La protection du lien d'emploi

Date de fraîcheur : 13 Juillet 2021

Emmanuelle Clement
Docteur en droit privé – université Lille 2
Membre du CRDP – LEREDS

Aperçu rapide

1. Éléments clés

Deux dispositions importantes insérées dans le Code du travail ont pour objet de protéger le lien unissant employeur et salarié alors même que surviennent des évènements susceptibles de l'atteindre.

La première est la suspension du contrat de travail en raison de l'état de santé : le contrat sera suspendu dès lors qu'un salarié est confronté à un évènement d'ordre médical (maladie, maternité, ...) qui perturbe son exécution.

La seconde concerne le transfert du contrat de travail : le lien d'emploi sera maintenu bien que son entreprise « change de mains ».

Pour ce qui est du statut du salarié protégé (Instance représentative du personnel notamment), ce statut sera étudié dans une autre fiche pédagogique *(V. Fiche pratique n° 3263 : La représentation collective)*.

2. Textes de références

- C. trav., art. L. 1224-1 à L. 1224-4
- C. trav., art. L. 1225-1 à L. 1225-29
- C. trav., art. L. 1225-71
- C. trav., art. L. 1226-1 à L. 1226-22

3. **Bibliothèque LexisNexis**

3.1. **Synthèses JurisClasseur**

- JCl. Travail Traité, Synthèse 90 : Conclusion du contrat de travail
- JCl. Travail Traité, Synthèse 100 : Exécution du contrat de travail
- JCl.. Travail Traité, Synthèse 110 : Conditions de travail, hygiène et sécurité
- JCl. Travail Traité, Synthèse 120 : Conditions de travail : durée du travail
- JCl. Travail Traité, Synthèse 130 : Conditions de travail : rémunération
- JCl. Travail Traité, Synthèse 140 : Suspensions du contrat de travail
- JCl. Travail Traité, Synthèse 150 : Rupture du contrat de travail
- JCl. Travail Traité, Synthèse 200 : Contentieux

3.2. **Fascicules JurisClasseur**

- JCl. Travail Traité, fasc. 28-20
- JCl. Travail Traité, fasc. 28-22
- JCl. Travail Traité, fasc. 28-30
- JCl. Travail Traité, fasc. 19-50
- JCl. Travail Traité, fasc. 19-52

3.3. **Revues JurisClasseur**

- La Semaine Juridique, Social (JCP S – hebdomadaire)

- La Semaine Juridique, Édition générale (JCP G – hebdomadaire)
- La Semaine Juridique, Édition Entreprise et affaires (JCP E – hebdomadaire)

3.4. **Codes et ouvrages LexisNexis**

- B. Teyssié (ss dir.) : *Code du travail 2022*
- B. Teyssié, F. Cesaro, A. Martinon, Droit du travail : relations individuelles : *coll. Manuel, 4e éd., 2018*

Connaissances

1. **Protection de l'emploi et suspension du contrat de travail en raison de l'état de santé**

Une règle d'application générale doit être soulignée d'emblée. En effet, la prise en considération de l'état de santé du salarié (que le contrat de travail soit ou non suspendu en raison d'un arrêt maladie) ou son handicap constituent en principe des motifs discriminatoires. Par conséquent, l'employeur ne peut les prendre en compte pour arrêter ses décisions *(C. trav., art. L. 1132-1)*. Dans le cas contraire, la sanction de la nullité trouvera à s'appliquer *(C. trav., art. L. 1132-4)*.

Le salarié dont l'état de santé ne lui permet plus d'exécuter sa prestation de travail pendant un temps donné doit en justifier auprès de son employeur.

Pour ce faire, il va communiquer un arrêt de travail établi par son médecin traitant.

Le Code du travail ne fixe aucun délai pour la transmission de cet arrêt de travail à l'employeur, et il convient ici de se référer aux conventions collectives retenant fréquemment un délai de 48 heures.

C'est la transmission de cet arrêt de travail qui va déclencher la suspension du contrat de travail et ainsi maintenir le lien d'emploi malgré l'absence de fourniture de travail de la part du salarié.

Sans ce document, l'employeur serait en droit de le considérer comme étant en absence injustifiée, ce qui, en principe, justifierait son licenciement pour

faute, les obligations issues du contrat de travail n'étant plus respectées (*Cass. soc., 25 févr. 2009, n° 07-43.189*). Dans une telle situation, l'employeur a tout intérêt à solliciter de son salarié la justification de l'absence avant toute décision.

La fourniture de l'arrêt de travail permet également au salarié de percevoir une indemnité complémentaire à l'allocation journalière versée par les organismes de sécurité sociale, dont les conditions, le montant et la durée fixés par le Code du travail (*C. trav., art. L. 1226-1*) sont souvent améliorées par les dispositions conventionnelles.

Remarque : Durant l'arrêt de travail, et puisque son contrat est suspendu, le salarié retrouve sa vie personnelle.

Dès lors, il n'est pas tenu de fournir une prestation au profit de son employeur et peut – *a priori* – effectuer les activités qu'il souhaite (*notamment un voyage à l'étranger : Cass. soc., 16 juin 1998, n° 96-41.558*). En effet, il n'appartient pas à l'employeur de sanctionner le salarié pour une violation de ses obligations vis-à-vis des organismes de sécurité sociale.

Néanmoins, le salarié demeure notamment tenu de son obligation de loyauté à l'égard de l'employeur durant son arrêt de travail. Ainsi ne doit-il pas exercer d'activité concurrente à celle de son employeur. Il lui revient également de répondre, par exemple, à la sollicitation de l'employeur lui réclamant le code d'accès à des dossiers, afin de lui permettre de poursuivre l'exploitation en son absence.

La violation de cette obligation de loyauté justifie la rupture du contrat de travail. La Cour de cassation a précisé qu'il n'y a pas de violation de cette obligation de loyauté lorsque l'acte commis par le salarié ne cause pas un préjudice à l'employeur ou à l'entreprise (*Cass. soc., 21 nov. 2018, n° 16-28.513*). Ainsi, pour pouvoir justifier un licenciement disciplinaire, encore faut-il, pour l'employeur, démontrer l'existence d'un préjudice, lequel ne peut résulter du seul versement d'un complément de salaire pendant l'arrêt de travail (*Cass. soc., 26 févr. 2020, n° 18-10.017*).

En tout état de cause, une absence du salarié ne pouvant être considérée comme une manifestation claire et non équivoque de démissionner,

l'employeur ne pourrait tirer prétexte d'un défaut de justificatif d'absence pour retenir que cela entraîne d'office la rupture du contrat. Il lui appartient de mettre en œuvre la procédure de licenciement *(Cass. soc., 29 mai 1990, n° 87-41.827)*.

Une fois exposées ces dispositions générales, il convient de préciser que les règles relatives à la protection de l'emploi du salarié diffèrent selon que l'état de santé de celui-ci a ou non une origine professionnelle.

2. La maladie de droit commun

Sous ce vocable est désignée la maladie sans lien avec l'activité professionnelle.

La situation personnelle du salarié absent pour maladie peut parfois constituer une gêne importante pour l'entreprise. L'employeur peut estimer que l'absence d'un salarié malade perturbe le fonctionnement de l'entreprise de telle manière qu'il est nécessaire de le remplacer.

