

cabinets, selon une répartition des jours et horaires de travail entre eux qui lui était précisée.

Refusant cette analyse, la salariée pris acte de la rupture de son contrat de travail aux torts des deux sociétés, soutenant que son contrat de travail n'avait pas été transféré pour moitié au cessionnaire mais aurait dû être intégralement poursuivi par le cabinet l'employant initialement.

Saisie de l'affaire, la cour d'appel d'Aix-en-Provence estimait cette prise d'acte fondée et l'analysait en une rupture aux torts exclusifs de l'employeur initial, produisant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Le cabinet cessionnaire était mis hors de cause. Pour considérer que le contrat de travail de la salariée n'avait pas été transféré à ce dernier, comme soutenu à tort selon elle par l'employeur initial, la cour d'appel rappelait qu'en application de la jurisprudence qui était, jusqu'alors, celle de la Cour de cassation (v. *infra*, C), dans l'hypothèse d'un transfert partiel d'activité, le contrat de travail du salarié n'est transféré auprès du cessionnaire que s'il exerce l'essentiel de ses fonctions au sein de l'entité transférée. Relevant que la salariée n'exerçait que 50 %, et non l'essentiel de ses fonctions, pour le cabinet cédé, elle en concluait que le contrat de travail de la salariée aurait dû se poursuivre en totalité avec son employeur initial.

Cet arrêt est cassé par la Cour de cassation, cette dernière revenant sur sa jurisprudence antérieure à l'occasion de cette affaire afin de tenir compte des récentes précisions apportées par la jurisprudence communautaire sur l'hypothèse du transfert d'entreprise. Elle juge qu'« il résulte ainsi de l'article L. 1224-1 du Code du travail, interprété à la lumière de la directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001, 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 de travail, au prorata des fonctions exercées par le salarié, est impossible, entraîne une détérioration des conditions de travail de ce dernier ou porte atteinte au maintien de ses droits garantis par la directive »¹.

B. Un arrêt situé dans le prolongement d'une récente jurisprudence communautaire

Le 26 mars 2020, la CJUE s'est prononcée pour la première fois sur le sort du contrat de travail des sala-

riés travaillant pour une activité transférée auprès de plusieurs cessionnaires² en application de la directive n° 2001/23/CE du 12 mars 2001 sur les transferts d'entreprise. Il s'agissait ici d'une perte de marché, et non d'une cession. En l'espèce, une société de nettoyage belge, chargée de l'entretien de bâtiments de la ville de Gand, avait perdu ce marché, divisé en trois lots, au profit de deux sociétés s'étant vu réattribuer respectivement deux lots pour l'une et un lot pour l'autre.

La salariée affectée à ces trois lots s'était vue indiquer par son employeur d'origine que son contrat de travail avait été transféré en totalité auprès de la société attributaire des deux lots, en application de la convention collective nationale belge ayant transposé la directive n° 2001/23/CE, ce que le cessionnaire avait contesté. À la suite du recours exercé par la salariée contre ce transfert, son employeur initial soutenait finalement que son contrat de travail avait été transféré pour partie à chacun des deux attributaires du marché dont il n'assurait pour sa part plus l'exécution.

Retenant l'existence d'un transfert d'entreprise en application de la directive n° 2001/23/CE, la juridiction d'appel belge avait toutefois posé une question préjudicielle à la CJUE pour savoir si, en cas de transfert d'une entreprise impliquant plusieurs cessionnaires, le contrat de travail du salarié devait être transféré à chacun des cessionnaires pour partie, ou bien en totalité au seul cessionnaire ayant récupéré l'activité à titre principal, ou encore à aucun des cessionnaires.

Rejetant l'hypothèse où le contrat de travail ne serait transféré à aucun des cessionnaires, la CJUE retient une solution conciliant, selon elle, à la fois les droits des travailleurs et des employeurs successifs concernés.

Elle considère à cet égard que transférer le contrat de travail uniquement au cessionnaire auprès duquel le salarié exerce ses fonctions à titre principal sauvegarderait les intérêts du salarié mais porterait atteinte aux intérêts du cessionnaire se voyant transférer un contrat de travail à temps plein alors que l'emploi repris ne correspond qu'à un temps partiel. Elle estime que le transfert des droits et des obligations résultant d'un contrat de travail à chacun des cessionnaires, au prorata des fonctions exercées par le travailleur, permet en revanche, en principe, d'assurer un juste équilibre entre la sauvegarde des intérêts des travailleurs et la sauvegarde de ceux des cessionnaires.

La CJUE décide alors qu'« en présence d'un transfert d'entreprise impliquant plusieurs cessionnaires, l'article 3, paragraphe 1, de la directive n° 2001/23 doit être interprété en ce sens que les droits et les obligations résultant d'un contrat de travail sont transférés

¹ Cass. soc., 30 sept. 2020, n° 18-25881.

² CJUE, 26 mars 2020, n° C-344/18, ISS Facility Services NV.

à chacun des cessionnaires, au prorata des fonctions exercées par le travailleur concerné ».

Elle réserve ensuite l'hypothèse particulière où une telle scission du contrat de travail se révélerait impossible à réaliser, entraînerait une détérioration des conditions de travail ou porterait atteinte au maintien des droits des travailleurs garantis par la directive : auquel cas, elle précise que « l'éventuelle résiliation de la relation de travail qui s'ensuivrait serait considérée, en vertu de l'article 4 de ladite directive, comme intervenue du fait du ou des cessionnaires, quand bien même cette résiliation serait intervenue à l'initiative du travailleur ».

La juridiction de renvoi belge devra donc apprécier dans quelle proportion le contrat de travail de la salariée avait été transféré à chacune des sociétés ayant repris les marchés ou, si elle estime que la scission du contrat de travail était impossible, entraînait une détérioration des conditions de travail ou portait atteinte au maintien des droits de la salariée garantis par cette directive, de juger que la rupture du contrat initiée par la salariée doit être considérée comme intervenue du fait des deux cessionnaires attributaires des marchés.

Comme indiqué dans son arrêt et sa note explicative, la Cour de cassation décide d'intégrer l'apport de cette jurisprudence à l'occasion de l'arrêt *DPR Méditerranée*, ce qui l'amène à revenir sur sa jurisprudence antérieure fondée sur le critère de l'affectation essentielle du salarié à l'activité transférée.

C. Un arrêt revenant sur la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation sur le transfert partiel de contrat

Soulignant la différence de contexte dans lesquelles se présentaient l'affaire *ISS Facilities Services NV* tranchée par la CJUE et celle de l'affaire *DPR Méditerranée*, l'avocat général concluait en faveur du maintien par la Cour de cassation de sa jurisprudence antérieure sur laquelle s'était strictement fondé l'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence, qui avait retenu que le contrat de travail de la salariée exerçant exactement 50 % de ses fonctions de secrétaire auprès du cabinet cédé, aurait dû se poursuivre intégralement auprès de son employeur initial dès lors qu'elle n'exerçait pas l'essentiel de ses fonctions, c'est-à-dire plus de 50 %, au sein de cet établissement transféré. La Cour de cassation juge au contraire que la cour d'appel a violé l'article L. 1224-1 en ne concluant pas, dans une telle hypothèse, au transfert partiel du contrat de travail de la salariée.

Cet arrêt marque donc l'abandon par la chambre sociale de la Cour de cassation d'une jurisprudence amorcée en 2010 visant à mettre fin aux hypothèses

de morcellement du contrat de travail pouvant résulter d'un transfert partiel d'entreprise.

La Cour de cassation jugeait depuis cette date que si le contrat de travail du salarié s'exécutait « pour l'essentiel » dans le secteur d'activité transféré, il était transféré en totalité au cessionnaire³. Dans le cas contraire, le contrat de travail du salarié n'était pas du tout transféré et devait se poursuivre en totalité auprès du cédant⁴.

Cette solution binaire, mais simple d'application et appelée de ses vœux par la doctrine, avait mis fin à une jurisprudence antérieure selon laquelle à l'inverse, lorsque le salarié consacrait une partie de ses fonctions à l'activité transférée, son contrat de travail devait être transféré pour partie à la société cessionnaire, sans que les parties puissent convenir du contraire⁵.

Par l'arrêt *DPR Méditerranée*, la Cour de cassation aligne sa jurisprudence sur celle de la CJUE et renoue avec cette jurisprudence plus ancienne favorable au principe de scission du contrat du travail au cas où le salarié est en partie affecté à l'entité transférée.

Cependant, l'arrêt reprend également les exceptions à ce principe admises par la CJUE, correspondant aux cas dans lesquels la division du contrat de travail serait impossible, entraînerait une détérioration des conditions de travail du salarié ou une atteinte au maintien de ses droits garantis par la directive, contrairement à ce qu'autorisait sa jurisprudence antérieure au revirement de 2010. Le retour aux solutions antérieures n'est donc, lui aussi, que partiel.

De plus et surtout, la Cour de cassation ne tranche pas, à ce stade, les conséquences de l'application de ce principe et de ces exceptions aux employeurs concernés. Les arrêts antérieurs ne s'étaient pas non plus clairement positionnés sur les conséquences d'un transfert partiel du contrat qui serait refusé par les salariés concernés (rappelons que l'affaire *Sonauto*, qui avait consacré le principe du transfert partiel du contrat de travail avant le revirement de 2010, a donné lieu à quatre arrêts successifs de la Cour de cassation, aboutissant *in fine* au licenciement de la salariée par le cédant pour motif économique et à son licenciement pour faute grave par le cessionnaire, finalement annulé pour n'avoir pas été prononcé pour motif économique... ce qui témoigne à tout le moins du manque de clarté sur le régime juridique à appliquer au licenciement en cas de transfert partiel !).

3 Cass. soc., 30 mars 2010, n° 08-42065.

4 Cass. soc., 21 sept. 2016, n° 14-30056.

5 Cass. soc., 22 juin 1993, n° 90-44705 ; Cass. soc., 2 mai 2001, n° 99-41960, *Sonauto*.

II. Dans quels cas s'applique la solution dégagée par l'arrêt *DPR Méditerranée* ?

La solution nuancée dégagée par l'arrêt *DPR Méditerranée* n'a pas vocation à s'appliquer à tous les transferts partiels d'entreprise (A) ni à tous les salariés travaillant pour plusieurs activités dont une partie est transférée (B).

A. Les opérations concernées

L'hypothèse visée est celle où une activité, initialement exercée par un unique employeur et à laquelle des salariés sont affectés en partie seulement, est transférée auprès d'une ou de plusieurs autres entreprises.

Cela peut recouvrir deux types de cas : soit le transfert d'une partie seulement de l'entreprise à une autre entreprise, dans un cadre négocié (scission de l'entreprise, cession d'établissement, apport partiel d'actifs...) ou non (perte d'un ou plusieurs marchés), soit le transfert de toute « l'entreprise » (ou de l'établissement ou du marché) mais à plusieurs cessionnaires.

Il faut préalablement, pour que la solution résultant de l'arrêt *DPR Méditerranée* trouve à s'appliquer, que ce transfert partiel d'entreprise entraîne l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, ce qui suppose la caractérisation d'une entité économique autonome, conservant son identité et dont l'activité est poursuivie à l'occasion de son transfert.

