

5. *Droit social*

Chronique dirigée par **Serge FARNOCCHIA**, Maître de conférences en droit privé à l'Université de La Réunion

Avec la collaboration de **Victor MARGERIN**, Docteur en droit privé de l'Université de La Réunion

Contrat de travail – Reprise – Porte-fort – Consentement

Conseil des Prud'hommes de Saint-Denis de La Réunion, Ord. 13 janvier 2015, *Mouniama et a. c/ Hino SARL, Association Saint François d'Assises, et AGS centre Ouest*, RG n° 14/00185

Victor MARGERIN

À la suite d'une procédure d'appel d'offres relative à un marché de prestations de services pour le nettoyage des locaux d'une structure médico-sociale, la société entrante se voit attribuer ledit marché par notification en date du 5 septembre 2014. Le dossier de consultation du présent marché comporte en son règlement de consultation ainsi qu'en son cahier des clauses particulières, une clause sociale portant sur la reprise du personnel de l'ancien attributaire affecté audit marché « *conformément à l'article L. 1224-1 du Code de travail* ».

Il est à noter que la notification et l'acte d'engagement prévoient, en raison de l'introduction d'un recours par la société sortante, entreprise sortante et anciennement titulaire d'un contrat de droit privé, une date de prise d'effet du nouveau marché au 1^{er} octobre 2014.

Toutefois, il apparaît à compter du 1^{er} septembre 2014 que les salariés de la société sortante sont réputés avoir quitté l'entreprise en raison d'une reprise de leur contrat de travail par la société entrante, ce que conteste cette dernière. Les salariés se trouvent donc au 1^{er} septembre 2014 jusqu'au 16 octobre 2014, date à laquelle la société entrante les a embauchés sans reprise de leur ancienneté ni de leurs avantages acquis, dans un conflit négatif où ni la société entrante ni la société sortante ne se reconnaissent leur employeur.

Face au non-versement des salaires, lesdits salariés décident d'ester en référé près le Conseil de Prud'hommes pour obtenir le versement de leurs salaires depuis le mois de septembre ainsi que de voir reconnu le transfert des contrats de travail au sens de l'article L. 1224-1 du Code du travail. À cette fin, l'entreprise cédante, l'entreprise sortante et le pouvoir adjudicateur sont appelés en cause.

Le juge des référés se déclare incompétent pour se prononcer sur l'existence ou non d'une reprise des contrats de travail au sens de l'article L. 1224-1 du Code du travail.

Néanmoins, et c'est bien là la grande surprise de cette ordonnance, la juridiction condamne le pouvoir adjudicateur au paiement des salaires sur la base du contrat commercial conclu avec l'entreprise sortante, lequel prévoyait notamment l'obligation du centre médico-social « *de faire reprendre par son successeur, le personnel concerné [...]. En cas d'absence de successeur, le CLIENT s'engage à reprendre le personnel dans les mêmes conditions à son propre service* ».

Dès lors plusieurs éléments d'appréciation semblent avoir été omis et occultés par le juge des référés. Entre irrégularité de la clause de reprise et renversement de la charge de la preuve, en quoi la condamnation de la structure médico-sociale est-elle contestable ?

L'opposabilité du contrat commercial est non seulement éminemment contestable dans ses propres dispositions (I), mais également en raison d'un successeur attitré dans l'exécution des prestations de nettoyage (II).

I.- L'irrégularité de la promesse de porte-fort en matière de reprise des contrats de travail

La condamnation du pouvoir adjudicateur, structure médico-sociale, est intervenue sans réelle prise en compte de la spécificité du sujet et de ses contours. Il aurait en effet été opportun d'analyser la qualification de la clause du contrat commercial prévoyant la reprise des contrats de travail (A), afin de la déclarer irrégulière en raison de l'absence de prise en compte du consentement des salariés, pourtant impératifs (B).

A.- La qualification de la clause de reprise des contrats de travail en une promesse de porte-fort

Prévue à l'article 1120 du Code civil, la promesse de porte-fort consiste en ce qu'une partie s'engage envers l'autre à ce qu'un tiers s'engage envers cette dernière à une obligation de faire¹.

En l'espèce, le contrat commercial liant la structure médico-sociale au prestataire de service prévoyait expressément une telle promesse : « *En tout état de cause, le client s'engage à faire reprendre par son successeur, le personnel concerné [...]. En cas d'absence de successeur, le CLIENT s'engage à reprendre le personnel dans les mêmes conditions à son propre service* ».