Depuis un arrêt du 21 avril 1988, **la rupture** par l'employeur **du contrat de travail** d'un salarié **en raison d'une absence prolongée doit s'analyser en un licenciement**. L'employeur doit ainsi respecter la procédure de licenciement et verser au salarié une indemnité de licenciement *(Cass. soc., 21 avr. 1988, n° 85-43.403 : JurisData n° 1988-000647)*.

Ainsi, **la protection du salarié** dans l'incapacité de travailler en raison d'une maladie de droit commun (c'est-à-dire d'origine non professionnelle) **est loin d'être absolue**.

En effet, si les absences prolongées ou répétées du salarié ne constituent plus en tant que telles une cause valable de licenciement, **la rupture du contrat de travail du salarié revêt une cause réelle et sérieuse** dès lors que l'employeur parvient à démontrer que ces **absences perturbent le fonctionnement de l'entreprise en raison de leur répétition ou de leur prolongation** *(Cass. soc., 16 juill. 1998, n° 97-43.484 : JurisData n° 1998-003235)* et qu'il est dans la **nécessité de procéder au remplacement définitif du salarié malade** *(Cass. soc., 13 mars 2001, n° 99-40.110 : JurisData n° 2001-008655)*. Ce dernier doit se traduire par l'**embauche d'un autre salarié, laquelle emporte nécessairement la conclusion d'un contrat à durée indéterminée** *(Cass. soc., 18 oct. 2007,*

n° 06-44.251 : JurisData n° 2007-040877. – Cass. ass. plén., 22 avr. 2011, n° 09-43.334 : JurisData n° 2011-006527).

Ce sont dès lors les circonstances de fait qui vont permettre d'apprécier la réalité de la perturbation : taille de l'entreprise, poste occupé par le salarié absent, difficultés à pourvoir temporairement à son remplacement par une réorganisation interne ou encore le recours au CDD…

2.1. **L'inaptitude physique de droit commun**

Au-delà de l'arrêt de travail qui révèle une impossibilité temporaire du salarié d'occuper son poste en raison de son état de santé, le salarié peut être déclaré inapte à son poste de travail.

Cette déclaration intervient lorsqu'aucune mesure d'aménagement, d'adaptation ou de transformation du poste de travail occupé n'est possible et que l'état de santé du travailleur justifie un changement de poste.

Le médecin du travail est seul compétent pour déclarer l'inaptitude d'un salarié à son poste de travail. L'avis d'inaptitude délivré est éclairé par des conclusions écrites, assorties d'indications relatives au reclassement du travailleur.

2.1.1. **Protection du salarié et procédure à respecter devant le médecin du travail**

Dès que l'employeur a connaissance de la date de la fin de l'arrêt de travail, il saisit le service de santé au travail qui organise l'examen de reprise le jour de la reprise effective du travail par le travailleur, et au plus tard dans un délai de 8 jours suivant cette reprise *(C. trav., art. R. 4624-31)*.

> **Remarque :** La visite de reprise par le médecin du travail est obligatoire lorsque l'absence du salarié pour cause de maladie ou d'accident non professionnel est supérieure ou égale à 30 jours *(C. trav., art. R. 4624-31)*.

L'examen de reprise a quatre objectifs *(C. trav., art. R. 4624-32)* :

- vérifier si le poste de travail que doit reprendre le travailleur ou le poste de reclassement auquel il doit être affecté est compatible avec son état de santé ;

- examiner les propositions d'aménagement ou d'adaptation du poste repris par le travailleur ou de reclassement faites par l'employeur à la suite des préconisations émises le cas échéant par le médecin du travail lors de la visite de préreprise ;
- préconiser l'aménagement, l'adaptation du poste ou le reclassement du travailleur ;
- émettre, le cas échéant, un avis d'inaptitude.

Seul le médecin du travail peut constater l'inaptitude du salarié *(Cass. soc., 18 sept. 2019, n° 17-22.863)*.

Il ne peut déclarer l'inaptitude médicale du salarié à son poste de travail qu'après avoir réalisé au moins un examen médical de l'intéressé, accompagné, le cas échéant, des examens complémentaires, permettant un échange sur les mesures d'aménagement, d'adaptation ou de mutation de poste ou la nécessité de proposer un changement de poste. Au-delà de cet échange avec le salarié, le médecin du travail doit également échanger avec l'employeur.

Ces échanges avec l'employeur et le travailleur permettent à ceux-ci de faire valoir leurs observations sur les avis et propositions que le médecin du travail entend retenir.

Par ailleurs, ce dernier ne peut émettre d'avis d'inaptitude que s'il a réalisé ou fait réaliser une étude du poste de travail ainsi que des conditions de travail dans l'établissement et indiqué la date à laquelle la fiche d'entreprise a été actualisée *(C. trav., art. L. 4624-4 ; C. trav., art. L. 4624-5 ; C. trav., art. R. 4624-42)*.

L'inaptitude est constatée lorsqu'aucune mesure d'aménagement, d'adaptation ou de transformation du poste occupé n'est possible et que l'état de santé du travailleur justifie un changement de poste.

2.1.2. **Protection du salarié inapte et étendue de l'obligation de reclassement**

Depuis le 1er janvier 2017, l'avis d'inaptitude peut être contesté par le salarié ou l'employeur devant le Conseil des prud'hommes *(L. n° 2016-1088,*

8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels), et non plus devant l'inspection du travail.

Si le salarié est déclaré inapte à son poste de travail, **l'employeur doit s'efforcer de le reclasser en lui proposant un autre emploi approprié à ses capacités** *(C. trav., art. L. 1226-2)*.

L'employeur ne peut exclure de ses recherches de reclassement les postes disponibles seulement pour une durée limitée *(Cass. soc., 4 sept. 2019, n° 18-18.169)*.

Cette obligation de reclassement ne s'efface que si le médecin du travail a mentionné dans l'avis d'inaptitude que tout maintien du salarié dans un emploi serait gravement préjudiciable à sa santé ou que l'état de santé du salarié fait obstacle à tout reclassement dans un emploi.

Justifié dans ces deux situations, ou si le salarié refuse le reclassement proposé *(C. trav., art. L. 1226-2-1)* le licenciement sera dépourvu de cause réelle et sérieuse si l'employeur ne fournit pas d'**efforts suffisants pour maintenir l'emploi du salarié** *(Cass. soc., 26 mai 2004, n° 02-43.969)*.

La proposition de reclassement émise par l'employeur prend en compte, après avis du comité social et économique lorsqu'il existe, les conclusions écrites du médecin du travail et les indications qu'il formule sur les capacités du salarié à exercer l'une des tâches existantes dans l'entreprise. Le médecin du travail formule également des indications sur la capacité du salarié à bénéficier d'une formation le préparant à occuper un poste adapté *(C. trav., art. L. 1226-2)*.

> **Attention :** Si le comité social et économique n'a pas encore été mis en place et qu'il existe des délégués du personnel dans l'entreprise, ces derniers sont consultés.

