Modification de la situation juridique de l'employeur et sort du contrat de travail

Samar Nasreddine
Université de Ouargla

La crise que vit l'entreprise dans l'économie moderne a une incidence directe sur le plan social. Les difficultés économiques, conjoncturelles ou structurelles, le changement des modes de production,les reconversion ,l'automatisation , tous ces phénomènes ont eu pour conséquence de rendre précaire la situation des salaries. Ceux-ci peuvent à tout moment se trouver privés d'emploi au nom de la rentabilité et de l'efficacité de l'entreprise . Et c'est pourquoi la défense de l'emploi et la garantie de sa stabilité sont devenues la principale revendication des organisations salariales, revendications légitimes que le doit du travail n'a pu manquer de prendre en considération.(1)
Ainsi ou a pu imaginer des solutions législatives qui tendent toutes à un même objectif, à savoir la préservation de l'emploi : réduction du temps de travail, départs volontaires, abaissement de l'âge de départ à la retraite etc…
L'efficacité de ces mesures reste encore l'objet d'un débat très animé .
Une autre disposition contenue dans la Loi 90 -11 du 21 Avril 1990 relative aux relations de travail participe elle aussi à cette préoccupation .
En effet d'après l'art. 74 al. 1 de cette loi «s'il survient une modification dans la situation juridique de l'organisme employeur, toutes les relations de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et les travailleurs ».(2) Ainsi seront donc sans influence , les vicissitudes juridiques que peut connaître l'entreprise sur le sort des contrats individuels de travail . Ceux ci subsistent entre les salariés et le nouvel exploitant dès lors que la permanence de l'entreprise est assurée (3).Mais cette disposition,destinée à garantir l'emploi au cas où survient une modification dans la situation juridique de l'entreprise est-elle réellement efficace ? Si en apparence elle l'est dans la mesure où le salarié est tenu à l'abri des changements que connaîtrait son entreprise, la réalité doit nous conduire à être plus nuancé .
En limitant d'une façon restrictive le domaine où le principe du maintien du contrat doit jouer (I) , et en reconnaissant des prérogatives étendues aux employeurs successifs de mettre fin aux relations de travail lors du transfert d'entreprise (II), la jurisprudence (4) rattrapée sans doute par les réalités économiques va battre en brèche cett disposition législative .

I) Domaine d'application du principe de la continuation du contrat de travail :

Le principe de la continuation du contrat de travail saisit un nombre incalculable de situations dans lesquelles s'opère un changement dans la condition juridique de l'employeur (A). Cependant, ce principe comporte certaines limites (B)

A) champ d'application :

La continuation du contrat de travail doit être étendue à toutes les vicissitudes juridiques de l'entreprise , que la cession de celle-ci soit totale (a) ou partielle (b). .

a) Application aux cessions totales :

Dans son acception la plus simple , la modification de la situation juridique de l'entreprise se traduit par le changement de l'identité de l'exploitant, donc de l'employeur, comme en cas de cession (5), de succession (6), de fusion (7), de transformation de fonds , ou de mise en société .
Mais la jurisprudence étend le principe de la continuation des contrats de travail à toutes les vicissitudes juridiques de l'entreprise .
Ainsi, il a été décidé que doivent être considérées comme des modifications de la situation juridique de l'entreprise :
-la prise en location (8) ou la mise en location-gérance (9), et à l'inverse , la reprise par le propriétaire du fonds loué. (10)
- la transformation de la forme juridique de l'entreprise (11),
- et enfin la filialisation. (12)
Mais si dans ces exemples, la modification de la situation juridique de l'employeur laisse intacte l'activité de l'exploitation, c'est à dire l'entreprise continue à exercer la même activité sous une direction nouvelle, il est des situation ou cette modification se double d'un changement d'activité plus où moins profond . Doit-on alors conclure qu il n'ya plus continuité de l'entreprise – condition d'exercice du principe –, et que le changement de l'activité empêche de ce fait la transmission des contrats de travail au

