines à laver) - ont été repris par le cessionnaire. De plus, la situation en cause au principal se caractérise par l'obligation, explicite et essentielle, de préparer les repas dans la cuisine de l'hôpital et donc de reprendre ces éléments corporels. Le transfert des locaux et des équipements mis à

¹⁸ C. trav. Liège, 29 septembre 1999, *Chron. D.S.*, 2000, p. 14.

¹⁹ C.J.C.E., 7 février 1985, *Botzen*, aff. 186/83.

disposition par l'hôpital, qui apparaît indispensable à la préparation et à la distribution des repas aux patients et au personnel de l'hôpital, suffit à caractériser, dans ces conditions, le transfert de l'entité économique. Il est en outre évident que le nouvel adjudicataire a nécessairement repris l'essentiel de la clientèle de son prédécesseur, du fait du caractère captif de celle-ci »²⁰. En Belgique, les juges du fond se sont prononcés plusieurs fois dans le même sens, au sujet d'une entreprise qui avait résilié le contrat portant sur la gestion de la restauration collective, pour la confier à une société concurrente²¹.

Une telle solution est parfois critiquée pour plusieurs motifs. Certains ont fait valoir que l'entreprise prestataire de services qui perd un marché se trouve privée d'une partie de son personnel, qu'elle avait elle-même sélectionné, formé et dont elle aurait peut-être apprécié la poursuite de la collaboration pour exécuter d'autres marchés. De son côté, le nouveau prestataire de services se voit tenu d'occuper un personnel qu'il n'a pas choisi, qui ne travaille pas forcément de manière satisfaisante à ses yeux. Le bénéficiaire des services peut également être déconcerté par l'application de la directive dès lors que, s'il a pris l'initiative de résilier la convention qui le liait au prestataire évincé, c'est peut-être précisément en raison des piètres prestations fournies par le personnel. Si, malgré le changement d'adjudicataire, le client subit le maintien des travailleurs dont il n'était pas content, son changement d'adjudicataire est inutile. Enfin, il est allégué que la directive a été conçue pour les hypothèses où la situation de l'employeur s'est modifiée, alors qu'en cas de changement de prestataire de services, aucune modification n'affecte l'employeur, qui pourrait fort bien conserver à son service les travailleurs concernés par le marché perdu et les réaffecter ailleurs²².

La logique poursuivie par la Cour de justice est tout autre ; elle entend voir appliquer la directive parce que le risque est sérieux qu'en raison d'un changement d'adjudicataire, les contrats de travail des salariés qui étaient occupés par l'employeur évincé soient résiliés, alors que l'activité continue à être exercée avec les mêmes moyens de production. Ni l'absence de lien contractuel entre les prestataires successifs, ni le défaut de propriété des actifs indispensables à l'exploitation et leur mise à disposition par le donneur d'ordre aux exploitants successifs ne font obstacle à la qualification de transfert d'entreprise.

Troisième exemple : La ré-internalisation de la restauration collective

Le débat est tranché de la même manière dans le schéma de l'internalisation ou reprise en gestion directe. L'exemple topique est celui d'une entreprise qui faisait appel à une autre entreprise pour la restauration collective de son personnel ou de sa clientèle, puis qui résilie ce contrat de prestation de services et assure désormais l'exploitation de sa cantine. L'hypothèse a été examinée à plusieurs reprises par la jurisprudence, et notamment par la Cour de cassation dans un arrêt du 7 mai 2012. Un établissement scolaire (défendeur en cassation) avait confié sa cantine à une entreprise de restauration collective (demanderesse en cassation), qui exerçait l'activité dans les locaux et avec les équipements mis à sa disposition par l'école.

²⁰ C.J.C.E., 20 novembre 2003, *Abler*, aff. C-340/01.

²¹ Trib. trav. Bruxelles, 21 octobre 2004, *J.T.T.*, 2005, p. 216 ; C. trav. Bruxelles, 20 octobre 2008, *J.T.T.*, 2009, p. 138.

²² Comp. H. BLAISE, « Continuité de l'entreprise : flux et reflux de l'interprétation extensive de l'article L. 122-12 al. 2 du Code du travail », *Droit social*, 1984, p. 94 et réf. citées.

Au bout d'un temps, celle-ci avait décidé d'exercer à nouveau l'activité de préparation et de distribution des repas aux étudiants et au personnel et avait mis fin au contrat qui la liait à l'entreprise de restauration collective, sans reprendre aucun des membres du personnel. Un des travailleurs réclamait une indemnité compensatoire de préavis. La cour du travail avait condamné uniquement l'entreprise de restauration collective après avoir considéré qu'elle n'avait pas transmis son entreprise à l'école. Cette juridiction était d'avis que, puisque l'activité nécessitait un équipement considérable, le transfert de celui-ci était indispensable pour caractériser un transfert d'entreprise. Selon elle, les locaux et équipements ne pouvaient être considérés comme transférés à l'école puisqu'ils avaient toujours appartenu à celle-ci ; elle les avait mis à disposition puis supprimé le droit d'usage, ce qui ne pouvait être analysé comme un transfert d'éléments d'actifs corporels. Saisie d'un pourvoi de l'entreprise de restauration collective, la Cour de cassation a cassé la décision²³. Il y a bien eu un transfert d'entreprise. L'école, considérée comme cessionnaire, aurait dû conserver le personnel de cuisine à son service, ce qui aurait permis d'éviter le licenciement. Et quand bien même le licenciement pouvait se trouver justifié, l'établissement scolaire, qui était devenu l'employeur en raison du transfert, aurait dû être condamné à supporter le coût de l'indemnité compensatoire de préavis.

Quatrième exemple : Les entreprises reposant essentiellement sur la main d'œuvre

Dans certains secteurs, tels le nettoyage ou la surveillance d'un musée, les actifs se réduisent à peu de chose. Pour caractériser l'existence d'un transfert d'entreprise (« y a-t-il un ensemble organisé de moyens qui maintient son identité après le transfert »), la jurisprudence fait jouer un rôle significatif à la reprise ou non, par le nouveau prestataire, de l'essentiel des effectifs de son prédécesseur. Si l'essentiel des effectifs n'est pas repris, l'on ne se trouve pas en présence d'un transfert d'entreprise ; la protection offerte par le droit du transfert ne s'applique donc pas. A l'inverse, si une grande partie des travailleurs est reprise par le nouveau prestataire, l'on conclura à l'existence d'un transfert d'entreprise ; en conséquence, les salariés repris pourront réclamer le maintien des conditions de travail antérieures au transfert, et les travailleurs non repris pourront exiger le maintien de leur contrat de travail²⁴.

Ces différents exemples n'épuisent pas, loin de là, toutes les hypothèses d'application du droit du transfert. Il ne s'agissait ici que d'en évoquer quelques-unes, parmi les plus répandues mais néanmoins mal connues.

²³ Cass., 7 mai 2012, *Pas.*, 2012, p. 1019 ; *R.D.C.*, 2013, p. 776 et note J. PEETERS.

²⁴ C.J.C.E., 10 décembre 1998, *Hernandez Vidal, Santner et Gomez Montaña*, aff. C-127/96, C-229/96 et C-74/97 ; C.J.C.E., 24 janvier 2002, *Temco*, aff. C-51/00 ; C.J.U.E., 11 juillet 2018, *Somoza Hermo et Ilunión Seguridad*, aff. C-60/17.