



COUR DE CASSATION

**AVIS DE Mme LAULOM,
AVOCAT GENERAL**

Pourvoi 18-24.881

Décision attaquée : 21 septembre 2018 de la cour d'appel d'Aix-en-Provence

**la société Interbarreaux X... Z.. W... et associés
Talliance avocats)
C/
Mme A... V...**

Avis complémentaire n° 2

Cet avis complémentaire reprend le premier avis en intégrant à l'analyse l'arrêt de la Cour de Justice rendu le 26 mars 2020 (Aff. C-344-18, ISS Facility Services NV).

Mon avis portera sur la 3^{ème} branche du second moyen, les autres branches n'appelant pas de remarques particulières au regard du rapport de Mme la conseillère rapporteure et des propositions de rejet non spécialement motivé.

Le pourvoi conduit à s'interroger sur l'admission de la divisibilité du contrat de travail en cas de transfert partiel d'entreprise et plus précisément sur la portée de la jurisprudence

découlant des arrêts de la chambre sociale du 30 mars 2010. Lorsque l'activité du salarié se répartit entre l'entité conservée et l'entité économique cédée, faut-il admettre que le contrat de travail soit pour partie transféré au repreneur, au prix d'une divisibilité du contrat de travail? Après avoir présenté brièvement les faits et la procédure de l'affaire, nous analyserons la position de la Cour de Justice sur cette question, puis nous présenterons l'état de la jurisprudence de votre chambre et ses conséquences.

1. Faits et Procédure

Madame V... a été engagée, à compter du 19 décembre 1996, par la SCP interbarreaux X... et associés en qualité de secrétaire. La SCP comportait trois bureaux: le cabinet principal situé à Nice et deux cabinets secondaires situés à Grasse et Menton. En juillet 2013, la SCP interbarreaux X... et associés a cédé le cabinet de Menton à la SELARL DPR Méditerranée, créée par Maître U..., ancienne collaboratrice de Maître W...

Le 2 août 2013, la SCP interbarreaux X... et associés informait Madame V... que dans le cadre du transfert à la SELARL DPR Méditerranée de l'unité autonome d'activité représentant les dossiers mentonnais, son contrat de travail se trouvait transféré pour moitié au sein de la SELARL DPR Méditerranée en application de l'article L.1224-1 du code du travail et ce à compter du 2 août 2013.

A compter du 7 août 2013, la salariée s'est trouvée en arrêt de travail pour maladie.

Le 23 avril 2014, la salariée a pris acte de la rupture de son contrat de travail auprès de la SPC X... et associés et de la SELARL DPR Méditerranée et a saisi le CPH de Dignes qui a notamment dit que la prise d'acte est fondée sur des motifs suffisamment graves pour rendre impossible la poursuite du contrat de travail et dit que cette rupture s'analyse en une rupture aux torts de l'employeur et produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Sur appel de la société SCP X... et associés, la cour d'appel d'Aix-en-Provence, par un arrêt du 21 septembre 2018, a confirmé la décision du CPH et a notamment considéré que: *"Dans l'hypothèse d'un transfert partiel d'activité, 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. A défaut, le contrat de travail doit se poursuivre avec l'employeur initial"*.

La SCP interbarreaux X... et associés a formé un pourvoi en cassation.

Selon la 3^{ème} branche du second moyen subsidiaire, *"en application de l'article L.1224-1 du code du travail, dans l'hypothèse d'un transfert partiel d'activité, lorsque l'activité du salarié se répartissait entre l'entité conservée et l'entité économique cédée, le contrat de travail est transféré pour la partie de son activité professionnelle que le salarié consacrait à l'entité cédée (...), qu'en jugeant cependant que le contrat de travail de la salariée, affectée pour 50% de son temps de travail à l'entité transférée et pour 50% à l'activité conservée, devait se poursuivre avec la cédante au prétexte que la*

salariée n'exerçait pas l'essentiel de ses fonctions au sein de l'entité transférée, la cour d'appel a violé le texte susvisé, interprété à la lumière de la directive 2001/23/CE du 12 mars 2001".

2. La directive 2001/23/CE du 12 mars 2001 et la divisibilité du contrat de travail

2.1. L'arrêt Botzen

Selon l'article 3 § 1 de la directive 2001/23, "*les droits et les obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire*".

