

LA PLURALITÉ DE CESSIONNAIRES EN CAS DE TRANSFERT D'ENTREPRISES

Fabienne KÉFER

Professeur ordinaire à l'Université de Liège

Jacques GLESSE

Professeur émérite à l'Université de Liège

Avocat

Tout au long de sa carrière, le dédicataire de ces lignes a montré qu'il était à la fois un spécialiste du droit travail et un excellent « civiliste ». Ces deux qualités conjuguées l'ont toujours conduit à fournir des analyses très fines de son domaine de prédilection.

S'il est un secteur où le droit du travail prend ses distances par rapport au droit civil, c'est bien celui du maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises : en réalisant le transfert d'un contrat synallagmatique, la convention collective de travail n° 32bis a créé, sous l'impulsion de la directive 77/178 – actuellement 2001/23¹ –, une figure juridique ignorée du Code civil, une entorse considérable au principe de la relativité des contrats et une cascade de questions relatives au maintien ou à la disparition du lien contractuel entre le salarié et celui avec lequel il avait conclu un contrat : caractère obligatoire du transfert à l'égard du salarié, obligation et contribution à la dette des cédant et cessionnaire, maintien des conventions collectives qui liaient le cédant², etc.

Conçue pour protéger les travailleurs, longtemps interprétée comme destinée à empêcher qu'ils soient placés dans une position moins favorable du seul fait du transfert et éviter autant que possible qu'à lui seul le transfert d'entreprise soit l'occasion d'une dégradation de leur situation, c'est-à-dire de la suppression

¹ Directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 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'entreprises ou d'établissements.

² W. Rauws, « Overgang van onderneming, wijziging van paritair comité en collectieve arbeidsvoorwaarden: art. 20 CAO-Wet in het licht van het gunstigheidsbeginsel », *R.W.*, 2003-2004, p. 955.

ou de la réduction de leurs droits³, la directive a vu ses objectifs évoluer sous l'action de la Cour. Depuis l'arrêt *Werhof*⁴, et encore davantage depuis l'arrêt très controversé *Atalman Herron*, la directive a été dotée d'un second principe d'interprétation, suivant lequel elle cherche à assurer un équilibre entre les intérêts des salariés et ceux du cessionnaire qui doit pouvoir opérer les ajustements nécessaires à la continuation de son activité⁵.

Il en résulte une jurisprudence oscillante. Tantôt l'intérêt du travailleur est sérieusement mis en avant, comme on a pu le constater dans l'arrêt *Plessers*, condamnant la procédure belge de transfert sous autorité de justice⁶; tantôt l'intérêt du cessionnaire prend nettement le dessus, comme l'illustre l'arrêt *ISS Facility Services*⁷, où la Cour examine pour la première fois les conséquences du transfert d'une entreprise à plusieurs cessionnaires – figure qui, à notre connaissance, n'avait pas davantage été soumise aux juridictions belges.

Cet arrêt nous a paru une belle opportunité pour rendre hommage à notre collègue à l'issue de son parcours académique.

I. L'ARRÊT ISS FACILITY SERVICES

Les faits de l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne sont les suivants. Une entreprise industrielle de nettoyage – ISS Facility Services, on l'appellera le cédant – était chargée du nettoyage et de l'entretien de plusieurs bâtiments de la ville de Gand répartis en trois lots. La ville de Gand a lancé un appel d'offres pour renouveler le marché à partir du 1^{er} septembre 2013. L'offre du cédant n'a pas été retenue. Deux des trois lots ont été adjugés à la société Atalman et le troisième lot, nettement plus réduit, à une autre société. La travailleuse était occupée à temps plein en qualité de gestionnaire d'antenne; elle était chargée de la planification et de l'organisation des trois chantiers correspondant à chacun des lots. Très peu de temps avant l'échéance du 1^{er} septembre 2013, le cédant a informé la travailleuse qu'en raison du transfert d'entreprise et de son affectation aux deux chantiers correspondant aux deux lots adjugés à la firme Atalman, elle entrerait au service de cette dernière à partir du

1^{er} septembre 2013 en sorte qu'elle ne ferait plus partie du personnel du cédant. Celui-ci a fait la même communication à la société Atalman. Cette dernière a répondu au cédant qu'il n'y avait pas, à son estime, transfert d'entreprise et que, par voie de conséquence, aucune relation contractuelle ne s'est nouée entre elle-même et la travailleuse. Celle-ci a engagé, par la suite, une procédure devant le tribunal du travail de Gand. Elle demandait la condamnation du cédant et de la société Atalman à lui payer une indemnité de préavis.