nouvel exploitant? La question reçoit en jurisprudence une solution nuancée .
Ainsi, lorsque l'activité n'est pas radicalement différente de celle exercée auparavant, on fait appel à la notion de « connexité » pour décider de la continuation de l'entreprise, et partant de la transmission des contrats de travail . Et dans cet ordre d'idée, il a été jugé qu'un commerce de prêt à porter peut succéder à un commerce de tissus et c'est toujours la même entreprise qui continue (14).
En revanche si le nouvel exploitant décide d'un changement radical de l'activité , ou même en conservent la même activité , apporte des modification importantes aux procèdés de fabrication, ou au mode d'exploitation de l'entreprise,il n'y a plus continuation de celle-ci, et par conséquant doit être écarté le principe de la transmission des contrats de travail .
Ainsi il a éte jugé que lorsque le nouvel exploitant a eu recours à la technique d'incinération pour la destruction des déchets urbains alors que l'entreprise le faisait auparavant par pyrolyse (15), ou lorsque le cessionnaire décide de changer l'affectation d'un comion qui n'était par équipé spécialement pour un usage déterminé,en camion de transport d'ordures (16), les salariés ne peuvent se prévaloire de la continuation de leurs contrat de travail faute de la continuation de l'entreprise, condition préalable à l'application du principe .
En vérité, ce critére de changement profond ou non de l'activité de l'entreprise qui conditionne la continuation ou non des contrat de travail n'est pas satisfaisant car il n'est pas toujours facile à cerner .Bien plus, il va à l'encontre de la finalité même de la disposition législative qui édicte le principe de la transmission des contrats de travail en cas de modification juridique de la situation juridique de l'employeur .
En effet, ce critère subordonne la continuation des contrat de travail à la permanence de l'entreprise alors que ce qui importe réellement est la permanence des postes de travail (17) Et dès lors, si la continuation des contrats de travail , malgré la modification intervenue dans la personne de l'employeur doit tendre à garantir la stabilité de l'emploi , alors les juges doivent rechercher à chaque fois si, malgré le changement apporté par le nouvel exploitant, la stabilité de l'emploi du salarié – au regard de ses qualifications – n'aurait pas été assurée .
Et au critère de la permanence de l'entreprise, on substituera un critére plus objectif , celui de la permanence de l'emploi (18)

b) Application aux cessions partielles :

Il est acquis, depuis longtemps que les contrats de travail doivent être maintenus alors même que la cession de l'entreprise n'est pas totale (19).
Cependant, l'application du principe de la continuation des contrats en cas de cession partielle de d'entreprise ne va pas sans soulever quelques difficultés .
La première consiste à tracer les contoures de cette notion de cession partielle .
On définit généralement l'entreprise – dans son sens organique-, comme une organisation composée de moyens matériels (biens formant une universalité) et humains , destinée à la production de biens et de services (20). L'entreprise est donc appréhendée à la fois à travers les biens qu'elle met en œuvre et les hommes qui contribuent à l'œuvre commune, le tout dans une finalité de production .
Et comme lors d'une cession totale de l'entreprise, la jurisprudence veille, même en cas de transfert partiel à ce que la condition de la permanence de l'entreprise, préalable au maintien des contrats en cours soit toujours respectée. Ainsi, la cession partielle emportant continuation des contrats de travail doit se traduire par le transfert d'une« banche d'activité importante dotée d'une organisation autonome » (20), c'est à dire une entité économique autonome comprenant des éléments d'exploitation (matériel, stockes…) et un personnel spécialement affecté à cette activité (22). Et ceci doit conduire logiquement à écarter du champ d'application du principe du mentien des contrats, la cession qui porte sur certains éléments d'actifs isolés, tel qu'un camion(23) ou une machine(24). Mais plus délicate est la question de savoir si la transmission de certains éléments incorporels peut être ou non assimilée à un transfert partiel de l'entreprise.
La Jurisprudence semble en tout cas l'admettre dans l'hypothèse de la transmission d'une marque .
Ainsi il a été décidé que lorsque une entreprise céde à une autre le droit d'exploiter une de ses marques, les contrats des représentation qui en assuraient la diffusion doivent continuer avec le cessionnaire (25) .
C'est qu'en effet, et bien qu'une marque ne soit pas une entreprise , la jurisprudence semble retenir dans ce cas le critère de la clientèle ,car celle-ci reste attachée à la marque indépendemment de l'identité du fabricant du produit , et lui reste fidèle tant que le produit lui donne satisfaction (26).
La seconde difficulté consiste à savoir qui des salariés de l'entreprise, lors d'une cession partielle doivent être concernés par la continuation des contrat de travail .
On peut en effet imaginer que pendant une cession partielle , le cédant profite pour faire passer au cessionnaire les salariées dont il

veut se débarrasser, soit parce qu'il sont les moins qualifiés , ou tout simplement ceux dont il n'était pas satisfait . Or sur ce point , la jurisprudence considère que seuls sont concernés par le maintien de leurs contrats de travail , les salariés qui étaient «exclusivement affectés » à l'activité ainsi transférée (27).
Bien plus, si l'activité objet de la cession ne bénéficiait pas d'un personnel spécialement affecté, aucun contrat de travail ne pouvait être mis à la charge du cessionnaire(28) .

