

Quel est le sort des membres du CE en cas de transfert de l'entreprise dans laquelle ils ont été élus ? Leur contrat de travail est-il transféré de plein droit ? Leur mandat tombe-t-il ? Et le CE disparaît-il automatiquement ? Réponses aux questions complexes que pose le transfert d'entreprise.

## Transfert d'entreprise : quel impact pour le CE ?

**L**e transfert d'entreprise, ou plus précisément la « *modification de la situation juridique de l'employeur* », est prévu à l'article L. 1224-1 du Code du travail (*plus connu sous son ancien numéro « L. 122-12 »*). Il recouvre des situations très variées : vente de l'entreprise, recours à la sous-traitance, transmission par succession, fusion, mise en location-gérance, cession d'une branche d'activité. Cela concerne aussi le cas plus complexe de transfert d'une entité économique autonome. Dans toutes ces situations, le texte précité prévoit que « *tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise* ».

Les contrats de travail des salariés transférés vont donc se poursuivre chez le nouvel employeur. Cette disposition est d'ordre public et s'impose à l'employeur initial, au nouvel employeur et aux salariés concernés, y compris à ceux qui sont titulaires d'une protection spéciale en raison de leurs fonctions représentatives.



par

**Emmanuel Noirot**

*Avocat associé  
Galion société d'avocats*

On envisagera, d'une part, les conditions dans lesquelles le statut protecteur des représentants du personnel s'applique en cas de transfert d'entreprise et, d'autre part, l'incidence d'une telle opération sur l'instance représentative du personnel elle-même.

## CONSÉQUENCES SUR LE CONTRAT DE TRAVAIL D'UN MEMBRE DU CE

Il faut distinguer la situation où l'ensemble de l'entreprise est transférée, de celle où seule une partie de l'entreprise est transférée.

### Transfert total de l'entreprise

Le transfert total survient, par exemple, en cas de vente de l'entreprise ou de fusion. **Tous les contrats de travail en cours sont alors transférés.** Au même titre que pour les autres salariés, les contrats de travail des représentants du personnel sont transférés. Le transfert étant opéré « *de plein droit* », il s'impose à toutes les parties en présence : à l'employeur initial (souvent appelé « *cédant* »), au nouvel employeur (souvent appelé « *repreneur* » ou « *cessionnaire* »), et au salarié.

**Le consentement des parties à l'opération n'est donc pas requis, pas plus qu'il n'est besoin de recourir à une autorisation de l'inspecteur du travail** (*C. trav., art. L. 2414-1 a contrario*). En effet, le transfert de l'intégralité des effectifs de l'entreprise, atteste de l'absence de lien entre la mesure de transfert et le mandat et donc que le représentant du personnel concerné ne fait l'objet d'aucune mesure discriminatoire. Le transfert du contrat du salarié protégé intervient donc sans formalisme particulier.

### Transfert partiel d'activité

Il s'agit par exemple de la vente d'une activité de l'entreprise ou d'un établissement, cela vise ce qu'on appelle plus communément une « externalisation ». Les représentants du personnel affectés à l'activité transférée peuvent-ils être transférés alors qu'ils assurent, de par leur mandat, une fonction élective ou syndicale au sein de l'entreprise ? Oui mais une autorisation administrative s'impose.

## Procédure

Le transfert des salariés protégés inclus dans un transfert partiel d'entreprise n'est pas automatique, et requiert une autorisation préalable expresse de l'inspecteur du travail (*C. trav., art. L. 2414-1*). Il faut en effet qu'il s'assure que l'opération envisagée n'est pas un prétexte pour évincer un ou plusieurs représentants du personnel de l'entreprise d'origine. **Le transfert des salariés protégés ne peut donc s'opérer qu'après l'autorisation de l'inspecteur du travail.**

En pratique, le cédant doit saisir l'inspecteur du travail au moins 15 jours avant la date arrêtée pour le transfert (*C. trav., art. R. 2421-17*), car celui-ci dispose de 15 jours pour mener une enquête contradictoire au cours de laquelle il entendra les parties, et à l'issue de laquelle il devra rendre une décision motivée qu'il notifiera aux parties.