En première instance, le cédant a été condamné à payer à la travailleuse l'indemnité de préavis demandée. Le jugement considère que la travailleuse ne peut se voir appliquer la convention collective n° 32bis parce qu'elle ne faisait pas partie de l'entité cédée: elle ne participait pas aux travaux de nettoyage faisant l'objet du transfert mais elle était chargée de tâches administratives et organisationnelles.

Saisie par un appel du cédant, la cour du travail de Gand adopte un point de vue différent de celui du tribunal: la situation de la travailleuse est régie par la convention collective n° 32bis car les tâches de celle-ci concernaient exclusivement les trois chantiers attribués précédemment au cédant. Avant de statuer sur les conséquences juridiques de ce transfert et le droit de la travailleuse à une indemnité de préavis, la cour de Gand interroge la Cour de justice sur l'interprétation à donner à l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/23 dans l'espèce dont elle est saisie, qualifiée de «*transfert simultané de plusieurs parties d'une entreprise (...) à plusieurs cessionnaires*».

La Cour de justice n'était pas interrogée sur le point de savoir si l'opération relevait ou non de la notion de transfert conventionnel. Elle ne l'aborde donc pas. En revanche, les conclusions de l'avocat général consacrent de longs développements (points 41 à 56) à l'assujettissement de l'espèce à la directive en raison du fait que les parties, dans la procédure préjudicielle, adoptaient encore des points de vue opposés; la travailleuse soutenait en effet que la directive ne s'applique pas lorsqu'une entité économique est transférée à plusieurs cessionnaires, position contraire à celle adoptée par la Cour dans une décision antérieure⁸.

Les conclusions de l'avocat général (points 54, 66 et 67) mettent en lumière les enseignements de l'arrêt *Botzen* et la distinction à faire, au regard de la notion de transfert, entre deux situations: d'une part, la travailleuse, comme en l'espèce, appartient au groupe de travailleurs transférés car son activité est entièrement dédiée à l'entité économique transférée; d'autre part, comme dans l'affaire *Botzen*, la travailleuse relève d'un service administratif de l'entreprise qui n'est pas lui-même transféré même si elle effectue certaines tâches au profit de l'entité

³ Par exemple, C.J.C.E., 10 février 1988, *Tellerup*, dit «*Daddy's Dance Hall*», 324/86, ECLUEU:C:1988:72, point 9. Voy. encore récemment C.J.U.E., 13 juin 2019, *Correia Moreira c. Município de Portimão*, C-317/18, ECLUEU:C:2019:499, point 49. J.-P. PUISSECHER, «La directive concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises et la jurisprudence de la Cour», *J.T.T.*, 1999, p. 4.

⁴ C.J.C.E., 9 mars 2006, *Werhof*, C-499/04, ECLUEU:C:2006:168, point 31.

⁵ C.J.U.E., 18 juillet 2013, *Alemo-Herron*, C-426/11, ECLUEU:C:2013:521, point 25; C.J.U.E., 11 septembre 2014, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, C-328/13, ECLUEU:C:2014:2197, point 29; C.J.U.E., 27 avril 2017, *Asklepios*, C-680/15 et 681/15, ECLUEU:C:2017:317, point 22;

⁶ C.J.U.E., 16 mai 2019, *Plessers*, C-509/17, ECLUEU:C:2019:424.

⁷ C.J.U.E., *ISS Facility Services*, 26 mars 2020, C-344/18, ECLUEU:C:2020:229, point 26.

⁸ C.J.U.E., *ISS Facility Services*, 26 mars 2020, C-344/18, ECLUEU:C:2020:229.

⁹ C.J.U.E., 20 juillet 2017, *Piscarreta Ricardo c. Portimão Urbs EM*, aff. C-416/16, ECLUEU:C:2017:574, point 44: «La circonstance qu'une entité économique soit dissoute et ses activités transférées à deux autres entités ne constitue pas, en soi, un obstacle à l'applicabilité de la directive 2001/23». Dans cette hypothèse, le travailleur en cause n'était affecté qu'à une des deux entités.

transférée. Dans le premier cas, la directive s'applique mais non dans le second cas.

