



SEANCE 7 :

LE TRANSFERT DU CONTRAT DE TRAVAIL

CORRECTION HOMOLOGUEE

TRAVAUX DIRIGES – DROIT DU TRAVAIL



PERTE DE MARCHÉ ET TRANSFERT DU CONTRAT DE TRAVAIL

LA DISSERTATION :

« *Rien n'est permanent, sauf le changement* ». Cette citation d'Héraclite trouve toute sa raison d'être en matière de marchés, lesquels se voient succéder bons nombres de prestataires, souvent au détriment même de la stabilité de l'emploi.

Un **marché** est un contrat par lequel, une personne morale confie à un opérateur extérieur, une activité économique, qui embauche du personnel, de manière durable, pour honorer la prestation.

Cependant, dans le cas d'une **perte de marché**, plusieurs opérateurs peuvent être amenés à se succéder, notamment dans le cadre d'une mise en concurrence périodique. Dès lors, il arrive parfois que le contrat de service ne soit pas reconduit. Dans ce cas, l'entrepreneur initial confie la poursuite du contrat en changeant le prestataire ou reprend l'activité en interne s'il en a la possibilité.

Le **transfert d'un contrat de travail** est la poursuite du contrat auprès d'un nouvel employeur dans le cadre d'une application de plein droit, conventionnelle ou volontaire, de l'article L1224-1 du Code du travail.

La loi du 19 juillet 1928, prédécesseur de l'article L1224-1 du Code du travail, consacre le principe du transfert de contrat de travail en cas de modification de la situation juridique de l'employeur, anciennement pour pallier une pénurie en cas de main d'œuvre.

La Directive 2001/23/CE du 12 mars 2001 qui abroge la directive 77/87 du 14 février 1977, pose un fondement au transfert légal du contrat de travail.

En complément des dispositions légales, se développe une jurisprudence abondante, communautaire et française, liée aux textes relatifs au transfert de contrats de travail, ainsi qu'aux conséquences d'une perte de marché au regard du transfert.

Ainsi, un arrêt important du 15 novembre 1985, rendu par la Cour de cassation en Assemblée plénière, affirme que l'article L122-12 alinéa 2 du Code du travail, nouvel article L1224-1, ne reçoit application qu'en cas de modification de la situation juridique de l'employeur. Une telle modification ne peut résulter de la seule perte de marché.

En réaction à cela, il a fallu organiser des **transferts conventionnels**.

Tout l'intérêt du sujet réside dans le sort du contrat de travail des salariés de l'entreprise ayant perdu le marché.

Pour l'entreprise sortante, l'intérêt peut être de **se séparer d'un salarié dont elle n'a plus besoin**, si l'entreprise qui perd un marché se trouve confrontée à des postes de travail en surnombre.

Pour l'entreprise entrante, celle qui a repris le marché, le transfert des contrats de travail peut à la fois, constituer une **opportunité en cas de besoin de salariés**, ou une **gêne** car il peut déjà disposer de salariés correctement formés.

Enfin, pour le salarié, l'enjeu repose sur le caractère alimentaire de son salaire. L'intérêt est d'être protégé et de garder son contrat de travail pour ne pas perdre son emploi et corrélativement sa rémunération.

Dans un tel contexte, il y a lieu de se demander : la perte de marché par une entreprise et sa reprise par une autre entraînent-elles le transfert des contrats de travail de la première à la seconde ?

La perte de marché ne justifie pas en soi, le transfert de plein droit des contrats de travail. Pour qu'un tel transfert s'opère, les conditions du transfert légal figurant dans l'article L1224-1 du Code du travail doivent être réunies.

En cas de perte de marché, le transfert du contrat de travail au repreneur est conditionné à la caractérisation d'une entité économique autonome (I) afin de pouvoir produire ses effets (II).

I. Les conditions du transfert du contrat de travail en cas de perte de marché

Au regard de l'article L 1224-1 du Code du travail, la perte de marché ne constitue pas une situation permettant à elle seule le transfert de plein droit des contrats de travail des salariés (A), cependant, dès lors qu'une entité économique autonome est caractérisée en supplément de la perte de marché, les contrats de travail dessalariés peuvent se voir transférer (B).

