

## **Transfert conventionnel d'entreprise : les modifications unilatérales et consensuelles des conditions de travail. Aspects de droit belge et de droit comparé**

**Auteur** : Dachouffe, France

**Promoteur(s)** : Kefer, Fabienne

**Faculté** : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

**Diplôme** : Master en droit à finalité spécialisée en droit social (aspects belges, européens et internationaux)

**Année académique** : 2017-2018

**URI/URL** : <http://hdl.handle.net/2268.2/4953>

---

### *Avertissement à l'attention des usagers :*

*Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.*

*Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.*

---

**Transfert conventionnel d'entreprise : les modifications  
unilatérales et consensuelles des conditions de travail.  
Aspects de droit belge et de droit comparé.**

**France DACHOUFFE**

Travail de fin d'études

Master en droit à finalité spécialisée en droit social (aspects belges, européens et  
internationaux)

Année académique 2017-2018

Recherche menée sous la direction de :

Madame Fabienne KEFER

Professeur ordinaire



## RESUME

Les opérations de transfert d'entreprise mettent en évidence des intérêts qui se révèlent parfois contradictoires : ceux du cessionnaire qui, pour des raisons de facilité administrative, des raisons économiques ou autres, peut souhaiter modifier le régime de travail des travailleurs nouvellement acquis, et ceux de ces travailleurs, désireux de maintenir leurs conditions d'emploi.

Le présent travail a pour objectif d'analyser l'agencement de ces intérêts au travers de la question de l'étendue de la protection des droits des travailleurs initiée par le législateur européen et, corrélativement, de l'étendue de la marge de manœuvre dont dispose le cessionnaire dans l'aménagement des conditions de travail des travailleurs cédés.

Si le principe posé par le droit européen est le transfert automatique des contrats de travail existant au moment du transfert et donc le maintien des conditions de travail des salariés transférés, la relation de travail n'est pas pour autant irrémédiablement figée : une modification des conditions de travail dans un sens défavorable aux travailleurs est admise dans les circonstances d'un transfert d'entreprise lorsque le droit national le permet en dehors de ces circonstances. Cette faculté est toutefois encadrée par deux limites : l'interdiction des modifications motivées par le transfert et l'interdiction des modifications substantielles.

En droit belge, l'employeur a la possibilité de modifier les conditions de travail de ses salariés soit de manière consensuelle, par la conclusion d'un nouveau contrat de travail, soit de manière unilatérale, en leur imposant de nouvelles conditions de travail. Dans quelle mesure les limites propres au droit européen des transferts d'entreprise restreignent-elles ces deux voies de modification ? Comment s'intercalent-elles avec les limites établies en droit belge en dehors des circonstances d'un transfert d'entreprise ? Plusieurs auteurs se sont penchés sur ces questions mais des divergences d'interprétation subsistent. Nous exposons donc leurs différentes positions, plus ou moins radicales, tout en les confrontant aux jurisprudences belge et européenne afin de tenter d'apporter des réponses à ces questions.

La directive européenne relative aux transferts d'entreprise étant d'harmonisation minimale, il est également intéressant d'étudier sa transposition dans d'autres ordres juridiques afin d'éclairer les controverses suscitées en droit belge.



# TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION .....	3
I.LA CONTINUITÉ DE LA RELATION CONTRACTUELLE .....	4
A.-PALLIATIF AUX LACUNES DES DROITS NATIONAUX.....	4
B.-LE TRANSFERT AUTOMATIQUE DES CONTRATS DE TRAVAIL.....	5
<i>B.1) Le caractère automatique du transfert des contrats</i> .....	5
<i>B.2) Le maintien des droits des travailleurs</i> .....	6
II.LES POSSIBILITES DE MODIFICATION DES CONDITIONS DE TRAVAIL.....	7
A.-LE DROIT EUROPEEN .....	8
<i>A.1) Le tempérament à la règle de l'immutabilité des conditions de travail</i> .....	8
<i>A.2) Un tempérament cependant limité</i> .....	9
A.2.a) Une première limite : l'interdiction des modifications motivées par le transfert d'entreprise .....	9
A.2.b) Une seconde limite : l'interdiction des modifications substantielles .....	12
B.-LE DROIT BELGE ET SA CONFORMITE AU DROIT EUROPEEN .....	14
<i>B.1) Les modifications unilatérales des conditions de travail</i> .....	14
B.1.a) Le principe de la convention-loi tempéré par la théorie du <i>ius variandi</i> .....	14
B.1.b) Les limites au <i>ius variandi</i> du cessionnaire.....	15
B.1.c) L'acte équipollent à rupture et la notion de modification substantielle .....	16
B.1.d) En conclusion.....	18
<i>B.2) Les modifications consensuelles des conditions de travail</i> .....	19
B.2.a) Le caractère d'ordre public ou impératif de la C.C.T. n° 32 <i>bis</i> et le principe d'interprétation conforme .....	19
B.2.b) La respect de la hiérarchie des normes.....	20
B.2.c) En conclusion.....	21
III.LA TRANSPOSITION DES ARTICLES 3, §1 ET 4, §2 DE LA DIRECTIVE EUROPEENNE EN DROIT FRANÇAIS, LUXEMBOURGEOIS ET ALLEMAND.....	22
C.-EN DROIT FRANÇAIS.....	22
C.-EN DROIT LUXEMBOURGEOIS ET EN DROIT ALLEMAND .....	24
CONCLUSION.....	26
BIBLIOGRAPHIE.....	28



## INTRODUCTION

Lorsqu'une opération de transfert d'entreprise tombe sous le champ d'application des normes européennes et nationales protectrices des travailleurs, le cessionnaire se voit imposer la reprise des contrats de travail qui liaient le cédant au jour du transfert. C'est dans ce contexte que la possibilité de modifier les conditions de travail prend tout son sens. En effet, les transferts d'entreprises peuvent avoir lieu en raison des difficultés économiques éprouvées par le cédant – sans toutefois nécessairement faire l'objet d'une procédure de redressement spécifique –, de sorte que le nouvel employeur peut souhaiter augmenter la compétitivité de l'entreprise sur le marché en en diminuant le coût salarial. Le cessionnaire peut également, pour des raisons de facilité de gestion, d'égalité de traitement ou autres, désirer aligner les conditions de travail des nouveaux travailleurs sur celles du personnel qu'il occupe déjà.

Si l'objectif poursuivi par les législations applicables aux transferts d'entreprise est d'éviter que ce dernier soit l'occasion d'une diminution des droits des travailleurs, la doctrine n'est pas unanime quant à l'efficacité de ces mesures et certains auteurs plaident pour que la protection soit revue à la baisse. Ils estiment qu'accroître les possibilités de modification des conditions de travail permettrait de diminuer les hypothèses de licenciements qui ont encore trop souvent lieu lors des transferts d'entreprise. L'objectif de stabilité de l'emploi serait par conséquent mieux atteint.

Avant d'entrer dans le vif du sujet et d'analyser les possibilités de modification des régimes de travail qui s'offrent au nouveau chef d'entreprise (II), nous examinerons dans un premier temps l'étendue de la protection des droits des travailleurs initiée par le législateur européen et sa transposition en droit belge (I). Cette protection émanant d'une directive européenne, les États membres disposent d'une certaine marge de manœuvre dans sa transposition. Nous ne pouvons donc pas faire l'impasse sur une approche comparée de la question (III). Cela nous permettra non seulement de mettre en avant les points de convergence et de divergence qui existent sur cette matière dans les différents droits nationaux mais également d'éclairer la position du droit belge et les différentes controverses qu'elle anime.