¹ Com. 18 juin 2013 : *Bull. civ.* IV, no 105 ; *D.* 2013. 1621, obs. DELPECH ; *ibid.* 2561, note PELLIER ; *RTD civ.* 2013. 653, obs. CROCQ ; *ibid.* 842, obs. BARBIER ; *JCP* 2013, n° 960, note MÉGRET.

La structure s'est donc engagée envers son prestataire à faire reprendre les salariés affectés par elle à ce marché, par son successeur. L'obligation, telle que rédigée dans ledit contrat, ne laisse aucun doute quant à sa nature, qui est effectivement une obligation de résultat.

Trois conditions sont réunies pour retenir la qualification de la promesse de porte-fort : tout d'abord, l'engagement unilatéral¹ de la structure médico-sociale envers son cocontractant. De plus, il convient de relever l'engagement de cette structure à remplir elle-même cette obligation en cas de défaillance du tiers². Cet engagement, que ne saurait subir l'entreprise sortante, même en cas de défaillance du tiers, s'analyse clairement en une obligation de résultat³, dernière caractéristique de la promesse de porte-fort.

La qualification de la clause de reprise des contrats de travail en une promesse de porte-fort n'étant clairement pas contestable, il convient de s'attarder sur sa régularité au vu de son objet.

B.- L'irrégularité de la clause de reprise du fait de l'absence de consentement des salariés

La promesse de porte-fort vise à faire reprendre les salariés de l'entreprise prestataire affectés sur ce marché, par le successeur de celle-ci. Cette clause ne trouve à s'appliquer qu'en l'absence de transfert légal et de transfert conventionnel. Elle doit donc pour être valide respecter les conditions du transfert volontaire, au premier rang desquelles figure le consentement exprès du salarié.

En effet, la jurisprudence reconnaît « *qu'en cas d'application volontaire de l'article L. 122-12, le transfert du contrat de travail d'un salarié d'une entreprise à une autre constitue une modification de son contrat de travail qui ne peut intervenir sans son accord exprès, lequel ne peut résulter de la seule poursuite du travail* »⁴.

¹ Civ. 1^{re}, 25 janv. 2005 : *Bull. civ. I*, n° 43 ; *D.* 2005. *IR* 387 ; *JCP* 2006. II. 10021, note SIMLER ; *Deffrénois* 2005. 908, obs. J. HONORAT ; *CCC* 2005, no 81, note LEVENEUR ; *RTD civ.* 2005. 391, obs. MESTRE ET FAGES.

² Com. 18 déc. 2007 : *JCP* 2008. 1. 152, n° 13, obs. SIMLER ; *Banque et droit* 2008/118, p. 43, note RONTCHEVSKY ET JACOB ; Com. 13 déc. 2005 : *Bull. civ. IV*, no 256 ; *R.*, p. 359 ; *D.* 2006. *AJ* 298, obs. DELPECH ; *ibid.* PAN. 2856, obs. CROCQ ; *JCP* 2006. II. 10021, note SIMLER ; *JCP E* 2006. 1342, note GROSSER ; *Deffrénois* 2006. 414, note SAVAUX ; *CCC* 2006, no 63, note LEVENEUR ; *LPA* 24 avr. 2006, note PRIGENT ; *RLDC* 2006/26, no 1096, note RIASSETTO ; *Banque et Droit*, mars-avr. 2006, p. 60, obs. RONTCHEVSKY ; *RTD civ.* 2006. 305, obs. MESTRE ET FAGES. – ARLIE, *D.* 2006. *Chron.* 2244.

³ Com. 1^{er} avr. 2014 : *D.* 2014. 1185, note DONDERO ; *ibid.* 1610, obs. CROCQ ; *AJCA* 2014. 128, obs. PICOD ; *Rev. sociétés* 2014. 558, note MASSART ; *RTD com.* 2014. 309, obs. SAINTOURENS ; *JCP* 2014, no 752, obs. DAGORNE-LABBE ; *CCC* 2014, n° 150, obs. LEVENEUR.

⁴ Cass. Soc., 10 octobre 2006 : *RDT* 2006. 391, obs. WAQUET ; *D.* 2006. *IR* 2691, *RJS* 2006. 34, n° 13 ; *JS Lamy* 2006, n° 200-6 ; *Sem. Soc. Lamy* 2006, n° 1279, p.10.

La promesse de porte-fort est en cela irrégulière, car à aucun elle ne requiert le consentement du salarié, pourtant indispensable. En outre, et en dépit de la récente réforme du droit des obligations, l'accord anticipé du salarié à la reprise de son contrat ne saurait être recevable en droit du travail : « *un salarié ne peut accepter par avance un changement d'employeur* »¹.

