

Mars 2008

Mise à jour  
décembre 2008

## Le sort du contrat de travail des représentants du personnel en cas de transfert d'entreprise

### En bref

Cette fiche a pour objet de clarifier le sort du contrat de travail du salarié protégé en cas de transfert d'entreprise.

### Mots clés

Contrat de travail, représentants du personnel, salarié protégé, transfert total, transfert partiel.

### Auteur

Amélie Costa-Marsollier, Conseillère technique Uriopss Paca et Corse  
Uniopss  
Avec la contribution de Catherine Audias, Consultante  
Mise à jour par Anne Bidou, Conseillère technique Uriopss Basse Normandie

### Plan

Propos introductifs

- I. Transfert légalement soumis à l'article L. 1224-1 du Code du travail
  - A- Transfert total
    - a) Transfert automatique du contrat de travail
    - b) Modification du contrat – changement des conditions de travail
  - B- Transfert partiel
    - a) Les représentants du personnel concernés
    - b) La demande d'autorisation
- II. Transfert non légalement soumis à l'article L. 1224-1 du Code du travail
  - A- L'accord nécessaire du salarié
  - B- Le refus du salarié

L'Uniopss (Union nationale interfédérale des œuvres et organismes privés à but non lucratif sanitaires et sociaux) est le Centre national d'animation et de ressources (Cnar) Action sociale, médico-sociale et santé au sein du Dispositif local d'accompagnement (DLA), dispositif national d'appui aux activités et services d'utilité sociale. Plus d'informations sur ce dispositif : <http://www.avise.org>

L'Uniopss propose des « fiches pratiques Restructurations & Droit social » pour outiller les associations et les accompagner dans leur démarche de pérennisation de leurs activités d'utilité sociale afin de consolider et développer les emplois. Elles sont notamment accessibles aux adhérents de l'Uniopss et des Uriopss identifiés, sur les sites Internet du réseau Uniopss-Uriopss (dont le site de l'Uniopss : <http://www.uniopss.asso.fr>)

Pour plus d'informations sur les conventions collectives du secteur, consulter les syndicats employeurs concernés. Ces fiches sont la propriété de l'Uniopss. Elles ne peuvent être reproduites sans son consentement écrit.

Avec le soutien de



**Le sort du contrat de travail  
des représentants du personnel  
en cas de transfert d'entreprise**

**Propos introductifs**

Les représentants du personnel ont un statut particulier en droit du travail. Assumant des missions liées à la représentation et à la défense des salariés et/ou des syndicats, le législateur leur a attribué une protection spécifique ; c'est pour cela qu'ils sont appelés « les salariés protégés ».

Ainsi, à la différence des autres salariés, ils ne peuvent pas être licenciés sans l'autorisation de l'inspecteur du travail et l'employeur ne peut pas modifier leurs conditions de travail sans leur accord préalable.

Eu égard à ce statut, on peut donc s'interroger sur le sort du contrat de travail du représentant du personnel inclus dans un transfert. Pour cela, il conviendra de distinguer selon que le transfert de la structure est légalement (I.) ou non (II.) soumis à l'article L. 1224-1 du Code du travail.

**I. Transfert légalement soumis à l'article L. 1224-1 du Code du travail**

**A- Transfert total**

Les modalités de transfert du contrat de travail du salarié représentant du personnel seront différentes selon que le transfert de la structure est total ou partiel.

**a) Transfert automatique du contrat de travail**

Dans l'hypothèse d'un transfert total, le contrat de travail du salarié protégé est automatiquement transféré au nouvel employeur sans aucun formalisme à respecter. Le salarié protégé suit, dans ce cas, le même traitement que n'importe quel autre salarié. L'inspecteur du travail n'a pas à être saisi.

De ce fait, en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, le contrat de travail subsiste avec le nouvel employeur. Le transfert du contrat de travail s'impose donc à l'ancien employeur, au salarié et au nouvel employeur.

Bien que la jurisprudence n'ait pas clairement défini la notion de transfert total, il nous semble préférable d'en faire une interprétation restrictive et de considérer qu'elle recouvre exclusivement la situation où c'est l'ensemble des services et établissements de l'association qui est transféré. En d'autres termes, le transfert total c'est le transfert de toute l'association et ce n'est pas le transfert d'un ou plusieurs établissements.