B) Les limites d'application du principe de la continuation du contrat

Au champ d'application du principe du maintien des contrats de travail , la jurispou dence apporte deux tempéraments :
Le principe ne recoit application qu'à la condition que l'entreprise ne disparaisse pas(a), et qu'un lien de droit unisse les deux employeurs successifs (b) .

a)Non disparition de l'entreprise

En exigeant la permanence de l'entreprise, ou du moins la continuation d'un activité économique, la jurisprudence, on l'a vu, exclut les hypothèses où le transfert de l'entreprise se double d'un changement profond de l'activité : il n'y a plus de continuation de l'entreprise et le personnel ne peut prétendre au maintien de sa relation de travail avec le nouvel employeur .En effet, quand l'entreprise originelle meurt pour laisser place à une entreprise nouvelle , le personnel peut être valablement licencié et ne pourra bénéficier d'aucune indemnité de rupture car il ne pourra ni se retourner contre le premier employeur qui invoquera la force majeure, ni contre le nouveau propriétaire qui se défendra de l'absence de tout lien de droit entre les salariés de son prédécesseur et lui même (29).
La même solution est retenue lorsque l'entreprise , généralement pour des motif s économiques cesse toute activité , puis est reprise par un autre entrepreneur après un temps plus au mois long. Dans ce cas , il y a rupture de la continuation de l'entreprise et les contrat de travail conclu par le cédant deviennent inopposables au nouvel exploitant .
Encore faut-il que la fermeture de l'entreprise puis sa reprise soient effectives et opérées sans intention de faire échec au maintien des contrats de travail .
En effet il arrive que l'employeur, pour faciliter la reprise de son affaire libérée de tout le personnel, simule la fermeture de l'entreprise et procède au licenciement de tout les salariés pour cause de cessation d'activité. Et ainsi , les contrat de travail , rompus avant l'intervention de la cession ne sont plus en cours et ne passeront donc pas à la change du repreneur (30) .

Aussi, la fermeture suivie peu de temps après d'une réouverture de l'entreprise sous une direction nouvelle doit etre considérée comme une opération de fraude à la loi (31), visant à faire obstacle à la continuation des contrat de travail, si cette fermeture avait pour seul but de faciliter le transfert de l'entreprise (32). Et les licenciement ainsi intervenus doivent être déclarés non pas abusifs mais nuls, autrement dit inopposables aux salariés qui peuvent contraindre le cessionnaire à les poursuivre (33). Aussi, la jurisprudence se montre très hardie à rechercher l'intention du cédant qui procède à la fermeture de l'entreprise, et si les licenciements qui y font suite n'ont pas étés effectués en vue de la cession(34).

b) Exigence d'un lien de doit

Examiné sous l'angle de la technique du droit civil, le principe de la continuation du contrat de travail apparait comme une dérogation à autre principe, celui de l'effet relatif des conventions (35). En effet , l'ayant –cause, c'est à dire le nouvel employeur reste tenu au respect des contrat de travail passés par son prédécesseur alors même qu'il n'en avait pas été partie .
Cette conception civiliste doit logiquement conduire à exiger un lien de droit ,c'est à dire un rapport d'auteur à ayant cause entre les deux employeurs successifs, à défaut duquel le principe du maintien des contrat de travail ne saurait recevoir application .
Or cette logique , qui conduirait nécessairement à restreindre le champ d'application du principe fut vite abandonné, et dés 1934 , la jurisprudence refuse de voir dans ce lien de droit une condition préalable au maintien des contrat de travail en cas de changement dans la personne de l'employeur (36).
Pour la Cour de Cassation, ce principe destiné a garantir aux salariés la stabilité de leur emploi doit recevoir application dans tous les cas où la même entreprise continue à fonctionner sous une direction nouvelle sans qu'il y ait lieu de rechercher sil existait ou non des liens de droit entre les employeurs successifs (37).
Ainsi , le principe de la continuation des contrats de travail va devoir jouer dans tous les cas où intervient une modification de la situation juridique de l'employeur, pourvu qu'il y ait permanence de l'entreprise , ou au moins celle de l'activité économique, même si aucun lien de droit n'unissait les deux exploitants successifs (38) .

Mais l'extension excessive – et parfois même abusive de ce principe allait déboucher quelquefois sur des situations pour le moins surprenantes notamment en cas de changement de prestataires de services .

La situation se présente comme suit : une entreprise fait appel à une société spécialisée pour assurer le service de gardiennage ou de nettoyage, ou lui confie la gestion de sa cantine ou le transport de son personnel. Puis le contrat arrivé à terme , l'entreprise utilisatrice de ces services procède à sa résiliation pour confier cette même tâche à une autre société . Pour la Cour de cassation , lorsque la société continue à assurer le service confié précédemment à une autre société , il s'agit bien de l'exploitation de la même entreprise (39), c'est à dire que le remplacement d'une société par une autre constitue une modification juridique de l'entreprise et conclut tout logiquement que les contrats de travail conclu s par la société qui a perdu le marché doivent être maintenus par le nouvel exploitant. (40) .

