



UNIVERSITÉ PARIS 1
PANTHÉON SORBONNE

MODIFICATION ET TRANSFERT DU CONTRAT DE TRAVAIL

ATTENTION

Le présent document est une présentation synthétique. En aucun cas il ne peut dispenser le lecteur de se référer au code du travail et autres textes fondamentaux.

Accanto Thomas MONTPELLIER
Avocats Avocat



PREREQUISIS ET RAPPELS



Distinction entre modification du contrat de travail et changement dans les conditions de travail

Le changement dans les conditions de travail est l'expression du pouvoir de direction de l'employeur. Le refus du salarié est fautif et peut justifier un licenciement :

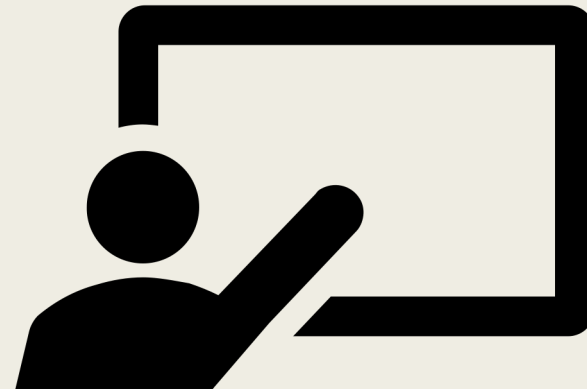
- Lieu de travail (sous réserve de la notion de zone de géographique) ;
- Horaires de travail (sous réserve du travail de nuit) ;
- Limite possible : le bouleversement de la vie personnelle et familiale du salarié.

Définition de la modification du contrat

La modification du contrat de travail requiert, en toute hypothèse, l'accord exprès du salarié. Sont concernés les **éléments essentiels du contrat de travail** : la rémunération, la qualification du salarié ou encore la **durée du travail applicable**.

Dans ce cas, le refus de la modification du contrat de travail ne peut pas constituer une faute ni à lui seul une cause réelle et sérieuse de licenciement.

Si la modification est rendue nécessaire par un motif économique au sens de l'article L.1233-3 du Code du travail = le refus du salarié peut donner lieu à un licenciement économique.



La modification motivée par un motif économique

« Lorsque l'employeur envisage la modification d'un élément essentiel du contrat de travail pour l'un des motifs économiques énoncés à l'article L. 1233-3, il en fait la proposition au salarié par lettre recommandée avec avis de réception.

La lettre de notification informe le salarié qu'il dispose d'un mois à compter de sa réception pour faire connaître son refus. Le délai est de quinze jours si l'entreprise est en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire.

A défaut de réponse dans le délai d'un mois, ou de quinze jours si l'entreprise est en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire, le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée. » (C. trav., art. L.1222-6)

Le refus d'une modification peut donner lieu à un licenciement économique

C. trav., art. L.1233-3:

*« Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une **modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment** : »*

Modification du contrat dans le cadre d'un APC

C.trav., art. L.2254-2 : « Afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi, un accord de performance collective peut :

- aménager la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ;
- aménager la rémunération au sens de l'article L. 3221-3 dans le respect des salaires minima hiérarchiques mentionnés au 1° du I de l'article L. 2253-1 ;
- **déterminer les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise. »**



Effet de l'APC sur le contrat

« Les stipulations de l'accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération, de durée du travail et de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise.

Le salarié peut refuser la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord. » (C.trav., art. L.2254-2 III)

« La seule diminution du nombre d'heures stipulé au contrat de travail en application d'un accord de réduction de la durée du travail ne constitue pas une modification du contrat de travail. » (C. trav., art. L.1222-7)



