



**Arrêt n°780 du 30 septembre 2020**

**Pourvoi n°S1824881**

**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...**

---

**Rapporteur : Florence Marguerite**

**RAPPORT  
comportant des  
propositions de  
rejet non  
spécialement  
motivé**

## **1- Rappel des faits et de la procédure**

Mme V... a été engagée le 19 décembre 1996 par la SCP interbarreaux X... Z... W... et associés en qualité de secrétaire.

La SCP comportait trois bureaux: un cabinet principal situé à Nice et deux cabinets secondaires à Grasse et Menton.

Mme V... avait plus particulièrement en charge les dossiers de Maître W....

En juillet 2013, la SCP interbarreaux X... Z...W... 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 X... et associés informait la salariée 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 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 SCP X... et associés et de la SELARL DPR Méditerranée et a saisi le CPH de Digne les Bains.

Par jugement du 7 avril 2016, le CPH de Digne les Bains:

- s'est déclaré compétent sur le fondement de l'article 47 du code de procédure civile,
- a dit que la société DPR Méditerranée doit être mise hors de cause,
- a dit que la prise d'acte est fondée sur les motifs suffisamment graves (déstabilisation, modification du contrat de travail et du lieu de travail, prêt de main d'oeuvre illicite, pressions, demande de démission) commis de surcroît par un cabinet d'avocats auxiliaire de justice nécessairement informé des droits et obligations en

matière de gestion du personnel pour ne pas commettre de tels manquements coupables, pour rendre impossible la poursuite du contrat de travail,

- a 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,
- a condamné la SCP X... et associés à payer à la salariée les sommes de :
  - \* 5 000 € au titre du préavis et des congés payés afférents,
  - \* 11 108,33 € au titre de l'indemnité légale de licenciement,
  - \* 1 098 € au titre de l'indemnisation du DIF perdu pour 120 heures,
  - \* 22 500 € à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,
  - \* 10 000 € à titre de dommages-intérêts au titre du préjudice moral résultant d'une exécution déloyale du contrat de travail,
  - \* 1 000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile,
- a prononcé l'exécution provisoire à hauteur de 25 000 €,
- a condamné la SCP X... et associés aux dépens.

Sur appel de la SCP X... et associés, la cour d'appel d'Aix-en-Provence, par un arrêt du 21 septembre 2018, a:

- confirmé le jugement déféré sauf en sa disposition relative à la condamnation à une indemnité pour préjudice moral et exécution déloyale du contrat de travail, en celles relatives aux montants des sommes allouées au titre de l'indemnité compensatrice de préavis, des congés payés afférents à l'indemnité de licenciement, de l'indemnité pour perte de chance d'utiliser le DIF et en celle relative aux intérêts,
- condamné la SCP X... et associés à payer à la salariée les sommes de :
  - \* 4 896,58 € au titre de l'indemnité compensatrice de préavis,
  - \* 489,55 € au titre des congés payés afférents,
  - \* 10 876,34 € au titre de l'indemnité légale de licenciement,
  - \* 500 € à titre d'indemnité pour perte chance d'utiliser le droit individuel à la formation,
- débouté la salariée de sa demande de dommages-intérêts pour préjudice moral et exécution déloyale du contrat de travail,
- dit que les créances salariales porteront intérêts au taux légal à compter du 9 mai 2014 et les sommes allouées de nature indemnitaire porteront intérêts au taux légal à compter du jugement pour la partie confirmée et à compter du présent arrêt pour le surplus,
- ordonné la capitalisation des intérêts dans les conditions prévues par la loi,
- débouté la salariée de sa demande au titre du harcèlement moral,
- condamné la SCP X... et associés à payer à la salariée la somme de 1 000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile au titre des frais engagés en cause d'appel et aux dépens d'appel,
- rejeté les autres demandes de la société DPR Méditerranée.

La société Interbarreaux X... Z...W... et associés (Talliance avocats) a formé un

pourvoi en cassation le 23 novembre 2018 et a déposé un mémoire ampliatif le 14 mars 2019 (demande en application de l'article 700 du CPC: 3 500 euros contre la salariée).

La salariée a déposé un mémoire en défense le 22 mai 2019 (demande en application de l'article 700 du CPC: 3 500 euros).

Le mémoire ampliatif a été signifié le 21 mars 2019 à la société DPR Méditerranée.

La procédure paraît régulière.

## **2 - Analyse succincte des moyens**

Dans un premier moyen, l'employeur fait grief à l'arrêt d'avoir confirmé le jugement en ce qu'il avait dit que la prise d'acte était fondée sur des motifs suffisamment graves (déstabilisation, modification du contrat de travail et du lieu de travail, prêt de main d'oeuvre illicite, pressions, demande de démission) commis de surcroît par un cabinet d'avocats auxiliaire de justice nécessairement informé des droits et obligations en matière de gestion du personnel pour ne pas commettre de tels manquements coupables, pour rendre impossible la poursuite du contrat de travail et en ce qu'il avait dit que cette rupture s'analysait en une rupture aux torts de l'employeur et produisait les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, d'avoir condamné l'employeur à payer à la salariée diverses sommes à titre d'indemnité compensatrice de préavis et congés payés afférents, d'indemnité légale de licenciement, de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et d'indemnité pour perte de chance d'utiliser le droit individuel à la formation alors, selon le moyen, que la contradiction entre les motifs et le dispositif équivaut à une absence de motifs; qu'en l'espèce, dans ses motifs, la cour d'appel a estimé que les griefs tenant à la modification du contrat de travail, au non-respect de la parole donnée, au prêt de main d'oeuvre illicite, et aux pressions de l'employeur pour contraindre la salariée à démissionner n'étaient pas établis et que le seul grief établi était un transfert du contrat de travail non conforme aux règles légales ; que dans son dispositif, la cour d'appel a confirmé le jugement déféré sauf en sa disposition relative à la condamnation à une indemnité pour préjudice moral et exécution déloyale du contrat de travail, en celles relatives aux montants des sommes allouées au titre de l'indemnité compensatrice de préavis, des congés payés afférents à l'indemnité de licenciement, de l'indemnité pour perte de chance d'utiliser le DIF et en celle relative aux intérêts ; qu'il en résulte que la cour d'appel a, dans son dispositif, confirmé le jugement en ce qu'il avait « dit que la prise d'acte est fondée sur des motifs suffisamment graves (déstabilisation, modification du contrat de travail et du lieu de travail, prêt de main d'oeuvre illicite, pressions, demande de démission) pour rendre impossible la poursuite du contrat de travail » ; qu'en statuant de la sorte, la cour d'appel a entaché sa décision d'une contradiction entre ses motifs et son dispositif et a violé l'article 455 du code de procédure civile.

Le second moyen subsidiaire fait le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen:

1°/ que les juges du fond ne peuvent modifier les termes du litige ; qu'en l'espèce, dans ses conclusions (p. 13 à 15) oralement soutenues (arrêt, p. 4), la salariée se bornait à contester l'existence d'un transfert d'entité économique autonome, alléguant notamment à cet égard que son activité n'était pas divisée à 50 % entre les dossiers du cabinet de Nice et les dossiers du cabinet de Menton, mais à 75 % sur les premiers et 25 % sur les seconds pour en déduire une polyvalence exclusive de l'existence d'une entité économique autonome ; qu'en revanche, elle ne contestait pas, serait-ce à titre subsidiaire, le principe du transfert partiel de son contrat de travail en cas de transfert d'une entité économique autonome ; qu'en jugeant que la salariée n'exerçant pas, en l'état de éléments présentés par l'employeur, l'essentiel de ses fonctions au sein de l'entité transférée, le contrat de travail devait se poursuivre avec la cédante, la cour d'appel a méconnu les termes du litige et violé l'article 4 du code de procédure civile ;

2°/ que le juge, qui doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction, ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ; qu'en l'espèce, dans ses conclusions (p. 13 à 15) oralement soutenues (arrêt, p. 4), la salariée se bornait à contester l'existence d'un transfert d'entité économique autonome, alléguant notamment à cet égard que son activité n'était pas divisée à 50 % entre les dossiers du cabinet de Nice et les dossiers du cabinet de Menton, mais à 75 % sur les premiers et 25 % sur les seconds pour en déduire une polyvalence exclusive de l'existence d'une entité économique autonome ; qu'en revanche, elle ne contestait pas, serait-ce à titre subsidiaire, le principe du transfert partiel de son contrat de travail en cas de transfert d'une entité économique autonome ; qu'en relevant d'office le moyen tiré de ce que la salariée n'exerçant pas, en l'état de éléments présentés par l'employeur, l'essentiel de ses fonctions au sein de l'entité transférée, le contrat de travail devait se poursuivre avec la cédante, sans inviter les parties à s'expliquer sur ce point, la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile ;