Si l'on examine la jurisprudence de la Cour de Justice, un seul arrêt, jusqu'à l'arrêt du 26 mars 2020, donnait quelques éléments de réponse à la question d'une éventuelle divisibilité du contrat de travail.

Selon une jurisprudence constante, relève du champ d'application de la directive, le transfert d'une entité économique entendue comme un ensemble organisé de personnes et d'éléments permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre et qui est suffisamment structurée et autonome. Toujours selon la Cour, l'identité d'une entité économique est constituée par une pluralité indissociable d'éléments, tels que le personnel qui la compose, son encadrement, l'organisation de son travail, ses méthodes d'exploitation ou encore, le cas échéant, les moyens d'exploitation à sa disposition (voir par exemple CJUE, 20 juillet 2017, Piscarreta Ricardo, aff. C-416/16).

Jusqu'à l'arrêt ISS Facility Services NV, la Cour européenne s'était essentiellement prononcée sur la question de la détermination des salariés qui doivent pouvoir bénéficier de la protection de la directive et du transfert de leur contrat.

Ainsi, pour la Cour, lorsque le transfert ne concerne qu'un établissement ou qu'une partie d'établissement, la protection prévue par la directive concerne alors les travailleurs affectés à cette partie de l'entreprise.

Dans l'arrêt Botzen (CJCE, 7 février 1985, aff. 186/83), la Cour ne retient pas la possibilité d'une divisibilité des contrats de travail. L'affaire concerne une entreprise en liquidation et 8 salariés demandent à être transférés auprès de la nouvelle société, créée à cette occasion, au motif qu'ils accomplissaient des tâches qui relevaient de l'activité de cette nouvelle société.

La Cour va considérer que "***la relation de travail est essentiellement caractérisée par le lien qui existe entre le travailleur et la partie de l'entreprise ou de l'établissement à laquelle il est affecté pour exercer sa tâche. Pour apprécier, si les droits et obligations résultant d'une relation de travail sont transférés en vertu de la directive 77/187, du fait d'un transfert au sens de l'article 1 § 1 de celle-ci, il suffit donc d'établir à quelle partie de l'entreprise ou de l'établissement le travailleur en cause se***

trouvait affecté” (§ 15 de la décision). Elle poursuit, “*Il y a donc lieu de répondre aux deuxième et troisième questions que l'article 3, paragraphe 1, de la directive 77/187, doit être interprété en ce sens qu'il n'englobe pas les droits et obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert et conclu avec des travailleurs qui, bien que n'appartenant pas à la partie transférée de l'entreprise, exerçaient certaines activités comportant l'utilisation de moyens d'exploitation affectés à la partie transférée, ou qui, étant affectés à un service administratif de l'entreprise qui n'a pas été lui-même transféré, effectuaient certaines tâches au profit de la partie transférée*” (§16).

Selon l’avocat général, dans ses conclusions, “*une fois adoptée la décision de transfert d'une partie de l'entreprise, les travailleurs qui sont exclusivement affectés au cours de leurs heures de travail à cette partie de l'entreprise sont en droit de se prévaloir des termes de la directive*”.

“*Si un travailleur est en fait affecté à des activités concernant toute l'entreprise ou plusieurs de ses parties, il ne saurait alors être considéré aux fins de la directive comme un travailleur “de” la partie de l'établissement qui a été transférée. Nous pensons que ce résultat s'impose en vertu de considérations pratiques. En effet, un travailleur employé dans différentes usines, par exemple à l'entretien ou au personnel, ou en tant que chargé des ventes de toute la gamme des produits de l'établissement serait, au cas contraire, en mesure de prétendre qu'il a été transféré au nouveau propriétaire d'une partie seulement de l'établissement. Son travail serait alors très différent dans sa portée et peut-être même dans sa localisation. Or, ce résultat semble contraire au but de la directive, qui est de permettre un transfert d'emploi identique en tous points, sauf en ce qui concerne l'employeur. De même, si deux parties de l'établissement étaient transférées respectivement à deux cessionnaires différents, cependant qu'on en resterait au statu quo pour le surplus, la personne ayant travaillé dans les deux parties ou dans un service général comme l'entretien, la comptabilité ou les ventes, pourrait en théorie prétendre avoir été transférée à chacun des nouveaux employeurs ou pourrait en tout cas prétendre disposer d'une option. Il ne nous semble pas toutefois que la directive ait ouvert une telle option*”.