Effet d'un refus de l'APC

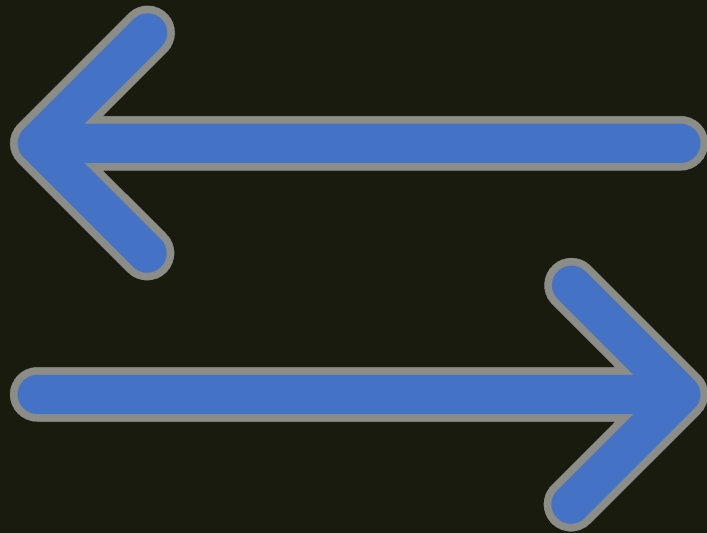
« **Le salarié dispose d'un délai d'un mois** pour faire connaître son refus par écrit à l'employeur à compter de la date à laquelle ce dernier a informé les salariés, par tout moyen conférant date certaine et précise, de l'existence et du contenu de l'accord, ainsi que du droit de chacun d'eux d'accepter ou de refuser l'application à son contrat de travail de cet accord.

L'employeur dispose d'un délai de deux mois à compter de la notification du refus du salarié pour engager une procédure de licenciement. **Ce licenciement repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse.** Ce licenciement est soumis aux seules modalités et conditions définies aux articles L. 1232-2 à L. 1232-14 ainsi qu'aux articles L. 1234-1 à L. 1234-11, L. 1234-14, L. 1234-18, L. 1234-19 et L. 1234-20. »



LE TRANSFERT DU CONTRAT DE TRAVAIL

1. Par l'effet de la loi
2. Contractuellement



1. Le transfert légal

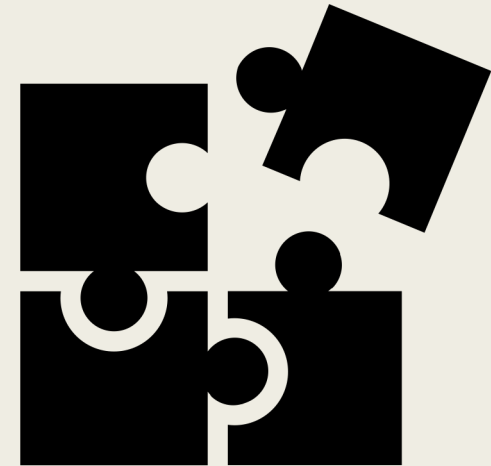


C. Trav., art. L1224-1

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

Condition du transfert légal : l'entité économique (autonome)

L'entité économique = ensemble organisé de personnes (une seule suffit) **et** d'éléments corporels ou incorporels (moyens matériels, clientèle, marques, etc.) permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre (Cass. soc., 28 juin 2000, n° 98-43.692)



Exemples

- l'activité d'un agent général d'assurance avec sa clientèle, son portefeuille et ses moyens matériels (Cass. soc., 5 oct. 1999, n° 97-40.952) ;
- le portefeuille d'une agence immobilière comprenant des mandats de gestion d'appartements et de copropriétés (Cass. soc., 23 sept. 1992, n° 91-40.313) ;
- un cabinet d'avocat. Ainsi, le **transfert** de la clientèle d'un cabinet d'avocat, qui constitue l'élément essentiel de cette entité, emporte **transfert des contrats de travail** des salariés de ce cabinet (Cass. soc., 12 mars 2008, n° 06-46.090) ;
- la reprise de la commercialisation d'une marque avec la clientèle qui s'y rattache (Cass. soc., 18 févr. 2004, n° 00-45.331) ;
- la cession du service informatique d'une banque, lequel constituait un ensemble homogène et cohérent, réalisant des travaux spécifiques distincts des activités bancaires (Cass. soc., 22 mars 2006, n° 03-44.941) ;
- la cession d'une branche d'activité autonome (Cass. soc., 14 déc. 2005, n° 03-48.404).

Précisions

« **autonome** » : L'entité doit être distincte des autres activités exercées par le cédant. Il doit y avoir une structure identifiée disposant :

- *d'un personnel qui lui est spécialement affecté. Si l'effectif se réduit à un seul salarié, celui-ci doit être exclusivement affecté à l'entité économique transférée (Cass. soc., 9 févr. 1994, n° 92-40.146) ;*
- *d'un responsable dont les pouvoirs demeurent au sein de la nouvelle organisation (Cass. soc., 15 nov. 2011, no 10-23.609) ;*
- *des moyens matériels d'exploitation propres.*

La question de savoir si l'entité **transférée** est autonome se pose souvent en cas d'externalisation.



