

Droit social : relations individuelles

Leçon 5 : La modification de la relation de travail

Anaëlle DONNETTE

Table des matières

Section 1. La modification du contrat de travail.....	p. 2
§1. La notion de modification du contrat de travail.....	p. 2
A. La rémunération.....	p. 3
B. La durée.....	p. 3
C. Le lieu de travail.....	p. 4
D. La qualification.....	p. 4
§2. Le régime de la modification du contrat de travail.....	p. 5
A. La proposition de la modification.....	p. 6
1. En cas de modification pour motif économique.....	p. 6
2. En cas de modification pour motif non économique.....	p. 6
B. La réponse à la modification.....	p. 7
1. L'acceptation du salarié.....	p. 7
2. Le refus du salarié.....	p. 7
Section 2. La modification de la situation juridique de l'employeur.....	p. 9
§1. Les conditions du transfert d'entreprise.....	p. 9
A. L'indifférence du lien de droit entre les employeurs successifs.....	p. 10
B. L'exigence d'une entité économique autonome conservant son identité.....	p. 11
1. Une entité économique autonome	p. 11
2. ... conservant son identité.....	p. 12
§2. Les effets du transfert.....	p. 14
A. Le maintien des contrats de travail.....	p. 14
B. La rupture du contrat de travail.....	p. 16

Doivent être distinguées, donc étudiées séparément, la modification du **contenu** du contrat de travail (Section 1) et la modification de l'une des **parties** au contrat de travail, l'employeur, en cas de **modification de sa situation juridique** (Section 2).

Section 1. La modification du contrat de travail

Avant de s'arrêter sur le **régime** de la modification du contrat de travail (§1), il convient de s'entendre sur la **notion** de modification du contrat de travail (§2).

§1. La notion de modification du contrat de travail

L'enjeu est de taille : savoir si, oui ou non, le salarié peut s'opposer à la modification ou, au contraire, se la voir imposer.

La modification du contrat de travail se distingue d'abord de la modification du statut collectif du salarié.

Les avantages dont bénéficient les salariés et qui trouvent leur source dans le statut collectif peuvent être modifiés ou supprimés sans que le salarié ne puisse y voir une atteinte à son contrat de travail.

Ce n'est qu'en cas d'incorporation que le salarié pourra invoquer une modification de son contrat de travail, l'incorporation au contrat de travail des avantages issus du statut collectif ayant pour effet de conférer une valeur contractuelle à ces derniers (le fameux « sauf clause contraire » ...).

La modification du contrat de travail se distingue ensuite et surtout du changement des conditions de travail, lequel relève de l'exécution du contrat de travail donc du pouvoir de direction de l'employeur.

Jusqu'en 1996, la jurisprudence établissait une distinction entre **les modifications substantielles et les modifications non substantielles du contrat de travail**. Cette ancienne distinction entre d'une part, modification des éléments substantiels et, d'autre part, modifications des éléments non substantiels du contrat de travail, résultait du célèbre **arrêt Raquin** (Cass. soc., 8 octobre 1987, n° [84-41.902](#)). Les premières devaient être acceptées par le salarié tandis que les secondes pouvaient être imposées par l'employeur en vertu de son pouvoir de direction.

Depuis l'**arrêt Le Berre** (Cass. soc., 10 juillet 1996, n° [93-41.137](#)) il convient de distinguer **la modification du contrat de travail** qui ne peut résulter, sur le fondement de la force obligatoire du contrat, que de la volonté des parties, du **changement des conditions de travail**, qui relève quant à lui du pouvoir de direction de l'employeur.

Cette nouvelle distinction se justifie sans doute d'un point de vue terminologique.
Toute modification du contrat est en effet par nature substantielle (anc. art. 1134, nouv. art. [1103](#) du C. civ.) ; l'expression « modification non substantielle » heurtait donc le bon sens.

Quant à la notion de changement des conditions de travail, elle porte en elle-même sa justification : ce qui ne relève pas de la modification du contrat peut être imposé au salarié, car ce dernier s'est placé sous la subordination de son employeur, il doit donc accepter ce que l'employeur lui ordonne de faire dans l'exécution du contrat.

Cette nouvelle distinction se traduit par une nouvelle façon de déterminer ce qui relève d'une modification : il faut tenir compte de l'objet de la modification – contrat de travail ou bien condition de travail ? – et non plus, en principe, de son importance.

Ainsi, l'arrêt *Le Berre* traduit un **passage d'une méthode subjective à une méthode objective** d'appréciation de ce qui relève ou non du champ contractuel, de ce qui relève de la sphère du contrat ou de la sphère du pouvoir. La nature de la modification devient indifférente aux conséquences professionnelles ou extra-professionnelles de celle-ci, en tout cas en théorie.

En raison d'une approche objective consacrée par la Cour de cassation, **la situation personnelle et subjective du salarié ne doit pas intervenir** dans la reconnaissance de la modification de son contrat de travail.

Par exemple, la localisation du domicile du salarié est indifférente pour savoir s'il y a ou non modification du lieu de travail.

Pourtant, la gravité du changement est parfois prise en compte... On peut s'en rendre compte en examinant successivement les modifications pouvant affecter certains éléments du contrat ou de la relation de travail.

A. La rémunération

Contrepartie de la prestation de travail, la rémunération inscrite dans le contrat de travail est indiscutablement un élément du contrat de travail.

La qualification d'élément du contrat concerne autant **le montant** lui-même que **le mode de calcul** de la rémunération ainsi que **sa structure**.

L'employeur ne saurait modifier unilatéralement ni le montant ni le mode de calcul ni la structure de la rémunération, quand bien même cette modification serait plus favorable pour le salarié.

Rappelons toutefois que seule la rémunération contractuelle a une nature contractuelle.

Il faut tenir compte de la source de la rémunération. Si elle trouve exclusivement sa source dans un accord collectif de travail, la modification de celui-ci n'est pas une modification unilatérale du contrat, en application du principe de non-incorporation (Cass. soc., 27 juin 2000, n° [99-41.135](#)).

De même, la dénonciation d'un usage ne vaut pas modification du contrat de travail, la suppression d'un avantage salarial issu d'un usage par l'effet de sa dénonciation ne nécessite pas l'accord du salarié (Cass. soc., 16 novembre 2005, n° [04-40.339](#)). Cela remet en cause, une fois encore, l'analyse en termes d'éléments contractuels par nature... (cf. Leçon 4).