Les conclusions de l'avocat général (points 43 à 46) soulignent également une particularité de l'affaire soumise à la Cour. Le transfert vers deux cessionnaires ne résulte pas d'un acte volontaire du cédant, comme cela serait le cas s'il décidait de vendre son entreprise, ou une partie de celle-ci, à des acquéreurs distincts. On sait que la qualification conventionnelle du transfert s'est, au fil des arrêts de la Cour, réduite à peu de choses; l'absence de relations contractuelles directes entre le cédant et le ou les cessionnaires n'exclut pas l'application de la directive⁹. Dans l'espèce soumise à la Cour, une convention collective sectorielle¹⁰ fait à Atalian, en tant que nouvel adjudicataire, l'obligation de reprendre les travailleurs affectés aux marchés qu'il reprend au cédant; c'est le fait de l'exécution de cette obligation par Atalian qui entraîne la qualification de transfert conventionnel et l'application de la directive¹¹. Cette précision factuelle n'est pas sans intérêt au moment où l'interprète s'interrogera sur l'extension de la doctrine de l'arrêt à des hypothèses proches mais distinctes de celle soumise à la Cour dans l'arrêt commenté.

La réponse de la Cour à la question préjudicielle est construite autour d'un principe, assorti d'un tempérament.

Le principe est le transfert « à chacun des cessionnaires des droits et obligations résultant du contrat de travail conclu avec le cédant au prorata des fonctions exercées par le travailleur ». Le raisonnement conduisant à cette interprétation de la directive est le suivant. L'hypothèse de la pluralité de cessionnaires – non envisagée par la directive – n'exclut pas l'application de celle-ci (point 27). Étant donné que le transfert d'entreprise est établi, conclure à l'absence de transfert des droits et obligations résultant du contrat de travail priverait la directive de son effet utile (points 26 à 28). Transférer le contrat de travail à temps plein à un seul cessionnaire – celui auprès duquel le salarié est occupé à titre principal – porterait atteinte aux intérêts de ce cessionnaire puisque celui-ci serait lié par un contrat à temps plein alors le travail accompli pour son compte par le travailleur ne requiert qu'un contrat à temps partiel

9 N. THOLEN, *Conventionele overgang van ondernemingen*, Gent, Larcier, 2015, pp. 69-75; C. ENGELS, *Overgang van onderneming in het kader van de CAO nr. 32bis*, Bruges, die Keure, 2017, pp. 10-18; F. KÉFER, *Les transferts d'entreprises. Étude de droit du travail belge et européen*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 32-35.

10 Convention collective de travail adoptée le 12 mai 2003, conclue au sein de la Commission paritaire n° 121 (entreprises de nettoyage et de désinfection), relative à la reprise de personnel suite à un transfert d'un contrat, rendue obligatoire par un arrêté royal du 19 juillet 2006.

11 C.J.C.E., 24 janvier 2002, *Temco*, C-51/00, ECLI:EU:C:2002:48; C.J.U.E., 11 juillet 2018, *Somoza Herino et Ilunión Seguridad*, C-60/17, ECLI:EU:C:2018:559. Cons. F. CAMAS RODA, « L'application du régime de transfert d'entreprise en Espagne. Dysfonctionnements par rapport à la doctrine juridique de la Cour de Justice de l'Union européenne », in F. KÉFER (coord.), *Les transferts conventionnels d'entreprises en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 57 et s.

(points 30 et 31)¹². Ne reste dès lors que la solution de la scission du contrat de travail en deux ou plusieurs contrats de travail à temps partiel au « prorata des fonctions exercées par le travailleur ». La détermination de ce prorata incombe au juge national qui peut prendre en considération la valeur économique de l'activité transférée (en l'espèce 85% pour Atalian et 15% pour l'autre cessionnaire) ou le temps que le travailleur consacre effectivement à chacune des parties transférées (66% pour la première et le reste pour l'autre, selon ce qui ressort des conclusions de l'avocat général¹³) (point 32).

