



INFORMATION relative à l'avis de l'avocat général

Dans les pourvois et requêtes dont est saisie la Cour de cassation, l'avocat général rend des avis dans l'intérêt de la loi et du bien commun. Il éclaire la Cour sur la portée de la décision à intervenir.

N° U2413821	
Décision attaquée : 11 janvier 2024 de la cour d'appel de Versailles	

M. [X] [G] C/ La société Transdev aéroport transit	
Sylvaine Laulom, avocate générale	AVIS complémentaire de l'avocat général

Mon avis complémentaire portera sur l'avis 1015 qui envisage de relever d'office le moyen tiré de la violation des articles L. 1224-1 et L. 2414-1 du code du travail, les dispositions de l'article L. 2414-1 du code du travail, qui prévoient que lorsqu'un délégué syndical est compris dans un transfert partiel d'entreprise le transfert du salarié est soumis à l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail, énonçant un principe général applicable non seulement lorsque les conditions de l'article L. 1224-1 du code du travail sont réunies, mais aussi lorsque le salarié est transféré en exécution d'une convention tripartite.

1. La convention tripartite de transfert

Nous sommes ici en présence d'une convention intitulée "contention tripartite de mutation concertée", par laquelle le contrat de travail du salarié, initialement conclu avec la SARL Transdev Aéroport Transit, a été repris, en date du 11 février 2019, par la SAS Flybus. Selon les termes de cette convention, le contrat de travail liant le salarié à la société Transdev " *est résilié d'un commun accord à la date du 10 février 2019 à minuit et corrélativement le salarié est engagé par la société Flybus à compter du 11 février 2019*"; il " *est conclu concomitamment à la présente convention un contrat de travail entre la société Flybus* " et le salarié. Il est ajouté que " *ce nouveau contrat préservera son ancienneté acquise au sein de la société Transdev, ses primes dues par la société Transdev prorata temporis, ses congés payés, transférés chez le nouvel employeur et le maintien temporaire de son ancienne mutuelle* ".

Ce type de convention tripartite, souvent qualifiée de convention de transfert individuel de contrat de travail, ou convention de mobilité intragroupe, est une pratique assez courante au sein des groupes de société, qui permet le passage d'un salarié d'une société à une autre. Plus rare, cette pratique peut également concerner des sociétés qui ne sont pas intégrées au sein d'un groupe.

En l'absence de dispositions législatives encadrant ce type de conventions, la Cour de cassation a été amenée, au fil des contentieux, à préciser le régime de ces conventions que la doctrine tente de systématiser.

Ainsi, la chambre sociale a-t-elle refusé d'admettre la validité des clauses de mobilité intragroupe insérées dans des contrats de travail, par lesquelles les salariés accepteraient à l'avance une mutation dans une autre société du groupe, qui s'accompagne donc nécessairement d'un changement d'employeur ¹. Après l'introduction de la rupture conventionnelle, la question s'est posée de savoir si la convention conclue entre le salarié et son premier employeur devait passer par une rupture conventionnelle. La chambre sociale l'a refusé dans un arrêt du 8 juin 2016 qui a exclu l'application des dispositions du code du travail relatives à la rupture conventionnelle au transfert individuel d'un salarié vers une autre entreprise, au motif que " *la convention tripartite conclue entre un salarié et deux employeurs successifs a pour objet d'organiser, non pas la rupture, mais la poursuite du contrat de travail* " ².

L'effet de ces conventions tripartites est donc très similaire à celui de l'article L. 1224-2 du code du travail qui organise précisément le transfert des contrats de travail dans l'hypothèse d'un transfert d'entreprise. Il est d'ailleurs tout à fait possible de prévoir une application volontaire de l'article L. 1224-2 du code du travail, avec toutes ses conséquences. En revanche, en l'absence de dispositions spécifiques en ce sens dans une convention tripartite qui avait pour objet la poursuite du contrat de travail au sein d'une autre société du groupe, la chambre sociale a refusé d'admettre l'un des effets de l'article L. 1224-2 du code du travail à savoir le transfert de l'ensemble des obligations de l'ancien employeur à la date de la modification de la situation juridique ³.