# I. LA CONTINUITÉ DE LA RELATION CONTRACTUELLE

## A.- PALLIATIF AUX LACUNES DES DROITS NATIONAUX

En droit belge, le sort des contrats de travail lors d'une cession d'entreprise était jusqu'en 1977 laissé à l'abandon du droit commun des contrats<sup>1</sup>. Les salariés de l'entreprise transférée se trouvaient dans une position inconfortable car la continuité de leur contrat de travail auprès de l'employeur cessionnaire n'était pas organisée juridiquement et pour cause : l'effet relatif des conventions prévu à l'article 1165 du Code civil s'y opposait. Le cessionnaire pouvait certes décider de reprendre à son compte les travailleurs occupés par le cédant mais uniquement par le biais de la conclusion d'un nouveau contrat de travail. Il était dès lors libre de prévoir des conditions de travail moins avantageuses pour ces travailleurs, lesquels ne disposaient d'aucun moyen leur permettant d'exiger le respect des avantages et des droits acquis auprès du cédant<sup>2</sup>.

Face à la précarité de cette situation sociale dans un système économique européen où le nombre de restructurations, scissions et cessions d'entreprises est sans cesse grandissant, le législateur européen a pris conscience de la nécessité d'instaurer une protection des droits des travailleurs. Une première directive européenne a donc été adoptée en 1977<sup>3</sup>. Cette directive a toutefois été abrogée et remplacée par une seconde directive en 2001 afin de la mettre en conformité avec les développements et les précisions formulés par la Cour de justice de l'Union européenne<sup>4</sup>. La transposition de cette directive en droit belge est à l'heure actuelle assurée par

---

<sup>1</sup> Tel n'était pas le cas dans d'autres États membres de l'Union européenne, notamment la France, l'Allemagne, le Portugal et l'Italie, qui, en avance sur l'adoption de la directive du 12 février 1977, disposaient déjà de normes spécifiques dérogeant à l'effet relatif des contrats et assurant ainsi une certaine protection aux travailleurs dans les circonstances spécifiques d'un transfert d'entreprise. Voy. sur ce point : V. BERTRAND, *Transfert des contrats de travail et cession d'entreprise : la directive européenne et les droits belge, français et allemand*, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 17 à 78 ; C. FERREIRO et A. OCCHINO, « Le transfert d'entreprise (2<sup>e</sup> partie) », *Rev. dr. trav.*, 2011, p. 199 et 204 ; P. REMY, M.-H. CHEZLEMAS et J. GOMES, « Le transfert d'entreprise (1<sup>ère</sup> partie) », *Rev. dr. trav.*, 2011, p. 151.

<sup>2</sup> Les mécanismes du droit civil, tels que la novation, la cession de créance, la stipulation pour autrui et la délégation imparfaite ne permettaient pas une cession parfaite des liens contractuels. Certains auteurs ont toutefois perçu dans la jurisprudence de la Cour de cassation, amorcée par un arrêt du 6 juin 1973, la consécration de la possibilité d'opérer une cession complète du contrat synallagmatique. Sur ce point, voy. : M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, t. II, Liège, Éditions de la Faculté de droit de Liège, 1986, p. 432 à 434 ; C. WANTIEZ, *Transferts conventionnels d'entreprise et droit du travail*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2003, p. 67 ; F. KEFER, « L'harmonisation des conditions individuelles de travail », *La cession d'entreprise : les aspects sociaux*, J.-F. Leclercq (dir.), Bruxelles, Larcier, 2011, p. 78 ; V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 564 et 565.

<sup>3</sup> Directive 77/187/CEE du 14 février 1977 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'établissement.

<sup>4</sup> 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 qui coordonne et remplace la directive 77/187/CEE et la directive 98/50/CEE du 29 juin 1998.

la convention collective de travail n°32bis du 17 juin 1985, rendue obligatoire par un arrêté royal du 25 juillet 1985<sup>5</sup>.

## **B.- LE TRANSFERT AUTOMATIQUE DES CONTRATS DE TRAVAIL**

Selon l'article 3, §1<sup>er</sup> de la directive 2001/23 et l'article 7 de la C.C.T. n° 32bis, les droits et les obligations du cédant qui découlent des contrats de travail existant à la date du transfert d'entreprise sont, par le fait même du transfert, transférés au cessionnaire. Ces articles consacrent donc le principe de la continuité des contrats de travail dans le cadre d'un transfert conventionnel d'entreprise : la relation contractuelle se poursuit avec le cessionnaire sans qu'il soit nécessaire de conclure un nouveau contrat de travail<sup>6</sup>.

