



RAPPORT DE Mme MAITRAL, CONSEILLÈRE RÉFÉRENDARE

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

Le présent rapport comporte des propositions de rejet non spécialement motivé des deuxième et troisième branches du moyen.

1 - Rappel des faits et de la procédure

Mme [B], engagée en qualité d'employée polyvalente de restauration par la société Elres le 22 novembre 2004, a été affectée à l'EHPAD [7] avant d'être placée en arrêt de travail à compter du 19 avril 2019.

La relation de travail relevait de la convention collective nationale du personnel des entreprises de restauration de collectivités du 20 juin 1983.

Le 7 avril 2022, le marché a été repris par la société Api restauration.

Par lettre du 11 avril 2022, la société entrante a informé la société sortante et la salariée qu'elle ne reprenait pas le contrat de travail de cette dernière.

La société sortante a remis à la salariée ses documents de fin de contrat.

Contestant notamment, à titre principal, la rupture de son contrat de travail par la société sortante et, à titre subsidiaire, l'absence de transfert de son contrat de travail à la société entrante, la salariée a saisi la juridiction prud'homale.

Par jugement du 10 janvier 2023, le conseil de prud'hommes de Beauvais a dit que la société Api restauration était l'employeur de la salariée dans le cadre du transfert de plein droit de son contrat de travail, ordonné la reprise par celle-ci de ses rémunérations à compter du 7 avril 2022 et débouté les parties de leurs autres demandes.

Par arrêt du 23 mai 2023, la cour d'appel d'Amiens a infirmé le jugement et, statuant à nouveau, dit que le contrat de travail de la salariée n'a pas été transféré à la société entrante, constaté la nullité du licenciement, condamné la société sortante à payer à la salariée diverses sommes à titre de dommages-intérêts pour licenciement nul et de retenues sur le bulletin de paie d'avril 2022, le bulletin de paie de décembre 2021, le bulletin de paie de décembre 2020, ordonné à la société sortante de rembourser à l'antenne Pôle emploi concernée les indemnités de chômage versées à l'intéressée depuis son licenciement dans la limite de six mois de prestations et rejeté le surplus des demandes.

La société sortante a formé un **pourvoi le 28 juillet 2023** et déposé un **mémoire ampliatif le 28 novembre 2023** (article 700 CPC : 4 000 euros).

La société entrante a déposé un **mémoire en défense le 29 janvier 2024** (article 700 CPC : 3 500 euros).

La salariée n'a **pas constitué avocat aux conseils**.

La procédure paraît régulière en la forme et en l'état d'être jugée.

2 - Propositions de rejet non spécialement motivé

La société sortante fait grief à l'arrêt de dire que le contrat de travail de la salariée n'a pas été transféré à la société entrante, de constater la nullité du licenciement, de la condamner à payer à la salariée les sommes de 1 393,80 euros au titre de la retenue sur le bulletin de paie d'avril 2022, de 1 650,18 euros au titre de la retenue sur le bulletin de paie de décembre 2021, de 9,03 euros au titre de la retenue sur le bulletin de paie de décembre 2020, de 17 000 euros de dommages-intérêts pour licenciement nul, de lui ordonner de rembourser à Pôle emploi les indemnités versées dans la limite de six mois et de la condamner à payer à la société entrante et à la salariée 2 500 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile, alors :

- « 2°/ que le défaut de réponse à conclusions constitue un défaut de motif ; que **la société Elres avait soutenu que si la société Api restauration, pour refuser de reprendre le contrat de Mme [B], affirmait qu'elle aurait été remplacée**

définitivement, avec Mme [J], par Mme [E], en réalité, "Mme [E], employée de restauration, a été embauchée par la société Elres à compter du 1^{er} janvier 2020", "avant même l'accident de trajet de Mme [J] survenu le 16 mai 2020, ces dernières ont ainsi travaillé ensemble durant plus de 4 mois", en se fondant sur des pièces précises ; que la société Elres concluait que "l'embauche de Mme [E] n'avait aucunement vocation à compenser les absences de Mme [B] et Mme [J], mais bien de répondre à un besoin au regard de l'activité du site.

L'argument soutenu par la société Api restauration selon lequel Mme [B] ainsi que Mme [J] auraient été remplacées durablement par Mme [E] ne peut aboutir au regard de la date d'embauche de cette dernière" ; qu'en statuant sans répondre à ces conclusions déterminantes qui mettaient en évidence que Mme [B] n'avait pas été remplacée durablement à son poste et que par conséquent, elle devait être reprise par la société Api restauration, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile. »

Le grief n'est **pas fondé**.

Répondant aux conclusions prétendument délaissées, la cour d'appel a fait ressortir que Mme [E] avait été affectée durablement sur le marché de l'EPHAD [7] en remplacement de la salariée, en constatant, d'abord, qu'au jour du transfert, cette dernière était en arrêt de travail depuis le 19 avril 2019 et que son remplacement avait été opéré temporairement jusqu'au 16 mai 2020 par le contrat à durée déterminée de Mme [J], elle-même en arrêt de travail à compter de cette date (arrêt p. 7 § 3), en relevant, ensuite, qu'aucun élément n'était fourni par les parties sur la suite de ce contrat (arrêt p. 7 § 3), en retenant, encore, que Mme [E] avait été engagée en janvier 2020 pour remplacer Mme [I] par un contrat à durée déterminée qui ne s'était poursuivi en contrat à durée indéterminée qu'à compter de septembre 2020 (arrêt p. 7 § 6) et en relevant, enfin, que son bulletin de paie de janvier 2022 reprenait la même classification d'emploi que celle apparaissant sur les bulletins de paie de Mme [B] (arrêt p. 7 § 6).

- « 3°/ que le juge ne peut modifier les termes du litige ; qu'en l'espèce, la société Api restauration a admis que "Mme [B] a été affectée en qualité d'aide cuisine à [Adresse 8] à [Localité 9]", site précisément repris par la société Api restauration ; qu'en retenant que "Mme [B] n'était pas exclusivement affectée au site dont la société Elres a perdu le marché", cependant que l'affectation de Mme [B] sur le site de l'EPHAD n'était pas contestée et était même admise par la société Api restauration, la cour d'appel a méconnu les termes du litige et a violé ainsi l'article 4 du code de procédure civile. »

Le grief **manque en fait**.

Contrairement à ce que soutient la troisième branche, même si la société entrante admettait que la salariée avait été initialement affectée sur le site de l'EPHAD [7], elle contestait son affectation exclusive au sein de cet établissement au moment du transfert. A ce titre, elle faisait valoir :

- « Il avait été parfaitement démontré que Madame [B] avait été remplacée définitivement à son poste de travail, et qu'elle n'était donc plus attachée au marché ayant fait l'objet d'un changement de prestataire.

