

// le dossier pratique

Le transfert d'entreprise et la modification du contrat

Des règles particulières sont prévues en cas de transfert d'entreprise. Si le transfert s'opère dans les conditions prévues à l'article L. 1224-1 du Code du travail, en l'absence d'autre modification du contrat que le changement d'employeur, le refus du salarié vaut démission. En revanche, le transfert prévu par convention ou accord collectif suppose l'accord du salarié.

Le point dans ce dossier, issu de Liaisons sociales - Les thématiques n° 110 «La modification du contrat de travail», juill. 2023

En cas de transfert d'entreprise dans le cadre de l'article L. 1224-1 du Code du travail, le salarié ne peut s'opposer au transfert de son contrat de travail, qui subsiste dans les mêmes conditions avec le nouvel employeur. En revanche, si le transfert est effectué en vertu d'un accord ou d'une convention collective, l'accord exprès du salarié est requis. Si le transfert entraîne en soi une modification du contrat de travail autre que le changement d'employeur, le salarié peut refuser cette modification. La Cour de cassation a posé le principe selon lequel le nouvel employeur, s'il ne peut maintenir les conditions antérieures au salarié, doit formuler de nouvelles propositions ou engager une procédure de licenciement. Enfin, en cas de transfert d'une entité économique employant des salariés de droit privé vers un service public administratif, la personne publique doit proposer à ces salariés des contrats de droit public reprenant les clauses substantielles des contrats initiaux. En cas de refus des salariés, leur contrat prend fin de plein droit.

1 Maintien du contrat sans modification

TRANSFERT DANS LE CADRE DE L'ARTICLE L. 1224-1 DU CODE DU TRAVAIL

Selon l'article L. 1224-1 du Code du travail, «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 principe postule la poursuite du contrat aux **mêmes conditions**, sans modification. Le contrat subsiste avec le nouvel employeur «dans les conditions mêmes où il était exécuté au moment du changement d'exploitant» (Cass. soc., 13 mai 1982, n° 80-40.853 P; Cass. soc., 24 janv. 1990, n° 86-41.497 P). Le nouvel employeur ne peut donc imposer au salarié une période d'essai (Cass. soc., 13 nov. 2001, n° 99-43.016 P) ou une diminution de responsabilité (Cass. soc., 9 nov. 2022, n° 21-13.066). Il ne peut pas plus faire signer aux salariés, avant le transfert, un avenant contractuel comportant une clause de mobilité afin de les priver des droits qu'ils tiennent de l'article L. 1224-1 du Code du travail: en l'occurrence, la clause de mobilité avait ensuite été appliquée pour imposer un changement de secteur géographique. Cette manœuvre a été analysée comme déloyale (Cass. soc., 5 janv. 2022, n° 20-17.599).

L'obligation de **non-concurrence** souscrite auprès de l'ancien employeur est transmise avec le contrat au nouvel employeur, qui peut s'en prévaloir (Cass. soc., 15 oct. 1997, n° 95-42.454 P).

À NOTER La question a été posée des effets du transfert du contrat de travail d'un salarié ayant conclu chez son ancien employeur une convention de forfait en jours. La Cour de cassation considère que le salarié reste soumis à ce forfait seulement si l'entreprise d'accueil est couverte par un accord collectif prévoyant le recours au forfait en jours. À défaut, le salarié peut réclamer le paiement d'un rappel d'heures supplémentaires à compter de son transfert (Cass. soc., 15 mai 2014, n° 12-14.993). On notera que la mise en cause du statut collectif peut donner lieu à la conclusion d'un accord de transition ou d'adaptation, permettant de sécuriser une telle difficulté juridique (C. trav., art. L. 2261-14-2 et L. 2261-14-3).



Il a été jugé que le **refus** opposé par le **salarié** à ce transfert automatique (changement d'employeur sans autre modification du contrat) produit les effets d'une **démision** (Cass. soc., 10 oct. 2006, n° 04-40.325 P) : le salarié ne peut, en effet, ni exiger la poursuite de son contrat de travail avec le cédant, ni obliger celui-ci à le licencier (Cass. soc., 19 déc. 2007, n° 06-18.442).