La recherche de reclassement doit s'effectuer dans l'ensemble de l'entreprise et, éventuellement, dans les entreprises du groupe auquel elle appartient *(Cass. soc., 24 juin 2009 n° 07-45.656 : JurisData n° 2009-048776 ; JCP S 2009, 1440)*, mais uniquement au sein de celles situées sur le territoire national et dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel *(C. trav., art. L. 1226-2)*. La

notion de groupe est ici fixée par référence à une entreprise dominante et les entreprises placées sous son contrôle, par référence au Code de commerce *(C. com., art. L. 233-1, art. L. 233-3 I et II, art. L. 233-16)*.

Pour apprécier le caractère sérieux avec lequel l'employeur s'acquitte de son obligation de reclassement, les juges tiennent compte d'indices tels que les fonctions du salarié, ses aptitudes professionnelles, sa capacité à bénéficier d'une formation le préparant à occuper un poste adapté, la taille de l'entreprise, ainsi que, d'après l'article L. 1226-2 du Code du travail, de la mise en œuvre possible de mutations, aménagements, adaptations ou transformations de postes existants ou aménagement du temps de travail. Un salarié peut refuser un poste proposé par l'employeur correspondant aux propositions du médecin du travail si ce poste emporte modification du contrat de travail ou des conditions de travail *(Cass. soc., 26 janv. 2011, n° 09-43.193 : JurisData n° 2011-000655 ; JCP S 2011, 1150)*. Dès lors, il appartient à l'employeur de tirer les conséquences du refus du salarié, soit en formulant de nouvelles propositions de reclassement, soit en procédant à son licenciement au motif de l'inaptitude et de l'impossibilité de reclassement *(Cass. soc., 9 avr. 2002, n° 99-44.192 : JurisData n° 2002-013930)*. Selon les dispositions du Code du travail, l'obligation de reclassement est réputée satisfaite lorsque l'employeur a proposé un emploi dans les conditions prévues à l'article L. 1226-2, en prenant en compte l'avis et les indications du médecin du travail *(C. trav., art. L. 1226-2-1)*.

Lorsque le salarié est licencié en raison de son inaptitude d'origine non-professionnelle et de l'impossibilité de le reclasser, le licenciement prend effet lors de sa notification. Le salarié n'étant pas en état d'effectuer son préavis, il ne saurait y prétendre, pas plus qu'à une indemnité compensatrice *(C. trav., art. L. 1226-4)*.

Si le salarié n'est pas reclassé dans l'entreprise ou s'il n'est pas licencié à l'issue d'un délai d'un mois à compter de la date de l'examen médical de reprise du travail, l'employeur est tenu de reprendre le versement du salaire correspondant à l'emploi que le salarié occupait avant la suspension du contrat de travail. Il en va de même en cas d'inaptitude à tout emploi dans l'entreprise constatée par le médecin du travail *(C. trav., art. L. 1226-4)*.

Par contre, entre la déclaration d'inaptitude et le reclassement, le

licenciement, ou l'expiration du délai d'un mois susvisé, le salarié ne perçoit pas de salaire ni d'indemnités de sécurité sociale.

3. **La maladie professionnelle et l'accident du travail**

La protection de l'emploi du salarié victime d'un accident ou d'une maladie professionnelle est apparue avec la loi du 7 janvier 1981 *(L. n° 81-3, 7 janv. 1981, relative à la protection de l'emploi des salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle : JO 8 janv. 1981, p. 191)*.

3.1. **La protection de l'emploi pendant la période de suspension**

Le contrat de travail du salarié est suspendu à la date de son accident du travail ou de la constatation médicale de sa maladie. La visite médicale de reprise dont bénéficie le salarié après une maladie professionnelle ou une absence d'au moins 30 jours pour accident du travail *(C. trav., art. R. 4624-31)* **met fin à la suspension du contrat de travail.**

Pendant cette période de suspension, le salarié bénéficie d'une **protection relative contre le licenciement** dans la mesure où celui-ci est interdit sauf à ce que l'employeur justifie d'une faute grave de l'intéressé ou de son impossibilité de maintenir ce contrat pour un motif étranger à l'accident ou à la maladie *(C. trav., art. L. 1226-9)*. Si la faute grave, c'est-à-dire la faute rendant impossible le maintien du salarié y compris pendant la durée du préavis, peut être à l'origine de l'accident, l'impossibilité de maintenir le contrat ne saurait être caractérisée par l'existence d'une cause économique *(Cass. soc., 28 janv. 1998, n° 94-43.194 : JurisData n° 1998-000370. – Cass. soc., 18 févr. 2015, n° 13-21.820 : JurisData n° 2015-002903 ; Rev. proc. coll. 2015, comm. 49)*.

Le **licenciement prononcé en dehors de ces deux hypothèses est frappé de nullité** *(C. trav., art. L. 1226-13)*. La mise à la retraite du salarié *(Cass. soc., 7 mars 2007, n° 05-42.279 : JurisData n° 2007-037810)* au cours de la période de suspension sera également frappée de nullité *(le recours à une rupture conventionnelle a, par contre, été validé par la Cour de cassation, sauf cas de fraude ou vice du consentement : Cass. soc., 30 sept. 2014, n° 13-16.297. – Cass. soc., 9 mai 2019, n° 17-28.767)*.

Face à une telle rupture illégale, le salarié **peut exiger sa réintégration** mais il **peut préférer obtenir des indemnités**. Dans ce cas, il a le droit à une

indemnité qui doit être au moins égale aux salaires des 6 derniers mois *(C. trav., art. L. 1235-3-1)* et à une indemnité de préavis même s'il est dans l'impossibilité physique de l'effectuer *(Cass. soc., 25 mai 2011, n° 09-69.641 : JurisData n° 2011-009670)*.

3.2. La protection de l'emploi après la période de suspension

Les règles relatives à la protection de l'emploi après la période de protection varient selon que le salarié est déclaré apte ou inapte par le médecin du travail.

Le salarié déclaré apte à son poste de travail doit retrouver **son emploi ou un emploi similaire** avec **une rémunération équivalente** *(C. trav., art. L. 1226-8)*.

Si le salarié est déclaré inapte à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, il bénéficie d'un dispositif identique à celui applicable en cas d'inaptitude d'origine non professionnelle, le législateur ayant procédé à une harmonisation à compter de 2016.

Toutefois, le législateur a également mis en place un dispositif lui permettant de percevoir, dans l'attente de son reclassement ou de son licenciement, une indemnité versée par la sécurité sociale suite à la déclaration d'inaptitude d'origine professionnelle.

Par ailleurs, le salarié licencié en raison d'une inaptitude d'origine professionnelle et d'un reclassement impossible adroit à une indemnité de préavis – bien qu'il ne puisse exécuter ce préavis du fait de son inaptitude – ainsi qu'à une **indemnité spéciale de licenciement qui est au moins égale au double de l'indemnité légale de licenciement prévue par l'article L. 1234-9 du Code du travail** *(C. trav., art. L. 1226-14)*.

Toutefois, ces indemnités ne sont pas dues par l'employeur qui établit que le refus par le salarié du reclassement qui lui est proposé est abusif.

Le salarié peut refuser le reclassement proposé par l'employeur s'il emporte une **modification du contrat de travail** *(Cass. soc., 5 juin 2019, n° 18-18.096)*. Si tel n'est pas le cas, le salarié est en droit de refuser le poste de reclassement sous réserve que ce refus ne soit pas abusif.