La Cour de Justice fait depuis régulièrement référence à l'arrêt Botzen pour souligner que “*la relation de travail est essentiellement caractérisée par le lien qui existe entre le travailleur et la partie de l'entreprise à laquelle il est affecté pour exercer sa tâche*”¹.

¹ Voir par exemple l'arrêt Rask (C-209/91, 12 nov. 1992) où la Cour énonce que “*la protection prévue par la directive s'applique en particulier, en vertu de l'article 1, § 1, lorsque le transfert ne concerne qu'un établissement ou qu'une partie d'établissement, c'est-à-dire une partie de l'entreprise. Elle concerne alors les travailleurs affectés à cette partie de l'entreprise* puisque, comme l'a jugé la Cour dans l'arrêt du 7 février 1985, Botzen, point 15 (186/83, Rec. p. 519), la relation de travail est essentiellement caractérisée par le lien qui existe entre le travailleur et la partie de l'entreprise à laquelle il est affecté pour exercer sa tâche” (§ 16 de l'arrêt).

C'est donc l'appartenance ou l'affectation principale du salarié à l'entité transférée qui lui ouvre le bénéfice des droits conférés par cette directive. Selon la Cour, le critère déterminant pour le transfert des droits et des obligations des travailleurs consiste dans la question de savoir si le service auquel ils étaient affectés et dans le cadre duquel se concrétisait, du point de vue de l'organisation, leur relation de travail, est transféré ou non.

Jusqu'à présent la Cour européenne n'avait pas eu à se prononcer sur la question d'une possible divisibilité du contrat de travail. Saisie par une juridiction belge, elle vient de l'admettre à certaines conditions (aff. C-344/18, ISS Facility Services NV, 26 mars 2020).

2.2. L'arrêt ISS Facility Services NV, 26 mars 2020

Il convient de préciser d'abord le cadre factuel de l'affaire portée devant la Cour de Justice par la Cour du travail de Gand, Belgique. En l'espèce, une salariée est employée par ISS Facility Services en tant que responsable pour les services de nettoyage et d'entretien prestés par cette entreprise pour la ville de Gand. Ce marché, qui concernait des bâtiments municipaux répartis en trois lots, a fait l'objet d'un nouvel appel d'offres, à l'issue duquel ces lots ont été attribués à deux nouvelles entreprises de nettoyage, la société Atalian, d'une part, qui a obtenu deux lots, et la société Cleaning Masters, d'autre part, qui a obtenu un lot. Il existe ainsi une différence essentielle et significative avec l'affaire que vous avez à connaître². Dans l'affaire portée devant la Cour de Justice, c'est l'entité dans sa globalité qui est transférée et il s'agit d'analyser les conséquences du transfert simultanée de cette entité à deux cessionnaires distincts. L'avocat général, Maciej Szpunar, dans ses conclusions publiées le 26 novembre 2019, prend soin de caractériser l'existence de l'entité économique et le fait que la salariée est bien affectée à titre principal à l'entité transférée³.

² On peut également noter que le "transfert", dans cette affaire belge, concerne une prestation de service de nettoyage et que votre chambre considère dans cette hypothèse que la simple perte d'un marché ne caractérise par l'existence d'un transfert d'entreprise. Ces pertes de marchés, notamment dans le secteur de la propreté, relèvent de conventions collectives qui organisent un transfert conventionnel des contrats de travail.

³ Voir le § 54 des conclusions : "*Par conséquent, à mon avis, dans la mesure où, ainsi qu'il ressort de la décision de renvoi, Mme T..., en tant que gestionnaire d'antenne, faisait partie du groupe autonome des travailleurs transférés pour lequel elle devait prévoir un encadrement spécial, tant sur le chantier qu'au siège de l'entreprise, il est évident, ainsi que l'a relevé à juste titre la Commission, que celle-ci était affectée à l'entité économique transférée. La situation aurait été différente si Mme T... n'avait pas effectué la majeure partie de ses activités dans le cadre de l'entité économique concernée, mais « qu'[ayant été affectée] à un service administratif de l'entreprise qui [n'avait pas] été lui-même transféré, [elle avait effectué] certaines tâches au profit de la partie transférée» (Voir, à cet égard, arrêt du 7 février 1985, Botzen e.a. (186/83,*

En substance, la cour belge de renvoi demande si, en présence d'un transfert d'entreprise, au sens de l'article 1, § 1, de la directive 2001/23, impliquant plusieurs cessionnaires, l'article 3, § 1, premier alinéa de cette directive [selon lequel "les droits et les obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire"], doit être interprété en ce sens que les droits et les obligations résultant du contrat de travail existant à la date de ce transfert sont transférés à chacun des cessionnaires, au prorata des fonctions exercées par le travailleur, ou au seul cessionnaire pour lequel le travailleur est conduit à exercer ses fonctions à titre principal.