Bien que cette procédure d'autorisation (d'ordre public) ressemble sur certains points à celle prévue pour le licenciement des salariés protégés, elle s'en distingue pourtant **car le CE, consulté sur le projet de transfert d'entreprise, n'est pas consulté sur le transfert des membres du CE.** Il n'est consulté que sur l'opération de transfert partiel dans le cadre de sa compétence générale (*C. trav., art. L. 2323-6*). En revanche si leur contrat de travail est rompu à la suite, par exemple, de leur refus d'être transférés, la consultation du CE et l'autorisation de l'inspecteur du travail seront alors requis.

De plus, la mission de l'inspecteur du travail est plus restreinte : il doit simplement vérifier l'appartenance du salarié à l'entité transférée et s'assurer qu'il ne fasse pas l'objet d'une mesure discriminatoire (*C. trav., art. L. 2421-9*).

Le contrôle administratif s'arrête là, et l'inspecteur ne pourra refuser le transfert que pour un motif d'intérêt général (*CE, 20 mai 1988, n° 74863*), comme par exemple la nécessité de maintenir une représentation du personnel au sein de l'entreprise d'origine (*CE, 23 juin 2003 n° 226904*).

### Si l'inspecteur autorise le transfert

Si l'inspecteur autorise le transfert, **le contrat de travail du représentant du personnel est transmis au repreneur** (*C. trav., art. L. 1224-1*). C'est à la date de la notification de ●●●

## LE CE NE PEUT PAS SAISIR LE JUGE POUR FAIRE ÉCHEC À UN TRANSFERT D'ENTREPRISE

Comme tout requérant, le CE doit, pour agir en justice, justifier d'un intérêt à agir direct et personnel pour défendre ses intérêts propres : ses attributions, ses activités ou ses ressources doivent être mis en cause. Certains tribunaux ont admis que le CE conteste un transfert d'entreprise, motif pris de l'incidence de celui-ci sur la gestion et l'évolution de l'entreprise (*CA Paris, 10 nov. 2005, n° 04.10978*). En revanche, la défense de l'intérêt collectif en droit du travail est, par principe, réservée aux syndicats, de sorte que si le CE est consulté sur le projet de transfert d'entreprise, il ne peut pas s'y opposer en agissant en justice. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation a rejeté l'action d'un CE qui tentait de faire échec à un transfert d'entreprise, en jugeant que ses intérêts propres n'étaient pas en cause (*Cass. soc., 14 mars 2007, n° 06-41647*). Le Conseil d'Etat, plus souple, a pu admettre l'action d'un comité à l'encontre d'une décision qui pouvait affecter « *les conditions d'emploi et de travail* » des salariés (*CE, 3 mars 2006, n° 287960*).

●●● la décision administrative d'autorisation que le transfert du contrat de travail est réputé accompli. Le salarié ne peut plus alors faire valoir un droit à rester au sein de son entreprise d'origine.

#### Si l'inspecteur refuse le transfert

Si l'inspecteur du travail refuse le transfert d'entreprise, **le cédant a l'obligation de conserver à son service le représentant du personnel**. Ce refus ne concerne que celui qui a été visé initialement dans le transfert, de sorte qu'il peut au final se retrouver sans activité, son service ayant été transféré. L'employeur doit alors proposer au salarié protégé « un emploi similaire assorti d'une rémunération équivalente dans un autre établissement ou dans une autre partie de l'entreprise » (C. trav., art. L. 2421-9). C'est en fait l'emploi qui ne comporte, par rapport à l'emploi initial, aucune modification touchant à un élément essentiel du contrat de travail, à savoir rémunération, lieu et durée du travail, et fonctions du salarié (CA Paris, 18<sup>e</sup> ch., 11 déc. 2007, n° 06-7738).

La décision de l'inspecteur du travail peut-être frappée de recours par les parties intéressées (C. trav., art. R. 2422-1).

#### Sanctions du non-respect de ces dispositions

Les entreprises qui ne respectent pas les dispositions précitées encourent de lourdes sanctions pécuniaires auxquelles il faut ajouter une condamnation possible au titre du délit d'entrave pour l'employeur, alors passible d'amende pénale (3 750 €) et/ou d'une peine de prison (1 an maximum) hors récidive.