Cette interprétation, sans doute la plus proche de la lettre de la directive, expose la travailleuse à d'importantes difficultés concrètes alors que l'un des objectifs de la directive est d'éviter que les travailleurs soient placés dans une situation moins favorable en raison du transfert. Aussi l'arrêt assortit-il le principe d'un tempérament important. Lorsque « la scission se révèle impossible ou entraîne une détérioration des conditions de travail et des droits du travailleur », le contrat peut être résilié. Si le travailleur prend l'initiative de cette résiliation, celle-ci est imputable aux cessionnaires (point 37).

II. L'IMPOSSIBILITÉ DE SCINDER ET LA DÉTÉRIORATION DES CONDITIONS ET DES DROITS DU TRAVAILLEUR

Les contours du tempérament dégagé par l'arrêt ne manqueront pas d'entraîner des difficultés.

Outre la scission impossible, l'arrêt parle de la détérioration des conditions de travail ou des droits du travailleur alors que l'article 4, paragraphe 2, de la directive, auquel il fait référence, retient « une modification substantielle des conditions de travail au détriment du travailleur ». Cette différence n'est pas insignifiante¹⁴. Du point de vue sémantique, la première formulation est plus étendue que la seconde¹⁵.

L'impossibilité de scinder le contrat de travail peut résulter d'une cause juridique ou de données factuelles. Ainsi, même si la Cour de justice énonce que la scission « ne saurait être exclue en raison du simple fait qu'elle implique le transfert à l'un des cessionnaires d'un contrat de travail portant sur un

12 L'arrêt relève que cette solution permettrait de protéger les intérêts de la travailleuse (point 30) alors que, de manière curieuse, pour l'avocat général ce serait également une amélioration des conditions de travail de celle-ci (point 73).

13 Point 74.

14 *Contra* L. PELTZER, « Transfert d'une partie d'entreprise et scission du contrat de travail à temps plein en plusieurs contrats à temps partiel », *J.T.*, 2020, pp. 504-505, n° 16.

15 La seconde est interprétée par la Cour comme une modification d'une certaine ampleur (F. KÉFER, *Les transferts d'entreprises. Étude de droit du travail belge et européen. op.cit.*, pp. 129-131, n°147).

faible nombre d'heures de travail⁹, il y aura une impossibilité juridique si la division de la fonction exercée par le travailleur chez le cédant aboutit à une fraction inférieure à un tiers dès lors que la durée hebdomadaire du travailleur à temps partiel ne peut, sauf exception¹⁶, être inférieure à un tiers de la durée hebdomadaire de travail des travailleurs à temps plein¹⁷. De même, la scission pourrait avoir pour conséquence d'amener le salarié à travailler pour deux entreprises concurrentes, ce qui pose difficulté au regard du principe de loyauté, énoncé par l'article 17, 3°, de la loi du 3 juillet 1978. Une clause d'exclusivité pourrait, elle aussi, paralyser la division du contrat de travail. Quant à l'impossibilité de fait, on songe au chevauchement des horaires de travail, à l'éloignement géographique des lieux de travail.

La détérioration des droits du travailleur n'est assurément pas exclue. Certes, les droits résultant du contrat de travail, notamment le droit à la rémunération et aux avantages acquis en vertu du contrat, sont en principe maintenus quoique divisés entre deux ou plusieurs débiteurs. Mais le travailleur pourrait perdre des droits qui ne sont accordés qu'au travailleur occupé à temps plein. Il en va ainsi, dans le régime du crédit-temps, du droit à une diminution de carrière d'1/5 ou du droit des travailleurs de 50 ans ou plus à une réduction des prestations¹⁸. En outre, le temps de travail accompli en dehors de l'horaire contractuel d'un travailleur à temps partiel n'est pas qualifié d'heures supplémentaires mais d'heures complémentaires¹⁹: celles-ci ne sont pas cadencées comme le sont les heures supplémentaires, ne doivent pas être compensées par des repos et ne sont pas rémunérées aux même taux que les heures supplémentaires.

