



**COUR DE CASSATION**

**RAPPORT DE M. LE MASNE DE CHERMONT  
et M. LE CORRE,  
CONSEILLERS RÉFÉRENDAIRES**

**Arrêt n° 2209 du 20 décembre 2023 (B) – Chambre sociale**

**Pourvois n° 21-18.146 à 21-18.155**

**Décision attaquée : Cour d'appel de Paris du 16 décembre 2020**

**Compagnia Aerea Italiana Spa  
C/  
Mme [VN] [V]**

---

## Rapport commun aux pourvois n° G2118146 à T2118155

### 1 - Rappel des faits et de la procédure

Mme [V] a été engagée par la société de droit italien Alitalia-Linee Aerea Italiana SpA (la société Alitalia) à compter du 28 mars 2001.

Mme [Z] a été engagée par la société Alitalia, à compter du 17 juin 1991 en qualité de technicien d'escale.

Mme [X] [C] a été engagée par la société Alitalia en qualité de technicien d'escale. Les pièces produites justifient d'une relation de travail à compter du 1er octobre 1985.

Mme [[S] [A] a été engagée par la société Alitalia à compter du 17 septembre 1973 en qualité de chef de comptabilité générale.

Mme [T] [N] [I] a été engagée par la société Alitalia à compter du 4 août 1997 en qualité d'agent administratif.

Mme [B] [P] a été engagée par la société Alitalia à compter du 1er novembre 1976 en qualité d'agent d'escale.

Mme [U] [F] a été engagée par la société Alitalia à compter du 25 mars 1985 en qualité d'assistant support back office.

M. [TU] [O] a été engagé par la société Alitalia à compter du avril 1994 en qualité de technicien d'escale.

Mme [L] [G] a été engagée par la société Alitalia à compter du 22 mai 1989 en qualité de technicien d'escale.

Mme [L] [IB] [Y] a été engagée par la société Alitalia à compter du 1er septembre 1994 en qualité d'agent d'escale.

Ces salariés ont en commun d'avoir exercé leur emploi au sein d'une succursale française de cette société.

La société Alitalia a été placée sous administration extraordinaire (« *Amministrazione straordinaria* ») le 29 août 2008 et M. [P] nommé commissaire extraordinaire afin d'assurer la gestion de l'entreprise et l'administration des biens de la société.

Par jugement du 5 septembre 2008, le tribunal ordinaire de Rome a déclaré la cessation de paiement de la société Alitalia.

Le 22 septembre 2008, le commissaire extraordinaire a lancé un appel à manifestation d'intérêt pour la reprise de la totalité des actifs du groupe Alitalia.

Le 31 octobre 2008, la société Compagnia Aerea Italiana SpA (la société CAI) a présenté une offre ferme pour le rachat de certains actifs relatifs à l'activité de transport aérien de passagers de la société Alitalia.

Le 19 novembre 2008, le plan de cession a été approuvé et le commissaire extraordinaire autorisé à accepter ladite offre.

Le 12 décembre 2008, a été conclu un acte de cession, produisant effet le 12 janvier 2009, par lequel la société CAI a procédé à l'acquisition de certains actifs (avions et autres biens matériels, droits de propriété intellectuelle, créneaux horaires et droits de trafic, stocks dormants et participation, certains contrats).

Les salariés ont été licenciés pour motif économique par lettre du 9 janvier 2009.

Contestant ce licenciement, les salariés ont saisi le conseil de prud'hommes de Paris, par requêtes du 4 juin 2009, de diverses demandes formées contre les sociétés Alitalia, CAI, Air France et Air France-KLM.

Par jugements du 26 avril 2013, cette juridiction, statuant en formation de départage, a prononcé la mise hors de cause des sociétés Air France et Air France-KLM et débouté les salariés de leurs demandes.

Les salariés ont interjeté appel du jugement par acte du 21 juin 2013.

Par ordonnances du 5 mars 2019, la cour d'appel de Paris a constaté le désistement partiel de ceux-ci en ce que leur appel était dirigé contre les sociétés Air France et Air France-KLM.

Par arrêts du 16 décembre 2020, cette juridiction a infirmé les jugements en toutes leurs dispositions et, statuant à nouveau, a condamné la société CAI à payer à chacun des salariés une somme à titre de dommages et intérêts pour rupture abusive de la relation de travail avec intérêts au taux légal à compter de cette décision, fixé, pour certains des salariés, des créances, au titre de l'indemnité conventionnelle de licenciement et du remboursement de frais d'agence, au passif de la procédure d'insolvabilité de la société Alitalia, représentée par M. [P] en sa qualité de commissaire extraordinaire, et rappelé que l'Unedic délégation AGS Faillite Transnationale devait sa garantie dans les limites légales.

Y ajoutant, elle a condamné la société CAI et M. [P], es qualité, aux dépens ainsi que ladite société au paiement d'une certaine somme au titre de l'article 700 du code de procédure civile et débouté la même société de ses demandes présentées au titre des frais irrépétibles.

La société CAI a formé un pourvoi contre cet arrêt le 15 juin 2021.

Dans son mémoire en demande elle a sollicité, à titre subsidiaire, que soit posée à la Cour de justice de l'Union européenne une question préjudicielle rédigée en ces termes :

*« Les articles 4, 10, 16 et 17 du règlement 1346/2000 du conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité doivent-ils être interprétés en ce sens que, lorsqu'une entreprise située sur le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne qui dispose d'un établissement dans un autre*

*Etat membre a fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité, au sens de ce règlement, le juge doit appliquer la loi de l'Etat d'ouverture pour déterminer si la cession d'éléments d'actif emporte ou non cession d'une entité économique autonome au sens de la directive 2001/23/CE du conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, de sorte que l'article 10 du règlement ne désigne la loi du contrat de travail que pour déterminer les effets de ce transfert ou de l'absence de transfert sur chacun des contrats des salariés concernés ? »*

pourvoi : 15 juin 2021

MA : 15 décembre 2021 (demande art. 700 CPC : 3 000 euros)

MD : 11 février 2022 (demande art. 700 CPC : 1 000 euros/salarié)

## **2 - Analyse succincte des moyens**

### 2.1 Premier moyen :

La société CAI fait grief aux arrêts de la condamner à payer aux dix salariés des dommages et intérêts pour rupture abusive de la relation de travail, avec intérêts au taux légal à compter de ces décisions, alors :

*« que, en vertu de l'article 4 du règlement 1346/2000 du conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, la loi applicable à la procédure d'insolvabilité et ses effets est, sauf dispositions contraires du règlement, celle de l'Etat membre sur le territoire duquel la procédure est ouverte ; qu'aux termes du paragraphe 2 de l'article 4 précité, la loi de l'Etat d'ouverture détermine notamment « les effets de la procédure d'insolvabilité sur les contrats en cours auxquels le débiteur est partie » ; qu'eu égard à la portée universelle de la procédure d'insolvabilité, c'est par application de la loi de l'Etat d'ouverture que l'organe de la procédure doit déterminer si les acquéreurs d'éléments d'actif seront ou non tenus de reprendre les contrats de travail éventuellement situés à l'étranger, sauf à ce qu'une procédure secondaire ait été ouverte dans un pays tiers ; que les dispositions de l'article 10 du règlement précisant que « les effets de la procédure d'insolvabilité sur un contrat de travail et sur le rapport de travail sont régis exclusivement par la loi de l'Etat membre applicable au contrat de travail » ont pour seul objet de désigner la loi applicable aux conséquences, pour chaque salarié concerné, de l'existence ou de l'absence de transfert de contrat de travail telle qu'elle résulte de l'application de la loi de l'Etat d'ouverture de la procédure d'insolvabilité ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que la société LAI avait été placée en raison de son insolvabilité en procédure dite « amministrazione straordinaria » (administration extraordinaire des grandes entreprises publiques) équivalant à une procédure de liquidation judiciaire (arrêt attaqué p. 5, in fine) et qu'il résultait du décret-loi italien n° 270 du 8 juillet 1999 que « les opérations de cession de biens, d'entreprise ou de parties d'entreprise à l'occasion d'une procédure d'administration extraordinaire ne constituent pas un transfert d'entreprise ou d'entité économique autonome au sens de l'article 2112 du code civil italien (...) » ; **qu'en affirmant néanmoins que « l'article 10 du règlement communautaire n° 1346/2000 du 29 mai 2000, les effets de la procédure d'insolvabilité sur un contrat de travail et sur le rapport de travail sont régis exclusivement par la loi de l'Etat applicable à ce contrat », et en décidant en conséquence que les conditions d'un éventuel transfert des contrats de travail devaient être examinées au regard de la loi française à l'exclusion des dispositions légales italiennes de la procédure qui écartent tout transfert des contrats de travail à l'occasion de la procédure de liquidation de la société Alitalia, la cour d'appel a violé les articles 4, 10, 16 et 17 du règlement 1346/2000 du conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité. »***

### 2.2 Deuxième moyen :

La société CAI fait le même grief aux arrêts, alors :

*« que, aux termes de l'article 5 §1 de la directive 2001/23/CE du conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, les articles 3 et 4 relatifs au 'maintien des droits des travailleurs' ne s'appliquent pas, en principe, au transfert d'une entreprise, d'un*

**établissement ou d'une partie d'entreprise ou partie d'établissement lorsque le cédant fait l'objet d'une procédure de faillite ou d'une procédure d'insolvabilité analogue ouverte en vue de la liquidation de ses biens et se trouvant sous le contrôle d'une autorité publique compétente ; qu'il n'en va autrement que 'si les Etats membres en disposent autrement', c'est-à-dire si une disposition légale expresse prévoit le transfert des contrats de travail ; que si les dispositions L. 642-1 à L. 642-7 du code de commerce prévoient que la cessation totale ou partielle de l'entreprise par le tribunal a pour but d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome et de 'tout ou partie des emplois qui y sont attachés (...)', l'acquéreur candidat devant au demeurant définir ses engagements en termes d'emplois, il en va autrement de la cession isolée d'actifs par le juge-commissaire régie par les articles L. 642-18 à L. 642-21 du code de commerce qui ne formulent aucun objectif de maintien de l'emploi ni a fortiori aucun engagement des acquéreurs de tels actifs en termes d'emplois ; qu'il en résulte, à défaut de disposition contraire, que l'article L. 1224-1 du code du travail ne trouve pas à s'appliquer dans l'hypothèse d'une cession isolée d'actifs prononcée par le juge-commissaire dans le cadre d'une procédure de liquidation des actifs ; qu'en affirmant que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne réservait la 'faculté des Etats membres' d'appliquer les principes de la directive 'transfert' dans le cadre d'une faillite, pour en déduire que 'l'article L. 1224-1 du code du travail, interprété à la lumière de la directive n° 2001/23/CE du 12 mars 2001 est donc susceptible d'être appliqué à l'espèce', cependant qu'aucune disposition de droit interne ne prévoit une dérogation au principe d'exclusion des garanties de la directive 'transfert' dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire emportant simple cession d'éléments d'actif sans cession de l'entreprise, la cour d'appel a violé les articles L. 1224-1 et L. 1224-2 du code du travail, ensemble l'article 5 §1 de la directive 2001/23/CE du conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, les articles L. 642-18 à L. 642-21 du code de commerce. »**

### 2.3 Troisième moyen :

La société CAI fait le même grief aux arrêts, alors :

« 1°/ que l'article L. 1224-1 du code du travail, interprété à la lumière de la directive n° 2001/23/CE du 12 mars 2001, s'applique en cas de transfert d'une entité économique autonome qui conserve son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise ; qu'une entité économique tenant à l'exploitation d'une activité de transport aérien perd son identité lorsque le repreneur abandonne une partie substantielle de la flotte du cédant, met en place une organisation différente des plateformes de vols le positionnant sur un marché différent, abandonne une part importante des activités exploités par le cédant, propose des services substantiellement différents et dispose de ses propres licences de vol ; qu'en l'espèce, la société CAI faisait valoir qu'elle n'avait pas repris l'activité de transport de marchandises et maintenance, qu'elle avait par ailleurs abandonné un certain nombre d'activités accessoires liées au transport de personnes antérieurement exercées par la LAI (billetterie, customer care, support administratif en escale, manutention et entretien des avions, service paye, service à bord, nettoyage à bord, marketing, cargo et entrepôt des marchandises, service après-vente), l'offre de services proposée par elle était profondément différente, qu'elle n'avait repris qu'une partie des avions et avait substantiellement modernisé et diversifié la flotte aérienne, qu'elle n'exploitait plus que deux escales en France sur les quatre précédentes, que le système d'exploitation antérieur axé sur les vols continentaux était remplacé par un système multi-hub européen articulé autour de plateformes de correspondances et de 'bases opératives', qu'elle disposait de ses propres licences de vol et qu'elle n'avait jamais utilisé les licences de vol de la société LAI ; qu'elle ajoutait que ce positionnement entièrement nouveau s'accompagnait de conditions sociales différentes (salaires inférieurs de 15 % à 20 %, absence d'accord collectif d'entreprise, nombre plus réduit de salariés sous statut cadre), ce qui corroborait le changement radical de l'entité et de son positionnement sur le marché ; qu'en se bornant à relever, pour admettre l'application de l'article L. 1224-1 du code du travail, que la société CAI avait acquis des biens (avions, installations diverses, automobiles et autres biens meubles), des droits de propriété intellectuelle et des systèmes informatiques, des logiciels et du matériel, des savoir-faire, des slots et droits de trafic (droits de nature commerciale distincts de la licence d'autorisation qui n'était pas transmise), des contrats et rapports juridiques, qu'elle avait repris 17 salariés et qu'elle avait pris contact avec des prestataires de la succursale avant la prise d'effet de la cession pour leur proposer la 'poursuite d'une relation dans un nouveau cadre contractuel', tous éléments visant à assurer 'fût-ce dans un cadre organisationnel différent la continuité de l'activité des vols commerciaux assurés jusqu'alors par la succursale française de LAI' (arrêt attaqué p. 11), **sans s'interroger sur le point de savoir si l'organisation substantiellement différente de l'activité ne**

***s'accompagnait pas d'un renouvellement substantiel de la flotte, d'un abandon d'importantes activités, d'un repositionnement de l'activité sur un marché différent avec des conditions sociales radicalement différentes et des licences de vol spécifiques, tous éléments exclusifs d'une continuité de l'activité, comme la Commission européenne l'avait elle-même constaté, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1224-1 du code du travail interprété à la lumière de la directive n° 2001/23/CE du 12 mars 2001 ;***

*2°/ que la seule poursuite d'une activité de transport aérien n'implique pas le maintien d'une entité économique lorsqu'elle s'accompagne d'un changement de mode d'exploitation et d'un changement de positionnement sur le marché exclusif d'une reprise de la clientèle ; qu'en se bornant à relever que le transfert de certains éléments d'exploitation et contrats lors de la cession d'actifs poursuivait l'objectif de garantir un 'service de transports aérien ininterrompu' et d'assurer ainsi 'la continuité de l'activité des vols commerciaux' (arrêt attaqué p. 11), lorsqu'elle devait rechercher si la poursuite de l'activité de transport aérien ne s'effectuait pas comme le soutenait l'exposante dans des conditions telles qu'elles exclueraient toute reprise de la clientèle, la cour d'appel a statué par un motif inopérant et privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1224-1 du code du travail. »*

### **3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger**

Détermination de la loi applicable en matière de transfert de contrat de travail dans le contexte d'une procédure d'insolvabilité ouverte en Italie.

Applicabilité de l'article L.1224-1 du code du travail aux cessions d'actifs, ne relevant pas d'une cession de l'entreprise, ordonnées dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire.

Caractérisation du transfert d'une entité économique autonome.

### **4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine**

#### **4.1 Premier moyen**

Le premier moyen pose la question de l'applicabilité des dispositions de droit français relatives au transfert des contrats de travail dans le contexte d'une procédure d'insolvabilité ouverte en Italie.

##### *4.11 Le droit applicable*

Eu égard aux dates de conclusion du contrat de travail, le 28 mars 2001, de saisine de la juridiction prud'homale, le 4 juin 2009, et d'ouverture de la procédure de sauvegarde extraordinaire, sont susceptibles de s'appliquer aux faits de l'espèce :

- la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, signée à Rome le 19 juin 1980 (la convention de Rome),

- le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale,

- le règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil, du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité.

Le champ d'application du règlement n° 44/2001 est défini à son article 1<sup>er</sup> qui prévoit :

L'article 1<sup>er</sup>, paragraphes 1 et 2, du règlement n° 44/2001 prévoit :

« 1. Le présent règlement s'applique en matière civile et commerciale et quelle que soit la nature de la juridiction. Il ne recouvre notamment pas les matières fiscales, douanières ou administratives.

2. Sont exclus de son application:

[...]

**b) les faillites, concordats et autres procédures analogues;**

[...] »

Le champ d'application de la convention de Rome est ainsi circonscrit à son article 1<sup>er</sup> :

« 1. Les dispositions de la présente convention sont applicables, dans les situations comportant un conflit de lois, aux obligations contractuelles.

2 Elles ne s'appliquent pas :

[...]

e) aux questions relevant du droit des sociétés, associations et personnes morales, telles que la constitution, la capacité juridique, **le fonctionnement interne et la dissolution des sociétés, associations et personnes morales**, ainsi que la responsabilité personnelle légale des associés et des organes pour les dettes de la société, association ou personne morale ;

[...] »

L'article 1<sup>er</sup>, §1, du règlement n° 1346/2000 prévoit que ce règlement s'applique **aux procédures collectives fondées sur l'insolvabilité du débiteur** qui entraînent le dessaisissement partiel ou total de ce débiteur ainsi que la désignation d'un syndic.

L'article 2 de ce règlement dispose :

« Aux fins du présent règlement, on entend par :

a) **'procédure d'insolvabilité'** : les procédures collectives visées à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1. La liste de ces procédures figure à l'annexe A ;

[...]

b) **'procédure de liquidation'** : une **procédure d'insolvabilité** au sens du point a) qui entraîne la liquidation des biens du débiteur, y compris lorsque cette procédure est clôturée par un concordat ou une autre mesure mettant fin à l'insolvabilité, ou est clôturée en raison de l'insuffisance de l'actif. La liste de ces procédures figure à l'annexe B ;

[...] »

Figure aux annexes A et B de ce règlement, pour l'Italie, la procédure d'administration extraordinaire (« *amministrazione straordinaria* ») en cause.

**Dans le champ d'application précédemment défini**, ledit règlement fixe, en particulier, des règles de conflit de juridictions (article 3) et de lois (article 4).