Pour la Cour, *"dès lors que l'entité économique à laquelle un travailleur était attaché a été transférée, au sens de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 2001/23, le fait qu'elle l'ait été à un ou à plusieurs cessionnaires est sans incidence sur le transfert des droits et des obligations résultant, pour le cédant, du contrat de travail existant à la date du transfert de ladite entité"*.

Pour la Cour, l'hypothèse d'un transfert entier du contrat de travail au cessionnaire auprès duquel le travailleur exerce ses fonctions à titre principal préserve les intérêts des salariés mais fait abstraction des intérêts du cessionnaire, *"ce dernier se voyant transférer les droits et les obligations qui résultent du contrat de travail à temps plein, tandis que le travailleur concerné n'exerce ses fonctions auprès de lui qu'à temps partiel"*.

Il faut donc plutôt privilégier l'hypothèse de la scission du contrat de travail à temps plein, en plusieurs contrats de travail à temps partiel, au prorata des fonctions exercées par le travailleur. Pour la Cour, cette solution permet, *"en principe, d'assurer un juste équilibre entre la sauvegarde des intérêts des travailleurs et la sauvegarde de ceux des cessionnaires, dans la mesure où le travailleur voit les droits issus de son contrat de travail maintenus, tandis que les cessionnaires ne se voient pas imposer des obligations supérieures à celles qu'implique, à leur égard, le transfert d'entreprise concerné"*. La Cour pose cependant des limites importantes dont il revient au juge national de contrôler le respect. Ainsi, *"il incombe à la juridiction de renvoi de tenir compte des implications pratiques de cette scission du contrat de travail au regard des objectifs poursuivis par la directive, ..., qui ne peut être invoquée pour détériorer les conditions de travail du travailleur concerné par un transfert d'entreprise"* (§ 35). Si la scission du

EU:C:1985:58, point 16). Toutefois, tel n'est pas le cas en l'espèce puisque Mme T... s'occupait, au sein de l'entité économique transférée, de la planification et de l'organisation des travaux à effectuer sur les chantiers relevant des trois lots de la ville de Gand et faisait donc partie intégrante des travailleurs concernés par le transfert de l'entreprise. L'élément déterminant afin d'établir l'appartenance de Mme T... à une entité économique n'est donc pas la durée de la période pendant laquelle elle a été liée à cette entité économique antérieurement au transfert, mais le fait qu'elle était gestionnaire d'antenne pour les trois lots transférés et que, en conséquence, elle assurait la coordination et la direction du personnel de nettoyage au sein de cette entité économique, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier".

contrat de travail se révèle impossible ou entraîne une détérioration des conditions de travail et des droits du travailleurs garantis par la directive 2001/23, ce contrat peut être résilié, la résiliation devant être considérée, en vertu de l'article 4, § 2, de la directive 2001/23, *“comme étant intervenue du fait du ou des cessionnaires, quand bien même cette résiliation serait intervenue à l'initiative du travailleur”*.

En synthétisant, l'arrêt ISS Facility Service NV admet la divisibilité (ou la scission) du contrat de travail, sous réserve que soient respectées certaines conditions qu'il revient au juge national de contrôler. Cette divisibilité du contrat de travail, admise sous conditions, ne devrait pas remettre en cause l'arrêt Botzen. Il convient donc de s'interroger en préalable sur l'affectation du salarié à l'entité transférée et c'est ensuite que la question d'une éventuelle scission du contrat peut se poser. Il n'en demeure pas moins que ces deux phases distinctes peuvent parfois être confondues et qu'il n'est pas toujours aisée de les distinguer.