3°/ qu'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 autonome cédée, le contrat de travail est transféré pour la partie de son activité professionnelle que le salarié consacrait à l'entité cédée; qu'en l'espèce, il résulte de l'arrêt que la cession par l'employeur à la société DPR Méditerranée du droit de présentation de la 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 et sur le salarié à hauteur de 50 % de son temps de travail, avait entraîné le transfert d'une entité économique autonome ayant conservé son identité ; 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 ;

4°/ que la prise d'acte de la rupture n'est justifiée qu'en cas de manquement suffisamment grave qui empêche la poursuite du contrat de travail ; que les éventuels manquements de l'employeur s'apprécient au regard du droit positif existant à l'époque des faits, sans que l'on puisse lui imputer à faute de n'avoir pas prévu une évolution postérieure du droit ; qu'en l'espèce, à la date de la cession de l'entité économique autonome litigieuse, en juillet 2013, la Cour de cassation jugeait que lorsque l'activité du salarié se répartissait entre l'entité conservée et l'entité économique autonome cédée, le contrat de travail était transféré pour la partie de son activité professionnelle que le salarié consacrait à l'entité cédée ; qu'en jugeant cependant, sur la base d'une évolution de jurisprudence survenue en septembre 2016, que la cédante avait commis un manquement en imposant à la salariée un transfert partiel de son contrat de travail à la cessionnaire, la cour d'appel a violé les articles L. 1231-1 et L. 1235-1 du code du travail ;

5°/ que la prise d'acte de la rupture n'est justifiée qu'en cas de manquement suffisamment grave qui empêche la poursuite du contrat de travail ; que ne commet pas un tel manquement l'employeur qui a agi conformément au droit positif existant à l'époque des faits ; qu'en l'espèce, à la date de la cession de l'entité économique autonome litigieuse, en juillet 2013, la Cour de cassation jugeait que lorsque l'activité du salarié se répartissait entre l'entité conservée et l'entité économique autonome cédée, le contrat de travail était transféré pour la partie de son activité professionnelle que le salarié consacrait à l'entité cédée ; qu'en jugeant cependant, sur la base d'une évolution de jurisprudence survenue en septembre 2016, que la cédante avait commis un manquement suffisamment grave pour empêcher la poursuite du contrat de travail en imposant à la salariée un transfert partiel de son contrat de travail à la cessionnaire, la cour d'appel a violé les articles L. 1231-1 et L. 1235-1 du code du travail ;

6°/ que la prise d'acte de la rupture n'est justifiée qu'en cas de manquement suffisamment grave qui empêche la poursuite du contrat de travail ; que les juges du fond doivent apprécier la gravité du manquement in concreto sans pouvoir s'en tenir au type de manquement concerné ; qu'en posant en principe que « doit être considéré » comme étant suffisamment grave, le passage d'un contrat unique à temps plein à deux contrats à temps partiel exécutés auprès de deux employeurs différents, sans à aucun moment caractériser en quoi, dans les faits, la modification constatée faisait obstacle à la poursuite de la relation contractuelle, la cour d'appel a violé les articles L. 1231-1 et L. 1235-1 du code du travail ;

7°/ que la prise d'acte de la rupture n'est justifiée qu'en cas de manquement suffisamment grave qui empêche la poursuite du contrat de travail ; qu'en l'espèce, l'employeur soulignait que le maintien du contrat de travail n'était pas impossible puisque la salariée, qui avait adressé le 1er août 2013 une proposition d'organisation de son temps de travail entre son activité à Nice pour l'employeur et son activité à Menton pour la société DPR méditerranée, sans se plaindre du transfert partiel de son contrat de travail, puis ayant été placée en arrêt de travail à compter du 7 août 2013, avait attendu le 23 avril 2014 pour prendre subitement acte de la rupture de son contrat de travail, ayant dans l'intervalle tenté de négocier une rupture conventionnelle sans évoquer de grief contre son employeur, et notamment écrit le 3 février 2014 à son

employeur qu'elle attendait une proposition incitative financièrement pour son nouveau projet professionnel sans mentionner la moindre difficulté professionnelle (conclusions d'appel, p. 21 à 23) ; que la cour d'appel a énoncé que le délai entre la date de notification du transfert du contrat de travail d'une part et celle de la prise d'acte d'autre part, ne pouvait retirer au manquement de l'employeur son caractère de gravité, dès lors que la prise d'acte de la rupture coïncidait avec la fin de son arrêt de travail qui avait suspendu l'exécution du contrat de travail ; qu'en statuant de la sorte, quand la suspension de son contrat de travail n'empêchait pas la salariée soit de prendre acte de la rupture rapidement, soit au moins de solliciter de l'employeur la régularisation des griefs allégués pour la première fois dans sa lettre de prise d'acte et en particulier du transfert partiel de son contrat de travail, la cour d'appel a statué par un motif inopérant et n'a pas caractérisé que le manquement rendait impossible la poursuite du contrat de travail ; qu'elle a donc privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1231-1 et L. 1235-1 du code du travail.

### **3- Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger**

Application de l'article L. 1224-1 du code du travail en cas de transfert d'une partie de l'activité de l'employeur : articulation de la jurisprudence retenant le critère de l'essentiel des fonctions et de la jurisprudence admettant la divisibilité du contrat de travail

## **4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine**

### **4.1-Premier moyen:**

La contradiction de motifs équivaut à un défaut de motifs; il en est de même de la contradiction entre les motifs et le dispositif.

Le moyen tiré d'une contradiction entre les motifs et le dispositif n'est toutefois pas recevable lorsqu'il ne tend en réalité qu'à la rectification d'une erreur matérielle, qui, en application de l'article 462 du code de procédure civile, peut être réparée par la juridiction ayant rendu la décision (3e Civ., 8 février 2006, pourvoi n° 04-10.636, Bull. 2006, III, n° 32).

S'agissant de contradiction entre les motifs d'un arrêt et son dispositif confirmatif:

1re Civ., 5 février 1991, pourvoi n° 88-15.741, Bulletin 1991 I N° 47

Sur le second moyen, tel qu'énoncé au mémoire en demande et reproduit en annexe du présent arrêt :

Attendu que M. T... reproche à la cour d'appel d'avoir confirmé la décision de première instance qui faisait entièrement droit aux conclusions de Mme S... tendant à ce que les récompenses dues à son mari soient chiffrées à 13 062 francs, bien qu'ayant

constaté dans ses motifs que le montant de ces récompenses, évalué à 19 900 francs, par voie d'expertise, apparaissait pleinement justifié ;

Mais attendu que la contradiction dénoncée entre le dispositif et les motifs de l'arrêt résulte d'une erreur matérielle qui peut, selon l'article 462 du nouveau Code de procédure civile être réparée par la Cour de Cassation à laquelle est déféré cet arrêt dont la rectification sera ci- après ordonnée ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Dès lors qu'il résulte des motifs de son premier arrêt que la cour d'appel avait entendu prononcer une condamnation in solidum et que l'énonciation, dans le dispositif , de la confirmation du jugement sur ce point n'exprimait pas le sens de sa décision, cette cour d'appel a pu considérer que la mention de ladite confirmation résultait d'une erreur matérielle susceptible de rectification. (1re Civ., 18 juillet 2000, pourvoi n<sup>o</sup> 98-10.103, 97-10.275, Bull. civ. 2000, I, n<sup>o</sup> 222)

Constitue une erreur matérielle évidente susceptible d'être rectifiée en application de l'article 710 du code de procédure pénale, la mention erronée "dit l'appel mal fondé", contenue dans le dispositif de l'arrêt de la chambre de l'instruction, qui, sur l'appel de la partie civile contre une ordonnance du juge d'instruction refusant d'informer sur sa plainte contre personne non dénommée, après avoir exposé les motifs pour lesquels les juges estiment que l'appel est bien fondé, infirme la décision entreprise et ordonne le renvoi du dossier au juge d'instruction pour poursuivre l'information. (Crim., 2 mai 2007, pourvoi no 06-88.306, Bull. crim. 2007, no 114)

Justifie sa décision la chambre de l'instruction qui, pour rectifier les mentions erronées "dit l'appel bien fondé" et "infirme l'ordonnance entreprise" contenues dans le dispositif d'un arrêt qui statue sur l'appel formé par un mis en examen d'une ordonnance du juge des libertés et de la détention rejetant sa demande de mise en liberté, retient qu'il ressort des motifs, sans aucune possibilité d'équivoque, que la chambre de l'instruction a décidé de maintenir l'appelant en détention provisoire.