#### Pour le vendeur

Le vendeur, tout d'abord, ne peut pas faire échec au transfert du salarié protégé en le licenciant avant son transfert : la rupture de son contrat est en effet soumise à l'autorisation de l'inspecteur du travail qui, en pareil cas, la refusera. Si l'employeur passe outre le refus de l'inspecteur, le salarié pourra **demandeur sa réintégration auprès du cessionnaire et le paiement d'une indemnité** égale aux salaires qu'il aurait dû percevoir entre son licenciement illicite et sa réintégration, à laquelle s'ajoutera une indemnité forfaitaire pour violation du statut protecteur. La Cour de cassation a d'ailleurs précisé qu'il n'y avait pas lieu de déduire de cette indemnité les revenus perçus par le salarié protégé pendant cette période (Cass. soc., 10 oct. 2006, n° 04-47.623).

#### Pour l'acquéreur

L'acquéreur ensuite, **ne peut pas refuser de reprendre à son service les salariés transférés et refuser de poursuivre le contrat de travail d'un salarié protégé**, ce qui reviendrait à commettre, de fait, un licenciement sans autorisation administrative.

Cette rupture du contrat de travail est nulle et entraîne les sanctions suivantes :

– **si le salarié demande sa réintégration**, le repreneur devra s'y soumettre et lui versera une indemnité forfaitaire égale à

la rémunération qu'il aurait dû percevoir entre son éviction et sa réintégration, ainsi que la réparation de tous les autres préjudices (Cass. soc., 28 avril 2006, n° 03-45.912) ;

– **si le salarié ne sollicite pas sa réintégration**, le repreneur devra lui verser une indemnité pour licenciement illicite au moins égale aux 6 derniers mois de salaire à laquelle s'ajouteront les salaires dus entre son éviction et l'expiration de sa période de protection qui, si la rupture s'est produite peu de temps après les élections, peuvent totaliser plusieurs années de salaire brut, ainsi que les indemnités de rupture constituées du préavis et de l'indemnité de licenciement (Cass. soc., 10 mai 2006, n° 04-40.901).

#### Pour le salarié

Le salarié enfin, **ne peut pas refuser le transfert de son contrat, qu'il soit protégé ou non**. La nature protectrice des dispositions légales, qui remontent à 1928, est une mesure en faveur de l'emploi en général et non en faveur de l'employé. C'est du moins ce qui ressort des travaux parlementaires de l'époque. Sur ce point, la jurisprudence française et la jurisprudence communautaire s'opposent. **Le salarié qui refuse son transfert est donc fautif** (Cass. soc. 25 oct. 2000, n° 98-45.422) et s'expose, par exemple s'il décide de ne plus venir travailler, à un licenciement pour abandon de poste, soumis toutefois à l'autorisation préalable de l'inspecteur de travail.

## CONSÉQUENCES DU TRANSFERT SUR LE CE ET LES MANDATS

Le Code du travail prévoit que le mandat des représentants du personnel « subsiste lorsque l'entreprise qui fait l'objet de la modification conserve son autonomie juridique » (C. trav., art. L. 2143-10 pour le DS, C. trav., art. L. 2314-28 pour le DP et C. trav., art. L. 2324-26 pour les membres du CE). La jurisprudence judiciaire, sous l'influence communautaire, considère qu'il suffit que l'entreprise ou l'entité transférée conserve son autonomie de fait (matérielle) pour que les mandats des représentants subsistent (Cass. soc., 28 juin 1995, n° 94-40.362 ; Cass. soc., 21 oct. 2009, n° 08-41.764), tandis que la jurisprudence administrative, plus nuancée, attache de l'importance au fait que l'entité transférée devienne un établissement distinct pour que les mandats des représentants du personnel soient maintenus (CE, 8 janv. 1997, n° 154728).

Cette approche, plus conforme aux textes communautaires, correspond davantage à la réalité.

En effet, si l'autonomie est indispensable pour que le transfert du mandat soit effectif, en pratique il s'avère qu'une seconde condition doit être remplie : ainsi il faut que les « conditions nécessaires pour la formation de la représentation des travailleurs soient réunies » (Directive CE n° 2001/23 du 12 mars 2001, art. 6). L'externalisation d'une activité, qui n'a pas la qualité d'établissement distinct, entraîne le transfert du contrat des salariés protégés qui y sont affectés, mais leur mandat

doit prendre fin car comment feront les DP, par exemple, pour continuer à exercer leurs fonctions s'ils n'ont plus, après le transfert, d'interlocuteur à qui adresser leurs revendications ? La cession d'une entité économique autonome qui conserverait son autonomie n'emporte pas davantage transfert du CE du cédant dont elle relevait, si le cadre d'implantation de celui-ci n'est pas intégralement transféré.