Précisions

L'activité est poursuivie et conserve son identité

L'article L. 1224-1 du Code du travail ne s'applique que si l'activité **transférée** conserve son identité entre les mains du nouvel employeur. L'activité poursuivie doit donc être de même nature (elle peut être analogue, voire simplement connexe) et les postes de travail semblables (fonctions et compétences sont de même ordre).



QUESTION

En cas de succession de concessionnaires ou de prestataire (maintenance, transport ou nettoyage par exemple), le transfert des contrats de travail est-il obligatoire par application de l'article L.1224-1 ?

REPONSE : Pas nécessairement

La simple perte d'un marché ne peut suffire, en l'absence de **transfert** d'éléments d'exploitation corporels ou incorporels significatifs, à entraîner le **transfert des contrats de travail** (Cass. soc., 13 mai 2009, n° 08-40.368).

L'article L. 1224-1 du Code du travail s'applique si des moyens corporels ou incorporels significatifs et nécessaires à l'exploitation de l'activité sont repris, directement ou indirectement, par le nouveau prestataire ou par l'entreprise (Cass. soc., 17 juin 2009, n° 08-42.615) ;

L'article L. 1224-1 du Code du travail ne s'applique pas lorsqu'une société de transport succède à une autre sur un même marché (concession de ligne d'autobus) et que le repreneur ne reprend ni les autobus ni les locaux de son prédécesseur (Cass. soc., 8 févr. 1994, n° 91-43.596).

Effets du transfert légal

C. Trav., art. L1224-2

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

- 1° Procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire ;
- 2° Substitution d'employeurs intervenue **sans qu'il y ait eu de convention entre eux**.

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

- L'intégralité de la relation contractuelle (depuis la date d'embauche chez le premier employeur) fait l'objet du **transfert** automatique.
- Le nouvel employeur est tenu, vis-à-vis des salariés dont le contrat de travail subsiste, de toutes les obligations qui incombait à l'ancien employeur à la date de la modification. Il peut néanmoins se faire rembourser par le cédant des sommes acquittées pour son compte, à moins que la convention intervenue entre eux ait déjà pris en compte ces sommes (C. trav., art. L. 1224-2).

Le repreneur doit donc reprendre :

- *l'ancienneté du salarié (Cass. soc., 10 oct. 2000, n° 98-42.189), peu important l'absence de lien de droit entre les différents employeurs (Cass. soc., 2 févr. 2006, n° 04-41.721). Le certificat de travail délivré **par le dernier employeur** doit ainsi indiquer la totalité de l'ancienneté acquise ainsi que la date d'entrée en fonction chez le premier employeur (Cass. soc., 2 févr. 2006, n° 04-40.902) ;*
- *les éléments essentiels du contrat de travail : qualification, temps de travail, salaire, etc. ;*
- ***les usages et engagements unilatéraux.** Le nouvel employeur n'est tenu de les appliquer qu'à l'égard des salariés dont le contrat de travail est en cours au jour du transfert, et non à l'égard des nouveaux embauchés ou des propres salariés du repreneur déjà présents au jour du transfert (Cass. soc., 12 déc. 2012, n° 11-24.562 ; Cass. soc., 30 mai 2018, n° 17-12.782) ;*
- *les clauses du contrat de travail **plus favorables que la convention collective de l'entreprise d'accueil** ;*
- *la clause de non-concurrence. En cas de rupture du contrat de travail, le salarié est tenu de l'obligation de non-concurrence à l'égard du cessionnaire (Cass. soc., 15 sept. 2015, n° 14-10.422). En revanche, l'ancien employeur ne peut plus se prévaloir de l'inexécution de la clause par le salarié (Cass. soc., 15 oct. 1997, n° 95-43.876) ;*
- *la priorité de réembauchage, lorsque le salarié a été licencié pour motif économique avant le transfert (Cass. soc., 5 févr. 2002, n° 99-46.345). L'indemnité pour non-respect de la priorité de réembauche ne peut d'ailleurs être demandée qu'à l'encontre du nouvel employeur (Cass. soc., 16 nov. 2017, n° 16-15.205).*

En revanche, le repreneur qui n'est pas doté d'un plan d'épargne entreprise n'est pas tenu de poursuivre celui mis en place par l'ancien employeur (Cass. soc., 19 mai 2016, no 14-29.786).

Ordre public : le transfert s'impose au salarié et au nouvel employeur

Contrairement à la jurisprudence communautaire (CJCE, 24 janv. 2002, aff. Temco - 51/00, 6^e ch.), la Cour de cassation considère que le salarié ne peut pas refuser de passer au service du nouvel employeur.