### ***B.1) Le caractère automatique du transfert des contrats***

Les termes « par le fait même du transfert » indiquent que cette continuité est automatique. Le transfert des contrats de travail existant à la date de la cession d'entreprise a lieu de plein droit : à partir du moment où l'opération tombe sous le champ d'application de la directive et de la C.C.T.<sup>7</sup>, ni le cédant, ni le cessionnaire, ni même le travailleur ne peuvent s'y opposer<sup>8</sup>.

Ainsi, un accord prévoyant que seuls certains membres du personnel occupés par le cédant sont repris par le cessionnaire n'est pas admis<sup>9</sup> ; de même, le cessionnaire ne peut tenter d'échapper

---

<sup>5</sup> Convention collective de travail n° 32bis du 17 juin 1985 concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de changement d'employeur du fait d'un transfert conventionnel d'entreprise et réglant les droits des travailleurs repris en cas de reprise de l'actif après faillite, rendue obligatoire par arrêté royal du 25 juillet 1985, *M.B.*, 9 août 1985, modifiée par la convention collective de travail n° 32ter du 2 décembre 1986, rendue obligatoire par l'arrêté royal du 19 janvier 1987, par la convention collective de travail n° 32quater du 19 décembre 1989, rendue obligatoire par arrêté royal du 6 mars 1990, par la convention collective de travail n° 32quinquies du 13 mars 2002, rendue obligatoire par arrêté royal du 14 mars 2002 et par la convention collective de travail n° 32sexies du 27 septembre 2016, rendue obligatoire par arrêté royal du 22 décembre 2016.

<sup>6</sup> Ainsi, par exemple, si l'exécution du contrat de travail est suspendue au moment du transfert, la suspension se maintiendra après le transfert jusqu'à ce que la cause de suspension disparaisse : N. THOELEN, *Conventionele overgang van ondernemingen*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 118 ; C. ENGELS, *Overgang van onderneming in het kader van de CAO nr. 32bis*, Brugge, die Keure, 2017, p. 67.

<sup>7</sup> Nous n'aborderons pas la question du champ d'application de la réglementation. Sur ce point, voyez notamment les contributions suivantes : C. WANTIEZ, *op. cit.*, p. 19 et s. ; M. PANTIN, *Transferts d'entreprise en droit communautaire et droit comparé*, Marseille, Puam, 2011, p. 101 et s. ; P. REMY, M.-H. CHEZLEMAS et G. GOMES, *op. cit.*, p. 132 et s. ; V. VANNES, *op. cit.*, p. 577 et s. ; M. SCHMITT, *Droit du travail de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 74 à 78 ; P. RODIERE, *Traité de droit social de l'Union européenne*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2014, p. 424 à 431.

<sup>8</sup> C.J.C.E., arrêt *D'Urso e.a.*, 25 juillet 1991, C-362/89, § 11 ; C.J.C.E., arrêt *Rotsart de Hertaing*, 14 novembre 1996, C-305/94, § 20 ; C.J.C.E., arrêt *Temco*, 24 janvier 2002, C-51/00, § 35.

<sup>9</sup> C. trav. Liège, 29 juillet 1997, *Chr. D.S.*, 1997, p. 439 ; L. PELTZER, « Le transfert d'entreprise et l'outsourcing pour faire face à la crise : aspects sociaux », *Le droit social face à la crise*, D. Plas et S. Gilson (dir.), Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2010, p. 88.

à la réglementation protectrice des travailleurs par la conclusion d'un nouveau contrat de travail<sup>10</sup>.

## ***B.2) Le maintien des droits des travailleurs***

La *ratio legis* qui sous-tend la continuité de la relation de travail ne se borne pas au seul souci du maintien de l'emploi<sup>11</sup> : la directive vise en effet avant tout à « assurer le maintien des *droits* des travailleurs en cas de changement de chef d'entreprise en leur permettant de rester au service du nouvel employeur dans les *mêmes conditions* que celles convenues avec le cédant »<sup>12</sup>.