#### NOTRE POINT DE VUE

Conformément à la position préconisée en 2002 par François Barbé, la solution du Conseil d'Etat paraît, en pratique, plus facile à mettre en œuvre. De plus, la Cour de cassation a rendu son arrêt à propos de DP. Ainsi, devant cette divergence, et la difficulté d'application de l'article L. 1224-1, l'action des membres du CE doit selon lui être guidée par le pragmatisme et le réalisme. Ce qui importe : assurer une réelle représentation d'une collectivité de travail. Pour que ceci soit respecté, le CE doit donc faire valoir ses arguments : il a en effet toutes les chances d'être entendu par le juge judiciaire. Ce dernier n'est pas lié par la position du Conseil d'Etat plus ancienne que celle adoptée par la Cour de cassation, et veille à ce que la représentation effective de travailleurs ne soit pas contournée. Il ordonnera donc le maintien du CE s'il estime que l'article L. 1224-1 s'applique. Avant d'aller en justice, la voie de la persuasion et de la négociation doit être utilisée. Ensuite, il convient d'avoir étudié suffisamment son dossier et pris les conseils qui s'imposent pour éviter toute erreur.

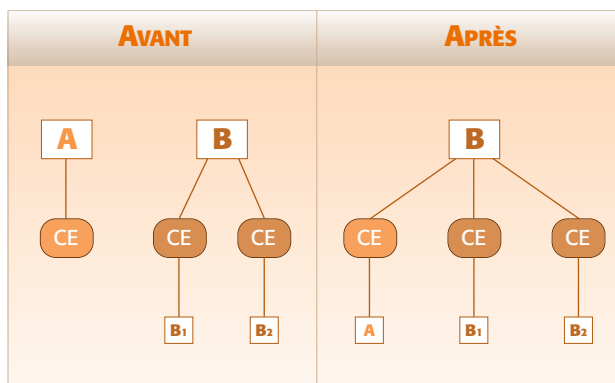
Les cas de figure et la jurisprudence, en matière d'impact du transfert d'entreprise, sont d'une extrême complexité : pour une approche plus approfondie, voir « *Transfert d'entreprise : sort du CE* », F. Barbé, *Les Cahiers Lamy du CE* n° 11, déc. 2002, p. 2.

Voici les principaux cas de transfert pouvant se présenter.

#### S'il y a un maintien de l'autonomie lors du transfert

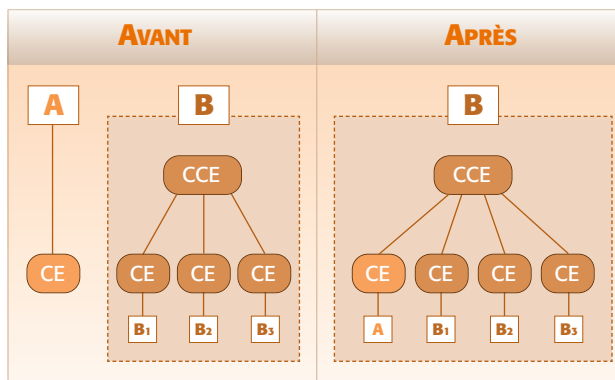
Pour que les représentants conservent les attributions nées de leur mandat, il faut que le cadre où celui-ci s'exerçait demeure.

**Autrement dit, si l'entité transférée conserve son autonomie (par exemple, elle est rachetée par un groupe) et demeure un établissement distinct, les membres du CE et des représentants syndicaux qui y siègent poursuivent leur mandat jusqu'à son terme** (C. trav., art. L. 2324-26). Concrètement, si l'entreprise transférée devient un établissement distinct, le mandat des membres élus du CE se poursuit jusqu'à son terme et ils siègeront au sein du même comité.