Le **transfert** s'impose :

– au nouvel employeur : son refus de reprendre le salarié s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 31 janv. 2007, n° 04-47.842). S'il ne fournit pas de travail aux salariés, ces derniers peuvent demander au juge des référés d'ordonner leur réintégration (Cass. soc., 5 juill. 2006, n° 05-44.127). Ils pourront également obtenir la résiliation judiciaire de leur **contrat de travail**, avec versement des salaires dus jusqu'à la résiliation, des indemnités de rupture et des dommages et intérêts (Cass. soc., 2 nov. 2005, n° 03-47.215) ;

– au salarié : le refus du salarié de voir son **contrat de travail transféré** en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail produit les effets d'une démission (Cass. soc., 10 oct. 2006, n° 04-40.325 ; Cass. soc., 19 déc. 2007, n° 06-18.442).

Transfert partiel du contrat de travail

Le **contrat de travail** fait l'objet d'un **transfert partiel** lorsque le salarié accomplit ses fonctions au profit ou dans le cadre de deux ou plusieurs activités exercées par son employeur et que seulement une de ces activités est **transférée** (Cass. soc., 22 juin 1993, n° 90-44.705).

En pratique, cette règle concerne essentiellement les salariés occupant des fonctions support (comptabilité, paie, informatique, etc.) et implique de diviser le **contrat de travail** du salarié en deux **contrats de travail** à temps **partiel**.

Scission du contrat de travail

C'est désormais le principe pour la Cour de Cassation (Cass. Soc., 20 sept. 2020 n° 18-24.881)

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 2001/23/CE.**

L'employeur n'est pas tenu d'informer individuellement chaque salarié de la cession de l'entreprise (Cass. soc., 18 nov. 2009, n° 08-43.397 ; Cass. soc., 17 déc. 2013, n° 12-13.503).

Une convention collective peut instituer une telle obligation.



Le **transfert** d'entreprise est précédé d'une information-consultation du CSE.

2. Le transfert conventionnel

Transfert par un accord collectif

Exemple: l'article 7 de la CCN du nettoyage en cas de changement de prestataire

- obligatoire pour le champ d'application de la CCN
- information du repreneur
- information individuelle de chaque salarié



Transfert par accord entre entreprises



Si application volontaire de l'article L.1224-1 : le salarié peut refuser le transfert sans commettre une faute



Si transfert conventionnel: nécessite l'accord des parties y compris le salarié



En pratique: rédaction d'un accord de transfert tripartite



MOBILITE
INTERNE
ET
EXPATRIATION

EXPATRIATION ET MOBILITE INTERNE

L'expatriation d'un salarié vers une filiale située à l'étranger peut prendre diverses formes : avenant au contrat de travail prévoyant une expatriation, rupture du contrat initial avec reprise d'ancienneté et d'éléments de rémunération dans la filiale...

Les parties jouissent d'une assez grande liberté.

Cependant, la Cour de Cassation et le législateur ont entendu encadrer cette situation qui peut s'avérer défavorable pour le salarié.

Maintien du lien contractuel avec la maison mère

C. Trav., art. L.1231-5:

« Lorsqu'un salarié engagé par une société mère a été mis à la disposition d'une filiale étrangère et qu'un contrat de travail a été conclu avec cette dernière, la société mère assure son rapatriement en cas de licenciement par la filiale et lui procure un nouvel emploi compatible avec l'importance de ses précédentes fonctions en son sein.

Si la société mère entend néanmoins licencier ce salarié, les dispositions du présent titre sont applicables.

Le temps passé par le salarié au service de la filiale est alors pris en compte pour le calcul du préavis et de l'indemnité de licenciement. »

L'article L1231-5 « *ne subordonne pas son application au maintien d'un contrat de travail entre le salarié et la maison mère* » (Cass. soc., 13 nov. 2008, n° 07-41.700, Bull. civ. V, n° 214)

Accord de mobilité interne (sans réduction d'effectifs)

« L'employeur peut engager une négociation portant sur les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise dans le cadre de mesures collectives d'organisation courantes sans projet de réduction d'effectifs. » (C.Trav., art. L.2242-21 abrogé avec l'ordonnance de 2017)

« L'accord collectif issu de la négociation prévue à l'article L. 2242-21 est porté à la connaissance de chacun des salariés concernés.

Les stipulations de l'accord conclu au titre des articles L. 2242-21 et L. 2242-22 sont applicables au contrat de travail. Les clauses du contrat de travail contraires à l'accord sont suspendues.