En effet, le dispositif d'un arrêt devant être interprété par les motifs auxquels il s'unit et dont il est la conséquence, un défaut de concordance entre le dispositif et les motifs peut, lorsqu'il est le résultat d'une erreur purement matérielle, être réparé selon la procédure prévue par les articles 710 et 711 du code de procédure pénale. (Crim., 17 février 2009, pourvoi no 08-87.726, Bull. crim. 2009, no 39)

\*\*\*

En l'espèce, dans ses motifs, la cour d'appel a retenu que les manquements reprochés à l'employeur de changement d'employeur, de modification du contrat de travail par changement du lieu de travail, de prêt illicite de main-d'oeuvre et de non-respect de la parole donnée n'étaient pas établis. En revanche, elle a estimé que le manquement tenant au transfert à mi-temps du contrat de travail de la salariée était établi et justifiait la prise d'acte.

Dans son dispositif, la cour d'appel a confirmé le chef suivant du dispositif du jugement du CPH de Digne-les-Bains: "dit que la prise d'acte est fondée sur les motifs suffisamment graves (déstabilisation, modification du contrat de travail et du lieu de travail, prêt de main d'oeuvre illicite, pressions, demande de démission) commis de surcroît par un cabinet d'avocats auxiliaire de justice nécessairement informé des

droits et obligations en matière de gestion du personnel pour ne pas commettre de tels manquements coupables, pour rendre impossible la poursuite du contrat de travail”.

**Le premier moyen n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation pour les raisons suivantes.**

Il ressort de manière non équivoque des motifs de l'arrêt que la cour d'appel a décidé de confirmer le jugement en ce qu'il a jugé que la prise d'acte était fondée sur des motifs suffisamment graves tenant au transfert à mi-temps du contrat de travail de la salariée et non à l'ensemble des faits énumérés par le CPH.

Dès lors, la contradiction existant entre les motifs et le dispositif de l'arrêt, invoquée par le premier moyen, procède d'une erreur matérielle qui peut, selon l'article 462 du code de procédure civile, être réparée par la juridiction qui l'a rendu.  
Le premier moyen est irrecevable.

Le premier moyen est susceptible de faire l'objet d'une décision de rejet non spécialement motivé.

#### **4.2- Second moyen:**

##### **1<sup>ère</sup> et 2<sup>ème</sup> branches:**

**Les 1<sup>ère</sup> et 2<sup>ème</sup> branches du second moyen ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation pour les raisons suivantes.**

En page 15 des conclusions d'appel de la salariée, à la fin du point 2.3 sur le transfert, cette dernière concluait son raisonnement relatif à l'absence de transfert d'une entité économique autonome et à la répartition non égalitaire de son temps de travail, par le paragraphe suivant:

“La reprise d'activité de la SCP X... par la SELARL DPR Méditerranée ne justifiait donc pas l'application de l'article L. 1224-1 du code du travail et l'obligation de transfert à mi-temps du contrat de travail de Mme V...”.

Elle soutenait que son activité se répartissait à 75% sur les dossiers de Nice et 25% sur les dossiers de Menton et que l'activité transférée n'avait pas de personnel propre.

La salariée soulevait ainsi qu'elle n'était pas spécialement affectée à l'activité transférée pour s'opposer à tout transfert, y compris partiel.

Dès lors, la cour d'appel n'a pas méconnu l'objet du litige, et partant n'a pas violé l'article 16 du code de procédure civile, en se prononçant sur la question du transfert partiel du contrat de travail de la salariée après avoir retenu l'existence du transfert d'une entité économique autonome.

Les 1<sup>ère</sup> et 2<sup>ème</sup> branches du second moyen sont susceptibles de faire l'objet d'une décision de rejet non spécialement motivé.

### **3<sup>ème</sup> branche:**

Par plusieurs arrêts de principe, en raison du caractère d'ordre public de l'article L. 1224-1, la chambre sociale a jugé que, lorsqu'un salarié n'exerce qu'une partie de ses fonctions dans le secteur d'activité faisant l'objet d'un transfert d'entreprise, son contrat de travail est transféré pour la partie d'activité qu'il consacrait à ce secteur.

La convention entre deux sociétés portant sur la cession d'un secteur de l'entreprise exploité par le cédant et excluant du transfert un salarié employé en partie au secteur cédé, ne peut faire échec aux dispositions de l'article L. 122-12 du Code du travail et reste sans effet. En conséquence, le salarié doit passer au service du cessionnaire pour la partie de l'activité qu'il consacrait au secteur cédé. (Soc., 22 juin 1993, pourvoi no 90-44.705, Bulletin 1993 V No 171; puis Soc., 2 mai 2001, pourvoi no 99-41.960, Bull. 2001, V, no 145).

La cour d'appel qui a fait ressortir que la cession d'une partie de la clientèle d'une société emportait transfert d'une entité économique autonome conservant son identité et dont l'activité avait été poursuivie par le cessionnaire et constaté qu'un salarié était affecté à la clientèle transférée, a exactement décidé que le contrat de travail de ce salarié avait été transféré pour moitié au cessionnaire (Soc., 9 mars 1994, pourvoi no 92-40.916, Bulletin 1994 V No 83).

Cette jurisprudence a été critiquée car elle impose au salarié, un changement partiel d'employeur et une division de son contrat de travail en deux contrats à temps partiel.

Le 30 mars 2010, la chambre sociale a rendu deux arrêts sur la question de la divisibilité du contrat de travail lorsque le transfert concerne une activité sur laquelle le salarié n'était affecté que pour une part de son temps de travail.

Elle a d'abord jugé que : La cour d'appel qui, par motifs propres et adoptés, a fait ressortir que le contrat de travail du salarié s'exécutait pour l'essentiel dans le secteur d'activité repris par la nouvelle société, en a exactement déduit que 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 no 08-42.065, Bull. 2010, V, no 78)

Les observations à la RJS 2010.489 indiquent:

"1° Bien que la solution retenue dans le premier arrêt produise ici une conséquence désavantageuse pour le salarié, elle peut en général protéger ses intérêts. Elle règle en effet le cas où le transfert n'affecte que de manière très partielle l'entité à laquelle est rattaché le salarié et, par là, ses fonctions. Il est fait référence au critère de l'activité essentielle du salarié, que l'on peut trouver dans des précédents (Cass. soc. 10 janvier 1995 : RJS 2/95 n° 108) et qui évoque d'une certaine manière le critère de l'absence d'affectation exclusive à l'entité transférée, lequel semble avoir la faveur du juge communautaire (CJCE

7 février 1985 aff. 186/83, Botzen) et a également été mis en œuvre par la Cour de cassation (Cass. soc., 18 février 2004 n° 01-42.626).

En somme, l'affectation du salarié, pour l'exécution de l'essentiel de ses tâches, à un entité donnée lui évite, en cas de transfert partiel, de devoir travailler au service d'un autre employeur pour une faible part de son activité, avec tous les désagréments qui peuvent en résulter. Le critère comporte une part d'indétermination mais il devrait s'appliquer chaque fois que le transfert n'affecte l'emploi du salarié que de manière marginale.

L'article à la JCP S 2010, 1297, note P. Morvan expose:

“Affectation exclusive à l'entité cédée. – En cas de transfert partiel d'entreprise, au sens de l'article L. 1224-1 du Code du travail, les salariés affectés exclusivement à l'unité cédée sont transférés (Cass. soc., 17 mars 1988, n° 85-45.444 : JurisData n° 1988-000441 ; Bull. civ. 1988, V, n° 186. – Cass. soc., 12 déc. 1990, n° 87-45.251 et n° 88-40.136 : JurisData n° 1990-003736 ; Bull. civ. 1990, V, n° 654 ; RJS 1991, n° 158, 2e esp. – Cass. soc., 23 févr. 1994 : Bull. civ. 1994, V, n° 64. – Cass. soc., 12 nov. 1997, n° 95-43.605 : JurisData n° 1997-004452 ; Bull. civ. 1997, V, n° 363. – Cass. soc., 12 mars 2008, n° 06-45.778 : JurisData n° 2008-043204 ; RJS 2008, n° 516).