Dans ce contexte et **en l'absence de rattachement au marché**, aucun transfert de son contrat de travail ne pouvait être opéré, Madame [B] devant rester la salariée de la société Elres. » (prod. MA n° 2, conclusions d'appelant n° 2, p. 7) ;

- Il en résulte que les salariés repris par l'entreprise assurant la reprise du marché :
 - Doivent relever des niveaux 1 à 5 de la convention collective, soit du statut employé. Les agents de maîtrise et cadre sont en principe exclus.
 - **Avoir été embauchés par le prédécesseur pour l'exécution exclusive du marché concerné, dans les mêmes conditions fondamentales d'exploitation.**

Ainsi le salarié absent de longue durée qui a été remplacé définitivement par un salarié en CDI n'est plus affecté exclusivement au marché. » (conclusions d'appelant n° 2, p. 12) ;

- « Il est prévu dans une circulaire d'application que dans l'hypothèse de reprise d'un salarié en longue maladie ou en accident du travail que :

"Si le poste a été pourvu de façon durable (CDI), le cédant ne transfère qu'une personne, celle qui est en activité".

Pièce 16

Si cette circulaire d'application ne peut être expressément appliquée au présent cas d'espèce, la société Api restauration n'étant pas adhérente à ce syndicat, elle permet toutefois de confirmer la volonté des partenaires sociaux dans l'exigence conventionnelle de limiter la reprise des contrats aux seuls salariés "embauchés par le prédécesseur pour l'exécution exclusive du marché concerné, dans les mêmes conditions fondamentales d'exploitation".

Ainsi, c'est compte-tenu du non-respect de cette seconde condition conventionnelle que la société Api restauration entend démontrer que le contrat de Madame [B] ne pouvait lui être transféré.

Cette circulaire d'application n'est évoquée que pour témoigner de l'intention des partenaires sociaux dans la rédaction de l'article conventionnel.

Le jugement sera donc infirmé en ce qu'il a considéré que la société Api restauration sollicitait l'exclusion de la reprise du contrat de travail de Madame [B] sur le fondement de cette circulaire d'application, alors **qu'en réalité, le refus de procéder au transfert du contrat de travail de Madame [B] réside dans le fait qu'il était démontré qu'elle ne remplissait pas la seconde exigence conditionnelle, à savoir celle d'une affectation exclusive au marché transféré, et ce compte tenu de son remplacement définitif par un autre salarié.** » (conclusions d'appelant n° 2, p. 13 à 14) ;

- « Mesdames [B] et [J] ont été remplacées définitivement par un autre salarié employé en CDI. » (conclusions d'appelant n° 2, p. 18) ;

- « En réalité, Madame [E] n'a pas été embauchée en janvier 2020 pour les besoins de l'activité, mais temporairement en remplacement de l'autre employée de restauration, Madame [I]. Madame [E] n'a finalement bénéficié d'un CDI qu'en septembre 2020, après le départ en arrêt maladie de longue durée de Madame [J], remplaçante de Madame [B] en arrêt depuis plus d'un an. » (conclusions d'appelant n° 2, p. 20) ;

- « Il apparaît que la société Elres a subi entre 2019 et 2020 le départ en arrêt de ses deux employées de restauration, Madame [B] et Madame [I], qu'elle remplacera temporairement par deux CDD : Madame [J] et Madame [E].

Madame [J] a toutefois été placée en arrêt, à compter de mai 2020, Madame [E] sera embauchée en CDI en septembre 2020 en remplacement de Madame [B], dont l'absence était la plus ancienne et dont le remplacement par Madame [J] cessait. Elles occuperont

d'ailleurs de l'aveu de la société Elres toutes trois le poste d'employée polyvalente de restauration et du même niveau de qualification, avec exactement les mêmes horaires.

Pièce 6 : Fiches signalétiques transmises par la société Elres

Pour combler l'absence de la seconde employée de restauration, il y aura visiblement des remplacements temporaires non définis (intérim ?, remplacement par d'autres salariés du groupe ?), puis en juin/juillet 2021 un remplacement en cascade, par l'arrivée d'un nouveau second de cuisine (Monsieur [W]) en remplacement de Madame [O] qui reprendra le poste d'employée technique de restauration.

Pièce 7 : Attestation de Madame [O] et tableau récapitulatif

Ainsi, après avoir tenté de maintenir l'effectif de 4 salariés par des remplacements temporaires, la société Elres, au regard de la longueur des arrêts-maladies de ses deux employées de restauration, a été contrainte de les remplacer définitivement par l'arrivée d'autres salariés en CDI : Madame [E] (septembre 2020) et Madame [O] (juillet 2021)

(...)

Monsieur [W], Madame [E] et Madame [O] sont les 3 salariés repris par la société Api restauration.

Rien ne justifiait une reprise des contrats de travail de Madame [B] et Madame [J] qui n'étaient plus affectées au site, sauf à accepter d'aller au-delà de l'effectif servant à l'exploitation normale du site de [Localité 9] par la société Elres, qui a toujours fonctionné avec 3 salariés et notamment deux employés de restauration, postes déjà occupés par deux salariés en CDI : Madame [E] (depuis septembre 2020) et Madame [O] (depuis juillet 2021)

Pièce 6 : fiches signalétiques de la société Elres

Pièce 7 : Attestation de Madame [O] et de Madame [E]

Pièce 8 : avenant de reprise par la société Api restauration

Il convient d'en conclure que Madame [B] et Madame [J] ont été remplacées définitivement par un autre salarié en CDI.

Par conséquent, **Madame [B] et Madame [J] n'étaient plus affectées exclusivement au marché qui a toujours fonctionné avec un effectif de 4 salariés.** » (conclusions d'appelant n° 2, p. 20 à 22) ;

3 - Analyse succincte du moyen

Dans un moyen unique articulant cinq branches, la société sortante fait grief à l'arrêt de dire que le contrat de travail de la salariée n'a pas été transféré à la société entrante, de constater la nullité du licenciement, de la condamner à payer à la salariée les sommes de 1 393,80 euros au titre de la retenue sur le bulletin de paie d'avril 2022, de 1 650,18 euros au titre de la retenue sur le bulletin de paie de décembre 2021, de 9,03 euros au titre de la retenue sur le bulletin de paie de décembre 2020, de 17 000 euros de dommages-intérêts pour licenciement nul, de lui ordonner de rembourser à Pôle emploi les indemnités versées dans la limite de six mois et de la condamner à payer à la société entrante et à la salariée 2 500 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile, alors :

« 1°/ que selon 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, 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 son prédécesseur pour l'exécution exclusive du marché concerné, dans les mêmes conditions fondamentales d'exploitation ; que **le contrat de travail du salarié affecté sur le site transféré, même suspendu pour cause de maladie, doit être repris par l'entreprise entrante** ; qu'en l'espèce, l'arrêt constate que la société Elres a perdu le marché de l'EHPAD [7] au profit de la société Api restauration, "qu'au jour du transfert, Mme [B] était en arrêt de travail depuis le 19 avril 2019, son remplacement ayant été opéré temporairement jusqu'au 16 mai 2020 par le contrat à durée déterminée de Mme [J], elle-même en arrêt de travail à compter de cette date" et que les avenants au contrat de travail de Mme [B] des 1^{er} janvier 2015 et 1^{er} février 2018 stipulent un travail sur le site concerné ; qu'en n'ayant pas tiré les conséquences légales de ses constatations selon lesquelles le contrat de travail de Mme [B], affectée sur le site, était seulement suspendu, ce dont il résultait qu'il devait être repris par la société Api restauration, la cour d'appel a violé par refus d'application l'article 3 a) de l'avenant n°3 du 26 février 1986 ;