La détérioration des conditions de travail est une occurrence plus étendue que la détérioration des droits. Sauf rares exceptions, la transformation du contrat de travail à temps plein pour un seul employeur en deux, voire davantage, contrats de travail à temps partiel pour plusieurs employeurs entraînera inévitablement des désagréments pour le travailleur. Il suffit d'évoquer l'inévitable coordination des horaires de travail et des périodes de vacances, la nécessité de se déplacer vers des lieux de travail différents, le doublement des vêtements de travail et du véhicule de société pour se rendre sur les chantiers, la difficulté accrue en cas de résiliation de l'un des contrats de travail de retrouver un autre emploi conciliable, la nécessité de s'intégrer dans deux collectifs de travail tout en n'étant à chaque fois occupé qu'à temps partiel, etc. En bref, il est permis de supputer que, dans la grande majorité des situations, indépendamment du changement d'employeurs,

la pluralité de cessionnaires s'accompagnera d'un recul des conditions de travail en manière telle que le tempérament admis par l'arrêt devrait, la plupart du temps, prévaloir sur la règle générale.

III. LA DISSOLUTION CONSÉCUTIVE À L'ABSENCE DE SCISSION

Les implications concrètes de l'arrêt au regard du droit belge sont nombreuses. Il en est ainsi tant du principe que du tempérament.

En organisant le transfert du contrat de travail, la directive et la convention collective de travail n° 32bis s'opposent à ce que la cession d'entreprise puisse, en tant que telle, être invoquée par le salarié à titre d'acte équipollent à rupture; en d'autres termes, il est exclu d'analyser le transfert et le changement d'identité de l'employeur comme une modification unilatérale d'un élément essentiel du contrat²⁰. Le travailleur ne peut davantage invoquer la rupture aux torts du cédant, en faisant valoir l'intention de celui-ci de transférer le contrat de travail²¹. Cependant, la Cour de justice a, depuis longtemps, admis que le travailleur s'oppose au transfert de son contrat de travail. Elle veut ainsi préserver le droit fondamental du travailleur « qui doit être libre de choisir son employeur et ne peut pas être obligé de travailler pour un employeur qu'il n'a pas librement choisi ». Mais, la directive ne lui reconnaît pas pour autant le droit d'exiger du cédant qu'il poursuive l'exécution du contrat inchangé. Par son opposition, le travailleur s'exclut lui-même de la protection offerte par la directive²². Les conséquences de son refus ne sont pas avantageuses pour lui en droit belge; il est en effet contraint à la démission précédée du préavis légal ou accompagnée d'une indemnité de préavis. Telle sera la situation du salarié dans les cas, rares en vient de le voir, où la scission du contrat s'opère sans anicroche et sans tourment. Il devra subir celle-ci; si elle ne lui convient pas, il lui est possible de résilier le contrat en supportant la responsabilité de la rupture.

L'on se trouvera sans doute plus souvent dans la situation où la scission est préjudiciable au travailleur et où le contrat ne peut ni être maintenu avec le cédant ni être divisé entre les cessionnaires. La solution préconisée par la Cour est la suivante: il s'agit de tenir le ou les cessionnaires pour responsable(s) de la rupture si l'exécution du contrat n'est pas poursuivie, même à l'initiative du salarié (point 37). L'apport de l'arrêt *ISS Facility Services* sur ce point est net: ce n'est pas le salarié mais les cessionnaires qui se voient imputer la rupture du

⁶ Arrêté royal du 21 décembre 1992 déterminant les dérogations à la durée hebdomadaire minimale de travail des travailleurs à temps partiel fixée à l'article 11bis de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

⁷ Art. 11bis, al. 5, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

⁸ Convention collective de travail n° 77bis conclue le 19 décembre 2001 au sein du Conseil national du travail.

⁹ Convention collective de travail n° 35 conclue le 27 février 1981 au sein du Conseil national du travail.

²⁰ M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, t. II, Liège, Faculté de droit, 1985, p. 441.

²¹ C. trav. Gand, 25 mars 2005, *Chron. D.S.*, 2005, p. 323.

²² C.J.C.E., 11 juillet 1985, *Mikkelsen c. Danmols Inventar*, 105/84, ECLI:EU:C:1985:331; C.J.C.E., 16 décembre 1992, *Kaistkas*, C-132/91, C-138/91, C-139/91, ECLI:EU:C:1992:517.

contrat lorsque la démission s'explique par l'impossibilité de diviser celui-ci ou par la détérioration des conditions découlant de la scission. L'arrêt nous semble en outre indiquer au juge national qu'une simple érosion des conditions de travail est suffisante pour admettre que le contrat est indivisible; il n'est pas exigé que la dégradation soit importante (ou substantielle, pour reprendre les termes de la directive)²³.