A. L'insuffisance de la situation de perte de marché

La transmission d'entreprise par l'employeur conduit à de nombreux dangers pour les salariés, notamment celui de perdre son travail. Ce transfert peut être total ou bien partiel. C'est lors d'un transfert partiel, c'est-à-dire du transfert d'une partie de l'activité, que le transfert du contrat de travail, qui est en principe, inhérent au transfert d'entreprise, va susciter le plus d'interrogation. En effet par principe le transfert d'entreprise emporte la transmission de la clientèle, de la marque mais aussi la transmission du contrat de travail des différents salariés

Au niveau européen ce principe a été consacré par une directive du 14 février 1977, qui a été remplacée ultérieurement par la directive du 12 mars 2001 relative au maintien du contrat de travail lors d'un transfert d'entreprise.

Antérieurement une loi du 19 juillet 1928, visant à rapprocher le droit français du droit des départements d'Alsace et de Lorraine, introduit l'actuel article L1224-1 du Code du travail qui dispose : « *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.* »

Une jurisprudence très abondante est née, et vient compléter l'article L1224-1 quant à ses conditions d'application. Tout d'abord le contrat de travail ne sera transféré seulement si l'objet du transfert est une

entité économique autonome, a fortiori l'activité doit être économique et doit disposer de ses moyens propres et d'un personnel propre. Ensuite celle-ci doit poursuivre un objectif propre, autrement dit elle doit être autonome au regard de son but. Par conséquent la jurisprudence a déterminé, que l'employeur devra faire application de l'article L1224-1 lorsque le repreneur du marché poursuivra l'activité de l'entité faisant l'objet du transfert, et qu'il y'aura un maintien de l'entité économique autonome.

Cet article du Code du travail, dresse une liste non exhaustive des hypothèses dans lesquelles la modification de la situation juridique de l'employeur emporte obligatoirement le maintien du contrat de travail par le nouvel employeur. A titre d'exemple en cas de vente, de fusion ou de succession le contrat de travail du salarié sera transféré au nouvel employeur, qui sera tenu de manière obligatoire de faire application de cet article. L'emploi de l'adverbe « notamment » nous indique que cette liste n'est pas limitative, par conséquent d'autres hypothèses entraînant une modification de la situation juridique de l'employeur peuvent requérir l'application de l'article L1224-1.

De manière corrélative, l'équilibre de la structure de marché devient de plus en plus instable, les entreprises sont ainsi confrontées à une concurrence toujours plus forte, et doivent faire face à de nombreuses pertes de marché. Les salariés sont donc les premiers acteurs à pâtir de ce phénomène, risquant ainsi de perdre leur travail. Les juridictions nationales et internationales, se sont vues dans l'obligation d'apporter une solution jurisprudentielle, puisque le cas de la perte de marché n'a pas été prévu légalement.

Dans un premier temps la juridiction nationale, a établi par un arrêt d'Assemblée plénière du 15 novembre 1985 que la modification dans la situation juridique de l'employeur, exigée à l'article L1224-1 du Code du travail, ne peut résulter de la seule perte d'un marché. Autrement dit, pour un employeur le seul fait d'avoir subi une perte de marché, ne caractérise pas une modification de sa situation juridique, qui lui permette le transfert d'une partie des salariés qui travaillaient grâce à cette part de marché, à la nouvelle entreprise lui ayant pris la part de marché.

La conséquence principale, est le que l'employeur qui était l'ancien titulaire de la part du marché se voit dans l'obligation de maintenir le contrat de travail avec ses salariés ou bien, dans la mesure où la situation économique de l'entreprise ne lui permet pas de maintenir le contrat de travail il devra recourir au licenciement de ses salariés, pour motif économique justifié par une cause réelle et sérieuse.

La jurisprudence de la Cour de cassation, continuera dans ce sens en précisant même la notion de perte de marché. En l'espèce la société ONET nettoyage, n'avait perdu qu'un seul client, pour la Cour il était évident que la seule perte d'un contrat qui n'avait ni emporté la cession de l'entreprise ni une transformation de celle-ci ne pouvait pas caractériser une modification de la situation juridique de l'employeur qui permettrait de faire application de l'article L1224-1, et par conséquent de transférer le contrat de travail des salariés.