4°/ que la stipulation d'une clause de mobilité, dans le contrat de travail d'un salarié affecté sur le site repris, permettant de le faire travailler en dehors du site, ne s'oppose pas à la reprise, sur le fondement 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, du contrat de travail par l'entreprise entrante, dès lors qu'au moment de la reprise du site, le salarié y travaillait ; qu'en se fondant sur la circonstance que si les avenants au contrat de travail de Mme [B] du 1^{er} janvier 2015 et du 1^{er} février 2018 stipulent un lieu de travail sur le site concerné, ils "prévoient expressément que le lieu initial d'affectation ne constitue pas un élément substantiel du contrat de travail, l'employeur se réservant le droit de muter la salariée dans les différents établissements de la société sur la zone géographique du département d'embauche et des départements limitrophes", inopérante pour en déduire que "Mme [B] n'était pas exclusivement affectée au site dont la société Elres a perdu le marché", dès lors qu'il n'était pas constaté que l'employeur aurait effectivement muté la salariée sur un autre site que celui sur lequel elle était contractuellement affectée, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 3 a) de l'avenant n°3 du 26 février 1986 ;

5°/ que selon 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, 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 ; qu'en retenant 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", ce qui était inopérant pour en déduire que les conditions de transfert du contrat de travail de Mme [B] prévues par la convention collective n'étaient pas remplies, la cour d'appel a

privé sa décision de base légale au regard de l'article 3 a) de l'avenant n°3 du 26 février 1986. »

4 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Appréciation de la condition « d'exécution exclusive du marché » faisant l'objet de la reprise par le nouveau prestataire, en application des dispositions 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, en cas d'absence d'un salarié placé en arrêt de travail de longue durée.

Impact de son éventuel remplacement permanent.

5 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

5. 1. Le cadre conventionnel

En cas de perte de marché par un prestataire non soumise à application des dispositions de l'article L. 1224-1 du code du travail, plusieurs conventions collectives de branche, notamment celle du secteur de la restauration de collectivités, ont été conclues pour organiser le transfert conventionnel des contrats de travail de l'ancien employeur au nouvel employeur, afin de protéger les salariés concernés et stabiliser le marché.

Ces dispositions conventionnelles protectrices s'inscrivent dans l'esprit de la directive européenne n° 98/50 du 29 juin 1998 recodifiée par la directive n° 2001/23 du 12 mars 2001 dite « transfert », mais elles n'entrent pas dans leur champ d'application.

Dans son préambule, 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 indique :

« Revenant sur son interprétation antérieure, la Cour de cassation (assemblée plénière du 15 novembre 1985) a posé le principe suivant : la seule perte d'un marché ne constitue pas une modification de la situation juridique de l'employeur.

Par conséquent, une entreprise prestataire de services qui se voit attribuer un marché retiré à une autre n'est plus tenue de poursuivre les contrats de travail des salariés employés par son prédécesseur.

Dans le but de :

1° Éviter les risques de bouleversements sociaux et de précarisation de l'emploi résultant de la rupture systématique des contrats de travail en cas de changement de prestataires de services ;

2° Favoriser au maximum la capacité des entreprises à répondre aux attentes de leurs clients avec la plus grande efficacité ;

3° Améliorer, au sein de chaque entreprise, la coordination entre les structures hiérarchiques et les restaurants,

les partenaires sociaux, dans l'esprit de la convention collective nationale signée le 20 juin 1983 et étendue le 2 février 1984, conviennent, par la signature d'un avenant à cette convention, des principes suivants :

1° Poursuite des contrats de travail par le nouvel employeur pour le personnel de statut "employé" ;

2° Cette poursuite s'effectue dans le mesure où aucune modification substantielle n'intervient dans l'organisation du restaurant ;

3° Maintien des contrats de travail entre le personnel de statut "agent de maîtrise" et "cadre" et l'ancien employeur. »

Aux termes de l'article 3 a) de cet avenant :

« 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.** »

Dans la présente procédure, il a, à plusieurs reprises, été fait état d'une « circulaire d'application » de l'avenant n° 3 du 26 février 1986 de la convention collective du personnel des entreprises de restauration de collectivités du 20 juin 1983, émanant du syndicat national de la restauration collective, dont il est constant qu'elle n'a été signée par aucun autre syndicat partie audit avenant et dont il résulterait que, si le poste d'un salarié en longue maladie ou en arrêt de travail a été pourvu de façon durable par un contrat de travail à durée indéterminée au moment du transfert de marché, le cédant ne transfère qu'une personne, celle en activité. Mais cette « circulaire », dont la portée est plus qu'incertaine, n'a par ailleurs pas été communiquée à la Cour.

5. 2. Référence de jurisprudence et de doctrine

→ Le transfert d'un marché de restauration collective peut, selon les conditions dans lesquelles il intervient, être constitutif d'un transfert légal ou d'un transfert conventionnel (Soc., 14 mars 2018, pourvoi n° 16-22.409 ; Soc., 9 juin 2021, pourvoi n° 19-23.250).

Lorsqu'il s'agit d'un transfert conventionnel en application des dispositions de l'article 3 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, notre chambre précise qu'il s'impose à l'employeur (Soc., 16 novembre 2004, pourvoi n° 02-45.526), dès lors que le salarié a donné son accord exprès (Soc., 26 juin 2013, pourvoi n° 12-18.201) :

« Vu l'article 1134 du code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué que, M. X... a été engagé à compter du 6 février 2004 par la société RGC restauration en qualité d'employé de restauration ; qu'à la suite de la perte du contrat de prestations de services de restauration du groupe scolaire dans lequel le salarié exerçait ses fonctions, la société RGC restauration lui a notifié le transfert de son contrat de travail auprès du nouveau prestataire la société API restauration à compter du 16 août 2005 ;

que le 26 mai 2006, M. X... a été licencié par la société API restauration ; que le 10 juillet 2006, il a saisi le conseil de prud'hommes de Bobigny de diverses demandes salariales et d'indemnités de rupture à l'encontre de la société API restauration, dont il a été débouté par jugement du 16 juin 2009 ; que le 16 décembre 2008, contestant le transfert de son contrat de travail, il a saisi le conseil de prud'hommes de Longjumeau afin d'obtenir la condamnation de la société RGC restauration en paiement de rappel de salaire depuis le 16 août 2005 ou subsidiairement de dommages-intérêts pour licenciement abusif ;

Attendu que pour débouter le salarié de toutes ses demandes formulées à l'encontre de la société RGC restauration, l'arrêt retient que la situation du salarié n'entrait pas dans le champ d'application des deux exceptions prévues par l'article 1er de l'avenant du 1er décembre 1989 à l'avenant n° 3 du 26 février 1986 de la convention collective du personnel des entreprises de restauration de collectivités du 20 juin 1983, de sorte qu'en application de cette convention relative au changement de prestataires de services, le contrat de travail de l'intéressé conclu avec la société RGC restauration avait été transféré à compter du 16 août 2005 à la société API restauration, peu important le refus du salarié de signer l'avenant à son contrat proposé par cette dernière ;

Attendu, cependant, que sauf application éventuelle de l'article L. 1244-1 du code du travail, **le changement d'employeur prévu et organisé par voie conventionnelle suppose l'accord exprès du salarié, qui ne peut résulter de la seule poursuite de son contrat de travail sous une autre direction ;**

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors qu'elle constatait que **le salarié avait refusé de signer l'avenant à son contrat de travail emportant changement d'employeur**, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé le texte susvisé ».