Une situation analogue se rencontre encore dans le domaine des travaux publics où deux adjudicataires se succèdent dans un même marche (41) .

Mais une telle extension n'allait pas manquer de susciter l'inquiétude de la doctrine (42) qui voit dans cette jurisprudence un moyen de fausser le jeu de la libre concurrence économique ,dans la mesure où une société qui emporte un marché précédemment détenu par une autre se voit contrainte soit de conserver les salariés de l'entreprise concurrente au risque de se retrouver en situation de sureffectif, soit de procéder au licen ciment de ces derniers mais en supportant dans ce cas les indemnités de rupture(43).

Bien plus, cette solution dégagée par la jurisprudence reserve parfois à l'entreprise utilisatrice de services de bien mauvaises surprises. Ainsi , cette entreprise qui, à l'expiration du contrat procède à sa résiliation parcequ'elle n'est pas satisfaite des services du premier prestataire, et à son remplacement par un autre, voit lui revenir

- par le jeu du transfert des contrats de travail – ces mêmes salariés dont elle était mécontente !

Sensible sans doute à ces critiques, la jurisprudence après un demi-siècle marqué par une position d'une constance remarquable, opère à partir de 1985 un revirement spectaculaire.

C'est d'abord l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation qui donne le ton en affirmant et d'une façon qui ne prête à aucune équivoque que la modification de la situation juridique ne pouvait résulter de la perte d'un seul marché (44).Ensuite, lui emboîtant le pas, la Chambre Sociale exigea un lien de droit entre les deux employeurs successifs comme condition essentielle au maintien des contrat de travail.

Ainsi il a été décidé, et dans le domaine des travaux publics, que le nouvel adjudicataire n'est pas tenu de conserver à son service les salariés de l'entrepreneur auquel il vient de succéder, même affectés au chantier qu'il vient de reprendre et cela, faute d'un lien de droit unissant les deux employeurs (45)

La même solution est retenue lorsque l'entreprise utilisatrice de services reprend ledit service confié à une société spécialisée pour ensuite assurer elle- même sa gestion (46) .

Donc le principe est désormais posé : pour qu'il y ait transmission des contrats de travail , un lien de droit doit exister entre les employeurs successifs, à défaut duquel, le principe doit être écarté.

Cependant, l'exigence d'un tel lien doit être nuancée .En effet s'il est admis désormais qu'en cas de reprise en gestion directe par l'entreprise utilisatrice des services, de certaines activités dites d' intendance (gardiennage, nettoyage , transport du personnel) la continuation des contrats de travail doit être écartée , il en va autrement lorsque l'activité confiée ou concédée à des prestataires extérieurs puis reprise par l'entreprise , a trait à certains aspects de la production ou de la distribution de ses produits(47) .

Il est vrai que de prime abord , on peut penser que les deux situations peuvent être assimilées car finalement, et dans les deux cas l'entreprise reprend ce qu'elle a concédé à une autre,mais en réalité, l'assimilation est trompeuse .

En effet, si dans la première hypothèse (reprise d'un activité d'intendance), il y a bien un lien de droit unissant le prestataire et l'entreprise utilisatrice des services lors de la cession,ce même lien fait défaut lors du retour de cette même activité à l'entreprise cédante. On peut même dire que la reprise par cette dernière de cette activité qui est extérieure à son activité proprement dite marque la fin justement de ce lien droit (48) .

Au contraire lorsque une entreprise reprend une activité de production ou de distribution précédemment concédée à une autre, il s'agit bien à l'origine d'une sorte de démembrement de l'activité même de l'entreprise cédante (cession partielle), créant un premier transfert de l'exploitation lors de la cession vers l'entreprise cessionnaire et un second transfert vers l'entreprise cédante cette fois ci au moment de la reprise (49) Et dés lors, la condition de l'existence d'un lien de droit se trouvant remplie, l'entreprise est tenue au maintien des

contrats de travail conclus par le cessionnaire.

II) Prérogatives des employeurs successifs quant au contrat objet de la transmission

Le contrat de travail ainsi transmis, il reste à déterminer les pouvoirs du nouvel employeur Un principe fondamental domine cette question : le cessionnaire ne saurait avoir moins de droits que le cédant, et de ce fait le nouvel employeur pourrait procéder à la rupture de la relation de travail (A), et a priori à sa modification (B).