Or, dans de nombreuses hypothèses, la division de l'activité entre plusieurs opérateurs économiques aura pour conséquence d'empêcher la caractérisation d'une entité économique autonome ou de lui faire perdre son identité, de sorte que les conditions d'application de l'article L. 1224-1 ne seront pas réunies⁶. C'est aussi généralement le cas en présence d'une perte de marché (hypothèse traitée par l'arrêt de la CJUE du 26 mars 2020), dont la jurisprudence française n'admet que très rarement qu'elle constitue le transfert d'une entité économique autonome et donne lieu à l'application de l'article L. 1224-1. Le transfert des contrats de travail dans un tel cas résulte en réalité le plus souvent de l'application d'une convention collective de branche l'organisant, selon les conditions qu'elle détermine de manière autonome (souvent, par l'identification d'un nombre de salariés à transférer au nouvel attributaire en fonction de la quote-part de l'affectation des salariés au marché repris), et requérant l'accord des salariés partiellement affectés au marché pour être transférés auprès du nouvel attributaire.

Le salarié partiellement affecté à une des activités de l'entreprise objet de la cession alors qu'elle n'est pas organisée en tant que telle de manière autonome, ou qui travaillait entre autres sur le marché perdu, ne verra donc pas, si l'article L. 1224-1 ne s'applique pas, son contrat de travail transféré partiellement à titre automatique et impératif auprès d'un nouvel employeur en vertu de la jurisprudence *DPR Méditerranée* ; un tel transfert pourra lui être proposé, et devra recueillir son accord, si la convention collective de branche le prévoit ou si une proposition individuelle lui est faite en ce sens (transfert conventionnel du contrat de travail).

B. Les salariés concernés

Les salariés visés par un transfert partiel de leur contrat sont ceux affectés (1°) partiellement (2°) à l'entité transférée.

1. Des salariés affectés

Si l'existence d'une entité économique autonome est caractérisée malgré le caractère partiel du transfert d'activité, seront concernés par un éventuel transfert partiel de leur contrat les salariés qui étaient affectés pour partie à l'entité transférée. Tel semblait être le cas dans l'arrêt *DPR Méditerranée* où il a été estimé par les juges que la salariée était clairement affectée, à hauteur de 50 % de son temps, aux dossiers du cabinet cédé, lequel constituait, selon leur analyse, une entité économique autonome dont l'activité était poursuivie par la société d'avocats cessionnaire (notamment en raison du transfert du droit de présentation de clientèle et du mobilier attaché au cabinet, c'est-à-dire du transfert d'actifs corporels et incorporels accompagnant le transfert de l'activité du cabinet).

L'identification des salariés partiellement affectés à une entité transférée sera souvent moins évidente. Prenons l'exemple de salariés exerçant des fonctions dites « support » (activités juridiques, administratives, comptables, marketing, etc.) travaillant indifféremment pour toutes les activités de l'entreprise : peut-on véritablement les considérer comme étant « affectés » à chacune d'elles et en déduire, suivant cette jurisprudence, qu'en cas de transfert d'une partie de l'activité de l'entreprise, leur contrat de travail sera transféré partiellement ? Cela conduirait à devoir envisager, en cas de cession d'un petit établissement de l'entreprise, ou encore d'une activité très spécifique au sein de celle-ci, le transfert auprès de l'acquéreur d'un très faible pourcentage de leur contrat de travail, si la quote-part de leur temps de travail consacrée à cette activité est minime. Surtout, cela entraînerait le transfert d'une partie de tous les contrats de travail des salariés de ces services support (par exemple,

⁶ Cass. soc., 28 mai 2003, n° 01-41263 ; Cass. soc., 12 janv. 2016, n° 14-22216.

15 % des contrats de tous les comptables, de tous les juristes, etc.) au cessionnaire qui, en fin de compte, poursuivra une activité ne nécessitant qu'un ou deux emplois à temps plein. Conclusion peu réaliste, qui conduira probablement en pratique à considérer que de tels salariés ne sont pas affectés à l'entité transférée, mais simplement concourent à l'activité, ce qui n'est pas suffisant pour emporter le transfert de leur contrat de travail. La solution de l'arrêt *DPR Méditerranée* ne leur serait donc, là encore, pas applicable.

En ce sens, la Cour de cassation a pris soin de rappeler, dans son arrêt *DPR Méditerranée*, que la CJCE avait jugé, dans son arrêt *Botzen*, concernant l'ancienne directive de 1977 sur les transferts d'entreprise, que cette dernière ne s'appliquait pas aux salariés qui, « n'appartenant pas à la partie transférée de l'entreprise, exerçaient certaines activités comportant l'utilisation de moyens d'exploitation affectés à la partie transférée, ou qui, étant affectés à un service administratif de l'entreprise qui n'a pas été lui-même transféré, effectuaient certaines tâches au profit de la partie transférée »⁷. Faisant application de cette solution, la Cour de cassation avait par exemple, avant 2010, exclu en totalité le transfert du contrat de travail de la secrétaire-comptable d'un garage à la suite de la perte d'une concession dès lors que l'activité de l'employeur ne portait pas sur la seule exploitation de la concession et qu'il n'était pas établi que la salariée était affectée exclusivement à cette activité⁸.

Aussi, comme l'indique l'avocat général dans ses conclusions prises sur l'arrêt *DPR Méditerranée*, la « divisibilité du contrat de travail, admise sous conditions, ne devrait pas remettre en cause l'arrêt *Botzen*. Il convient donc de s'interroger en préalable sur l'affectation du salarié à l'entité transférée et c'est ensuite que la question d'une éventuelle scission du contrat peut se poser. Il n'en demeure pas moins que ces deux phases distinctes peuvent parfois être confondues et qu'il n'est pas toujours aisé de les distinguer ».

Concrètement, il ne suffit donc pas que le salarié consacre une partie de son activité à l'entité cédée pour voir une partie de son contrat transféré au repreneur. Il convient, préalablement, de déterminer si l'activité du salarié, définie comme l'exécution de ses tâches habituelles, se rattache (au moins en partie) de manière pérenne (et non occasionnelle) à l'activité transférée, cette appréciation devant se réaliser au jour du transfert⁹.

2. Une affectation partielle

Ensuite, et seulement si le rattachement de l'activité du salarié à l'entité transférée est constaté, se pose la question de la détermination du volume d'activité consacré à cette dernière, lequel déterminera le prorata du contrat de travail devant être transféré au repreneur de l'activité cédée ou du marché mis en concurrence. L'exercice peut toutefois se révéler difficile en pratique lorsqu'aucune répartition claire de l'activité du salarié n'a été formalisée. Aucune clef de répartition n'est par ailleurs définie par la Cour de cassation. L'arrêt de la CJUE, dans l'affaire *ISS Facility Services NV*, apporte à cet égard deux précisions intéressantes.

D'une part, il appartient au juge de déterminer les modalités du partage du contrat de travail (qui n'est donc en principe pas du ressort des parties, même si c'est parfois le cas en pratique), cette répartition pouvant aussi bien s'effectuer au regard de la valeur économique des lots auxquels le travailleur est affecté qu'à celui du temps de travail qu'il consacre effectivement à chaque lot. Le volume horaire consacré à chaque activité n'est donc pas la seule clef de répartition possible. On pourrait par exemple envisager, s'agissant d'un agent commercial, de répartir son contrat de travail au regard du chiffre d'affaires réalisé pour les différentes activités en cause. Cette quote-part est parfois identifiée dans la documentation comptable lorsque les entités internes à l'entreprise sont clairement détournées et disposent d'une comptabilité établie à leur périmètre.

D'autre part, le transfert partiel du contrat s'applique même si la clef de répartition retenue aboutit à un très faible pourcentage d'affectation et par conséquent à un faible temps de travail à effectuer auprès du repreneur. Autrement dit, le pourcentage d'affectation du salarié à l'activité transférée n'est pas le critère permettant de conclure au transfert partiel, ni de l'exclure. La Cour de cassation ne pose pas plus de quantum minimal dans sa décision *DPR Méditerranée* pour appliquer le principe du transfert partiel du contrat. Le contrat de travail du salarié pourrait donc être transféré, par exemple, à hauteur de 10 % seulement, à un voire plusieurs cessionnaires...

Ces illustrations, qui ne correspondaient pas aux faits de l'arrêt *DPR Méditerranée*, interrogent néanmoins sur le point de savoir si un salarié doit être réellement considéré comme « affecté » à une activité pour laquelle il travaillerait une si petite partie de son temps. La fixation d'une quotité minimale d'affectation comme condition de réalisation du transfert partiel du contrat serait opportune, mais risquerait d'en revenir au critère de l'affectation essentielle qui était traditionnellement compris comme une affectation supérieure à 50 %.

7 CJCE, 7 févr. 1985, n° 186/83, *Botzen*.

8 Cass. soc., 17 oct. 2006, n° 04-46333.

9 Cass. soc., 24 juin 2009, n° 07-45245.

III. Les conséquences de l'application de la solution de l'arrêt *DPR Méditerranée*

Si l'affectation partielle du salarié à une entité transférée en application de l'article L. 1224-1 est constatée, les conséquences sont radicalement différentes selon que le contrat de travail du salarié peut être partiellement transféré (A) ou ne peut pas l'être (B).

A. Si le transfert partiel du contrat est possible

L'arrêt *DPR Méditerranée* permet de conclure qu'un contrat de travail à temps partiel doit être proposé par le ou les nouveaux employeurs (1°), mais non de déterminer de manière certaine ce qu'il advient en cas de refus du salarié (2°).

1. Proposition d'un contrat de travail à temps partiel (ou réduit) par chaque employeur

Malgré le caractère impératif et automatique du transfert du contrat de travail qui résulte de l'article L. 1224-1, la solution retenue d'un transfert partiel du contrat de travail impose à chacun des employeurs (y compris l'employeur initial ayant conservé une partie de l'activité le cas échéant) de proposer au salarié de formaliser par écrit le contrat de travail à temps partiel qui les lie désormais en application de la loi. En effet, tout contrat à temps partiel doit nécessairement être prévu par écrit et comporter plusieurs mentions obligatoires dont notamment la durée hebdomadaire ou mensuelle prévue ainsi que la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois (C. trav., art. L. 3123-6).

Par analogie, si le salarié n'est pas soumis à un horaire de travail mais a conclu une convention de forfait-jours, les nouveaux employeurs devraient proposer des conventions de forfait portant sur un nombre de jours réduits, et complémentaires, afin de maintenir globalement au salarié un nombre de jours de travail identique sur l'année. Encore faut-il que les deux employeurs soient soumis à des accords collectifs leur permettant de conclure une convention de forfait et dans les mêmes conditions que précédemment (C. trav., art. L. 3121-63 et C. trav., art. L. 3121-64).

Cela suppose en outre qu'un accord soit trouvé entre les différents employeurs, pour que les horaires ou les jours de travail des différents contrats s'accordent. C'était le cas dans l'arrêt *DPR Méditerranée* mais l'hypothèse sera rarement vérifiée, plus encore dans les cas de perte de marché où les employeurs successifs sont des opérateurs concurrents, non liés entre eux par un contrat de cession.

Si les différents employeurs ne proposent pas au salarié de tels contrats et ne consentent pas à trouver un accord, leur attitude, sauf si elle répond aux trois exceptions admises (v. *infra*, III, B), devrait s'analyser comme faisant échec au transfert légal du contrat de travail. Le salarié devrait alors pouvoir prendre acte de la rupture à leurs torts ou solliciter du Conseil de prud'hommes qu'il ordonne la poursuite des différents contrats à temps partiel auprès des différents employeurs.

2. Les suites de l'éventuel refus du salarié des contrats de travail proposés

Si des contrats de travail à temps partiel ou réduit lui sont bien proposés par ses deux (ou plusieurs) employeurs, le salarié est-il en droit d'en refuser la conclusion dès lors qu'ils ne sont que la conséquence du transfert partiel de son contrat qui s'impose à toutes les parties ?