L'arrêt est toutefois source d'une certaine perplexité. Son application fait naître diverses questions pratiques, que l'on ne pourra toutes envisager ici.

En désignant les cessionnaires comme responsables de la rupture du contrat, la Cour écarte la responsabilité du cédant. L'article 4, paragraphe 2, de la directive 2001/23 sur lequel elle s'appuie énonce pourtant que, lorsque le contrat prend fin dans certaines circonstances qu'il décrit, la résiliation est considérée comme intervenue « du fait de l'employeur ». La logique qui sous-tend l'arrêt *JSS Facility Services* est la suivante. Puisque la Cour estime que, pour garantir l'effet utile de la directive, il y a lieu de considérer que les droits et obligations résultant du contrat de travail sont transférés, le cédant n'est plus lié par celui-ci. La dette d'indemnité compensatoire de préavis nait après le transfert. Le travailleur ne peut donc réclamer l'indemnité compensatoire de préavis au cédant²⁴. La décharge donnée à celui-ci par la Cour s'explique peut-être par le fait qu'il n'a pas choisi l'attribution des lots à des cessionnaires différents. Cette division échappe à la volonté des parties. On peut se demander si la Cour opterait pour une solution identique dans le cas où le cédant déciderait lui-même soit de transférer à deux entités distinctes des parties de son entreprise auxquelles un même travailleur est affecté, soit de transférer une partie de son entreprise à un tiers en conservant une autre partie alors que le salarié était affecté aux deux.

Le cercle des personnes autorisées à se prévaloir de l'absence de division du contrat de travail n'est pas limité au travailleur. La Cour de justice reconnaît en effet aux cessionnaires le droit de licencier le salarié lorsque la scission du contrat s'avère difficilement praticable. Alors que le transfert d'entreprise en lui-même « ne constitue pas un motif de licenciement pour le cédant ou pour le cessionnaire », selon ce qu'énonce l'article 4 de la directive, auquel fait écho l'article 9 de la convention collective n° 32bis, en revanche le transfert à des cessionnaires multiples qui se caractérise par une impossibilité de scinder le contrat ou une dégradation de la situation du travailleur constitue bien, désormais, un motif licite de licenciement pour le cessionnaire. Il n'est pas nécessaire de rechercher un fait justificatif dans des raisons économiques, techniques ou d'organisation impliquant des changements sur le plan de l'emploi « qui ne tiennent pas intrinsèquement audit transfert », comme la Cour le requiert dans les autres

scénarios de transfert d'entreprise²⁵. L'arrêt est très explicite : « Si la scission du contrat de travail se révèle impossible ou entraîne une détérioration des conditions de travail et des droits du travailleur garantis par la directive 2001/23, ce contrat peut être résilié [...] » (point 37). L'arrêt lève la restriction du droit du cessionnaire de licencier le travailleur dans ces cas de figure. L'une des conséquences est que, puisque la résiliation ne contrevient pas à la directive – ni à la convention collective de travail n° 32bis –, elle n'entraîne pas l'application de sanction, telle l'indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable²⁶.

L'arrêt énonce encore que la résiliation devra être considérée comme intervenue du fait « du ou des cessionnaires ». Le choix laissé entre le singulier et le pluriel laisse planer plusieurs incertitudes. Peut-on imaginer que seul l'un des deux se voie imputer la rupture ? Ceci entrerait en contradiction avec l'opposition de la Cour à voir le contrat transféré au cessionnaire qui a acquis la partie de l'entreprise où le salarié exerçait ses fonctions à titre principal. Qu'advient-il lorsque la proportion d'occupation du salarié dans les diverses parties transférées ne peut être cernée avec précision ? Le juge *a quo* avait, pour sa part, estimé que, dans ce dernier cas, le transfert du contrat ne s'opérait pas²⁷, mais la Cour a écarté cette interprétation²⁸. Sa solution laisse dans l'embarras les juges du fond amenés à établir la clé de répartition de l'indemnité compensatoire de préavis.