B. La durée

La durée du travail, telle qu'elle résulte du contrat de travail, constitue également un élément contractuel que l'employeur ne peut modifier unilatéralement. La durée du travail vise **le nombre d'heures**, non les horaires, lesquels relèvent du pouvoir de direction de l'employeur.

Avec cette précision que, là encore, la durée collective fixée par accord n'est pas un élément du contrat de travail...

La question des heures supplémentaires se pose. La jurisprudence est claire à ce sujet : **le dépassement de la durée du travail par le jeu des heures supplémentaires ne constitue pas une modification du contrat de travail** (Cass. soc., 9 mars 1999, n° [96-43.718](#)).

De même, **la baisse de la durée du travail stipulée au contrat de travail en application d'un accord de modulation du temps de travail ne constitue pas une modification du contrat de travail** (art. [L. 3122-6](#) du C. trav.).

C. Le lieu de travail

Il est nécessaire de distinguer le régime de la modification selon que le contrat comporte ou non une clause de mobilité.

En l'absence de clause de mobilité, le régime de la modification dépend d'un critère : le secteur géographique.

- **Si la modification du lieu de travail entraîne un changement du secteur géographique, elle est une modification du contrat de travail.** La Cour de cassation apporte toutefois un tempérament en cas d'affectation occasionnelle : le placement occasionnel imposé à un salarié en dehors du secteur géographique ne constitue pas une modification du contrat dès lors que deux conditions sont réunies, la mission est justifiée par l'intérêt de l'entreprise et des circonstances exceptionnelles, la spécificité des fonctions du salarié implique une certaine mobilité (Cass. soc., 22 janvier 2003, n° [00-43.826](#)), et le salarié est informé préalablement dans un délai raisonnable du caractère temporaire de l'affectation et de sa durée prévisible (Cass. soc., 3 février 2010, n° [08-41.412](#)), cf. Leçon 4.
- **Si la modification du lieu de travail est réalisée dans le même secteur géographique, elle constitue un simple changement des conditions de travail** qui s'impose au salarié.

Remarque

Nb : Toute la difficulté résulte dans la définition du secteur géographique, dont les contours relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond. On peut penser à la région, à un bassin d'emploi ou à une zone urbaine.

En présence d'une clause de mobilité, l'employeur peut modifier le lieu de travail au-delà du secteur géographique, dès lors qu'il respecte les prévisions contractuelles donc le champ géographique de la mobilité contractuellement prévu (cf. Leçon 4).

En tout état de cause, un déplacement occasionnel peut être imposé à un salarié lorsqu'il s'inscrit dans le cadre habituel de son activité, qu'il est justifié par l'intérêt de l'entreprise et que le salarié a été prévenu dans un délai raisonnable et informé de la durée prévisible de la mission (Cass. soc., 29 janv. 2025, n° [23-19.263](#) ; Cass. soc., 3 févr. 2010, n° [08-41.412](#)).

D. La qualification

La qualification, par opposition aux fonctions du salarié, constitue un élément contractuel. Sa modification requiert donc l'accord du salarié.

Remarque

Attention !

Il s'agit du niveau et du coefficient hiérarchique mentionné dans le tableau de classification professionnelle résultant des conventions collectives.

Il ne s'agit pas des diplômes.

Remarque

Nb :

D'un point de vue juridique, le terme « qualification » recouvre deux notions distinctes :

- la qualification individuelle : elle est constituée par l'ensemble des diplômes, titres, expériences professionnelles, acquis théoriques et pratiques formellement validés, qui dotent l'individu d'un patrimoine professionnel.
- la qualification de l'emploi occupé ou contractuelle : elle se traduit par la possibilité offerte à un individu d'accéder à un emploi, en considération de sa qualification. Elle permet au salarié d'être rattaché à une catégorie professionnelle préalablement établie et définie dans une grille de classifications d'une convention collective. Elle se concrétise juridiquement, lors de la conclusion du contrat de travail, par l'opération de « classement du salarié ». Cette qualification contractuelle figure obligatoirement sur le bulletin de salaire de chaque salarié.

L'importance de la modification reste un critère dans certaines hypothèses pour déterminer l'existence d'une modification du contrat de travail.

Ainsi, en principe, les horaires relèvent du pouvoir de direction de l'employeur et peuvent donc être modifiés unilatéralement par celui-ci, à la différence de la durée du travail.

Si la modification est minime, elle demeure un changement des conditions de travail qui s'impose au salarié.

Exemple

Par exemple, tel est le cas lorsque l'employeur demande à un salarié de rester le vendredi après-midi sans remettre en cause la durée du travail.

En revanche, si la modification est grave, elle devient une modification du contrat de travail qui nécessite l'accord du salarié.

Exemple

Par exemple, le passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit – ou inversement – de même que le passage d'un temps plein à un temps partiel – ou inversement – comme le passage d'un horaire variable à un horaire fixe – ou inversement – constituent une modification du contrat de travail (Cass. soc., 24 janvier 2007, n° [05-42.688](#) ; Cass. soc., 31 octobre 2000, n° [98-45.891](#) et Cass. soc., 22 mai 2001, n° [99-41.146](#)).

Remarque

Nb : Lorsque les horaires ont été contractualisés, ils deviennent évidemment un élément du contrat de travail.

Le même raisonnement vaut pour les fonctions. Par opposition à la qualification, les fonctions du salarié relèvent du pouvoir de direction de l'employeur.

Cependant, lorsque le changement des fonctions est tel qu'il s'accompagne d'un changement de qualification ou des responsabilités du salarié, il devient une modification du contrat de travail.

Par exemple, il a été jugé que la demande faite à une femme de ménage affectée à l'entretien des appartements des copropriétaires d'effectuer le nettoyage des parties communes ne constitue pas une modification du contrat de travail, de même que la demande faite à un salarié affecté à l'engainage des bananes d'assurer la cueillette des citrons (Cass. soc., 10 mai 1999, n° [96-45.673](#)).

En revanche, la secrétaire standardiste à qui l'on demande de faire du secrétariat comptable subit une modification de son contrat comme le responsable administratif et commercial qui se voit retirer toute fonction commerciale...