Dans la mesure où les conditions de travail constituent des obligations pour le cédant, le travailleur est en droit d'en exiger le respect auprès de son nouvel employeur qui, en vertu de l'article 3, §1 de la directive et de l'article 7 de la C.C.T. n° 32*bis*, est subrogé dans les droits et obligations du cédant.

Le transfert du contrat de travail implique donc le transfert de toutes les conditions de travail – le lieu de travail, la rémunération, la fonction et les responsabilités qui y sont attachées, le volume horaire, la durée de travail, la qualification,...<sup>13</sup>, y compris celles qui sont prévues par conventions collectives de travail<sup>14</sup> et sans qu'il y ait lieu de distinguer les conditions essentielles des conditions accessoires<sup>15</sup>.

Cette règle de principe appelle toutefois deux précisions.

Premièrement, l'ancienneté acquise par le travailleur auprès du cédant n'est pas considérée, en tant que telle, comme étant une condition de travail : le cessionnaire n'est donc *a priori* pas tenu de la prendre en considération<sup>16</sup>. La Cour de Justice a cependant été amenée à nuancer ce principe : « En revanche, l'ancienneté sert à déterminer certains droits des travailleurs de nature

---

<sup>10</sup> L. PELTZER, « Le transfert d'entreprise et l'outsourcing pour faire face à la crise : aspects sociaux », *op. cit.*, p. 96 ; V. VANNES, *op. cit.*, p. 635.

<sup>11</sup> F. KEFER, *op. cit.*, p. 81 ; P. RODIÈRE, *op. cit.*, p. 391.

<sup>12</sup> (C'est nous qui soulignons) : C.J.C.E., arrêt *Berg et Busschers*, 5 mai 1988, C-144/87 et C-145/87, § 12 ; C.J.C.E., arrêt *D'Urso e.a.*, 25 juillet 1991, C-362/89, § 9 ; C.J.C.E., arrêt *Katsikas*, 16 décembre 1992, C-123/91, C-138/91 et C-139/91, §21 ; C.J.C.E., arrêt *Rotsart de Hertaing*, 14 novembre 1996, C-305/94, § 16 ; C.J.C.E., arrêt *Europièces SA*, 12 novembre 1998, C-399/96, § 37 ; C.J.C.E., arrêt *Collino et Chiappero*, 14 septembre 2000, C-343/98, § 49 ; C.J.C.E., arrêt *Juuri c. Amica*, 27 novembre 2008, C-396/07, § 28.

<sup>13</sup> G. GUERY, *Restructuration d'entreprises en Europe : Dimension sociale*, Bruxelles, De Boeck Université, 1999, p. 211 et 212 ; L. PELTZER, « Le transfert d'entreprise et l'outsourcing pour faire face à la crise : aspects sociaux », *op. cit.*, p. 96 et 97.

<sup>14</sup> Nous n'aborderons pas le sujet du transfert des droits et obligations résultant des C.C.T. qui liaient le cédant avant le transfert prévu à l'article 3, §3 de la directive et à l'article 20 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires. Toutefois, dans la mesure où l'article 23 de ladite loi prévoit l'incorporation des dispositions normatives des conventions collectives dans le contrat individuel de travail, les possibilités de modification des conditions de travail qui découlent de ces conventions suivent en partie le même sort que celui des conditions individuelles de travail.

<sup>15</sup> S. GILSON et S. PALATE, « Le *ius variandi* de l'employeur en cas de réorganisation de l'entreprise », *Les restructurations en droit social : questions spéciales – Capita Selecta*, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 129.

<sup>16</sup> C.J.C.E., arrêt *Collino et Chiappero*, 14 septembre 2000, C-343/98, § 50.

pécuniaire et ce sont ces droits qui devront, le cas échéant, être maintenus par le cessionnaire de la même manière que chez le cédant »<sup>17</sup>.

Transposée en droit belge, cette jurisprudence oblige le cessionnaire à maintenir l'ancienneté acquise par les travailleurs cédés pour ce qui est de la détermination de la durée du préavis ou de l'indemnité compensatoire en cas de licenciement, mais également pour les éventuelles primes de fin d'année, le pécule de vacances et la rémunération du travailleur<sup>18</sup>.