La Cour de cassation ne rattache pas cette convention à une catégorie juridique particulière, mais certains y voient une cession conventionnelle de contrat, au sens de l'article 1216 du code civil, mais dont le régime serait spécifique au contrat de travail ⁴.

C'est la première fois à notre connaissance que la chambre sociale est amenée à se prononcer sur une convention tripartite de transfert d'un contrat de travail d'un salarié protégé et sur sa possible soumission à une autorisation administrative de transfert.

2. Le large champ d'application de l'autorisation administrative

A l'exception de la démission ou d'un départ à la retraite, les autres ruptures du contrat de travail, qu'il s'agisse notamment d'une rupture conventionnelle ⁵, d'une rupture du contrat consécutive à la mise en oeuvre d'un accord de performance collective ⁶, d'une rupture d'un commun accord dans le cadre d'une rupture conventionnelle collective ⁷, d'une mise à la retraite ⁸ ou bien sûr d'un licenciement, sont soumises à l'autorisation de l'inspecteur du travail.

Le transfert des contrats de travail, dans le cadre d'un transfert d'entreprise, au sens de l'article L. 1224-1 du code du travail, fait lui l'objet de règles spécifiques. Le transfert

d'entreprise, qu'il soit partiel ou non, a pour conséquence le transfert automatique des contrats de travail, qui s'impose au salarié. Dans l'hypothèse d'un transfert partiel, seuls les salariés compris dans l'établissement ou l'unité transférés sont transférés. La situation des salariés protégés peut être fragilisée car l'employeur peut profiter de cette réorganisation de l'entreprise pour choisir, de manière discriminatoire, les salariés qui seront compris dans le transfert. L'employeur pourrait ainsi profiter du transfert partiel ou organiser ce transfert partiel pour ne plus avoir à traiter avec des représentants du personnel qu'il estimerait, par exemple, trop actifs.

C'est la raison pour laquelle le législateur impose, dans la seule hypothèse d'un transfert partiel d'entreprise ou d'établissement, que l'inspecteur du travail autorise le transfert du contrat de travail des salariés protégés (article L. 2414-1 du code du travail). L'autorité administrative doit s'assurer de la réalité du transfert, de l'existence d'un transfert au sens de l'article L. 1224-1 du code du travail, de l'appartenance effective du salarié pour tout ou partie de son temps de travail à l'unité transférée et, enfin, de l'absence de discrimination, c'est-à-dire de l'absence de lien avec le mandat ou l'appartenance syndicale.

L'autorisation de transfert est également requise lorsque le salarié est transféré en exécution d'un accord collectif en cas de perte d'un marché. La solution est depuis longtemps acquise ⁹ et elle se justifie par la similarité de la situation. La Cour de cassation a donc jugé que les articles L. 425-1 et L. 436 du code du travail, (aujourd'hui article L. 2414-1 du code du travail), “ énoncent un principe général applicable non seulement lorsque les conditions de l'article L. 122-12 (aujourd'hui L. 1224-1) sont réunies, mais aussi lorsque le salarié est transféré en exécution d'un accord collectif, en cas de perte de marché ”.

Comme le transfert légal, le transfert conventionnel s'impose aux salariés protégés dans la mesure où la décision de transfert leur est extérieure et que le transfert du marché concerne tous les salariés affectés au marché transféré. La seule différence est que les salariés transférés, qu'ils soient protégés, peuvent refuser le transfert conventionnel de leur contrat de travail.

Les salariés protégés affectés par un transfert conventionnel de leur contrat de travail sont donc dans la même situation que les salariés protégés affectés par un transfert légal et le contrôle de l'inspecteur du travail sera similaire. Il doit porter sur l'affectation du salarié au marché transféré et l'absence de discrimination et de lien entre le transfert du contrat de travail et le mandat du salarié. En revanche, dans cette hypothèse, il n'appartient pas à l'autorité administrative de vérifier l'existence de l'accord exprès du salarié sur la novation du contrat de travail constituée par le changement d'employeur ¹⁰.