Enfin, les limites du socle contractuel sont renforcées par la notion d'obligations familiales impérieuses et, plus largement, par le rempart des droits et libertés fondamentaux.

Ainsi, nous avons vu par exemple que la mise en œuvre d'une clause de mobilité ne s'analyse pas en une modification du contrat de travail. Cependant, si elle porte atteinte au droit de mener une vie familiale normale, le salarié peut s'y opposer, Cf. Leçon 4.

§2. Le régime de la modification du contrat de travail

Alors qu'une évolution du statut collectif comme un changement des conditions de travail s'impose au salarié, ce dernier est en droit de s'opposer à toute proposition de modification de son contrat de travail.

La modification du contrat de travail doit respecter une procédure spécifique résultant soit de la loi (modification pour motif économique), soit de la jurisprudence (modification pour motif non économique).

Chronologiquement, il convient de s'intéresser à **la proposition de la modification (A)** puis à **la réponse à la modification (B)**.

A. La proposition de la modification

Il faut opérer une distinction selon que la modification repose (1) ou non (2) sur un motif économique.

1. En cas de modification pour motif économique

Quel sera le motif de la modification ?

La réponse dérive de la définition du licenciement pour motif économique.

Il faut que la modification résulte d'un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié consécutif notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques, ou à une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité ou à une cessation d'activité (cf. Leçon 7).

Il faut tout d'abord procéder à une **information des tiers, l'inspecteur du travail**, lorsque l'employeur envisage une modification de l'horaire collectif de travail ou de l'organisation du temps de travail ainsi que **le comité social et économique**.

La modification du contrat pour motif économique doit également être notifiée au salarié par lettre recommandée avec accusé de réception, qui doit préciser que le salarié dispose d'un délai d'un mois pour faire connaître son refus.

A défaut de réponse dans le délai d'un mois, le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée (art. [L. 1222-6](#) du C. trav.).

Le délai d'un mois constitue une période de réflexion destinée à permettre au salarié de prendre parti sur la proposition de modification en mesurant les conséquences de son choix (Cass. soc., 5 mars 2008, n° [06-46.094](#)). Il en résulte que l'inobservation de ce délai par l'employeur prive de cause réelle et sérieuse le licenciement fondé sur le refus par le salarié de la modification de son contrat de travail.

Remarque Attention !

En cas de procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, le délai de réflexion est ramené à 15 jours, art. [L. 1222-6](#) du C. trav.

2. En cas de modification pour motif non économique

La loi ne prévoit pas de règles relatives à la modification du contrat de travail pour motif non économique, mais l'employeur doit respecter les dispositions des conventions collectives éventuellement applicables.

La jurisprudence est venue par ailleurs préciser que l'employeur est tenu de respecter le principe de loyauté qui suppose l'observation d'un **délai de réflexion raisonnable**.

Elle précise également que **l'absence de réponse du salarié à l'issue de ce délai vaut ici refus de la modification**.

En cas de modification pour motif disciplinaire, **l'employeur ne peut imposer au salarié une modification de son contrat prononcée à titre disciplinaire**. En cas de refus du salarié, il peut prononcer une autre sanction aux lieu et place de la sanction refusée (Cass. soc., 16 juin 1998, n° [95-45.033](#), *Hôtel Le Berry*), c'est-à-dire que la nouvelle sanction est fondée non sur le refus de la première mais en raison des faits invoqués à l'origine à l'appui de celle-ci.

Remarque

Nb : La Cour de cassation raisonne à partir d'une fiction : considérer que la première sanction n'a jamais existé. Cela permet d'échapper à la prohibition du cumul de sanctions (à supposer que l'employeur ait proposé la modification qui n'est donc pas encore entrée en vigueur). Mais l'effet boomerang n'est pas négligeable : le licenciement remplacera souvent la rétrogradation...

B. La réponse à la modification

Il faut distinguer l'hypothèse de l'**acceptation du salarié** (1) de l'hypothèse de **son refus** (2).

1. L'acceptation du salarié

En droit du travail comme en droit commun, cette forme est libre, sauf dans deux hypothèses : d'une part, en matière de modification pour motif économique, et d'autre part, lorsque le contrat de travail ou la convention collective a prévu un formalisme particulier (acceptation écrite).

L'acceptation d'une modification des conditions de travail n'est pas exigée. En revanche, il faut une acceptation d'une modification du contrat.

En cas de modification pour motif non économique, il faut une acceptation expresse.

L'acceptation ne peut résulter de la poursuite de la relation de travail aux nouvelles conditions.

En revanche, **en cas de modification pour motif économique, le silence du salarié vaut acceptation tacite**, à défaut de réponse expresse dans le délai d'un mois le salarié est donc réputé avoir accepté la modification de son contrat.

2. Le refus du salarié

Refus d'un changement des conditions de travail : le changement des conditions de travail relève du pouvoir de direction de l'employeur, de sorte que tout refus du changement des conditions de travail constitue un acte d'insubordination autorisant l'employeur à sanctionner le salarié. Le refus constitue une **violation des obligations contractuelles** que l'employeur peut sanctionner au besoin par un licenciement pour faute (Cass. soc., 10 octobre 2000, n° 98-41.358).

Remarque

Nb : Il ne s'agit pas pour autant nécessairement d'une faute grave selon que le refus du salarié est ou non légitime...

Refus de la modification du contrat de travail : c'est un droit pour le salarié.

En principe, il y a donc une seule alternative pour l'employeur, maintenir les anciennes conditions de travail ou licencier (le seul refus n'étant pas une cause de licenciement).

Il en découle certaines conséquences :

- en cas de modification pour motif économique, le refus des salariés emporte l'application des règles du licenciement économique ;
- en cas de modification pour motif non économique, il faut distinguer :
 - soit il s'agit d'une modification pour motif disciplinaire : le refus permet de prendre une nouvelle sanction ;

Remarque

Attention : Un arrêt (Cass. soc., 28 avril 2011, n° [09-70.619](#)) oblige l'employeur qui notifie au salarié une sanction emportant modification de son contrat de travail à informer l'intéressé de sa faculté d'accepter ou de refuser cette modification.