A)Rupture pour réorganisation de l'entreprise :

Il est admis et depuis longtemps que la transmission des contrats de travail au cessionnaire ne fait pas échec au doit de celui –ci de procéder au licenciement de certains salariés lorsqu'il justifie d'une réorganisation de l'entreprise (b) .
Mais le cédant ne peut pas en principe procéder à de tels congédiements avant le transfert de l'entreprise même si à ce moment là , la réorganisation des services a été déjà décidée par le cessionnaire. Mais sur ce point là , la jurisprudence a encore évolué (a).

a) Rupture avant le transfert de l'entreprise

Le cèdent peut procéder lui-même à la réorganisation de l'entreprise et au licenciement de certains salariées si au moment du congédiement , la cession n'était pas encore envisagée (50). Mais pourrait –il opérer ces congédiements en vue de la réorganisation décidée par le cessionnaire ?
On peut penser de prime abord que la réorganisation de l'entreprises envisagée par le cessionnaire avant ou au moment de la cession peut légitimer les licenciements effectués par le cédant avant le transfert de l'entreprise, du moins lorsque les salariés licenciés n'ont pas été remplacés. C'est qu'on effet, la suppression des postes de travail, décidée déjà par le nouvel employeur dans le cadre d'une réorganisation conduira inévitablement au licenciement des salariés après la cession(51). Doit-on alors conclure qu'il serait indifférent pour ces salaries qu'ils soient licenciés avant ou après la cession, par l'ancien employeur ou pour le nouvel exploitant ? Le raisonnement est séduisant mais il n'en est pas moins dangereux, car si les salariés effectivement ne subissent pas de dommages lorsque leurs postes de travail sont supprimés, il ne faut pas perdre de vue que la cession de l'entreprise a souvent lieu suite à des difficultés économiques et financières . Or si on admet que l'ancien employeur puisse licencier dans le cadre d'une réorganisation projetée par le cessionnaire, les salariés congédiés ne peuvent dans ce cas ni se retourner contre ce dernier pour le paiement des indemnités de rupture, et cela pour cause d'absence de tout lien de droit, ni contre leur ancien employeur, celui là étant devenu insolvable.
On peut même imaginer une collusion frauduleuse entre le cédant et le cessionnaire qui par cette manœuvre libérera ce dernier de payer toute indemnité de rupture en transférant cette obligation à la charge du premier employeur qui de toute façon ne pourra pas payer.

Aussi doit-on conclure que si les salariés dans le cas où leurs postes de travail sont supprimes doivent être de toute façon licenciés, autant qu'ils le soient par un cessionnaire solvable que par un cédant en difficultés.
Cette solution qui est en somme profitable aux salaries en tant qu'elle laisse intacts leurs droits aux indemnités de rupture a été celle adoptée par la Cour de cassation en France qui jusqu'en 1980 condamnait systématiquement tous les licenciements antérieurs à une cession d'entreprise (55).
Mais un arrêt du 31 janvier 1980(56) marque un revirement inattendu d'une jurisprudence jusque là constante(57), en admettant désormais que le principe de la continuation des contrats de travail ne fait pas nécessairement obstacle à ce que, avant même que ne s'opère la cession, le salarié soit licencié compte tenu de la réorganisation à laquelle le futur exploitant a d'ores et déjà décidé de procéder(58) .
Cette solution, critiquable sur le plan du droit car elle bat en brèche le principe même du maintien du contrat du travail, peut trouver sa justification par ailleurs en ce qu'elle rend plus aisée la transmission des entreprises en difficultés en déchargeant l'acquéreur de payer les indemnités de rupture, permettant ainsi de sauvegarder l'outil de production et de conserver au moins une partie des postes d'emploi.

b) Rupture après le transfert de l'entreprise .

Si le nouvel exploitant dispose des mêmes prérogatives qui étaient celles de l'ancien employeur, il devient évident que «le principe qui s'oppose seulement à l'extinction automatique des contrats par le seul fait du changement n'interdit pas à l'employeur,après transformation,de réorganiser l'entreprise en licenciant le personnel qui lui paraît inutile, à la