Cet article 3, §1, dispose :

« Les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur sont compétentes pour ouvrir la procédure d'insolvabilité. Pour les sociétés et les personnes morales, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve contraire, être le lieu du siège statutaire. »

Aux termes de l'article 4 du même règlement, intitulé « *Loi applicable* » :

« **Sauf disposition contraire du présent règlement, la loi applicable à la procédure d'insolvabilité et à ses effets est celle de l'État membre sur le territoire duquel la procédure est ouverte, ci-après dénommé 'État d'ouverture'.**

**2. La loi de l'État d'ouverture détermine les conditions d'ouverture, le déroulement et la clôture de la procédure d'insolvabilité. Elle détermine notamment:**

- a) les débiteurs susceptibles de faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité du fait de leur qualité;
- b) les biens qui font l'objet du dessaisissement et le sort des biens acquis par le débiteur après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité;
- c) les pouvoirs respectifs du débiteur et du syndic;
- d) les conditions d'opposabilité d'une compensation;
- e) les effets de la procédure d'insolvabilité sur les contrats en cours auxquels le débiteur est partie;**
- f) les effets de la procédure d'insolvabilité sur les poursuites individuelles, à l'exception des instances en cours;
- g) les créances à produire au passif du débiteur et le sort des créances nées après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité;**
- h) les règles concernant la production, la vérification et l'admission des créances;
- i) les règles de distribution du produit de la réalisation des biens, le rang des créances et les droits des créanciers qui ont été partiellement désintéressés après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité en vertu d'un droit réel ou par l'effet d'une compensation;
- j) les conditions et les effets de la clôture de la procédure d'insolvabilité, notamment par concordat;
- k) les droits des créanciers après la clôture de la procédure d'insolvabilité;
- l) la charge des frais et des dépenses de la procédure d'insolvabilité;
- m) les règles relatives à la nullité, à l'annulation ou à l'inopposabilité des actes préjudiciables à l'ensemble des créanciers. »

Auxdites dispositions régissant le champ d'application du règlement n° 1346/2000 et prévoyant l'application de la loi l'État d'ouverture à la procédure d'insolvabilité et à ses effets, s'ajoute l'article 10 de ce règlement, intitulé « Contrat de travail », qui dispose que « **les effets de la procédure d'insolvabilité sur un contrat de**

**travail et sur le rapport de travail sont régis exclusivement par la loi de l'État membre applicable au contrat de travail ».**

L'article 6 de la convention de Rome définit en ces termes les règles permettant de déterminer, s'agissant des contrats individuels de travail, la loi qui leur est applicable :

« 1. Nonobstant les dispositions de l'article 3, dans le contrat de travail, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable, à défaut de choix, en vertu du paragraphe 2 du présent article.

2. Nonobstant les dispositions de l'article 4 et à défaut de choix exercé conformément à l'article 3, le contrat de travail est régi:

a) par la loi du pays où le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays

ou

b) si le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, par la loi du pays où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur,

à moins qu'il ne résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays, auquel cas la loi de cet autre pays est applicable. »

Il n'est pas discuté que la loi applicable aux contrats de travail des salariés est, en vertu de cette disposition, la loi française.

Par ailleurs, le moyen vise les articles 16 et 17 du règlement n° 1346/2000, **qui figurent dans le chapitre « Reconnaissance de la procédure d'insolvabilité »** et sont ainsi rédigés :

« Article 16

### **Principe**

1. Toute décision ouvrant une procédure d'insolvabilité prise par une juridiction d'un État membre compétente en vertu de l'article 3 est reconnue dans tous les autres États membres, dès qu'elle produit ses effets dans l'État d'ouverture.

Cette règle s'applique également lorsque le débiteur, du fait de sa qualité, n'est pas susceptible de faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité dans les autres États membres.

2. La reconnaissance d'une procédure visée à l'article 3, paragraphe 1, ne fait pas obstacle à l'ouverture d'une procédure visée à l'article 3, paragraphe 2, par une juridiction d'un autre État membre. Dans ce cas cette dernière procédure est une procédure secondaire d'insolvabilité au sens du chapitre III.

Article 17

### **Effets de la reconnaissance**

1. **La décision d'ouverture d'une procédure visée à l'article 3, paragraphe 1, produit, sans aucune autre formalité, dans tout autre État membre les effets que lui attribue la loi de l'État d'ouverture, sauf disposition contraire du présent règlement et aussi longtemps qu'aucune procédure visée à l'article 3, paragraphe 2, n'est ouverte dans cet autre État membre.**

2. Les effets d'une procédure visée à l'article 3, paragraphe 2, ne peuvent être contestés dans les autres États membres. Toute limitation des droits des créanciers, notamment un sursis des

*paiements ou une remise de dette résultant de cette procédure, ne peut être opposée, quant aux biens situés sur le territoire d'un autre État membre, qu'aux créanciers qui ont exprimé leur accord. »*

Aussi, le premier moyen soutient que, en vertu de l'article 4, §2, sous e), et des articles 16 et 17 du règlement n° 1346/2000, la poursuite des contrats de travail au titre d'un éventuel transfert dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité ouverte en Italie est régie par la loi de l'État d'ouverture, à savoir la loi italienne.

L'extension des effets produits par la procédure d'insolvabilité dans l'État membre d'ouverture s'opposerait, dès lors que la loi de cet État ne prévoit pas de possibilité de transfert dans le cadre d'une telle procédure, à l'application de la loi d'un autre États membre en ses dispositions qui régissent le transfert quand bien même cette loi est celle du contrat de travail des salariés intéressés.

La question de la détermination de la loi régissant le transfert dans le contexte d'une procédure d'insolvabilité, inhérente à la détermination du champ couvert par cette procédure au sens du règlement n° 1346/2000, précédant nécessairement celle de la détermination des effets de cette procédure dans les États membres autres que celui d'ouverture, l'examen du moyen demande, au préalable, que soit déterminé si entre, dans le champ d'application de l'article 4 de ce règlement, lu en combinaison avec l'article 10 de celui-ci, le droit au transfert du contrat de travail dans le contexte d'une procédure d'insolvabilité.

Faute de réponse positive à l'une ou à l'autre de ces deux questions, trouveraient à s'appliquer, en vertu dudit article 6 de la convention de Rome, les dispositions de droit français relatives au transfert.

#### *4.12 Le champ d'application du règlement n° 1346/2000 en matière de conflit de lois*

**S'agissant du champ d'application du règlement n° 1346/2000**, ce règlement en délimite étroitement l'étendue, au regard du principe de proportionnalité, en ne visant **que l'ouverture de procédures d'insolvabilité ainsi que la prise des décisions qui dérivent directement de la procédure d'insolvabilité et qui s'y insèrent étroitement**, ainsi que relevé à son considérant 6 :

*« Conformément au principe de proportionnalité, le présent règlement devrait se limiter à des dispositions qui règlent la compétence pour l'ouverture de procédures d'insolvabilité et la prise des décisions qui dérivent directement de la procédure d'insolvabilité et qui s'y insèrent étroitement. Le présent règlement devrait, en outre, contenir des dispositions relatives à la reconnaissance de ces décisions et au droit applicable, qui satisfont également à ce principe. »*

La Cour de justice des Communautés européennes, devenue Cour de justice de l'Union européenne, a d'abord eu à se prononcer sur le champ d'application du règlement n° 1346/2000 au regard de celui de la convention concernant la compétence judiciaire à l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, signée à Bruxelles le 27 septembre 1968 (la convention de Bruxelles), à laquelle s'est substitué, entre les États membres, le règlement n° 44/2001.

Après avoir retenu que les notions utilisées à l'article 1 de la convention de Bruxelles, excluant du champ d'application de cette convention « les faillites, concordats et autres procédures analogues », étaient autonomes, la CJCE a

considéré **qu'il faut, pour que les décisions se rapportant à une faillite soient exclues du champ d'application de la convention qu'elles dérivent directement de la faillite et s'insèrent étroitement dans le cadre d'une procédure de liquidation des biens ou de règlement judiciaire**, qui sont des procédures fondées sur l'état de cessation de paiement, l'insolvabilité ou l'ébranlement du crédit du débiteur impliquant une intervention de l'autorité judiciaire aboutissant à une liquidation forcée et collective des biens ou, à tout le moins, un contrôle de cette autorité (CJCE, 22 février 1979, **Gourdain**, 133/78, points 3 et 4).

**La CJCE a tenu pour déterminante** pour apprécier ces conditions d'exclusion, la circonstance que l'action en cause tire **son fondement juridique** uniquement des dispositions du droit de la faillite tel qu'interprété au regard de cette convention (CJCE, 22 février 1979, **Gourdain**, 133/78, points 4 et 6).

Dans l'arrêt **Seagon** (12 février 2009, C-339/07, points 18 à 23), la CJCE aligne sur ladite interprétation de la convention de Bruxelles, celle de l'article 3, §1, du règlement n° 1346/2000.

Ainsi, en considération du sixième considérant de ce règlement et du principe d'effet utile, cet article a été interprété en ce sens qu'il attribue une compétence internationale à l'État membre sur le territoire duquel a été ouverte la procédure d'insolvabilité pour connaître des actions qui dérivent directement de cette procédure et qui s'y insèrent étroitement (arrêt du 12 février 2009, **Seagon**, C-339/07, point 21).

Dans l'arrêt **SCT Industri** (2 juillet 2009, C-111/08, points 20 à 25), la CJCE, d'une part, affirme la continuité d'interprétation de la convention de Bruxelles et du règlement n° 44/2001 en faisant application de sa jurisprudence **Gourdain** pour interpréter l'article 1<sup>er</sup>, §2, sous b), du règlement n° 44/2001. D'autre part, elle retient que c'est **l'intensité du lien** existant, au sens de cette jurisprudence, entre une action juridictionnelle et la procédure d'insolvabilité **qui est déterminante** pour décider si l'exclusion énoncée à cette disposition trouve à s'appliquer (voir, également, **German Graphics Graphische Maschinen**, 10 septembre 2009, C-292/08, point 29 ; **F-Tex**, 19 avril 2012, C-213/10, point 23).

Dans l'arrêt **German Graphics Graphische Maschinen** (10 septembre 2009, C-292/08, points 22 à 25), la CJCE a précisé qu'il convenait de retenir **une conception large de la notion de « matière civile et commerciale » figurant à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, du règlement n° 44/2001**, et, par conséquent, un champ d'application large de ce dernier, cependant que **le champ d'application du règlement n° 1346/2000 ne devrait pas faire l'objet d'une interprétation large**.

L'articulation entre ces deux instruments a été précisée par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt du 19 avril 2012, **F-Tex** (C-213/10, point 29), selon lequel l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, sous b), du règlement n° 44/2001 n'exclut du champ d'application de ce règlement, qui, conformément à son septième considérant, a vocation à s'appliquer à l'ensemble de la matière civile et commerciale à l'exception de certaines matières bien définies, que les actions qui dérivent directement d'une procédure d'insolvabilité et qui s'y insèrent étroitement. Seules les actions qui dérivent directement d'une procédure d'insolvabilité et qui s'y insèrent étroitement relèvent du champ d'application du règlement n° 1346/2000.

Dès lors qu'une action n'entre pas dans le champ d'application de l'article 3, §1, du règlement n° 1346/2000, symétriquement, elle ne relève pas de la faillite au sens de l'article 1<sup>er</sup>, §2, sous b), du règlement n° 44/2001 (arrêt du 19 avril 2012, **F-Tex**, C-213/10, point 29).

La Cour de justice de l'Union européenne répète, avec régularité, depuis cet arrêt, que les règlements n° 1215/2012 et 1346/2000 doivent être interprétés de façon à éviter tout chevauchement entre les règles de droit que ces textes énoncent et tout vide juridique. Ainsi, les actions exclues, au titre de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, sous b), du règlement n° 1215/2012, du champ d'application de ce dernier, en tant qu'elles relèvent des « faillites, concordats et autres procédures analogues », relèvent du champ d'application du règlement n° 1346/2000. Symétriquement, les actions qui n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 1346/2000 relèvent du champ d'application du règlement n° 1215/2012 (voir, en ce sens, arrêt du 9 novembre 2017, **Tünkers France et Tünkers Maschinenbau**, C-641/16, point 17).

Dans son arrêt du 4 septembre 2014, **Nickel & Goldner Seditio** (C-157/13, points 26 et 27), rendu par une chambre à trois juges, explicitant à nouveau la jurisprudence Gourdain, la Cour de justice de l'Union européenne a exposé :

*« 26 Il ressort de cette jurisprudence que, dans son appréciation, la Cour a certes pris en considération le fait que les divers types d'actions dont elle a eu à connaître étaient exercés à l'occasion d'une procédure d'insolvabilité. Toutefois, elle **s'est surtout attachée à déterminer à chaque fois si l'action en cause trouvait son origine dans le droit des procédures d'insolvabilité ou dans d'autres règles.***

*27 Il s'ensuit que le critère déterminant retenu par la Cour pour identifier le domaine dont relève une action est **non pas le contexte procédural** dans lequel s'inscrit cette action, mais le fondement juridique de cette dernière. Selon cette approche, **il convient de rechercher si le droit ou l'obligation qui sert de base à l'action trouve sa source dans les règles communes du droit civil et commercial ou dans des règles dérogatoires, spécifiques aux procédures d'insolvabilité.** »*

Est ainsi identifiée comme déterminante la circonstance que, par essence, l'action en cause se rapporte au droit des procédures d'insolvabilité, le contexte procédural de celle-ci étant indifférent.

Toutefois, ces considérations ne sauraient être interprétées en ce sens que ne dérive pas directement d'une procédure d'insolvabilité, ou ne s'y insère pas étroitement, une action fondée sur une disposition dont l'application requiert non pas l'ouverture formelle d'une procédure d'insolvabilité, **mais bien l'insolvabilité matérielle du débiteur**, et donc sur une disposition qui, contrairement aux dispositions en cause dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt **Nickel & Goeldner Spedition**, **déroge aux règles communes du droit civil et commercial** (CJUE, arrêt du 4 décembre 2014, H, C-295/13, point 22).

Au regard de ces considérations, la Cour de justice de l'Union européenne a retenu que :

Sont exclus du champ d'application de la convention de Bruxelles ou du règlement n° 44/2001 et, symétriquement, inclus dans celui du règlement n° 1346/2000 :

- **l'action**, prévue par le droit français, **dite en comblement du passif social dirigée contre le gérant de fait d'une société** dans la mesure où 1) elle est prévue spécialement dans une loi sur la faillite, 2) elle est exercée exclusivement devant le tribunal qui a prononcé le règlement judiciaire ou la liquidation des biens, 3) seul le syndic, en dehors du tribunal qui peut agir d'office, peut introduire cette action au nom et dans l'intérêt de la masse en vue du remboursement partiel des créanciers, 4) cette action, dérogeant aux règles générales du droit de la responsabilité, fait peser sur les dirigeants sociaux de droit ou de fait, une présomption de responsabilité dont ils ne peuvent se dégager qu'en faisant la preuve qu'ils ont apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence nécessaires, 5) la prescription de l'action court à compter de l'arrêté définitif des créances et se trouve suspendue pour la durée du concordat, s'il en a été conclu un, et recommence à courir en cas de résolution ou d'annulation de celui-ci, 6) si l'action réussit, c'est la masse des créanciers qui en bénéficie, 7) le tribunal peut prononcer le règlement judiciaire ou la liquidation des biens de ceux des dirigeants à la charge desquels a été mis tout ou partie du passif d'une personne morale et qui ne s'acquittent pas de cette dette (CJCE, 22 février 1979, Gourdain, 133/78, point 5) ;

- **l'action révocatoire**, régie par le droit allemand, **qui permet au syndic d'attaquer des actes exécutés avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et préjudiciables aux créanciers**, dans la mesure où, seul le syndic pouvant exercer cette action en cas d'insolvabilité, en vue exclusivement de la défense des intérêts de la masse des créanciers, celle-ci a pour but l'accroissement de l'actif de l'entreprise faisant l'objet d'une procédure d'insolvabilité (CJUE, arrêt du 12 février 2009, Seagon, C-339/07, points 16, 17 et 28) ;

- la **reconnaissance par les juridictions d'un État membre d'une décision par laquelle une juridiction d'un autre État membre a prononcé l'annulation d'une cession de parts sociales effectuées dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité au motif que le syndic ayant cédé ces parts ne disposait pas du pouvoir de disposer d'actifs situés dans cet autre État membre**, dans la mesure où le litige porte exclusivement sur la propriété de parts sociales ayant été cédées, dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité, par un syndic sur le fondement de dispositions telles que celles édictées par la loi suédoise relative aux procédures collectives (Konkurslagen) n° 672 de 1987 (SFS 1987, n° 672), dérogeant aux règles générales du droit civil, et notamment du droit de propriété, qui prévoient, en particulier, que, en cas d'insolvabilité, le débiteur perd le droit de disposer librement de ses biens et qu'il appartient au syndic d'administrer pour le compte des créanciers les biens composant la masse de la faillite, y compris en effectuant les opérations de cession nécessaires, de sorte que, la cession en cause au principal et l'action en revendication de propriété à laquelle elle a donné lieu constituent la conséquence directe et indissociable de l'exercice par le syndic, à savoir un sujet de droit n'intervenant qu'à la suite de l'ouverture d'une procédure collective, d'une prérogative qu'il tire spécifiquement de dispositions du droit national régissant ce type de procédure (CJUE, arrêt du 2 juillet 2009, SCT Industri, C-111/08, points 27 à 30) ;

- **l'action du curateur à la faillite d'une société contre le gérant de cette société et tendant au remboursement de paiement effectués après la survenance de l'insolvabilité de ladite société ou après la constatation du surendettement de celle-ci**, dans la mesure où l'action est exercée à l'occasion d'une procédure d'insolvabilité et où elle n'est ouverte qu'après la survenance de l'insolvabilité de la

société ou après la constatation de son surendettement (CJUE, arrêt du 4 décembre 2014, H, C-295/13, points 19 et 23) ;

- **la détermination d'un droit exclusif et direct sur la quote-part du prix de cession des actifs d'un groupe pour lequel une procédure d'insolvabilité a été ouverte** dans la mesure où la solution du litige dépend notamment de la répartition du produit de la vente d'actifs entre la procédure principale et la procédure secondaire (CJUE, arrêt du 11 juin 2015, Nortwel Networks, C-649/13, points 29 et 30) ;

- **l'action dirigée contre le dirigeant d'une société de droit anglais ou gallois, faisant l'objet d'une procédure d'insolvabilité ouverte en Allemagne, intentée devant une juridiction allemande par le curateur de cette société et tendant, sur le fondement d'une disposition nationale au remboursement de paiements effectués par ce dirigeant avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, mais après la date à laquelle la survenance de l'insolvabilité de cette société a été fixée**, dans la mesure où une telle disposition, qui est le pendant de celle faisant obligation aux membres de l'organe d'administration d'introduire sans délai après la survenance de l'insolvabilité ou du surendettement une procédure d'insolvabilité, relève du droit de l'insolvabilité (CJUE, arrêt du 10 décembre 2015, Kornhaas, C-594/14, point 17) ;

- **l'action en responsabilité délictuelle formée contre des membres d'un comité des créanciers en raison de leur comportement lors de leur vote portant sur un plan de redressement dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité par les titulaires de parts sociales**, dans la mesure où l'action en responsabilité a été introduite, d'une part, par des porteurs de parts sociales de la société faisant l'objet de la procédure d'insolvabilité et, d'autre part, par des sociétés ayant des relations commerciales avec cette société, où elle vise à déterminer si les membres du comité des créanciers ont, lors du rejet du plan de redressement, ce qui a provoqué l'ouverture de la procédure de faillite, violé leur obligation d'agir dans l'intérêt commun de l'ensemble des créanciers, de sorte que l'action en responsabilité est la conséquence directe et indissociable de l'exercice par le comité des créanciers, un organe obligatoire qui est créé lors de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, de la fonction qu'il tire spécifiquement des dispositions du droit national régissant ce type de procédure (CJUE, arrêt du 20 décembre 2017, Peter Valach e. a., C-649/16, points 32 à 36) ;

- **l'action en constatation de l'existence de créances aux fins de leur enregistrement dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité**, dans la mesure où il résulte des termes de la disposition de droit autrichien qui prévoit cette action que celle-ci a vocation à être exercée dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité, par des créanciers participant à celle-ci, en cas de constatation portant sur l'exactitude ou le rang de créances déclarées par ces créanciers (CJUE, arrêt du 18 septembre 2019, Riel, C-47/18, point 37).