- soit il s'agit d'une modification pour motif non disciplinaire : le licenciement consécutif au refus du salarié aura une cause réelle et sérieuse si la modification proposée répond à l'intérêt de l'entreprise, intérêt laissé à l'appréciation souveraine des juges de première instance alors que la Cour de cassation contrôle le caractère contractuel de l'élément modifié.

Section 2. La modification de la situation juridique de l'employeur

La transmission d'entreprise trouve une traduction juridique en droit du travail à l'article [L. 1224-1](#) du Code du travail qui régit les conditions et les effets du transfert d'entreprise. On parle de modification de la situation juridique de l'employeur. Il s'agit de l'hypothèse du **changement d'employeur**, lequel s'opère lors d'un transfert d'entreprise notamment par cession, scission, fusion...

Quel sort est réservé au contrat de travail des salariés en pareille hypothèse de transfert d'entreprise ? Que deviennent les contrats de travail conclus par le premier employeur ? Le droit européen (aujourd'hui la directive n° 2001/23 du 12 mars 2001) et le droit national (art. [L. 1224-1](#) et s. du C. trav.) s'accordent en garantissant le **maintien des contrats de travail au sein de la nouvelle entreprise**.

L'article L. 1224-1 du Code du travail dispose précisément que « *lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise* ».

Cette règle, ancienne (1928) traduit le souci du législateur de faire en sorte que les contrats ne soient pas affectés par les changements d'employeur dus à toute sorte d'opérations.

Le transfert des contrats de travail est d'ordre public, il opère de plein droit dès lors que les conditions du transfert d'entreprise au sens de l'article L. 1224-1 du code du travail sont réunies. Le salarié ne peut refuser le transfert, en cas de refus il est réputé être démissionnaire (mais, nous le verrons s'il est licencié par le cédant au motif du refus, ce licenciement est sans effet et le salarié doit être réintégré chez le repreneur).

Remarque

Nb :

L'application de cette règle d'ordre public – c'est-à-dire à laquelle on ne peut déroger dès lors que les conditions en sont réunies – **peut aussi être volontaire** – lorsque les conditions n'en sont pas réunies, mais que les entrepreneurs successifs organisent le transfert des contrats de travail et se soumettent alors volontairement aux effets du texte.

Si le texte ne traite que des relations individuelles de travail, il ne faut pas oublier que le transfert d'entreprise a d'importantes conséquences sur le statut collectif de l'entreprise, lui aussi transféré.

Pour connaître le régime applicable au statut collectif transféré, il faut jongler entre différents autres textes du Code du travail qui prévoient par exemple :

- la mise en cause des accords collectifs de travail (art. [L. 2261-14](#) du C. trav.),
- la cessation des accords de participation et d'intéressement (art. [L. 3313-4](#) et [L. 3323-8](#) du C. trav.),
- la protection des salariés protégés compris dans un transfert partiel se traduisant par la nécessaire autorisation de l'inspecteur du travail (art. [L. 2414-1](#) et [L. 2421-9](#) du C. trav.),
- la poursuite des mandats des représentants du personnel et le sort des institutions représentatives du personnel (art. [L. 2143-10](#) et [L. 2314-35](#) du C. trav.),
- les pouvoirs des représentants du personnel en cas de restructuration (art. [L. 2312-8](#) du C. trav.).

D'application d'ordre public ou volontaire, le régime mis en place par l'article L. 1224-1 du Code du travail oblige à être particulièrement attentif aux contenus des contrats de travail transférés et à l'ensemble des normes en vigueur dans l'entité transférée.

Il convient d'étudier **les conditions** du transfert d'entreprise (§1), puis **les effets** (§2) du transfert d'entreprise.

§1. Les conditions du transfert d'entreprise

Au moment d'envisager une transmission d'entreprise, côté cédant, ou une reprise d'entreprise, côté cessionnaire ou repreneur, il importe de vérifier si les conditions de la transmission relèvent ou non du régime juridique du transfert d'entreprise régi par l'article L. 1224-1 du Code du travail, notamment en raison de ses lourdes conséquences pour le repreneur :

- les contrats de travail devront être repris et maintenus et le cessionnaire se trouve alors obligé à tout ce à quoi s'était obligé le cédant envers ses salariés, ou presque ;
- mais aussi le statut collectif passe de l'ancien employeur ou nouvel employeur, à charge pour ce dernier de tout remettre à plat et d'harmoniser avec son propre statut en vigueur dans son entreprise, s'il ne veut pas voir ses obligations collectives considérablement alourdies.

Remarque

Nb : Nous nous concentrerons, dans le cadre du présent cours, sur les seuls aspects individuels du transfert d'entreprise.

Selon l'article L. 1224-1 du Code du travail, les contrats sont maintenus lorsque l'entreprise est transférée, **notamment** par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société. Sans difficulté la vente renvoie à la cession totale ou partielle d'entreprise comme à la cession d'un fonds de commerce et la transformation du fonds comprend l'apport partiel d'actif. Au-delà, plusieurs questions se sont posées.

Tout d'abord, le texte donne une liste d'exemples de transfert d'entreprise qui se traduisent tous par un lien de droit entre le cédant et le cessionnaire. **Mais faut-il en déduire que le texte ne s'applique qu'en présence d'un lien de droit entre les employeurs successifs ?** La jurisprudence répond par la négative, en consacrant l'indifférence du lien de droit.

Ensuite, la présence de l'adverbe "notamment" manifeste que le texte donne une liste non exhaustive d'exemples de modification de la situation juridique de l'employeur. Que recouvre donc cette notion ? Quelles sont les opérations visées par le texte ? Doit-on notamment considérer que l'externalisation d'un service (une entreprise cède à une autre entreprise des activités qui ne sont pas directement liées à l'objet social de l'entreprise – à l'inverse de l'opération de concentration) est concernée par le texte ? **La jurisprudence estime que sont visés par le texte les transferts d'une entité économique conservant son identité.**

Revenons sur ces deux points : **l'indifférence du lien de droit entre les employeurs successifs (A) et l'exigence d'un transfert d'une entité économique conservant son identité (B).**

A. L'indifférence du lien de droit entre les employeurs successifs

Sur cette question, la jurisprudence a d'abord donné une réponse hésitante.