3. La jurisprudence de la Cour de cassation sur la divisibilité du contrat de travail

En préalable, il convient de souligner que la question d'une éventuelle divisibilité du contrat de travail ne se pose qu'une fois caractérisé le transfert d'une entité économique. Ainsi que le note A. Mazeaud, *“si aucun personnel n'est affecté à l'unité (personnel interchangeable, ...), la cession ne porte pas sur une entité économique au sens de l'article L.1224-1, mais sur une simple activité qui n'opère pas de changement d'employeur (Soc. 17 oct. 2006, n°04-41.943). Il n'est pas d'entité économique sans la présence d'un personnel qui y est attaché”*⁴. De même, selon P. Morvan, *“la règle de la divisibilité du contrat de travail ne doit pas être confondue avec la condition primordiale qu'une entité économique dispose d'un personnel « spécialement affecté » à la poursuite d'une finalité économique. La définition de l'entité économique autonome implique l'affectation exclusive à une activité de salariés dont les contrats seront, par hypothèse, complètement transférés au cessionnaire. Mais l'article L. 1224-1 emporte, de surcroît et de façon résiduelle, le transfert d'une part divisée des contrats liant les salariés qui ne consacrent qu'une fraction de leur industrie à l'entité cédée”*⁵.

La question de la divisibilité survient lorsqu'une entité économique est transférée et qu'au sein de cette entité, un certain nombre de salariés n'exercent que pour partie leur activité au sein de l'entité cédée. Sur ce point, la question de l'existence d'un transfert d'entreprise, qui n'est pas discutée en l'espèce, pourrait se poser.

Jusqu'en 2010, la divisibilité du contrat de travail est largement admise par la chambre sociale. Le critère qui permet de déterminer si le transfert du contrat de travail peut être partiel ou total est celui de la réalité de l'exercice des fonctions du salarié: si elles sont indépendantes les unes par rapport aux autres et peuvent être scindées matériellement,

⁴ A. Mazeaud, Rép. Travail Dalloz, “Transferts d'entreprises: aspects individuels” 2010, mise à jours janvier 2018, § 47 et suivants.

⁵ P. Morvan, Jurisclasseur, Fasc.19-52: *Transfert d'entreprise - Effets. Relations individuelles*, Nov. 2017, mise à jour, mai 2019, § 36.

le contrat de travail est transféré partiellement. Si elles ne peuvent être scindées, le contrat de travail est transféré en totalité à condition que l'essentiel des fonctions s'exerce sur le secteur transféré.

Les conséquences de l'admission de cette divisibilité du contrat de travail ont été dénoncées. Ainsi selon P. Morvan, *“la divisibilité engendre une situation surréaliste. Par ce biais, un emploi à temps plein est éclaté en plusieurs emplois à temps partiel (en général deux emplois à mi-temps). Une modification du contrat de travail est ainsi consommée, par le seul effet de la loi, au détriment du salarié (...); la question qui se pose alors est de savoir si le travailleur peut s'opposer à une telle modification, sachant que l'effet impératif de l'article L.1224-1 lui interdit de s'opposer au changement d'employeur. S'ajoutent d'évidentes difficultés pratiques (par exemple, dans le cas où les cessionnaires exerceront des activités concurrentes, chacun arguera de la violation de l'obligation de loyauté incombant au salarié...)”. Surtout, il semble artificiel de quantifier le pourcentage exact du contrat de travail qui doit être préséqué puis cédé*⁶. P.H. Antonmattéi reproche également à cette divisibilité d'avoir autant d'inconvénients pour les employeurs que pour le salarié⁷.

La divisibilité du contrat de travail produit effectivement des effets qui peuvent sembler contraire aux objectifs poursuivis par la directive européenne et par l'article L1224-1 du code du travail qui sont de permettre un transfert d'emploi identique en tous points, sauf en ce qui concerne l'employeur. Au final, la divisibilité du contrat de travail a pu être admise pour favoriser le maintien de l'emploi (éclaté dès lors en deux contrats de travail) des salariés en cas de transfert partiel d'activité. Ne pas l'admettre pourrait conduire au licenciement des salariés dès lors qu'une partie de leur activité était rattachée à l'unité transférée. Il n'est pas certain que leur employeur puisse maintenir leur emploi.