Ressortent à la convention de Bruxelles ou au règlement n° 44/2001 et, symétriquement, sont exclus du champ d'application du règlement n° 1346/2000 :

- **l'action exercée par le vendeur d'un bien, fondée sur une clause de réserve de propriété**, contre un acheteur alors que ce dernier fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité et que ce bien se trouve dans l'État membre de cette procédure, dans

la mesure où la question de droit posée, se rapportant à la propriété dudit bien, est indépendante de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et où l'action vise seulement à garantir l'application de la réserve de propriété conclue en faveur du vendeur. **En d'autres termes, l'action portant sur ladite clause constitue une action autonome ne trouvant pas son fondement dans le droit des procédures d'insolvabilité et ne requérant ni l'ouverture d'une procédure de ce type ni l'intervention d'un syndic** (CJCE, German Graphics Graphische Maschinen, 10 septembre 2009, C-292/08, points 30 à 34) ;

- **l'action introduite à l'encontre d'un tiers par un demandeur agissant sur le fondement d'une cession de créance consentie par le syndic désigné dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité, ayant pour objet le droit de révocation que ce syndic tire de la loi nationale applicable à cette procédure**, dans la mesure où le demandeur n'agit pas en tant que syndic, c'est à dire en tant qu'organe d'une procédure d'insolvabilité, mais en tant que cessionnaire d'un droit, le litige ne porte pas sur la validité de la cession consentie par le syndic et le pouvoir de celui-ci de céder son droit de révocation n'est pas contesté, l'exercice par le cessionnaire du droit acquis ne s'insère pas étroitement dans la procédure d'insolvabilité dès lors qu'il **obéit à d'autres règles que celles applicables dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité**, le cessionnaire étant libre, à la différence du syndic, d'exercer ou non le droit de créance qu'il a acquis, le cessionnaire, lorsqu'il décide d'exercer son droit de créance agit dans son intérêt propre et pour son bénéfice personnel, non pour celui de la masse des créanciers (CJUE, arrêt F-Tex du 19 avril 2012, C-213/10, points 35 à 47) ;

- **l'action en paiement d'une créance fondée sur la fourniture de services de transport, exercée par le syndic d'une entreprise en faillite, désigné dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité ouverte dans un État membre, et dirigée contre le bénéficiaire de ces services, établi dans un autre État membre**, dans la mesure où cette action est une action en paiement d'une créance née de la fourniture de services en exécution d'un contrat de transport, de sorte que cette action aurait pu être introduite par le créancier lui-même, avant qu'il n'ait été dessaisi par l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à son égard et, dans cette hypothèse, elle aurait été régie par les règles de compétence judiciaire applicables en matière civile ou commerciale. Le fait que, après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre du prestataire de services, l'action en paiement soit exercée par le syndic désigné dans le cadre de cette procédure et que ce dernier agisse dans l'intérêt des créanciers ne modifie pas substantiellement la nature de la créance invoquée, qui continue d'être soumise, quant au fond, à des règles de droit inchangées (CJUE, arrêt du 4 septembre 2014, Nickel & Goldner Sedition, C-157/13, points 28 et 29) ;

- **l'action en responsabilité par laquelle il est reproché au cessionnaire d'une branche d'activité acquise dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité de s'être présenté comme assurant la distribution exclusive des articles fabriqués par le débiteur**, dans la mesure où est contesté non pas la validité de la cession effectuée dans le cadre de la procédure d'insolvabilité, mais le fait que le cessionnaire, en ayant contacté directement les clients du demandeur et en les ayant invités à s'adresser directement à lui pour effectuer leurs commandes, aurait tenté de s'approprier la clientèle du demandeur, au préjudice des intérêts de ce dernier et où l'action vise uniquement la défense des intérêts du demandeur et non de ceux des créanciers dans la procédure d'insolvabilité (CJUE, arrêt du 9 novembre 2017, Tünkers France et Tünkers Maschinenbau, C-641/16, points 23 à 27) ;

- **l'action du syndic d'une société en faillite, établie dans un premier État membre, en paiement de marchandises livrées en exécution d'un contrat conclu avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, formée contre une autre société cocontractante, qui est établie dans un second État membre**, dès lors qu'une action en paiement de marchandises livrées conformément à un contrat peut être, en principe, introduite par le créancier lui-même de telle sorte qu'elle ne relève pas de la compétence exclusive du syndic et que l'introduction d'une telle action ne dépend aucunement de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans la mesure où cette action peut être exercée en dehors de toute procédure d'insolvabilité (CJUE, arrêt du 21 novembre 2019, CeDe Group, C-198/18, point 36) ;

- **l'action ayant pour objet une demande en dommages et intérêts pour responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle, exercée par le syndic dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité et dont le produit revient, en cas de succès, à la masse des créanciers**, dans la mesure où cette action trouve son fondement dans les règles communes de droit civil et commercial et non pas dans des règles dérogatoires, spécifiques de la procédure d'insolvabilité (CJUE, arrêt du 6 février 2019, NK, C-535/17, point 34).

**Pour la résolution des conflits de lois dans le contexte d'une procédure d'insolvabilité**, pour délimiter le champ couvert par la règle de conflit posée à l'article 4 du règlement n° 1346/2000, la Cour de justice de l'Union européenne procède à une lecture combinée de cet article et de l'article 3 de ce règlement, qui traite des conflits de juridictions.

Elle relève, à cet égard, au point 30 de l'arrêt du 21 novembre 2019, CeDe Group (C-198/18) qu'il découle de cette lecture que **cette réglementation vise, en principe, à obtenir une correspondance entre les juridictions qui sont internationalement compétentes et la loi applicable à la procédure d'insolvabilité**. En effet, hormis dans les hypothèses pour lesquelles ce règlement prévoit explicitement des dispositions contraires, **la loi applicable suit, en application de l'article 4 dudit règlement, la compétence internationale déterminée en application de l'article 3 du même règlement**.

Aussi, **dès lors qu'une action trouve sa source dans les règles dérogatoires spécifiques aux procédures d'insolvabilité, elle relève, sauf disposition contraire prévue par le règlement n° 1346/2000, du champ d'application de l'article 4 de ce règlement** (voir, en ce sens, CJUE, arrêts du 10 décembre 2015, Kornhaas, C-594/14, point 17, et du 21 novembre 2019, CeDe Group, C-198/18, point 32).

Cependant, **dans la mesure où cet article 4 a un champ plus étendu que l'article 3 dudit règlement en ce qu'il s'applique non pas seulement aux procédures d'insolvabilité mais également à leurs effets**, il ne saurait être déduit de la seule circonstance selon laquelle une action ne trouve pas sa source dans les règles dérogatoires spécifiques aux procédures d'insolvabilité qu'une telle action ne relève pas du champ d'application de l'article 4 du règlement n° 1346/2000 (CJUE, arrêt du 21 novembre 2019, CeDe Group, C-198/18, point 33).

La Cour de justice de l'Union européenne considère que **ne relève pas des effets d'une procédure d'insolvabilité**, au sens de ce dernier article, **l'action qui n'est pas la conséquence directe et indissociable d'une procédure d'insolvabilité** (voir, en ce sens, CJUE, arrêt du 21 novembre 2019, CeDe Group, C-198/18, point 34).

Au point 36 de l'arrêt du 21 novembre 2019, CeDe Group (C-198/18), **la Cour de justice de l'Union européenne exclut qu'une action contractuelle qui ne relève pas de la compétence exclusive du syndic, puisqu'elle peut être introduite par le créancier lui-même, et dont l'introduction ne dépend aucunement de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans la mesure où une telle action peut être exercée en dehors de toute procédure d'insolvabilité puisse être considérée comme étant la conséquence directe et indissociable d'une telle procédure.**

À l'inverse, relève du champ d'application de l'article 4 du règlement n° 1346/2000 et, partant de la loi de l'État d'ouverture, une action ayant pour effet de sanctionner un manquement à l'obligation de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité fondée sur des dispositions ayant pour objectif de prévenir de possibles diminutions de la masse avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité afin de garantir un désintéressement égalitaire des créanciers (voir, en ce sens, CJUE, arrêts du 10 décembre 2015, Kornhaas, C-594/14, points 19 et 20).

Notre chambre a, aux visas des articles 1<sup>er</sup>, §§1 et 2, du règlement n° 44/2001 et **3, § 1, du règlement n° 1346/2000**, retenu que ne dérive pas directement d'une procédure d'insolvabilité l'action du salarié fondée sur l'article L. 1224-1 du code du travail prévoyant en cas de survenance d'une modification dans la situation juridique de l'employeur, la subsistance, entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise, de tous les contrats de travail en cours au jour de la modification, **en considérant que le bénéfice de cette dernière disposition ne requiert pas l'ouverture préalable d'une procédure d'insolvabilité au sens du règlement n° 1346/2000, que son objet est la poursuite des contrats de travail des salariés et que l'exercice d'une telle action ne requiert pas l'intervention d'un syndic, au sens de l'article 2 du règlement n° 1346/2000, et ne tend pas au remboursement partiel des créanciers.**

Soc., 8 décembre 2021, pourvoi n° 20-13.905

« *Faits et procédure*

1. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 5 novembre 2019), la société *Mint Equities Limited*, devenue la société *MEQ Realisations Limited*, établie à Londres (Royaume-Uni) et ayant une activité de courtage sur instruments financiers pour le compte de tiers, a engagé M. [OB], à compter du 1<sup>er</sup> avril 2010, pour exercer des fonctions de courtier sur le site de sa succursale parisienne.

2. Saisie par les dirigeants de la société *Mint Equities Limited*, la *High Court of Justice, Chancery Division, Companies Court* (Royaume-Uni) a, par ordonnance du 19 août 2010, rendue sur le fondement de l'*Insolvency Act 1986*, désigné MM. [OX] et [SV], du cabinet *PricewaterhouseCoppers LLP*, comme « *administrators* » de cette société, rejeté la requête en liquidation (« *winding-up Petition* ») présentée par la société *Base Interiors Limited* et s'est dite convaincue, aux fins de l'application de l'article 3 du règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil, du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité, que le centre des intérêts principaux de la société *Mint Equities Limited* est en Angleterre et au Pays de Galles.

3. Par acte du 19 août 2010, les sociétés Mint Partners Limited (« in administration ») et Mint Equities Limited (« in administration »), représentées par MM. [OX]et [SV] en qualité d'« administrators » ont cédé, dans le cadre d'un accord « pre-pack », à la société BGC Brokers LP leur activité et certains éléments d'actif, à l'exclusion de l'activité menée depuis la France et des éléments d'actif situés en France. Tout en prévoyant le transfert des contrats de travail des salariés employés au Royaume-Uni, à Dubaï et en Suisse, cet acte excluait expressément la reprise du contrat de travail de M. [OB].

4. Saisi par MM. [OX]et [SV] en qualité d'« administrators », le tribunal de commerce de Paris a, par jugement en date du 28 octobre 2010, ouvert une procédure secondaire de liquidation judiciaire à l'égard de la société Mint Equities Limited et désigné la société MJA, prise en la personne de Mme [RK], en qualité de mandataire judiciaire liquidateur.

5. M. [OB] a été licencié pour motif économique par lettre du 12 novembre 2010.

Examen des moyens

Sur le second moyen du pourvoi principal et le moyen unique du pourvoi incident, ci-après annexés

6. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces moyens qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Mais sur le premier moyen, pris en sa première branche

Enoncé du moyen

7. Le salarié fait grief à l'arrêt de déclarer la juridiction prud'homale incompétente pour connaître de son action fondée sur le transfert du contrat de travail et de renvoyer les parties à mieux se pourvoir, alors « que la Cour de justice de l'Union européenne a jugé (CJUE, 4 sept. 2014, Nickel, aff. C-157/13, 9 nov. 2017, Tunkers, aff. C-641/16, 20 déc. 2017, Valach, aff. C-649/16, 6 fév. 2019, NK, aff. C-535/17, 18 sept. 2019, Riel, aff. C-47/18) que seules les actions qui dérivent directement d'une procédure d'insolvabilité et qui s'y insèrent étroitement entrent dans le champ d'application du règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil, du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité, que l'élément déterminant pour identifier le domaine dont relève une action est non pas le contexte procédural dans lequel elle s'inscrit cette action, mais le fondement juridique de cette dernière et que selon cette approche, il convient de rechercher si le droit ou l'obligation qui sert de base à l'action trouve sa source dans les règles communes du droit civil et commercial ou dans des règles dérogatoires, spécifiques aux procédures d'insolvabilité ; que, d'autre part, la Cour de cassation a jugé (Soc., 28 oct. 2015, n° 14-21.319) que le litige relatif à la rupture du contrat de travail du salarié et aux créances salariales durant la relation de travail ne relève pas de la procédure d'insolvabilité, ainsi que cela résulte des articles 4 et 10 du règlement CE n° 1346/2000, et que la compétence juridictionnelle pour connaître d'un tel litige doit être déterminée en application de l'article 19 du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ; qu'il en résulte, en l'espèce, que l'action du salarié en paiement de diverses sommes pour licenciement sans cause réelle et sérieuse pour être intervenu en violation de la directive n° 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 et de l'article L. 1224-1 du code du travail ne trouvait pas son fondement juridique dans des règles spécifiques aux procédures d'insolvabilité et, par conséquent, ne relevait pas de la compétence du tribunal anglais ayant ouvert la procédure d'insolvabilité ; que dès lors, en infirmant le jugement en ce qu'il avait reconnu, sur le fondement du lieu d'exécution du contrat de travail en France, la compétence du conseil des prud'hommes pour connaître de l'action du salarié tirée de la violation du droit au transfert de son contrat de travail à la société BGC Brokers, la cour d'appel a violé les articles 4 et 10 du règlement (CE) n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, ensemble l'article 19 du règlement (CE) n° 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. »

Réponse de la Cour

Vu l'article 1er, § 1 et § 2, sous b), du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale et l'article 3, § 1, du règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil, du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité :

8. Selon l'article 1er, § 1, du règlement n° 44/2001, ce dernier s'applique en matière civile et commerciale et quelle que soit la nature de la juridiction.
9. Aux termes de l'article 1er, § 2, sous b), de ce règlement sont exclus de son application les faillites, concordats et autres procédures analogues.
10. Aux termes de l'article 3, §1, du règlement n° 1346/2000, les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur sont compétentes pour ouvrir la procédure d'insolvabilité.
11. Cette disposition attribue également une compétence internationale aux juridictions de l'État membre sur le territoire duquel a été ouverte la procédure d'insolvabilité pour connaître des actions qui dérivent directement de cette procédure et qui s'y insèrent étroitement (CJCE, arrêt du 12 février 2009, Seagon, C-339/07, points 21 et 22).
12. Seules les actions qui dérivent directement d'une procédure d'insolvabilité et qui s'y insèrent étroitement sont exclues du champ d'application du règlement n° 44/2001. Par voie de conséquence, seules ces actions entrent dans le champ d'application du règlement n° 1346/2000 (CJUE, arrêt du 9 novembre 2017, Tünkers France et Tünkers Maschinenbau, C-641/16, point 19).
13. S'agissant du premier critère, afin de déterminer si une action dérive directement d'une procédure d'insolvabilité, l'élément déterminant pour identifier le domaine dont relève une action est non pas le contexte procédural dans lequel s'inscrit cette action, mais le fondement juridique de cette dernière. Selon cette approche, il convient de rechercher si le droit ou l'obligation qui sert de base à l'action trouve sa source dans les règles communes du droit civil et commercial ou dans des règles dérogatoires, spécifiques aux procédures d'insolvabilité (CJUE, arrêt du 9 novembre 2017, Tünkers France et Tünkers Maschinenbau, C-641/16, point 22).
14. Pour déclarer la juridiction prud'homale incompétente pour connaître de l'action tirée de la violation du droit au transfert du contrat de travail du salarié, l'arrêt retient, en premier lieu, que la matière du transfert du contrat de travail lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, telle qu'elle s'évince de l'article L. 1224-1 du code du travail, est équivalente à celle de la directive n° 2001/23/CE du Conseil, du 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, cette directive étant aussi d'effet direct au Royaume-Uni, en deuxième lieu, que la procédure collective d'« administration » de l'Insolvency Act 1986 qui régit la procédure anglaise du « pre-packaged administration », dans sa version applicable au litige, est visée à l'annexe A du règlement n° 1346/2000 et que cette annexe A a la même autorité que son règlement, en troisième lieu, que les articles 16 et 17 du règlement n° 1346/2000 imposent à tout État membre de reconnaître la décision d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dès que celle-ci produit ses effets dans l'État d'origine sans que puisse être vérifiée la compétence des juridictions de cet État, l'article 26 de ce règlement autorisant tout État membre à refuser de reconnaître une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre État membre ou d'exécuter une décision prise dans le cadre d'une telle procédure seulement lorsque cette reconnaissance ou cette exécution produirait des effets manifestement contraires à son ordre public, en particulier à ses principes fondamentaux ou aux droits et aux libertés individuelles garantis par sa Constitution et, en quatrième lieu, que l'action du salarié fondée sur la fraude à la loi anglaise ou aux règles de conflits de lois ou de juridictions en matière de transfert du contrat de travail dérive directement de la procédure d'insolvabilité du Royaume-Uni où est situé le centre des intérêts principaux des débiteurs et s'y insère étroitement.
15. En statuant ainsi, alors que l'action du salarié était fondée sur l'article L. 1224-1 du code du travail prévoyant en cas de survenance d'une modification dans la situation juridique de l'employeur, la subsistance, entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise, de tous les contrats de travail en cours au jour de la modification, que le bénéfice de cette disposition ne requiert pas l'ouverture préalable d'une procédure d'insolvabilité au sens du règlement n° 1346/2000, que son objet est la poursuite des contrats de travail des salariés, que l'exercice d'une telle action ne requiert pas l'intervention d'un syndic, au sens de l'article 2 du règlement n° 1346/2000, et ne tend pas au remboursement partiel des créanciers de sorte que l'action du salarié ne dérivait pas directement d'une procédure d'insolvabilité, la cour d'appel a violé les textes susvisés. »

Cette solution a été perçue par la doctrine comme conforme aux dispositions des règlements n° 1346/2000 et 44/2001<sup>1</sup>.