Exemple : Revêt un caractère abusif le refus du salarié sans motif légitime

d'un poste approprié à ses capacités et comparable à l'emploi précédemment occupé *(Cass. soc., 7 mai 1996, n° 92-42.572 : JurisData n° 1996-001773)*.

Lorsque l'abus est caractérisé, le salarié perd le droit à l'indemnité spéciale de licenciement et à l'indemnité de préavis. Toutefois cet abus ne le rend pas responsable de la rupture, il peut ainsi prétendre à l'indemnité légale de licenciement *(Cass. soc., 23 janv. 2001, n° 99-41.923 : JurisData : 2001-007969)*.

Si le reclassement était possible et que l'employeur a manqué à son obligation de reclassement, alors le licenciement est illégal. Le tribunal a la possibilité de proposer sa réintégration au salarié et, en cas de refus de l'une ou l'autre des parties, il allouera, en sus de l'indemnité de préavis et de l'indemnité spéciale de licenciement, une indemnité pour manquement à l'obligation de reclassement, laquelle ne peut être inférieure aux salaires des 6 derniers mois *(C. trav., art. L. 1226-15)*.

4. La maternité

4.1. La protection de la maternité

La protection de la femme enceinte se manifeste tout d'abord par un **droit au silence**. La femme candidate à un emploi ou salariée n'est pas tenue de révéler son état de grossesse *(C. trav., art. L. 1225-2)* même pour des raisons de santé ou de sécurité, et le préjudice financier n'entre pas en ligne de compte *(CJCE, 27 févr. 2003, aff. C-320/01)*.

Si la grossesse ne doit par ailleurs pas être le prétexte à une modification du contrat de travail, **une mutation ou un aménagement du temps de travail peuvent en revanche être demandés par la salariée ou par l'employeur lorsque l'état de santé médicalement constaté l'exige** *(C. trav., art. L. 1225-7)*, lorsque que la salariée travaille de nuit *(C. trav., art. L. 1225-9)* ou lorsqu'elle est exposée à des risques particuliers non compatibles avec son état *(C. trav., art. L. 1225-12 et s.)*. Lorsque l'employeur est dans l'impossibilité de proposer un autre emploi, il est tenu d'informer par écrit le salarié et le médecin du travail des motifs qui s'opposent à cette affectation temporaire. À compter de cette date, le contrat de travail est suspendu jusqu'au début du congé maternité, et pendant 1 mois au-delà de ce dernier

en cas d'exposition à des risques particuliers *(C. trav., art. L. 1225-10 et L. 1225-14)*.

Ces changements temporaires d'affectation ne doivent entraîner aucune diminution de rémunération d'après le Code du travail.

4.2. La protection contre le licenciement

La loi protège la femme enceinte en interdisant son licenciement. Deux périodes de protection doivent toutefois être distinguées.

La période de protection relative commence le jour où la grossesse est médicalement constatée et s'achève 10 semaines après le congé maternité ou les congés payés qui y feraient immédiatement suite *(C. trav., art. L. 1225-4, al.1)*. Toutefois, pendant cette période, **le licenciement reste possible pour deux motifs** : la faute grave de la salariée *(Cass. soc., 8 janv. 1991, n° 90-80.512)* ou l'impossibilité de l'employeur de maintenir le contrat de travail pour un motif étranger à la grossesse *(C. trav., art. L. 1225-4, al.2)*.

À l'intérieur de la période de protection relative, il existe **une période de protection absolue : pendant le congé maternité et les congés payés pris immédiatement après, tout licenciement est interdit,** même si l'employeur justifie d'une faute grave ou de l'impossibilité de maintenir le contrat de travail pour un motif étranger à la grossesse *(Cass. soc., 3 oct. 1991, n° 87-44.294 : JurisData n° 1991-002545)*. En effet, durant la suspension du contrat, aucune rupture ne peut prendre effet ou être notifiée. De fait, un licenciement pour insuffisance professionnelle ne peut pas être préparé pendant l'intégralité des périodes de suspension du contrat de travail auxquelles la salariée a droit au titre du congé maternité *(Cass. soc., 15 sept. 2010, n° 08-43.299 : JurisData n° 2010-015957)*. En revanche, le licenciement d'une salariée en cas de faute grave de celle-ci ou d'impossibilité de maintenir son contrat est possible pendant les10 semaines suivant l'expiration des périodes de suspension du contrat de travail susvisées *(Cass. soc., 17 févr. 2010, n° 06-41.392 : JurisData n° 2010-051641)*.

> **Remarque :** Classiquement, la salariée qui attend son premier ou son second enfant a droit à un congé maternité qui **commence 6 semaines** avant l'accouchement et **se termine 10 semaines après celui-ci** *(C. trav.,*

art. L. 1225-17). Cependant, la durée du congé maternité peut varier selon le nombre d'enfants à charge dans le foyer *(C. trav., art. L. 1225-19)*, en cas de naissances multiples *(C. trav., art. L. 1225-18)*, et en cas de grossesse pathologique *(C. trav., art. L. 1225-21)*. Le congé maternité suspend le contrat de travail et la salariée sera reçue par le médecin du travail lors d'une visite de reprise à son retour.

Le congé maternité est un droit pour la salariée, cette dernière n'est pas tenue de le prendre en totalité. Toutefois, le Code du travail pose une interdiction d'emploi prénatal et postnatal : la durée du congé maternité ne peut être inférieure à 8 semaines au total avant et après accouchement dont 6 semaines après l'accouchement *(C. trav., art. L. 1225-29)*.

Le licenciement illicite de la femme enceinte est frappé de nullité. Deux hypothèses sont à envisager :

- dans la première hypothèse, l'employeur ne sait pas que la salariée est enceinte lorsqu'il la licencie. Ce licenciement sera annulé lorsque d'une part, il n'est pas prononcé pour une faute grave non liée à l'état de grossesse ou par l'impossibilité de maintenir le contrat pour un motif étranger à la grossesse ou à l'accouchement *(C. trav. art. L. 1225-5, al.2)*, et que, d'autre part, la salariée envoie à son employeur dans un délai de 15 jours à compter de la notification du licenciement un certificat médical justifiant qu'elle est enceinte *(C. trav., art. L. 1225-5, al.1)*. L'employeur doit rapidement réintégrer la salariée, s'il tarde à revenir sur le licenciement, la salariée n'est plus tenue d'accepter sa réintégration *(Cass. soc., 9 juill. 20008, n° 07-41.927 : JurisData n° 2008-044807)* ;

- dans la seconde hypothèse, l'employeur sait que la salariée est enceinte lorsqu'il la licencie. Ce licenciement sera frappé de nullité. la réintégration doit être ordonnée lorsque la salariée le demande *(Cass. soc., 30 avr. 2003, n° 00-44.811 : JurisData n° 2003-018921)*. Mais si la salariée préfère une indemnisation, cette dernière aura droit à l'indemnité de préavis même si elle n'est pas en mesure de l'effectuer ainsi qu' à des dommages et intérêts ne pouvant être inférieurs à 6 mois de salaires *(C. trav., L. 1235-3-1)*.