La Cour de cassation s'est rarement prononcée sur l'interprétation des dispositions de l'article 3 a) de cet avenant, dont il convient de rappeler qu'il pose deux conditions au transfert conventionnel : la première relative à l'exécution exclusive par le salarié du marché concerné et la seconde à la poursuite du marché dans « les mêmes conditions fondamentales d'exploitation ».

Cette seconde condition a donné lieu à deux arrêts anciens de notre chambre qui ne l'ont cependant pas précisée, laissant son appréciation, en l'espèce, au pouvoir souverain des juges du fond :

Soc., 6 avril 1993, pourvoi n° 91-45.657 :

« Attendu qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué (Versailles, 24 septembre 1991) qu'après avoir succédé à la société Sodexho dans le service de restauration de l'entreprise Thomson CGR, le 1er juin 1987, la société Orly restauration a refusé de poursuivre le contrat de travail de Mme Y... en invoquant l'article 3 de l'avenant n° 3 du 26 février 1986 à la convention collective nationale du personnel des entreprises de restauration de collectivités ; que, dans l'attente d'une interprétation de ce texte, soit par la commission professionnelle, soit par le conseil de prud'hommes, les sociétés sont convenues le 24 août 1987 que la société Sodexho reprendrait Mme Y... et lui verserait ses arriérés de salaires ; que Mme Y..., qui, depuis le 31 août 1987, a travaillé au service de la société Sodexho sur un autre site jusqu'à la date de son départ en retraite le 28 septembre 1990, a engagé une procédure contre les deux firmes aux fins de faire juger que le contrat de travail initial devait se poursuivre avec la société Sodexho, et subsidiairement, que la société Orly restauration soit condamnée à lui verser des indemnités de rupture ; (...)

Sur le deuxième moyen :

Attendu qu'il est encore reproché à la cour d'appel d'avoir écarté la transmission des contrats de travail de Mme Y... à la société Orly restauration en vertu de l'avenant n° 3 susvisé, alors, selon le moyen, qu'il résulte de cet avenant "qu'une entreprise, entrant dans son champ d'application, qui se voit attribuer un marché précédemment confié à une autre entreprise, entrant également dans le champ d'application dudit avenant, est tenue de poursuivre les

contrats de travail, des salariés ER 1, ER 2, ERQ 1, ERQ 2... employés par le prédécesseur pour l'exécution exclusive du marché concerné, dans les mêmes conditions fondamentales d'exploitation ; à cet égard, la mise en oeuvre au moment de la passation du marché de nouvelles technologies ou d'un autre mode de fabrication... constituent des modifications fondamentales des conditions d'exploitation" ; qu'il ressort tant de la lettre, que de l'esprit de ce texte, avec les précisions apportées par l'avenant du 1er décembre 1989, que l'exception à l'application de l'avenant n° 3 tirée de la modification des conditions d'exploitation ne peut viser que des situations dans lesquelles la modification concerne les conditions de restauration dans sa globalité, ce qui serait le cas du remplacement d'un système de production sur place par la livraison de repas ou du transfert de lieu d'exploitation, mais que n'est qu'un aménagement purement technique l'introduction d'un système de caisse à badge aux lieu et place du système existant se traduisant par une mécanisation plus grande des opérations et par la suppression d'un des deux emplois de caissière ;

Mais attendu que la cour d'appel, qui n'avait pas à tenir compte de l'avenant modificatif du 1er décembre 1989, a fait application de l'avenant n° 3 dans sa rédaction en vigueur à l'époque des faits ; **qu'ayant estimé que l'utilisation d'un système de caisse à badges constituait la nouvelle technologie visée par l'article 3 de l'avenant n° 3, elle a fait ressortir que le marché ne s'était pas poursuivi dans les mêmes conditions fondamentales d'exploitation au sens dudit article ; qu'elle a pu, dès lors, décider que l'avenant n° 3 ne s'appliquait pas** ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et sur le troisième moyen :

Attendu qu'il est encore reproché à l'arrêt de s'être prononcé comme il l'a fait en faisant application de l'accord du 24 août 1987, qu'elle a dénaturé, cet accord de caractère provisoire étant destiné à régler temporairement la situation de Mme Y... dans l'attente d'une interprétation de l'avenant n° 3 par les tribunaux, et aucune conséquence de droit ne pouvant être tirée de son application à l'encontre de la société Sodexho ;

Mais attendu que la cour d'appel, qui s'est bornée à constater qu'en fait Mme Y... n'avait pas cessé de travailler pour le compte de la société Sodexho jusqu'à son départ en retraite, n'a pas fondé sa décision sur ce motif, mais sur les dispositions de l'article 3 de l'avenant n° 3 à la convention collective ; que le moyen est inopérant. »

Soc., 17 mars 1998, pourvoi n° 95-44.213, Bull. 1998, V, n° 153 :

« Attendu, selon l'arrêt confirmatif attaqué rendu en référé (Rennes, 6 juillet 1995), que M. Z... et Mmes Y... et X... étaient employés de la société Interself qui assurait la restauration de l'Ecole des Mines ; qu'à la suite du transfert des locaux de l'école, celle-ci a procédé à un appel d'offres et le marché a été dévolu à la société Eurest à compter du 1er janvier 1995 ; qu'informée, les 13 et 16 décembre 1994, que sa candidature n'avait pas été retenue, la société Interself a communiqué à la société Eurest les renseignements relatifs aux trois salariés qu'elle employait par lettre du 22 décembre 1994 ; que la société Eurest a refusé de reprendre le personnel ;