Un simple lien de connexité, intermittent ou circonstanciel, noué entre le salarié et l'entité ne suffit pas. Son intégration dans celle-ci doit être complète et pérenne. La directive du 12 mars 2001 (Cons. UE, dir. 2001/23/CE, 12 mars 2001. – Auparavant, Dir. n° 77/187/CEE, 14 févr. 1977, art. 3, § 1) n'englobe pas les droits et obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail conclu avec des travailleurs qui, tout en n'appartenant pas à la partie transférée de l'entreprise, exerçaient certaines activités en usant des moyens d'exploitation affectés à la partie transférée ou qui, étant affectés à un service administratif de l'entreprise qui n'a pas lui-même été transféré, effectuaient certaines tâches au profit de la partie transférée (CJCE, 7 févr. 1985, aff. C-186/83, Botzen : Rec. CJCE 1985, I, p. 519. – V. aussi, CA Paris, 2 juin 1995 : JurisData n° 1995-024958 ; RJS 1995, n° 989). Il faut constater qu'au jour du transfert, le salarié « accomplissait son travail dans la branche d'activité cédée et que cette affectation ne présentait pas un caractère occasionnel » (Cass. soc., 24 juin 2009, n° 07-45.245 : RJS 2009, n° 837). Divisibilité du contrat de travail. – Mais la simplicité de cette règle de principe a été fâcheusement altérée dès l'instant que la Cour de cassation a admis la divisibilité du contrat de travail transféré. Elle exige ainsi qu'un salarié affecté à deux établissements dont l'un a fait l'objet d'un transfert, passe au service du cessionnaire « pour la partie de l'activité qu'il consacrait au secteur cédé » (Cass. soc., 22 juin 1993, n° 90-44.705 : JurisData n° 1993-001285 ; Bull. civ. 1993, V, n° 171 ; RJS 1993, n° 844, concernant un comptable). Le transfert partiel d'un fonds de commerce à une société oblige cette dernière à maintenir le contrat de travail d'une secrétaire administrative « dans la limite du temps de travail effectué antérieurement par la salariée au service de la partie de l'entreprise cédée » (Cass. soc., 8 juill. 2009, n° 08-44.396 : RJS 2009, n° 835). Le juge valide de la même façon le transfert « pour moitié » du contrat de travail d'un salarié affecté à une partie de la clientèle de son employeur que celui-ci a scindée pour la céder à deux sociétés (Cass. soc., 9 mars 1994, n° 92-40.916 : Bull. civ. 1994, V, n° 83 ; RJS 1994, n° 377, salarié exerçant des fonctions de direction). De même, lorsqu'un constructeur automobile reprend l'activité de distribution de ses véhicules qu'une société assurait avec celle de véhicules de trois autres marques, par voie de cession de fonds de commerce, la salariée chef du service juridique qui « consacrait 40 % de ses fonctions à l'activité reprise » était fondée à exiger que son contrat de travail soit « transféré pour partie » à la société cessionnaire (Cass. soc., 2 mai 2001, n° 99-41.960 : JurisData n° 2001-009843 ; Bull. civ. 2001, V, n° 145 ; Dr. soc. 2001, p. 769. – V. dans cette même affaire, Cass. soc., 17 juin 2003, n° 02-43.321 : JurisData n° 2003-019673, jugeant irrecevable, en tant qu'il invitait la Cour de cassation « à revenir sur la doctrine de son précédent arrêt », le moyen qui critiquait la décision de la cour d'appel de renvoi ayant condamné le cessionnaire à opérer «

réintégration partielle » de l'employée. – Cass. soc., 12 févr. 2008, n° 07-40.413 : JurisData n° 2008-042741 ; JCP S 2008, 1336, note F. Dumont ; RJS 2008, n° 404, jugeant sans cause réelle et sérieuse le licenciement pour motif économique de la même salariée prononcé dans le dessein frauduleux d'empêcher cette réintégration !). (...)

C'est, fort heureusement, un remède radical qui a été apporté par le second arrêt du 30 mars 2010 : dès lors que le contrat du cadre « 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] ».

Le critère de l'« exécution pour l'essentiel » est pragmatique. C'était d'ailleurs le plus utilisé en pratique (V. CA Versailles, réf., 29 juill. 2005, résumé in Semaine sociale Lamy, n° 1228, p. 13, où fut organisé le transfert total des contrats de salariés travaillant à 70 % et plus pour le compte de l'activité cédée), la jurisprudence antérieure de la Cour suprême étant trop irréaliste pour être suivie.

Mieux, ce critère restaure une harmonie avec la réponse donnée à une question voisine mais intellectuellement distincte.

Exclusivité et divisibilité : vers une unité conceptuelle. – La règle de la divisibilité du contrat de travail (qui relève des effets de l'article L. 1224-1) ne devait pas être confondue avec la condition d'application de l'article L. 1224-1 selon laquelle une entité économique doit disposer d'un personnel « spécialement », c'est-à-dire « exclusivement » affecté à la poursuite d'une finalité économique propre. 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, tel qu'il était interprété auparavant, emportait, de surcroît et de façon résiduelle, le transfert d'une part divisée des contrats liant les salariés qui ne consacraient qu'une fraction de leur industrie à l'entité cédée.

Par ailleurs, afin de caractériser l'existence d'une entité économique autonome (la condition primordiale de l'article L. 1224-1), la Cour de cassation s'était contentée du constat que le contrat du salarié s'exécutait « pour l'essentiel » sur le secteur repris (Cass. soc., 10 janv. 1995, n° 91-45.280 : JurisData n° 1995-004558 ; RJS 1995, n° 108), sans exiger une affectation totalement exclusive.

C'est cette même formule qui est reprise dans le second arrêt du 30 mars 2010 afin d'assécher les hypothèses de divisibilité du contrat de travail, au stade – cette fois-ci – des effets de l'article L. 1224-1. Les deux questions demeurent bien distinctes (les conditions d'une règle ne se confondront jamais avec ses effets). Mais, désormais, l'identité de formule utilisée simplifie le raisonnement : seuls les salariés affectés « exclusivement » ou, du moins, « pour l'essentiel » à l'activité cédée – qui forment les « moyens en personnel » nécessairement constitutifs d'une entité d'économique autonome – devront être repris par le cessionnaire. Il ne sera plus besoin de rechercher, au-delà de ce cercle, des bribes ou morceaux éclatés de contrats de travail.

Encore un pas... – La jurisprudence relative à l'article L. 1224-1 doit accomplir un pas supplémentaire afin d'évincer complètement la divisibilité du contrat de travail. La simplification (sus-décrite) du raisonnement le justifie. Le mode d'emploi inextricable que livre le premier arrêt du 30 mars 2010 (n° 08-44.227, 1re esp. reproduite) peut, à la rigueur, traiter le cas où aucune des parties ne conteste cette division, à la suite d'un transfert. Mais la menace d'un licenciement de plein droit qui plane sur le salarié et l'impossibilité de découper le contrat de travail en tranches invitent fortement à généraliser le remède de l'indivisibilité.

Dans les situations les plus floues ou incertaines, il appartient au cédant, au cessionnaire et aux salariés d'organiser conventionnellement le transfert des contrats de travail.”.

**Plus récemment, la chambre sociale a jugé :** La cour d'appel qui constate que le salarié n'exerçait pas l'essentiel de ses fonctions au sein de l'activité reprise par une nouvelle société en a

exactement déduit que l'ensemble de son contrat de travail devait se poursuivre avec la société sortante. (Soc., 21 septembre 2016, pourvoi no 14-30.056, Bull. 2016, V, no 169).