Avant les ordonnances Macron, le Code du travail prévoyait expressément le

droit pour la salariée, en cas de licenciement nul, de percevoir les salaires qui auraient été perçus pendant la période couverte par la nullité *(C. trav., art. L. 1225-71)*. Cette disposition a été supprimée mais l'article L. 1235-3-1 (issue d'une autre desdites ordonnances), renvoyant à l'article L. 1225-71 du Code du travail, y fait toujours référence.

Récemment, la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé pour la première fois qu'un licenciement en raison de l'état de grossesse caractérise une atteinte au principe constitutionnel d'égalité de droits entre l'homme et la femme. Dès lors, la salariée qui demande sa réintégration à la suite de l'annulation de son licenciement a droit à une indemnité égale au montant des salaires non perçus entre son éviction et sa réintégration, sans déduction des revenus de remplacement perçus pendant cette période *(Cass. soc., 29 janv. 2020, n° 18-21.862)*.

5. **Protection de l'emploi et transfert d'entreprise**

La règle d'ordre public posée par l'article L. 1224-1 du Code du travail déroge au principe de l'effet relatif des contrats *(C. civ., art. 1199)* : en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur, le « repreneur » est tenu **de maintenir tous les contrats de travail en cours au jour de cette modification**. En simplifiant à l'extrême, on pourrait considérer que le travailleur suit son emploi.

6. **Les conditions d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail**

6.1. **Une liste non exhaustive des cas de changement d'employeur**

L'article L. 1224-1 du Code du travail vise expressément cinq évènements qui entraînent une modification dans la situation juridique de l'employeur. Ces évènements sont les suivants : la succession (décès de l'employeur originel), la vente (une nouvelle direction prend la tête de l'entreprise), la fusion (plusieurs sociétés se réunissent), la transformation du fonds (scission, constitution d'une filiale), et la mise en société (changement dans la forme juridique de l'entreprise).

L'utilisation de l'adverbe « notamment » signifie que la liste des cas de changement d'employeur est indicative. La jurisprudence a ainsi élargi les situations concernées par l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail à la mise en location gérance d'un fonds de commerce *(Cass. soc.,*

18 déc. 2000, n° 98-41.178 : JurisData n° 2000-007574), à la sous-traitance (*Cass. soc., 31 janv. 2001, n° 99-60.378 : JurisData n° 2001-007975*), etc.

6.2. La détermination de la notion d'entité économique autonome

Que la nature de l'opération de transfert soit légale ou jurisprudentielle, il est nécessaire, pour appliquer l'article L. 1224-1 du Code du travail que l'activité transférée constitue une entité économique autonome, laquelle doit conserver son identité après le transfert. L'exigence d'un lien de droit entre employeurs successifs n'est plus requise (*CJCE, 10 févr. 1988, aff. 324/86* ; *Cass. ass. plén., 16 mars 1990, n° 89-45.730 : JurisData n° 1990-000729*. – *Cass. ass. plén., 16 mars 1990, n° 86-40.686 : JurisData n° 1990-000730*).

La Cour de cassation retient que l'entité économique est « *un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre* » (*Cass. soc., 7 juill. 1998, n° 96-21.451 : JurisData n° 1998-003136*). Une entité économique sera transférée dès lors que l'ensemble des composantes qui la constitue est transmise au repreneur, celle-ci devant en effet conserver son identité et son activité devant être poursuivie ou reprise. Le transfert doit ainsi comprendre le personnel, les moyens corporels (machines, camions, locaux, etc.), et incorporels (marques, brevets, clientèle, etc.) affectés à une activité économique bien définie.

Selon la nature de l'entité économique transférée, le transfert portera davantage sur une composante que sur une autre. Il semble logique que, dans une société où l'activité est très mécanisée, le transfert porte davantage sur des éléments corporels (*Cass. ass. plén., 16 mars 1990, n° 89-45.730 : JurisData n° 1990-000729*) ; alors que dans une société où l'activité repose essentiellement sur la main-d'œuvre, comme dans les sociétés de nettoyage, le transfert des moyens humains soit un indice clé (*CJCE, 24 janv. 2002, aff. C-51/00*) ; et que dans celle où l'activité est immatérielle, le transfert des moyens incorporels s'avère indispensable (*Cass. soc., 20 oct. 1993, n° 92-41.667*).

La seule perte d'un marché (entreprise titulaire d'un marché de prestation et qui le perd au profit d'une autre) ne réalise pas, à elle seule, le transfert d'une entité économique (*Cass. soc., 6 nov. 1991, n° 90-21.437*).

7. Les effets de la modification de la situation juridique de l'employeur sur les contrats de travail en cours

L'article L. 1224-1 du Code du travail assure aux salariés la stabilité de leur emploi dès lors que le transfert porte sur une entité économique autonome conservant son identité et dont l'activité est poursuivie. Toutefois, cette protection n'est pas absolue car les employeurs successifs peuvent, en vertu de leur pouvoir de direction, prendre des sanctions disciplinaires dont le licenciement.

7.1. Le maintien automatique et à l'identique des contrats par le nouvel employeur

Tous les contrats de travail en cours au jour de la modification dans la situation juridique sont transmis de plein droit et à l'identique au nouvel employeur. Etant d'ordre public, cette règle s'impose tant aux salariés qu'aux employeurs successifs *(C. trav., art. L. 1224-1)*.

7.1.1. Transmission de plein droit des contrats de travail

Le **refus du salarié** de travailler pour le compte du nouvel employeur a pu être **assimilé à une démission** *(Cass. soc., 10 oct. 2006, n° 04-40.325 : JurisData n° 2006-035346)* dès lors que celui-ci est individuel et sans équivoque. Le refus a également été analysé par la jurisprudence comme une faute susceptible de justifier le licenciement du salarié (*Cass. soc., 4 avr. 2006, n° 04-42.735*. Le **refus du nouvel employeur** de maintenir un salarié appartenant à l'entité économique transférée **produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse** *(Cass. soc., 31 janv. 2007, n° 04-47.842 : JurisData n° 2007-037259)*. Dans le même sens, est sans cause le licenciement d'une salariée résultant d'un accord passé entre le cédant et le cessionnaire afin d'éluder l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail *(Cass. soc., 10 mai 1999, n° 96-45.250 : JurisData n° 1999-001878)* ou d'une fausse cessation d'activité, ensuite reprise *(Cass. soc., 15 février 2006, n° 04-43.923)*. La Cour de cassation tend à priver d'effet ces licenciements. Le salarié pourra, au choix, demander sa réintégration chez le repreneur ou la réparation du préjudice qui découle de la rupture par l'auteur du licenciement *(Cass. soc., 15 févr. 2006, n° 04-43.923 : JurisData n° 2006-032207)* et même au cédant et au cessionnaire en cas de collusion frauduleuse destinée à faire échec aux

droits que le salarié tient de l'application de l'article L. 1224-1 *(Cass. soc., 7 mars 2001, n° 99-40.976)*.

Le repreneur peut « corriger le tir » en proposant au salarié licencié par le cédant de poursuivre la relation de travail avant la fin du préavis, ce qui impose alors au travailleur de se plier à l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail *(Cass. soc.,11 mars 2003, n° 01-41.842 ; Cass. soc., 21 février 2006, n° 03-48.243)*.