Attendu que la société Eurest fait grief à l'arrêt d'avoir ordonné la "remise en état" des contrats de travail des trois salariés et de l'avoir condamnée au paiement des salaires à compter de la date de prise d'effet du marché, alors, selon le moyen, d'une part, que le trouble manifestement illicite justifiant la compétence du juge des référés s'entend d'une méconnaissance flagrante des droits de la partie demanderesse ; qu'en l'espèce, la société Eurest soutenait que les salariés de la société Interself n'avaient aucun droit contre elle, ni au titre de l'article L. 122-12 du Code du travail, ni au titre de l'article 3 de l'avenant du 26 février 1986 à la convention collective des entreprises de restauration ; qu'à l'appui de ses dires, la société Eurest faisait valoir, d'abord, que le lieu de l'activité n'était pas le même, l'Ecole des Mines ayant déménagé ; qu'elle exposait, ensuite, que le matériel avec lequel elle travaillait était nouveau et mis à sa disposition par l'Ecole des Mines alors que le matériel de la société Interself était la propriété de cette dernière ; qu'elle faisait encore valoir que ses prestations étaient différentes de celles offertes par la société Interself et que le self de cette dernière était ouvert à l'ensemble des entreprises locataires de l'immeuble dans lequel était installée l'Ecole des Mines ; qu'elle en déduisait justement que les salariés n'ayant aucun droit sur elle, il ne pouvait y avoir trouble manifestement illicite ; qu'en affirmant le contraire, la cour d'appel a violé l'article R. 516-31 du Code du travail ; alors, d'autre part, que la cour d'appel s'est

bornée à affirmer qu'il résultait des documents de la cause que les marchés litigieux étaient identiques pour relever l'existence d'un trouble manifestement illicite ; qu'en n'indiquant ni n'analysant les documents d'où elle déduisait une telle affirmation contestée par l'employeur, la cour d'appel a violé l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ; alors, encore, que le refus pour un employeur de continuer le contrat de travail conclu entre un salarié et son ancien employeur s'analyse en un licenciement justifiant éventuellement le paiement exclusif d'indemnités de rupture ; que l'employeur ne peut être condamné, contre son gré, à poursuivre le contrat de travail et à verser au salarié les salaires correspondants ; qu'en imposant à la société Eurest de continuer, contre son gré, les contrats de travail des salariés de la société Interself, la cour d'appel a violé les articles R. 516-30, R. 516-31 et L. 122-14-4 du Code du travail ; et alors, enfin, que la condamnation, par une juridiction de référé, à payer des salaires s'analyse en une provision ; que la formation de référé ne peut accorder de provision qu'à la condition que l'obligation ne soit pas sérieusement contestable ; qu'en l'espèce, la société Eurest apportait une contestation sérieuse à l'encontre de la demande des salariés de la société Interself, en faisant valoir que le marché n'avait pas été repris dans les mêmes conditions d'exploitation ; qu'en condamnant, en référé, la société Eurest à payer les salaires malgré l'existence d'une contestation sérieuse, la cour d'appel a violé l'article R. 516-31 du Code du travail ;

Mais attendu, d'abord, que même en présence d'une contestation sérieuse, le juge des référés peut prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent pour faire cesser un trouble manifestement illicite ;

Attendu, ensuite, que l'article 3 de l'avenant à la Convention collective nationale du personnel des entreprises de restauration de collectivités du 26 février 1986 précise que l'entreprise qui se voit confier un marché précédemment attribué à une autre entreprise est tenu de poursuivre les contrats de travail de certaines catégories de personnels ;

Attendu, enfin, que **la cour d'appel, qui a constaté que les marchés passés par l'Ecole des Mines tant avec la société Interself qu'avec la société Eurest France étaient identiques et qui, par une appréciation souveraine, a estimé que le changement de lieu n'avait pas affecté les conditions fondamentales d'exploitation, a pu décider que les salariés qui entraient dans la catégorie des personnels visés à l'article 3 de l'avenant susvisé devaient être repris par la société Eurest et que le refus de cette dernière constituait un trouble manifestement illicite qu'il convenait de faire cesser ; que le moyen n'est pas fondé. »**

A la connaissance du rapporteur, la chambre n'a pas encore été amenée à se prononcer sur la condition relative à la poursuite des contrats de travail des salariés de niveau I, II, III, IV et V, employés par le prédécesseur « pour l'exécution exclusive du marché concerné ».

Il reste donc à savoir comment cette condition doit être interprétée, notamment lorsque le salarié intéressé est placé en arrêt de travail de longue durée et que, le cas échéant, il a été remplacé.

La Cour opère un contrôle plein sur l'interprétation faite par les juges du fond d'une convention collective ou d'un accord collectif. Cela résulte d'un arrêt rendu par l'assemblée plénière (Ass. plén., 23 octobre 2015, pourvoi n° 13-25.279, Bull. 2015, Ass. plén, n° 6), commenté dans les termes suivants au rapport annuel :

« La convention collective, si elle manque de clarté, doit être interprétée comme la loi, c'est-à-dire d'abord en respectant la lettre du texte, ensuite en tenant compte d'un éventuel texte législatif ayant le même objet et, en dernier recours, en utilisant la méthode téléologique consistant à rechercher l'objectif social du texte. La Cour de cassation exerce un contrôle lourd sur cette interprétation afin d'assurer une unité d'application ».

Cette règle d'interprétation a été confirmée et explicitée par plusieurs arrêts de notre chambre (Soc., 25 mars 2020, pourvoi n° 18-12.467, publié ; Soc., 14 avril 2021, pourvoi n° 19-26.340 ; Soc., 14 avril 2021, pourvoi n° 20-16.548) :

« Une convention collective, si elle manque de clarté, doit être interprétée comme la loi, c'est-à-dire d'abord en respectant la lettre du texte, ensuite en tenant compte d'un éventuel texte législatif ayant le même objet et, en dernier recours, en utilisant la méthode téléologique consistant à rechercher l'objectif social du texte. »

Par conséquent, lorsque la censure est prononcée, elle intervient, à l'instar du contrôle exercé par la Cour de cassation sur l'application de la loi par les juges du fond, pour violation de la convention ou de l'accord collectif en cause (pour illustration, Soc., 22 juin 2011, pourvoi n° 09-42.697, Bull. 2011, V, n° 164 ; Soc., 7 mars 2012, pourvois n° 10-16.611 et suivants, Bull. 2012, V, n° 91).

S'agissant, plus spécifiquement de l'interprétation des accords collectifs prévoyant un transfert conventionnel des contrats de travail, le professeur Morvan indique¹ :

« **Aux yeux des juges, [les] conditions [de ces transfert] s'interprètent strictement** (en ce sens, Cass. soc., 12 févr. 1997 : TPS 1997, comm. 115 . - Cass. soc., 10 juin 1997 : Bull. civ. V, n° 212 . - Cass. soc., 10 déc. 2015 : RJS 2016, n° 166) : **le transfert des contrats de travail est une exception, une anomalie juridique**. Mais, d'un autre côté, ils condamnent l'entreprise entrante qui a subordonné la reprise du personnel à une condition non prévue par l'accord collectif (par ex. à l'acceptation par les salariés d'un changement de leur lieu de travail) (Cass. soc., 12 janv. 2012 : RJS 2012, n° 221). Tout l'accord et rien que l'accord. »

A ce stade, il convient de préciser qu'il appartient à l'entreprise sortante d'apporter la preuve que les salariés remplissent les conditions conventionnelles pour bénéficier de la garantie d'emploi et du transfert de leur contrat de travail à l'entreprise entrante (Soc., 13 octobre 2010, pourvoi n° 09-67.458, Bull. 2010, V, n° 233 ; Soc., 30 novembre 2010, pourvoi n° 09-40.386, Bull. 2010, V, n° 274).