Exemples de transfert total :

- Une association A fusionne avec une association B.
- Les trois établissements qui composent l'association A sont absorbés par l'association B.

Une interprétation différente aboutirait à une incohérence puisqu'un transfert total d'établissement pourrait être analysé comme un transfert partiel d'association et on verra un peu plus loin qu'une procédure spécifique doit être respectée en cas de transfert partiel.

Exemple de transfert partiel :

- Un des établissements de l'association A passe sous le contrôle de l'association B.

**Le sort du contrat de travail  
des représentants du personnel  
en cas de transfert d'entreprise**

Cependant, pour une parfaite information, il est important de préciser qu'une partie de la doctrine considère qu'il y a transfert total chaque fois qu'une entreprise ou un établissement passe intégralement sous le contrôle d'une autre entreprise ou devient autonome sans que sa structure soit affectée.

**b) Modification du contrat – changement des conditions de travail**

Nous venons de voir que lors d'un transfert total d'entreprise, le contrat de travail du salarié protégé est transmis au nouvel employeur, comme les contrats de travail des autres salariés.

*cf. fiche Transfert des contrats de travail : Art. L. 1224-1 du Code du travail*

Le contrat de travail doit donc continuer à s'exécuter normalement. Ce qui signifie que si le statut protecteur n'a pas de conséquence au moment du transfert, ce statut reprend tous ses droits après le transfert.

De ce fait :

- Si le nouvel employeur souhaite modifier le contrat de travail du salarié protégé ou changer ses conditions de travail, il doit obtenir l'accord préalable de l'intéressé. En effet, aucun changement des conditions de travail ou modification du contrat de travail ne peut être imposé à un salarié protégé.
- Si une demande de licenciement du salarié a été faite avant le transfert par l'employeur, la réponse de l'inspecteur est opposable au nouvel employeur. Ainsi, en cas de refus, il appartiendra au nouvel employeur de contester la décision rendue par l'inspecteur du travail. Suivant le même raisonnement, après le transfert, l'ancien employeur n'est plus légitime à demander une autorisation de licenciement pour un salarié transféré.
- Si un salarié protégé a été licencié par l'ancien employeur en vertu d'une autorisation annulée après le transfert, la jurisprudence considère que le contrat de travail a été transféré au nouvel employeur. Le nouvel employeur devra alors réintégrer le salarié, sous peine, à défaut, de supporter les conséquences de la rupture du contrat de travail.

**B- Transfert partiel**

En cas de transfert partiel d'entreprise ou d'établissement, le transfert des contrats de travail des salariés protégés doit être soumis à l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail, qui s'assure que les intéressés n'ont pas fait l'objet d'une mesure discriminatoire.

Le transfert partiel consiste en un démembrement de l'association ou d'un de ses établissements.

Interprétant cette notion, la jurisprudence<sup>1</sup> et le ministère du travail<sup>2</sup> affirment que « l'opération qui consiste, pour une entreprise, à transférer l'ensemble de son personnel dans plusieurs filiales créées dans le cadre de sa structuration doit s'analyser comme un transfert partiel soumis à l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail ». Il y a donc transfert partiel en cas de pluralité de transferts partiels aboutissant à une cession totale d'entreprise.

<sup>1</sup> CA Caen 13 mai 1994, TA Bordeaux 2 juillet 1992

<sup>2</sup> Circulaire du 4 octobre 1993, BO Trav. n°94/1

**Le sort du contrat de travail  
des représentants du personnel  
en cas de transfert d'entreprise**

**a) Les représentants du personnel concernés**

Le Code du travail prévoit explicitement la demande d'autorisation pour les salariés suivants :

- Les délégués syndicaux et les anciens délégués syndicaux ayant exercé leur fonction pendant au moins un an<sup>3</sup> ;
- Les salariés mandatés ou anciens salariés mandatés, durant 12 mois<sup>4</sup> ;
- Les délégués du personnel ou anciens DP, durant 6 mois<sup>5</sup> ;
- Les membres du comité d'entreprise ou anciens membres du CE, durant 6 mois et les représentants syndicaux au comité<sup>6</sup> ;
- Les membres et anciens membres du CHSCT<sup>7</sup> ;
- Les salariés ayant demandé l'organisation des élections de délégués du personnel ou du comité d'entreprise<sup>8</sup> ;
- Les candidats aux fonctions de délégués du personnel ou membres de comité d'entreprise<sup>9</sup> ;

Concernant les candidats aux élections professionnelles des délégués du personnel, la Cour de cassation a jugé que leurs transferts étaient subordonnés à l'autorisation de l'inspecteur du travail<sup>10</sup>.