L'avis de l'avocat général était à la cassation sur ce moyen. Il rappelait: "La cour d'appel a relevé que Mme R... n'exerçait pas l'essentiel de son activité dans la boutique cédée. La conséquence de cette constatation aurait dû être que son contrat de travail ne pouvait être intégralement transféré au cessionnaire, mais pas que tout transfert était impossible. Dès lors qu'il ne résultait pas de ses constatations que son activité au sein de la boutique du Terminal 1 de l'aéroport de Nice était résiduelle par rapport à ses activités au sein des autres boutiques, elle devait constater, en l'absence d'opposition manifestée par la salariée, que son contrat de travail avait été transféré partiellement à la société AELIA/DFA."

Les observations à la RJS 2016.761 indiquent:

"Si un salarié travaille pour partie dans une entité économique transférée d'une entreprise à une autre, et pour une autre partie dans une ou plusieurs autres entités de l'entreprise cédante, la Cour de cassation juge qu'il doit ne passer au service du nouvel employeur que pour la part de son activité exercée dans l'entité concernée (Cass. soc. 22 juin 1993 n° 90-44.705 : RJS 8-9/93 n° 844). Cette division d'un contrat jusqu'alors unique peut être source de difficultés, en ce qu'elle entraîne la création de deux ou plusieurs contrats à temps partiel, avec des employeurs différents.

C'est sans doute la raison pour laquelle la Cour de cassation réserve les cas dans lesquels le salarié exerce l'essentiel de son activité dans l'entité transférée : l'ensemble de son contrat de travail est alors transféré au nouvel employeur (Cass. soc. 10 janvier 1995 n° 91-45.280 : RJS 2/95 n° 108), alors même qu'il continue à exercer des tâches dans un secteur encore exploité par la société cédante (Cass. soc. 30 mars 2010 n° 08-42.065 : RJS 6/10 n° 489). Dans l'arrêt du 21 septembre 2016, l'hypothèse est inverse, mais la logique suivie par la cour d'appel, approuvée par le Cour de cassation, est la même. Une société avait cédé l'une de ses boutiques. Dès lors que le salarié n'y exerçait pas l'essentiel de ses fonctions, la Haute Juridiction décide que son contrat de travail devait se poursuivre avec son employeur initial."

Cette solution a été reprise dans un arrêt Soc., 23 mai 2017, pourvoi n° 15-29.194:

Mais attendu qu'ayant fait ressortir, qu'à la suite de la première cession du fonds de commerce de la boulangerie de Lormont à la société Mada 2, cette dernière avait pu, sans modifier le contrat de travail de la salariée qui ne comportait pas de clause d'affectation exclusive, modifier le lieu d'exécution du contrat de celle-ci au sein d'un même secteur géographique sans que l'essentiel de l'activité de la salariée ne soit fixé sur le site de Lormont, la cour d'appel a pu en déduire que le contrat de travail de la salariée n'avait pas été transféré à la société La Boulange qui avait acquis auprès de la société Mada 2 le seul fonds de commerce de la boulangerie de Lormont ; que le moyen n'est pas fondé ;

La chambre sociale a-t-elle alors fermé la porte à la divisibilité du contrat de travail?

Il résultait de l'arrêt de 2010 que l'affectation essentielle du salarié à l'activité transférée emportait transfert total mais l'arrêt n'excluait pas le transfert partiel en cas d'affectation non essentielle. L'arrêt de 2016 semble l'exclure puisqu'en cas

d'affectation non essentielle à la partie de l'activité transférée, le salarié reste au service exclusif de son employeur initial.

Toutefois on peut noter que, dans l'arrêt de 2016, la chambre prend soin de faire état des fonctions directionnelles de la salariée sans retenir une division quantifiée du temps de travail et que, dans l'arrêt de 2017, la salariée n'avait pas revendiqué un transfert partiel de son contrat de travail.

La chronique d'A. Barège, JCP éd. S, n° 9, 1068 - De quelques (im)précisions relatives au transfert du contrat de travail et à la date de la résiliation judiciaire- évoque la question des conséquences de l'utilisation de ce critère d'exercice de l'essentiel des fonctions en ce qui concerne le cédant:

“ D'abord, que faut-il comprendre par l'expression « l'essentiel de ses fonctions » ? À la lecture de l'arrêt commenté, on comprend que cette notion relève assez logiquement du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. Ensuite, que peut faire l'employeur confronté à la situation d'un salarié qu'il a dû maintenir dans ses effectifs dans la mesure où l'essentiel de ses fonctions a été conservé alors même qu'une partie résiduelle de l'activité affectée à ce salarié a été transférée ? À cette question, différentes réponses peuvent être apportées. On peut imaginer que la situation ne soulève pas de difficulté pratique compte tenu du fait que l'activité transférée n'occupait que très résiduellement le salarié. À supposer que le salarié soit sous-occupé, il appartient à l'employeur de lui confier de nouvelles tâches ou d'envisager une modification du contrat de travail, ce qui implique l'accord du salarié. Il faut néanmoins reconnaître que la situation peut être problématique pour l'employeur confronté à un refus du salarié d'accepter une diminution de la durée de travail, dans l'incapacité de lui confier suffisamment de tâches pour l'occuper durant toute la quotité de travail qui est celle prévue, mais privé de motif économique au sens de l'article L. 1233-3 du Code du travail l'autorisant à tirer les conséquences du refus du salarié pour procéder à un licenciement pour ce motif. Incontestablement, il s'agit d'une donnée que l'employeur se doit d'intégrer dans sa réflexion lorsqu'il envisage de céder une entité économique.”

Cette question de la possibilité d'imposer à un salarié les conséquences d'un transfert d'une partie de l'entité à laquelle il était affecté a fait l'objet d'un second arrêt du 30 mars 2010, relatif aux possibilités offertes au cessionnaire.

La chambre sociale y 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, s'il n'est pas en mesure de maintenir les conditions antérieures, 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 no 08-44.227, Bull. 2010, V, no 79)

Les observations à la RJS 2010.489 indiquent:

“2° Le second arrêt prend position sur les possibilités qui s'offrent au salarié lorsque le transfert entraîne une fragmentation du contrat de travail. Il admet qu'en ce cas le salarié repris peut s'opposer aux modifications autres que le changement d'employeur (lequel s'impose à lui) et qu'il revient alors au cessionnaire d'en tirer les conséquences, soit en négociant des compensations s'il ne peut rétablir les

conditions antérieures, soit en engageant une procédure de licenciement. S'il ne le fait pas, le salarié dont le contrat est modifié, du fait de son fractionnement entre plusieurs employeurs, peut en poursuivre la résiliation aux torts du nouvel employeur, comme il pourrait sans doute prendre acte de la rupture de son contrat.

On se trouve alors, du fait des modifications du contrat résultant nécessairement de son transfert partiel, dans la situation prévue par l'article 4 § 2 de la directive 2001/23/CE du 12 mars 2001, qui en tire comme conséquence que la résiliation du contrat incombe à l'employeur. Celui-ci n'est pas considéré pour autant comme fautif, dès lors que les modifications ne sont pas la conséquence d'un manquement à ses obligations de cessionnaire (CJCE 27 novembre 2008 : RJS 3/09 n° 296). Il ne peut donc être tenu au paiement de dommages-intérêts par le seul effet d'une résiliation du contrat consécutive au refus opposé par le salarié. Mais il doit assumer les conséquences de ce refus et, s'il n'est pas en mesure de le rétablir dans ses droits antérieurs, il lui revient de prendre l'initiative de rompre le contrat de travail. Cette situation peut être rapprochée de celle dans laquelle la modification des contrats de travail résulte du transfert de l'entreprise à un service public administratif (Cass. soc. 2 décembre 2009 : RJS 2/10 n° 153). Dans ce cas, comme dans celui d'un transfert partiel du contrat au nouvel employeur, les modifications inhérentes au changement d'employeur laissent au salarié repris la liberté de s'y opposer et imposent alors au nouvel employeur de prendre position sur la poursuite du contrat. On peut évidemment se demander quel motif de rupture pourra invoquer le cessionnaire, puisque le refus du salarié n'est pas fautif. Peut-être faut-il y voir une cause sui generis de rupture. C'est ce que devra dire la Cour de cassation.

En tout état de cause, cette situation ne peut être confondue avec celle dans laquelle les modifications du contrat de travail résultent de la seule volonté du nouvel employeur et non des conditions du transfert. Dans cette hypothèse, en effet, le refus fautif de maintenir les conditions antérieures, permet au salarié qui s'oppose aux modifications d'obtenir réparation du préjudice causé par la perte de son emploi. Le cessionnaire ne peut échapper à cette obligation de réparation qu'à la condition de justifier que les modifications du contrat de travail refusées constituent la conséquence nécessaire du transfert."