Cette position de la haute juridiction judiciaire interne, a été confirmée ultérieurement par la Cour de justice des communautés européennes, qui dans un arrêt du 11 mars 1997, affirme que la simple perte de services au profit d'un concurrent ne saurait par elle-même révéler l'existence d'un transfert au sens de la directive de 1977.

Ainsi la jurisprudence est unanime, la seule perte de marché ne caractérise pas à elle seule la modification de la situation juridique de l'employeur, par conséquent la jurisprudence est venue préciser qu'un transfert d'une entité économique autonome doit être caractérisée pour entraîner le transfert du contrat de travail.

B. La nécessaire caractérisation du transfert d'une entité économique autonome

Si par principe, la perte de marché ne permet pas en elle-même un transfert légal de plein droit des contrats de travail des salariés prévu à l'article 1224-1 du Code du travail, un tel transfert se révèle possible dès lors que les conditions posées par la jurisprudence sont réunies. En effet, en ce cas, il s'agit de rechercher si l'entreprise transférée remplit ces conditions. Ainsi, tout l'objectif pour les salariés est de parvenir à prouver l'existence d'une activité économique autonome et ainsi de conserver leur emploi.

A ce propos, la Cour de cassation, dans un arrêt du 6 novembre 1991¹ retient que la perte de marché doit s'accompagner d'un transfert d'une entité économique autonome, qui conserve son identité propre et dont l'activité a été poursuivie ou reprise. Trois conditions doivent donc être réunies : l'existence d'une entité économique autonome, la conservation de son identité propre par cette entité et la poursuite de l'activité économique.

La directive du 12 mars 2001 définit l'entité économique comme « *un ensemble organisé de moyens en vue de la poursuite d'une activité économique, qu'elle soit essentielle ou accessoire* ». La directive se limite à mentionner la nécessité de caractériser des moyens. Le personnel, c'est-à-dire les salariés qui constituent la main d'œuvre, suffit à permettre le transfert des contrats de travail. La Cour de justice des communautés européennes expose cette conception dans un arrêt du 10 décembre 1998 dans lequel elle retient que l'entité économique est un ensemble organisé de personnes et d'éléments permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre. Par conséquent, dès que du personnel est mobilisé pour exercer une activité économique déterminée, alors le transfert de l'entité emporte transfert des contrats de travail. La législation européenne, souple, est ainsi favorable aux salariés. Elle leur permet de conserver leur emploi plus aisément. En ce sens, dans un arrêt du 11 mars 1997 « SÜZEN »², la Cour

¹ Arrêt du 6 novembre 1991 de la Chambre sociale de la Cour de cassation -n° 90-21.437.

² Arrêt du 11 mars 1997 de la Cour de justice des communautés européennes – SÜZEN – n° C-13/95

de justice des communautés européennes vient préciser que dans certains secteurs dans lesquels l'activité repose essentiellement sur la main d'œuvre, une collectivité de travailleurs qui réunit durablement une activité commune peut correspondre à une entité économique autonome.

La Chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 7 juillet 1998³ retient que constitue un activité économique autonome un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre. La jurisprudence française, indépendamment d'un texte législatif, vient instaurer une condition supplémentaire pour permettre le transfert des contrats de travail. En effet, elle demande qu'en plus du personnel, des moyens corporels ou incorporels soient transmis, c'est-à-dire des actifs. Il s'agit notamment, pour les moyens corporels, d'outils de production ou de matériel nécessaire à la réalisation de l'activité professionnelle, et pour les moyens incorporels, de brevet, de marque ou encore de licences d'exploitation. Pour les activités économiques qui nécessitent à la fois des moyens personnels et des moyens matériels, ce critère n'est pas particulièrement contraignant.

