



**AVIS DE Mme GRIVEL,
AVOCATE GÉNÉRALE**

Arrêt n° 1214 du 27 novembre 2024 (B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 23-19.193

Décision attaquée : Cour d'appel d'Amiens du 23 mai 2023

la société Elres

C/

la société Api Restauration

Audience de la FS1 du 22 octobre 2024

La société Elres ayant perdu le marché de la restauration de l'Ehpad «[7]» au profit de la société Api Restauration, celle-ci a refusé de reprendre les contrats de travail de deux salariées en arrêt de travail sur les cinq employés dont la liste lui avait été transmise comme étant affectés au site, en application de l'article 3 a) de l'avenant n°3 du 26 février 1986 relatif au changement de prestataires de services de la convention collective nationale du personnel des entreprises de restauration de collectivités du 20 juin 1983.

L'une des deux salariées ayant saisi la juridiction prud'homale pour obtenir la condamnation de la société Elres, qui lui avait remis les documents de fin de contrat, à lui payer des dommages-intérêts pour licenciement nul en lien avec sa maladie professionnelle, et, à titre subsidiaire, celle de la société Api Restauration aux salaires échus et à des dommages-intérêts, la cour d'appel, par arrêt infirmatif, a dit que le contrat de travail n'avait pas été transféré et a fait droit à la demande principale au double motif que la salariée n'était pas « exclusivement affectée » au site transféré au vu de sa clause de mobilité et qu'à la date du transfert, trois autres

employés en contrat à durée indéterminée (CDI) y étaient affectés sans que soit démontrée la nécessité d'un effectif de quatre employés.

C'est cette motivation qui est attaquée par le **moyen unique en cinq branches** du pourvoi de la société Elres, qui soutient que la cour d'appel a violé les dispositions conventionnelles en question en ne tirant pas les conséquences légales de ses constatations selon lesquelles le contrat de travail de la salariée affectée au site était seulement suspendu, si bien qu'il devait être repris (*1^{re} branche*), qu'elle n'a pas non plus répondu à ses conclusions qui démontraient que l'intéressée n'avait pas été durablement remplacée à son poste (*2^e branche*), qu'elle a méconnu les termes du litige puisque l'affectation de la salariée sur le site de l'Ehpad n'était pas contestée (*3^e branche*) et qu'elle a encore privé sa décision de base légale en statuant par des motifs inopérants, tirés d'une part de la stipulation d'une clause de mobilité, sans constater que la salariée avait été mutée sur un autre site (*4^e branche*), d'autre part du nombre de salariés affectés sur le site, quand la seule question était de savoir si les conditions de transfert du contrat de travail étaient remplies (*5^e branche*).

On sait que, contrairement à ce qu'a jugé le conseil de prud'hommes dans la présente affaire, l'article L.1224-1 du code du travail relatif à la poursuite des contrats de travail avec le nouvel employeur en cas de modification dans la situation juridique de l'ancien ne s'appliquant pas en cas de simple perte d'un marché (Ass. plén.15 novembre 1985, n°82-40301 et n°82-41510), des secteurs d'activités de services se sont pourvus d'accords de branche pour garantir dans l'hypothèse d'un changement de prestataire le transfert des contrats de travail des salariés attachés au marché.

C'est ainsi que cette garantie conventionnelle est prévue, par exemple, dans la branche des entreprises de propreté (et a donné lieu à un contentieux fourni), dans celle de la manutention ferroviaire (Soc., 31 janvier 2024, n°22-15516) et, donc, dans celle de la restauration de collectivités qui nous intéresse aujourd'hui. Les conditions de ces transferts conventionnels sont alors fixées par les seules dispositions de l'accord collectif qui les prévoit. Et cela d'autant que les règles jurisprudentielles d'interprétation des conventions collectives ne laissent place à aucune lecture extensive ou restrictive : la Cour de cassation s'attache en effet à faire prévaloir la seule lettre du texte, sans rechercher ce qui pourrait être une commune intention des parties. Il est, dans ces conditions, essentiel de rappeler les dispositions conventionnelles en question.

L'article 3 a) de l'avenant n°3 du 26 février 1986 relatif au changement de prestataires de services de la convention collective nationale du personnel des entreprises de restauration de collectivités du 20 juin 1983 dispose que :

« Une entreprise entrant dans le champ d'application du présent avenant qui se voit attribuer un marché précédemment confié à une autre entreprise entrant également dans le champ d'application du présent avenant est tenue de poursuivre les contrats de travail des salariés de niveau I, II, III, IV et V, employés par le prédécesseur pour l'exécution exclusive du marché concerné, dans les mêmes conditions fondamentales d'exploitation. »