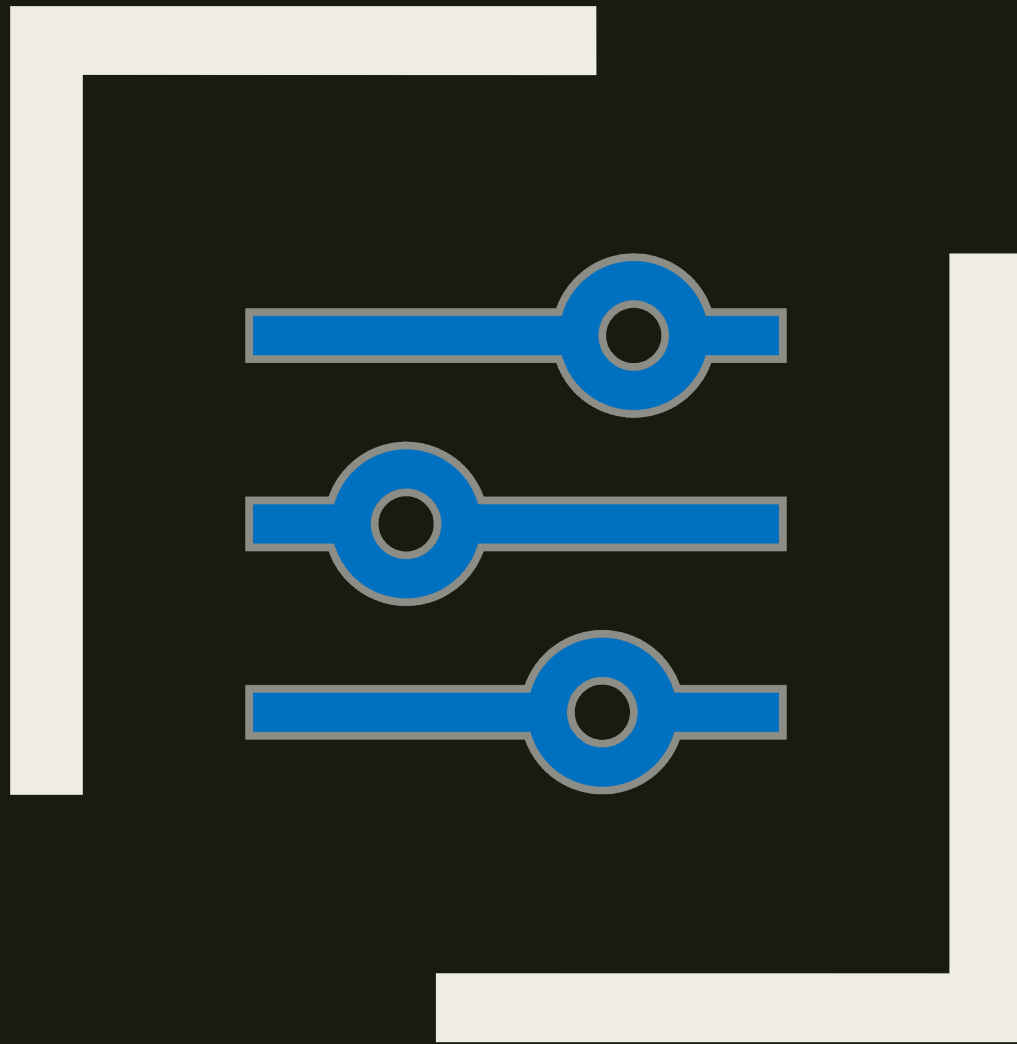
Lorsque, après une phase de concertation permettant à l'employeur de prendre en compte les contraintes personnelles et familiales de chacun des salariés potentiellement concernés, l'employeur souhaite mettre en œuvre une mesure individuelle de mobilité prévue par l'accord conclu au titre du présent article, **il recueille l'accord du salarié selon la procédure prévue à l'article L. 1222-6.**

Lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent l'application à leur contrat de travail des stipulations de l'accord relatives à la mobilité interne mentionnées au premier alinéa de l'article L. 2242-21, leur licenciement repose sur un motif économique, est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique et ouvre droit aux mesures d'accompagnement et de reclassement que doit prévoir l'accord, qui adapte le champ et les modalités de mise en œuvre du reclassement interne prévu aux articles L. 1233-4 et L. 1233-4-1. » (C. trav., art. L.2242-23)



Modification avec les ordonnances de 2017

- Désormais les accords de mobilité interne sont présents uniquement dans les accords de performance collective (donc objectif d'éviter de supprimer des emplois) prévus à l'article L.2254-2 du Code du travail
- On retrouve des accords de ce type, hors réduction d'effectifs, dans les entreprises de grande taille avec une présence européenne (Article. L.2242-20)
- La Cour de Cassation a précisé dans une décision du 18 décembre 2020 (n° 19-11.986 à 19- 11.994) que l'application d'un tel accord n'empêche pas le juge de vérifier que le licenciement prononcé est fondé sur une cause réelle et sérieuse et notamment qu'il est justifié par le fonctionnement de l'entreprise.