L'irrégularité de la promesse de porte fort est ici manifeste en ce qu'elle confère non seulement au tiers, mais également au créancier du porté fort, plus de droits qu'ils n'en ont réellement.

A contrario, la promesse de porte-fort aurait été régulière si elle avait requis le consentement des salariés au moment du transfert.

II.- Une condamnation critiquable de la structure médico-sociale

En ne remarquant pas l'irrégularité de la promesse de porte-fort, le juge des référés décide de condamner la structure médico-sociale (A) pour des faits qui sont pourtant interprétés par la jurisprudence comme imputables à l'ancien prestataire (B).

A.- L'improbable mise en cause de la structure médico-sociale

La condamnation de la structure médico-sociale est improbable en ce qu'elle pourrait se voir justifiée en faits (1), tout en étant critiquable en droit (2).

1/ Une décision justifiable en fait

Le juge des référés prononce la condamnation de la structure médico-sociale au vu de la clause de reprise du contrat commercial conclu entre elle et la société sortante. Le Conseil s'étant déclaré incompétent pour statuer sur l'application ou non de l'article L. 1224-1 du Code du travail, la mesure ne peut donc être rendue qu'en considération de l'évidence des faits.

Or, il convient ici de faire deux constats.

Tout d'abord, il appartenait à la structure médico-sociale de prévoir la reprise des contrats de travail de l'ancien prestataire par son successeur. Cela résultait effectivement du contrat commercial.

¹ Cass. Soc., 23 sept. 2009, n° 07-44.200, *Bull. civ.* V, n° 191 ; *D.* 2009. 2351, obs. S. MAILLARD ; *ibid.* 2010. 672, obs. O. LECLERC, E. PESKINE, J. PORTA, L. CAMAJI, A. FABRE, I. ODOUL ASOREY, T. PASQUIER ET G. BORENFREUND ; *RDT* 2009. 647, obs. G. AUZERO ; Cass. Soc., 19 mai 2016, n° 14-26.556 ; *D.* 2016. 1144.

Ensuite, la structure médico-sociale a fait le choix de nommer un nouveau prestataire non plus par le biais d'un marché privé, mais à la suite d'une procédure de marché public. Dès lors, cette dernière se devait effectivement de respecter toutes les obligations liées à ce type de procédure et notamment celle de s'assurer de la reprise des contrats de travail par le nouveau prestataire.

Il appartenait alors à la structure, en cas de doutes sur l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail ou sur l'application d'une même convention collective prévoyant une reprise conventionnelle, de prévoir une reprise volontaire. Cette dernière se manifeste soit par la conclusion d'un accord tripartite, soit par l'insertion d'une clause de reprise dans le cahier des charges, laquelle aurait fait état de tous les éléments essentiels relatifs à la masse salariale¹.

La conclusion d'un tel accord entre les parties ou l'insertion d'une clause de reprise communiquant tous les éléments nécessaires auraient été immédiatement relevée par le juge des référés, saisi par l'évidence.

En ne procédant pas de la sorte, la structure médico-sociale a en effet méconnu non seulement ses obligations découlant du contrat commercial, ainsi que celles d'égalité de traitement des candidats à la commande publique. Sur ce moyen, la condamnation peut paraître justifiée.

2/ Une décision critiquable en droit

Ainsi que le rappelle le juge des référés, *« outre le fait qu'en vertu de l'article 1315 du Code civil, "celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement, ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation", l'employeur est tenu par les dispositions de l'article L3243-1 du Code du travail d'établir une pièce justificative dite bulletin de paie lors du paiement du salaire »*.

Cependant, l'irrégularité de la promesse de porte-fort constatée ci-avant semble bousculer la charge de la preuve telle qu'envisagée par le juge des référés qui la fait reposer sur la structure médico-sociale.

¹ *« La masse salariale est un élément essentiel du marché de nettoyage »* (CE, 6 juin 1997, *SA Sté industrielle de nettoyage*, req. n° 129437) ; afin de permettre une parfaite égalité de traitement des candidats à la commande publique, les documents du marché doivent communiquer tous *« les éléments essentiels et nécessaires à la présentation d'une offre satisfaisante ; les informations privilégiées, seules détenues par le cédant »* que sont notamment *« le nombre de salariés à reprendre et non leur équivalent temps plein, la nature des contrats de ces derniers, les avantages acquis du personnel, leur expérience, leur ancienneté ainsi que leur qualification »* (TA Paris, 29 juin 2009, *Sté Perfect Nettoyage*, req. n° 0909822/6-1 ; CE, 19 janvier 2011, *Sté TEP – Technique d'Environnement et de Propreté*, req. n° 340773). Il en est de même lorsque ces éléments ne sont pas communiqués au stade de l'élaboration des offres par les soumissionnaires, mais divulgués à un stade postérieur à la signature du marché (CE, 16 mars 2011, *Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre ouest seine et Marnais*, req. n° 344329).