Le moyen nous invite donc à contrôler la réunion des conditions conventionnelles de transfert du contrat de travail, et plus précisément celles d'«exécution exclusive du marché concerné, dans les mêmes conditions fondamentales d'exploitation», puisque n'étaient discutées ni l'appartenance des deux entreprises au champ d'application dudit avenant, ni la qualification d'«employée» d'un des cinq premiers

niveaux de la salariée -pas plus que celle de ses collègues, le seul agent de maîtrise présent sur le site n'ayant pas été compris dans la liste des cinq employés dont il est fait état en page 6 *in fine* de l'arrêt. En revanche, l'arrêt, qui conclut (p. 7) que : « *il résulte de l'ensemble de ces éléments que Mme [B] n'était pas exclusivement affectée au site dont la société Elres a perdu le marché et qu'à la date du transfert, 3 employés en contrat à durée indéterminée étaient affectés sur ce site, sans qu'il soit démontré que l'activité justifiait un effectif de 4 employés* », renvoie directement aux deux dernières conditions posées par l'article, qui sont, nous allons le voir, intimement liées.

En premier lieu, **la 5^e et dernière branche** du moyen, qui soutient que le nombre de salariés affectés sur le site était indifférent à la question de savoir s'il y avait eu transfert ou non de l'intéressée, est totalement infondée, car la cour d'appel devait rechercher si l'inclusion de l'intéressée dans la liste des 5 salariés dont la société Elres prétendait au transfert se justifiait au regard des conditions habituelles d'exploitation du site, puisque celles-ci ne doivent pas changer. Or le nombre de salariés qui y travaillent est précisément l'élément « fondamental » de ces conditions.

Ayant souverainement constaté que tel n'était pas le cas, puisque le site avait toujours fonctionné avec seulement trois employés et qu'à la date du transfert, il y avait bien trois employés en contrat à durée indéterminée travaillant sur le site, elle en a justement conclu que la prétention de la société Elres à vouloir inclure la salariée, absente depuis trois ans, sur la liste des contrats transférés était infondée puisque l'activité habituelle ne justifiait pas un effectif de quatre employés.

Cette seule constatation pourrait sembler suffire à justifier la décision, car le transfert nécessitant la réunion de toutes les conditions conventionnelles, l'absence de l'une d'elles suffit à l'exclure. Pour autant, on doit immédiatement s'interroger sur le choix à effectuer entre les salariées concernées, et donc sur ce qu'il faut entendre par « *salarié employé pour l'exécution exclusive du marché concerné* ». Il convient donc d'étudier les 1^{re} et 4^e branches normatives, afin de contrôler l'interprétation qu'a faite la cour d'appel de cette condition -les 2^e et 3^e branches disciplinaires n'appelant, quant à elles, pas d'autres observations ni réponses que celles figurant au rapport.

Une seconde observation s'impose alors : le texte ne dit pas « les salariés engagés pour l'exécution exclusive du marché » mais ceux « employés ». Ce faisant, il impose donc de se référer, non aux conditions d'embauche prévues dans le contrat de travail, mais uniquement à ses conditions d'exécution. Cela est tout à fait logique et dans le même esprit que l'exigence de l'identité des conditions d'exploitation du marché avant et après le transfert : la société entrante doit pouvoir vérifier si on ne cherche pas, comme en l'espèce, à lui transférer un effectif supérieur à celui réellement attaché au marché. Pour cela, c'est donc aux conditions d'exécution des contrats de travail qu'elle doit se fier, non à ce qui a pu y être stipulé. Elle n'est tenue de reprendre que les salariés qui, matériellement, exécutent le marché concerné, qui sont affectés au site et y travaillent effectivement. On le voit, la cour d'appel s'est donc écartée d'une interprétation textuelle des dispositions conventionnelles en relevant -ce qui ne lui était d'ailleurs pas invoqué- que le lieu de travail n'était pas un élément essentiel du contrat de la salariée, alors que la seule recherche à effectuer était de vérifier si la salariée était bien « employée exclusivement » sur le site. Car cette notion d'exclusivité ne doit pas se comprendre dans le temps, comme excluant une clause de mobilité, mais dans l'espace, comme excluant les salariés travaillant

sur plusieurs sites. Il est bien évident que pour une entreprise de prestation de services, lesquels s'exécutent sur les sites de clients, le lieu d'affectation n'est jamais un élément essentiel du contrat de travail et la clause de mobilité (qui est même tacite dans un même secteur géographique) est une garantie de poursuite du contrat de travail, s'ajoutant à la garantie conventionnelle de transfert lorsque celle-ci ne joue pas. La salariée devait donc seulement être affectée sur le site et sur lui seul lors du changement de prestataire. Mais si la **4^e branche** est ainsi fondée à reprocher à la cour d'appel de s'être fondée sur un motif inopérant, elle ne suffit cependant pas à casser l'arrêt qui peut être fondé par ailleurs.