condition de respecter les régles relatives aux ruptures»(59)
Et c'est à peu prés à cette formulation que la Cour de cassation en France s'en tient lorsqu'elle décide que la modification de la situation juridique de l'entreprise «ne fait pas échec au droit que possède l'employeur de réorganiser son entreprise en supprimant des emplois qui lui paraissent inutiles»(60). Et justement, le transfert de l'entreprise est très souvent suivi de la réorganisation de ses services car dans la plupart des cas ,la cession de l'exploitation intervient suite à des difficultés économiques (financières, structurelles ou autres).
Mais le pouvoir de réorganisation que possède le nouvel employeur ne tend nullement à contrarier le principe du maintien des contrats de travail, car si les conditions du transfert sont remplies, le cessionnaire ne peut s'opposer à la continuation de ces contrats. Ceux-ci passent bien à la charge du nouvel employeur qui peut à ce moment,mais à ce moment seulement provoquer leur rupture (61), selon les règles de droit commun en la matière, c'est à dire suivant les mécanismes applicables aux licenciements pour cause économique, (62) Et c'est à ce cessionnaire qu'incombera alors la charge de payer les indemnités de préavis et de licenciement.
Or,c'est sur ce point là justement que le transfert du contrat de travail deviendra profitable au salarié licencié (63).
En effet et selon une jurisprudence constante, les indemnités de rupture doivent être calculées sur la base de la totalité de l'ancienneté acquise en y incluant le temps passé chez l'ancien employeur (64) .
Ainsi, et par l'effet du maintien du contrat de travail, le salarié reste attaché à une seule entreprise, peu importe que celle-ci ait changé de statut juridique,ou changé de propriétaire. Le travailleur est tenu par un seul contrat de travail qui englobe toute l'activité dans son ensemble.
Et la jurisprudence, poussant ce raisonnement encore plus loin, décide dans ce cas précis, que l'ancienneté passée au service de l'ancien employeur doit être prise en compte non seulement pour le calcul de l'indemnité de préavis et de licenciement, mais encore pour le calcul des indemnités des congés payés(65), et l'indemnité de départ en retraite (66).
Elle exige même que le certificat de travail contienne les mentions relatives à l'ensemble des activités du salarié dans l'entreprise, y compris celles exercées sous l'égide de l'ancien employeur(67).
Et dans ce même ordre d'idée, il a été soutenu que l'ancienneté acquise chez le précédant employeur doit être prise en compte lorsqu'il s'agit de déterminer l'orde des licen ciments, à coté bien sur des autres critères, tels que l'expérience dans le poste, la qualification professionnelle ou les charges de famille (68). Ainsi, et grâce au principe du maintien du contrat de travail, la carrière professionnelle du salarié cesse désormais d'être traitée de manière parcellaire et fragmentée, pour être appréhendée de façon globale et unitaire,lorsqu'elle s'est déroulée au service d'une méme exploitation économique.
Mais si cette solution est largement favorable au salarié, elle n'en lui réserve pas moins quelquefois de désagréables surprises. Ainsi, il a été décidé que le nouvel exploitant est tout à fait fondé à invoquer à l'appui du licenciement du salarié transféré, des fautes ou des négligences professionnelles commises par lui alors qu'il se trouvait sous l'autorité de l'ancien employeur (69).

B)Modification du contact de travail par le nouvel employeur.

Le transfert du contact travail au nouvel employeur s'opéré de plein droit, et aucune formalité n'est exigée.
Le salarié de son coté ne peut s'opposer à ce transfert, sauf à se voir imputer la rupture du contrat qui s'en suivrait.(70).
Mais en invoquant cette notion de transfert, on imagine souvent que c'est le méme contrat conclu par l'ancien employeur qui passe, avec toutes ses conditions et modalités, à la charge du nouvel exploitant.
Mais cette supposition heurterait directement le principe selon lequel le transfert des contrats de travail doit mettre le cessionnaire dans la méme situation qui était celle du cédant. Il ne peut pas avoir moins de droits que lui. Or ce dernier, fort de son pouvoir de direction, avait la possibilité de modifier le contrat de travail (71).
Pourtant, certaines Cours d'appel en France avaient estimé que le nouvel exploitant était tenu, par l'effet du transfert, de reprendre sans modification possible les contrats en cours, et avaient conclu qu'un licenciement intervenu suite à une modification substantielle du contrat, refusée par le salarié, doit être considéré comme abusif.
Mais ces décisions ont toutes encouru la censure de la Cour de cassation pour qui « la poursuite du contrat en cours n'impliquait pas automatiquement le maintien de tous les avantages acquis, qu'ils soient ou non essentiels 72)«).
Ainsi, la modification du contrat de travail en cas de substitution d'un employeur à un autre rejoint les solutions de droit commun en la matière. Tout d'abord, le nouvel employeur peut imposer des modifications qui ne portent pas sur un élément essentiel du contrat(73). Si le salarié refuse, il pourrait être considéré comme démissionnaire, ou

licencié pour faute grave, ce qui, dans les deux cas le privera des indemnités de rupture(74).
Par contre, si la modification proposée par le nouvel employeur porte sur un élément essentiel du contrat (75), et si le salarié la refuse, la rupture sera alors imputable à l'employeur (76) qui sera condamné à payer les indemnités de préavis et de licenciement(77) .
La modification de la situation juridique de l'entreprise ne fait donc pas barrage au nouvel employeur de pouvoir apporter des modifications au contrat de travail ainsi transmis à lui.
Et l'on ne pourrait même pas objecter que la modification décidée par le nouvel employeur , lorsqu'il refuse de confirmer le salarié dans les conditions qui étaient les siennes dans ses rapports avec son ancien employeur , tendrait à faire échec au principe du maintien du contrat , car on ne peut refuser au cessionnaire ce qu'on admettrait au cédant.
Et donc, par l'effet du transfert, la continuation du contrat de travail est certes assurée, mais pas nécessairement aux mêmes conditions.
Dans ces moments difficiles de chômage et de précarité, ce n'est pas le moindre mérite de ce principe.