Le caractère impératif et automatique de l'article L. 1224-1 du Code du travail fait obstacle à ce qu'il dispose du droit de refuser le principe du transfert de son contrat de travail et le changement d'employeur(s) qui en résulte. Il y a bien, dans un tel cas de transfert partiel du contrat de travail, un changement d'employeur(s) qui s'opère de plein droit : soit en direction des différents cessionnaires si toute l'activité leur est transférée à chacun pour partie (hypothèse de l'arrêt de la CJUE du 26 mars 2020) soit, en cas de transfert d'une partie seulement de l'entreprise auprès d'un cédant, en partie auprès du cessionnaire, l'autre partie du contrat étant conservée par le cédant qui poursuit l'activité non cédée (hypothèse de l'arrêt *DPR Méditerranée*).

En revanche, la scission du contrat initial en plusieurs contrats à temps partiel constitue nécessairement une modification du contrat de travail autre qu'un changement d'employeur. Mais, au cas présent, elle n'est que la conséquence inévitable de l'application des dispositions d'ordre public de l'article L. 1224-1 du Code du travail, telles que désormais interprétées par la jurisprudence de la Cour de cassation.

Cette dernière a jugé, à propos de transferts d'entreprise où n'était pas en cause un transfert partiel du contrat, qui s'accompagnait d'une modification du contrat de travail autre que le changement d'employeur, que le salarié est en droit de s'opposer à celle-ci et que son refus ne peut constituer à lui seul une cause réelle et sérieuse de licenciement¹⁰. Il appartient dans ce cas à chaque (nouvel) employeur, « s'il n'est pas en mesure de maintenir les conditions antérieures,

10 Cass. soc., 11 juill. 2018, n° 17-12747 ; Cass. soc., 17 avr. 2019, n° 17-17880.

soit de formuler de nouvelles propositions, soit de tirer les conséquences de ce refus en engageant une procédure de licenciement »¹¹.

Ainsi, si le salarié dont le contrat de travail a été partiellement transféré refuse d'accepter la conclusion du contrat à temps partiel ou à temps réduit que ses employeurs (nouveau(x) et/ou le cas échéant initial) sont légalement tenus de lui proposer, le salarié sera en droit de refuser, non pas le transfert partiel de son contrat et le changement partiel d'employeur, mais la modification de son temps de travail à cette occasion.

Il appartiendra alors à chacun des employeurs auprès desquels le contrat de travail a été transféré, ainsi que, le cas échéant, à l'employeur auprès duquel le contrat a été partiellement maintenu, soit de formuler une autre proposition contractuelle au salarié, soit de rompre le contrat de travail les liant au salarié par le biais d'un licenciement.

En cas de refus du salarié des nouvelles propositions de contrat ou d'impossibilité pour les employeurs d'en formuler, se pose alors la question du motif de ce licenciement.

Dans ses arrêts récents précités rendus en 2018 et 2019, la Cour de cassation a précisé que la rupture résultant du refus par le salarié d'une modification de son contrat de travail, proposée par l'employeur pour un motif non inhérent à sa personne, constituait un licenciement pour motif économique¹².

Certains commentateurs de l'arrêt en déduisent que le licenciement du salarié qui refuse la proposition de passage à temps partiel à l'occasion du transfert partiel de son contrat devrait reposer sur un motif économique¹³.

La situation ne nous semble toutefois pas strictement comparable. Les modifications de contrats de travail accompagnant le transfert des contrats portaient, dans ces arrêts, non pas sur leur caractère partiel mais sur le lieu de travail du salarié, dont le nouvel employeur avait décidé, de sa propre volonté, qu'il ne serait pas poursuivi sur le lieu d'exploitation antérieur où exerçait le précédent employeur. Ce n'est donc pas uniquement l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail qui avait entraîné la proposition de modification du contrat de travail mais la décision du nouvel employeur, qui ne souhaitait pas maintenir le lieu de travail initial du salarié transféré, de le réaffecter sur un autre lieu de travail. La cause originelle de la proposi-

tion de modification du contrat de travail n'étant pas inhérente à la personne du salarié, elle reposait sur une cause économique, qui devait, selon la jurisprudence exigeante à cet égard, correspondre à l'un des motifs économiques de licenciement (C. trav., art. 1233-3).

À notre sens, une distinction devrait être opérée entre cette situation dans laquelle la modification du contrat résulte d'une décision de l'employeur, complémentaire et postérieure au transfert, de ne pas poursuivre le contrat de travail du salarié aux conditions antérieures alors qu'il le pourrait juridiquement, et celle où la modification du contrat proposée est objectivement et légalement rendue nécessaire par le transfert partiel du contrat.

Dans le cas du transfert partiel de contrat envisagé ici, la modification du contrat consistant dans le passage d'un temps plein à un temps partiel n'est, pour chacun des employeurs concernés, que l'application de la loi (à la fois celle régissant le transfert d'entreprise et celle régissant le travail à temps partiel). C'est donc bien le transfert partiel d'entreprise et de contrat qui, par lui-même et indépendamment de toute volonté de l'employeur, emporte modification du contrat de travail. Il semble donc possible de faire application dans un tel cas de la jurisprudence sur laquelle revenaient ces arrêts, ayant considéré que le refus du salarié d'une modification consécutive à son transfert constituait en lui-même une cause réelle et sérieuse de licenciement¹⁴. C'est aussi la solution consacrée par la jurisprudence en application de l'article L. 1224-3 du Code du travail dans le cas du transfert du contrat de travail d'un salarié auprès d'une entité de droit public dans le cadre d'un service public administratif¹⁵.

En juger autrement reviendrait à exiger des sociétés parties à une opération de cession ou des candidats à l'attribution d'un marché qu'ils soient nécessairement dans une situation de difficultés économiques ou de sauvegarde de leur compétitivité (motifs autorisant le licenciement économique), pour pouvoir valablement procéder à l'opération vis-à-vis des salariés, dès lors que certains d'entre eux sont partiellement affectés aux entités reprises. Cette exigence va bien au-delà des prescriptions de la directive de 2001 et de l'esprit qui guide l'application de l'article L. 1224-1, qui est de préserver l'emploi des salariés mais pas de contraindre les repreneurs d'une activité à justifier d'un motif économique pour acquérir une entreprise ou candidater à un marché. Cette exigence ne sera du reste le plus souvent pas remplie car l'opérateur qui acquiert une activité est en général, par hypothèse, dans une situation économique qui lui permet de réaliser une telle acqui-

11 Cass. soc., 1^{er} juin 2016, n° 14-21143.

12 Cass. soc., 11 juill. 2018, n° 17-12747 ; Cass. soc., 17 avr. 2019, n° 17-17880.

13 Morvan P., « Divisibilité du contrat de travail en cas de cession partielle d'entreprise », JCP S 2020, 3037 ; Bailly P. et Ranc S., « Transfert partiel d'activité : le regain de la scission du contrat de travail », SSL 2020, n° 1928.

14 Cass. soc., 1^{er} juin 2016, n° 14-21143.

15 Cass. soc., 30 sept. 2009, n° 08-40846.

sition – et par conséquent pas en difficulté –, et pas non plus nécessairement, notamment s'il est l'opérateur dominant sur le marché, confronté à la nécessité de devoir sauvegarder sa compétitivité. Il faut espérer que la jurisprudence à venir distinguera nettement les cas de figure.

Suivant cette analyse, le refus du salarié, dont le contrat de travail est partiellement transféré en application de la loi, d'accepter la réduction de son temps de travail qui en découle, devrait donc suffire à justifier son licenciement¹⁶. Le salarié verrait néanmoins ses droits préservés puisqu'il serait alors licencié par chacun des employeurs ayant formulé la proposition de contrat de travail partiel, pour une cause réelle et sérieuse non privative des indemnités de rupture. Ces dernières seraient assumées, à due proportion, par chacun des employeurs auprès duquel le contrat de travail a été transféré ou maintenu¹⁷.

Face aux incertitudes de cette solution, il se peut que les exceptions au principe du transfert partiel du contrat de travail soient, en pratique, souvent invoquées.

B. Si la division du contrat de travail partiellement transféré est impossible

La Cour de cassation exclut le transfert partiel du contrat de travail au(x) cessionnaire(s) dans trois séries de cas (1°), dont il est toutefois encore difficile de cerner les contours et surtout les conséquences pratiques (2°).

1. Trois exceptions au transfert partiel

– Cas où la scission du contrat de travail est impossible

L'arrêt de la Cour de cassation n'indique pas qui apprécie l'impossibilité de scinder le contrat. Il ressort de l'arrêt *ISS Facility Services NV* de la CJUE qu'il revient au juge de contrôler l'impossibilité alléguée par l'une ou l'autre des parties. Ce dernier sera donc amené à trancher ce point en cas de désaccord des parties. Mais selon quels critères ?

L'impossibilité ne devrait pas résulter du seul fait que le contrat est modifié par le caractère partiel de son transfert – ce qui sera systématiquement le cas, à tout le moins s'agissant du temps de travail –, mais aussi peut-être du lieu de travail voire de la rémunération contractuelle, dès lors que les deux ou trois propositions de contrat « partiel » ne permettront pas toujours de reconstituer les termes du contrat « plein ».

Il devrait s'agir davantage d'une impossibilité matérielle ou juridique, objectivement constatée.

On peut penser notamment à l'hypothèse où les employeurs ne seraient pas en mesure de proposer chacun au salarié un contrat de travail à temps partiel correspondant à la quotité transférée. Cette hypothèse ne devrait pas être rare dans la mesure où la loi impose en principe une durée minimale d'emploi du salarié à temps partiel égale à 24 heures par semaine (soit près de 70 % d'un temps plein), à laquelle il ne peut être dérogé, en présence d'un contrat de travail de droit commun, que si un accord collectif le prévoit ou si le salarié en fait la demande¹⁸. L'employeur qui ne se situera pas dans le champ de ces exceptions ne pourra donc pas valablement proposer au salarié un contrat à temps partiel inférieur à 70 %, alors même que la proportion d'activité du salarié qui lui est transférée (ou qu'il conserve) est inférieure. De même, s'agissant d'un salarié en forfait-jours qui se verrait proposer de nouvelles conventions de forfait en jours réduits équivalentes, ensemble, au forfait « plein », cette proposition ne sera possible que si les deux employeurs sont couverts par un accord collectif instaurant un tel dispositif dans chacune des entreprises. L'impossibilité juridique de procéder au transfert partiel du contrat sera alors caractérisée.

L'impossibilité de travailler en même temps pour deux employeurs concurrents, notamment pour des salariés qui occupent des fonctions de direction impliquant une exclusivité d'emploi, pourrait aussi rendre impossible leur transfert partiel.

– Cas où la scission du contrat entraîne une détérioration des conditions de travail

Comme de nombreux commentateurs de l'arrêt l'ont souligné, se voir proposer deux emplois à temps partiel alors qu'on était employé à temps plein emporte nécessairement une détérioration des conditions de travail compte tenu du statut plus précaire de cet emploi¹⁹. Mais si ce critère était retenu, ce serait acter que le principe de la scission du contrat ne joue jamais.

Il faut donc apprécier cette détérioration des conditions de travail, là encore, au-delà de la seule existence d'une modification du contrat de travail, au regard de ses conséquences matérielles pour le salarié. Ces dernières devraient pouvoir toucher aux difficultés d'organisation de son emploi du temps (si les jours de travail proposés par chaque employeur ne sont pas conciliables) ou être liées par exemple aux déplace-

16 En ce sens : Lhernould P., « Transfert partiel d'entreprise : nouvelles règles sur la scission du contrat de travail », *JSL* n° 508.

17 Cass. soc., 24 juin 1998, n° 96-41058.

18 C. trav., art. L. 3123-27, C. trav., art. L. 3123-7 et C. trav., art. L. 3123-19.

19 V. not. Mihman N., « Le transfert d'une entité économique à deux cessionnaires : de quel emploi la Cour de justice préserve-t-elle la stabilité ? », *RDT* 2020, p. 401.

ments trop importants qu'impliquerait la localisation des différents employeurs.