Si l'on se réfère à la lettre du texte de l'article 3 de l'avenant n°3 du 26 février 1986, il y a lieu de relever qu'il énonce une condition relative à « l'exécution exclusive du marché concerné ».

La notion d'exclusivité a été récemment précisée par notre chambre, dans un arrêt rendu en application des dispositions de l'article 7-2 de la convention collective nationale des entreprises de propreté et services associés du 26 juillet 2011, qui retient que la condition d'affectation exclusive est remplie, au jour du changement de prestataire, lorsque l'entreprise sortante justifie que le personnel de maîtrise passe sur le marché concerné 100 % de son temps de travail total effectué pour son compte (Soc., 15 mai 2024, pourvoi n° 22-23.797, en cours de publication) :

« 7. Aux termes de l'article 7.2 de la convention collective nationale des entreprises de propreté et services associés du 26 juillet 2011, dans sa rédaction antérieure à l'avenant n° 12 du 17 juillet 2018, le nouveau prestataire s'engage à garantir l'emploi de 100 % du personnel affecté au marché faisant l'objet de la reprise qui remplit les conditions suivantes :

A. – Appartenir expressément :

– soit à l'un des 4 premiers niveaux de la filière d'emplois « exploitation » de la classification nationale des emplois (AS, AQS, ATQS et CE) et passer sur le marché concerné 30 % de son temps de travail total effectué pour le compte de l'entreprise sortante ;

– soit à l'un des 2 premiers échelons du niveau agent de maîtrise exploitation de la classification nationale des emplois (MP1 et MP2) et être affecté exclusivement sur le marché concerné.

¹ P. Morvan, « Transfert d'entreprise. – Effets. Relations individuelles », *J-Cl. Travail traité*, Fasc. 19-52, n° 132.

8. Il en résulte que la condition d'affectation exclusive est remplie, au jour du changement de prestataire, lorsque l'entreprise sortante justifie que le personnel de maîtrise passe sur le marché concerné 100 % de son temps de travail total effectué pour son compte.

9. La cour d'appel a d'abord retenu, dans le cadre de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, que la salariée était affectée, lors de la reprise du marché par la société GSF Atlas, non seulement sur le site objet de cette reprise, mais également sur d'autres sites dont le bâtiment « les démineurs » dépendant de la protection civile, sur lequel elle travaillait trois jours par semaine et qui n'avait pas été repris par la société entrante et avait ainsi été maintenu dans le périmètre de la société sortante.

10. Elle a ensuite constaté que la société Challancin ne justifiait pas que la salariée, agent de maîtrise, était affectée exclusivement sur le marché transféré au nouvel adjudicataire.

11. De ces constatations et énonciations, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante, a exactement déduit que la condition d'affectation exclusive n'était pas remplie de sorte que la société Challancin était demeurée l'employeur de la salariée.

12. Le moyen n'est donc pas fondé. »

L'exclusivité s'entend donc d'une affectation sur le marché concerné ou d'une exécution du marché concerné correspondant à 100% du temps de travail du salarié.

Il reste que la formule employée par l'article 3 de l'avenant n°3 du 26 février 1986, lequel se réfère à une « exécution » exclusive n'a pas d'équivalent dans les autres conventions collectives, prévoyant un transfert conventionnel des contrats de travail, qui comportent généralement des conditions relatives à « l'affectation » des salariés ou à leur « présence » effective dans l'entreprise.

Le parallèle entre l'avenant du 26 février 1986 et d'autres textes conventionnels, qui ont certes été négociés dans le même objectif mais au regard des spécificités et contraintes propres aux branches dans lesquelles ils ont été conclus, ne vise nullement à interpréter l'article 3 précité par rapport à ceux-ci. Il cherche à réfléchir au sens à donner à ces différents termes et, plus particulièrement, à interroger sur la signification attachée à la condition d'« exécution » exclusive. Celle-ci recouvre-t-elle une condition d'affectation du salarié concerné sur le marché transféré ou de présence dans l'entreprise au moment du transfert conventionnel ? S'agit-il au contraire d'une notion distincte ?

Les conditions d'affectation ou de présence, énoncées par d'autres conventions collectives², ont donné lieu à plusieurs arrêts de notre chambre.

² Par exemple :

- l'article 15 ter, alinéa 1^{er}, de la convention collective du personnel des entreprises de manutention ferroviaire et travaux connexes, lequel pose comme condition au transfert conventionnel une **affectation à ladite activité depuis au moins 6 mois** ;

- l'article 2 de l'accord du 3 novembre 2016 relatif à la continuité des contrats de travail attaché à la convention collective nationale unifiée ports et manutention du 15 avril 2011, lequel pose comme condition au transfert conventionnel une **affectation des salariées à l'activité transférée, au cours des 12 derniers mois précédant le terme du titre domanial ou sa résiliation anticipée** ;

- l'article 3 de l'accord autonome relatif à la reprise du personnel en cas de changement de prestataire dans les activités de refuges et de fourrières du 19 octobre 2016 relevant de la convention collective nationale des fleuristes, vente et services des animaux familiers du 21 janvier 1997, lequel pose une condition **d'affectation majoritaire à l'activité concédée, sauf accord exprès contraire conclu entre les entreprises concernées et le salarié** ;

S'agissant de salariés placés en arrêt de travail, notre chambre a jugé, en application de deux conventions collectives distinctes, que la condition de leur affectation pendant une période minimale précédant le transfert conventionnel n'impliquait pas une présence effective de leur part :

En application des dispositions de l'article 7-2 de la convention collective nationale des entreprises de propreté et services associés du 26 juillet 2011 (dont il sera rappelé qu'elle comporte des conditions cumulatives relatives à l'affectation et à la présence effective du salarié), Soc., 17 avril 2019, pourvoi n° 17-31.339, publié, sommaire :

« Il résulte de l'article 7.2.I de la convention collective des entreprises de propreté et services associés du 26 juillet 2011 que le nouveau prestataire s'engage à garantir l'emploi de l'intégralité du personnel affecté au marché faisant l'objet de la reprise qui, étant titulaire d'un contrat à durée indéterminée, justifie notamment d'une affectation sur le marché d'au moins six mois et ne pas être absent depuis 4 mois ou plus à la date d'expiration du contrat commercial ou du marché public.