7.1.2. **Transmission à l'identique des contrats de travail**

Le salarié transféré conserve son **ancienneté** *(Cass. soc., 10 oct. 2000, n° 98-42.189 : JurisData n° 2000-006169)*, **sa qualification, son salaire et sa durée de travail**, ainsi que **les usages** qui s'appliquaient avant le transfert *(Cass. soc., 12 déc. 2012, n° 11-24.562)*.

Le **nouvel employeur est tenu** envers les salariés des **obligations qui incombaient à l'ancien employeur à la date de la modification** *(C. trav., art. L. 1224-2)*. À titre d'exemple, on relèvera que ce dernier sera tenu de verser les salaires impayés antérieurs au transfert et, dans un second temps, il pourra demander au cédant de lui rembourser les sommes ainsi déboursées *(Cass. soc., 7 nov. 2006, n° 05-41.722 : JurisData n° 2006-035961)*.

Il n'est en revanche pas tenu, en raison de l'effet relatif des contrats sus-évoqué, par les dispositions conventionnelles *(C. trav., art. L. 2261-14)*. Les conventions et accords collectifs propres à l'entité transférée continuent de produire effet jusqu'à l'entrée en vigueur de la convention ou de l'accord qui y seront substitués ou, à défaut, pendant une durée d'un an à compter de l'expiration d'un préavis de 3 mois, sauf clause prévoyant une durée supérieure. Lorsque la convention ou l'accord n'a pas été remplacé par une nouvelle convention ou un nouvel accord dans ce délai, les salariés conservent, en application de la convention ou de l'accord mis en cause, une rémunération dont le montant annuel, pour une durée de travail équivalente à celle prévue par leur contrat de travail, ne peut être inférieur à la rémunération versée lors des 12 derniers mois.

7.2. **L'exercice du pouvoir de direction par le nouvel employeur**

7.2.1. **Changement des conditions de travail et modification du contrat de**

travail

À l'issue de l'opération de transfert, le nouvel employeur dispose de tous les pouvoirs propres au chef d'entreprise à l'égard des salariés repris.

Il peut par conséquent imposer au salarié un changement de ses conditions de travail sans avoir à obtenir son accord préalable.

Un tel accord est indispensable lorsqu'il lui propose une modification portant sur un ou plusieurs éléments de son contrat de travail (rémunération, durée du travail, etc.). Si le salarié refuse et que le nouvel employeur est dans l'impossibilité de maintenir les conditions antérieures, alors ce dernier pourra tirer les conséquences de ce refus en engageant une procédure de licenciement s'il justifie d'une cause réelle et sérieuse. Néanmoins, la modification du contrat de travail du salarié ne peut avoir pour objet de faire échec à l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Ainsi, le salarié a le droit de refuser le lendemain du jour de la cession, une mutation s'analysant en une rétrogradation. Son refus ne constitue pas une faute grave ni une cause réelle et sérieuse de licenciement *(Cass. soc., 14 janv. 2004, n° 01-45.126 : JurisData n° 2004-021810)*.

7.2.2. Licenciement

En vertu de son pouvoir de direction, le nouvel employeur peut engager une procédure disciplinaire à l'égard d'un salarié à l'origine d'une faute disciplinaire commise après son transfert. Mais on notera que le nouvel employeur peut également invoquer à l'appui du licenciement du salarié des manquements commis par celui-ci alors qu'il se trouvait sous l'autorité de l'ancien employeur si le délai de 2 mois depuis la connaissance des faits par le cédant *(C. trav., art. L. 1332-4)* n'est pas écoulé *(Cass. soc., 27 mai 2009, n° 06-46.293 : JurisData n° 2009-048532. – Cass. soc., 4 févr. 2014, n° 12-27.900 : JurisData n° 2014-001603. – C. trav., art. L. 1332-2)*.

Après le transfert, le nouvel employeur, tenu d'assurer la bonne marche de l'entreprise, peut procéder à des réorganisations, lesquelles peuvent notamment conduire à licencier un salarié travaillant dorénavant sous sa direction. Mais qu'il soit justifié par une cause personnelle ou par une cause économique, le licenciement devra procéder d'une cause réelle et sérieuse.

Exercices

1. Commentaire d'arrêt

1.1. Énoncé

Cass. ass. plén., 22 avr. 2011 : Bull. civ. Ass. plén, n° 3 : n° 09-43.334

Sur le moyen unique :

Vu les articles L. 1132-1 et L. 1235-3 du Code du travail ;

Attendu que si l'article L. 1132-1 du Code du travail fait interdiction de licencier un salarié, notamment en raison de son état de santé ou de son handicap, ce texte ne s'oppose pas au licenciement motivé, non par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par l'absence prolongée ou les absences répétées du salarié ; que celui-ci ne peut toutefois être licencié que si ces perturbations entraînent la nécessité pour l'employeur de procéder à son remplacement définitif par l'engagement d'un autre salarié ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, rendu sur renvoi après cassation (Cass. soc., 18 oct. 2007, n° 06-44.251), que Mme X....., employée depuis le 1er mai 1983 par le syndicat des copropriétaires du 92-94 rue d'Alésia à Paris en qualité de gardienne à temps complet, s'est trouvée en arrêt de travail pour maladie du 8 au 23 mars 2003, puis du 25 avril au 30 novembre 2003 ; qu'ayant été licenciée le 19 novembre 2003, avec un préavis expirant le 22 février 2004, pour le motif suivant : "maladie prolongée rendant nécessaire votre remplacement définitif pour assurer un fonctionnement normal du service gardiennage", elle a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes ;

Attendu que pour juger le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse et débouter la salariée des demandes présentées de ce chef, l'arrêt retient que les tâches confiées à Mme X..... ont été intégralement reprises par un salarié d'une entreprise de services dans le cadre de dispositions s'inscrivant dans la durée, ce qui caractérise son remplacement effectif et définitif dans des conditions établissant la bonne foi du syndicat des copropriétaires, au demeurant présumée, ce système d'emploi indirect ayant l'avantage de mieux le garantir d'une absence prolongée du gardien, situation dont il avait durablement pâti et contre laquelle il était en droit de se prémunir ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE [...]

1.2. **Corrigé**

Introduction

Faits– Procédure– Décisions rendues

La question posée dans cette affaire est de savoir dans quelle mesure est-il possible de licencier un salarié du fait de ses absences prolongées/répétées pour maladie

Le licenciement du salarié pour absence prolongée ou répétée d'un salarié malade doit être motivé par la situation objective de l'entreprise (I). Les perturbations provoquées par ces absences doivent entraîner le remplacement définitif du salarié (II).

I. Un licenciement pour absence prolongée ou répétée d'un salarié malade motivé par la situation objective de l'entreprise

A. La nullité du licenciement fondé sur l'état de santé

Notion de suspension du contrat de travail : les effets du contrat de travail sont momentanément interrompus mais le lien contractuel subsiste. En conséquence, le salarié malade doit justifier son absence dans les 48heurs en produisant un certificat médical *(C. trav., art. L. 1226-1 1°. – Cass. soc., 10 janv. 1980, n° 78-40.946. – Cass. soc., 9 juill. 2008, n° 07-41.483)* et reste débiteur d'une obligation de loyauté *(C. civ., art. 1134 al. 3. – C. trav., art. L.1222-1. – Cass. soc., 21 oct. 2003, n° 01-43.943 : JurisData n° 2003-020622. – Cass. soc., 21 juill. 1994, n° 93-40.554 : JurisData n° 1994.001629. – Cass. soc., 6 févr. 2001, n° 98-46.345 : JurisData n° 2001.008017)*.