Il convient probablement, pour apprécier cette exception, de se placer du point de vue du travailleur.

– Cas où la scission du contrat porte atteinte au maintien des droits du salarié garantis par la directive

Les interrogations soulevées par cette exception résident dans la détermination « des droits garantis par la directive européenne ». Cette dernière précise, à l'article 3 de son chapitre II, relatif au « maintien des droits des travailleurs », que « 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 ».

En somme, les droits du salarié garantis par la directive recouvrent tous ceux issus de son contrat de travail, cette dernière ayant justement pour objet 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 soient placés dans une position moins favorable du seul fait du transfert », comme rappelé dans l'arrêt de la CJUE, *ISS Facility Services NV*.

En pratique, les contours de cette exception sont, là encore, assez difficiles à déterminer tellement ils paraissent larges. De nouveau, si l'on considérait que c'est le droit pour le salarié à ne pas voir son contrat modifié du fait du transfert qui est garanti par la directive, alors l'exception jouerait toujours en cas de transfert partiel du contrat qui implique *a minima* une modification du temps de travail.

Il faut donc comprendre que c'est l'atteinte aux droits spécifiquement garantis par le contrat, autres que la durée du travail, qui sont visés.

Cela pourrait recouvrir, par exemple, des situations telles que celle traitée par la Cour de cassation²⁰ où était en cause le cas d'un salarié VRP exclusif ayant perdu cette exclusivité à la suite du transfert partiel de l'entité économique à laquelle il était rattaché et du transfert partiel de son contrat de travail auprès d'un second employeur. La perte de son statut de VRP exclusif, qui porte atteinte aux droits qu'il détenait de son précédent contrat, est la conséquence inéluctable du transfert seulement partiel d'activité et de l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Un tel transfert partiel devrait donc correspondre à l'exception visée, et y faire obstacle.

2. Conséquences à tirer de ces trois exceptions

À ce stade, la Cour de cassation ne tire pas les conséquences pratiques de ces différentes exceptions. Elle indique elle-même, dans la note explicative de son arrêt, que « reste pendante la question des conséquences sur le contrat de travail du salarié d'une situation dans laquelle la division du contrat de travail entraînerait une détérioration des conditions de travail du salarié ou une atteinte au maintien de ses droits garantis par la directive ».

Il semble toutefois que la Cour de cassation s'oriente vers une solution légèrement différente de celle de la CJUE, dont l'attendu est repris par son arrêt (considérant n° 8) mais sans que l'on puisse en déduire qu'elle se l'approprie.

Pour la CJUE, dans l'hypothèse où la scission du contrat de travail se révélerait impossible à réaliser ou porterait atteinte aux droits du travailleur, l'éventuelle résiliation de la relation de travail qui s'ensuivrait serait considérée, en vertu de l'article 4 de ladite directive, comme intervenue du fait « du ou des cessionnaires ». Or, aux termes de cet article, la résiliation du contrat de travail due au fait que le transfert entraîne une modification substantielle des conditions de travail au détriment du travailleur, doit être considérée comme intervenue du fait de « l'employeur » même si elle intervient à l'initiative du salarié. La CJUE laisse donc entendre que ces exceptions ne font pas échec au transfert du contrat au(x) cessionnaire(s), le(s) quel(s) deviennent néanmoins employeurs du salarié puisque ce sont eux qui se voient imputer la rupture du contrat.

Il ne faut pas en déduire, selon nous, que le cessionnaire doit désormais toujours être seul considéré comme devant assumer l'impossibilité de transférer partiellement le contrat, à l'exclusion du cédant. En effet, dans l'affaire traitée par la CJUE, le marché auquel étaient attachés les salariés était intégralement transféré aux différents cessionnaires, sans que l'opérateur sortant en poursuive l'exploitation. Dans l'arrêt *DPR Méditerranée* au contraire, la cession n'emportait qu'un transfert partiel d'activité du cédant vers le cessionnaire, l'employeur initial restant en charge d'une partie de l'activité à laquelle la salariée était affectée. Cédant et cessionnaire étaient donc dans ce cas, du fait du transfert partiel, les employeurs visés par l'article 4 de la directive devant tous deux assumer la rupture du contrat de travail en cas de résiliation à l'occasion de ce transfert emportant modification du contrat.

Ensuite, la lecture de l'attendu retenu par la Cour de cassation (considérant n° 9) laisse penser que les

20 Cass. soc., 30 mars 2010, n° 08-44227.

trois exceptions qu'elle reprend font échec au transfert partiel du contrat, qui demeure donc intégralement conservé auprès de l'employeur initial (en l'espèce, le cédant) : le contrat de travail du salarié est transféré pour la partie de l'activité qu'il consacre au secteur cédé « sauf si » l'on se trouve dans une des trois exceptions. L'employeur initial ayant cédé partiellement son activité reste donc, dans ce cas, le seul employeur. Le salarié dont le contrat n'est pas transféré ne peut s'opposer à cette absence de transfert (son refus serait fautif).

Vient ensuite la question, non traitée par la Cour de cassation, de ce qu'il advient de ce contrat de travail non transféré. Deux possibilités s'offrent concrètement à l'employeur initial.

Soit le cédant conserve le salarié à son service malgré le transfert partiel d'activité : le contrat se poursuit donc pour le tout avec lui seul. En pratique, les cas de cession d'activité qui portent sur une partie non essentielle de l'activité du salarié – qui n'est alors que peu modifiée – devraient souvent permettre la poursuite de son contrat au sein de l'entreprise d'origine.

Soit est envisagée la rupture du contrat du salarié dont l'activité, mais non le contrat, a été partiellement transférée. À suivre la solution de la Cour de cassation, l'employeur initial (cédant) devrait être en mesure de prononcer le licenciement puisqu'en l'absence de transfert du contrat il reste l'unique employeur. Le cessionnaire doit-il alors contribuer au coût de ce licenciement, à hauteur par exemple du volume d'activité repris ? À ce stade, l'arrêt de la Cour de cassation ne permet pas de l'établir.

À nouveau, se posera la question du motif du licenciement prononcé le cas échéant par le cédant. Il n'y a pas ici de refus de la part du salarié d'être transféré mais un constat que son contrat ne peut pas l'être partiellement et une décision, prise par le cédant, de ne pas le conserver à son service pour la partie subsistante de l'activité non transférée. Devrait alors ressurgir l'exigence d'un motif économique puisque la cause première de la rupture résidera alors dans la décision de l'entreprise.

Enfin, si aucune des entreprises ne prend d'initiative de maintien ou de rupture alors que le transfert partiel du contrat résultant du transfert d'entreprise est impossible ou dégrade les conditions de travail ou porte atteinte aux droits du travailleur garantis par la directive, il devrait être fait application de la solution envisagée par l'arrêt de la CJUE et de l'article 4 de la directive selon laquelle le salarié peut prendre acte de la rupture au tort des différents employeurs, qui y

contribueront chacun à due proportion de l'activité qu'ils ont conservée ou récupérée.

Eu égard à l'importance des incertitudes juridiques portées par la solution dégagée dans ce nouvel arrêt et qui viennent d'être mises en évidence, il est souhaitable que la Cour de cassation soit amenée rapidement à se positionner pour en éclairer les conséquences concrètes. Il lui appartiendra de tenir compte à la fois des spécificités du droit français, notamment celles régissant le travail à temps partiel, mais aussi de la ligne directrice de l'arrêt de la CJUE qu'elle s'approprie, qui consiste à préserver les intérêts de chacune des parties, à savoir non seulement ceux des salariés, mais également ceux du cédant et du cessionnaire.

On conviendra que cet objectif pourrait être atteint plus facilement si l'on admettait que, par accord, les parties puissent statuer sur le sort des salariés partiellement affectés à l'activité cédée. L'employeur initial et l'entreprise d'accueil devraient pouvoir convenir des emplois correspondant à l'activité transférée qui doivent être occupés à temps plein, et des critères objectifs de détermination des salariés partiellement affectés qui devraient alors être transférés à temps plein, dans la limite du nombre d'emplois à pourvoir ainsi déterminé. Cette solution nous paraît plus protectrice de l'intérêt de l'ensemble des parties, y compris de celui des salariés, que celle consistant à remettre systématiquement en cause l'unicité de l'emploi de tous les salariés en partie affectés au marché ou à l'activité cédée. Mais une telle solution supposerait de revenir sur la jurisprudence qui, traditionnellement, s'appuie sur le caractère d'ordre public de l'article L. 1224-1 pour refuser tout accord venant en aménager les conditions d'application ou les effets.

En pratique, dans l'attente de ces réponses, les entreprises prendront peut-être le parti d'en rester au critère, facilement appréhendable, de l'affectation essentielle du salarié à l'entité transférée, qui était jusqu'alors appliqué sans soulever d'importantes difficultés contentieuses. Ce faisant, elles prennent probablement un risque juridique compte tenu du revirement intervenu, mais peut-être finalement moindre que celui qui consisterait à tenter d'appliquer la nouvelle solution dégagée par l'arrêt de la Cour de cassation dont on ne peut, à ce jour, établir exactement ni les conditions d'application du principe et des exceptions, ni les conséquences à l'égard des obligations qui incombent à chaque employeur concerné et encore moins celles du refus d'un salarié partiellement affecté de se les voir appliquer.

Le sort du contrat de travail scindé lors d'un transfert partiel d'entreprise ¹¹⁴ⁿ⁷



Sébastien Ranc

Maître de conférences à l'université Toulouse 1 Capitole

Les récentes décisions rendues par la Cour de justice puis par la Cour de cassation invitent à repenser le sort du contrat de travail scindé découlant d'un transfert partiel d'entreprise. L'exécution d'un contrat de travail scindé n'est pas en soit impossible, mais elle relève quasiment de l'utopie. La rupture d'un tel contrat semble inéluctable. Cet article tente de démontrer que si le risque du transfert partiel d'entreprise ne doit pas reposer sur le salarié, il ne faudrait pas occulter le cédant. En effet, dans certaines configurations du transfert partiel d'entreprise, la rupture du contrat de travail scindé pourrait lui être, pour partie, imputable.

La temporalité des transferts d'entreprise. Plusieurs étapes jalonnent le transfert d'entreprise. Pour les besoins de la démonstration, trois peuvent être distinguées. La première étape est la caractérisation du transfert d'entreprise. Il s'agit de savoir si l'opération de transfert relève de la législation du travail relative au transfert d'entreprise¹. La deuxième étape est le maintien du contrat de travail. À partir du moment où le transfert d'entreprise est caractérisé, le contrat de travail est transféré de plein droit au cessionnaire². La troisième étape est le régime juridique appliqué au contrat de travail transféré (exécution et rupture du contrat). Chacune de ces étapes se voit perturbée lorsque le transfert d'entreprise est partiel.

Phase 1 : le transfert partiel d'entreprise. « Certes, il est une notion de transfert d'entreprise, notion unique, qui se décline sur divers registres. Et pourtant, plus on progresse dans l'étude des transferts, plus il semble qu'il existe – non une réalité – mais une pluralité de cas de figure (...). Il est évident qu'on ne peut traiter de la même façon un transfert, selon qu'il est total ou partiel »³. Les transferts d'entreprise se distinguent ainsi selon que l'activité est intégralement ou partiellement cédée. Les deux récents arrêts qui ont remis la scission

du contrat de travail sur le métier illustrent cette distinction relative à la nature du transfert d'entreprise. Dans l'arrêt du 26 mars 2020 de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)⁴, il ne s'agissait pas à proprement parler d'un transfert partiel d'entreprise. En effet, l'activité était cédée intégralement mais partagée entre deux cessionnaires. Le cédant a donc vocation à disparaître à l'issue du transfert d'entreprise. La configuration n'était pas la même dans l'arrêt de la Cour de cassation rendu le 30 septembre 2020⁵. L'entreprise était transférée partiellement à un seul et unique cessionnaire. Vis-à-vis de l'activité, le cédant a donc vocation à demeurer à l'issue du transfert. Si ces deux arrêts s'opposent quant à la nature du transfert d'entreprise (partagé ou partiel)⁶, ils se rejoignent quant aux effets sur le contrat de travail.