Doit être cassé l'arrêt qui, ayant constaté que le salarié avait été en arrêt de travail pendant plusieurs mois, subordonne la condition d'affectation depuis plus de six mois sur le marché faisant l'objet de la reprise à une présence effective de celle-ci et qui, ayant relevé que le salarié, qui avait été déclaré apte avec réserves à la reprise du travail avant la date d'expiration du marché, n'était plus en arrêt de travail à cette date, a décidé qu'il avait été absent plus de quatre mois à la date d'expiration du contrat commercial. »

En application des dispositions de l'article 15 ter, alinéa 1, de la convention collective nationale du personnel des entreprises de manutention ferroviaire et travaux

- l'article 1^{er} de l'avenant n° 18 du 20 mars 2013 à la convention collective nationale des hôtels, cafés, restaurants du 30 avril 1997 étendu par arrêté du 4 octobre 2013), lequel **pose deux conditions d'affectation**, à savoir une affectation majoritaire à l'activité concédée (sauf accord exprès contraire conclu entre les entreprises concernées et le salarié), depuis au moins 6 mois calendaires, **et une condition de présence**, à savoir ne pas avoir été absent au moins 4 mois (excepté pour les salariés en congé maternité, congé parental d'éducation et congé d'adoption, en arrêt maladie, accident de travail ou maladie professionnelle, ainsi que pour les salariés en congé de formation) ;

- les articles 2.1 à 2.3 de l'annexe VI, révisée le 5 juillet 2013, à la convention collective nationale du personnel au sol des entreprises de transport aérien du 22 mai 1959, lesquels prévoient que les contrats de travail de ces personnels sont transférables **sous réserve que les salariés soient affectés à la réalisation de la prestation, depuis au moins 4 mois, ou présents sur un poste nécessaire à la réalisation de la prestation existant depuis au moins 4 mois, au moment où débutent les opérations de transfert** ;

- l'article 7-2 de la convention collective nationale des entreprises de propreté et services associés du 26 juillet 2011, lequel **prévoit, d'une part, des conditions d'affectation** distinctes en fonction de la classification des salariés (pour les salariés appartenant expressément à l'un des 4 premiers niveaux de la filière d'emplois « exploitation » de la classification nationale des emplois, la condition consiste à passer sur le marché concerné 30 % de son temps de travail total effectué pour le compte de l'entreprise sortante et, pour les salariés de l'un des 2 premiers échelons du niveau agent de maîtrise exploitation de la classification nationale des emplois, elle consiste à être affecté exclusivement sur le marché concerné) **et, d'autre part, une condition de présence** consistant à ne pas avoir été absent depuis 4 mois ou plus à la date d'expiration du contrat (une exception étant prévue pour les seules les salariées en congé maternité).

connexes (dont il sera rappelé qu'il ne comporte qu'une condition relative à l'affectation du salarié au marché), Soc., 31 janvier 2024, pourvoi n° 22-15.516, publié :

« 6. Selon l'article 15 ter, alinéa 1er, de la convention collective nationale du personnel des entreprises de manutention ferroviaire et travaux connexes, au cas où, suite à la cessation d'un contrat commercial ou d'un marché public en tout ou partie, et ce quel que soit le donneur d'ordres, une activité entrant dans le champ d'application de la présente convention collective serait attribuée à un titulaire distinct du titulaire antérieur, la continuité des contrats de travail existant au dernier jour du contrat commercial ou du marché précédent des salariés non cadres et cadres d'exploitation jusqu'au coefficient 282,5 du premier employeur affectés à ladite activité depuis au moins 6 mois serait assurée chez l'employeur entrant.

7. Il en résulte que **la condition d'affectation depuis au moins six mois sur le marché faisant l'objet de la reprise n'est pas subordonnée à une présence effective du salarié.**

8. La cour d'appel a, d'abord, constaté qu'il résultait de l'avenant de reprise du contrat à durée indéterminée du salarié, conclu avec la société sortante, le 1er avril 2011, avec reprise d'ancienneté au 1er février 1988, que celui-ci, ouvrier d'encadrement classé au coefficient 191, était affecté au marché de nettoyage des trains TER et TGV de la SNCF sur le site de Lille, dont la société entrante était devenue attributaire à compter du 1er février 2018 et qu'il n'était pas contesté qu'il avait effectivement travaillé sur ce site jusqu'à être placé en arrêt de travail à compter du 2 août 2017.

9. Elle a, ensuite, retenu qu'en l'absence de tout autre élément attestant d'une modification de la situation du salarié au sein de la société sortante, la suspension du contrat de travail de l'intéressé en raison d'un arrêt maladie prolongé n'était pas de nature à remettre en cause une affectation durable à son poste de travail, la convention collective n'ayant pas prévu de subordonner la condition d'affectation depuis plus de six mois sur le marché faisant l'objet de la reprise à une présence effective du salarié.

10. De ces constatations et énonciations, elle a exactement déduit que, la condition relative à l'affectation du salarié sur le marché repris pendant au moins six mois étant remplie au jour du changement de prestataire, la société entrante devait poursuivre son contrat de travail.

11. Le moyen, qui est inopérant en ses deuxième et troisième branches, n'est donc pas fondé pour le surplus. »

La chambre sociale distingue ainsi la notion d'affectation à un marché de celle de la présence effective, avec laquelle elle ne se confond pas.

Selon le professeur Morvan, la condition de présence emporte un risque de discrimination³ :

« Certaines conditions d'application de l'accord collectif de branche peuvent contrecarrer la reprise du contrat de travail de salariés bénéficiant d'une protection légale contre le licenciement à la suite, par exemple, d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, d'une grossesse ou d'un congé parental d'éducation. Il en est ainsi de la condition de présence dans le marché repris durant une période minimale (étant exclus, par exemple, les salariés absents depuis plus de 4 mois à la date de la reprise du marché).

Toutefois, dans la mesure où la loi autorise la résiliation du contrat de cette catégorie de travailleur pour un motif indépendant (du congé parental, de l'état de grossesse, etc.), la garantie d'emploi prévue par l'accord collectif reçoit valablement exception (Cass. soc., 12 févr. 1997 Bull. civ. V, n° 59 ; V. aussi : Cass. soc., 28 nov. 2000 Bull. civ. V, n° 397 : l'absence d'un salarié depuis plus de 4 mois, quelle qu'en soit la cause, fait obstacle, aux termes de l'article 2-B de : l'annexe VII de la convention collective des entreprises de

³ P. Morvan, préc., § 150.

nettoyage, à sa reprise par l'entreprise entrante "). Le Conseil d'État témoigne d'une certaine indulgence à l'égard de ces différences de traitement qu'il justifie au nom de " raisons objectives " assez surprenantes : il s'agit de " répondre dans les meilleures conditions aux attentes " du client (en ne gardant que les salariés les plus fidèles et assidus au travail...) et " d'éviter le risque de pratiques déloyales susceptibles d'affecter la concurrence " : (CE, 28 nov. 2014, n° 362823 : Dr. ouvrier 2015, p. 275, concl. A. Lallet : les stipulations de la CCN des entreprises de propreté du 26 juillet 2011 qui réservent le dispositif de transfert aux salariés titulaires d'un CDI, affectés au marché depuis au moins 6 mois et qui ne sont pas absents depuis 4 mois - ce qui a pour résultat d'exclure des salariés en congé maladie ou en congé parental - visent " à permettre au nouveau prestataire de répondre dans les meilleures conditions aux attentes de son client " ; l'exclusion de certains salariés titulaires d'un CDD " répond à l'objectif de transférer au nouveau prestataire les contrats de salariés qui assurent, de manière constante et régulière, les prestations objets du contrat ou du marché et d'éviter le risque de pratiques déloyales susceptibles d'affecter la concurrence " ; quant aux salariés en congé parental, ils restent salariés de l'entreprise sortante qui est tenue par la loi, à l'issue de leur congé, de les affecter dans un emploi similaire.)