BIBLIOGRAPHIE

1)- J.C. Javillier , Droit du travail , L.G.D.J., Paris 1980, pge 183.
2-Cet article est l'équivalent de l'article L. 122-12. al.2.du du code du travail français.
3)G.H. Camerlynck, Contrat de travail , L.G.D.J. Paris , 1982, pge 374.
4) Il s'agit évidemment de la jurisprucence française , et c'est elle que nous allons utiliser dans le présent article..
5)Cas.Soc. 28 Janvier 1971, le droit du travail en France , Ed. Lefebvre , N° 1605,p. 397.
6)Cas.Soc. 16 Nov 1977 ,Idem.
7)Cas.Soc. 10 Mai 1972 ,Idem.
8)Cas.Soc. 18 Fev 1960 , Bull IV. N°203,p.159.
9)Cas.Soc. 19 Mars 1981, Idem.
10)Cas.Soc. 22 Oct 1959, J.C.P. 1959 , II, 11369 note R.L.
11)Transformation d'une entreprise individuelle en société , Cas.Soc. 19 Mai 1958, Bull.IV, N°612,p.454.
12) Cas .Soc.30 juin 1960,J.C.P.1961,II,11496
note G.H Camerlynck.
13)Un arret de la Cour de Cassation a semblé repondre par l'affirmative lorsqu'il conclut à la continuation du contrat de travail « (..) dés l'instant que l'activité de l'entreprise est restée la même 22 « Oct.1959, précité, mai la jurbrispru dence a depuis évolué.
14) Cas.soc.23 Fev.1977, Bull.V,n°133.P.104-dans le meme sens Cas.Soc. 9 Juin 1980,D,1981,I.R.316
15) Cas.Soc 18 Oct.1983,D.1984,I.R,358 Obs.Ph Langlois.
16) Cas.Soc 16 oct.1984,DR.soc.1985.P.171.
17) H.Blaise, Actualisation d'un camaieu juridique : l'art.L.122.12. du code travail,Dr.soc.1985,P.165
18)Voir sur ce point ,G.H Commerlynck, Identité d'entreprise ou identité d'emploi, D.1978, Chr.P.269.
19) Cas.Soc 18.Dec.1959,Bull.IV.n°1278 : ,p.1014.
20) H.Blaise. , Continuité de l'entreprise : flux et eflux de l'interprétation extentive de l'A.R.T122..12 Dr.Soc.1984,p.92-App.*.savatier,note sous Cas.*.21 mai.1964, Dr.*.1964,p.288
21) Cas.soc.19fev.1986, Bull.v.n°=8,p,7.
22) Cas.soc.12Dec.1990, le droit du travail en France, ed.Lefebvre,n°=1902,p.397.
23) Cas.soc.16 oct. 1984, précit.
24) Cas.soc.19 mai. 1976,Bull.v.n°=291,p.238.
25) Cas.soc.19 fev.1981,Bull.v.n°=144,p.107-Et sur cette question en génénl, voir D.Terrier,sort des contrats de travail conclus pas l'ancien distributeur exclusif, cah.drt.enteprise,1983/3,p.10
26) H.Blaise, les modifcations dans la presonne de l'employeur :l'art.l.122-12 dans la tourmente, Dr.soc.1986,p.842.
27) Cas.soc.14 nov.1980,Bull.I.n°=819,p.605
28) Cas.soc.25 avril 1984, ,d.1984, I.R.432-10 Oct.1984,Juin.Social 1984.n° 72.
29) H. Sinay, stabilité de l'emploi et transfert d'entreprise J.C.P. 1961, I, 1647.
30) cette mesure est pourfois la condition même du transfert auquel le cessionaire ne consentirait pas s'il était obligé de garder le personnel ancien.
31) G. Lyon – Caen , la fraude à la loi en matière de licenciement , Dr . Soc . 1978, p .70.
32) Cas . Soc . 9 oct 1975, bull . V . N°: 448
33) G. Lyon –Caen , article précité , p 72
34) J. Mouly les licenciements antrérieurs au transfert d'entreprise , Dr .Soc 1982 , p 737
35) Brun et Galland, droit du travail ,II N°261 : P. 529