En revanche, lorsque les conditions de l'article L. 1224-1 du Code du travail ne sont pas réunies, le transfert du contrat de travail d'un salarié d'une entreprise à une autre constitue une modification de ce contrat qui ne peut intervenir sans son accord exprès, lequel ne peut résulter de la seule poursuite du travail (Cass. soc., 10 oct. 2006, n° 04-46.134 P).

TRANSFERT PRÉVU PAR ACCORD COLLECTIF

Lorsqu'il s'agit d'un transfert conventionnel du contrat, en dehors de l'application des dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail, l'**accord exprès** du salarié est **nécessaire** au changement d'employeur (Cass. soc., 3 mars 2010, n° 08-41.600 P : pour un salarié protégé ; Cass. soc., 7 nov. 2018, n° 16-22.465 ; Cass. soc., 24 mai 2023, n° 21-12.066).

Dans cette hypothèse, le **refus** de changer d'employeur ne constitue **pas en lui-même** une **cause de licenciement** (Cass. soc., 17 mars 2010, n° 08-44.026).

Le changement d'employeur en raison de dispositions conventionnelles « constitue une **novation** du contrat de travail [qui] ne peut, sauf dispositions législatives contraires, résulter que d'une acceptation expresse du salarié » (Cass. soc., 8 avr. 2009, n° 08-41.046 P).

Ce principe de l'accord exprès ne peut être opposé par le nouvel employeur pour échapper à la reprise du contrat de travail prévue par des dispositions conventionnelles (Cass. soc., 12 juin 2019, n° 17-21.013).

Dans le cadre d'un transfert conventionnel, en l'absence de stipulation conventionnelle le prévoyant, le nouvel employeur ne peut conditionner la reprise des salariés à leur acceptation d'un changement de lieu de travail, nonobstant l'existence de clauses de mobilité dans leurs contrats de travail (Cass. soc., 12 janv. 2012, n° 10-11.612).

TRANSFERT PARTIEL DES CONTRATS

Lorsque le salarié est affecté à plusieurs entités distinctes, c'est-à-dire à des tâches qu'il accomplit pour des activités différenciées au sein de la même entreprise, la question s'est posée des conséquences de l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, si l'une des entités est transférée.

Dans un **premier temps**, la **Cour de cassation** a posé le principe que cette situation pouvait entraîner un **transfert partiel** du **contrat de travail**. Le salarié travaillant à temps plein pouvait devenir, par l'effet de l'application du dispositif légal, salarié à temps partiel de plusieurs employeurs (Cass. soc., 9 mars 1994, n° 92-40.916 P). Elle a ainsi jugé que le contrat de travail d'un salarié affecté à concurrence de 40 % de son temps pour l'activité cédée était transféré pour cette part d'activité pour l'entité cédée (Cass. soc., 2 mai 2001, n° 99-41.960 P). Le **contrat** était donc **modifié** (temps plein – temps partiel) par l'effet de l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, sans que le salarié puisse se prévaloir des conséquences de cette modification pour lui.

C'est dans ce contexte que la jurisprudence a amorcé une évolution visant à préserver l'unité du contrat de travail. Elle a ainsi posé le **principe** du **transfert total** du **contrat**, dès lors que celui-ci s'exécute pour « l'essentiel

dans le secteur d'**activité repris** par la société », alors même que le salarié exerçait des tâches dans un secteur encore exploité par l'autre employeur (Cass. soc., 30 mars 2010, n° 08-42.065 P ; Cass. soc., 21 sept. 2016, n° 14-30.056 P).