Damien Boudat, Maître de conférence à l'université de Toulon relève dans la revue Droit social<sup>2</sup> :

« La compétence du conseil de prud'hommes justifiée. Le raisonnement des hauts magistrats est parfaitement clair. D'abord, la Cour de cassation énonce les principes applicables en matière de compétence internationale en établissant une ligne de départage entre le règlement insolvabilité et le règlement Bruxelles I. Pour ce faire, la cour régulatrice rappelle qu'en vertu l'article 3, paragraphe 1, du règlement insolvabilité, les difficultés économiques d'une entreprise imposent aux juridictions où se situe le centre des intérêts principaux du débiteur d'ouvrir une procédure d'insolvabilité. Toutefois, en application du règlement Bruxelles I, cela n'empêche pas d'autres juridictions nationales de connaître d'actions dirigées contre le débiteur en difficulté, à moins que ces actions ne dérivent directement de la procédure d'insolvabilité et s'y insèrent étroitement. Ensuite, la Haute Juridiction, reprenant les critères posés par la CJUE dans son arrêt Tünkers du 9 novembre 2017, précise comment déterminer si une action dérive directement d'une procédure d'insolvabilité et s'y insère étroitement. Le premier critère est celui du fondement juridique de l'action et non le contexte procédural dans laquelle elle s'inscrit. Plus précisément, la Cour de cassation estime qu'il s'agit de rechercher si le droit ou l'obligation qui sert de base à l'action trouve sa source dans les règles communes du droit civil et commercial ou dans des règles dérogatoires, spécifiques aux procédures d'insolvabilité. Enfin, la cour régulatrice applique les principes qu'elle vient d'énoncer aux faits en cause. En l'espèce, l'action du salarié est fondée sur une violation de l'article L. 1224-1 du code du travail qui a pour but de maintenir les contrats de travail des salariés malgré le changement d'employeur. Or, observant que l'invocation d'une telle disposition ne nécessite ni l'ouverture préalable d'une procédure collective, ni l'intervention d'un syndic et ne tend pas au remboursement partiel des créanciers, l'action du salarié ne dérive pas directement de la procédure d'insolvabilité contrairement à ce qu'avaient affirmé les juges du fond. Quant au fait de savoir si l'action litigieuse s'insère étroitement dans la procédure d'insolvabilité, conformément au second critère posé par la CJUE, la Haute Juridiction ne prend pas la peine de se prononcer sur ce point.

Sur la forme, il n'y a pas à regretter une telle omission. Si l'intensité du lien entre l'action du salarié et la procédure d'insolvabilité est passée sous silence, c'est tout simplement parce que le critère du fondement juridique de l'action litigieuse n'est pas rempli et que ces deux conditions sont cumulatives. L'absence de l'un rend donc inutile la recherche de l'autre. **Sur le fond, il n'y a guère à redire tant il paraît évident que l'action du salarié fondée sur une violation de l'article L. 1224-1 du code du travail existe indépendamment de l'ouverture d'une procédure collective même si elle intervient dans le contexte d'une procédure d'insolvabilité ouverte au Royaume-Uni. En outre, cette exclusion est conforme à la philosophie du règlement insolvabilité qui, comme nous l'avons évoqué tantôt, est un texte d'harmonisation entre les législations européennes et non d'unification des procédures d'insolvabilité. Il s'ensuit que les effets internationaux d'une procédure d'insolvabilité comprenant un élément d'extranéité doivent être aussi réduits que possible.** Certes, la Commission européenne a déjà affiché sa volonté d'améliorer l'efficacité et la rapidité des procédures d'insolvabilité par une concentration des compétences au niveau de la juridiction ayant ouvert la procédure d'insolvabilité (18). Mais l'arrêt Tünkers du 9 novembre 2017, en instaurant strictement un double critère de rattachement de l'action du demandeur au tribunal de la procédure, doit s'interpréter dans le sens d'une simple harmonisation entre les textes européens sur l'insolvabilité. Cette logique reste la même sous l'empire du nouveau règlement insolvabilité qui énonce explicitement ce principe dans son article 6. La solution devrait donc continuer à s'appliquer pour l'avenir. »

---

<sup>1</sup> Voir, notamment, le commentaire par Laurence Fin-Langer, professeur à l'Université de Caen, Compétence des juridictions prud'homales pour statuer sur le contentieux social d'un pre-pack cession anglais, La Semaine Juridique Social n° 3, 25 Janvier 2022, 1024.

<sup>2</sup> Procédure d'insolvabilité internationale, transfert d'entreprise et inapplication du règlement insolvabilité : qui va payer les pots cassés ?, Droit social 2022, p. 347.

Il ajoute, dans le même article, s'agissant de la loi applicable à l'action au titre du transfert :

*La solution se révèle favorable au salarié demandeur. D'abord, l'exclusion du règlement insolvabilité lui permet de saisir la juridiction prud'homale française et non le tribunal de commerce anglais. Ensuite, l'exclusion du règlement insolvabilité a également des conséquences sur la loi applicable au litige. Le principe en matière de règlement insolvabilité est que de la détermination du tribunal compétent dépend la loi applicable au litige. En l'absence de tribunal compétent en application de ce dernier texte, il faut se tourner vers un autre instrument juridique pour connaître la loi applicable au litige. Tel est l'objet du « règlement Rome I » (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (19). Selon les articles 3 et 8 de ce texte, à défaut de choix des parties, le droit applicable à la relation de travail est celui du lieu d'exécution habituelle du travail, c'est-à-dire, en l'espèce, l'établissement français de la société anglaise. C'est donc le droit français des transferts d'entreprise qui doit s'appliquer. Le principe est que les licenciements prononcés à l'occasion du transfert sont sans effet, la substitution d'un employeur à l'autre s'opérant de plein droit (20). Il existe néanmoins trois exceptions. La jurisprudence considère que lorsque la reprise de l'entreprise intervient par ses anciens salariés licenciés, l'article L. 1224-1 du code du travail est sans application (21). La loi autorise également les licenciements pour motif économique dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi dans le but d'éviter la fermeture d'un ou plusieurs établissements (22). Elle admet enfin les licenciements prononcés dans le cadre d'un plan de cession en procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire (23). En revanche, le texte régissant la procédure de prepack cession n'institue pas de dérogation à l'application de l'article L. 1224-1 du code du travail (24). On peut donc penser que cette procédure ne constitue pas une exception au principe du maintien de plein droit des contrats de travail malgré le changement d'employeur. Cette position serait d'ailleurs conforme au droit de l'Union. En effet, en matière de transfert des contrats de travail, la règle est que la « directive transfert » n° 2001/23/CE laisse libres les États de ne pas appliquer le principe du maintien des contrats de travail au cessionnaire en cas de procédure collective du cédant à la condition que cette procédure soit ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant et se trouve sous le contrôle d'une autorité publique compétente (25). Créée par l'ordonnance du 12 mars 2014 (26), la procédure de prepack cession consiste à organiser une cession totale ou partielle de l'entreprise dans le cadre d'une procédure préventive, comme un mandat ad hoc ou une conciliation, intervenant en amont de l'ouverture d'une véritable procédure collective. Le but est de gagner du temps, dans la confidentialité, afin de ne pas affoler les partenaires commerciaux et accroître les difficultés de l'entreprise, pour trouver le meilleur repreneur possible (27). La procédure de prepack cession n'a donc aucune finalité liquidative et les licenciements prononcés en son nom ne peuvent avoir pour objectif de faire échec à l'application de l'article L.1224-1 du code du travail et à la directive transfert n° 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001. La CJUE a jugé en ce sens dans deux arrêts du 22 juin 2017 (28) et du 16 mai 2019 (29). En l'espèce, le licenciement est donc sans doute illicite. Mais, l'employeur du salarié étant insolvable, il reste à régler la question de la charge de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Le règlement insolvabilité retrouve alors à s'appliquer. »*

C'est au regard de l'ensemble de ces considérations qu'il appartiendra à notre chambre d'apprécier si l'action de salariés au titre d'un transfert est susceptible de relever de la notion de « procédure d'insolvabilité et de ses effets » au sens de l'article 4 du règlement n° 1346/2000 et, plus précisément, si une telle action est la conséquence directe et indissociable d'une procédure d'insolvabilité.

#### 4.13 L'application de l'article 10 du règlement n° 1346/2000

Alors que l'article 4, § 1, du règlement n° 1346/2000 prévoit que la loi applicable à la procédure d'insolvabilité et à ses effets est celle de l'État d'ouverture, l'article 10 de ce règlement exclut que les effets de cette procédure sur un contrat de travail soient régis par cette loi et renvoie à la loi de l'État membre applicable au contrat de travail telle que définie par la convention de Rome.

Le moyen soutient que les dispositions de cet article 10 ne s'appliquent pas aux conditions d'un éventuelles transfert qui seraient régies par la loi de l'État d'ouverture en vertu de l'article 4 de ce règlement.

Le règlement n° 1346/2000, relatif aux procédures d'insolvabilité, repose sur un modèle dit d'universalité atténuée, selon lequel, d'une part, la loi applicable à la procédure principale d'insolvabilité et à ses effets est celle de l'État membre sur le territoire duquel cette procédure a été ouverte, alors que, d'autre part, ledit règlement prévoit plusieurs exceptions à cette règle (arrêt du 26 octobre 2016, Senior Home, C-195/15, point 17)

À cet égard, le considérant 11 du règlement n° 1346/2000 explique l'impossibilité d'harmoniser le droit des procédures d'insolvabilité et les difficultés causées par une application sans exception du droit de l'État d'ouverture s'agissant, en particulier des contrats de travail :

*« Le présent règlement tient compte du fait que, en raison des divergences considérables entre les droits matériels, il n'est pas pratique de mettre en place une procédure d'insolvabilité unique ayant une portée universelle pour toute la Communauté. L'application sans exception du droit de l'État d'ouverture susciterait dès lors fréquemment des difficultés. Cela vaut notamment pour les sûretés très différenciées qui existent dans la Communauté. Par ailleurs, les droits préférentiels dont jouissent certains créanciers sont, dans certains cas, conçus de manière très différente. Le présent règlement devrait en tenir compte de deux manières en prévoyant, d'une part, des règles spéciales relatives à la loi applicable pour certains droits et situations juridiques particulièrement importants (par exemple, les droits réels et les contrats de travail) et en autorisant, d'autre part, outre une procédure d'insolvabilité principale de portée universelle, également des procédures nationales qui ne concernent que les actifs situés dans l'État d'ouverture. »*

Aussi, le considérant 23 du même règlement affirme que celui-ci *« devrait établir des règles de conflit de lois uniformes qui remplacent - dans le cadre de leur champ d'application - les règles nationales du droit international privé; sauf disposition contraire, la loi de l'État membre d'ouverture de la procédure devrait être applicable (lex concursus). Cette règle de conflit de lois devrait s'appliquer tant à la procédure principale qu'aux procédures locales. La lex concursus détermine tous les effets de la procédure d'insolvabilité, qu'ils soient procéduraux ou substantiels, sur les personnes et les rapports juridiques concernés. Cette loi régit toutes les conditions de l'ouverture, du déroulement et de la clôture de la procédure d'insolvabilité »*.

Cependant, le considérant 28 spécifie que *« aux fins de la protection des travailleurs et des emplois de travail, les effets de la procédure d'insolvabilité sur la poursuite ou la cessation des relations de travail et sur les droits et les obligations de chaque partie découlant de ces relations doivent être déterminés par la loi applicable au contrat en vertu des règles générales de conflit de lois »*.

Le règlement (UE) 2015/848, du Parlement européen et du Conseil, du 20 mai 2015, relatif aux procédures d'insolvabilité, qui a abrogé et remplacé le règlement n° 1346/2000, reprend lesdits termes à son considérant 72 tout en précisant que *« lorsque la résiliation des contrats de travail requiert l'approbation d'une juridiction ou d'une autorité administrative, l'État membre dans lequel se situe un établissement du débiteur devrait demeurer compétent pour donner cette approbation, même si aucune procédure d'insolvabilité n'a été ouverte dans cet État membre »*.

Ainsi, il résulte expressément du considérant 28 que **le renvoi exclusif, prévu à l'article 10 du règlement n° 1346/2000, à la loi de l'État membre applicable au contrat de travail pour régir les effets de la procédure d'insolvabilité sur ce contrat se rapporte tant à la poursuite et à la cessation du contrat de travail que sur les droits et obligations afférents à ce contrat.**

Selon Marie-Hélène Monsérié-Bon<sup>3</sup>, professeur, cette règle traditionnelle qui écarte la *lex fori concursus* pour les contrats de travail vise à assurer la protection des intérêts des salariés en offrant une permanence de la loi applicable qui n'est pas modifiée par l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

Le même auteur poursuit en exposant **le caractère exclusif de cette règle** :

**« “les effets de la procédure d'insolvabilité sur le contrat de travail et sur le rapport de travail et aujourd'hui sur les relations de travail” seront soumis exclusivement à la loi de l'État membre applicable au contrat de travail selon l'ancien article 10 du règlement (CE) n° 1346/2000 repris par l'article 13 du règlement (UE) 2015/848. Il faut tout de suite remarquer que cette loi a un caractère exclusif pour régir le contrat et le rapport de travail et qu'il doit s'agir impérativement de la loi d'un État membre, à défaut la *lex fori concursus* retrouverait son emprise sur les contrats de travail (V. critique : F. Jault-Seseke, art. préc. in *Le nouveau règlement insolvabilité : quelles évolutions ?*). Ainsi, cette loi régira toutes les modifications du contrat de travail envisagées lors de la procédure d'insolvabilité et surtout, la rupture des contrats de travail devrait également obéir à cette loi comme cela était précisé dans la circulaire du 15 décembre 2006, précision qui n'a pas été reprise dans l'ordonnance 2017-1519 du 2 novembre 2017 portant application du droit français au règlement (UE) 2015/848-. Le texte de la circulaire indiquait que la loi applicable au contrat de travail « fixe les conditions de la rupture de ce contrat et il convient donc de s'y référer pour savoir si le syndic a le pouvoir de procéder à des licenciements sans autorisation judiciaire. »**

Dans un arrêt publié du 28 octobre 2015, notre chambre a jugé que le litige relatif à la rupture du contrat de travail du salarié et aux créances salariales durant la relation de travail ne relevait pas de la procédure d'insolvabilité, ainsi que cela résulte des articles 4 et 10 du règlement n° 1346/2000 (Soc., 28 octobre 2015, pourvoi n° 14-21.319, Bull. 2015, V, n° 213).

C'est au regard de ces considérations qu'il appartiendra à notre chambre de dire si la caractérisation d'un transfert d'un contrat de travail intervenant dans le contexte d'une procédure d'insolvabilité, ressort, ainsi que le soutient le moyen, à la loi de l'État d'ouverture.

## **4.2 Deuxième moyen (subsidaire)**

### ***4.21 Éléments d'appréciation***

**La directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001** « concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements », dite directive transfert, énonce les droits des travailleurs à l'échelle de l'Union européenne en cas de transfert de la propriété d'une entreprise ou d'un établissement où ils travaillent, ainsi que les obligations des cédants et des cessionnaires.

La CJUE rappelle de façon constante que « la directive 2001/23, y compris son article 3, tend à assurer le maintien des droits des travailleurs en cas de changement de chef d'entreprise en leur permettant de rester au service du nouvel employeur dans les mêmes conditions que celles

---

<sup>3</sup> Marie-Hélène Monsérié-Bon, *jurisClasseur droit international*, fasc. 572-85 : Procédure collective . – Loi applicable . – Règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000 et règlement (UE) 2015/848 du 20 mai 2015 relatifs aux procédures d'insolvabilité, Point 27.

convenues avec le cédant. L'objet de ladite directive est de garantir, autant que possible, la continuation des contrats ou des relations de travail, sans modification, avec le cessionnaire, afin d'empêcher que les travailleurs concernés ne soient placés dans une position moins favorable du seul fait du transfert » (Plessers, 16 mai 2019, C-509/17, point 52; Briot, 15 septembre 2010, C-386/09, point 26).

La CJUE affirme de façon tout aussi constante que « les règles de la directive 2001/23 doivent être considérées comme étant impératives en ce qu'il n'est pas permis aux États membres d'y déroger dans un sens défavorable aux travailleurs, sous réserve des exceptions prévues par cette directive elle-même » (28 janvier 2015, Gimnasio Deportivo San Andrés, C-688/13, point 39; TMD Friction, 9 septembre 2020, C-674/18, point 51).