A l'origine, les juges ont considéré que la règle du maintien des contrats de travail s'appliquait même en l'absence de lien de droit entre les employeurs successifs (Cass. soc., 27 février 1934, *Goupy*). Ainsi, une succession de prestataires de services (par exemple, une reprise par une nouvelle entreprise d'un marché de nettoyage ou de restauration) ou un changement d'employeur dans le cadre d'une exploitation concédée par une personne publique devaient se traduire par la conservation de l'ensemble du personnel attaché à l'activité. Un arrêt d'assemblée plénière avait cependant mis fin à cette jurisprudence pendant un temps en adoptant une interprétation plus stricte de l'article L. 1224-1 (à l'époque l'article L. 122-12) du Code du travail : le repreneur d'une entreprise ne devait conserver les salariés que s'il était juridiquement lié au cédant (Cass. ass. plén., 15 novembre 1985, n° 82-40.301).

Puis cette exigence a finalement été écartée tant par la Cour de justice des communautés européennes (devenue depuis la Cour de justice de l'Union européenne) que par la Cour de cassation (CJCE, 10 février 1988, aff. C-324/86 et Cass. ass. plén., 16 mars 1990, n° 89-45.730, *Onet*).

Désormais, toutes les modalités de transfert d'entreprise sont concernées par le texte, sans qu'il y ait lieu d'exiger entre le cédant et le repreneur un quelconque lien de droit. Est alors concernée toute mutation juridique de la personne de l'employeur, y compris en l'absence de relations contractuelles

directes entre le cédant et le cessionnaire (CJCE, 17 décembre 1987, *Ny Mølle kro*, aff. [C-287/86](#) ; CJCE, 18 mars 1986, *Spijkers*, aff. [C-24/85](#) ; CJUE, 11 juillet 2018, *Hermo et Seguridad c./ Esabe Vigilancia SA et Fondo de garantía salarial*, aff. [C-60/17](#)).

Remarque

Attention !

Le texte n'est en revanche pas applicable dans le cas de la seule perte de marché.

B. L'exigence d'une entité économique autonome conservant son identité

Quelles sont les opérations visées par le texte ? Que se passe-t-il si ce n'est pas la société mais seulement un service de celle-ci qui est transféré ? Quelles sont les solutions si l'entreprise est cédée mais que le nouvel employeur ne maintient pas la même activité ?

A ces questions, la Cour de cassation a apporté une réponse directement inspirée du droit communautaire : pour qu'un changement d'employeur à l'occasion d'un transfert emporte maintien des contrats de travail attachés à l'activité transférée, **il faut qu'il y ait transfert d'une entité économique autonome conservant son identité**.

1. Une entité économique autonome ...

En effet, la règle du maintien des contrats de travail ne s'applique qu'en cas de transfert d'une **entité économique** entendue comme un « *ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre* » (Cass. soc., 7 juillet 1998, n° [96-21.451](#)). Il est nécessaire, par ailleurs, que l'activité transférée soit exercée par une entité économique **autonome** (Cass. soc., 18 juillet 2000, n° [98-18.037](#) et Cass. soc., 30 janv. 2001, n° [99-13.916](#), *Perrier Vittel*). **Ainsi, l'entité économique s'entend d'un ensemble de moyens matériels ou immatériels et humains en vue de la poursuite d'une activité déterminée et conférant à l'entité en question une certaine autonomie** (capacité à fonctionner seule, autonomie de gestion, organisation comptable autonome, résultats spécifiques, finalité propre).

L'entité est donc **un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité qui poursuit un objectif propre**.

On comprend donc pourquoi l'article [L. 1224-1](#) du Code du travail ne s'applique pas à la perte d'un marché qui ne s'accompagne ni d'une cession d'actifs ni d'une reprise d'une partie des effectifs.

Remarque

Attention !

Il faut alors vérifier si un accord collectif n'organise pas le transfert des contrats, tel que l'accord du 18 avril 2002 relatif aux garanties d'emploi dans le secteur du transport de personnes à caractère régulier, qui prévoit le transfert des contrats de travail en cas de succession de prestataires.

Remarque

Par ailleurs, si les contrats de travail ne sont pas transférés au repreneur, l'employeur initial ne peut pas forcément les garder non plus... reclassement et, le cas échéant, licenciement économique... à supposer que l'on justifie d'un motif économique...

Le juge recherche donc le transfert :

- d'une activité économique poursuivant un objectif propre ;
- d'un personnel propre, spécialement affecté à l'activité transférée ;
- d'éléments d'exploitation, corporels (bâtiments, équipements) ou incorporels (clientèle, droits d'une marque).

Remarque

Nb : A cet égard, il faut relever une opposition entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour de cassation pour les entreprises dont l'activité repose essentiellement sur de la main d'œuvre, comme le nettoyage ou gardiennage par exemple.

Pour la CJUE, il peut y avoir transfert (CJCE, 11 mars 1997, aff. [C-13/95](#), *Ayşe Süzen* ; CJCE, 10 décembre 1998, aff. [C-127/96](#), *Hernandez Vidal SA et autres* ; CJCE, 24 janvier 2002, aff. [C-51/00](#), *Temco Service* ; CJUE, 20 janvier 2011, *CLESE SA*, aff. [C-463/09](#)), pas pour la Cour de cassation (Cass. soc., 25 avril 2007, n° [04-47710](#) ; Cass. soc., 27 février 2013, n° [12-12305](#)), faute d'éléments d'exploitation corporels ou incorporels. Pour la CJUE, le critère matériel, l'exigence d'un transfert d'éléments d'actifs, s'efface devant l'existence d'une communauté de travailleurs pour les activités dites de main-d'œuvre, fonctionnant sans éléments d'actifs significatifs.

Quelques exemples :

Exemple

- une société cède son activité de transport en commun ; le cessionnaire acquiert l'ensemble du parc autobus permettant l'activité de transport en commun # l'art. L. 1224-1 du C. trav. s'applique (car les autobus, éléments corporels, sont cédés) ;
- une société d'exploitation de bus perd le marché de la ville, repris par une société concurrente # l'art. L. 1224-1 du C. trav. ne s'applique pas (cas de la perte de marché) ;
- un cabinet d'avocats cède tous ses dossiers à un autre cabinet # il y a application de l'art. L. 1224-1 du C. trav. car la clientèle, éléments incorporels, qui constituait l'élément essentiel de l'entité, est cédée ;
- une société décide de recourir à une société extérieure pour l'établissement des bulletins de paie de ses salariés, société extérieure qui a son propre matériel (ordinateur, logiciel) # l'art. L. 1224-1 du C. trav. ne s'applique pas. Il y a transfert d'une activité, mais il n'y a pas transfert d'une entité économique autonome faute de transfert d'éléments corporels ou incorporels.