Si le salarié, licencié ou démissionnaire, peut faire valoir une créance d'indemnité compensatoire de préavis à l'égard de plusieurs cessionnaires, ni la directive ni l'arrêt de la Cour ne prescrivent de solidarité ou d'indivisibilité entre les cessionnaires dans ce cas de figure. Il y a donc lieu d'en revenir au droit commun des obligations. Suivant celui-ci, leurs dettes sont dites conjointes : la créance d'indemnité se divise entre eux (art. 1217 et s. du C. civ.). Le travailleur devra assigner les divers cessionnaires, chacun pour ce qui le concerne. Quelle sera leur part dans la dette d'indemnité ? Sera-t-elle déterminée au prorata des fonctions exercées par le travailleur ? En droit des obligations, deux situations sont distinguées. Lorsque la dette est conjointe dès sa naissance, elle se divise entre les débiteurs par parts viriles (parts égales entre les débiteurs). Par contre, lorsqu'elle n'est pas conjointe dès sa naissance, mais l'est à la suite d'une succession, la division s'opère au prorata de la part héritaire de chacun²⁹. Il est vraisemblable que la seconde règle s'étende à l'hypothèse d'un transfert d'entreprise à une pluralité de cessionnaires. En d'autres mots, la

¹ Contra L. PELTZER, « Transfert d'une partie d'entreprise et scission du contrat de travail à temps plein en plusieurs contrats à temps partiel », *op. cit.*, pp. 504-505, n° 16.

² Art. 3, § 1^{er} de la directive et art. 8 de la CCT n° 32bis, interprété *a contrario* (Cass., 10 novembre 2014, *Pas.*, 2014, p. 2514).

²³ C.J.U.E., 16 mai 2019, *Plessers*, aff. C-509/17, ECLI:EU:C:2019:424, point 54.

²⁴ Sur les conséquences de la violation de l'interdiction de licenciement, cons. F. KÉFER, *Les transferts d'entreprises. Étude de droit du travail belge et européen*, *op. cit.*, p. 119-122, n° 137-140).

²⁵ Point 22.

²⁶ Point 28.

²⁷ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 398, n° 417; P. VAN OMMESLAEGHE, *Droit des obligations*, t. 3, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1762, n° 1232.

dette d'indemnité sera divisée entre les cessionnaires au prorata des fonctions exercées par le travailleur. Ce résultat peut être atteint soit par une interprétation souple de l'article 1220 du Code civil, soit par le jeu du principe d'interprétation conforme de la convention collective 32bis, qui contraint le juge national à suivre, dans la mesure du possible, la voie indiquée par l'arrêt *ISS Facility Service*.

La situation peut encore se compliquer lorsque l'un des cessionnaires se prévaut de l'indivisibilité du contrat, par exemple un cessionnaire minoritaire auquel seraient transférés des droits et obligations à concurrence de moins d'un tiers. Si sa décision entraîne, en chaîne, une démission de la travailleuse de l'autre contrat de travail, la résiliation sera imputée à chacun des cessionnaires au prorata des fonctions exercées par le salarié. Le même type de désagrément risque de se présenter pour l'un des cessionnaires lorsqu'il apparaît que la détérioration des conditions de travail aurait pu être évitée avec un minimum de bonne volonté de l'autre cessionnaire et qu'à son défaut, la travailleuse a démissionné.

Lorsque les trois parties (le salarié et les deux cessionnaires) sont en désaccord sur le caractère divisible du contrat ou sur l'existence d'une détérioration des conditions de travail, le travailleur est exposé à un risque similaire à celui auquel est confronté celui qui envisage de constater un acte équivolent à rupture; il n'existe aucun contrôle judiciaire préventif des conditions du tempérament énoncé par la Cour de justice.

IV. RÉFLEXIONS CRITIQUES

L'arrêt *ISS Facility Services* laisse subsister une impression de compromis instable.

D'un côté, le cédant, évincé dans la procédure d'attribution du marché, est à l'abri de toute prétention de la travailleuse. Libéré du contrat de travail, il n'encourt aucune responsabilité dans la cessation du contrat si celui-ci ne peut être poursuivi avec aucun des cessionnaires ou avec l'un d'eux. En écartant l'une des voies proposées par le juge *a quo*, celle consistant à dire que le contrat de travail n'est pas transféré malgré le transfert d'entreprise, la Cour a voulu assurer l'effet utile de la directive : le transfert des contrats de travail comme conséquence de plein droit du transfert de l'entreprise. Cette solution est présumée par la directive poursuivre l'intérêt des salariés. L'arrêt *ISS Facility Services* montre que cette présomption peut, de temps à autre, desservir leurs intérêts : dans les circonstances de l'espèce, la salariée entendait rester à temps plein au service du cédant, dont la taille permettait d'espérer qu'il soit en mesure de lui trouver une nouvelle affectation.