L'article 3 &1 alinéa 1<sup>er</sup> de la directive pose le principe suivant:

*« Les droits et les obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire. »*

Le second alinéa de l'article 3 &1 précise:

*« Les États membres peuvent prévoir que le cédant et le cessionnaire sont, après la date du transfert, responsables solidairement des obligations venues à échéance avant la date du transfert à la suite d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert. »*

Aux termes de l'article 4 &1 alinéa 1<sup>er</sup>:

*« Le transfert d'une entreprise, d'un établissement ou d'une partie d'entreprise ou d'établissement ne constitue pas en lui-même un motif de licenciement pour le cédant ou le cessionnaire. Cette disposition ne fait pas obstacle à des licenciements pouvant intervenir pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation impliquant des changements sur le plan de l'emploi. »*

L'article 5 de la directive prévoit néanmoins une dérogation au régime de protection des salariés édicté par les articles 3 et 4. L'article 5 &1 de la directive dispose en effet:

*« Sauf si les États membres en disposent autrement, les articles 3 et 4 ne s'appliquent pas au transfert d'une entreprise, d'un établissement ou d'une partie d'entreprise ou d'établissement lorsque le cédant fait l'objet d'une procédure de faillite ou d'une procédure d'insolvabilité analogue ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant et se trouvant sous le contrôle d'une autorité publique compétente (qui peut être un syndic autorisé par une autorité compétente). »*

L'article 5 &2 ajoute notamment:

*« Lorsque les articles 3 et 4 s'appliquent à un transfert au cours d'une procédure d'insolvabilité engagée à l'égard d'un cédant (que cette procédure ait ou non été engagée en vue de la liquidation des biens du cédant), et à condition que cette procédure se trouve sous le contrôle d'une autorité publique compétente (qui peut être un syndic désigné par la législation nationale), un État membre peut prévoir que:*

*a) nonobstant l'article 3, paragraphe 1, les obligations du cédant résultant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail, qui sont dues avant la date du transfert ou avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, ne sont pas transférées au cessionnaire, à condition que cette procédure entraîne, en vertu de la législation de cet État membre, une protection au moins équivalente à celle prévue dans les situations visées par la directive 80/987/CEE du Conseil du 20 octobre 1980 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur »*

La CJUE a jugé que « l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/23, en tant qu'il rend, en principe, inapplicable le régime de protection des travailleurs dans le cas de certains transferts

d'entreprises et s'écarte ainsi de l'objectif principal sous-jacent à cette directive, doit nécessairement faire l'objet d'une interprétation stricte » (Plessers, 16 mai 2019, C-509/17, point 38).

Selon la CJUE, il convient, afin de déterminer si le transfert d'une entreprise relève de l'exception prévue à l'article 5 &1 de la directive, « de s'assurer qu'un tel transfert satisfait aux trois conditions cumulatives posées par cette disposition, à savoir que le cédant fasse l'objet d'une procédure de faillite ou d'une procédure d'insolvabilité analogue, que cette procédure soit ouverte aux fins de la liquidation des biens du cédant et qu'elle se trouve sous le contrôle d'une autorité publique compétente » (22 juin 2017, Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a., C-126/16, point 44).

En outre, dans sa jurisprudence, la CJUE distingue les procédures de faillite ou les procédures d'insolvabilité analogues « ouvertes en vue de la liquidation des biens du cédant », qui relèvent du champ d'application du régime dérogatoire instauré par l'article 5 &1, des procédures visant la poursuite de l'activité de l'entreprise concernée, lesquelles sont, au contraire, exclues de cette dérogation (22 juin 2017, Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a., C-126/16, points 44 et 45; Plessers, 16 mai 2019, C-509/17, point 47).

S'agissant des différences entre ces deux types de procédure, la CJUE a expliqué dans son arrêt Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a. du 22 juin 2017 (C-126/16, point 48), qu' « une procédure vise la poursuite de l'activité lorsqu'elle tend à sauvegarder le caractère opérationnel de l'entreprise ou de ses unités viables. En revanche, une procédure tendant à la liquidation des biens vise à maximiser le désintéressement collectif des créanciers ». Ce même arrêt précise que « S'il n'est pas exclu qu'un certain chevauchement puisse exister entre ces deux objectifs que poursuit une procédure donnée, l'objectif principal d'une procédure visant la poursuite de l'activité de l'entreprise demeure, en tout état de cause, la sauvegarde de l'entreprise concernée ».

Saisie, une nouvelle fois à propos de la procédure néerlandaise de « pre-pack », d'une demande de décision préjudicielle en interprétation des articles 3 à 5 de la directive transfert, la CJUE vient de dire pour droit (Federatie Nederlandse Vakbeweging, 28 avril 2022, C-237/20):

« 1) L'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/23/CE du Conseil, du 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, doit être interprété en ce sens que la condition qu'il prévoit, selon laquelle les articles 3 et 4 de cette directive ne s'appliquent pas au transfert d'une entreprise lorsque le cédant fait l'objet d'une procédure de faillite ou d'une procédure d'insolvabilité analogue « ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant », est remplie lorsque le transfert de tout ou partie d'une entreprise est préparé, antérieurement à l'ouverture d'une procédure de faillite visant la liquidation des biens du cédant et au cours de laquelle ledit transfert est réalisé, dans le cadre d'une procédure de pre-pack ayant pour objectif principal de permettre, dans la procédure de faillite, une liquidation de l'entreprise en exploitation désintéressant au mieux l'ensemble des créanciers et maintenant l'emploi autant que possible, sous réserve qu'une telle procédure de pre-pack soit encadrée par des dispositions législatives ou réglementaires. »

Dans cet arrêt, la CJUE a retenu que selon la juridiction de renvoi « l'objectif principal d'une procédure de pre-pack est d'atteindre, lors de la liquidation des biens du débiteur, le remboursement le plus élevé de l'ensemble des créanciers, et que, accessoirement, une opération de pre-pack contribue à maintenir une partie de l'emploi » (point 34). Elle a ensuite considéré que « l'objectif principal d'une procédure de pre-pack suivie d'une procédure de faillite consiste à obtenir, à la suite du constat d'insolvabilité du cédant et de sa liquidation, le remboursement le plus élevé possible pour l'ensemble de ses créanciers » (point 52).

Il est à noter que la CJUE a relevé dans son arrêt que « la procédure de pre-pack en cause est régie uniquement par des règles jurisprudentielles et que son application par les différentes juridictions nationales n'est pas uniforme, de sorte qu'elle serait source, ainsi que M. l'avocat général l'a relevé au point 83 de ses conclusions, d'insécurité juridique. Or, dans de telles circonstances, la procédure de pre-pack fixée par la jurisprudence de la juridiction de renvoi ne saurait être considérée comme encadrant la mise en œuvre de l'exception figurant à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/23 et ne répond pas à l'exigence de sécurité juridique. » (point 54)

► **L'article L.1224-1 du code du travail** (ancien article L.122-12 alinéa 2) dispose:

*« Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise. »*

Ce texte est issu de la transposition en droit national de la directive n°2001/23/CE du 12 mars 2001 et est interprété à la lumière de celle-ci.

La chambre sociale a jugé que l'article L.1224-1 du code du travail ne s'applique qu'en cas de transfert d'une entité économique autonome, constituée par un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels poursuivant un objectif économique propre, qui conserve son identité et dont l'activité est poursuivie (Soc. 14 février 2007, n°04-47.110, Bull. V n°22; Soc. 23 octobre 2007, n°06-45.289, Bull. V, n°170; Soc. 17 juin 2009, n°08-42.615, Bull. V n°151; Soc. 12 février 2014, n°12-17.918; Soc. 7 mai 2014, n°12-29.041; Soc. 28 janvier 2015, n°13-16.719, Bull. V n°11). En application de ce texte, les contrats de travail sont maintenus entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise sortante en cas de transfert d'une entité économique autonome conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise (Soc. 12 octobre 2004, n°02-44.309; Soc. 12 septembre 2012, n°11-13.034; Soc. 24 avril 2013, n°11-26.388).

Les dispositions de l'article L.1224-1 sont d'ordre public et s'imposent tant aux employeurs qu'aux salariés (Soc. 28 mai 1997, n°94-43561; Soc. 14 janvier 2004, n°01-45.126, Bull. V n° 9; Soc. 19 janvier 2022, n°19-26.073). Il en résulte que dès lors que les conditions de ce texte sont remplies, le contrat de travail du salarié se poursuit de plein droit et par le seul effet de la loi, avec le nouvel employeur (Soc. 14 octobre 1993, n°90-43.134; Soc. 20 octobre 1994, n°93-41.512; Soc. 14 décembre 1999, n°97-43.011, Bull. V n°484). En outre, les dispositions de l'article L. 1224-1 du code du travail s'appliquent même en l'absence d'un lien de droit entre les employeurs successifs (Ass. plén. 16 mars 1990, n°86-40.686, Bull. AP n°4; Soc. 17 octobre 2000, n°98-45.257; Soc. 29 septembre 2015, n°14-12.440).

**L'article L.1224-2 du code du travail** précise les effets du transfert résultant de l'article L.1224-1 tout en y apportant une restriction en cas de procédure collective:

*« Le nouvel employeur est tenu, à l'égard des salariés dont les contrats de travail subsistent, aux obligations qui incombent à l'ancien employeur à la date de la modification, sauf dans les cas suivants :*

1° Procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire ;

2° *Substitution d'employeurs intervenue sans qu'il y ait eu de convention entre ceux-ci.*

*Le premier employeur rembourse les sommes acquittées par le nouvel employeur, dues à la date de la modification, sauf s'il a été tenu compte de la charge résultant de ces obligations dans la convention intervenue entre eux. »*

Il résulte donc de ce texte le principe selon lequel, pour les dettes antérieures au transfert, le salarié peut agir indifféremment contre le nouvel employeur ou contre l'ancien, les employeurs successifs étant tenus *in solidum* (Soc. 3 avril 1991, n°88-41.786, Bull. V n°164; Soc. 6 avril 2011, n°10-16.203, Bull. V n°91). Le salarié peut ne mettre en cause que le nouvel employeur, même si la créance invoquée est la conséquence d'un manquement du cédant aux obligations résultant du contrat de travail (Soc. 14 mai 2008, n°07-42.341, Bull. V n°103).

Ce même texte prévoit expressément une dérogation au principe qu'il énonce. A cet égard, la chambre sociale a jugé que la dérogation prévue par l'article L.1224-2 1° du code du travail s'applique dès lors que la modification dans la situation juridique de l'employeur est intervenue dans le cas d'une procédure collective (Soc. 2 février 2006, n°04-40.474, Bull. V n°54; Soc. 31 mars 2015, n°13-25.537). Quand la modification de la situation juridique de l'employeur est intervenue dans le cadre d'une procédure collective, le nouvel employeur ne peut être tenu au paiement des créances salariales nés du contrat de travail antérieurement à cette modification:

Soc. 7 février 2018, n°16-24.540:

« Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que le transfert du contrat de travail était intervenu dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire, en sorte que le nouvel employeur n'était pas tenu des obligations qui incombaient à l'ancien employeur à la date du transfert, le conseil de prud'hommes a violé le texte susvisé ; »

Soc. 12 mai 2021, n°17-25.786:

« Vu l'article L. 1224-2 du code du travail :

18. Selon ce texte, en cas de transfert d'entreprise, le nouvel employeur est tenu de toutes les obligations qui incombaient à l'ancien à l'égard des salariés dont les contrats de travail subsistent, sauf si la modification intervient dans le cadre d'une procédure collective ou si la substitution d'employeur est intervenue sans qu'il y ait de convention.

19. Pour condamner in solidum les sociétés Rabe Moden, L By Rabe et PMA diffusion à payer à chacun des salariés une certaine somme au titre de la carte Lucia, les arrêts retiennent qu'en vertu de l'article L. 1224-1 du code du travail, leurs contrats de travail auraient dû être transférés de plein droit aux deux premières impliquées dans une collusion frauduleuse avec la troisième.

20. En statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que la modification dans la situation juridique de l'employeur était intervenue dans le cadre d'une procédure collective, en sorte que le nouvel employeur ne pouvait être tenu au remboursement de sommes reçues par l'ancien employeur antérieurement à cette modification, la cour d'appel a violé le texte susvisé. »

Soc. 19 avril 2023, n°20-12.808:

« Vu l'article L. 1224-2 du code du travail :

6. Selon ce texte, le nouvel employeur est tenu, à l'égard des salariés dont les contrats de travail subsistent, aux obligations qui incombaient à l'ancien employeur à la date de la modification, sauf dans le cas d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire.

7. Pour condamner le nouvel employeur à payer à l'apprentie une somme à titre de rappel de salaire sur la période de janvier 2015 à juin 2017, l'arrêt retient que la société n'était plus en redressement judiciaire mais bénéficiait d'un plan de continuation depuis le 19 juillet 2010,

c'est-à-dire d'un plan de redressement judiciaire qui présentait les mêmes effets que le plan de sauvegarde, de sorte qu'elle était redevenue in bonis lorsqu'elle a procédé en août 2012 au recrutement de l'apprentie et lorsqu'elle a cédé, le 6 juin 2017, son fonds de commerce après autorisation du tribunal.

8. Il en déduit que le transfert du contrat de travail de l'apprentie a eu lieu en dehors de toute procédure de redressement judiciaire.

9. En statuant ainsi, alors qu'elle constatait que la société, qui avait été mise en redressement judiciaire le 16 mars 2009, avait cédé son fonds de commerce pendant l'exécution du plan de redressement, ce dont il résultait que la modification dans la situation juridique de l'employeur était intervenue dans le cas d'une procédure collective, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé le texte susvisé. »

► Dans son chapitre II intitulé « *De la réalisation de l'actif* », le code de commerce comprend une première section consacrée à « *la cession de l'entreprise* » (articles L.642-1 à L.642-17) et une deuxième section consacrée à « *la cession des actifs du débiteur* » (articles L.642-18 à L.642-20-1).

**L' article L.642-1 du code de commerce dispose:**

*« La cession de l'entreprise a pour but d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif.*

*Elle peut être totale ou partielle. Dans ce dernier cas, elle porte sur un ensemble d'éléments d'exploitation qui forment une ou plusieurs branches complètes et autonomes d'activités.* »

Se fondant sur les anciennes dispositions du code de commerce auxquelles ont été substituées ce texte, la chambre sociale a jugé que la cession globale des unités de production composées de tout ou partie de l'actif mobilier ou immobilier de l'entreprise en liquidation judiciaire autorisée par le juge commissaire entraîne de plein droit le transfert d'une entité économique autonome et par voie de conséquence la poursuite avec le cessionnaire des contrats de travail des salariés des unités transférées, peu important qu'ils aient été licenciés par le mandataire-liquidateur avant la cession (Soc. 19 avril 2005, n°03-43.240, Bull. 2005, V, n°143).

Dans le même sens (Soc. 28 septembre 2010, n°09-40.090) :

*« Attendu, ensuite, que la cession d'une unité de production, constituée par un ensemble d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique poursuivant un objectif propre, entraîne nécessairement le transfert d'une entité économique conservant son identité et, par voie de conséquence, la poursuite avec le cessionnaire des contrats de travail des salariés relevant de l'unité de production cédée, peu important qu'ils aient été licenciés pour motif économique par le liquidateur judiciaire et que l'ordonnance du juge-commissaire autorisant la cession n'ait prévu que la poursuite des contrats de travail d'une partie des salariés concernés ; qu'il en résulte que les licenciements économiques prononcés à l'occasion du transfert sont, à l'égard des salariés attachés à l'entité cédée, dépourvus d'effet et que le salarié licencié peut obtenir du cessionnaire, s'il a refusé de poursuivre le contrat, l'indemnisation du préjudice résultant d'un licenciement qui se trouve dépourvu de cause réelle et sérieuse, alors même qu'il aurait été autorisé par le juge-commissaire ; »*

Il résulte de cette jurisprudence que c'est parce que la cession de l'entreprise, même partielle, porte sur un ensemble d'éléments corporels ou incorporels caractérisant une entité économique autonome, que le transfert des contrats de travail s'opère.

Le transfert des contrat de travail par suite de la cession d'une entreprise ou unité de production connaît toutefois une exception prévue à l'article L.642-5 du code de commerce. En application de ce dernier texte, la chambre sociale juge que lorsque

des licenciements économiques sont prononcés en exécution du plan de cession arrêté sur le fondement de l'article L.642-1 du code de commerce, l'article L.1224-1 du code du travail ne s'applique pas, à la condition toutefois que le jugement arrêtant le plan indique, conformément aux dispositions de l'article R.631-36 du code du travail, le nombre de salariés dont le licenciement est autorisé ainsi que les activités et catégories professionnelles concernées (Soc. 26 juin 1991, n°90-46.055, Bull. V n°328; Soc. 12 septembre 2018, n°17-12.604) :

« Mais attendu qu'ayant constaté d'une part que le plan de cession du fonds de commerce de la société Beaudoux sanitaire et chauffage prévoyait notamment les licenciements qui devaient intervenir dans le délai d'un mois après le jugement, indiquait le nombre de salariés dont le licenciement était autorisé ainsi que les activités et catégories professionnelles concernées et d'autre part que la reprise du contrat de travail du salarié n'était pas prévue par le plan, ce dont il résultait, qu'en application des dispositions de l'article L. 642-5 du code de commerce dans sa rédaction résultant de l'ordonnance du 6 mai 2010, le contrat de travail de l'intéressé n'était pas transféré au cessionnaire, la cour d'appel n'encourt pas les griefs du moyen ; »

**Les articles L.642-18 et L.642-19 du code de commerce**, qui concernent la cession des actifs du débiteur autres donc que la cession de l'entreprise, énoncent respectivement :

« Les ventes d'immeubles ont lieu conformément aux articles L. 322-5 à L. 322-12 du code des procédures civiles d'exécution, à l'exception des articles L. 322-6 et L. 322-9, sous réserve que ces dispositions ne soient pas contraires à celles du présent code. Le juge-commissaire fixe la mise à prix et les conditions essentielles de la vente.

Lorsqu'une procédure de saisie immobilière engagée avant l'ouverture de la procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires a été suspendue par l'effet de cette dernière, le liquidateur peut être subrogé dans les droits du créancier saisissant pour les actes que celui-ci a effectués, lesquels sont réputés accomplis pour le compte du liquidateur qui procède à la vente des immeubles. La saisie immobilière peut alors reprendre son cours au stade où le jugement d'ouverture l'avait suspendue.

Le juge-commissaire peut, si la consistance des biens, leur emplacement ou les offres reçues sont de nature à permettre une cession amiable dans de meilleures conditions, ordonner la vente par adjudication amiable sur la mise à prix qu'il fixe ou autoriser la vente de gré à gré aux prix et conditions qu'il détermine. En cas d'adjudication amiable, les articles L. 322-7, L. 322-8 à L. 322-11 et L. 322-12 du code des procédures civiles d'exécution sont applicables, sous la réserve prévue au premier alinéa, et il peut toujours être fait surenchère.