Phase 2 : le transfert partiel du contrat de travail. Il faut bien comprendre que l'on se situe *post*-transfert d'entreprise. La caractérisation de ce dernier n'est plus discutée. Il s'agit plutôt de connaître les effets d'un tel transfert sur le contrat de travail. On l'a dit, le transfert d'entreprise entraîne celui du contrat de travail – en son entier – au cessionnaire. Mais cette solution est mise à mal lorsque l'activité est transférée

1 Par législation du travail relative au transfert d'entreprise, on entend 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, d'établissements ou de partie d'entreprises ou d'établissements (ci-après, la « directive-transfert ») et les articles L. 1224-1 à L. 1224-4 du Code du travail.

2 Cass. soc., 19 mai 2010, n° 09-40405 et 09-40749, D.

3 Mazeaud A., « Le sort des contrats de travail lors des transferts d'entreprise », Dr. soc. 2005, p. 737. Notre intitulé s'inspire largement de celui de l'auteur.

4 CJUE, 26 mars 2020, n° C-344/18, ISS : RDT 2020, p. 401, note Mihman N. ; BJT juin 2020, n° 113u1, p. 24, note Icard J.

5 Cass. soc., 30 sept. 2020, n° 18-24881 : SSL 2020, n° 1928, note Bailly P. et Ranc S. ; JCP S 2020, 3037, note Morvan P. ; Lexbase Hebdo 29 oct. 2020, n° 841, éd. Sociale, note Tournaux S. ; BJT nov. 2020, n° 114g6, p. 12, note Icard J. ; JSL 2020, n° 508-3, note Lhernould J.-P.

6 Une autre distinction peut être relevée entre ces deux arrêts. Dans l'affaire portée devant la Cour de justice, le transfert d'activité faisait suite à une perte de marché. Cette perte n'est pas en droit français constitutive d'un transfert légal d'entreprise, si le changement de prestataire ne s'accompagne pas du transfert d'éléments d'exploitation significatifs (Cass. ass. plén., 16 mars 1990, n° 85-44518 : Bull. civ. ass. plén., n° 3).

partiellement à un cessionnaire, ou lorsqu'elle est partagée entre plusieurs cessionnaires. Après s'être évertuée à contenir le principe d'une scission du contrat de travail, la Cour de cassation, en emboîtant le pas à la Cour de justice, a réhabilité un tel principe lors d'un transfert partiel d'entreprise : « Il résulte ainsi de l'article L. 1224-1 du Code du travail, interprété à la lumière de la directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001, que, lorsque le salarié est affecté tant dans le secteur repris (...), 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 »⁷. Désormais, la scission du contrat de travail s'impose de plein droit aux parties prenantes d'un transfert partiel d'entreprise.

En même temps, trois exceptions viennent limiter le principe de la scission du contrat de travail : lorsqu'une telle scission se révèle être impossible, cela entraîne une détérioration des conditions de travail du travailleur ou porte atteinte au maintien de ses droits garantis par la directive⁸. L'impossibilité de la scission du contrat de travail renverrait à des situations inextricables dans lesquelles le salarié se retrouverait si son contrat de travail était scindé : impossibilité d'exécuter une clause d'exclusivité ou de confidentialité, prestation de travail effectuée pour deux employeurs concurrents, etc. La détérioration des conditions de travail correspondrait à une modification substantielle de ces conditions, c'est-à-dire à une modification du contrat de travail. Il pourrait être plaidé que la transformation d'un contrat de travail à temps plein en plusieurs contrats à temps partiel entraîne en elle-même une telle modification. Mais la Cour de justice a précisé qu'« une telle scission [du contrat de travail] ne saurait être exclue en raison du simple fait qu'elle implique le transfert à l'un des cessionnaires d'un contrat de travail portant sur un faible nombre d'heures de travail »⁹. La fragmentation d'un contrat de travail à temps plein en plusieurs contrats à temps partiel ne fait ainsi pas échec à la scission du contrat. Il paraît plus probable qu'une diminution de la rémunération ou une mutation hors secteur géographique puisse détériorer les conditions de travail. Enfin, l'atteinte au maintien des droits garantis par la directive-transfert reste énigmatique, d'autant que, comme l'a rappelé un auteur¹⁰, la directive garantit autant les droits individuels que collectifs des travailleurs. Quelle que soit l'interprétation donnée à ces trois exceptions, la Cour de cassation s'est bien gardée

de répondre à la question du devenir du contrat de travail impossible à scinder¹¹. La rupture du contrat de travail semble alors inévitable.

Phase 3 : le régime juridique du contrat de travail scindé. L'on se situe ici bien après le transfert d'entreprise. Le contrat de travail est déjà scindé. Le salarié dispose alors d'une alternative : soit il accepte la scission du contrat de travail, soit il refuse la modification contractuelle qui en découle¹². Si le salarié oppose son refus, la rupture du contrat de travail est inéluctable (II). Il convient de préciser que la scission du contrat de travail n'est pas nécessairement défavorable au salarié : ce dernier peut se voir appliquer, pour partie, une convention collective plus protectrice. La scission crée alors *a minima* deux contrats de travail dont leur régime juridique d'exécution reste à déterminer (I).

I. L'exécution des contrats de travail scindés

La clé de scission du contrat de travail. Pour comprendre l'exécution des contrats de travail scindés, il est nécessaire au préalable de savoir comment partager le contrat. Il faut se référer à la jurisprudence antérieure à celle qui excluait le partage du contrat de travail grâce au critère de l'activité essentielle¹³. À l'époque, la Cour de cassation avait quelquefois mobilisé la technique de l'employeur conjoint lors d'un transfert partiel d'entreprise¹⁴. En réalité, il s'agissait moins d'un partage du contrat de travail, que d'un dédoublement de la partie employeur. Pour « découper » le contrat de travail, la jurisprudence avait eu recours à plusieurs critères : le prorata de la clientèle transférée dont le salarié est en charge¹⁵, la proportion de l'activité consacrée par le salarié au secteur cédé¹⁶, le pourcentage des fonctions exercées au sein de l'activité reprise¹⁷, ou encore la durée du travail effectué dans l'entité cédée¹⁸. Ces critères rejoignent les modalités du partage du contrat de travail délivrées par la Cour de justice : la juridiction de renvoi « peut prendre en considération la valeur économique des

11 « Reste pendante la question des conséquences sur le contrat de travail du salarié d'une situation dans laquelle la division du contrat de travail entraînerait une détérioration des conditions de travail du salarié ou une atteinte au maintien de ses droits garantis par la directive » : note explicative relative à l'arrêt du 30 septembre 2020. Il faut reconnaître que la question n'était pas posée à la Cour de cassation. Mais rien ne l'empêchait en soi d'y répondre dans cette note.

12 Sur ce droit au refus : v. *infra*, II.

13 Cass. soc., 30 mars 2010, n° 08-42065 : Bull. civ. V, n° 78 – Cass. soc., 21 sept. 2016, n° 14-30056 : Bull. civ. V, n° 169 – Cass. soc., 10 janv. 1995, n° 91-45280, D.

14 Cass. soc., 10 juill. 2007, n° 06-40406, D ; Cass. soc., 3 mai 2007, n° 05-45407, D.

15 Cass. soc., 9 mars 1994, n° 92-40916 : Bull. civ. V, n° 83.

16 Cass. soc., 22 juin 1993, n° 90-44705 : Bull. civ. V, n° 171.

17 Cass. soc., 2 mai 2001, n° 99-41960 : Bull. civ. V, n° 145.

18 Cass. soc., 8 juill. 2009, n° 08-42912, D.

7 Cass. soc., 30 sept. 2020, n° 18-24881, cons. 9.

8 Cass. soc., 30 sept. 2020, n° 18-24881.

9 CJUE, 26 mars 2020, n° C-344/18, ISS, pt 33.

10 Icard J., « La divisibilité du contrat de travail post-transfert d'entreprise : la chambre sociale se range derrière la CJUE », BJT nov. 2020, n° 114g6, p. 12.

lots auxquels le travailleur est affecté (...), ou le temps qu'il consacre effectivement à chaque lot »¹⁹. Le critère le plus fréquemment appliqué devrait être la durée de travail, scindant un contrat de travail à temps complet en deux contrats à temps partiel.

Les difficultés d'application de la législation du temps partiel. Au regard de la place prépondérante de l'écrit en matière de temps partiel, les employeurs seraient avisés de formaliser contractuellement la nouvelle situation. S'agissant du transfert partiel d'un contrat de travail déjà à temps partiel, la Cour de cassation avait précisé que l'employeur n'était pas dispensé de faire signer au salarié un avenant au contrat réduisant ses horaires²⁰.

Le salarié à temps partiel bénéficie d'une durée minimale de travail hebdomadaire de 24 heures par semaine²¹. Mais une convention ou un accord de branche peut prévoir une durée minimale inférieure, à condition que les partenaires sociaux prévoient des garanties²². À l'issue du transfert partiel d'entreprise, la scission d'un contrat de travail à temps plein aboutira nécessairement à ce que l'un des deux contrats à temps partiel soit en deçà de la durée minimale de travail prescrite par le Code du travail. En matière de temps partiel, le régime *conventionnel* du transfert d'entreprise pourrait être une piste pour aménager les conséquences d'un transfert *légal* et partiel, qui ne relève pas de la négociation collective (nous soulignons).

Pour sécuriser les transferts partiels d'entreprise, les partenaires sociaux de la branche de la propriété avaient aménagé des dérogations à cette durée minimale. Un avenant à la convention collective nationale (CCN) de la propriété stipulait que si « le contrat de travail (et/ou ses avenants) d'un salarié transféré partiellement (c'est-à-dire si le salarié reste pour une partie dans l'entreprise sortante et pour une autre partie devient salarié de l'entreprise entrante) ne satisfait plus aux principes définis à l'article 6.2.4 "Organisation du travail", notamment concernant la durée minimale d'activité, il pourra être dérogé auxdits principes. Ainsi, en cas de transfert partiel et concernant le respect de la durée minimale, la durée de travail du salarié sera appréciée en totalisant l'ensemble des heures effectuées au sein de l'entreprise entrante et sortante. Toutefois, en cas de modifications apportées au contrat de travail, ou à l'avenant de transfert, ultérieurement au transfert du salarié, les principes définis

à l'article 6.2.4 "Organisation du travail" devront être respectés »²³. Un syndicat avait engagé une action aux fins d'annulation de l'avenant, raison pour laquelle la Cour de cassation a eu à se prononcer sur la question.