Si cette évolution permettait d'éviter de « scinder » le temps de travail et de faire éclater le contrat, elle laissait néanmoins perplexe sur l'appréciation de l'expression « pour l'essentiel ». Si l'activité transférée représentait 80 % du temps consacré par le salarié, alors il n'y avait guère de doute, c'était bien l'essentiel et donc la totalité du contrat qui devait être transférée. Mais qu'en était-il si les pourcentages variaient entre 50 % et 80 % du temps ? Cette **jurisprudence** a finalement été **abandonnée** à la suite d'un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne qui, en présence d'un transfert d'entreprise impliquant plusieurs cessionnaires, a écarté non seulement la possibilité de transférer le contrat au seul cessionnaire auprès duquel le salarié exerce ses fonctions à titre principal, mais également la possibilité de ne transférer le contrat à aucun des cessionnaires (CJUE, 26 mars 2020, n° C-344/18). Selon la CJUE, les **droits** et les **obligations** résultant du **contrat de travail** doivent être **transférés à chacun** des **cessionnaires**, au *prorata* des **fonctions** exercées par le salarié, à **condition** toutefois que la **scission** du **contrat** de travail soit **possible** ou qu'elle n'entraîne **pas** une **détérioration** des **conditions de travail** ni ne porte atteinte au maintien des droits des travailleurs garanti par la directive n° 2001/23 du 12 mars 2001 sur les transferts d'entreprise. Si ces conditions ne sont pas réunies, l'éventuelle résiliation du contrat de travail qui s'ensuit doit être considérée comme intervenue du fait du ou des cessionnaires, quand bien même elle serait intervenue à l'initiative du salarié.

La Cour de cassation, s'appuyant sur cette décision, s'est finalement à nouveau prononcée en faveur d'une solution de **divisibilité** du **contrat de travail** (Cass. soc., 30 sept. 2020, n° 18-24.881 P) : interprétant l'article L. 1224-1 du Code du travail à la lumière de la directive du 12 mars 2001, elle juge que « lorsque le salarié est affecté tant dans le secteur repris, constituant une entité économique autonome conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise, que dans un secteur d'activité non repris, le contrat de travail de ce salarié est transféré pour la partie de l'activité qu'il consacre au secteur cédé, sauf si la scission du contrat, au *prorata* des fonctions exercées par le salarié, est impossible, entraîne une détérioration des conditions de travail ou porte atteinte au maintien de ses droits garantis par la directive ».

En l'espèce, le litige concernait une salariée dont 50 % de l'activité avaient été transférés à une autre entreprise. La salariée avait pris acte de la rupture de son contrat : faisant application de la jurisprudence de mars 2010 (Cass. soc., 30 mars 2010, n° 08-42.065 P ; v. ci-avant) les juges du fond avaient requalifié cette prise d'acte en rupture aux torts de l'entreprise cédante, au motif que le contrat ne pouvait faire l'objet d'un transfert, dès lors que la salariée n'exerçait pas l'essentiel de ses fonctions au sein de l'entité transférée.

À NOTER Cette solution soulève encore de nombreuses interrogations : quels seront les critères retenus pour apprécier l'impossibilité de scission du contrat, la détérioration des conditions de travail ou l'atteinte au maintien des droits garantis en cas de transfert d'entreprise ? Une fois ces critères définis, l'imputabilité de la rupture interroge tout autant : au regard de la jurisprudence de la CJUE, le salarié apparaît comme ne pouvant être considéré comme démissionnaire. Or, si l'initiative de la rupture doit être imputée aux cessionnaires, quelles en seront les conséquences juridiques pour eux ? Doivent-ils procéder à un licenciement, si oui sur quel motif ?

2 Modification du contrat par l'effet du transfert

Le transfert d'entreprise peut induire deux types de modification : soit de l'un des éléments du contrat, soit de la nature juridique même du contrat.

MODIFICATION DE L'UN DES ÉLÉMENTS DU CONTRAT

L'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail peut entraîner une modification du contrat de travail autre que le changement d'employeur. Le **salarié** est alors **en droit de s'y opposer** (Cass. soc., 17 avr. 2019, n° 17-17.880 P).