L'article à la JCP S 2010, 1297, note P. Morvan a critiqué la solution de cet arrêt:

"1. Le remède inefficace à la division du contrat transféré

Un droit de refus en trompe-l'œil. – Le premier arrêt rendu le 30 mars 2010 (n° 08-44.227) ne remet pas en cause la divisibilité du contrat mais s'efforce d'en régler les conséquences. La tentative est un échec : l'attendu ciselé est si complexe qu'il suscite de nouvelles questions dont l'interprète se serait bien passé. La Cour régulatrice devra sans nul doute revoir sa copie, conformément à la « politique des petits pas » qui gouverne l'édification de la jurisprudence, particulièrement dans le champ de l'article L. 1224-1. Tout d'abord, précise l'arrêt, « 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 ». Le travailleur ne peut donc s'opposer à la division de son contrat de travail (qui emporte double « changement d'employeur ») mais il pourrait s'opposer aux modifications que ce contrat subit en conséquence de cette division. En réalité, l'effectivité de ce prétendu droit de refus se trouve aussitôt ruinée : « il appartient alors au cessionnaire, s'il n'est pas en mesure de maintenir les conditions antérieures, soit de formuler de nouvelles propositions, soit de tirer les conséquences de ce refus en engageant une procédure de licenciement ; à 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 ». En somme, l'employeur ne doit pas rester passif s'il veut éviter que le salarié, qui est passé à son service pour partie (à mi-temps, par exemple), demande la résiliation judiciaire du contrat de travail qui a été éclaté entre les entreprises cessionnaires. En l'espèce, un VRP exclusif était devenu multicartes après que son employeur eut cédé séparément ses

deux activités, l'une notamment à une entreprise déjà dotée d'un réseau de commerciaux. Mais on cherche alors vainement les « propositions » que le cessionnaire partiel pourrait adresser à ce travailleur afin d'apaiser son mécontentement. À l'évidence, il ne lui proposera pas de doubler sa rémunération pour une activité à mi-temps (ou, en l'espèce, de lui maintenir l'exclusivité de représentation de la marque rachetée) ! Cette première issue est virtuelle.

L'autre branche de l'alternative demeure seule praticable : l'employeur doit « tirer les conséquences de ce refus en engageant une procédure de licenciement ». L'arrêt garde le silence sur le motif de rupture qui pourrait fonder ce licenciement. Croit-on que le salarié licencié est assuré d'une victoire devant le conseil de prud'hommes, comme s'il avait demandé la résiliation judiciaire aux torts de son employeur ? Point du tout : comme l'explique un éminent conseiller, qui jette un éclairage aussi indispensable que saisissant sur cette décision, le refus du salarié constitue un motif sui generis de licenciement (P. Bailly, Semaine sociale Lamy, n° 1445, p. 5, spéc. p. 8, « de manière implicite, cet arrêt laisse entendre que l'employeur, en présence du refus du salarié et faute de pouvoir maintenir les conditions antérieures ou d'obtenir l'accord du salarié sur des aménagements, est en droit de le licencier ») !”

On peut noter que la question du licenciement par le cessionnaire qui impose une modification du contrat de travail aux salariés transférés a fait l'objet d'un arrêt très commenté.

**La chambre sociale a jugé:** 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, s'il n'est pas en mesure de maintenir les conditions antérieures, soit de formuler de nouvelles propositions, soit de tirer les conséquences de ce refus en engageant une procédure de licenciement.

Doit être approuvée une cour d'appel qui a constaté que le transfert de l'entité économique à laquelle était rattaché le salarié avait entraîné par lui-même une modification de son contrat de travail et en a déduit que le licenciement reposait sur une cause réelle et sérieuse. (Soc., 1 juin 2016, pourvoi no 14-21.143, Bull. 2016, V, no 122)

Cette hypothèse d'un licenciement échappant aux règles du licenciement économique a été cantonnée par un arrêt récent.

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.

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. Dès lors, ayant constaté que la modification du contrat de travail des salariés s'inscrivait dans la volonté du nouvel employeur de ne conserver qu'un seul lieu de production dans le but de réaliser des économies, que l'objectif affiché était la pérennisation de son activité internet et que le motif réel du licenciement résultait donc de la réorganisation de la société cessionnaire à la suite du rachat d'une branche d'activité de la société cédante, une cour d'appel en déduit exactement que le licenciement a la nature juridique d'un licenciement économique.(Soc., 17 avril 2019, pourvoi no 17-17.880 en cours de publication).

Le commentaire de M. Morand, SSL 2019, n° 1866, p. 12 - Transfert du contrat : un nouveau motif de licenciement économique ?- expose:

“ DEUX HYPOTHÈSES

- L'initiative de l'employeur de modifier le contrat

Il semble en effet qu'il faille distinguer deux situations. La première est celle dans laquelle à l'occasion ou après le transfert le nouvel employeur prend l'initiative de modifier le contrat de travail. Cette décision, fondée sur l'organisation de l'entreprise, ne peut avoir qu'une cause économique pour laquelle il faudra ensuite, selon la jurisprudence traditionnelle, que la cause économique soit justifiée par des difficultés économiques, des mutations technologiques ou par la réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité (Cass. soc., 14 mai 1997, précité).

- La modification résultant du transfert

La deuxième hypothèse est celle plus exceptionnelle, dans laquelle c'est le transfert qui opère la modification du contrat sans intervention du nouvel employeur. Ainsi, comme cela apparaît dans l'arrêt du 1er juin 2016, le transfert avait entraîné par « lui-même » une modification du contrat de travail. Cette situation pouvait alors permettre de situer la rupture du contrat de travail en dehors des règles applicables au licenciement économique en constituant un mode autonome de rupture du contrat dont le fondement repose sur le transfert légal du contrat de travail. Cette situation peut se rencontrer chaque fois que l'entité transférée ne peut plus continuer de fonctionner sur son lieu d'implantation, ce qui devrait pratiquement ne concerner que les situations de modification du lieu de travail ou d'aménagement du temps de travail dans le cadre principalement d'un transfert partiel d'entreprise.

Il faudra sans doute d'autres interventions de la Cour de cassation pour appréhender réellement le sens à donner à ce courant jurisprudentiel permettant de vérifier ou non si le transfert d'entreprise peut être à l'origine d'une autre situation de motif sui generis de rupture du contrat de travail. Ces situations sont aussi à rapprocher de l'ensemble des développements jurisprudentiels nés autour de l'application de l'article L. 1224-3 du Code du travail lors du transfert d'une entité économique employant des salariés, au sein d'une personne publique dans le cadre d'un service public administratif. Le refus du salarié opposé au changement de nature juridique de son contrat par l'effet du transfert entraîne la rupture de plein droit de son contrat de travail et constitue à lui seul une cause de licenciement. C'est aussi le transfert et non le nouvel employeur public qui modifie non un élément du contrat mais sa nature juridique.”

L'article 3 § 1, alinéa 1 de la directive 2001/23/CE du Conseil, du 12 mars 2001 dispose:

“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.”.

L'arrêt Botzen du 7 février 1985 (186/83, Rec. p. 519) a retenu un critère d'affectation du salarié pour déterminer s'il était concerné par le transfert de son contrat de travail.

Dans un arrêt C-242/09 - Albron Catering du 21 octobre 2010, la CJUE a fait prévaloir ce critère sur celui de l'employeur contractuel dans un cas d'entreprises appartenant à un même groupe:

En cas de transfert au sens de la directive 2001/23/CE du Conseil, du 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, d'une entreprise appartenant à un groupe à une entreprise extérieure à ce groupe, peut également être considéré comme un «cédant», au sens de l'article 2, paragraphe 1, sous a), de ladite directive, l'entreprise du groupe à

laquelle les travailleurs étaient affectés de manière permanente sans toutefois être liés à cette dernière par un contrat de travail, bien qu'il existe au sein de ce groupe une entreprise avec laquelle les travailleurs concernés étaient liés par un tel contrat de travail.