2. ... conservant son identité

L'entité transférée doit conserver son identité, c'est-à-dire qu'il doit y avoir poursuite effective de l'exploitation, identité de personnel, similitude des moyens d'exploitation. La même activité doit se poursuivre avec les mêmes moyens (mêmes procédés de fabrication, de distribution ou d'exploitation).

A cet égard, s'est posée la question du transfert d'une entreprise privée vers une entreprise publique. Peut-on ici considérer que l'identité est conservée ? La réponse a d'abord été apportée par la jurisprudence, relayée par le législateur : **le transfert vers un établissement public ne modifie pas l'identité de l'entité économique transférée de sorte que le transfert des contrats de travail s'impose** (Cass. soc., 25 juin 2002, n° [01-43.467](#) et art. [L. 1224-3](#) du C. trav.).

Remarque

Nb : Ce qui compte, c'est l'identité de l'activité, et son maintien, non l'identité de l'exploitant de cette activité.

Dans cette hypothèse, il appartient à la personne publique de proposer aux salariés transférés un contrat de droit public qui reprend les clauses substantielles de leur contrat, en particulier pour la rémunération. En cas de refus des salariés d'accepter le contrat proposé, leur contrat prend fin de plein droit. Il faut comprendre que le refus constitue à lui seul la cause de licenciement (consécration d'un cas de licenciement sui generis) s'il n'est pas possible pour l'employeur de maintenir le contrat de droit privé ou de reprendre les conditions de travail du salarié (Cass. soc., 30 septembre 2009, n° [08-40.846](#)).

Remarque

Nb :

L'article [L. 1224-3-1](#) du Code du travail est le reflet du texte précédent pour le transfert du public vers le privé.
Les agents titulaires de droit public restent au service de l'État qui doit les employer à une autre activité.
Les agents non titulaires doivent se voir proposer un contrat régi par le Code du travail.

Toujours en ce qui concerne la question de l'identité conservée, il faut toutefois relever que **la loi et la jurisprudence n'exigent le maintien de l'identité de l'entité économique transférée qu'au moment du transfert**. Il suffit donc qu'elle ne se dissolve pas immédiatement au moment où elle est reprise. Ainsi, l'article L. 1224-1 du Code du travail produira tous ses effets, même si ultérieurement, par exemple, le repreneur se sépare d'une partie des machines cédées (Cass. soc., 1^{er} octobre 2003, n° [01-43.685](#)).

En tout état de cause, l'activité doit être poursuivie.

Lorsque deux sociétés assuraient, l'une la livraison des plats cuisinés, l'autre la vente de ces plats et l'entretien des locaux de restauration, et que ces deux activités sont reprises par une troisième société assurant l'ensemble de celles-ci, il n'y a pas poursuite par cette dernière de l'activité des prédécesseurs de sorte que l'article L. 1224-1 du Code du travail ne s'applique pas (Cass. soc., 12 mars 1991, n° [88-40.937](#)).

Remarque

Cette condition se confond avec celle de l'identité conservée : dès lors que l'activité change lors du transfert de l'entité, il n'y a plus identité de l'entité transférée.

En dehors des hypothèses légales conduisant à la poursuite des contrats de travail (succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société), la jurisprudence a ajouté :

- la reprise du bail,
- la mise en location-gérance,
- la concession successive de marché (par exemple, pour l'exploitation d'un service de remontées mécaniques),
- la reprise d'une activité en gestion directe (par exemple, la reprise par une maison de retraite du service de restauration).

Remarque

Attention !

On la dit, la seule perte de marché n'emporte pas application de l'article L. 1224-1 du Code du travail.

La seule perte de marché... quelques précisions s'imposent.

Par principe, la perte d'un marché (hypothèse dans laquelle une entreprise confie à une autre certaines prestations en exécution d'un marché, comme par exemple des opérations de nettoyage) n'entraîne pas le transfert des contrats de travail de la société sortante à celle qui reprend le marché. L'entreprise entrante intervient avec son propre personnel, son propre matériel, et son propre savoir-faire.

En revanche, les contrats de travail sont maintenus auprès du nouveau prestataire, lorsqu'il est constaté que le changement de prestataires s'accompagne du maintien d'une activité constitutive d'une entité économique autonome ayant conservé son identité. Cela implique donc un transfert des moyens d'exploitation de l'ancien vers le nouveau prestataire (matériel, locaux, équipements ...).

Le cas échéant, il convient de vérifier l'absence d'une mesure délibérée destinée à écarter la directive transfert (CJUE, 7 août 2018, *Colino Sigüenza*, aff. [C-472/16](#)).

Par ailleurs, on l'a évoqué, en dehors de l'application automatique de l'article L. 1224-1 du Code du travail, les employeurs peuvent négocier le maintien des contrats de travail. Par exemple en cas de perte d'un marché. On parle alors d'application volontaire du texte, laquelle entraîne les mêmes effets que ceux prévus par la loi. Dans ce cas toutefois, il faut obtenir l'accord des salariés : le transfert ne s'imposant pas par l'effet de la loi, leur consentement est nécessaire (car il y a novation, et ce même en cas d'application d'un accord collectif). Dans ce cas, le refus du salarié est un droit et ne saurait donc être constitutif d'une faute.

Remarque

Nb : En cas de succession, si l'héritier renonce à la succession, il est censé n'avoir jamais hérité donc les dispositions de l'art. L. 1224-1 du C. trav. ne lui sont pas opposables.

Remarque Attention !

Le consentement des travailleurs n'est pas une condition d'application du régime du transfert d'entreprise mais ils peuvent s'opposer à leur transfert selon la CJUE.