Le droit de s'opposer à une modification du contrat de travail dans le cadre d'un transfert d'entreprise a déjà été reconnu par la Cour de cassation s'agissant :

- d'un salarié **VRP exclusif** qui se voyait **privé** de ce **statut** par l'effet d'un transfert partiel des activités auxquelles il était affecté (Cass. soc., 30 mars 2010, n° 08-44.227 P) ;
- d'une salariée qui a refusé un **changement de lieu de travail** à l'**extérieur** de son **secteur géographique** à la suite d'un transfert d'entreprise (Cass. soc., 1^{er} juin 2016, n° 14-21.143 P).

La Cour de cassation en a déduit qu'en cas d'opposition du salarié, il appartient alors au **cessionnaire**, s'il n'est pas en mesure de maintenir les conditions antérieures :

- **soit** de formuler de **nouvelles propositions** ;
- **soit** de tirer les conséquences de ce refus en engageant une procédure de **licenciement**.

REPRISE D'UNE ACTIVITÉ DE DROIT PRIVÉ PAR UN ORGANISME DE DROIT PUBLIC

■ Proposition d'un contrat de droit public

Lorsque l'activité d'une entité économique employant des salariés de droit privé est, par transfert de cette entité, reprise par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif, cette personne publique doit **proposer** à ces **salariés** un **contrat de droit public**, à durée **déterminée ou indéterminée** selon la nature du contrat dont ils sont titulaires. Sauf disposition légale ou conditions générales de rémunération et d'emploi des agents non titulaires de la personne publique contraires, le contrat proposé **repren**d les **clauses substantielles** du **contrat initial**, en particulier celles qui concernent la rémunération. Les services accomplis au sein de l'entité économique d'origine sont assimilés à des services accomplis au sein de la personne publique d'accueil (C. trav., art. L. 1224-3).

À NOTER La terminologie utilisée renvoie aux « **clauses substantielles du contrat** ». On peut penser qu'il s'agit des éléments de nature contractuelle.

Saisi d'une demande d'avis relatif à cette rédaction au sujet de la rémunération, le Conseil d'État a indiqué que ces dispositions n'autorisent **pas** la personne publique d'accueil « à **proposer** aux intéressés une **rémunération inférieure** à celle dont ils bénéficiaient auparavant au seul motif que celle-ci dépasserait, à niveaux de responsabilité et de qualification équivalents, celle des agents en fonction dans l'organisme d'accueil à la date du transfert ». En revanche, elles ont pour objet et pour effet de faire obstacle à ce que soient reprises, dans le contrat de droit public proposé au salarié transféré, des clauses impliquant une rémunération dont le niveau, même corrigé de l'ancienneté, excéderait manifestement celui que prévoient les règles générales que la personne publique a, le cas

échéant, fixées pour la rémunération des agents non titulaires (CE, avis, 21 mai 2007, n° 299307). Ce que semble suggérer la rédaction, c'est que la poursuite d'un contrat de travail « publicisé » ne doit **pas** avoir pour conséquence de créer de **trop grandes disparités de rémunération** avec les **agents non titulaires** de l'organisme de droit public.

Suivant ce principe, une collectivité territoriale est en droit de ne pas proposer aux salariés un emploi permanent d'agent contractuel, dès lors que les fonctions en cause correspondent à un cadre d'emploi existant de catégorie B et que l'intégration sans concours ne peut être opérée que dans un cadre d'emploi de catégorie C (Cass. soc., 8 déc. 2016, n° 15-17.176 P).

■ Situation transitoire

Le transfert de l'entité économique entraîne le transfert des contrats de travail auprès de l'organisme de droit public, lequel doit **continuer** à **rémunérer** les salariés transférés dans les conditions prévues par leur contrat de droit privé, **jusqu'à ce que ceux-ci acceptent** le contrat de droit public qui leur sera proposé ou, s'ils le refusent, jusqu'à leur licenciement (Cass. soc., 1^{er} juin 2010, n° 09-40.679 P).

L'employeur de droit public est autorisé à anticiper l'organisation du transfert d'activité. En vue d'assurer la continuité du service, le repreneur peut faire, avant la date prévue pour le transfert, les offres de contrats auxquelles il est tenu et procéder aux licenciements des salariés les ayant refusées, afin que leur contrat prenne fin à la date effective du transfert (Cass. soc., 26 juin 2013, n° 12-19.208).