Dans un arrêt du 7 décembre 2017, la haute juridiction a donné raison aux juges du fond ayant débouté le syndicat de sa demande d'annulation. Elle a décidé que les dispositions de l'avenant « se bornent (...) à prévoir, d'une part, qu'en cas de changement de prestataire de services, la durée de travail du salarié sera appréciée en totalisant l'ensemble des heures effectuées, le cas échéant, au sein de l'entreprise précédemment en charge de l'activité et de celle l'ayant reprise, d'autre part que toute modification ultérieure du contrat de travail ou de l'avenant de transfert a pour effet de rendre applicable par chaque employeur la durée minimale hebdomadaire de seize heures »²⁴. Autrement dit, dans l'hypothèse d'un transfert conventionnel et partiel d'une entreprise relevant de la CCN de la propriété, la durée minimale de travail hebdomadaire se décompte, non pas auprès de chaque contrat à temps partiel pris individuellement, mais dans leur globalité, jusqu'au jour où un des employeurs modifie la durée du travail. Pour reprendre les propos d'un auteur, le raisonnement repose sur une sorte de « fiction de survie du contrat initial »²⁵. Ainsi, les difficultés à articuler le transfert partiel d'entreprise et le temps partiel peuvent être réglées (en partie) par les partenaires sociaux au niveau de la branche, à condition qu'ils se soient saisis de la question.

Quid de la convention de forfait-jours transférée partiellement ? Les salariés en forfait-jours ne peuvent pas être considérés comme des salariés à temps partiel²⁶. Pour autant, rien n'interdit que le forfait jours soit à temps réduit²⁷. La convention de forfait-jours serait scindée en fonction des jours de travail effectués pour le cédant et/ou le(s) cessionnaire(s). S'agissant du suivi de la charge de travail, le contrôle serait effectué en tenant compte des conventions de forfait-jours dans leur globalité, à l'image du décompte de la durée minimale en matière de temps partiel.

Le dédoublement de certaines clauses. Si une clause de non-concurrence est stipulée dans le contrat de travail originel, la clause se dédoublerait dans les contrats scindés. Elle profiterait au cédant et/ou au(x)

19 CJUE, 26 mars 2020, n° C-344/18, ISS, pt 32.

20 Cass. soc., 11 juill. 2006, n° 04-43168, D.

21 C. trav., art. L. 3123-7 et C. trav., art. L. 3123-27.

22 Telles que la mise en œuvre d'horaires réguliers, ou permettant au salarié de cumuler plusieurs activités, ou encore le regroupement des horaires de travail sur des journées ou des demi-journées régulières ou complètes : C. trav., art. L. 3123-19.

23 Avenant n° 3 du 5 mars 2014, art. 4, § 4, étendu le 19 juin 2014.

24 Cass. soc., 7 déc. 2017, n° 16-16406 : Bull. civ. V, n° 208 ; Lexbase Hebdo 21 déc. 2017, n° 724, éd. Sociale, note Tournaux S.

25 « Il est sans doute possible de soutenir le raisonnement de la chambre sociale par l'idée selon laquelle malgré "l'éclatement" du contrat en deux relations contractuelles, le contrat initial conclu antérieurement à la cession n'a pas totalement disparu » : Tournaux S., « Durée minimale hebdomadaire et transfert partiel d'entreprise », Lexbase Hebdo 21 déc. 2017, n° 724, éd. Sociale.

26 Cass. soc., 27 mars 2019, n° 16-23800, P.

27 Cass. soc., 9 juill. 2003, n° 01-42451 : Bull. civ. V, n° 229.

cessionnaire(s). Précisons que si ces derniers sont concurrents, le contrat n'a pas pu être partagé car il s'agit d'une des trois exceptions à la scission.

Une probabilité forte d'aboutir à la rupture du contrat de travail scindé. Le régime juridique de l'exécution du contrat de travail scindé reste parsemé d'embûches, si bien que la probabilité d'aboutir à la rupture du contrat de travail scindé est forte. Ce dénouement n'est pas sans paradoxe avec l'objectif de maintien de l'emploi issu de la législation relative au transfert d'entreprise. Toutefois, si l'ensemble des parties prenantes au transfert partiel d'entreprise accepte que le contrat de travail soit scindé puis exécuté, elles ne pourront plus se prévaloir, au terme de la relation de travail, du régime « spécial » de la rupture du contrat de travail scindé (II). Concrètement, l'exécution acceptée de deux contrats à temps partiel conduira à deux ruptures « classiques » de contrat de travail.

II. La rupture du contrat de travail scindé

Le droit de refuser les modifications du contrat du travail induites par le transfert partiel d'entreprise. Si le transfert partiel d'entreprise s'impose de plein droit aux parties prenantes, le salarié dispose d'un droit de refuser les modifications de son contrat de travail consécutives au transfert, dès lors qu'il en résulte pour lui une modification autre que le changement d'employeur²⁸. Autrement dit, le salarié peut refuser une scission potentielle de son contrat. Il faut bien comprendre que le droit au refus trouve son fondement, non pas dans la législation relative au transfert d'entreprise (d'ordre public), mais dans le droit de la modification du contrat de travail. Ce droit est d'ailleurs rappelé par l'avocat général de la Cour de justice : « La possibilité pour le travailleur de refuser une telle scission du contrat de travail (...) est justifiée par le fait que ladite scission, par sa nature, peut comporter des inconvénients importants pour le travailleur, notamment en ce qui concerne l'accomplissement de sa tâche »²⁹.

En l'état actuel de la jurisprudence, si le salarié refuse la modification contractuelle, le cessionnaire dispose à son tour d'une alternative : soit il propose des compensations à la scission du contrat de travail, soit il engage une procédure de licenciement. À défaut, le cessionnaire s'expose à une rupture justifiée du contrat de tra-

vail à l'initiative du salarié, qui produira les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse³⁰. Dans la mesure où l'on peine à identifier les propositions que pourrait faire le cessionnaire³¹, la rupture du contrat de travail, dont la scission a été refusée, est inéluctable. Selon nous, la nature de la rupture que doit engager le cessionnaire est un licenciement pour motif économique (A). Mais le cessionnaire ne peut pas tout. Le cédant ne doit pas être oublié. L'imputabilité de la rupture pourrait être partagée entre ces deux acteurs du transfert partiel d'entreprise (B).

A. La nature de la rupture

Le risque du transfert partiel d'entreprise. Nous défendons l'idée que le refus par le salarié de la scission de son contrat de travail ne constitue pas une cause *sui generis* de licenciement³². D'une part, la création de nouvelles causes de licenciement devrait être une compétence réservée au législateur³³. D'autre part, le risque du transfert partiel d'entreprise ne devrait pas reposer sur le salarié, mais sur le(s) seul(s) initiateur(s) d'un tel transfert.

C'est la position actuellement retenue par la Cour de cassation qui décide que « lorsque l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail entraîne une modification autre que le changement d'employeur, le salarié est en droit de s'y opposer et, d'autre part, que la rupture résultant du refus par le salarié d'une modification de son contrat de travail, proposée par l'employeur pour un motif non inhérent à sa personne, constitue un licenciement pour motif économique »³⁴. Autrement dit, le refus du salarié à la scission de son contrat de travail ne constitue pas, en lui-même, une cause réelle et sérieuse de licenciement. L'employeur devra alors justifier la scission du contrat de travail par une cause économique issue de l'article L. 1233-3 du Code du travail. L'identification de

30 Cass. soc., 30 mars 2010, n° 08-44227 : Bull. civ. V, n° 79 ; SSL 2010, n° 1445, p. 5, note Bailly P. ; JCP S 2010, 1297, note Morvan P.

31 Peut-être pourrait-il s'agir d'une compensation des heures supplémentaires perdues par des heures complémentaires.

32 Pour de plus amples développements, v. Bailly P. et Ranc S., « Transfert partiel d'entreprise : le regain de la scission du contrat de travail ? », SSL 2020, n° 1928, p. 6.

33 Par ex., la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 a consacré une cause *sui generis* de licenciement, lorsque le salarié travaillant pour un employeur de droit privé refuse les modifications qu'entraîne la reprise de l'entité par une personne publique gérant un service public administratif (C. trav., art. L. 1224-3, al. 4), et vice versa (C. trav., art. L. 1224-3-1, al. 3, issu de la loi n° 2009-972 du 3 août 2009). Plus récemment, l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 (ratifiée par le législateur) a créé une cause *sui generis* de licenciement lorsque le salarié refuse de voir son contrat modifié par un accord de performance collective (C. trav., art. L. 2254-2, V). Cet inventaire fait prendre conscience que la création législative de telle cause *sui generis* résulte d'un refus opposé par le salarié à une modification de son contrat de travail...

34 Cass. soc., 17 avr. 2019, n° 17-17880, P. ; JCP S 2019, 1179, note Morvan P. ; BJT juin 2020, n° 111t2, p. 16, note Icard J. ; RDT 2019, p. 483, note Ranc S.

28 V. not. Cass. soc., 30 mars 2010, n° 08-44227 : Bull. civ. V, n° 79 – Cass. soc., 17 avr. 2019, n° 17-17880, P.

29 Szpunar M., conclusions, 26 nov. 2019, n° C-344/18 : ISS, pt 79. L'avocat général précise dans sa dernière note de bas de page : « Notamment, en ce qui concerne la distance entre les sièges des deux cessionnaires ou la synchronisation des congés annuels du travailleur ».

l'employeur à l'issue du transfert partiel d'entreprise devient essentielle, car elle détermine le débiteur des obligations du droit du licenciement pour motif économique.

B. L'imputabilité de la rupture

Les « angles morts » de la directive-transfert. S'agissant de l'imputabilité de la rupture, l'article 4, § 2 de la directive-transfert dispose que « si le contrat de travail ou la relation de travail est résilié du fait que le transfert entraîne une modification substantielle des conditions de travail au détriment du travailleur, la résiliation du contrat de travail ou de la relation de travail est considérée comme intervenue du fait de l'employeur » (nous soulignons). Une des principales difficultés d'application de la directive au transfert partiel d'entreprise est son appréhension de la notion d'employeur : le cédant est nécessairement celui qui perd la qualité d'employeur³⁵ ; le cessionnaire, celui qui l'acquiert³⁶. Tandis que le fait que le cessionnaire et le cédant revêtent chacun cette qualité n'est absolument pas envisagé. Autrement dit, la directive assimile le transfert d'entreprise à une substitution d'employeur.

Cette vision du transfert d'entreprise peut s'adapter au passage d'un employeur cédant à deux employeurs cessionnaires. Dans l'affaire *ISS*³⁷, la Cour de justice a interprété en ce sens l'article 4 de la directive en décidant que « dans l'hypothèse où une telle scission se révélerait impossible à réaliser ou porterait atteinte aux droits dudit travailleur, l'éventuelle résiliation de la relation de travail qui s'ensuivrait serait considérée (...), comme intervenue du fait du ou des cessionnaires, quand bien même cette résiliation serait intervenue à l'initiative du salarié » (nous soulignons). Le risque du transfert a été imputé aux cessionnaires, car ils revêtaient tous les deux la qualité d'employeur. Cette solution se comprend aussi au regard des faits : les cessionnaires ont postulé à un appel d'offres qu'ils ont remporté et que le cédant a perdu. Ils sont seuls à l'origine de la scission du contrat de travail³⁸.

Mais lorsque le lien contractuel est conservé avec l'employeur originel, l'équation ne fonctionne plus. Dans son arrêt du 30 septembre 2020, la Cour de cassation relève bien que la scission du contrat de travail entraîne un « changement partiel d'employeur »³⁹. Cessionnaire et cédant disposent chacun de la qualité d'employeur. Dès lors, on ne voit pas pourquoi cette

rupture ne pourrait être imputée qu'au cessionnaire, alors que le cédant revêt encore la qualité d'employeur et entre ainsi dans les prévisions de la directive. D'autant plus qu'au regard des faits, l'initiative de la cession partielle d'entreprise entraînant un fractionnement dommageable du contrat émane du cédant. Ce dernier est à l'origine de la scission du contrat de travail. La Cour de cassation a d'ailleurs cassé dans son dispositif la mise hors de cause du cédant par les juges du fond. Rien n'empêche la cour d'appel de renvoi d'imputer une partie de la rupture au cédant.