Sur le fondement de la liberté de travailler et d'exercer une profession librement choisie, les salariés doivent être libres de choisir leur employeur et ne doivent pas être obligés de travailler pour un employeur qu'ils n'ont pas librement choisi. Par conséquent, les salariés ont le droit de s'opposer à leur transfert. Précisément, ils ont la liberté de refuser le transfert, à titre personnel, et ce refus ne peut être considéré comme fautif (CJCE, 16 déc. 1992, *Katsikas*, aff. [C-132/91](#)). La difficulté est de tirer les conséquences du refus du salarié d'être concerné par le transfert. La Cour de justice a apporté quelques réponses (CJCE, 7 mars 1996, *Merckx & Neuhuys*, aff. [C-171/94](#) et [C-172/94](#)).

Elle rappelle tout d'abord que la protection que la directive vise à assurer est dépourvue d'objet lorsque le salarié, à la suite d'une décision prise par lui librement, ne poursuit pas, après le transfert, la relation de travail avec le nouveau chef d'entreprise (CJCE, 11 juil. 1985, *Danmols Inventar*, aff. [C-105/84](#)).

Elle rappelle aussi que, si la directive permet au travailleur de rester au service du nouvel employeur dans les mêmes conditions que celles convenues avec le cédant, elle ne saurait être interprétée comme obligeant le travailleur à poursuivre la relation de travail avec le cessionnaire, ce qui serait contraire au droit du travailleur de choisir librement son employeur et de ne pas être obligé de travailler pour un employeur qu'il n'a pas librement choisi (CJCE, 16 déc. 1992, *Katsikas*, préc.).

La Cour de justice en conclut que, dans l'hypothèse où le salarié décide librement de ne pas poursuivre le contrat ou la relation de travail avec le cessionnaire, il appartient aux États membres de déterminer le sort réservé au contrat ou à la relation de travail. Les États membres peuvent notamment prévoir que le contrat ou la relation de travail est considéré comme résilié à l'initiative du salarié ou à l'initiative de l'employeur. Ils peuvent aussi prévoir que le contrat ou la relation est maintenu avec le cédant. Le droit français opte pour la qualification d'une rupture produisant les effets d'une démission (Cass. soc., 10 octobre 2006, n° [04-40.325](#)).

Toutefois, il faut rappeler que la directive prévoit que lorsque le contrat ou la relation est rompu en raison d'une modification du niveau de la rémunération accordée au travailleur, la résiliation est réputée être intervenue du fait de l'employeur.

§2. Les effets du transfert

Si la règle veut qu'à l'occasion d'un transfert d'entreprise tous les contrats de travail en cours soient maintenus, elle n'empêche pas d'envisager des licenciements.

Il nous faut donc étudier l'hypothèse du **maintien des contrats de travail** (A) puis celle de la **rupture des contrats de travail** (B).

A. Le maintien des contrats de travail

Lorsque les conditions du transfert sont remplies, les contrats individuels de travail sont de plein droit transférés. Le transfert a bien lieu **de plein droit** de sorte que ni l'ancien employeur, ni le nouvel employeur ni même les salariés ne peuvent s'y opposer.

**Remarque
Rappel !**

Toutefois, lorsque le transfert est volontaire, le salarié peut s'opposer au transfert de son contrat.

Les contrats sont transférés tel quel pourrait-on dire, et doivent continuer chez le repreneur.

Toutefois, **la règle du maintien des contrats de travail chez le repreneur n'interdit pas à celui-ci d'envisager la modification des contrats de travail** (il devra alors respecter les règles de la modification des contrats de travail, cf. *supra*).

Tous les contrats de travail, sans exception, sont transférés et continuent de s'exécuter chez le nouvel employeur. **Il importe donc de vérifier le nombre de salariés et la nature de leur contrat lorsque l'on envisage l'acquisition d'une entreprise.** Sur ce point, il faut observer que **seuls les salariés mais tous les salariés voient leur contrat de travail transféré. Tous les travailleurs subordonnés, qualifiés de salariés, sont transférés au nouvel employeur, peu important la nature de leur contrat** : CDI ou CDD, contrat à temps partiel ou à temps complet, contrat d'apprentissage etc.

Les contrats transférés sont les contrats en cours au moment du transfert de l'entité économique. **Le fait que l'exécution d'un contrat de travail soit suspendue ne fait pas obstacle au transfert.** Par conséquent, il faut veiller à ne pas oublier les éventuels salariés absents de l'entreprise pour toute type raison (congés payés, maladie, ATMP, maternité, congé parental etc.). Il faut également veiller à ne pas oublier les éventuels salariés détachés à l'étranger ou en cours de préavis, comme les salariés en apprentissage.

Lorsqu'un licenciement intervenu avant le transfert est annulé, le contrat de travail du salarié est considéré comme n'avoir jamais été rompu et, par conséquent, le salarié doit être réintégré chez le repreneur. En revanche les contrats valablement rompus ne sont plus en cours, même si le préavis peut s'exécuter chez le repreneur.

Remarque

Nb :

Article [L. 2414-1](#) du Code du travail : si des **salariés protégés** au titre d'un mandat de représentant du personnel sont concernés par un **transfert partiel, il faut demander l'autorisation de transfert à l'inspecteur du travail** dans les 15 jours précédant le transfert.

L'inspecteur du travail doit vérifier que le salarié ne fait pas l'objet d'une mesure discriminatoire, concrètement que le transfert n'a pas pour objet d'écarter un représentant du personnel en raison de son mandat ou de son appartenance syndicale.

Si la décision n'est pas connue avant le transfert, le contrat doit, dans l'attente, se poursuivre chez le repreneur.

Remarque**Attention !**

En cas de transfert partiel et si un salarié est affecté à deux activités dont l'une est concernée par le transfert, le contrat de travail est lui-même partiellement transféré pour la partie correspondante à l'activité transférée. Cela peut faire naître quelques difficultés en pratique...

V. Cass. soc., 21 septembre 2016, n° [14-30.056](#) : le contrat de travail d'un salarié n'est transféré au nouvel employeur que s'il exerce l'essentiel de ses fonctions au sein de l'entité transférée et Cass. soc., 30 septembre 2020, n° [18-24.881](#) : lorsque le salarié est affecté tant dans le secteur repris, que dans le secteur d'activité cédé, le contrat de travail de ce salarié doit être transféré pour la partie de l'activité qu'il consacre au secteur cédé, sauf lorsque cette scission est impossible, ou si elle entraîne une détérioration des conditions de travail du salarié, ou si elle porte atteinte au maintien de ses droits garantis par la directive 2001/23 du 12 mars 2001.