Deuxièmement, une exception à la règle du transfert de toutes les conditions de travail est prévue à l'article 3, §4 de la directive et à l'article 4 de la C.C.T. n° 32bis : le cessionnaire n'est pas lié par les régimes de retraite, de survie et d'invalidité qui étaient en vigueur chez le cédant à titre de régimes complémentaires de prévoyance sociale<sup>19</sup>. La Cour de Justice considère toutefois que cette exception est d'interprétation stricte : elle ne s'applique ni aux prestations de retraite anticipée d'un salarié licencié par le cessionnaire pour raison économique<sup>20</sup>, ni aux prestations dues en cas de préretraite convenue avec l'employeur<sup>21</sup>.

Selon certains auteurs, la contribution du cédant au régime complémentaire peut s'analyser dans certains cas comme faisant partie de la rémunération du travailleur, de sorte que le cessionnaire, malgré l'exception prévue par la directive et la convention collective, devrait être lié par un tel régime<sup>22</sup>.

## II. LES POSSIBILITÉS DE MODIFICATION DES CONDITIONS DE TRAVAIL

Le transfert automatique du contrat de travail dans toutes ses modalités ne signifie pas pour autant l'immutabilité absolue des conditions de travail. Le droit européen permet en effet, dans une certaine mesure et sous certaines conditions, une modification de la relation contractuelle qui est transférée au nouvel employeur.

---

<sup>17</sup> *Ibidem*, § 50. Concernant la comptabilisation de l'ancienneté pour le calcul du délai de préavis à respecter en cas de licenciement, voy. : C.J.U.E., arrêt *Unionen*, 6 avril 2017, C-336/15. Concernant la comptabilisation de l'ancienneté pour la détermination de la rémunération, voy. : C.J.C.E., arrêt *Scattolon*, 6 septembre 2011, C-108/10.

<sup>18</sup> En ce sens, voy. : V. BERTRAND, *op. cit.*, p. 128 et s. ; C. WANTIEZ, *op. cit.*, p. 78 ; F. KEFER, *op. cit.*, p. 100 ; N. THOELEN, *Conventionele overgang van ondernemingen*, *op. cit.*, p.119 et 120 ; C. ENGELS, *op. cit.*, p. 69 et 70.

<sup>19</sup> Pour plus de développements sur ce point, voy. : V. BERTRAND, *op. cit.*, p. 130 ; L. PELTZER, « Le transfert d'entreprise et l'outsourcing pour faire face à la crise : aspects sociaux », *op. cit.*, p. 101 à 103. Quant à l'interprétation de cette exception en droit comparé, voy. : M. PANTIN, *op. cit.*, p. 268 et 269.

<sup>20</sup> C.J.C.E., *Beckmann*, 4 juin 2002, C-164/00.

<sup>21</sup> C.J.C.E., *Martin et Consorts*, 6 novembre 2003, C-4/01.

<sup>22</sup> N. THOELEN, *Conventionele overgang van ondernemingen*, *op. cit.*, p. 155 ; C. ENGELS, *op. cit.*, p. 77.

L'analyse de la position du droit belge sur cette question et sa conformité au droit européen (B) suppose d'aborder dans un premier temps les limites tracées par la jurisprudence de la Cour de justice relatives au droit des travailleurs d'exiger le maintien de leurs conditions de travail (A).

## A.- LE DROIT EUROPEEN

### *A.1) Le tempérament à la règle de l'immutabilité des conditions de travail*

Dans l'arrêt *Tellerup* du 10 février 1988, la Cour de Justice a précisé que l'article 3, §1 de la directive européenne organisant le transfert automatique des contrats de travail est une disposition unilatéralement impérative en faveur des travailleurs : « [...] la directive 77/187 vise à assurer aux travailleurs concernés par un transfert d'entreprise le maintien de leurs droits résultant du contrat ou de la relation de travail. Cette protection étant d'ordre public et, partant, soustraite à la disposition des parties au contrat de travail, les règles de la directive, [...], doivent être considérées comme impératives en ce sens qu'il n'est pas permis d'y déroger dans un sens défavorable aux travailleurs. Il s'ensuit que les travailleurs n'ont pas la faculté de renoncer aux droits à eux conférés par la directive et qu'une diminution de ces droits n'est pas admise, même avec leur consentement »<sup>23</sup>.