Ne pas oublier le cédant ! Il faut ainsi distinguer selon la nature du transfert d'entreprise (intégral, partagé ou partiel). Dans l'hypothèse d'un transfert partiel d'entreprise *stricto sensu*, le cédant conserve un lien contractuel avec le salarié. L'imputabilité des obligations issues du droit du licenciement économique, et par conséquent son indemnisation, pourrait être partagée entre cédant et cessionnaire.

Dans l'hypothèse d'un transfert d'entreprise intégral (ou partagé entre cessionnaires), le lien contractuel avec le cédant n'existe plus. Au regard de la directive-transfert, la rupture du contrat de travail ne peut plus être imputable au cédant. Mais il reste envisageable d'organiser un recours en faveur du cessionnaire à l'encontre du cédant pour partager la dette. C'est d'ailleurs ce qu'avait précisé la Cour de cassation, dans l'arrêt où le cessionnaire dispose d'une alternative (proposer ou licencier). À défaut de mise en œuvre de cette alternative par le cessionnaire, la résiliation judiciaire du contrat à l'initiative du salarié produira les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Cette situation n'exclut pas un « recours éventuel entre les employeurs successifs »⁴⁰. L'indemnisation pourrait être partagée à proportion du critère qui aurait servi à scinder le contrat de travail. La prise en compte du cédant dans le partage de la responsabilité (ou de l'indemnisation) de la rupture d'un contrat de travail scindé par un transfert partiel d'entreprise serait compatible avec la tendance de la Cour de justice à concilier l'ensemble des intérêts des parties prenantes du transfert d'entreprise⁴¹. Et surtout, le risque du transfert partiel d'entreprise ne devrait-il pas peser (pour partie) sur les épaules de celui qui en est souvent l'instigateur, en l'occurrence le cédant ?

35 Cons. UE, dir. n° 2001/23/CE, 12 mars 2001, art. 2, § 1. a).

36 Cons. UE, dir. n° 2001/23/CE, 12 mars 2001, art. 2, § 1. b).

37 CJUE, 26 mars 2020, n° C-344/18, *ISS*, pt 39.

38 Sauf collusion frauduleuse, dans l'hypothèse où le cédant se serait entendu avec les cessionnaires afin qu'ils remportent l'appel d'offre.

39 Note explicative relative à l'arrêt du 30 septembre 2020 : Cass. soc., 30 sept. 2020, n° 18-24881.

40 Cass. soc., 30 mars 2010, n° 08-44227.

41 V. not. CJCE, 9 mars 2006, n° C-499/04, *Werhof*, pt 31 ; CJUE, 18 juill. 2013, n° C-426/11, *Alemon-Herron*, pt 25 ; CJUE, 26 mars 2020, n° C-344/18, *ISS*, pt 34.

Le transfert conventionnel du contrat de travail

114n8



Steven Rioche

Docteur en droit, juriste Fidere Avocats

En dehors du champ de l'article L. 1224-1 du Code du travail ou d'une convention collective, le transfert du contrat de travail peut intervenir par la volonté des parties. À cet effet, elles concluent généralement une convention tripartite dont l'application peut susciter des interrogations.

1. – Transfert du troisième type. – Pour qu'un transfert du contrat de travail s'opère, c'est-à-dire qu'un salarié change d'employeur, plusieurs fondements peuvent être invoqués. Au premier chef, l'opération intervient lorsque sont réunies les conditions d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, qu'une abondante jurisprudence vient compléter. En deuxième lieu, sans qu'il soit nécessaire de caractériser une quelconque exigence légale, une convention collective peut imposer à aux entreprises qui en relèvent de reprendre à leur compte les contrats des travailleurs attachés à des tâches dont elles assurent désormais la charge. Enfin, hors des cas prévus par la loi ou le contrat collectif, une convention peut organiser le passage d'un salarié au service d'un nouvel employeur.

2. – Flou. – Les modalités selon lesquelles ce transfert du troisième type intervient sont floues. Le législateur ne s'y intéresse pas. La jurisprudence de la Cour de cassation est rare¹. Faut-il y voir la manifestation d'un désintérêt ou d'une pratique suscitant peu de difficultés ? Toujours est-il que la mise en œuvre du transfert conventionnel² soulève un certain nombre de questions auxquelles des réponses doivent être apportées.

3. – Situations. – Il est fréquemment, mais pas exclusivement, recouru au transfert conventionnel dans trois types de situation. Les deux premières sont propres à l'accompagnement des restructurations, qu'il s'agisse d'opérer « à froid » dans le cadre d'un accord de GPEC encourageant la mobilité des salariés ou « à chaud » par la mise en œuvre d'une procédure de reclassement externe incluse dans les mesures sociales d'un plan de

sauvegarde de l'emploi. En dehors de ces cas, le transfert du contrat de travail peut être utile lorsqu'une société entend réintégrer un salarié expatrié au sein d'une filiale ou d'une autre société du groupe située à l'étranger. Quelle que soit la situation dans laquelle le transfert conventionnel s'opère, il convient de s'assurer de l'expression du consentement du salarié (I) et de sa correcte formalisation (II).

I. Le consentement au transfert conventionnel

4. – Un consentement libre et exprès. – Pour que le changement d'employeur puisse valablement s'effectuer, l'accord du salarié est nécessaire (A). Il doit être exprès (B) et librement exprimé (C).

A. Un consentement requis

5. – Modification du contrat de travail. – Lorsque l'article L. 1224-1 du Code du travail n'est pas applicable, le transfert d'un salarié d'une société à une autre constitue une modification du contrat de travail qui ne peut intervenir sans l'accord de l'intéressé³. Nulle dérogation ne peut être apportée à ce principe, pas même lorsque les deux sociétés concernées ont à leur tête le même dirigeant⁴. Si la qualification de « modification » du contrat de travail, fréquemment employée par la Cour de cassation, peut apparaître réductrice eu égard à l'ampleur de la transformation qui en résulte, voire « impropre »⁵ compte tenu de la nature juridique de l'opération⁶, il n'en demeure pas moins qu'elle conduit à devoir recueillir systéma-

¹ Le professeur Martinon écrit que « la conjonction des solutions ne présente pas une grande cohérence et l'on a souvent l'impression qu'elle est une jurisprudence "au coup par coup" uniquement guidée par l'enjeu de la question posée » : Martinon A., « L'organisation de la mobilité dans les groupes », JCP S 2013, 1079, n° 14.

² Certains auteurs préfèrent l'expression de « transfert individuel » : Icard J., « Le transfert individuel du contrat de travail », JSL 2020, n° 500.

³ En dernier lieu, v. Cass. soc., 22 sept. 2016, n° 14-24358.

⁴ Cass. soc., 5 mai 2004, n° 02-42580 : Bull. civ. V, n° 120 ; Dr. soc. 2004, p. 793, obs. Mazeaud A.

⁵ Icard J., « Le transfert individuel du contrat de travail », JSL 2020, n° 500.

⁶ V. *infra*, n° 12 et s.

tiquement l'assentiment du salarié à un changement d'employeur.

B. Un consentement exprimé

6. – Un consentement actuel. – Conformément aux principes classiquement reconnus lorsqu'il s'agit de modifier le contrat de travail d'un salarié, ce dernier doit exprimer son consentement de façon expresse. Son accord ne peut résulter de son silence⁷ ou de la seule poursuite du travail⁸. De plus, le consentement doit être exprimé au moment où le changement d'employeur doit s'opérer. Depuis l'arrêt *Renault* de 2009⁹, la Cour de cassation condamne régulièrement la mise en œuvre de clauses de « mobilité intragroupe » par lesquelles les parties stipulent qu'un salarié ne pourrait pas refuser sa mutation future dans une autre société¹⁰. Rendue au visa de l'article L. 1222-1 du Code du travail selon lequel le contrat de travail est exécuté de bonne foi, confirmée au visa de l'ancien article 1134 du Code civil, devenu article 1103, relatif au principe de la force obligatoire du contrat, cette exigence jurisprudentielle se traduit par l'attendu de principe suivant : « Un salarié ne peut accepter par avance un changement d'employeur ». Une telle variabilité d'employeurs est considérée comme contraire à l'ordre public de protection¹¹.

7. – Paradoxe. – Dans la sphère des modifications du contrat de travail, le changement d'employeur se voit ainsi appliquer un régime particulier. En effet, alors même que la Cour de cassation admet, sous conditions, la licéité d'une clause de mobilité géographique¹², y compris lorsque son application peut se traduire par une grande distance entre l'ancien et le nouveau lieu de travail, elle ne permet pas aux parties au contrat d'anticiper une mobilité qui conduirait à un changement d'employeur. Si cette interdiction peut être compréhensible lorsque les relations de travail sont marquées par un fort *intuitu personae*, il est permis de douter de sa pertinence dans le cadre des groupes de sociétés, dont le fonctionnement est de plus en plus intégré et se caractérise par une certaine porosité des frontières sociétaires, ou encore s'agissant des unités économiques et sociales¹³, dont la recon-

naissance intervient pourtant lorsqu'est constatée une certaine perméabilité des salariés des différentes entités juridiquement distinctes¹⁴. La question serait tranchée si la qualité d'employeur était reconnue au groupe de sociétés ou à l'unité économique et sociale. Mais la personnalité juridique étant pour l'heure refusée à ces structures supra-sociétaires, le principe d'autonomie des personnes morales¹⁵ s'oppose aux clauses de mobilité, alors même qu'il n'est pas rare que les salariés d'un groupe partagent le même sentiment d'appartenance, « la communauté d'intérêts unissant les sociétés du groupe favorisant le passage de l'une à l'autre sans rupture »¹⁶.

C. Un consentement libre

8. – Proposition. – Puisque son changement d'employeur est traité comme une modification de son contrat de travail, le salarié est libre d'accepter ou de refuser son transfert conventionnel. Il importe qu'un délai de réflexion lui soit laissé. Dans un arrêt du 8 avril 2009, la Cour de cassation juge que la procédure prévue à l'article L. 1222-6 du Code du travail, imposant que la proposition soit faite par lettre recommandée avec accusé de réception, assortie d'un délai de réflexion d'un mois et permettant de considérer que le silence du salarié emporte acceptation, n'était pas applicable au changement d'employeur résultant du transfert d'un service ou de sa gestion à un tiers¹⁷. Dès lors, l'employeur n'a pas à justifier la proposition de transfert conventionnel. En revanche, le délai de réflexion du salarié doit être suffisant. À notre sens, ce caractère suffisant devra s'apprécier en fonction de l'ampleur du changement envisagé, c'est-à-dire si le lieu de travail, les fonctions ou encore le niveau de rémunération du salarié sont différents chez son futur employeur.

9. – Refus. – Si le salarié refuse de changer d'employeur, il doit rester au service de son employeur initial. Sauf si ce dernier rapportait la preuve d'un motif économique au sens de l'article L. 1233-3 du Code du travail, un licenciement serait dépourvu de cause réelle et sérieuse¹⁸.

7 Cass. soc., 16 oct. 2019, n° 17-18445 : RJS 1/20, n° 10.

8 Cass. soc., 17 juin 2009, n° 08-42615 : Bull. civ. V, n° 151.

9 Cass. soc., 23 sept. 2009, n° 07-44200 : Bull. civ. V, n° 191 ; JSL 2009, n° 265, note Haller M.-C. ; SSL 2010, n° 1439, p. 125, note Aubonnet F. et Gamet L.

10 Cass. soc., 16 févr. 2012, n° 10-26542 ; Cass. soc., 20 févr. 2013, n° 11-27612 : JCP S 2013, 1247, note Chenu D. – Cass. soc., 13 mars 2013, n° 11-25576 ; Cass. soc., 19 mai 2016, n° 14-26556 : JCP S 2016, 1242, note Boussez F.