Pour les adjudications réalisées en application des alinéas qui précèdent, le paiement du prix au liquidateur et des frais de la vente emportent purge des hypothèques et de tout privilège du chef du débiteur. L'adjudicataire ne peut, avant d'avoir procédé à ces paiements, accomplir un acte de disposition sur le bien à l'exception de la constitution d'une hypothèque accessoire à un contrat de prêt destiné à l'acquisition de ce bien.

Le liquidateur répartit le produit des ventes et règle l'ordre entre les créanciers, sous réserve des contestations qui sont portées devant le juge de l'exécution.

En cas de liquidation judiciaire d'un débiteur, personne physique, le tribunal peut, en considération de sa situation personnelle et familiale, lui accorder des délais de grâce dont il détermine la durée pour quitter sa maison d'habitation principale.

Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'Etat. »

et

« Le juge-commissaire soit ordonne la vente aux enchères publiques, soit autorise, aux prix et conditions qu'il détermine, la vente de gré à gré des autres biens du débiteur lorsqu'elle est de nature à garantir les intérêts de celui-ci. Lorsque la vente a lieu aux enchères publiques, il y est procédé

dans les conditions prévues, selon le cas, au second alinéa de l'article L. 322-2 ou aux articles L. 322-4 ou L. 322-7.

Le juge-commissaire peut demander que le projet de vente amiable lui soit soumis afin de vérifier si les conditions qu'il a fixées ont été respectées. »

Il résulte de ces deux textes que, contrairement à l'article L.642-1 du code de commerce, la cession qu'ils envisagent ne porte pas nécessairement sur un ensemble d'éléments susceptible de constituer une entité économique autonome. La cession peut en effet porter sur des actifs en nombre variable, plus ou moins isolés.

A cet égard, la chambre sociale a jugé que « les raisons et les conditions de la cession définies par le juge commissaire sont sans effet sur l'application de l'article L. 1224-1 du code du travail, qui ne dépend que du seul transfert d'une entité économique autonome », indépendamment donc du point de savoir si la cession portait ou non sur une unité de production (Soc. 8 juillet 2009, n°08-43.092) :

« Vu l'article L 1224-1 du code du travail, interprété à la lumière de la directive n° 2001/23/CE, du 12 mars 2001 ;

Attendu qu'en cas de transfert d'une entité économique autonome qui conserve son identité et dont l'activité est maintenue, les contrats de travail des salariés qui en relèvent se poursuivent avec le cessionnaire ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'à la suite de la liquidation judiciaire de la société Centrales Bardes, le juge commissaire a autorisé le 28 janvier 2004 la vente "à forfait" d'éléments d'actif à la société PCB, qui s'engageait à reprendre seize des quarante salariés de l'entreprise, à la condition qu'ils acceptent une modification de leur lieu de travail, la date d'effet de la cession étant fixée au 1er février suivant ; que M. [YU], qui était entré dans l'entreprise en 1974 et qui exerçait en dernier lieu les fonctions de directeur technico-commercial, s'ajoutant à un mandat d'administrateur de la société Centrales Bardes, se plaignant de n'être pas réglé en totalité de ses salaires, a saisi le juge prud'homal de demandes en résiliation du contrat de travail aux torts de la société PCB et en paiement de salaires, d'indemnités de rupture et de dommages-intérêts ;

Attendu que, pour débouter M. [YU] des demandes qu'il fondait sur l'application de l'article L. 122-12, alinéa 2 du code du travail, la cour d'appel a retenu que si l'ordonnance du juge commissaire n'a pas autorité de la chose jugée, il résulte de l'examen des motifs de cette décision qu'il n'y a pas eu transfert d'une unité de production, qu'il est expressément indiqué dans cette décision qu'aucune offre conforme aux dispositions de l'article L. 622-17 du code de commerce n'a été déposée et que la seule vente d'une partie des actifs était autorisée, et qu'en outre, il n'est aucunement établi qu'il y a eu transfert d'une entité économique, à savoir de "l'ensemble organisé des personnes et des éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice de l'activité" de la société Centrale Bardes ;

Qu'en statuant ainsi alors, d'abord, que les raisons et les conditions de la cession définies par le juge commissaire sont sans effet sur l'application de l'article L. 1224-1 du code du travail, qui ne dépend que du seul transfert d'une entité économique autonome, ensuite que la cession d'une partie de l'entreprise peut relever de ce texte, et enfin, qu'il résultait de ses constatations qu'un ensemble d'éléments corporels et incorporels nécessaires à la poursuite de l'activité exercée par la société Centrale Bardes avaient été transféré à la société PCB, qui avait repris une partie du personnel pour poursuivre cette activité, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé le texte susvisé ; »

Dans son rapport sur cette affaire, le doyen Bailly écrivait en page 3 que l'article L.1224-1 du code du travail « *s'applique également lorsque la cession emprunte la forme détournée d'une vente de gré à gré d'éléments d'actif, visée par l'article L.622-18 du code de commerce, si cette vente entraîne en réalité de le transfert d'une entité économique autonome, autrement dit, d'un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels poursuivant un objectif économique propre.*

*Seule une modification éventuelle de l'identité d'une telle entité, à la suite de son transfert, peut alors faire obstacle à l'application de l'article L.1224-1. »*

Cette primauté accordée à la notion d'entité économique autonome par rapport aux éléments la constituant, peut aussi être illustrée par des arrêts de la chambre sociale ayant jugé, dans le cas de cessions intervenues hors procédure collective, que « Le transfert d'une entité économique autonome, constituée par un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels qui poursuit un objectif propre entraîne la poursuite de plein droit, avec le cessionnaire, des contrats de travail des salariés qui y sont affectés. Et il appartient aux juges du fond de rechercher les éléments qui constituent une telle entité, indépendamment des règles d'organisation et de gestion du service au sein duquel s'exerce l'activité économique » (Soc. 10 octobre 2006, n°04-43.453, Bull. V n°296; Soc. 19 avril 2023, n°21-16.173).

Dans une affaire où une cession de certains actifs de la société liquidée avait été autorisée sur le fondement de l'article L.642-19 du code de commerce, la chambre sociale a considéré que les juges du fond ne pouvaient retenir l'absence de transfert du contrat de travail d'un salarié sans avoir préalablement recherché si des éléments caractérisant une entité économique autonome n'avaient pas été transférés (Soc. 17 avril 2019, n°17-22.541) :

« Vu l'article L. 1224-1 du code du travail ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'engagé par la société Gannat ambulances le 3 avril 2003 en qualité de chauffeur, M. [HQ] a été licencié le 24 février 2010 alors qu'il se trouvait en arrêt de travail à la suite d'un accident du travail ; que le 2 octobre 2012, la société Gannat ambulances a été mise en liquidation judiciaire, avec poursuite d'activité autorisée jusqu'au 31 décembre 2012, M. [IL] étant désigné liquidateur ; que par acte du 2 mai 2013, celui-ci a cédé des actifs corporels et incorporels de la société Gannat ambulances à la société Alpha ambulances Renaud ; que le 3 février 2015, le salarié a saisi la juridiction prud'homale pour obtenir la nullité de son licenciement et sa réintégration au sein de la société Alpha ambulances Renaud ;

Attendu que pour confirmer le jugement en ce qu'il a déclaré la demande de réintégration irrecevable, constater l'absence de transfert d'une entité économique et débouter le salarié de l'ensemble de ses demandes, l'arrêt retient que la liquidation judiciaire de la société Gannat ambulances est intervenue le 2 octobre 2012 avec une poursuite d'activité de trois mois, laquelle cessera le 22 novembre 2012, que la société Alpha ambulances Renaud, qui a été constituée le 22 mars 2013, a été autorisée à racheter des éléments d'actifs de la société liquidée ; qu'il ajoute que la requête du mandataire liquidateur exposait que : « par jugement en date du 2 octobre 2012 le redressement judiciaire de la SARL Gannat ambulances en date du 31 mai 2011 a été converti en liquidation judiciaire. Que l'activité a totalement cessé. Que le personnel a été licencié avec un préavis non travaillé. Il n'y a donc plus de clientèle attachée au fond. Que le fonds de commerce a donc disparu. Que seule une vente de gré à gré des biens mobiliers, véhicules, agréments et licences en application de l'article L. 642-19 du code de commerce est donc possible... » ; que l'acte de vente du 2 mai 2013 porte exclusivement sur les agréments avec véhicule et les agréments sans véhicule, les licences de taxi et les véhicules ; qu'il retient encore que cet acte mentionnait expressément que « Le tribunal de commerce de Cusset ayant prononcé la fin d'activité du cédant le 13 novembre 2013, le fonds de transport sanitaire et taxi a disparu à cette date. En conséquence, la cession des actifs prévue au présent contrat n'emporte pas cession de fonds de commerce. Aucun contrat de travail n'est donc transmis avec les éléments d'actif cédé. » et en déduit que les dispositions de l'article L. 1224-1 du code du travail n'avaient pas lieu à s'appliquer et que la demande de réintégration de M. [HQ] ne peut aboutir ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que la société Alpha ambulances Renaud avait repris les agréments sans véhicule, les agréments avec véhicule, des licences de taxi et les véhicules de la société Gannat ambulances et sans rechercher, comme elle y était invitée, si l'exploitation ne s'était pas poursuivie dans les mêmes locaux et si les licences et agréments n'emportaient pas accès à la clientèle des départements de l'Allier et du Puy-de-Dôme pour l'activité de transport au moyen de véhicule sanitaire léger, caractérisant ainsi le transfert de moyens corporels ou incorporels significatifs nécessaires à l'exploitation, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ; »

Il ressort de cette décision que la circonstance que la cession ait été fondée sur les dispositions du code de commerce relatives à la cession de certains actifs, et non sur les dispositions du même code relatives à la cession de l'entreprise, n'est pas suffisante pour écarter l'application de l'article L. 1224-1 du code du travail.

C'est ce que la chambre sociale a jugé de façon explicite dans une décision récente (**Soc. 14 octobre 2020, n°18-24.311**) :

« Enoncé du moyen

3. Le salarié fait grief à l'arrêt de juger que les conditions d'application de l'article L. 1224-1 du code du travail n'étaient pas réunies, que son contrat de travail n'avait pas été transféré à la société Martin Dow Pharmaceuticals, que la rupture de ce contrat par le mandataire en charge de la liquidation n'avait pas été contestée, que la période d'essai stipulée au contrat avec la société Martin Dow Pharmaceuticals était justifiée en droit et en fait, que la rupture du contrat durant la période d'essai était conforme aux prescriptions de la loi, que cette rupture ne pouvait s'analyser en une rupture sans cause réelle et sérieuse et de le débouter de ses demandes formées à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, au titre de l'indemnité de préavis, au titre des congés payés sur préavis et au titre de l'article 700 du code de procédure civile, alors « que les dispositions de l'article L. 1224-1 du code du travail trouvent à s'appliquer dès lors qu'est caractérisé le transfert d'une entité économique autonome, conservant son identité, dont l'activité est poursuivie ou reprise ; qu'une telle entité est constituée par un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre ; que le transfert de cette entité est réalisé par le transfert direct ou indirect ou nouvel exploitant des éléments corporels ou incorporels d'exploitation significatifs nécessaires à la poursuite de l'activité, peu important que la cession ayant abouti à ce transfert soit intervenue dans le cadre des dispositions des articles L. 642-18 et L. 642-19 du code de commerce ; qu'en l'espèce, pour considérer qu'aucun transfert d'entité économique autonome conservant son identité et dont l'activité a été poursuivie ou reprise n'avait été réalisé, la cour d'appel a retenu que la cession des actifs de la société Laboratoires Salem France à la société Martin Dow Pharmaceuticals était intervenue en application, non pas des dispositions des articles L. 642-1 et L. 642-2 du code de commerce qui prévoient la cession de l'entreprise, mais dans le cadre de celles des articles L. 642-18 et L. 642-19 du même code qui prévoient la cession d'actifs isolés et qu'elle n'était donc pas consécutive à un plan de cession ; qu'en statuant par ces motifs inopérants, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des dispositions de l'article L. 1224-1 du code du travail. »

Réponse de la Cour

Vu l'article L. 1224-1 du code du travail :

**4. La décision du juge-commissaire d'ordonner la cession d'éléments d'actif en application des dispositions des articles L. 642-18 et L. 642-19 du code de commerce n'est pas de nature à faire échec à l'application de l'article L. 1224-1 du code du travail.**

5. Pour rejeter les demandes du salarié, l'arrêt retient que la société Martin Dow Pharmaceuticals a acquis les actifs mobiliers et immobiliers et quatre autorisations de mise sur le marché de la société Laboratoires Salem France dans le cadre des articles L. 642-18 et L. 642-19 du code de commerce qui prévoient la cession d'actifs isolés et non dans celui des articles L. 642-1 et L. 642-2 du même code qui prévoient la cession de l'entreprise, alors que l'activité de la société Laboratoires Salem France avait cessé et que le contrat de travail du salarié n'était plus en cours. Il en conclut que le transfert de patrimoine n'étant pas consécutif à un plan de cession prononcé dans le cadre d'une liquidation judiciaire, aucun transfert d'une entité économique autonome qui conserve son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise n'a été réalisé.

6. En statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé. »

Cet arrêt a fait l'objet d'un unique commentaire par la doctrine (professeur Jacotot, Revue des procédures collectives n°2, mars-avril 2021, comm. 44) :

« La cession isolée d'actifs autorisée par le juge commissaire sur le fondement de l'article L. 642-19 du Code de commerce paralyse-t-elle l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail qui pose le

principe du transfert du contrat de travail du cédant au cessionnaire ? De la réponse à cette interrogation dépend le sort des licenciements antérieurs à la cession, ceux-ci pouvant être « dépourvus d'effet ».

La cour d'appel répond par l'affirmative à l'occasion d'un litige où le liquidateur a licencié un salarié (le 28 septembre 2015) avant d'être autorisée à céder des actifs (en novembre 2015) pour un montant d'1,5 millions d'euros à un repreneur ; ce dernier a embauché ce même salarié onze mois après (le 1er septembre 2016), puis a décidé de mettre fin à la relation de travail au cours de la période d'essai (le 28 septembre). À la lecture de l'arrêt étudié et des moyens du pourvoi qui sont annexés, la juridiction d'appel considère que la cession d'actifs, en dehors de tout plan de cession (C. com., art. L. 642-1), implique l'absence de transfert d'une entité économique autonome conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise, partant elle ne saurait relever de l'article L. 1224-1. Il y aurait en quelque sorte une incompatibilité de l'un (C. com., art. L. 642-19) à entrer dans le giron de l'autre. Ce raisonnement est indiscutablement en opposition avec la solution retenue par la Cour de cassation. En l'hypothèse d'un plan de cession, peu important que l'entité soit en sauvegarde, en redressement ou en liquidation judiciaire, l'article L. 1224-1 est paralysé. En effet, le tribunal qui arrête le plan peut autoriser des licenciements (C. com., art. L. 642-5. – Cass. soc., 12 sept. 2018, n° 17-12.604, F-D : JurisData n° 2018-015458), précisant dans son jugement le nombre de personnes dont le contrat sera rompu, les activités et les catégories professionnelles concernées (C. com., art. R. 642-3) ; tous les salariés ne sont donc pas nécessairement repris. Bref, le Code de commerce déroge au Code du travail afin de faciliter la reprise de l'entreprise en difficulté. En revanche, hors l'hypothèse d'un plan de cession, l'article L. 1224-1, dès lors que les conditions sont remplies, n'est pas neutralisé. C'est pourquoi il régit la cession des actifs du débiteur y compris autorisée par le juge-commissaire. La Cour de cassation s'est prononcée en ce sens (Cass. soc., 3 mai 2007, n° 06-40.020, F-D : JurisData n° 2007-038738. – B. Bailly, L'article L. 1224-1 victime de la crise sanitaire : SSL, 13 juill. 2020, n° 1916, p. 5). Du reste, le législateur ne l'ignore pas : la loi n° 2020-734 du 17 juin 2020 a suspendu, de manière temporaire, l'application de l'article L. 1224-1 en cas de cession d'un fonds de commerce en liquidation judiciaire dans le cadre de l'article L. 642-19 du Code de commerce (B. Bailly, L'article L. 1224-1 victime de la crise sanitaire : SSL, 13 juill. 2020, n° 1916, p. 5. – D. Jacotot, Nouvelle exception au principe du transfert des contrats de travail au cessionnaire : Rev. proc. coll. 2020, comm. 128). La cour d'appel a ainsi méconnu la loi, la cassation ne surprenant pas : la « décision du juge-commissaire d'ordonner la cession d'éléments d'actif [...] n'est pas de nature à faire échec à l'application de l'article L. 1224-1 du code du travail ». »

#### *4.22 Analyse du deuxième moyen*

Le deuxième moyen reproche à la cour d'appel d'avoir violé les articles L. 1224-1 et L. 1224-2 du code du travail, ensemble l'article 5 §1 de la directive 2001/23/CE du conseil du 12 mars 2001, les articles L. 642-18 à L. 642-21 du code de commerce, en ayant affirmé que la jurisprudence de la CJUE réservait la « faculté des Etats membres » d'appliquer les principes de la directive « transfert » dans le cadre d'une faillite, pour en déduire que « l'article L. 1224-1 du code du travail, interprété à la lumière de la directive n° 2001/23/CE du 12 mars 2001 est donc susceptible d'être appliqué à l'espèce », cependant qu'aucune disposition de droit interne ne prévoit une dérogation au principe d'exclusion des garanties de la directive « transfert » dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire emportant simple cession d'éléments d'actif sans cession de l'entreprise.