⁶ P. Morvan, “Transfert d'entreprise - Divisibilité du contrat de travail transféré”, JCP S 2010, n° 28, 1297. Voir également Lamy Social, § 2427, qui estime la situation créée par la divisibilité du contrat de travail “regrettable”: l'on aurait pu au moins réserver le choix au salarié, qui, en pratique, risque de se retrouver avec deux contrats à temps partiel, souvent impossibles à concilier. Contra, A. Mazeaud (Rép. Travail Dalloz, Transferts d'entreprises: aspects individuels - § 47 et suivants), qui constate les effets dommageables de la divisibilité du contrat, mais considère que la solution est nécessaire pour préserver les emplois de ces salariés. **Il cite également une réponse ministérielle qui va à l'encontre de la divisibilité du contrat de travail: l'application de l'ancien article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail suppose « l'affectation spéciale et permanente du salarié à un poste de travail au sein de l'activité transférée »** (Rép. min. no 66208, JOAN 12 août 1985, p. 3807).

⁷ P.-H. Antonmattei, “Transfert partiel du contrat de travail: nouveaux arrêts de la Cour de cassation”, *Revue Lamy droit des affaires*, n°50, 2010 et “La saga de l'article L.122-12, alinéa 2, du code du travail: le nouvel épisode du transfert partiel du contrat”, *Semaine Sociale Lamy*, n°1040, 2001..

Les inconvénients de cette divisibilité semblent néanmoins largement l'emporter alors même que l'objectif de préservation de l'emploi ne semble pas atteint. La divisibilité emporte des conséquences négatives auxquelles les salariés ne peuvent pas s'opposer sans pouvoir bénéficier des règles sur le licenciement. La divisibilité du contrat ne devrait dès lors être admise que s'il existe un accord entre les employeurs et le salarié⁸.

Un tempérament a été apportée à cette jurisprudence en 2010 et vous avez admis que dès lors que le contrat d'un salarié "*s'exécutait pour l'essentiel dans le secteur d'activité repris [par la société cessionnaire]*", "*l'ensemble de son contrat de travail avait été transféré à cette société, alors même qu'il avait continué à exercer des tâches dans un secteur encore exploité par la société [cédante]*" ([Soc., 30 mars 2010, pourvoi n° 08-42.065, Bull. 2010, V, n° 78](#)).

Depuis, cette solution a été réaffirmée ([Soc., 21 septembre 2016, pourvoi n°14-30.056, Bull. 2016 V, n° 169](#): "*Mais attendu qu'ayant constaté, par une appréciation souveraine des éléments de fait et de preuve soumis à son examen, que Mme S..., occupant un poste de responsable réseau rattaché à la direction marketing de la société CDG participations, n'exerçait pas l'essentiel de ses fonctions au sein de la boutique du terminal 1 dont l'activité avait été reprise par la société DFA, la cour d'appel, sans méconnaître son office et l'objet du litige, en a justement déduit que le contrat de travail devait se poursuivre avec la société CDG participations ; que le moyen n'est pas fondé*"; et [Soc., 23 mai 2017, pourvoi n°15-29194](#))⁹.

Il faut donc que le salarié exerce l'essentiel de ses fonctions auprès de l'entité transférée. Et l'on peut admettre que cette condition est bien similaire à celle définie par la Cour de Justice, de l'affectation du salarié auprès de l'entité transférée.

Ce tempérament important apporté à la divisibilité du contrat de travail est conforme à la directive 2001/23 (voir infra). On peut également noter que cette solution est également celle retenue par le Conseil d'Etat. Celui-ci, dans un arrêt du 1 août 2013, n°358257, Clinique de l'Alma, a considéré, "*qu'il appartient à l'autorité administrative, saisie d'une demande d'autorisation de transfert sur le fondement de l'article L.2414-1 du code du travail, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, de vérifier si la condition d'exécution effective du contrat de travail dans l'activité transférée est remplie et, à cette fin d'analyser concrètement l'activité du salarié; que lorsque le contrat de travail s'exerce seulement en partie au sein du secteur d'activité transféré, elle ne saurait, en tout état de cause, autoriser un transfert partiel de ce contrat alors que l'essentiel des fonctions du salarié continuait d'être accompli au sein d'un secteur d'activité non transféré*" (voir également, Cour administrative d'appel de Marseille 22 fév. 2019, n° 18MA01429, "*il appartient à l'autorité administrative, saisie d'une demande d'autorisation de transfert sur le fondement de l'article L.2414-1 du code du travail, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, de vérifier si la condition d'exécution effective du contrat de travail dans l'activité transférée est remplie et, à cette fin, d'analyser*

⁸ En ce sens voir P. Morvan et A. Mazeau.