Cependant, cette exigence supplémentaire a, en pratique, d'importantes conséquences. Toutes les entreprises ayant une activité économique fondée essentiellement sur de la main d'œuvre, c'est-à-dire sur le fruit du travail réalisé par le salarié, confèrent au matériel un rôle secondaire, voire inexistant. La Cour de cassation écarte que le transfert soit fondé uniquement sur une compétence particulière ou le savoir-faire développé d'un salarié. Par conséquent, certaines activités et notamment le domaine des prestations de service est lésé par cette condition supplémentaire. Elle peut, à elle seule, écarter le transfert des contrats de travail des salariés.

Pourtant, les prestataires de services, tout comme les autres salariés d'une entreprise transférée, souhaitent que leurs contrats de travail soient transférés et ainsi pouvoir poursuivre leurs activités professionnelles. Hormis cette absence de biens corporels ou incorporels, leur situation n'est pas différente des autres secteurs d'activités. C'est la raison pour laquelle un contentieux s'est développé en la matière. Les contestations du critère de moyens corporels ou incorporels sont nombreuses dès lors qu'un salarié n'a pas besoin d'un matériel spécifique pour travailler.

Pour illustration, dans un arrêt du 9 novembre 2005⁴, la Chambre sociale de la Cour de cassation retient que le transfert légal prévu par l'article 1224-1 du Code du travail a été retenu en cas de perte de marché lorsque l'attribution d'un service de remontées mécaniques de stations de sports d'hiver à un nouveau concessionnaire entraîne la mise à disposition pour celui-ci de l'ensemble des biens meubles et immeubles, corporels et incorporels nécessaires à l'exploitation du service. De manière plus spécifique, dans un arrêt du 24 novembre 2009⁵, la Chambre sociale de la Cour de cassation retient que dans le cadre de l'application des dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail, le transfert des moyens d'exploitation nécessaires à la poursuite de l'activité peut être indirect et résulter de la mise à disposition des prestataires successifs, par le donneur d'ordre, d'éléments d'exploitation significatifs. Ainsi, elle

³ Arrêt du 7 juillet 1998 de la Chambre sociale de la Cour de cassation – n° 96-21.451.

⁴ Arrêt du 9 novembre 2005 de la Chambre sociale de la Cour de cassation – n° 03-47.188.

⁵ Arrêt du 24 novembre 2009 de la Chambre sociale de la Cour de cassation – n°08-44.148.

accepte le transfert d'une activité économique autonome car des moyens en locaux et en matériels nécessaires au fonctionnement du service aient été mis à la disposition des prestataires successifs. Une souplesse dans l'exigence de moyens corporels ou incorporels peut être aperçue car la reprise d'éléments matériels n'impose pas nécessairement le transfert de la propriété de ces éléments de l'ancienne entité économique à la nouvelle. La mise à disposition de ces moyens matériels peut être suffisante.

A contrario, la Chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 14 juin 2005⁶ écarte les transferts légaux des contrats de travail lorsque le nouveau prestataire est chargé d'une mission d'assistance technique que n'assurait pas le précédent prestataire et que l'activité nouvelle a généré l'acquisition d'un nouveau matériel. Dans ce même sens, ladite Cour dans un arrêt du 3 novembre 2011⁷ écarte le transfert lorsque le nouveau concessionnaire ne reprend aucun élément d'exploitation corporel ou incorporel. Ce critère seul est ainsi suffisant pour écarter le transfert.

La Cour de cassation fait ainsi une application constante de sa jurisprudence et apprécie précisément la présence ou non d'un transfert de moyens corporels ou incorporels pour retenir ou au contraire écarter l'existence d'une activité économique autonome. Ces éléments sont à l'origine d'une importante intervention du juge. En effet, pour transférer les contrats de travail, les conditions de conservation d'une identité propre et de la poursuite d'une activité économique sont moins difficiles à établir.

L'exigence d'autonomie et d'identité propre implique que les moyens personnel et matériel de l'entité économique soient spécialement affectés en vue de l'exercice d'une activité qui poursuit un objectif propre. Cela implique que les salariés et les biens corporels ou incorporels aient une utilité particulière pour l'accomplissement de l'activité qui est transférée. La démonstration de la polyvalence du salarié ou du bien mènera à écarter le transfert des contrats de travail. Le personnel et les biens doivent être spécifiquement attachés à l'activité économique.