D'un autre côté, bien que la Cour affirme chercher à assurer un équilibre entre les intérêts de la travailleuse et ceux du cessionnaire qui doit pouvoir opérer les ajustements nécessaires à la continuation de son activité, l'arrêt *ISS Facility*

Services prend peu en compte les intérêts de la première. Tentant de concilier l'inconciliable³⁰, elle juge que l'équilibre n'est pas trouvé en permettant à la salariée occupée à temps plein – et non en vertu de deux contrats à temps partiel – de conserver un contrat de travail à temps plein et que la division de son contrat de travail en deux contrats au prorata des fonctions exercées s'impose pour atteindre l'équilibre recherché. C'est donc la scission du contrat, accompagnée d'un assouplissement de l'article 4, paragraphe 2, qui lui paraît la seule apte à réaliser l'équilibre, au détriment du maintien d'un emploi à temps plein. La balance des intérêts effectuée par l'arrêt fait prévaloir ceux des cessionnaires sur ceux de la travailleuse. Celle-ci n'est pas contrainte de subir une dégradation de sa situation résultant de la combinaison de ses contrats et peut quitter les cessionnaires tout en n'étant pas considérée comme démissionnaire. Il s'agit là du seul avantage retiré par elle, qui apparaît assez modeste, en comparaison de l'avantage consenti aux cessionnaires. Ceux-ci sont exposés certes à un risque accru de résiliation dont ils supporteront les conséquences; mais ils disposent en contrepartie d'un droit élargi de résiliation unilatérale, puisque les difficultés liées à la scission du contrat de travail autorisent le licenciement.

L'équilibre aurait pu être trouvé autrement. Pour échapper au risque de devoir conserver la travailleuse à son service, le cédant avait soutenu, au début du conflit, que les droits et obligations issus du contrat de travail devaient être considérés comme transférés dans leur intégralité au cessionnaire principal, qui avait repris 85%, en valeur, de l'ensemble des marchés. Cette position n'était pas dénuée de fondement. À titre d'exemple, l'on observe que la Cour de cassation française avait admis – avant de changer d'avis après l'arrêt *ISS Facility Services*³¹ – que l'ensemble du contrat devait être transféré au reprenneur lorsqu'il s'exécute pour l'essentiel dans le secteur d'activité repris³². En ne retenant pas cette solution, l'arrêt de la Cour de justice fait prévaloir l'intérêt du cessionnaire sur celui de la travailleuse qui risque fort de perdre son emploi.

En définitive, alors que la Cour de justice entame son raisonnement en s'appuyant sur l'effet utile de la directive et l'objectif de protection des salariés que celle-ci poursuit, on éprouve quelques difficultés, à identifier la concrétisation de ses intentions dans la solution qu'elle retient dans l'arrêt commenté, qui ne protège ni l'emploi de la travailleuse ni la qualité de celui-ci. Nous l'avions dit en commençant : la jurisprudence de la Cour est oscillante.

³⁰ N. MICHMAN, « Le transfert d'une entité économique à deux cessionnaires : de quel emploi la Cour de justice préserve-t-elle la stabilité? », *Rev. dr. traiv.*, 2020, p. 401.

³¹ Cass. soc., 30 septembre 2020, n° 18-24 881, ECLI:FR:CCAS:2020:SO000780; S. TOURNANOU, « La scission du contrat de travail en cas de transfert partiel d'activité », *Droit social*, 2021, pp. 28 et s.

³² Cass. soc., 30 mars 2010, n° 08-42 065. La Cour a aussi décidé qu'à l'inverse, le contrat devait se poursuivre entièrement avec la société cédante si l'essentiel des fonctions n'étaient pas exécutées au sein de l'entité transférée (Cass. soc., 21 septembre 2016, n° 14-30 056, ECLI:FR:CCASS:2016:SO01528). Cons. A. MAZEAUD, « Transferts d'entreprise (Aspects individuels) », *Repertoire de droit du travail*, Paris, Dalloz, 2016, n° 48 et s.