A notre sens, la solution retenue doit également s'appliquer pour les candidats aux élections du comité d'entreprise.

**b) La demande d'autorisation**

**• Procédure**

La demande d'autorisation de transfert doit être adressée par l'employeur à l'inspecteur du travail par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, au moins 15 jours avant la date fixée pour le transfert.

La demande d'autorisation est obligatoire, l'absence de demande est constitutive d'un délit d'entrave. De plus, cette erreur ne peut pas être régularisée par une demande faite a posteriori.

Attention, cette demande ne doit pas être confondue avec celle faite en cas de licenciement d'un salarié protégé.

Le comité d'entreprise n'a pas à être consulté sur le transfert du salarié protégé. En revanche, le comité le sera sur le transfert en lui-même, dans le cadre de ses attributions économiques.

*cf. fiche Le rôle des institutions représentatives du personnel (IRP) lors d'une restructuration*

<sup>3</sup> Articles L. 2411-3 et L. 2421-1 du Code du travail

<sup>4</sup> Articles L. 2411-4 et L. 2421-1 du Code du travail

<sup>5</sup> Articles L. 2411-5 et L. 2421-3 du Code du travail

<sup>6</sup> Articles L. 2411-8 et L. 2421-3 du Code du travail

<sup>7</sup> Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, Articles L. 2411-13 et L. 2421-3 du Code du travail

<sup>8</sup> Articles L. 2411-6 et L. 2411-9 du Code du travail

<sup>9</sup> Articles L. 2411-7 et L.2411-10 du Code du travail

<sup>10</sup> Cass. Soc. 8 juin 1999, Bull. Civ. V n°272

**Le sort du contrat de travail  
des représentants du personnel  
en cas de transfert d'entreprise**

L'inspecteur du travail dispose d'un délai de 15 jours à compter de la réception de la demande pour prendre sa décision. Le délai peut être reporté si les nécessités de l'enquête le justifient.

Afin de statuer sur la demande qui lui est présentée, l'inspecteur du travail procède à une enquête contradictoire au cours de laquelle le salarié peut se faire assister d'un représentant de son syndicat.

L'inspecteur du travail doit contrôler que le salarié n'a pas fait l'objet d'une mesure discriminatoire. A cette fin, il recherche si la mesure de transfert n'a pas pour objet d'écartier un représentant du personnel pour des raisons liées à l'exercice du mandat ou à son appartenance syndicale. S'il estime qu'il y a mesure discriminatoire, il est tenu de refuser l'autorisation de transfert.

Le contrôle se limite à vérifier si la mesure de transfert ne présente pas un caractère discriminatoire. L'inspecteur du travail ne peut se fonder sur d'autres motifs pour refuser le transfert et notamment sur l'intérêt général, par exemple sur le fait que le transfert affecterait le bon fonctionnement des institutions représentatives du personnel.

L'inspecteur du travail ne doit pas, non plus, se borner à vérifier si le contrat de travail de l'intéressé est en cours au jour de la modification intervenue dans la situation juridique de l'employeur, il est également tenu de vérifier si le salarié concerné exécutait effectivement son contrat de travail dans l'entité transférée.

La décision de l'inspection du travail doit être motivée et notifiée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception à l'employeur et au salarié, ainsi qu'à l'organisation syndicale à laquelle appartient le salarié lorsqu'il est délégué syndical ou représentant syndical au comité d'entreprise.

**• Autorisation de transfert**

La date de la notification de la décision administrative autorisant le transfert emporte transfert du contrat de travail auprès du nouvel employeur.

Le salarié peut contester la décision rendue par l'inspection du travail par un recours gracieux, un recours hiérarchique ou un recours administratif.

Le refus du salarié de poursuivre l'exécution de son contrat de travail alors que son transfert a été autorisé est fautif, sauf si le nouvel employeur a modifié son contrat de travail ou changé ses conditions de travail. Ce refus fautif permet au nouvel employeur d'engager une mesure de licenciement dans le cadre de la procédure spéciale de licenciement applicable aux salariés protégés.