⁹ A. Barège, JPC éd. S 2017, n°9, 1068.

concrètement l'activité du salarié. Lorsque le contrat de travail s'exerce seulement en partie au sein du secteur d'activité transféré, elle ne saurait, en tout état de cause, autoriser un transfert partiel de ce contrat alors que l'essentiel des fonctions du salarié continuait d'être accompli au sein d'un secteur d'activité non transféré").

Il faut donc rechercher auprès de quelle structure le salarié exerce l'essentiel de ses fonctions. Si ces fonctions sont aisément divisibles et similaires, une approche quantitative peut permettre d'identifier l'entité auprès de laquelle le salarié exerce principalement ses fonctions, mais la recherche du lieu ou de l'unité de l'affectation peut supposer d'aller au-delà d'une approche simplement quantitative car il s'agit avant tout de caractériser le lien organisationnel qui existe entre le travailleur et la partie de l'entreprise à laquelle il est rattaché.

Ici, la cour d'appel a ainsi motivé sa décision : *“Aux termes de l'article L1224-1 du code du travail, lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation de fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent avec le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise.*

Par ailleurs, dans l'hypothèse d'un transfert partiel d'activité, 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. A défaut, le contrat de travail doit se poursuivre avec l'employeur initial.

En l'espèce, il ressort de l'acte du 26 juillet 2013 qu'il y a bien eu cession entre la SCP INTERBARREAUX X... Y... Z.. W... et Associés et la SELARL DPR MEDITERRANEE du droit de présentation de clientèle portant sur l'ensemble des dossiers du cabinet de MENTON, sur les biens mobiliers corporels relatifs à l'exercice de l'activité d'avocat (notamment du matériel informatique, du mobilier de bureau, du droit au bail, de la documentation professionnelle, des archives) et sur le salarié à hauteur de 50% de son temps de travail.

Ces éléments caractérisent l'existence d'une entité économique autonome qui a été transférée par cession et qui a été maintenue après le transfert, l'existence de lien capitalistique entre des sociétés parties à la cession et d'identité des associés ne faisant pas obstacle à l'application de l'article L1224-1 du code du travail, chaque société disposant de sa propre personnalité juridique.

Par contre, dès lors que la SCP INTERBARREAUX X... Y... Z.. W... et Associés et la SELARL DPR MEDITERRANEE concluent que, par une évaluation en terme de charge de travail, Madame V... assistait Maître W... dans son activité, qu'une partie des dossiers de Maître W... avait été cédée, que cette partie cédée représentait 50 % de l'activité de Madame V... - comme l'indique également l'acte de cession et comme l'attestent Maître R... et Maître Q... - le contrat de travail devait se poursuivre avec l'employeur initial à savoir la SCP INTERBARREAUX X... Y... Z.. W... et Associés,

Madame V... n'exerçant pas, en l'état de éléments présentés par l'employeur, l'essentiel de ses fonctions au sein de l'entité transférée”.

En indiquant simplement que l'activité de la salariée se partageait à parts égales entre les deux entités, l'employeur ne démontrait pas qu'elle exerçait principalement ses fonctions auprès de l'une ou de l'autre et donc qu'elle était affectée principalement à l'une ou l'autre de ces entités. La cour d'appel a ainsi pu considérer que la salariée n'était pas principalement affectée à l'entité qui avait été transférée, dans la mesure où son activité au sein de cette entité représentait simplement 50% de son temps de travail.

Je suis donc au rejet du pourvoi.

Il peut néanmoins être utile de préciser le régime de la modification du contrat de travail qui serait induite par l'admission d'une divisibilité du contrat.