La poursuite d'une activité économique est exigée à la fois en droit interne mais aussi au niveau européen. Dans un arrêt du 14 avril 1994, la Cour de justice des communautés européennes prévoit que le critère décisif pour établir l'existence d'un transfert d'entreprise au sens de la directive est celui du maintien de l'entité économique. Elle ajoute qu'il en résulte notamment la poursuite effective ou la reprise par le nouveau chef d'entreprise des mêmes activités économiques ou d'activités analogues. A titre d'exemple, la Chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 24 mars 2021⁸ a écarté l'application de l'article 1224-1 du Code du travail lorsque à la suite de la cession, le repreneur vend l'intégralité des stocks du fonds cédé et affecte les salariés transférés à des postes sans lien avec leur activité d'origine.

L'existence ou non d'une activité économique permettant le transfert des contrats de travail est caractérisée strictement par la Cour de cassation qui ne manque pas de vérifier la présence de l'ensemble des conditions exigées. Cette rigueur peut être préjudiciable pour le salarié qui a tout intérêt à ce que l'application de l'article 1224-1 du Code du travail soit retenue par les juges. De cette manière, il conserve un emploi et la certitude d'obtenir un salaire régulier. Ces exigences paraissent légitimes dès lors que le

⁶ Arrêt du 9 novembre 2005 de la Chambre sociale de la Cour de cassation – n° 03-43.677

⁷ Arrêt du 3 novembre 2011 de la Chambre sociale de la Cour de cassation – n° 10-11.820.

⁸ Arrêt du 24 mars 2021 de la Chambre sociale de la Cour de cassation – n° 19-12.208.

transfert emporte des conséquences importantes et notamment un changement d'employeur alors que le contrat de travail reste identique.

Si la perte de marché permet de caractériser l'entité économique autonome, le transfert des contrats de travail s'opère. Ainsi, un tel transfert va permettre aux salariés de conserver leur emploi et va emporter d'autres effets impliquant la stabilité de leur relation de travail.

II. Les effets du transfert en cas de perte de marché

En cas de perte de marché, le transfert des contrats de travail va produire deux effets distincts à l'égard de l'employeur cédant, de l'employeur cessionnaire et du salarié, d'une part, il s'agit d'effets « *rationae materiae* » (A) et d'autre part d'effet « *rationae personae* » (B).

A.

Les effets *rationae materiae*

La reprise de l'entité économique autonome entraîne nécessairement plusieurs conséquences.

La première et la plus évidente, le transfert de l'entité économique autonome emporte nécessairement le maintien du contrat de travail, c'est-à-dire que le transfert n'a aucun effet extinctif sur ce contrat, si bien qu'il survit à ce transfert. Ce qu'il faut ainsi garder à l'esprit, c'est que le transfert du contrat de travail est concomitant au transfert de l'entité économique autonome qui intervient quant à lui dès lors que « *le nouvel exploitant est mis en mesure d'assurer la direction de cette entité* »⁹. L'article L1224-1 du Code du travail, dispose in fine que « *tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise* ». Cet article apporte deux précisions importantes.

La première étant que le transfert de l'entité économique autonome emporte le transfert de tous les contrats de travail. En effet, il s'agira transférer les contrats de travail à durée indéterminée comme déterminée, à temps partiel comme à temps plein, et au-delà du simple contrat de travail, il sera transféré tous les contrats relatifs au travail, touchant ainsi les contrats d'apprentissages¹⁰.

La deuxième étant qu'il ne doit être transféré que les contrats de travail en cours d'exécution. Un contrat de travail sera en cours d'exécution dès lors que la relation de travail entre l'ancien employeur du marché cédé et le salarié, sera toujours existante. C'est ainsi que les juges ont pu déterminer qu'un contrat de travail suspendu était un contrat de travail en cours d'exécution¹¹ de même pour une personne en période d'essai.

⁹ Arrêt du 23 juin 2021 de la Chambre sociale de la Cour de cassation.

¹⁰ Arrêt du 4 mars 1984 de la Chambre sociale de la Cour de cassation.