11 Mazeaud A., obs. ss Cass. soc., 5 mai 2004, n° 02-42580 : Dr. soc. 2004, p. 793.

12 Cass. soc., 10 déc. 2014, n° 13-23790.

13 Dans le cas d'une UES, la Cour de cassation a jugé que « la reconnaissance de l'existence d'un contrat de travail est un droit exclusivement attaché à la personne et que sauf disposition législative expresse, il ne

peut être imposé à un salarié sans son accord un changement d'employeur » : Cass. soc., 16 déc. 2008, n° 07-43875 : Bull. civ. V, n° 255 ; JCP S 2009, 1140, note Blanc-Jouvan G.

14 Cass. soc., 18 juill. 2000, n° 99-60353 : Bull. civ. V, n° 299.

15 Auzero G. et Lardy-Pélissier B., « Les clauses de "mobilité" intragroupes condamnées », RDT 2009, p. 647.

16 Favennec-Héry F., « Vers la reconnaissance d'un droit spécifique du transfert des salariés », SSL 2015, n° 1664.

17 Cass. soc., 8 avr. 2009, n° 08-41046 : Bull. civ. V, n° 104 ; JCP S 2009, 1339, note Morvan P. ; Dr. soc. 2009, p. 813, obs. Mazeaud A. ; RJS 6/09, n° 498.

18 Cass. soc., 30 oct. 1997, n° 95-41139.

II. La formalisation du transfert conventionnel

10. – Libérée de l'emprise de la rupture conventionnelle (A), l'opération de transfert prend généralement la forme d'une convention tripartite (B) dont l'objet peut s'étendre à la modification des clauses du contrat de travail (C).

A. La mise à l'écart de la rupture conventionnelle

11. – Pragmatisme jurisprudentiel. – Les parties à l'opération de transfert, c'est-à-dire le salarié, son employeur actuel et son employeur futur, sont relativement libres dans la contractualisation de leurs rapports. En effet, si l'on a pu craindre que la Cour de cassation impose de recourir à la rupture conventionnelle¹⁹ dans la mesure où, d'une part, il avait été jugé que celle-ci constitue, sauf dispositions légales contraires, le mode unique de rupture du contrat de travail par accord des parties²⁰ et que, d'autre part, il est fréquent qu'une convention tripartite de transfert prévoit de mettre un terme au contrat entre le salarié et l'employeur initial²¹, un arrêt du 8 juin 2016 est venu éteindre les inquiétudes. Pour la Cour de cassation, les dispositions relatives à la rupture conventionnelle ne sont pas applicables à une convention tripartite conclue entre un salarié et deux employeurs successifs ayant pour objet d'organiser, non pas la rupture, mais la poursuite du contrat de travail²². Le pragmatisme de la Cour de cassation doit être salué. Devoir appliquer le formalisme de la rupture conventionnelle, en demandant une homologation à l'Administration et en versant une indemnité au salarié, irait à l'encontre de « l'économie de l'opération »²³ poursuivie par les parties au transfert : maintenir un lien d'emploi.

B. Les schémas envisageables

12. – Hésitations. – Au fil de sa jurisprudence, la Cour de cassation a qualifié le transfert conventionnel de « modification »²⁴ ou de « novation »²⁵ du contrat de travail. Initialement, il semblait que le recours à

la notion de « novation » n'avait pour but que de condamner l'employeur ayant invoqué les dispositions de l'article L. 1222-6 du Code du travail, selon lequel le silence gardé par un salarié au terme du délai d'un mois suivant une proposition de modification du contrat de travail pour motif économique vaut acceptation. Mais la Cour de cassation n'en réserve plus l'usage à cette seule situation²⁶. La notion de « modification » est toutefois celle qui recueille le plus souvent ses faveurs. Si elle permet d'exprimer la nécessité de recueillir le consentement du salarié²⁷, elle n'est pas de nature à englober la complexité d'une opération affectant l'identité des parties au contrat de travail. Le droit des obligations offre deux supports au transfert conventionnel.

13. – Novation. – Le premier fondement issu du droit civil est la novation. Toutefois, au sens du Code civil, elle ne porte pas sur un contrat²⁸ mais sur une obligation²⁹. L'article 1329 du Code civil la définit comme « un contrat qui a pour objet de substituer à une obligation, qu'elle éteint, une obligation nouvelle qu'elle crée » et ajoute qu'« elle peut avoir lieu par substitution d'obligation entre les mêmes parties, par changement de débiteur ou par changement de créancier ». Si l'on applique la définition légale, par la volonté des parties, il serait mis un terme au contrat de travail avec l'employeur initial afin de lui substituer un contrat avec un nouvel employeur. Néanmoins, dans la mesure où le but poursuivi est de maintenir un lien contractuel, en conservant le cas échéant tout ou partie des stipulations initiales, la novation peut apparaître « inappropriée »³⁰.

14. – Cession. – La seconde figure envisageable est la cession de contrat. L'article 1216 du Code civil en fixe les conditions : « Un contractant, le cédant [l'employeur initial], peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire [le nouvel employeur], avec l'accord de son contractant, le cédé [le salarié] ». La cession prend la forme d'une convention par laquelle les trois parties consentent à l'opération. Il ne s'agit plus d'anéantir un contrat pour le substituer par un autre. Le même contrat se poursuit mais le salarié est désormais lié à un autre contractant. Nécessairement tripartite, l'opération emporte continuation du contrat de travail³¹. L'application des

19 Casado A., Jacquelet C. et Romatet P., « Regards croisés sur les transferts conventionnels de contrats à l'aune de l'arrêt du 15 octobre 2014 », *SSL* 2015, n° 1667.

20 Cass. soc., 15 oct. 2014, n° 11-22251 : *Bull. civ. V*, n° 241 ; *JCP S* 2014, 1436, note Loiseau G.

21 Couturier G., « Il n'est de résiliation d'un commun accord que la rupture conventionnelle », *Dr. soc.* 2015, p. 32.

22 Cass. soc., 8 juin 2016, n° 15-17555 : *Dr. soc.* 2016, p. 779, obs. Mouly J.

23 Loiseau G., « Rupture du contrat de travail. Repenser le changement contractuel d'employeur », note ss Cass. soc., 8 juin 2016, n° 15-17555 : *JCP S* 2016, 1265.

24 *V. supra*, n° 5.

25 Cass. soc., 8 avr. 2009, n° 08-41046 : *Bull. civ. V*, n° 104 ; *JCP S* 2009, 1339, note Morvan P. ; *Dr. soc.* 2009, p. 813, obs. Mazeaud A. ; *RJS* 6/09, n° 498.

26 Cass. soc., 3 mars 2010, n° 08-41600 : *Bull. civ. V*, n° 51.

27 Couturier G., « Il n'est de résiliation d'un commun accord que la rupture conventionnelle », *Dr. soc.* 2015, p. 32.

28 Dans les arrêts évoquant la notion, la Cour de cassation vise la « novation du contrat de travail ».

29 Couturier G., « Il n'est de résiliation d'un commun accord que la rupture conventionnelle », *Dr. soc.* 2015, p. 32.

30 Loiseau G., « Rupture du contrat de travail. Repenser le changement contractuel d'employeur », note ss Cass. soc., 8 juin 2016, n° 15-17555 : *JCP S* 2016, 1265.

31 Icard J., « Penser la mobilité juridique des salariés. Étude du transfert individuel du contrat de travail », *RDC* juin 2017, n° 114g6, p. 327

règles civilistes est susceptible de remettre en cause la jurisprudence de la Cour de cassation, selon laquelle un salarié ne peut pas accepter par avance un changement d'employeur. En effet, le deuxième alinéa de l'article 1216 du Code civil admet que l'accord du cocontractant cédé, en l'espèce le salarié, puisse être donné par avance, notamment dans le contrat conclu entre les futurs cédant et cédé. Auquel cas la cession produit effet à l'égard du cédé lorsque le contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire lui est notifié ou lorsqu'il en prend acte. Dans ces conditions, l'interdiction des clauses de mobilité intragroupe issue de l'arrêt *Renault* pourrait être remise en cause. Il serait envisageable d'admettre la validité de telles clauses, à tout le moins lorsqu'elles définissent de manière claire et précise le périmètre sociétaire concerné³².

C. L'aménagement de la relation de travail future

15. – Liberté limitée. – Outre la cession du contrat de travail, une convention tripartite de transfert peut prévoir la modification de certaines clauses. Toutefois, dès

lors que la convention tripartite de transfert emporte poursuite du contrat initial, des principes s'imposent aux parties. D'une part, l'ancienneté acquise auprès du premier employeur doit être conservée auprès du second³³. D'autre part, il est exclu que le salarié accomplisse une période d'essai, seule étant envisageable une période probatoire au terme de laquelle il pourra reprendre ses fonctions antérieures³⁴.

16. – Conclusion. – Au terme de l'analyse, il ne semble pas nécessaire que les pouvoirs publics interviennent pour régir une opération bien assimilée par la pratique. En revanche, il serait souhaitable qu'à la lumière des principes civilistes, la jurisprudence de la Cour de cassation évolue pour admettre la validité des clauses de mobilité. À moyen terme, la nature juridique du groupe de sociétés devrait être interrogée pour tenir compte de son importance grandissante dans les relations de travail.

et s.

³² Icard J., « Penser la mobilité juridique des salariés. Étude du transfert individuel du contrat de travail », RDC juin 2017, n° 114g6, p. 327 et s.

³³ Cass. soc., 14 déc. 2005, n° 03-47485.

³⁴ Loiseau G., « Rupture du contrat de travail. Repenser le changement contractuel d'employeur », note ss Cass. soc., 8 juin 2016, n° 15-17555 : JCP S 2016, 1265.

JE VOUDRAIS **REMERCIER** MON AVOCATE

d'utiliser la base juridique Lextenso et son **Pack Travail**. Elle fait preuve de plus de maîtrise face aux imprévus de mon dossier. Elle est plus disponible pour m'écouter et elle a plus de temps pour me répondre.

Bref, elle assure.

Mon litige s'est réglé finalement assez sereinement et c'est toute ma famille qui en profite.

Vincent, cadre supérieur à Nice

La Base**Lextenso**



Le Droit à la simplicité

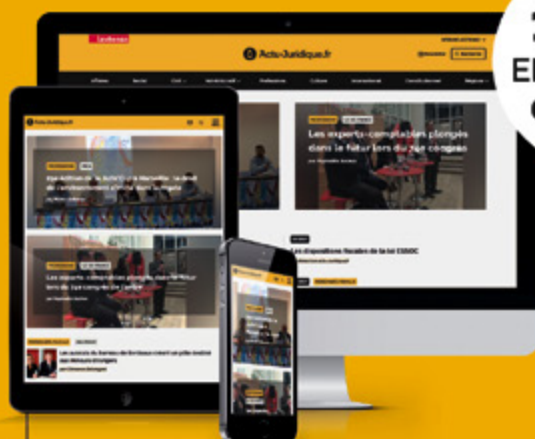
NOUVEAU



Actu-Juridique.fr

Le quotidien du droit et de la vie de l'entreprise

Chaque jour, pour vous, professionnel du droit ou du chiffre,
Actu Juridique sélectionne et décrypte l'information
- nationale et régionale - essentielle à votre pratique.



**100 %
EN LIGNE &
GRATUIT**

Profession du droit • Droit général • Droit européen et international
Actualité de l'action publique territoriale • Économie d'entreprise
Enjeux juridiques de l'actualité...

Actu Juridique, UN SAVOIR-FAIRE DE

Lextenso

SUIVEZ-NOTRE ACTUALITÉ SUR



@actujuridique.fr



@ActuJuridiqueFR