Au soutien de ce moyen, le mémoire ampliatif expose que « La lecture de l'ensemble des textes du code de commerce relatifs à la procédure de cession d'éléments d'actif et de l'article L. 1224-1 du code du travail fait au contraire apparaître que le législateur n'a pas entendu déroger au principe, posé par l'article 5 de la directive « transfert », de l'absence de transfert des contrats de travail dans le contexte d'une procédure tendant à la liquidation des actifs. Or, la directive subordonne le transfert à l'existence de dispositions nationales qui en prévoient expressément le principe, autrement dit à une décision explicite du législateur. Ce n'est donc pas en se référant à une jurisprudence – fût-elle constante – de la Cour de cassation que les juges du fond pouvaient écarter les dispositions explicites de la directive « transfert » excluant le transfert des contrats de travail dans le contexte d'une procédure d'insolvabilité. De fait, si les dispositions du code de commerce prévoient un transfert des contrats de travail en cas de cession de l'entreprise dans le cadre de la liquidation

judiciaire, elles excluent au contraire un tel transfert lorsque le juge-commissaire ordonne une cession isolée des actifs de l'entreprise en liquidation. »

Le mémoire ampliatif fait valoir qu'en matière de cession d'une entreprise, organisée aux articles L.642-1 à L.642-17 du code de commerce, le « droit français a fait du maintien des emplois un objectif de la procédure » et que « le droit français de la liquidation judiciaire prévoit donc bien en cas de « cession de l'entreprise » le transfert des contrats de travail de l'ensemble des salariés qui n'ont pas fait l'objet d'un licenciement économique dans les conditions prévues au plan ». Le mémoire indique que « S'agissant au contraire d'une cession d'éléments isolés d'actif, les dispositions de la section 2 du titre V (art. L. 642-18 à L. 642-21) du code de commerce excluent toute continuité de l'entité économique et toute reprise des contrats de travail. Dans cette hypothèse, l'actif n'est plus traité comme l'entité économique autonome qu'il formait : la liquidation judiciaire le dissout en un ensemble de biens corporels ou incorporels, meubles ou immeubles qui seront acquis à titre isolé par d'éventuels acquéreurs ». Il ajoute que « Aucun objectif de maintien de l'emploi n'est assigné à un tel dispositif de cession des actifs. Le code de commerce n'écarte donc pas le principe de l'absence de transfert des contrats de travail dans le cadre de la cession isolée d'actif. De son côté, l'article L. 1224-1 du code du travail ne contient pas la moindre disposition permettant d'affirmer qu'il serait dérogé au principe posé à l'article 5 de la directive. Là encore, la lettre des textes rejoint la logique de fond : si le législateur ne prévoit pas le transfert des contrats de travail, c'est que l'entreprise n'a plus vocation à se maintenir. Les éventuels acquéreurs qui se présentent ne prévoient aucune reprise de personnel : contrairement au dispositif de cession totale ou partielle d'entreprise, ils ne prennent aucun engagement en termes d'emploi et de maintien de l'activité. Faute de dérogation expresse, il n'appartient dès lors pas à des juridictions nationales d'associer à la procédure de cession isolée d'actifs des obligations de reprise des contrats de travail ». Le mémoire estime que si l'article L.1224-2 du code du travail « n'a pas exclu le principe d'un transfert des contrats de travail à l'occasion d'une liquidation judiciaire, il n'institue pour autant aucune dérogation expresse du droit français au principe posé par la Directive ; on ne peut donc déduire de ce texte que le droit du travail français dérogerait au principe communautaire de non-transmission des contrats de travail à l'occasion d'une procédure de liquidation judiciaire. L'exposante a déjà rappelé, à cet égard, que le droit français distingue rigoureusement deux situations : d'une part, le dispositif de cession totale ou partielle d'entreprise qui laisse place à un éventuel transfert des contrats de travail lorsqu'est caractérisé le transfert d'une entité économique autonome, d'autre part, le dispositif de cession isolée d'actifs qui est au contraire exclusif de tout transfert des contrats de travail. Ce n'est donc que dans le premier cas de figure (c'est-à-dire en cas de transfert total ou partiel d'entreprise), et à condition que les conditions de l'article L. 1224-1 soient réunies, que l'article L. 1224-2 a vocation à s'appliquer ».

En réplique, le mémoire en défense explique que les dispositions de l'article L.1224-1 du code du travail « qui ont une portée des plus générales ne comportent aucune exclusion tenant au fait que la modification dans la situation juridique de l'employeur puisse intervenir dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité » et que l'article L.1224-2, en prévoyant la subsistance pour le nouvel employeur des obligations incombant à l'ancien employeur sauf en cas notamment de procédure de sauvegarde, de redressement ou liquidation judiciaire, confirme « implicitement mais nécessairement que l'article L. 1224-1 est en principe applicable même lorsque le transfert – au sens de la directive susvisée – intervient dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité ». Le mémoire expose que dans sa jurisprudence la Cour de cassation a confirmé que « le seul critère opérant pour apprécier si l'article L. 1224-1 du Code du travail doit s'appliquer est celui du transfert d'une entité économique autonome. Le cadre dans lequel ce transfert intervient importe peu à cet égard » et que la distinction opérée par le code de commerce entre, d'une part, la cession d'entreprise et, d'autre part, la cessions d'actifs du débiteur, n'était d'aucune pertinence lorsqu'il s'agissait d'apprécier si l'article L. 1224-1 avait vocation à s'appliquer : seule la caractérisation du transfert d'une entité économique autonome, peu important le contexte dans lequel ce transfert intervient, doit être prise en compte à cet égard ». Le mémoire estime que c'est « donc à bon droit que la cour d'appel a refusé de s'arrêter à la décision du commissaire extraordinaire de licencier l'ensemble des salariés de la société ALITALIA LAI mais a considéré qu'en l'état d'une cession d'actifs opérée entre cette société et la société ALITALIA CAI, il lui revenait de rechercher si cette cession caractérisait, ainsi

que le soutenaient les salariés exposants, un transfert d'entité économique autonome justifiant qu'il soit fait application des dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail ».

Le mémoire en défense indique que « l'article 5 de la directive constitue lui-même une dérogation, qui plus est facultative, aux principes énoncés aux articles 3 et 4 de cette directive et notamment à celui de la poursuite des contrats de travail en cours en cas de transfert d'une entité économique autonome. Or, en tant qu'il prévoit, de façon générale et sans aucune exception, la subsistance des contrats de travail en cours en cas de transfert d'une entité économique autonome, l'article L. 1224-1 ne saurait, de toute évidence, être lu autrement que comme venant déroger à la règle énoncée à l'article 5 de la directive. Et cela est confirmé, si besoin en était, par les dispositions de l'article L. 1224-2 du Code du travail, lesquelles, en prévoyant qu'en cas de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, le nouvel employeur est tenu, à l'égard des salariés dont les contrats de travail subsistent, aux obligations qui incombaient à l'ancien employeur à la date de la modification, permettent d'en conclure que la règle du transfert des contrats de travail posé par l'article L. 1224-1 est bien applicable, par principe, aux transferts opérés dans le cadre de procédures collectives. Contrairement à ce qu'affirme la société CAI, au travers des articles L.1224-1 et L. 1224-2 du Code du travail, le législateur a expressément posé pour principe la subsistance des contrats de travail en cours en cas de transfert d'une entité économique autonome intervenant à la faveur d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Quant aux dispositions du Code de commerce auxquelles se réfère la société CAI pour asseoir sa thèse, leur lecture permet de constater qu'elles ne se prononcent pas sur le sort des éventuels contrats de travail en cours, que ce soit dans le cadre d'une cession d'entreprise ni dans celui d'une cession d'éléments d'actifs. Ces dispositions ne seraient donc être regardées comme venant apporter un quelconque tempérament au principe énoncé par l'article L. 1224-1 ».

Le mémoire en défense ajoute que « c'est sans aucun fondement que la société CAI prétend que la directive 2001/23 exigerait une disposition expresse du législateur national pour déroger à l'article 5.1. de cette directive. En effet, si l'on se réfère à la lettre de l'article 5.1., force est de constater que celui-ci n'exige rien de tel, se contentant de réserver l'hypothèse où les Etats membres en disposeraient autrement ». Le mémoire rappelle « que la CJUE considère que, dans la mesure où elle constitue une exception aux principes énoncés aux articles précédent, la règle posée à l'article 5.1 doit être interprétée strictement ».

Il appartiendra à la chambre sociale d'apprécier la critique faite par le deuxième moyen.

### **4.3 Troisième moyen (infiniment subsidiaire)**

#### *4.31 Eléments d'appréciation*

Pour que l'article L.1224-1 du code du travail s'applique, il faut que l'activité transférée constitue un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels. Ainsi, l'existence d'un personnel propre spécialement affecté à l'exploitation de l'entité transférée est une condition nécessaire (Soc. 18 juillet 2000, n° 99-13.976; Soc. 24 septembre 2002, n°00-44.923; Soc. 12 novembre 1997, n°95-43.605, Bull. V n°363; Soc. 28 janvier 2004, n°01-46.102). Mais la présence de moyens humains propres à l'activité transférée, et leur reprise, ne constitue pas une condition suffisante (Soc. 20 décembre 2006, n°04-19.829, Bull. V n°389; Soc. 10 mai 2012, n°10-15.151) :

“Vu l'article L. 1224-1 du code du travail ;

Attendu que pour dire que la reprise du contrat de travail de M. [XO] par la société Experian devenue la société Extelia, résulte d'un transfert au sens de l'article L. 1224-1 du code du travail, et dire que la société Extelia doit, en sa qualité de « nouvel employeur » au sens de l'article L. 1224-1 du code du travail, payer au salarié une somme au titre de la contrepartie de ses heures de repos, l'arrêt retient qu'il a été procédé au transfert d'une entité économique poursuivant un objectif propre; qu'en effet, la société bénéficiaire du marché a repris, d'une part, la totalité du personnel assurant la prestation de

services et constituant un ensemble organisé de personnes, d'autre part, la totalité de l'activité de l'entreprise transférée, par la transmission de la clientèle exclusive de la société Bayard presse, élément d'actif incorporel ;

Attendu, cependant, que l'article L. 1224-1 du code du travail, interprété à la lumière de la Directive n° 2001/23/CE du 12 mars 2001, ne s'applique qu'en cas de transfert d'une entité économique autonome qui conserve son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise; que constitue une entité économique autonome un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels poursuivant un objectif économique propre; que le transfert d'une telle entité ne s'opère que si des moyens corporels ou incorporels significatifs et nécessaires à l'exploitation de l'entité sont repris, directement ou indirectement, par un autre exploitant ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors, d'une part, que la seule reprise du personnel chargé du service objet du marché ne pouvait suffire à caractériser un transfert d'entité économique, et, d'autre part, qu'il résultait de ses constatations que la clientèle de la société Bayard presse n'avait pas été transférée à la société Experian devenue Extelia pour qu'elle l'exploite à son profit, celle-ci étant seulement chargée d'utiliser la liste des clients pour gérer les abonnements de Bayard presse, en sorte que n'était pas caractérisé le transfert de moyens corporels ou incorporels significatifs et nécessaires à l'exploitation de ladite entité, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;”

La chambre sociale juge que le transfert d'une entité économique autonome ne s'opère que si des moyens corporels ou incorporels significatifs et nécessaires à l'exploitation de l'entité sont repris, directement ou indirectement, par un autre exploitant (Soc. 17 juin 2009, n°08-42.615, Bull. V n°151; Soc. 3 mars 2021, n°19-13.102; Soc. 23 juin 2021, n°18-24.597). Néanmoins, il importe peu que l'activité transférée soit principale ou accessoire, dès lors qu'elle porte sur une entité économique autonome (Soc. 18 juillet 2000, n°98-18.037, Bull. V n°285; Soc. 15 décembre 2004, n°03-46.127; Soc. 9 mars 2022, n°20-15.144):

« Vu l'article L. 1224-1 du code du travail :

5. Les dispositions de ce texte, interprété à la lumière de la directive n° 2001/23/CE du 12 mars 2001, sont applicables en cas de transfert d'une entité économique autonome, constituée par un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels poursuivant un objectif économique propre, qui conserve son identité et dont l'activité est poursuivie.

6. Il importe peu à cet égard que l'activité poursuivie ait présenté un caractère accessoire ou que seule une partie des salariés ait été reprise, dès lors que des moyens corporels ou incorporels significatifs et nécessaires à l'exploitation de l'entité sont repris, directement ou indirectement, par un autre exploitant.

7. Pour écarter le transfert d'une entité économique autonome, l'arrêt retient, d'abord, d'une part, que l'activité de la société Tropic airlines, telle qu'elle ressort de la publication de la liquidation judiciaire au Bodacc du 10 octobre 2012, n'était pas la même que celle de la société Caire qui est une compagnie de transport aérien, et d'autre part, qu'un seul des avions de la société Tropic airlines a été transféré à la société Caire et que le personnel au sol de la société Tropic airlines n'a pas été repris.

8. Il ajoute ensuite que la société Caire explique ne pas avoir repris dans ses effectifs le salarié qui n'est pas titulaire de la qualification d'anglais exigée par la norme européenne UE n° 1178/211, en raison de ses carences en langue anglaise, alors que tous ses pilotes sont titulaires des compétences linguistiques en anglais imposées par la législation en vigueur et qu'elle ne peut recruter un pilote n'ayant pas les qualifications requises par la norme européenne.

9. En se déterminant ainsi, par des motifs inopérants, alors qu'elle avait constaté que la société Caire avait repris un avion ainsi que les autres pilotes de la société Tropic airlines, sans rechercher, ainsi qu'il lui était demandé, s'il existait au sein de cette dernière, au 1er novembre 2010, une branche complète et autonome d'activité de transport aérien à laquelle était affecté le salarié, la cour d'appel a privé sa décision de base légale. »

En revanche, en l'absence de transfert d'éléments corporels (bâtiments, ateliers, terrains, équipements, matériel, stock, outillage, etc) ou incorporels (clientèle, droits sur une marque, reprise d'un bail commercial, etc) significatifs, il n'y a pas de transfert d'une entité économique autonome:

Soc. 31 mars 2010, n°09-40.861:

“Vu l'article L. 1224-1 du code du travail ;

Attendu que ce texte ne s'applique qu'en cas de transfert d'une entité économique autonome qui conserve son identité et poursuit son activité; que constitue une entité économique autonome un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels poursuivant un objectif économique propre; que le transfert d'une telle entité ne s'opère que si des moyens corporels ou incorporels significatifs et nécessaires à l'exploitation de l'entité sont repris, directement ou indirectement par un autre exploitant ;

Attendu que pour dire que la société Expérian est devenue employeur des salariés de la société Abonnements plus par application de ce texte, le conseil des prud'hommes a constaté que le contrat par lequel la société Abonnements plus assurait la gestion informatique d'abonnements avait été confié par le donneur d'ordre à la société Expérian et que l'ensemble de l'entité économique responsable de cette gestion du contrat depuis plusieurs années, avec ses méthodes d'organisation, son encadrement et l'intégralité de son personnel avait été transféré d'un jour à l'autre sans démission des salariés de leur ancien employeur ;

Qu'en statuant ainsi, sans qu'il résulte de ses constatations que des moyens corporels ou incorporels significatifs et nécessaires à l'exploitation de l'entité avaient été repris, directement ou indirectement par le nouvel exploitant, la cour d'appel a violé le texte susvisé  
.”

Soc. 27 février 2013, n°12-12.305 :

“Attendu, selon l'arrêt attaqué qu'après avoir procédé en juin 2005, à l'externalisation vers la société Compass de ses services propreté, accueil, standard, restauration et maintenance, la Clinique de Bagatelle a repris en 2008 la gestion des services accueil et standard et a confié l'activité nettoyage à la Société française de gestion hospitalière -Hôpital service-, aux droits de laquelle vient la société Elior services propreté et santé; que les salariés repris dans le cadre de cette activité ont contesté les conditions du transfert de leur contrat de travail ;

Sur le premier moyen, pris en ses première, troisième et quatrième branches :

Vu l'article L. 1224-1 du code du travail ;

Attendu que ce texte, interprété à la lumière de la Directive n° 2001/23/CE du 12 mars 2001, s'applique en cas de transfert d'une entité économique autonome qui conserve son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise; que constitue une entité économique autonome un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels poursuivant un objectif économique propre; que le transfert d'une telle entité se réalise si des moyens corporels ou incorporels significatifs et nécessaires à l'exploitation de l'entité sont repris, directement ou indirectement, par un nouvel exploitant ;

Attendu que pour dire que les contrats de travail des salariés avaient été transférés dans le cadre d'une application de plein droit de l'article L. 1224-1 du code du travail et faire droit, en conséquence, à leurs diverses demandes, l'arrêt retient que pour certains secteurs dans lesquels l'activité repose essentiellement sur la main-d'oeuvre, une collectivité de travailleurs, que réunit durablement une activité commune, peut correspondre à une entité économique, susceptible de maintenir son identité par delà son transfert quand ce personnel met en oeuvre des connaissances techniques ou un savoir-faire qualifié qui constitue ainsi un actif économique incorporel et qu'en l'espèce, les salariés affectés à cette activité de nettoyage développaient une technicité et une expertise particulières dans le nettoyage dit de la « pièce blanche » ou « bio-nettoyage » des plateaux techniques ;

Qu'en statuant ainsi par des motifs insuffisants à établir l'existence d'une entité économique autonome non plus que le transfert d'éléments corporels ou incorporels significatifs et

nécessaires à l'exploitation, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé ;”

Soc. 7 mai 2014, n°13-14.290 :

“Vu l'article L. 1224-1 du code du travail ;

Attendu que ce texte, interprété à la lumière de la Directive n° 2001/23/CE du 12 mars 2001, s'applique en cas de transfert d'une entité économique autonome qui conserve son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise; que constitue une entité économique autonome un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels poursuivant un objectif économique propre; que le transfert d'une telle entité se réalise si des moyens corporels ou incorporels significatifs et nécessaires à l'exploitation de l'entité sont repris, directement ou indirectement, par un nouvel exploitant ;