¹¹ Arrêt du 8 février 1989 de la Chambre sociale de la Cour de cassation.

La deuxième grande conséquence que révèlent la jurisprudence et la loi est que le contrat de travail ne sera pas seulement transféré, mais également des droits donnés par l'ancien employeur ainsi que des obligations non encore acquittées par ce dernier.

Concernant le transfert des droits des salariés, il est important de comprendre que dans le contrat de travail transféré, il est déjà retrouvé la majorité des droits du salariés, donnés par l'ancien employeur. Cependant, la Cour de cassation joue un rôle important pour accorder plus de droits aux salariés dont le contrat est transféré, mais aussi les limiter. En effet, cette dernière va admettre qu'il subsiste le statut conventionnel non négocié, une admission que le législateur ne vient ni contredire ni admettre, d'où l'importance de l'action de la jurisprudence face à ce silence.

Ce statut sera composé des usages de l'entreprise qui a perdu la part de marché ainsi que les décisions unilatérales de l'employeur cédant¹⁴. Ce principe est d'une importance capitale puisque le salarié n'ayant

¹² Arrêt du 20 janvier 1998 de la Chambre sociale de la Cour de cassation.

¹³ Arrêt du 20 Mars 2002 de la Chambre sociale de la Cour de cassation.

¹⁴ Arrêt du 9 Octobre 2001 de la Chambre sociale de la Cour de cassation – n°99-43661.

pas demandé à se retrouver au milieu d'une perte de marché et donc d'un changement d'employeur ne doit donc absolument pas voir ses conditions de travail changer même si son employeur est différent.

A contrario, la Cour de cassation a refusé très récemment que soit transféré avec le contrat de travail des salariés, le règlement intérieur de l'ancien employeur¹⁵. Cela reste très logique puisque le pouvoir de direction d'un employeur, duquel découle son pouvoir normatif implique que l'une des prérogatives les plus importantes de cet employeur soit d'édicter un règlement intérieur qui est en adéquation avec sa vision du travail au sein de son entreprise. Ainsi le marché qui est repris doit se conformer au règlement de l'entreprise reprenant puisqu'il en va de son identité et de la conservation du pouvoir de direction de l'employeur reprenant.

Puis concernant le transfert des obligations de l'ancien employeur, c'est l'article L1224-2 du Code du travail qui en dispose et l'autorise. Le terme obligation doit être entendu comme les dettes de l'ancien employeur envers ses salariés, qui sont ainsi ses créanciers. De toute évidence, les seules dettes que peut détenir un employeur envers ses salariés ne sont que d'ordre pécunier, il pourra ainsi s'agir d'acquitter le paiement des salaires, de régler des congés payés qui n'ont pas été pris par les salariés ou encore des rappels de salaires. Nécessairement, pour que le nouvel employeur soit tenu des obligations de l'ancien employeur, ces obligations doivent exister avant la perte de marché et donc le transfert de l'entité économique autonome.

Le nouvel employeur est donc redevable des salaires échus avant le transfert mais demeurés impayés.

L. 1224-2 al 2 CT dispose que « 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 ». Il en résulte que le salarié peut agir indifféremment à l'encontre des deux employeurs successifs en paiement des salaires échus à la date de la modification dans leur situation juridique, ceux-ci sont tenus in solidum (Cass. soc. 6-4-2011 n° 10-16.203). Ainsi, si lorsque le droit à la prime naît après le transfert, le nouvel employeur est tenu de payer l'intégralité de la prime au salarié transféré, le nouvel employeur peut exercer un recours contre le précédent employeur pour la fraction de la prime correspondant au temps pendant lequel le salarié était au service de celui-ci.

Ainsi, la perte de marché permet à l'employeur reprenant d'hériter de la majorité des effets *ratione materiae* du transfert d'une entité économique autonome à l'exception du transfert des créances ce qui n'est pas au désavantage pour ce nouvel employeur.

B.

Les effets *rationae personae*

Il est nécessaire de distinguer deux hypothèses. Tout d'abord il faut distinguer la situation où le transfert est imposé aux salariés successifs de l'hypothèse où le transfert est imposé au salarié.