36) Cas . soc . 27 Fev 1934 , Grand arrèts de droit du travail , 2 : ed N°104 :
37) Cas .soc . 24 mai 1960 , ull IV , N°556 : , p . 431
38) Notamment en Cas de nationalisation , Cas .Soc 1 Aout 1950 , Bull . IV , N°1183 : , p. 941
39) Dans le sens de la permanence de l'activité économique
40) sur cette furisprudence , voir H. Blaise , les modification dans la personne de l'employeur ….., article précité , p . 837
41) I. Deprez , L'art . L .122-12 et les entreprise se succédant dans un même marché : un revirement spéctaculaire de jurisprudence ,Bull. Soc . F. le fevre 8-9 / 1986 , p. 363
42) Appuyée par certaines cours d'appel . voir par exemple Caen , 20 Oct . 1981 , J.C.P travail , fasc . 30 . 6 , N°24 : .
43) sur ces critiques , voir J. Pélissier, note sous Cas. Soc .8 Nov. 1978 , D 1979, 277
44) Cas .Ass. Plin. 15 Nov 1985 , Dr . Soc 1986, p . 1 note G. Couturier.
45) Cas . Soc 12 Juin 1986, D. 1986 , I. 1 note I.P. Karaquillo.
46) Cas. Soc 12 Juin 1986, 2 : espèce , Bull . Soc F. Lefebre 8-9/1986, p. 383
47) Cas. Soc . 12 juillet 1986, Bull . Soc . F . Lefebvre 11/1986, p. 467
48) J. Deprez , L'art.L122; .12 , nouveau régime et le critére du lien de droit , Bull . Soc . F . Lefebvre 11/1986, p. 463
49) H. Blaise, les modification dans la personne de l'employeur….., Article précité p. 840 et 841
50) Cas . Soc , 15 Oct 1975, Bull . V , N°: 458, P 493
51) Lusseau, La poursuite du contrat de travail lors d'une modification dans la personne de l'employeur, Thèse poitiers 1973, p. 183 ets.
52) J. Mouly , article précité , p. 739
53) Cas ; Soc29 ; Nov 1961 , I.C.P. 1962 , II , 12493
54) J. Pélissier , note sous Cas ; Soc . 8 Nov et 30 Nov . 1978, D. 1979, 27755) Sur cette furisprudence , voir N. Catala, L'enreprise Dalloz 1980, N°86 : , p. 82 ets
56) D1980 ; , p. 398, Nte F. Dérida
57) J. Mouly , article précité , p. 738
58) dans le même sens, Cas ; Soc 18 Mars 1982, D. 1982, I.R , 312 – 27 avril 1987, Juri-Soc . UIMM, p368 ;
59) Brun et Galland , T.II N°259 : , p. 525.
60) Cas . Soc 12 Dec 1952 , Bull. IV , N°922 : , p. 663 Il s'agissait en l'éspèce de deux journaux qui ont fusionné sous une direction unique , et l'employeur a été autorisé à supprimer l'un des deux postes de diecter de vente , ainsi que l'un des des postes de chef comptale
61) comme l'arait pu faire d'aiffeurs l'ancien employeur
62) Autrement dit, l'employeur doit jusifier de la cause économique , décider du licenciement après négociation collective, après avoir eu recours à tous les moyens suscptibles de réduire le nomre des salascés licenciés (arts 69,70 et 71 de la loi 90-11 du 21 avril1990)
63) un auteur dira que c'est là la seule portée du sinay, article précité
64) Cas.Soc 20 avril 1951 , Bull . IV N)306 : , p. 215-18 Fev. 196 , Bull. IV N°: 203, P.159-16 oct. 1984, Juri-Social 1984, N°: 72
65) Cas . Soc . 12 Janvier 1952 , Bull . IV N°36 : , p.26
66) Cas. Soc 30 Juin 1960 précité
67) Cas . Soc 5 Fev 1975 précité
68) H. Blaise , Act ualisation d'un camïeu juridique….., article précité , p 168
69) Cas . Soc . 29 Mai 1990 le febure N°1613 : , p. 401
70) Cas Soc . 5 Nov 1989 , le febure N°1611 : , p. 400
71) H. Blaise , article précité , p 168
72) Cas. Soc . 19 Oct 1983 , Dr . Soc .1985, p 170- 27 Avril 1984, Bull . Soc . F. le febure 7/1984, Inf., 573
73) par exemple un changement d'affecation avec maintier de la même rémunération , ou à plus forte raison assorté d'une rémurésation supérieure
74) Cas . Soc . 1er Fev 1984 , D . 1984 , I.R., 316
75) Par exemple le changement du lieu de travail ou la modification des horaires , si ce changement boulverse la vie sociale du sa larie
76) Sur cette question en général, voir J. Savatier la modification unilatérale du contrat de travail Dr. Soc . 1981, p. 219 – Add .X. Blanc – Jouvan, Initiative et imputabilité, un éclatement de la notion de licenciement, Dr . Soc 1981, p . 207
77) cette solution dans son ensemble peut très bien être envisagée en droit algérien , et notre législateur nous en fournit un exemple dans l'art . 70 de la loi 90-11, d'après lequel, le refus par le salarée d'être transféée vers d'aures activités (modification essatielle) lui ouvre droit aux indemnités de rupture