Dans une hypothèse distincte, si l'entreprise cessionnaire ne dispose pas d'un CE et acquiert une entité dotée d'une telle instance, celle-ci a vocation, selon nous, à devenir le CE du nouvel ensemble.

S'agissant du comité central d'entreprise (CCE) d'une entreprise absorbée, si l'entreprise transférée devient un établissement distinct de l'entreprise d'accueil, le CE désignera deux membres (un titulaire un suppléant) parmi ses représentants qui siègeront au CCE de l'entreprise absorbante (C. trav., art. L. 2327-11). Mais si le transfert porte sur un ou plusieurs établissements distincts qui conservent ce caractère, ils seront représentés au comité central de l'entreprise absorbante par leurs représentants au comité central dont ils faisaient partie. Ces solutions qui peuvent aboutir à une « surcharge » des instances en nombre d'élus ne s'appliquent que pour une année.



De même, les DP et DS conserveront leur mandat pour autant que l'établissement, au sein duquel ils ont été élus ou désignés, conserve son autonomie dans l'entreprise d'accueil (C. trav., art. L. 2314-28 et C. trav., art. L. 2143-10).

#### À NOTER

Pour les représentants du personnel élus transférés, leur mandat peut être écourté ou prorogé par accord, pour tenir compte de la date des élections au sein de l'entreprise cessionnaire (C. trav., art. L. 2324-26 al. 3). L'accord devra être conclu à l'unanimité (Cass. soc., 27 mai 1999, n° 98-60.327).



### S'il y a perte de l'autonomie lors du transfert

Si l'entité transférée perd son autonomie avec le transfert, et qu'elle ne devient pas un établissement distinct au sein de l'entreprise d'accueil, **les mandats des représentants du personnel transférés tombent et ils bénéficient alors de la protection contre le licenciement** applicable aux anciens représentants du personnel, qui dure en général entre 6 et 12 mois (*C. trav., art. L. 2411-8 pour les membres du CE; C. trav., art. L. 2411-5 pour les DP et C. trav., art. L. 2411-3 pour les DS*).

#### À NOTER

*La définition de l'établissement distinct n'étant pas uniforme pour toutes les IRP, il est tout à fait possible, dans un transfert partiel d'activité, que des DP voient leur mandat se poursuivre, tandis que les élus du CE qui seront transférés perdront leur mandat, si l'entité d'accueil ne réunit pas les critères de l'établissement distinct au sens de la législation sur le CE. Dans*

*cette hypothèse, le CE de l'entité cédante demeure (Cass. soc., 3 févr. 1998 n°96-60.207) mais il aura perdu des membres (les élus transférés) et se posera éventuellement la question des élections partielles si les conditions en sont réunies.*

De même, lorsque deux entités ayant chacune un CE fusionnent pour en constituer une nouvelle, les mandats des membres des deux CE prennent fin même s'ils ne sont pas parvenus à expiration, et il faut procéder à l'élection d'un nouveau comité unique ayant compétence sur toute l'entreprise (*Cass. soc., 22 avril 1982, n° 81-60.832*). Sauf, à notre avis, à ce que les parties prévoient le contraire par accord.

Conclusion : le sort des mandats et de l'instance dépend donc des circonstances qui entourent l'opération.

La Cour de cassation, qui n'a jamais défini l'autonomie, a récemment refusé que le CE se dédouble, en subsistant dans l'entreprise d'origine et en naissant dans l'entreprise d'accueil (*Cass. soc., 13 mai 2009, n° 08-12.514*). ■

#### TABLEAU RÉCAPITULATIF

Hypothèses	Maintien du CE	Maintien des mandats des membres du CE
Autonomie et conditions de formation de la représentation du personnel maintenues	Oui	Oui
Perte d'autonomie juridique mais survie d'une autonomie matérielle (établissement distinct)	Oui	Oui
Transfert d'une entité économique autonome	Oui, en principe (réserves toutefois si le cadre de l'élection ou de la désignation ne subsiste pas)	Oui, en principe (réserves toutefois si le cadre de l'élection ou de la désignation ne subsiste pas)
Fusion de deux sociétés qui en créent une nouvelle	Non	Non (sauf accord collectif différent)
Transfert d'activités ne constituant pas une entité économique autonome	Oui, mais uniquement pour l'entité non transférée qui garde son CE	Oui, sauf pour les salariés transférés