■ Juridiction compétente

La question s'est posée de savoir quelle est la juridiction compétente pour apprécier le contenu du contrat de droit public proposé aux salariés transférés.

La Cour de cassation a répondu que « si le **juge judiciaire** est **compétent** pour statuer sur tout litige relatif à l'exécution et à la rupture du contrat de travail **tant que le nouvel employeur n'a pas placé les salariés** dans un régime de **droit public**, il ne peut ni se prononcer sur le contrat de droit public proposé par la personne morale de droit public [...], ni lui faire injonction de proposer un tel contrat ». En cas de **difficulté sérieuse**, le juge judiciaire doit **surseoir à statuer** et inviter les parties à saisir le juge administratif d'une **question préjudicielle** portant sur la conformité des offres faites par l'employeur public aux dispositions législatives et réglementaires (Cass. soc., 1^{er} juin 2010, n° 09-40.679 P). Le juge judiciaire ne peut faire injonction à une commune de proposer un contrat de droit public au salarié, ni de le réintégrer. Il doit renvoyer le salarié vers le juge administratif afin que soit faite injonction à la personne publique de faire les offres de contrat auxquelles elle est tenue (Cass. soc., 22 sept. 2015, n° 13-26.032 P).

REPRISE D'UNE ACTIVITÉ DE DROIT PUBLIC PAR UNE PERSONNE MORALE DE DROIT PRIVÉ

Sous réserve de l'application de dispositions législatives ou réglementaires spéciales, lorsque l'activité d'une personne morale de droit public employant des agents non titulaires de droit public est reprise par une personne morale de droit privé ou par un organisme de droit public gérant un service public industriel et commercial, cette personne morale, ou cet organisme, propose à ces agents un contrat régi par le Code du travail.



Le **contrat proposé** reprend les **clauses substantielles** du contrat dont les agents sont titulaires, en particulier celles qui concernent la rémunération (*C. trav., art. L. 1224-3-1*).

3 Refus d'une modification dans le cadre d'un transfert d'entreprise

TRANSFERT D'ENTREPRISE

Lorsque l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail entraîne une modification du contrat de travail autre que le changement d'employeur, le **salarié** est en **droit de s'y opposer**.

Il appartient alors au **cessionnaire**, s'il n'est pas en mesure de maintenir les conditions antérieures, **soit de formuler de nouvelles propositions, soit de tirer les conséquences de ce refus** en engageant une procédure de **licenciement** (*Cass. soc., 30 mars 2010, n° 08-44.227 P*). La Cour de cassation a dans un premier temps jugé que le refus de la modification contractuelle constituait une cause *sui generis* de licenciement (*Cass. soc., 1^{er} juin 2016, n° 14-21.143 P*). Cette position n'était pas sans poser de difficulté dès lors qu'elle permettait d'écarter le motif économique et, par suite, d'échapper à la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi en cas de refus opposé par au moins dix salariés à un transfert d'entreprise emportant modification du contrat de travail. Elle est finalement revenue sur cette position : elle considère désormais que la rupture résultant du refus par le salarié d'une modification de son contrat, proposée par l'employeur pour un motif non inhérent à sa personne, constitue un **licenciement pour motif économique** (*Cass. soc., 17 avr. 2019, n° 17-17.880 P*). En l'espèce, les juges du fond avaient retenu que la modification du contrat proposée dans le cadre du transfert d'entreprise s'inscrivait dans une volonté de ne conserver qu'un seul lieu de production afin de réaliser des économies et que le motif réel du licenciement résultait de la réorganisation de l'entreprise à la suite du rachat d'une branche d'activité.