**• Refus d'autorisation de transfert**

En cas de refus, le Code du travail oblige l'employeur à proposer au salarié un emploi similaire assorti d'une rémunération équivalente dans un autre établissement ou une autre partie de l'entreprise. Le transfert est inopposable au salarié. En allant plus loin dans le raisonnement, le transfert ne peut pas avoir lieu même si le salarié est d'accord. En effet, le salarié ne peut renoncer à la procédure d'autorisation, il s'agit d'une mesure d'ordre public.

**Le sort du contrat de travail  
des représentants du personnel  
en cas de transfert d'entreprise**

Si le nouvel emploi constitue une modification du contrat de travail du salarié ou un changement de ses conditions de travail, son accord préalable est indispensable. Il conviendra alors de faire un avenant écrit et signé à son contrat de travail.

Face au refus du salarié d'accepter les propositions de l'employeur, une procédure de licenciement pourra, en dernier recours, être entamée. Dans une circulaire, l'administration du travail précise que la demande d'autorisation de licenciement sera motivée par le refus de mutation du salarié.

**• Annulation de l'autorisation**

La décision d'annulation de l'autorisation de transfert par la juridiction administrative produit les mêmes effets que le refus d'autorisation de transfert et oblige donc l'employeur à proposer au salarié un emploi similaire.

**• Absence de demande**

Le défaut de demande auprès de l'inspecteur du travail entraîne la nullité du transfert. De ce fait, le salarié transféré n'est pas tenu de travailler pour le compte de l'association à laquelle il a été transféré et ne commet pas de faute en s'en abstenant.

Le salarié protégé dont le contrat est irrégulièrement transféré doit être réintégré dans l'entreprise d'origine s'il le demande, avec versement des salaires perdus depuis son transfert jusqu'à sa réintégration. Cependant, il ne peut cumuler la somme correspondant aux salaires dont il a été privé avec celle qu'il a pu recevoir du repreneur.

Seul le salarié peut se prévaloir du défaut d'autorisation<sup>11</sup>.

**II. Transfert non légalement soumis à l'article L. 1224-1 du Code du travail**

Lorsque le transfert ne remplit pas les conditions posées à l'article L. 1224-1 du Code du travail, les employeurs peuvent convenir d'en faire une application volontaire ou de soumettre le transfert à des règles qu'ils auront fixées.

**A- L'accord nécessaire du salarié**

Tout transfert non légalement soumis à l'article L. 1224-1 du Code du travail ne peut intervenir sans l'accord préalable de chaque salarié. Cette règle concerne les salariés protégés et les salariés non protégés.

Le contrat de travail sera transféré uniquement si le salarié protégé signe un avenant à son contrat de travail précisant ses nouvelles conditions de travail.

Dans l'hypothèse où les parties conviennent de faire une application volontaire de l'article L. 1224-1 du Code du travail, on peut se demander si l'inspecteur du travail doit être saisi d'une demande d'autorisation de transfert. A notre connaissance, la jurisprudence ne s'est pas encore prononcée sur le sujet mais la plus grande prudence s'impose en la matière.

<sup>11</sup> Cass. Soc. 10 mai 2001, Bull. Civ. V n°162

**Le sort du contrat de travail  
des représentants du personnel  
en cas de transfert d'entreprise**

**B. Le refus du salarié**

Le salarié protégé ne peut se voir imposer le transfert de son contrat de travail. Face à un tel refus, qui ne peut être considéré comme fautif, l'employeur a deux solutions :

- Soit renoncer au transfert du salarié et le conserver dans ses effectifs.
- Soit entamer une procédure de licenciement soumise à l'autorisation de l'inspecteur du travail. Le refus du salarié ne pourra pas être le motif du licenciement.

**En guise de conclusion**, nous attirerons l'attention sur le fait que les dispositions relatives au statut protecteur des représentants du personnel sont des mesures d'ordre public.

Il est donc important :

- D'identifier si le transfert est légalement ou non soumis à l'article L. 1224-1 du Code du travail.
- D'obtenir une autorisation de transfert auprès de l'inspection du travail en cas de transfert partiel dans le cadre de l'article L. 1224-1 du Code du travail.