Depuis un arrêt du 21 avril 1988 *(Cass. soc., 21 avr. 1988, n° 85-43.403)*, la rupture justifiée par une absence prolongée due à la maladie du salarié s'analyse en un licenciement. Celui-ci est frappé de nullité lorsqu'il est prononcé en raison de l'état de santé du salarié ou de son handicap *(C. trav., art. L. 1132-4)*. Le salarié peut en conséquence être réintégré dans l'entreprise et percevoir une indemnité d'un montant qui ne peut être

inférieur à celui qu'il aurait dû percevoir pendant la période couverte par la nullité peu important qu'il ait ou non reçu des salaires ou revenus de remplacement pendant cette période *(Cass. soc., 29 mai 2013, n° 11-28.734)*. Lorsque le salarié ne demande pas sa réintégration, se cumule aux indemnités de rupture (indemnité compensatrice de préavis et indemnité légale ou conventionnelle de licenciement) une indemnité, laquelle est au moins égale aux salaires des 6 derniers mois *(C. trav., art. L.1235-3-1)*.

La Cour de cassation prend soin de rappeler, dans son attendu de principe, l'interdiction de licencier un salarié pour un motif discriminatoire même si en l'espèce le licenciement de la gardienne ne procède pas d'un tel motif, ce qui lui permet d'en autoriser le principe.

B. La validité du licenciement fondé sur la situation objective de l'entreprise

L'employeur est responsable de la bonne marche de l'entreprise, lorsque celle-ci est entravée par l'absence prolongée ou répétée d'un salarié, l'intérêt de l'entreprise commande de le licencier.

L'employeur doit néanmoins disposer d'un motif de rupture réel et sérieux *(C. trav., art. L. 1232-1)*.

Cette justification peut, d'après la Cour de cassation, se matérialiser dans la perturbation apportée au bon fonctionnement de l'entreprise par les absences répétées ou l'absence prolongée du salarié.

C'est aux juges du fond qu'il revient d'en vérifier l'existence *(Cass. soc., 31 oct. 2006, n° 05-42.206)*. Ces derniers prendront en considération des indices tels que les fonctions du salarié, les caractéristiques et la taille de l'entreprise *(Cass. soc., 12 oct. 2011, n° 10-15.697)* pour apprécier si l'employeur était réellement dans l'impossibilité de réorganiser le travail. Ainsi, la perturbation n'est pas caractérisée lorsque celle-ci affecte l'établissement dans lequel travaillait une salariée et non l'entreprise dans sa globalité *(Cass. soc., 23 janv. 2013, n° 11-28.075 : JurisData n° 2013-000752)*.

En l'espèce, la gardienne d'immeuble, absente près de 7 mois en 2003, effectuait seule et à temps complet le service de gardiennage de la copropriété. Dans cette affaire, la perturbation du fonctionnement de ce service ne fait pas de doute (les copropriétaires ne pouvaient réorganiser en

interne son travail). La première condition requise pour licencier un salarié malade est bien établie. Mais telle n'est pas le cas de la seconde condition : celle tenant à l'exigence d'un remplacement définitif dudit salarié.

II. Un licenciement conditionné par l'engagement définitif d'un autre salarié

A. Le remplacement définitif du salarié absent

Pour que les absences prolongées ou répétées entraînent une perturbation de l'entreprise, l'employeur doit se trouver dans la nécessité de procéder au remplacement définitif du salarié malade *(Cass. soc., 13 mars 2001 : n° 99-40.110 : JurisData n° 2001-008655)*. En effet, la possibilité de recourir à un remplacement temporaire (CDD, travail temporaire, réorganisation interne) relativise la perturbation invoquée à l'appui du licenciement. Le remplacement définitif nécessaire n'est donc pas totalement détachable de la première condition analysée. Celui-ci doit intervenir dans un délai raisonnable après le licenciement du salarié absent en raison de son état de santé. Les juges du fond apprécient souverainement ce délai en tenant compte des spécificités de l'entreprise, de l'emploi concerné ainsi que des démarches faites par l'employeur en matière de recrutement *(Cass. soc., 10 nov. 2004, n° 02-45.156 : JurisData n° 2004-025570)*.

En l'espèce, le syndicat des copropriétaires estimait que la gardienne avait été remplacée de manière effective et définitive car ses tâches avaient été intégralement reprises par un salarié d'une entreprise prestataire de services. La cour d'appel de renvoi avait été sensible à cette argumentation mais la Cour de cassation, réunie en assemblée plénière, confirme la position développée par la chambre sociale dans la même affaire *(1er arrêt : Cass. soc., 18 oct. 2007, n° 06.44-251 : JurisData n° 2007-040877)*.

B. L'engagement d'un autre salarié dans les mêmes conditions que celles du salarié absent

Le remplacement est définitif uniquement s'il se traduit par l'engagement d'un autre salarié dans des conditions identiques à celles du salarié malade. Ainsi, ne saurait être caractérisé un remplacement définitif lorsque le salarié malade, engagé par un contrat à durée indéterminée, est remplacé par un stagiaire *(Cass. soc., 22 oct. 1996, n° 93-44.697 : JurisData n° 1996-004084)*, par un salarié engagé par un contrat à durée déterminée *(Cass. soc., 9 juill.*

2003, n° 01-42.737), par une salariée engagée sous contrat initiative emploi d'une durée de 24 mois (*Cass. soc., 30 avr. 2003, n° 01-42.073*).

En estimant que le remplacement d'une gardienne engagée à temps complet par un salarié placé par une entreprise prestataire de services ne constitue pas un remplacement définitif (*Cass. soc., 18 oct. 2007, n° 06-44.251 : JurisData n° 2007-040877*. – *Cass. soc 22 avr. 2011, n° 09-43.334 : JurisData n° 2011-006527*), les décisions rendues par la Cour de cassation s'inscrivent dans le droit fil de sa propre jurisprudence. Le communiqué relatif à cet arrêt, rendu par la Première présidence, précise que le remplacement définitif du salarié malade s'entend de l'embauche d'un autre salarié dans son emploi et non seulement dans ses tâches. En maintenant cette exigence posée par la chambre sociale, la Cour de cassation exclut que ce type de licenciement puisse conduire à une suppression d'emploi, celle-ci relevant du domaine du licenciement pour motif économique.