Attendu que pour dire que le contrat de travail du salarié avait été transféré dans le cadre d'une application de plein droit de l'article L. 1224-1 du code du travail et condamner la société TFN Ile-de-France à payer des dommages-intérêts au salarié à ce titre, la cour d'appel retient que cette société a repris, le 15 février 2007, 41 des 52 salariés affectés par la société SNA, dans des locaux appartenant à la société Hertz au lavage et à la préparation des véhicules de cette dernière, après avoir demandé la liste des salariés concernés à la société sortante, reconnaissant ainsi le savoir-faire spécifique de ces salariés et l'utilité qu'elle avait à les embaucher, qu'il est constant que l'activité de lavage et préparation de voitures exercée par les salariés transférés est essentiellement une activité de main d'oeuvre comportant peu de matériel et qu'ainsi le transfert de la plus grande partie, dont 13 chefs d'équipe et adjoints, met principalement à la disposition du repreneur un ensemble organisé de travailleurs, dotés d'un savoir faire, d'une organisation et formés à travailler ensemble, lui permettant d'être, dans l'immédiat, en mesure de poursuivre sans discontinuité le service concédé, qu'ainsi le réembauchage de l'essentiel des salariés de la société SNA est la preuve qu'au moins un des éléments nécessaire à l'application de l'article L. 1224-1 du code du travail est caractérisé, qu'il est constant que l'activité sous traitée par la société Hertz à la société SNA est celle-la même sous traitée à la société TFN et qu'elle fonctionnait avant comme après la reprise d'une façon autonome, s'agissant d'une activité unique au bénéfice d'un seul donneur d'ordre, dont il n'est pas soutenu par ailleurs qu'il intervenait dans le fonctionnement de la dite entité et pour lequel le lavage et la préparation des véhicules est une activité distincte de son activité principale, que l'activité s'exerçait dans les locaux de Hertz, mis à la disposition du prestataire, ce qui est assimilable à un transfert d'un élément corporel, même si par ailleurs le bon fonctionnement de deux portiques de lavage a été contesté et si les autres moyens de production avaient une faible valeur et qu'il ressort ainsi de ces constatations que la société SNA a transféré à la société TFN une activité spécifique et autonome comportant un ensemble organisé d'éléments corporels et incorporels, les uns et les autres conservés après le transfert, dont il résulte qu'il devait être fait application des dispositions de l'article L. 1224-1 et suivants du code du travail ;

Qu'en statuant ainsi par des motifs insuffisants à établir l'existence d'une entité économique autonome et le transfert d'éléments corporels ou incorporels significatifs et nécessaires à l'exploitation, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;”

Soc. 31 mai 2017, n°15-29.123 :

“Vu l'article L. 1224-3 du code du travail ;

Attendu que ce texte ne s'applique qu'en cas de transfert d'une entité économique autonome qui conserve son identité et poursuit son activité; que constitue une entité économique autonome un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels poursuivant un objectif économique propre; que le transfert d'une telle entité ne s'opère que si des moyens corporels ou incorporels significatifs et nécessaires à l'exploitation de l'entité sont repris, directement ou indirectement par un autre exploitant ;

Attendu que pour dire que le contrat de travail avait été transféré auprès de la commune, l'arrêt retient que l'objet de l'association était uniquement en lien avec le développement de l'activité sociale, avec pour ce faire une mise à disposition gratuite de locaux par des organismes locatifs, dans l'optique de développer, dans ces locaux collectifs résidentiels, toutes actions visant à favoriser le développement de la vie sociale dans la commune, que la

mairie n'établit pas que cette association aurait exercé une réelle fonction de gestion des appartements mis à sa disposition, que la commune ne se limitait pas à subventionner le fonctionnement de l'association mais lui confiait, au travers du financement, la mission d'animation sociale des quartiers, mission également exercée par la commune, que celle-ci dans ses différentes lettres et notamment dans le courrier du 2 mars 2009, a expressément fait référence à la continuation de ces activités sociales de proximité jusqu'alors exercées par l'association et qu'elle a également expressément mentionné, sur les courriers adressés aux salariés dont le contrat de travail était transféré, que ce transfert intervenait dans le cadre des dispositions de l'article L. 1224-3 du code du travail, visant la reprise d'activités d'une association par une personne publique; qu'ainsi la preuve de l'existence d'une entité économique caractérisée par la seule poursuite d'activité à caractère purement social, résulte non seulement de la lecture de l'objet des conventions passées entre l'association et les organismes locatifs, mais également du fait que, dès lors que la mairie a cessé de subventionner les activités sociales menées par l'association, les deux organismes locatifs ont dénoncé eux mêmes les conventions lesquelles se trouvaient vidées d'objet en se référant expressément au désengagement de la commune ;

Qu'en statuant ainsi, sans qu'il résulte de ses constatations que des moyens corporels ou incorporels significatifs et nécessaires à l'exploitation de l'entité avaient été repris, directement ou indirectement par la commune, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;”

La chambre sociale a jugé que pour caractériser le transfert d'une entité économique autonome, il pouvait être pris en considération le fait que le personnel en cause disposait d'un savoir-faire particulier et de compétences particulières (Soc. 14 septembre 2017, n°16-14.374) :

”Mais attendu que la cour d'appel a constaté, par une appréciation souveraine des éléments de fait et de preuve soumis à son examen, que d'une part pour l'exécution du marché confié par la société Charal à la société Proservia, celle-ci avait affecté, depuis de nombreuses années et de manière exclusive et permanente, un personnel disposant d'un savoir-faire et des compétences particulières en boucherie à l'atelier de deuxième transformation de viandes sur le site de la société Charal mettant à leur disposition l'essentiel des moyens matériels et spécifiques à l'exploitation de cette activité poursuivant un objectif propre; que d'autre part, à la suite de la perte de ce marché par la société Proservia, l'activité de deuxième transformation de viandes avait été reprise et poursuivie par les sociétés Techni Desoss et Codeviandes, avec les mêmes moyens matériels spécifiques mis à leur disposition par la société donneuse d'ordre et avec des besoins identiques en personnel disposant de compétences en boucherie propre à cette activité de deuxième transformation de viandes; que si cette activité avait été répartie entre deux prestataires, il n'était relevé aucune distinction avérée entre la nature des prestations anciennement accomplies par la société Proservia, les éléments fournis laissant apparaître que seuls les horaires d'occupation des lignes permettaient de distinguer les prestations de chacune des sociétés ayant repris le marché; qu'en l'état de ces constatations, la cour d'appel a pu en déduire le transfert d'une entité économique autonome ayant conservé son identité et dont l'activité a été poursuivie, justifiant l'application des dispositions de l'article L. 1224-1 du code du travail ;”

Dans le même sens (Soc. 19 octobre 2022, n°21-19.828) :

« Vu l'article L. 1224-1 du code du travail :

6. Les dispositions de ce texte, interprété à la lumière de la directive n° 2001/23/CE du 12 mars 2001, sont applicables en cas de transfert d'une entité économique autonome, constituée par un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels poursuivant un objectif économique propre, qui conserve son identité et dont l'activité est poursuivie.

7. Pour dire que le contrat de travail de la salariée n'avait pas été transféré à la société DS et la débouter de ses demandes consécutives, l'arrêt retient que les seules circonstances que l'intéressée ait continué d'exercer son métier de coiffeuse au sein de la société DS, établissement d'ailleurs situé à une adresse distincte de l'Institut Shanny l'atelier de la beauté, et que dans un premier temps du moins M. [XH] ait été gérant de la société DS, ne suffisent pas à établir l'existence d'un transfert d'une entité économique autonome conservant son identité et dont l'activité s'est poursuivie.

8. En se déterminant ainsi, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée si la société DS n'avait pas repris la clientèle attachée au salon exploité par M. [XH] et le savoir-faire particulier de la salariée indispensable à l'exercice de l'activité, ce qui aurait été de nature à caractériser un transfert de l'entité économique exploitée par ce dernier, la cour d'appel a privé sa décision de base légale. »

► S'agissant du transfert d'éléments incorporels, la chambre sociale a élaboré une jurisprudence spécifique en matière de reprise de la commercialisation d'une marque et de la clientèle qui y est attachée en jugeant qu'une telle reprise entraîne en principe le transfert d'une entité économique autonome (Soc. 15 octobre 1997, n°95-42.454, Bull. V n°318; Soc. 13 avril 1999, n°96-44.254, Bull. V n°169; Soc. 9 février 2000, n°97-44.896; Soc. 12 février 2003, n°01-42.037; Soc. 12 novembre 2008, n°07-43.256; Soc. 23 octobre 2014, n°13-19.727; Soc. 12 mai 2015, n°13-26.130) :

« Mais attendu que la reprise de la commercialisation des produits d'une marque et de la clientèle qui y est attachée, entraîne en principe le transfert d'une entité économique autonome qui poursuit un objectif propre, conserve son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise ;

Et attendu que la cour d'appel a constaté d'une part que la commercialisation de détail des produits de la marque Gant, ainsi que potentiellement la clientèle qui y était attachée, étaient passées de la société ECCE à la société Gant France qui avait alors repris l'activité antérieurement exercée par la première en ouvrant un magasin à proximité et d'autre part, qu'il existait une parfaite coïncidence entre l'ouverture du magasin par l'une et l'arrêt de la distribution de détail des produits de la marque Gant par l'autre, la société Gant France ayant, avant la reprise effective du salarié à son service, pris le soin de laisser à ce dernier le temps de former son successeur à la direction du magasin conservé par la société ECCE; qu'elle a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ; »

► Pour que l'article L.1224-1 du code du travail s'applique, il faut que l'entité économique conserve son identité à la suite du transfert. Tel n'est pas le cas lorsque l'activité de l'employeur a été répartie entre deux sociétés (Soc. 12 janvier 2016, n°14-22216, Bull. V n°4) ou entre plusieurs sociétés (Soc. 12 mars 2014, n°12-27.235). En revanche, une modification des modalités de fonctionnement de l'entité économique transférée décidée par le nouvel exploitant après le changement d'employeur ne peut suffire en elle-même à affecter l'identité de l'entité cédée (Soc. 10 juillet 2007, n°06-40.406).

Il n'est pas nécessaire que l'activité poursuivie soit strictement identique. En effet, la chambre sociale a jugé que « les contrats de travail en cours sont maintenus entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise en cas de transfert d'une entité économique autonome qui conserve son identité et qui poursuit la même activité ou une activité similaire » (Soc. 13 novembre 2007, n°06-41.512). Dans le même sens (Soc. 12 octobre 2004, n°02-44.309) :

« Mais attendu que, selon l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail, interprété au regard de la directive de conseil n° 98/50/CE, du 29 juin 1998, les contrats de travail sont maintenus entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise en cas de transfert d'une entité économique autonome conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise ;

Et attendu que la cour d'appel a constaté, d'une part, qu'avaient été transmis à la société Actor l'ensemble des moyens matériels nécessaires à l'exploitation du restaurant, antérieurement assurée par la société Avenance, d'autre part, que l'acquéreur avait poursuivi la même activité de restauration, sans modification de l'identité de l'entité ainsi transférée ; qu'elle a pu déduire de ces constatations le transfert d'une entité économique autonome conservant son identité et poursuivant une activité de même nature et, partant, la poursuite des contrats de travail avec le cessionnaire du fonds de restauration transféré, peu important que celui-ci ait ensuite décidé de s'intéresser à une clientèle différente et obtenu à cette fin une licence de débit de boissons ; »

Le maintien de l'identité de l'entité transférée n'est pas remis en cause par le fait qu'après la date du transfert, le cessionnaire a vendu une partie des éléments cédés et n'a conservé qu'une partie de l'activité cédée (Soc. 1 octobre 2003, n°01-43.685) :

« Qu'en statuant ainsi, alors que le juge-commissaire avait autorisé la cession de l'intégralité du fonds de la société BM industries, dans tous ses éléments corporels et incorporels, ce dont il résultait qu'avait été transférée à la société BMOT technologie une entité économique autonome conservant son identité et dont l'activité était poursuivie par le cessionnaire peu important que celui-ci ait ultérieurement décidé de se séparer d'une partie des machines cédées et de ne conserver qu'une partie de l'activité de la société cédante, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; »

► La chambre sociale laisse les juges du fond apprécier souverainement quels éléments corporels et incorporels ont été ou non transférés (Soc. 28 septembre 2011, n°10-12.143; Soc., 15 avril 2015, pourvoi n° 13-27.520, Bull. 2015, V, n° 85 Soc. 19 janvier 2017, n°15-20.223). En revanche, elle exerce un contrôle sur les qualifications d'entité économique autonome et de transfert d'une telle entité (Soc. 27 février 2013, n°12-12.307; Soc. 25 septembre 2019, n°18-14.398) ainsi que sur les conséquences légales que les juges du fond tirent de leurs constatations.

#### 4.23 Analyse du troisième moyen

La **première branche** reproche à la cour d'appel d'avoir privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1224-1 du code du travail interprété à la lumière de la directive n° 2001/23/CE du 12 mars 2001, en s'étant bornée à relever, pour admettre l'application de l'article L. 1224-1 du code du travail, que la société CAI avait acquis des biens (avions, installations diverses, automobiles et autres biens meubles), des droits de propriété intellectuelle et des systèmes informatiques, des logiciels et du matériel, des savoir-faire, des slots et droits de trafic (droits de nature commerciale distincts de la licence d'autorisation qui n'était pas transmise), des contrats et rapports juridiques, qu'elle avait repris 17 salariés et qu'elle avait pris contact avec des prestataires de la succursale avant la prise d'effet de la cession pour leur proposer la « poursuite d'une relation dans un nouveau cadre contractuel », tous éléments visant à assurer « fût-ce dans un cadre organisationnel différent la continuité de l'activité des vols commerciaux assurés jusqu'alors par la succursale française de LAI » (arrêt attaqué p. 11), sans s'interroger sur le point de savoir si l'organisation substantiellement différente de l'activité ne s'accompagnait pas d'un renouvellement substantiel de la flotte, d'un abandon d'importantes activités, d'un repositionnement de l'activité sur un marché différent avec des conditions sociales radicalement différentes et des licences de vol spécifiques, tous éléments exclusifs d'une continuité de l'activité, comme la Commission européenne l'avait elle-même constaté, quand l'entité économique tenant à l'exploitation d'une activité de transport aérien perd son identité lorsque le repreneur abandonne une partie substantielle de la flotte du cédant, met en place une organisation différente des plateformes de vols le positionnant sur un marché différent, abandonne une part importante des activités exploités par le cédant, propose des services substantiellement différents et dispose de ses propres licences de vol.

Au soutien de cette branche, le mémoire ampliatif explique que devant la cour d'appel la société CAI soutenait: qu'elle n'exerçait pas d'activité de transport de marchandises et de maintenance, qu'elle avait substantiellement modernisé et diversifié la flotte aérienne, qu'elle n'exploitait plus que deux escales en France sur les quatre précédentes, qu'elle avait abandonné un certain nombre d'activités antérieurement exercées (billetterie, customer care, support administratif en escale,

manutention et entretien des aéronefs, service paye, service à bord, nettoyage), que ce positionnement entièrement nouveau s'accompagnait d'un changement radical de politique sociale (reprise de 20 salariés en France alors que la succursale d'Alitalia en comptait 80, mise en place de conditions sociales différentes (salaires inférieurs de 15 % à 20 %, absence d'accord collectif d'entreprise, nombre plus réduit de salariés sous statut cadre)). Le mémoire indique que la société CAI se prévalait enfin devant la cour d'appel de la décision de la Commission européenne qui avait constaté l'absence de continuité économique entre la société LAI et la société CAI et exclu, en conséquence, toute obligation pour celle-ci de rembourser les prêts que l'Etat italien avait accordés à la société LAI.

Le mémoire ampliatif affirme que les constatations faites par la cour d'appel font seulement ressortir que la société CAI a repris des éléments d'actifs isolés et que la cour n'a pas constaté que ces éléments, aussi nombreux soient-ils, étaient fonctionnellement liés à l'exploitation de l'entité économique en cause.

Le mémoire en défense réplique que « la seule énumération des éléments repris par la société CAI à laquelle a procédé la cour d'appel permet de se convaincre que les éléments en cause sont bien « fonctionnellement liés » à l'exploitation de l'activité de transport aérien de passagers et qu'ils ne constituent nullement de simples éléments d'actifs isolés. A cet égard, la cour d'appel a bien fait ressortir que ces éléments d'exploitation constituaient, non pas des actifs isolés, mais un ensemble cohérent destiné à permettre à la société CAI de poursuivre une activité de transport aérien de passagers ». Le mémoire ajoute « s'agissant de l'activité de transport de marchandises, dont il n'est pas contesté qu'elle n'a pas été reprise, qu'il s'agit d'une activité distincte de celle de transport de passagers, à laquelle étaient exclusivement affectés les salariés exposants et qui constitue, à elle-seule, c'est-à-dire indépendamment de fret aérien, une entité économique autonome. L'absence de reprise de cette de transport de marchandises est donc sans incidence ». Le mémoire indique qu'en ce qui concerne les activités accessoires au transport aérien, telles que la billetterie et le « customer care », la cour d'appel s'est placée à juste titre au jour de la cession pour apprécier si les éléments d'exploitation afférents aux activités de billetterie et de « customer care » avaient été transférées.

La seconde branche reproche à la cour d'appel d'avoir statué par un motif inopérant et privé sa décision de base légale, au regard de l'article L. 1224-1 du code du travail, en s'étant bornée à relever que le transfert de certains éléments d'exploitation et contrats lors de la cession d'actifs poursuivait l'objectif de garantir un « service de transports aérien ininterrompu » et d'assurer ainsi « la continuité de l'activité des vols commerciaux » (arrêt attaqué p. 11), alors qu'elle devait rechercher si la poursuite de l'activité de transport aérien ne s'effectuait pas comme le soutenait la société CAI dans des conditions telles qu'elles excluaient toute reprise de la clientèle, la seule poursuite d'une activité de transport aérien n'impliquant pas le maintien d'une entité économique lorsqu'elle s'accompagne d'un changement de mode d'exploitation et d'un changement de positionnement sur le marché exclusif d'une reprise de la clientèle.

Au soutien de la seconde branche, le mémoire ampliatif expose que si la société CAI ne contestait pas que le gouvernement italien avait entendu maintenir l'activité de transport aérien, elle faisait cependant valoir que cette activité devait se poursuivre selon des conditions entièrement nouvelles et avec des finalités commerciales distinctes. Le mémoire soutient que « En tant que telle, la continuité de l'activité de

transport aérien et la continuité de l'activité des vols commerciaux ne pouvaient donc suffire à caractériser la reprise d'une entité économique ayant maintenu son identité ».

Le mémoire en défense réplique que les choix organisationnels opérés par la société CAI postérieurement au transfert sont sans incidence sur la qualification du transfert. Le mémoire ajoute que « la circonstance que la société CAI ait décidé de développer un nouveau système multi-hub ou qu'elle ait choisi de renouveler une partie de la flotte d'avions reprise ne saurait permettre d'écarter le transfert d'une entité économique autonome ayant conservé son identité dès lors que c'est à la date du transfert qu'il y a lieu d'apprécier si ces conditions sont remplies » et que « en toute hypothèse, les changements organisationnels invoqués n'apparaissent pas d'une importance telle qu'ils auraient eu une incidence sur l'identité de l'entité transférée alors que la cour d'appel a relevé que, postérieurement à la cession, la société CAI avait assuré, sans interruption, la continuité de l'activité de vol de passagers entre la France et l'Italie sous la marque Alitalia ».

Il appartiendra à la chambre sociale de déterminer si l'arrêt attaqué encourt les critiques des deux branches du troisième moyen.