Pour autant, la cour d'appel n'avait pas à rechercher si la salariée avait été « mutée sur un autre site que celui sur lequel elle était contractuellement affectée » pour en tirer la conclusion d'absence « d'affectation exclusive », comme le soutient le moyen, car elle pouvait arriver à la même solution par un autre biais, ce que nous allons voir avec l'examen de la **1^{re} branche**. C'est elle en effet qui pose la question la plus intéressante, sinon la plus décisive : le contrat de travail d'un salarié en arrêt de travail, qui n'est donc que suspendu, doit-il être repris par la société entrante ?

Le problème est que l'arrêt attaqué ne s'est pas, à vrai dire, prononcé sur la question. Les dispositions conventionnelles en jeu ne l'obligeaient d'ailleurs pas, à mon sens, à trancher la question telle que posée. En effet, contrairement à d'autres conventions collectives qui posent une condition de présence effective au moment du changement de prestataire ou d'affectation sur le site pendant une certaine durée avant le transfert, elles se contentent d'exiger, comme on l'a vu, une affectation effective du salarié à l'activité transférée. Il doit certes « participer » à « l'exécution » du marché, ce qui signifie qu'il ne doit pas s'agir d'une affectation « sur le papier » mais bien d'un travail effectif sur le site. Mais en cas de suspension du contrat, rien n'est dit.

La cour d'appel, si elle a relevé que la salariée était en arrêt de travail et avait été temporairement remplacée, n'en a pas tiré explicitement comme conséquence qu'elle devait être exclue du transfert. Tous les documents nécessaires ne lui ayant pas été produits (notamment le livre du personnel de la société sortante et tous les CDD dont il était fait état) elle s'est contentée, par une motivation elliptique et toute en sous-entendus, de constater que la personne, dont il était allégué par la société sortante qu'elle avait été engagée pour satisfaire aux besoins de l'activité du site et non pour remplacer la salariée, n'avait pas, selon son attestation, été engagée par CDD pour ce motif mais pour un autre remplacement, et qu'elle avait été définitivement gardée dans le même emploi que la salariée, même si elle avait été engagée antérieurement à l'accident de sa remplaçante (répondant ainsi aux conclusions prétendument délaissées selon la 2^e branche). Sans conclure expressément qu'elle avait bien, finalement, remplacé cette dernière, elle relève cependant qu'il n'y avait donc toujours, comme par le passé, que trois employés en CDI sur le site. Elle a ainsi fait ressortir qu'elle n'entendait retenir dans le transfert que les salariés affectés concrètement et par un contrat définitif sur le site au moment du changement de prestataire.

Si la condition d'un emploi par CDI ne me paraît pas devoir être exigée pour l'application de la condition « *d'emploi pour l'exécution exclusive du marché concerné* », faute d'une telle précision dans le texte, elle correspond en tout cas à la « circulaire d'application » de l'avenant n°3 qui était évoquée dans les conclusions (p.13) et qui est produite (pièce 2), laquelle, sans avoir de valeur conventionnelle

puisqu'elle n'émane pas de tous les signataires de l'avenant, correspond à l'interprétation du texte par l'organisation patronale SNRC à laquelle adhèrent les deux sociétés (mémoire en défense p.7). Elle prévoit en effet qu'en cas de maladie ou accident du travail, « *si le poste a été pourvu de façon durable (CDI) le cédant ne transfère qu'une personne, celle qui est en activité.* » Ce qui est certain, on l'a vu, c'est qu'on ne peut, en application de la dernière condition de l'article 3 a) « d'identité des conditions fondamentales d'exploitation », exiger du repreneur du marché qu'il reprenne plus de salariés que ceux qui l'exécutaient, ce qui oblige donc à choisir, en cas de suspension d'un contrat de travail, entre le salarié absent et le salarié remplaçant. Et à cet égard, le fait d'avoir constaté qu'une nouvelle employée, d'abord engagée en CDD, avait été conservée en contrat à durée indéterminée dans l'emploi de la salariée, absente depuis trois ans, fait bien ressortir qu'elle l'a remplacée et que c'est elle qui est « employée pour l'exécution du marché » au moment du transfert, cette dernière pouvant et devant, lors de son retour, être affectée sur un autre site. La décision de la cour d'appel m'apparaît donc fondée.

La question reste posée en cas de remplacement par un CDD à terme incertain. Il me semble qu'on devrait tenir le même raisonnement car ce serait ajouter au texte, je l'ai dit, que d'exiger un remplacement définitif pour le transfert d'un salarié employé en remplacement. Et que deviendrait celui-ci si c'était le salarié absent qui se voyait transféré, et quelle serait l'effectivité de ce transfert ? La question, sans être posée, a son importance pour la rédaction de la réponse à apporter au moyen.

En conclusion, on voit que les deux dernières conditions posées par les dispositions conventionnelles se complètent l'une l'autre pour une bonne compréhension du texte, et que les constatations de la cour d'appel, pour être en partie inopérantes, suffisent à justifier sa décision. Je conclus donc au rejet du pourvoi.