4. Divisibilité du contrat, régime de la modification du contrat de travail et licenciement

Le même jour que la chambre sociale admettait un tempérament au principe de la divisibilité du contrat de travail, un autre arrêt atténuait ses conséquences. Dans ce deuxième arrêt, la chambre sociale a jugé que *“Lorsque l'application de l'article L. 1224-1 du code du travail entraîne une modification du contrat de travail autre que le changement d'employeur, le salarié est en droit de s'y opposer. Il appartient alors au cessionnaire, soit de formuler de nouvelles propositions, soit de tirer les conséquences de ce refus en engageant une procédure de licenciement. A défaut, le salarié peut poursuivre la résiliation judiciaire du contrat, laquelle produit alors les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, sans préjudice du recours éventuel entre les employeurs successifs”* ([Soc., 30 mars 2010, pourvoi n°08-44.227, Bull. 2010 V, n°79](#))

La décision n'a pas entièrement convaincu. Elle a surtout été suivie d'un arrêt du 1 juin 2016, où la Cour, après avoir réaffirmé le droit d'opposition du salarié à une proposition de modification du contrat de travail lors d'un transfert d'entreprise et l'alternative qui en résulte pour l'employeur (formulation de nouvelles proposition ou licenciement), a décidé que la cour d'appel qui a constaté que le transfert partiel à la société cessionnaire sise à Lyon de l'entité économique à laquelle était rattachée la salariée ayant entraîné par lui-même une modification de son contrat de travail, en a exactement déduit que le licenciement reposait sur une cause réelle et sérieuse” ([Soc., 1 janvier 2016, pourvoi n° 14-21.143, Bull. 2016, V, n°122](#))¹⁰. La décision semble conforter l'idée

¹⁰ P. Bailly, “L'esprit du transfert d'entreprise serait-il oublié?”, *SSL* 2016, n°1728. J. Icard, “Dénaturation du droit d'opposition au transfert affectant le contrat de travail”, *Cahiers sociaux*, 2016, n° 287, p. 360. D. Baugard, “Les mystères attachés à la notion de modification du contrat de travail entraînée par le transfert d'entreprise”, *Droit ouvrier*, nov. 2016, n°820.

qu'un licenciement sui generis reposant sur une cause réelle et sérieuse pouvait résulter du transfert lui-même.

Un arrêt récent a revu cette position: *“la rupture résultant du refus par le salarié d'une modification de son contrat de travail, proposée par l'employeur pour un motif non inhérent à sa personne, constitue un licenciement pour motif économique”* ([Soc. 17 avril 2019, pourvoi n°17-17.880, Bull.](#)). Il s'agit là d'une application classique du droit de la modification du contrat de travail¹¹.

Si l'on synthétise la jurisprudence de la chambre sociale, on peut donc distinguer deux situations. Lorsque le nouvel employeur, à l'occasion ou après le transfert, prend l'initiative de modifier le contrat de travail, cette décision, fondée sur l'organisation de l'entreprise, ne peut qu'avoir une cause économique (Soc. 17 avril 2019). La deuxième hypothèse est plus rare et peut intervenir si l'on admet la divisibilité du contrat de travail. Le transfert entraîne alors nécessairement et par lui-même une modification du contrat de travail, dans la mesure où le salarié est désormais lié à deux employeurs par deux contrats de travail à temps partiel distincts. Il peut alors également arriver que l'entité transférée ne puisse plus continuer de fonctionner sur son lieu d'implantation. La rupture du contrat de travail interviendrait alors en dehors des règles applicables au licenciement économique en constituant un mode autonome de rupture du contrat de travail, dont le fondement repose sur le transfert légal du contrat de travail¹². Les salariés se retrouvent ainsi dans une situation assez similaire à celle définie par l'article L.1224-3 du code du travail, lorsque le transfert implique le passage d'un employeur privé à un employeur public.

Dans cette dernière hypothèse de divisibilité du contrat de travail, il est désormais nécessaire de tenir compte des enseignements de l'arrêt ISS Facility Services NV : dès lors que la scission du contrat de travail portera atteinte aux droits du travailleur, l'éventuelle résiliation de la relation de travail qui s'ensuivrait devra être considérée, en vertu de l'article 4 de la directive 2001/23, comme intervenue du fait du ou des cessionnaires, quand bien même cette résiliation serait intervenue à l'initiative du travailleur”.

En l'espèce, la salariée n'exerçait pas l'essentiel de ses fonctions au sein de l'entité transférée, comme la Cour d'appel le constate, elle pouvait conclure que le contrat de travail se poursuivait avec l'employeur initial.

Nous concluons donc au rejet du pourvoi.

AVIS DE REJET

¹¹ S. Ranc, “Transfert d'entreprise: retour à une application orthodoxe du droit de la modification du contrat de travail”, *RDT* 2019, p. 483.

¹² M. Morand, “Transfert du contrat: un nouveau motif de licenciement économique?”, *SSL* n°18