TRANSFERT VERS OU DEPUIS UN ORGANISME DE DROIT PUBLIC

► Situations visées

Ce mode de rupture concerne les situations particulières suivantes :

- des salariés refusant le contrat de droit public qui leur est proposé lors du transfert de l'entité économique à laquelle ils sont rattachés vers un organisme de droit public ;
- des agents non titulaires de droit public refusant le contrat qui leur est proposé lorsque l'activité d'une personne morale de droit public à laquelle ils sont rattachés est reprise par une personne morale de droit privé ou par un organisme de droit public gérant un service public industriel et commercial.

► Rupture de plein droit

En cas de refus des salariés d'accepter le contrat proposé, leur contrat **prend fin de plein droit**. La personne publique applique les dispositions relatives aux agents licenciés prévues par le droit du travail et par leur contrat (*C. trav., art. L. 1224-3*).

Des dispositions similaires s'appliquent aux agents publics en cas de reprise par une personne morale de droit privé : leur contrat prend fin de plein droit. La personne morale ou l'organisme qui reprend l'activité applique les dispositions de droit public relatives aux agents licenciés (*C. trav., art. L. 1224-3-1*).

La rupture est **automatique**, sans motif le cas échéant, **sans procédure de licenciement** : le seul constat du refus suffit à entraîner la rupture du contrat de travail. Cette forme de rupture s'applique aussi bien aux contrats à durée indéterminée qu'aux contrats à durée déterminée, ce qui peut, pour ce dernier type de contrat, poser la question des salaires qui auraient été perçus jusqu'à l'échéance du contrat.

► Procédure de licenciement

La **motivation** de la **lettre de licenciement** ne semble **pas nécessaire**. Néanmoins, l'organisme public adressera probablement au moins une **lettre au salarié constatant le refus et la rupture de plein droit**, conséquence du refus. La circulaire du 19 novembre 2009 sur les modalités d'application de la loi du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique (*NOR: BCF0926531C*) confirme cette appréciation.

La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que :

- si la personne publique doit notifier au salarié la rupture du contrat de travail, le défaut de cette notification constitue seulement une irrégularité donnant droit à des dommages-intérêts en fonction du préjudice subi par le salarié (*Cass. soc., 8 déc. 2016, n° 15-17.176 P*);
- si la rupture ainsi prononcée produit les effets d'un licenciement, les dispositions de l'article L. 1232-2 du Code du travail relatives à la convocation à l'entretien préalable en cas de licenciement pour motif personnel ne sont pas applicables (*Cass. soc., 10 janv. 2017, n° 15-14.775 P*; *Cass. soc., 1^{er} févr. 2017, n° 15-18.480 P*);
- enfin, la rupture peut intervenir pendant une période de suspension du contrat de travail liée à un accident du travail ou à une maladie professionnelle car il ne s'agit pas d'un licenciement. L'article L. 1226-9 du Code du travail qui prohibe sauf exception le licenciement pendant ces arrêts de travail n'est pas applicable (*Cass. soc., 1^{er} févr. 2017, n° 15-18.481 P*).

En revanche, la Cour de cassation a jugé que cette rupture « **produit les effets d'un licenciement** », ce qui signifie qu'elle ouvre droit aux indemnités de licenciement, et que l'employeur de droit public doit appliquer les dispositions légales et conventionnelles relatives au préavis (*Cass. soc., 10 janv. 2017, n° 15-14.775 P*).

► Salariés protégés

S'agissant des salariés protégés, la rupture de plein droit n'écarter pas les règles de **protection exorbitante du droit commun** : la rupture est considérée comme intervenant du fait de l'employeur et doit donc donner lieu à une **autorisation préalable de l'inspecteur du travail** (*CE, 6 juin 2018, n° 391860*).

Celui-ci doit :

- s'assurer que les conditions légales de la rupture sont réunies : l'inspecteur du travail doit donc vérifier si le salarié a reçu une proposition de contrat conforme aux exigences légales, reprenant les clauses substantielles du contrat antérieur, à moins que des dispositions régissant l'emploi des agents publics ou les conditions générales de rémunération y fassent obstacle ;
- vérifier l'absence de lien avec le mandat du salarié et l'absence de motif d'intérêt général s'opposant à ce que l'autorisation soit accordée.