En effet, la promesse de porte-fort étant irrégulière en l'espèce tant par son objet que par sa forme, en aucun cas la structure médico-sociale n'aurait dû être considérée comme étant l'employeur des salariés de l'ancien prestataire à compter du 1^{er} septembre 2014. Qui plus est au visa de l'article 1315 du Code civil susvisé.

Ce n'est, et ce à aucun moment, la structure qui se considère libérée de ses obligations, pour la simple raison qu'elle n'est qu'un tiers pour les salariés. À aucun moment après la fin du contrat commercial cette dernière ne s'est engagée dans une quelconque relation de travail envers eux. C'est d'ailleurs cette absence de lien envers les salariés que la structure a mis en avant.

La condamnation au versement des salaires non payés à compter du 01^{er} septembre ne peut donc concerner que l'entreprise entrante et l'entreprise sortante. En outre, cette absence de maintien du contrat de travail présente également une véritable problématique que le juge des référés aurait dû relever en tant qu'atteinte aux droits des salariés.

B.- Une décision à contre-courant de la jurisprudence

La mise hors de cause de la structure médico-sociale impose donc au juge des référés statuant sur l'imputabilité du non-paiement du salaire des demandeurs, de déterminer la responsabilité de l'ancien prestataire ou du nouveau.

Comme le relève le Conseil, *« au terme du contrat résilié avec la SAS SO PRESTILES Océan Indien avec effet au 31 août 2014, l'ASF A ne rapporte pas qu'il y ait eu reprise d'activité par un quelconque successeur, celle-ci intervenant par effet de la notification du 5 septembre 2014 avec prise d'effet qu'au 1^{er} octobre 2014 par la SARL HINO NETTOYAGE »*.

Il apparaît donc qu'au lendemain de la rupture du contrat jusqu'au 1^{er} octobre, les salariés n'ont pas été repris, ni même, encore plus surprenant, maintenus chez leur employeur.

En effet, la Chambre sociale de la Cour de cassation retient dans sa jurisprudence¹ qu'il appartient au dernier employeur de conserver ces salariés dans l'attente d'une éventuelle reprise, ou même en l'absence de celle-ci si les conditions de transfert ne sont pas réunies. Le professeur Morvan retient sur cette question que *« l'employeur, qu'il ait la qualité de cessionnaire ou de cédant, qui refuse de conserver à son service le salarié, respectivement transféré par l'effet de l'article L. 1224-1 c. trav. ou non transféré en raison de la défaillance des conditions d'application de ce texte, rompt à cet instant le contrat de travail. Si cette rupture s'analyse en un licenciement imputable à celui qui en a pris tacitement l'initiative, elle interdit aussi au salarié de réclamer la poursuite de l'exécution du contrat et, partant, de solliciter sa réintégration ou l'indemnisation*

¹ Cass. Soc., 13 novembre 2008 : JCP S 2009, 1055, note Ph. COURSIER.

afférente. La rupture est définitivement consommée par l'attitude de l'employeur qui s'est abstenu de fournir du travail à son salarié ».

Il apparaît donc que l'absence de conservation des salariés par l'ancien employeur s'analyse comme une rupture du contrat de travail lui étant imputable.

Cette solution semble confirmée par cinq arrêts¹ du 11 septembre 2014. La Cour d'appel de Paris statuant sur le fond, rappelle la décision² des juges des référés de première instance et d'appel, lesquels ayant effectivement déclaré leur incompétence à juger de la reconnaissance d'un transfert au sens de l'article L. 1224-1 du Code du travail ont ordonné et confirmé la poursuite du contrat de travail chez le prestataire sortant jusqu'à ce que soit rendu le jugement sur le fond.

¹ CA Paris, Pôle 6 – Chambre 5, 11 septembre 2014, RG n° 12-05571 ; n° 12-05579 ; n° 12-0581 ; n° 12-06048 ; n° 12-11846 et n° 11848.

² CA Paris, Pôle 6 – Chambre 2, 15 décembre 2011, RG n° 11-02309 et s. ; CPH Melun, 24 février 2011, n° 11-02309 et s.