Par ailleurs, s'agissant du sort du contrat de travail, celui-ci se poursuit bien chez le nouvel employeur. **C'est le même contrat qui continue à s'exécuter.**

De là découle une série d'obligations pour le nouvel employeur :

- le régime de la modification du contrat de travail est applicable ;
- les droits liés à l'ancienneté peuvent être réclamés par le salarié ;
- la qualification comme les avantages en nature, le cas échéant, doivent être maintenus.

De même, les salariés sont tenus des mêmes obligations à l'égard du nouvel employeur que celles qui s'imposaient à l'égard de l'employeur initial, par exemple une clause de non-concurrence prévue dans le contrat de travail.

En tout état de cause, les contrats de travail sont maintenus en l'état, ils ne subissent aucune modification du seul fait du transfert. **Le nouvel employeur sera tenu de respecter les droits et obligations qui découlent des contrats qu'il récupère. Il importe alors de vérifier le contenu des contrats de travail pour savoir ce à quoi ils engagent exactement.**

Puisqu'en vertu de l'article [L. 1224-1](#) du Code du travail les contrats subsistent chez le nouvel employeur dans les conditions mêmes où ils étaient exécutés au moment du changement d'exploitation, ce contenu s'impose au repreneur. Les contrats de travail doivent être poursuivis aux conditions antérieures, sans aucune modification s'agissant notamment de l'ancienneté, la qualification, la rémunération. **C'est avant tout l'ancienneté qui doit être maintenue par le repreneur.** Cette reprise d'ancienneté est essentielle pour le calcul, le cas échéant, du préavis, de l'indemnité de licenciement, et de tout avantage lié à l'ancienneté (prime par exemple). Au-delà, l'ensemble du contenu obligationnel et du contenu contractuel (cf. Leçon 4) est transféré. **Toutes les garanties liées au contrat de travail seront maintenues chez le repreneur** : qualification, rémunération, durée du travail, avantages en nature tel que le logement de fonction ou le véhicule de fonction (ci cela est matériellement possible pour le repreneur, à défaut le salarié pourra se voir proposer une modification du contrat).

De plus, le nouvel employeur est tenu, à l'égard des salariés transférés, des obligations et dettes de l'ancien employeur à la date du transfert.

Cette règle concerne pour l'essentiel les arriérés de salaires, les primes et indemnités que l'ancien employeur aurait dû payer ; le nouvel employeur pourra ensuite se retourner contre l'employeur initial – subrogé, il dispose en effet d'une action récursoire.

Des exclusions de cette règle de solidarité sont cependant prévues :

- en cas de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire (art. [L. 1224-2](#) du C. trav.) ;
- lorsque la substitution d'employeur est intervenue sans qu'il n'y ait eu de convention entre les employeurs successifs (même texte, absence de lien de droit) ;
- lorsque la créance invoquée est la conséquence d'un manquement du cédant aux obligations résultant du contrat de travail (Cass. soc., 14 mai 2008, n° [07-42.341](#)).

B. La rupture du contrat de travail

Conformément à l'article [L. 1224-1](#) du Code du travail, le transfert de l'entité économique oblige le nouvel employeur à maintenir les contrats de travail en cours. Cette règle fait logiquement peser une suspicion sur le licenciement prononcé avant ou après le transfert.

S'agissant des licenciements prononcés antérieurement, puisque la règle du maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise est une règle d'ordre public, **sont privés d'effet les licenciements opérés par le cédant avant ou à l'occasion du transfert et qui trouvent leur cause dans l'acte de transfert** (Cass. soc., 20 janvier 1998, n° [95-40.812](#), *Guermonprez*).

Ainsi, l'article [L. 1224-1](#) du C. trav. ne fait pas obstacle à des licenciements pouvant intervenir antérieurement au transfert mais l'intention manifestée par le cessionnaire de poursuivre seul l'exploitation ne saurait constituer

pour le cédant une cause légitime de rupture des contrats de travail. Le licenciement antérieur au transfert est possible, à condition qu'il ne trouve pas sa cause dans l'acte de transfert ; dans ce cas, le licenciement est privé d'effet.

Dès lors, les contrats n'ayant jamais été rompus, le cessionnaire est tenu de reprendre les salariés.

La jurisprudence a précisé les droits du salarié en cas de licenciement prononcé illégalement. Les salariés peuvent demander, au choix, la poursuite du contrat chez le repreneur ou la réparation du préjudice subi auprès de l'auteur du licenciement (Cass. soc., 20 mars 2002, n° [00-41.651](#), *Maldonado*). Le salarié licencié à l'occasion du transfert ne peut demander au cédant réparation du préjudice que lui cause la perte de son emploi qu'à la condition que le contrat de travail ne soit pas poursuivi avec le cessionnaire (Cass. soc., 13 mai 2009, n° [08-40.447](#)).

Remarque **Attention !**

Le licenciement antérieur au transfert est possible, **à condition qu'il ne trouve pas sa cause dans l'acte de transfert.**

Naturellement, le licenciement pour motif personnel, sauf fraude, reste par exemple valable.

Depuis la loi dite Travail du 8 août 2016, l'employeur peut prononcer des licenciements pour motif économique avant un transfert d'entreprise sous réserve que :

- l'entreprise emploie au moins 50 salariés (depuis les Ordonnances de 2017, 1 000 avant),
- les licenciements s'inscrivent dans le cadre d'un PSE,
- le PSE comporte des transferts d'une ou plusieurs entités économiques,
- le transfert permet d'éviter la fermeture d'un ou de plusieurs établissements,
- l'entreprise souhaite accepter l'offre de reprise.

S'agissant des licenciements prononcés postérieurement au transfert, le fait que le nouvel employeur dispose d'une équipe nouvellement recrutée ne peut l'autoriser à refuser de reprendre les contrats en cours ; cependant, **une fois le transfert opéré, le nouvel employeur peut procéder à des licenciements** justifiés par une réorganisation de l'entreprise. **Le juge devra alors vérifier l'existence d'un motif économique de licenciement et s'assurer que l'acte de transfert ne constitue pas la cause de licenciement.**