L'avocat général rappelait dans ses conclusions:

39. C'est donc l'appartenance du salarié à l'entité transférée qui lui ouvre le bénéfice des droits conférés par cette directive. Ainsi, dans l'arrêt Botzen e.a. (17), la Cour a dit pour droit que, en cas de transfert partiel d'une entreprise, seuls les salariés appartenant à la partie transférée pouvaient se prévaloir des garanties résultant de la directive 77/187. Selon la Cour, le seul 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 (18).

Il ne semble pas que la CJUE ait eu à connaître de l'hypothèse de division du contrat de travail.

\*\*\*

La troisième branche du second moyen soulève un moyen de violation de l'article L. 1224-1 du code du travail, interprété à la lumière de la directive 2001/23/CE du 12 mars 2001, tiré de ce que la cour d'appel, après avoir constaté que la salariée était affectée pour 50% de son temps à la partie de l'activité transférée, a jugé que son contrat de travail devait se poursuivre avec le cédant dès lors que la salariée n'exerçait pas l'essentiel de ses fonctions au sein de l'entité transférée.

Notre chambre devra déterminer si la cour d'appel a, à bon droit, écarté le transfert partiel pour 50% de son temps de travail à l'entité transférée dès lors qu'elle avait constaté que la salariée consacrait 50% de ses fonctions à cette entité.

#### **4<sup>ème</sup> à 7<sup>ème</sup> branches:**

La prise d'acte de la rupture du contrat de travail est une construction prétorienne.

Lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture produit les effets soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, soit, dans le cas contraire, d'une démission.

Viola en conséquence les articles L. 122-4, L. 122-13 et L. 122-14-3 du Code du travail la cour d'appel qui décide que la rupture du contrat de travail par le salarié, motivée par des fautes qu'il impute à l'employeur, ne caractérise pas une volonté claire et non équivoque de démissionner, peu important le caractère réel ou non des fautes ainsi alléguées, et ne peut donc s'analyser qu'en un licenciement réputé sans cause réelle et sérieuse (arrêt n°1).

Justifie au contraire légalement sa décision, la cour d'appel qui, pour débouter des salariés de leur demande, a constaté que les griefs allégués par eux n'étaient pas établis de sorte que leur prise d'acte de la rupture produisait les effets d'une démission (arrêts n°s 2 et 3). (Soc. 25 juin 2003, Bull. V No209)

Lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture produit les effets soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, soit, dans le cas contraire, d'une démission.

En l'absence de faits suffisamment graves pour justifier la rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur dont un salarié a pris acte, cette rupture produit les effets d'une démission ; et le licenciement notifié par l'employeur après la prise d'acte en raison de refus du salarié de reprendre son travail, doit être considéré comme non avvenu. (Soc., 19 janvier 2005, pourvoi no 03-45.018, Bull., 2005, V, no 12).

**Un arrêt du 26 mars 2014 en a précisé les conditions:**

La prise d'acte permet au salarié de rompre le contrat de travail en cas de manquement suffisamment grave de l'employeur empêchant la poursuite du contrat de travail.

En conséquence, une cour d'appel, qui a retenu que les manquements de l'employeur étaient pour la plupart anciens, faisant ainsi ressortir qu'ils n'avaient pas empêché la poursuite du contrat de travail, a légalement justifié sa décision. (Soc., 26 mars 2014, pourvoi no 12-23.634, Bull. 2014, V, no 85).

La jurisprudence a retenu un principe d'imputabilité des manquements à l'employeur mais pas d'intentionnalité.

**Soc., 14 novembre 2018, pourvoi n° 17-11.448**

Attendu que pour dire la prise d'acte justifiée, l'arrêt retient qu'au vu des éléments soumis, notamment le défaut de fourniture de travail et l'absence de rémunération pendant près de deux mois, qui ne sont pas spécifiquement contestés par l'employeur, les manquements de la société Vivauto PL semblent caractérisés, que l'employeur ne peut laisser son salarié sans rémunération pendant deux mois, ni dans l'incertitude concernant le sort de son contrat de travail, dans l'attente d'une décision définitive concernant l'agrément, et ce en dehors de tout cas de suspension imposé par la loi ou issu d'un incident de la vie privée du salarié, et qu'il appartenait à l'employeur soit de mettre en mesure son salarié de travailler et de recevoir une rémunération, soit de rompre le contrat de travail ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que l'exercice des fonctions de contrôleur technique du salarié était soumis à un agrément préfectoral, qu'il était précisé dans le contrat de travail que celui-ci pourrait être rompu sans préavis si l'agrément préfectoral venait à être suspendu, et que cet agrément du salarié avait été suspendu provisoirement pour une durée de deux mois à la suite d'une fraude, ce dont il résultait que le défaut de fourniture de travail n'était pas imputable à l'employeur, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les textes susvisés ;

**Soc., 26 avril 2017, pourvoi n° 16-15.469**

Attendu que pour décider que la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail par le salarié devait produire les effets d'une démission, l'arrêt, ayant relevé que les notes de synthèse annexées aux bulletins de paye du salarié et qui retracent son activité mensuelle

à partir des informations fournies par le chronotachygraphe équipant le véhicule qu'il conduit habituellement font ressortir des infractions notamment à la durée de conduite continue, aux temps de pause, à la durée minimale du repos journalier, retient que le salarié n'apporte pas la preuve de son allégation selon laquelle l'employeur violait intentionnellement les règles en la matière ;

Qu'en statuant ainsi, en ajoutant à la loi une condition qu'elle ne prévoit pas, la cour d'appel, qui a inversé la charge de la preuve, a violé les textes susvisés ;

L'employeur ne peut, sans l'accord du salarié, procéder à une modification du contrat de travail.

Cela constitue un manquement contractuel qui fait produire à la prise d'acte les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse (Soc., 4 février 2009, pourvoi n° 08-40.611).

Soc., 10 février 2016, pourvoi n° 14-14.477

Mais attendu d'abord, qu'ayant constaté que la modification apportée par l'avenant du 7 janvier 2008 et acceptée par le salarié ne portant que sur le changement du mode de commissionnement et non sur les règles de calcul de l'indemnité de congés payés, la cour d'appel, a décidé à bon droit que le changement de celles-ci par l'employeur emportait modification du contrat de travail ; qu'elle a pu en déduire, sans encourir les griefs du moyen que cette modification unilatérale du contrat de travail constituait un manquement suffisamment grave pour empêcher la poursuite du contrat de travail ;

Soc., 6 octobre 2016, pourvoi n° 15-18.702

Attendu, ensuite, qu'ayant estimé que la modification des conditions de rémunération au mois d'avril 2007 n'avait pas été acceptée préalablement par le salarié, la cour d'appel qui, par ces seuls motifs, a caractérisé des manquements de l'employeur à ses obligations contractuelles, en faisant ressortir qu'ils constituaient la véritable cause de la rupture du contrat de travail et avaient rendu impossible la poursuite de celui-ci, a légalement justifié sa décision ;

Soc., 11 mai 2016, pourvoi n° 14-26.990

Attendu que, pour juger que la prise d'acte produisait les effets d'une démission, l'arrêt retient que la modification du champ d'activité n'entraînait pas celle de la rémunération; Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé que la modification du secteur géographique d'activité de la salariée entraînait une redéfinition des objectifs de vente sur lesquels était calculée la rémunération variable, ce dont il résultait qu'elle avait une incidence sur cet élément de salaire et que le contrat de travail avait été unilatéralement modifié par l'employeur, la cour d'appel, à qui il appartenait dès lors d'apprécier si ce manquement avait empêché la poursuite du contrat de travail, a violé le texte susvisé ;

Plus spécifiquement, le cessionnaire qui ne poursuit pas le contrat de travail pour la partie de son activité professionnelle consacrée au secteur conservé manque aux obligations qui résulte de ce contrat de travail.

Avis de la Cour de cassation, Soc., 28 septembre 2011, n° 09-70.689

Mais attendu qu'en application de l'article L.1224-1 du code du travail, lorsque l'activité du salarié se répartissait entre le secteur conservé et l'entité cédée, le contrat de travail n'est transféré que pour la partie de son activité professionnelle que le salarié consacrait à l'activité cédée ;

Et attendu que la cour d'appel, qui a constaté le refus par la salariée du transfert total de son contrat de travail à la société cédante, a exactement décidé qu'en ne poursuivant pas l'exécution du contrat de travail démembrée pour la part qui lui incombait, l'employeur a manqué aux obligations qui résultaient pour lui de ce contrat ; qu' elle en a déduit que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail produisait les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

De même, s'agissant du cessionnaire qui ne maintient pas les conditions du contrat de travail.