En revanche, procède au remplacement définitif du salarié malade l'employeur qui apporte la preuve que le service auquel appartenait la salariée ne pouvait pas fonctionner plus longtemps en l'absence de celle-ci et qu'il était dans l'obligation de recruter un salarié sous contrat à durée indéterminée (*Cass. soc., 18 févr. 2015, n° 13-17.987*), de même que l'employeur qui justifie avoir confié temporairement les tâches de directeur à un infirmier puis engagé une infirmière par contrat à durée indéterminée pour pourvoir le poste laissé vacant par son collègue promu sur le poste de directeur (*Cass. soc., 15 janv. 2014, n° 12-21.179*) (*V. Fiche pratique n° 3334 : Maîtriser le commentaire d'arrêt*)

2. Commentaire d'article

2.1. Énoncé

C. trav., art. L.1224-1 : *Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise*.

2.2. Corrigé

I. Les conditions d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail

A. Une liste non exhaustive des cas de changement d'employeur

L'article L. 1224-1 du Code du travail s'applique dès lors qu'un évènement entraîne une modification dans la situation juridique de l'employeur. L'utilisation de l'adverbe « notamment » implique que la liste des cas de changement d'employeur visé par cet article (succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société) n'est qu'indicative.

La jurisprudence a ainsi élargi les situations concernées par l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail à la mise en location gérance d'un fonds de commerce *(Cass. soc., 18 déc. 2000, n° 98-41.178 : JurisData n° 2000-007574)* ainsi qu'à la sous-traitance *(Cass. soc., 31 janv. 2001, n° 99-60.378 : JurisData n° 2001-007975)*.

Il n'est par contre pas nécessaire qu'un lien de droit existe entre les employeurs successifs *(CJCE, 10 févr. 1988, aff. 324/86. – Cass. ass. plén., 16 mars 1990, n° 89-45.730 : JurisData n° 1990-000729. – Cass. ass. plén., 16 mars 1990, n° 86-40.686 : JurisData n° 1990-000730)*.

B. La détermination de la notion d'entité économique autonome

L'article L. 1224-1 du Code du travail s'applique **si et seulement si** l'activité transférée constitue une entité économique autonome, c'est-à-dire « *un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre* » *(Cass. soc., 7 juill. 1998, n° 96-21.451 : JurisData n° 1998-003136)*.

Une entité économique sera transférée dès lors que l'ensemble des composantes qui la constitue, ou au moins une partie importante la caractérisant, est transmise au repreneur : l'entité doit conserver son identité et son activité doit être poursuivie ou reprise.

Ainsi, selon la nature de l'entité économique transférée, le transfert portera davantage sur des éléments corporels, incorporels ou sur les moyens humains.

La seule perte d'un marché ne réalise pas le transfert d'une entité économique *(Cass. soc., 6 nov. 1991, n° 90-21.437 : JurisData n° 1991-003232)*.

II. Les effets de la modification de la situation juridique de l'employeur sur les contrats de travail en cours

A. Le maintien automatique et à l'identique des contrats de travail par le nouvel employeur

Tous les contrats de travail en cours au jour de la modification dans la situation juridique sont transmis de plein droit et à l'identique au nouvel employeur. Etant d'ordre public, cette règle s'impose tant aux salariés qu'aux employeurs successifs.

Le refus du salarié de travailler pour le compte du nouvel employeur est assimilé à une démission dès lors que celui-ci est individuel et sans équivoque *(Cass. soc., 10 oct. 2006, n° 04-40.325 : JurisData n° 2006-035346)* **. Le refus du nouvel employeur de maintenir un salarié appartenant à l'entité économique transférée produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieu**se *(Cass. soc., 31 janv. 2007, n° 04-47.842 : JurisData n° 2007-037259)*.

Le salarié transféré conserve son ancienneté, sa qualification, son salaire et sa durée de travail, ainsi que les usages qui s'appliquaient avant le transfert. Le nouvel employeur est tenu envers les salariés des obligations qui incombaient à l'ancien employeur à la date de la modification *(C. trav., art. L. 1224-2)*. Au contraire, les dispositions conventionnelles vont s'effacer *(C. trav, art. L. 2261-14)*.

B. L'exercice du pouvoir de direction par le nouvel employeur

À l'issue de l'opération de transfert, le nouvel employeur peut imposer au salarié un changement de ses conditions de travail sans avoir à obtenir son accord préalable.

Un tel accord est indispensable lorsqu'il lui propose une modification portant sur un ou plusieurs éléments de son contrat de travail (rémunération, durée du travail, etc.). Si le salarié refuse et que le nouvel employeur est dans l'impossibilité de maintenir les conditions antérieures, alors ce dernier pourra tirer les conséquences de ce refus en engageant une procédure de licenciement et le licencier s'il justifie d'une cause réelle et sérieuse. Néanmoins, la modification du contrat de travail du salarié ne peut avoir pour objet de faire échec à l'application de l'article L. 1224-1 du Code du

travail.

Le nouvel employeur peut engager une procédure disciplinaire en invoquant des manquements commis par le salarié après son transfert ou, si le délai de 2 mois depuis la connaissance des faits par le cédant n'est pas écoulé, en invoquant des manquements commis par le salarié alors qu'il se trouvait sous l'autorité de l'ancien employeur (*Cass. soc., 27 mai 2009, n° 06-46.293 : JurisData n° 2009-048532 ; JCPE 2009, 1830 ; JCP S 2009, 1338. – Cass. soc., 4 févr. 2014, n° 12-27.900 : JurisData n° 2014-001603. – C. trav., art. L. 1332-2*).

Tenu d'assurer la bonne marche de l'entreprise, le nouvel employeur peut être amené après le transfert à procéder à des réorganisations. Le licenciement d'un salarié travaillant dorénavant sous sa direction sera justifié dès lors qu'il procède effectivement d'une cause réelle et sérieuse.

Outils

1. **Glossaire**

- *Modification dans la situation juridique de l'employeur* : les contrats de travail se poursuivent avec le nouvel employeur dès lors que l'opération de transfert porte sur une entité économique autonome
- *Suspension du contrat de travail* : interruption momentanée des effets du contrat de travail se traduisant par l'inexécution temporaire des obligations nées du contrat. Le salarié est exonéré de son obligation de fournir sa prestation de travail et l'employeur est libéré de l'obligation de payer le salaire. Cependant, la loi et les conventions collectives prévoient des mécanismes de maintien de tout ou partie de la rémunération. L'obligation de loyauté demeure pendant la suspension.

2. **Conseils aux étudiants**

- « *La forme, c'est le fond qui remonte à la surface* » (citation prêtée à Victor Hugo).
- La bonne maîtrise des connaissances est un préalable indispensable pour structurer un plan selon les canons juridiques
- Concernant le commentaire d'arrêt proposé, la lecture attentive de

l'attendu de principe permet très rapidement de trouver les deux idées clés qui sont exprimées par la Cour de cassation. Ces deux idées sont isolées par l'emploi du « ; »

- Concernant le commentaire d'article proposé, un plan type « Conditions/Effets » est apparent
- Dans ces deux exercices, l'effort des étudiants doit finalement être porté sur la rédaction des intitulés
- Pour éviter la paraphrase et utiliser à bon escient les connaissances, les étudiants doivent citer le texte de l'arrêt ou de l'article qu'ils doivent commenter
- Bien retenir que commenter signifie expliquer, analyser, dire pourquoi la Cour de cassation a retenu cette décision (pourquoi elle approuve ou censure la décision des juges du fond, en quoi elle confirme ou s'écarte de sa propre jurisprudence, quelles sont les conséquences de sa décision, etc.)