

COMMISSION OUVERTE DE DROIT SOCIAL

Formation continue

thème: **Actualité de l'article L. 122-12 2^e al.**

(les jurisprudences de la chambre sociale, du Conseil d'État et de la cour de justice)
intervenants : **Michel Henry** (cabinet Michel Henry) et **Alain Sutra** (cabinet Sutra et ass.)
préparation de la séance du : 8 septembre 2005

SUJET : Actualité de l'article L 122.12 alinéa 2

1°) Principes et enjeux

Principes: abstraction de la norme et insécurité juridique.

Finalité et enjeux: fonction sociale et fonction économique

Ordre public et effet impératif: permanence des incertitudes sur les frontières du texte et la sanction des résistances à son application

2°) Le champ d'application de l'article L 122.12

2-1 Les textes, la jurisprudence et la doctrine

Article L 122.12 alinéa 2

Directive du 12 mars 2001 article 1^{er}

Des textes ne réglant pas nombre de situations où l'identification d'un «transfert» reste problématique.

Pour la CJCE, il convient pour identifier un transfert de prendre en «considération l'ensemble des circonstances de fait qui caractérisent l'opération...» méthode du faisceau d'indices.

L'étude de la jurisprudence de la Cour de Cassation, du fait de la brièveté de ses arrêts, ne permet pas d'apprécier précisément nombre de situations.

La doctrine, pour sa part, traduit un sentiment d'insécurité :

Bailly : Le flou de l'article L 122.12 du Code du travail,

Blaise : L'article L 122.12 après la tourmente,

Boubli : Mystère et misère de l'article L 122.12,

Autonmattéi : La saga de l'article L 122.12,

Cesaro : Le sentiment est donc parfois éprouvé que les solutions résultent d'un «abracadabra juridique».

2 -2 La notion d'entité économique

2-2-1 Identification d'une activité économique

2 -2 -1-1 Un ensemble organisé de moyens :

Moyens humains (personnel spécialement affecté – Polyvalents – encadrement)

Éléments corporels et/ou incorporels

Stabilité de l'entité

2-2-1-2 Autonomie de l'entité :

(Condition posée par la Cour de Cassation)

opérations d'externalisation dans ou hors d'un groupe,

autonomie économique et institutionnelle,

peu importe que l'activité soit essentielle ou accessoire.

2-3 La notion de transfert

2-3-1 Existence d'un transfert

2-3-2 La pérennité de l'entité

stabilité,

existence d'un transfert réel,

la personnalité du repreneur

transfert privé-public

2-3-3 Indifférence des modalités juridiques du transfert

absence d'un lien de droit entre cédant et cessionnaire,

un élément essentiel: l'évènement doit faire perdre au cédant la qualité d'employeur, lequel n'a pas le choix de ne pas se séparer des salariés (notamment en cas de perte de marché)

2-3-4 Le cas des entreprises en difficulté

cas de la liquidation judiciaire

Application volontaire de l'article L 122.12

3°) Le sort des contrats de travail

3-1 Les effets de L 122.12

Transfert aux mêmes conditions et modification par le nouvel employeur

La situation des entreprises en difficulté

Le transfert des dettes – L 122.12.1

3-2 Les sanctions de la violation de L 122.12

Transferts frauduleux

Licenciements sans effets

3-3 Droit d'opposition du salarié?

Atteinte à la dignité du salarié et droit de maintien au service du cédant ?

Conséquences