C'est balayer un peu vite le risque d'une discrimination illicite (C. trav., art. L. 1132-1) qui semble caractérisée si les absences du salarié en raison de son état de santé ou de sa situation de famille font défaillir la condition de présence effective.

Toutefois, l'accord collectif peut contenir des stipulations visant à éviter ce genre de discrimination. Elles doivent alors être interprétées de façon extensive, à la lumière des directives européennes (ex. : Cass. soc., 23 mars 2016, n° 14-24.486 : JurisData n° 2016-005289 ; JCP S 2016, 1208, note L. Cailloux-Meurice)

En tout état de cause, une condition d'affectation au marché faisant l'objet de la reprise (et non une condition de présence, plus stricte) durant une période minimale ne peut être subordonnée à " une présence effective du salarié ", notamment lorsque ce dernier a été en arrêt de travail pour maladie au cours de cette période (Cass. soc., 17 avr. 2019, n° 17-31.339 : RJS 7/2019, n° 416, à propos de l'article 7-2, I de la CCN des entreprises de propreté. »

Au cas présent, après avoir énoncé que la perte de marché n'était pas constitutive d'une modification juridique dans la situation de la société sortante relevant de l'article L. 1224-1 du code du travail et retenu l'applicabilité 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 au présent litige (arrêt p. 6 § 4 à 6), la cour d'appel a, d'abord, relevé qu'au jour du transfert, la salariée était en arrêt de travail depuis le 19 avril 2019, son remplacement ayant été opéré temporairement jusqu'au 16 mai 2020 par le contrat à durée déterminée de Mme [J], elle-même en arrêt de travail à compter de cette date, sans qu'aucun élément soit fourni par les parties sur la suite de ce contrat (arrêt p. 7 § 3). Elle a, ensuite, retenu que trois salariés de la catégorie « employé » avaient été affectés sur le marché par la société sortante (arrêt p. 7 § 4 et 5). Elle a, encore, relevé que Mme [E] avait été engagée en janvier 2020 par un contrat à durée déterminée, pour remplacer Mme [I], poursuivi par contrat à durée indéterminée à compter de septembre 2020 à la même classification d'emploi que celle de la salariée (arrêt p. 7 § 6). Elle a, enfin, relevé que les avenants au contrat de travail de la salariée du 1^{er} janvier 2015 et du 1^{er} février 2018, le contrat initial n'étant pas produit, stipulaient un lieu de travail sur le site concerné mais prévoyaient expressément que le lieu initial d'affectation ne constituait pas un élément substantiel du contrat de travail, l'employeur se réservant le droit de muter la salariée dans les différents établissements de la société sur la zone géographique du département d'embauche et des départements limitrophes (arrêt p. 7 § 7). Elle en a déduit, d'une part, que la salariée n'était pas exclusivement affectée au site dont la société sortante a perdu le marché et qu'à la date du transfert, trois employés en contrat à durée indéterminée étaient affectés sur ce site, sans qu'il soit démontré

que l'activité justifiait un effectif de quatre employés, (arrêt p. 7 § 8) et, d'autre part, que les conditions de transfert de son contrat de travail prévues par la convention collective n'étaient pas remplies de sorte que la société entrante a légitimement refusé ce transfert et la société sortante est restée l'employeur (arrêt p. 7 avant-dernier §).

Le mémoire ampliatif fait valoir, dans la *première branche*, que le contrat de travail de la salariée, affectée sur le site du marché transféré, placée en arrêt de travail et remplacée temporairement jusqu'au 16 mai 2020 par le contrat à durée déterminée de Mme [J], elle-même en arrêt de travail à compter de cette date, suspendu au moment du transfert, devait être transféré au sein de la société entrante en application de l'article 3 a) de l'avenant n°3 du 26 février 1986.

Dans la *quatrième branche*, il soutient que la seule existence de la clause de mobilité était radicalement inopérante pour en déduire que la salariée n'était pas exclusivement affectée au site dont la société sortante a perdu le marché, dès lors qu'il n'était pas constaté par la cour d'appel que l'employeur aurait effectivement appliqué cette clause et fait travailler la salariée sur un autre site que celui sur lequel elle était contractuellement affectée selon les avenants à son contrat de travail.

Dans la *cinquième branche*, il ajoute qu'est tout autant inopérante la constatation selon laquelle à la date du transfert, trois employés en contrat à durée indéterminée étaient affectés sur ce site, sans qu'il soit démontré que l'activité justifiait un effectif de quatre employés. Il précise que la question n'était pas de savoir quel était le nombre de salariés affectés sur le site, mais si la salariée y travaillait et réunissait ou non les conditions pour être transférée au sein de la société entrante qui reprenait le marché.

Le mémoire en défense réplique, sur la *première branche*, que la salariée avait été définitivement remplacée par Mme [E], affectée exclusivement sur le marché par contrat à durée indéterminée à compter de septembre 2020, et que son contrat de travail n'interdisait pas qu'elle soit affectée sur un autre site. Il en déduit que les juges du fond ont décidé à bon droit que le contrat de travail de la salariée, qui n'était plus affectée sur le site transféré au jour de la perte du marché par la société sortante, n'avait pas à être repris par la société entrante en application de l'avenant n°3 du 26 février 1986.

Sur la *quatrième branche*, il soutient que, la cour d'appel ayant retenu que la salariée avait été durablement remplacée à son poste au sein de l'EHPAD par une salariée en contrat à durée indéterminée à compter de septembre 2020, il importait peu de savoir sur quel site elle avait été mutée et affectée après avoir été remplacée, d'autant qu'au jour du transfert, son contrat de travail était suspendu pour maladie. Il ajoute que la référence à l'existence d'une clause de mobilité était opérante, dès lors qu'elle permettait d'établir que la société sortante n'était pas contractuellement tenue de maintenir l'affectation de la salariée et pouvait, sans en référer à cette dernière et obtenir son accord exprès, affecter durablement sur ce marché une autre salariée.

Sur la *cinquième branche*, il fait valoir que, dans la mesure où la société sortante n'apportait pas la preuve que quatre salariés bénéficiant du statut d'employés étaient nécessaires au bon fonctionnement du marché litigieux, la cour d'appel pouvait

déduire de l'affectation de seulement trois employés au marché, de l'embauche en contrat à durée indéterminée de Mme [E] en septembre 2020 et de l'absence d'affectation contractuelle exclusive de la salariée au site litigieux que cette dernière avait été durablement remplacée en raison de sa longue absence pour maladie et n'était plus affectée exclusivement au marché transféré au jour de la perte de ce marché par la société sortante.

Il appartiendra à la chambre de se prononcer sur les mérites de ces trois branches.