¹⁵ Arrêt du 21 septembre 2005 de la Chambre sociale de la Cour de cassation.

¹⁶ Arrêt du 21 septembre 2005 de la Chambre sociale de la Cour de cassation.

Lorsque le transfert est imposé à l'employeur, il y a une automaticité du transfert. Ainsi, le nouvel employeur est dans l'obligation de reprendre les salariés. Cette obligation découle de l'article L.1224-1 du Code du travail. Cet article d'ordre public dispose « *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* ». L'employeur est donc dans l'impossibilité de ne pas reprendre l'employé. Si toutefois il refuse de reprendre le salarié, ce dernier dispose de plusieurs options.

Il peut demander sa réintégration avec le paiement des salaires depuis la date du transfert.

Autre possibilité pour le salarié, il prend acte de sa rupture. Le salarié saisit le juge pour que ce dernier statue sur les reproches faits à son employeur (manquements suffisamment graves pour empêcher la poursuite du contrat de travail). Cela produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués par le salarié le justifient. Dans le cas contraire, cela produit les effets d'une démission.

Enfin il peut demander une résiliation judiciaire. Dans cette situation, le contrat aura, comme pour la prise d'acte de la rupture, la conséquence d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Ces deux dernières hypothèses permettent au salarié d'être indemnisé.

Cette possibilité de transfert imposé à l'employeur a donné lieu à de nombreux contentieux car il est fréquent que le nouvel ou l'ancien employeur refuse de garder les salariés.

Ainsi, la caractérisation de l'entité autonome se révèle essentielle, primordiale puisqu'elle va permettre de savoir si les salariés doivent être repris ou non. Il est néanmoins possible pour l'ancien titulaire comme pour le nouvel employeur de licencier un salarié.

L'ancien employeur peut licencier un salarié avant un transfert sauf si ce dernier arrive à démontrer une fraude.

À l'inverse le nouvel employeur peut trouver divers intérêts à licencier un salarié, qu'il peut licencier mais en dehors du cadre du transfert, ce qui signifie que le nouvel employeur peut licencier un salarié dans des circonstances ou pour des raisons indépendantes du transfert. Le nouvel employeur peut licencier pour motif économique ou pour tout autre motif personnel. Il est aisément compréhensible que le nouvel employeur ne puisse pas licencier au motif qu'un personnel formé et déjà qualifié existe au sein de l'entreprise. Sinon, il se retrouverait avec un effectif trop important.

La deuxième hypothèse est celle du transfert imposé au salarié. Cette possibilité donne lieu à un transfert de plein droit. Cela signifie que l'avis du salarié n'est pas requis. Il n'y a pas d'obligation de notifier quoi que ce soit au salarié. Ce transfert de plein droit protège le salarié d'un éventuel licenciement pendant le processus de transfert d'entreprise. Ce type de transfert n'emporte aucune modification du contrat de travail même si la modification du nom de l'employeur doit être notifiée dans le document.

Toutefois, le transfert peut donner lieu à une modification du contrat de travail. Dans ce contexte, il convient de demander l'accord du salarié quant à une éventuelle modification du contrat de travail. Si le salarié refuse, l'employeur peut, soit, ne rien changer à la situation contractuelle, soit licencier le salarié en procédant à un licenciement économique. En effet comme le rappelle l'arrêt du 17 avril 2019¹⁷ le licenciement économique résultant d'un refus de modification d'un contrat de travail est un licenciement économique.

Si le salarié refuse le transfert, il ne dispose pas d'une plénitude d'actions. En effet, la seule possibilité pour lui est de faire un abandon de poste qui découlera sur un licenciement. Il est important de notifier et de rappeler que cet abandon ne donnera lieu qu'à un licenciement et non une démission car la démission suppose une volonté claire et non équivoque comme le rappelle l'arrêt du 15 janvier 2002¹⁸.

¹⁷ Arrêt du 17 Avril 2019 de la Chambre sociale de la Cour de cassation N° 17-17.880 FS-PB

¹⁸ Arrêt du 15 janvier 2002 de la Chambre sociale de la Cour de cassation n°00-40.263