RECLASSEMENT
DU SALARIE

Motifs du reclassement

Obligations du reclassement :

- Inaptitude médicale temporaire ou définitive
- Licenciement économique



Périmètre du reclassement : l'entreprise ou le groupe (territoire national)

« l'employeur lui propose un autre emploi approprié à ses capacités, au sein de l'entreprise ou des entreprises du groupe auquel elle appartient le cas échéant, situées sur le territoire national et dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel » (C. trav., art. L. 1226-2 ; C. trav., art. L. 1226-10).



« Le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré sur les emplois disponibles, situés sur le territoire national dans l'entreprise ou les autres entreprises du groupe dont l'entreprise fait partie et dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel.

Pour l'application du présent article, la notion de groupe désigne le groupe formé par une entreprise appelée entreprise dominante et les entreprises qu'elle contrôle dans les conditions définies à l'article L. 233-1, aux I et II de l'article L. 233-3 et à l'article L. 233-16 du code de commerce. » (C. trav., art. L. 1233-4)



Propositions faites au salarié

« Cette proposition prend en compte, après avis du comité social et économique lorsqu'il existe, les conclusions écrites du médecin du travail et les indications qu'il formule sur les capacités du salarié à exercer l'une des tâches existantes dans l'entreprise. Le médecin du travail formule également des indications sur la capacité du salarié à bénéficier d'une formation le préparant à occuper un poste adapté.

L'emploi proposé est aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé, au besoin par la mise en œuvre de mesures telles que mutations, aménagements, adaptations ou transformations de postes existants ou aménagement du temps de travail » (C. trav., art. L. 1226-2 ; C. trav., art. L. 1226-10).



Propositions faites au salarié

« I. - Pour l'application de l'article L. 1233-4, l'employeur adresse des offres de reclassement de manière personnalisée ou communique la liste des offres disponibles aux salariés, et le cas échéant l'actualisation de celle-ci, par tout moyen permettant de conférer date certaine.

II. - Ces offres écrites précisent :

- a) L'intitulé du poste et son descriptif ;
- b) Le nom de l'employeur ;
- c) La nature du contrat de travail ;
- d) La localisation du poste ;
- e) Le niveau de rémunération ;
- f) La classification du poste.

III. - En cas de diffusion d'une liste des offres de reclassement interne, celle-ci comprend les postes disponibles situés sur le territoire national dans l'entreprise et les autres entreprises du groupe dont l'entreprise fait partie.

La liste précise les critères de départage entre salariés en cas de candidatures multiples sur un même poste, ainsi que le délai dont dispose le salarié pour présenter sa candidature écrite.

Ce délai ne peut être inférieur à quinze jours francs à compter de la publication de la liste, sauf lorsque l'entreprise fait l'objet d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire.

Dans les entreprises en redressement ou liquidation judiciaire, ce délai ne peut être inférieur à quatre jours francs à compter de la publication de la liste.

L'absence de candidature écrite du salarié à l'issue du délai mentionné au deuxième alinéa vaut refus des offres. » (C. trav., art. D1233-2-1)



Conséquences du refus

- Le refus du salarié permet la poursuite de la procédure de licenciement ;
- Un refus n'est pas fautif mais peut être considéré (rarement) comme abusif
 - le refus sans motif légitime par un salarié, d'un « *poste approprié à ses capacités et comparable à l'emploi précédemment occupé [...] peut revêtir un caractère abusif et entraîner la privation du bénéfice des indemnités spécifiques de rupture de l'article [L 1226-14] du code du travail* » (Cour de cassation, chambre sociale, 20 février 2008, N° : 06-44.867 et 06-44.894) ;
 - *le seul fait pour le salarié de ne pas indiquer à l'employeur les motifs du refus de postes de reclassement estimés conformes à l'avis du médecin du travail ne caractérise pas à lui seul le caractère abusif de ce refus (Cass. Soc., 22 juin 2017, n° 16-16.977)*