Soc., 14 juin 2017, pourvoi n° 16-12.177

Vu l'article L. 1224-1 du code du travail ;

Attendu que pour débouter la salariée de ses demandes, l'arrêt retient que si la perte de la majoration du samedi et la diminution de la prise en charge des frais de transport constituent des modifications d'éléments contractuels de rémunération qui ne peuvent être modifiées qu'avec son accord, celles-ci sont compensées par l'octroi d'autres avantages telles que l'augmentation des dimanches travaillés et la mise en place d'une prime qualitative trimestrielle, en sorte que ces manquements de l'employeur ne sont pas d'une gravité telle qu'ils empêchent la poursuite de la relation salariale ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait retenu que le contrat de travail de la salariée avait été transféré à la société Vivre et domicile par application de l'article L. 1224-1 du code du travail en sorte que le cessionnaire était tenu à l'égard de la salariée des obligations qui incombait à l'ancien employeur, relatives au paiement du salaire tel qu'il était fixé par le contrat de travail, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Dans une espèce où le cédant avait empêché la réalisation du transfert, il a été jugé que la cour ne pouvait pour ce seul motif prononcer la résiliation judiciaire du contrat de travail et devait rechercher si les manquements de l'employeur étaient de nature à empêcher la poursuite du contrat de travail.

Soc., 11 janvier 2017, pourvoi n° 14-29.967

Vu l'article 1184 du code civil, ensemble les articles 4 et 12 du code de procédure civile; Attendu que pour fixer à certaines sommes les créances de la salariée au titre des rappels de salaire et de la rupture de son contrat de travail, l'arrêt retient que la société Koba a empêché la réalisation du transfert du contrat de travail de la salariée et manqué à ses

obligations résultant des dispositions impératives de l'article L. 1224-1 du code du travail;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il lui appartenait de rechercher, ainsi qu'il lui était demandé, si les manquements de l'employeur étaient de nature à empêcher la poursuite de la relation contractuelle et, le cas échéant, de prononcer la résiliation du contrat de travail et d'en fixer la date d'effet, la cour d'appel a, méconnaissant son office, violé les textes susvisés ;

Le seul constat de l'ancienneté des manquements ne peut suffire à écarter leur gravité de nature à rendre impossible la poursuite du contrat de travail.

Soc., 11 décembre 2015, pourvoi n° 14-15.670

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner au paiement de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, d'indemnité de licenciement, d'indemnité compensatrice de préavis et de congés payés, et de le débouter de sa demande tendant au paiement de dommages et intérêts en réparation de la rupture brutale de son contrat de travail par le salarié, alors, selon le moyen, que seul le manquement de l'employeur empêchant la poursuite du contrat de travail justifie que lui soit imputée la rupture du contrat de travail dont le salarié a pris l'initiative ; qu'en s'abstenant de rechercher si le comportement du salarié qui, absent de l'entreprise depuis plus d'un an et demi, avait pris acte de la rupture de son contrat de travail à raison de faits qui n'avaient pu ni perdurer ni se reproduire, n'excluait pas que les manquements qu'il lui reprochait ainsi aient été suffisamment graves pour empêcher la poursuite du contrat et justifier la requalification de la rupture en licenciement, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles L. 1231-1 du code du travail et 1134 du code civil ;

Mais attendu qu'ayant constaté qu'à la suite d'un accident du travail le salarié avait été en arrêt de travail jusqu'à la prise d'acte, la cour d'appel a pu en déduire que les faits dénoncés par celui-ci, constitutifs d'un harcèlement moral, caractérisaient des manquements suffisamment graves de l'employeur pour empêcher la poursuite du contrat, nonobstant leur ancienneté ; que le moyen n'est pas fondé ;

La Série NA-Rupture du contrat de travail de la documentation experte des Editions Francis Lefebvre commente ainsi cet arrêt:

“Comment appliquer le principe selon lequel les manquements anciens ne peuvent pas justifier une prise d'acte lorsque, au moment de sa prise d'acte, le salarié, en arrêt de travail depuis longtemps, invoque des manquements de l'employeur survenus avant cet arrêt, et donc nécessairement anciens ?

Pour les juges du fond, dont la solution est approuvée par la Cour de cassation, le caractère ancien des manquements de l'employeur n'est pas, dans ce cas, de nature à atténuer la gravité de la faute, tout du moins dans le cadre d'un contexte de harcèlement.

En l'espèce, un salarié a été victime d'agissements répétés de harcèlement moral (notamment, pressions, mesures vexatoires, mise à pied disciplinaire abusive...) qui ont eu pour effet de dégrader son état de santé. A la suite d'un accident du travail, suivi d'un arrêt maladie pour état anxieux, le salarié a pris acte

de la rupture, alors qu'il était en arrêt de travail depuis 18 mois. Les juges ont considéré que les manquements de l'employeur empêchaient la poursuite de la relation de travail.

On peut se demander si cette solution est strictement limitée au cas de harcèlement. En effet, le harcèlement moral a une incidence sur la santé du salarié, de sorte qu'un arrêt de travail lié à la dégradation de son état de santé ne saurait lui être préjudiciable en cas de prise d'acte intervenant pendant son arrêt ou à son retour dans l'entreprise.

On peut penser néanmoins que cette solution a une portée plus générale et que tout arrêt de travail (voire toute suspension du contrat de travail, quelle qu'en soit la cause doit être neutralisé pour apprécier l'ancienneté du manquement invoqué par le salarié. Mais on attendra d'autres arrêts de la Cour de cassation se prononçant sur des manquements différents pour en avoir la certitude."

Puis récemment, Soc., 19 décembre 2018, pourvoi n° 16-20.522:

Qu'en se déterminant ainsi, en se référant uniquement à l'ancienneté des manquements imputés par la salariée à l'employeur, alors qu'il lui appartenait d'apprécier la réalité et la gravité de ces manquements et de dire s'ils étaient de nature à empêcher la poursuite du contrat de travail, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

\*\*\*

La quatrième et la cinquième branches du second moyen soulèvent une violation des articles L. 1231-1 et L. 1235-1 du code du travail dès lors que la cour d'appel ne pouvait imputer à l'employeur une faute tenant à une évolution postérieure du droit.

Dans la cinquième branche du second moyen, l'employeur soutient que la cour d'appel a violé les articles L. 1231-1 et L. 1235-1 du code du travail en ne caractérisant pas concrètement en quoi la modification constatée faisait obstacle à la poursuite de la relation contractuelle.

La septième branche du second moyen soulève un manque de base légale au regard des articles L. 1231-1 et L. 1235-1 du code du travail dès lors qu'elle a estimé que la prise d'acte coïncidait avec la fin de son arrêt de travail alors que la suspension du contrat de travail n'empêchait pas de prendre acte de son contrat de travail ou demander une régularisation dès la notification de son transfert à mi-temps le 2 août 2013.

**Les 4<sup>ème</sup>, 5<sup>ème</sup>, 6<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> branches du second moyen ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation pour les raisons suivantes.**

Dès lors que le manquement suffisamment grave de l'employeur empêchant la poursuite du contrat de travail ne résulte pas nécessairement d'une faute intentionnelle de ce dernier, la cour d'appel a pu, sans méconnaître les articles L. 1231-1 et L. 1235-1, retenir un manquement grave de l'employeur en raison de la modification du contrat de travail de la salariée, qui n'exerçait pas l'essentiel de ses fonctions dans la partie d'activité transférée (4<sup>ème</sup> et 5<sup>ème</sup> branches), et a pu déduire que cette modification, dont elle a retenu qu'elle imposait effectivement la salariée le passage de l'exécution de ce

contrat initial à temps plein auprès d'un employeur à celle de deux contrats à temps partiel auprès de deux employeurs différents (6<sup>ème</sup> branche), caractérisait un obstacle à la poursuite du contrat de travail initial, et ce nonobstant son ancienneté dès lors que la salariée avait pris acte de la rupture du contrat de travail dès la fin de la suspension de son contrat de travail (7<sup>ème</sup> branche).

Les 4<sup>ème</sup>, 5<sup>ème</sup>, 6<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> branches du second moyen sont susceptibles de faire l'objet d'une décision de rejet non spécialement motivé.