3. Conclusion : l'application du principe général énoncé à l'article L. 1224-1 du code du travail

La protection spécifique des salariés investis de fonctions représentatives est une garantie de la mise en oeuvre des principes constitutionnels de liberté syndicale et du droit à la participation des travailleurs. Le risque qu'un employeur utilise la conclusion d'une convention tripartite de transfert d'un contrat de travail pour contourner les règles d'ordre public, destinées à garantir l'exercice du mandat de représentation des salariés protégés, est donc réel, au moins tout autant que dans les autres hypothèses où le législateur a explicitement prévu une intervention de l'administration du travail. Comme dans la rupture conventionnelle, le fait que le salarié ait consenti à l'évolution de sa relation contractuelle et

ici au transfert de son contrat de travail, n'est pas suffisant à exclure la possibilité que l'employeur puisse évincer l'application des règles d'ordre public permettant de protéger les représentants des travailleurs, d'autant que le transfert du contrat entraînera automatique la fin du mandat du salarié. Il serait donc pour le moins paradoxal, au vu du large spectre d'intervention de l'administration du travail, que les conventions tripartites puissent échapper à tout contrôle alors même que le besoin de protection des salariés assumant des fonctions représentatives est similaire.

C'est la raison pour laquelle il me semble nécessaire d'admettre, comme la chambre sociale l'a fait dans l'hypothèse de transfert conventionnel, que le principe général énoncé à l'article L. 2414-1 du code du travail, selon lequel lorsque les salariés investis de fonctions représentatives sont compris dans un transfert partiel d'entreprise, le transfert du salarié est soumis à l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail, est applicable non seulement lorsque les conditions de l'article L. 1224-1 du code du travail sont réunies, mais aussi lorsque le salarié est transféré en exécution d'une convention tripartite.

Saisie, il reviendra à l'autorité administrative de déterminer l'étendue de son contrôle, mais l'on peut penser que dans la mesure le transfert du contrat est réalisé par le seul effet de la convention tripartite et non en raison du transfert d'un marché ou d'un transfert partiel d'une entreprise ou d'un établissement, le contrôle de l'administration devrait porter sur l'absence de vice de consentement du salarié et l'absence de tout lien entre le mandat et l'opération contractuelle en cause.

Ce moyen de pur droit soulevé d'office doit entraîner la cassation de l'arrêt.

Si vous décidiez autrement, il conviendrait alors de reconnaître qu'en tout état de cause, le salarié avait vocation à bénéficier du statut accordé aux anciens salariés (voir le premier avis).

Avis de cassation.

¹ Soc., 23 septembre 2009, [pourvoi n° 07-44.200](#), Bull. 2009, V, n° 191. Soc., 19 mai 2016, [pourvoi n° 14-26.575](#) et suiv. Bull. 2016, V, n° 108.

² Soc., 8 juin 2016, [pourvoi n° 15-17.555](#), Bull. 2016, V, n° 129.

³ Soc., 23 mars 2022, [pourvoi n° 20-21.518](#), publié.

⁴ J. Mouly, "Convention de transfert de salarié et cession conventionnelle de contrat. Quelle autonomie?", *Droit social*, 2025, p. 52.

⁵ L. 1237-15 du code du travail.

⁶ Dans cette hypothèse, l'employeur doit demander l'autorisation de licencier le salarié protégé en se fondant sur le motif spécifique de licenciement que constitue le refus par ce salarié de la modification de son contrat de travail résultant de l'application d'un accord de performance collective. Sur le contrôle opéré dans cette hypothèse par l'inspecteur du travail, CE 13 mai 2026, n°499434.

⁷ Article L. 1237-19-2 .

⁸ CE, 8 février 1995, n° 135249 et 134963, Crédit Lyonnais, Rec. p. 63; Soc., 5 mars 1996, pourvoi n° 92-42.490, Bulletin 1996 V n° 84.

⁹ Soc., 16 mars 1999, [pourvoi n° 96-44.570](#) , Bull. 1999, V, n° 124. Soc., 20 novembre 2002, pourvoi n° [00-44.498](#) , Bull. 2002, V, n° 349.

¹⁰ Soc., 3 mars 2010, [pourvoi n° 08-41.600](#), [08-44.120](#) , Bull. 2010, V, n° 51.