A ce stade, nous pouvons déjà en tirer l'enseignement suivant : toute modification des conditions de travail dans un sens favorable au travailleur est autorisée ; toute modification qui lui est défavorable, qu'elle soit unilatérale ou consensuelle, est par contre proscrite et ce, « [même] si le travailleur, en contrepartie des inconvénients qui résultent pour lui d'une modification de sa relation de travail, obtient des avantages nouveaux tels qu'il n'est pas placé, globalement, dans une situation moins favorable [...] »<sup>24</sup>.

La Cour poursuit toutefois son raisonnement en tempérant cette règle d'immutabilité des conditions de travail. Le cessionnaire étant, en vertu de l'article 3, §1 de la directive, subrogé dans les droits du cédant, il ne peut avoir moins de droits que lui : si le cédant est autorisé par le droit national à modifier les conditions de travail dans un sens défavorable au travailleur en dehors des circonstances d'un transfert d'entreprise, le nouvel employeur doit l'être également<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> C.J.C.E., arrêt *Tellerup*, 10 février 1988, C-324/86, § 14 et 15.

<sup>24</sup> *Ibidem*, § 15.

<sup>25</sup> C.J.C.E., arrêt *Tellerup*, *op. cit.*, § 16 et 17. Cette jurisprudence a par ailleurs été confirmée à plusieurs reprises : C.J.C.E., arrêt *Rask et Christensen c. I.S.S. Kantineservice*, 12 novembre 1992, C-209/91, § 27 et 28 ; C.J.C.E., arrêt *Collino et Chiappero*, 14 septembre 2000, C-343/98, § 52 ; C.J.C.E., arrêt *Martin et consorts*, 6 novembre 2003, C-4/01, § 42.

## *A.2) Un tempérament cependant limité*

### *A.2.a) Une première limite : l'interdiction des modifications motivées par le transfert d'entreprise*

Si une diminution des droits des travailleurs à l'occasion d'un transfert d'entreprise est admise lorsque le droit national le permet en dehors de cette occurrence, la Cour a néanmoins modéré la portée de cette faculté en indiquant qu'en aucun cas le transfert d'entreprise ne pouvait en constituer le motif<sup>26</sup>.

Dans son arrêt *Martin et consorts*, la Cour de justice considère que la volonté du cessionnaire d'aligner les conditions de travail du personnel transféré sur celles des travailleurs préalablement occupés constitue un motif lié au transfert<sup>27</sup>, de sorte qu'une modification, même consensuelle, poursuivant un tel objectif n'est pas autorisée. L'affaire soumise à la Cour concernait une modification des conditions de retraite anticipée consentie par le travailleur près de trois ans après le transfert de son contrat de travail. Il semblerait par conséquent que l'écoulement d'un certain délai entre la date du transfert et la date à laquelle la modification a lieu ne permette pas d'estomper l'existence du lien de causalité entre la modification et le transfert.

Cette précision limite donc de manière importante l'intérêt du tempérament apporté à la règle d'immutabilité des conditions de travail : apporter la preuve de l'absence d'un lien de causalité entre la modification et le transfert ne paraît pas évident. C'est pourquoi une certaine doctrine, attachée à l'idée de conférer au cessionnaire une plus grande flexibilité dans l'aménagement des conditions de travail des travailleurs cédés, a tenté de dégager d'une jurisprudence plus récente de la Cour de justice l'abandon de l'interdiction des modifications motivées par le transfert<sup>28</sup>.

Cette doctrine se fonde sur l'arrêt *Delahaye* dans lequel la Cour a jugé : « La directive [...] doit être interprétée en ce sens qu'elle ne s'oppose pas en principe à ce que, en cas de transfert d'entreprise d'une personne morale de droit privé à l'État, celui-ci, en tant que nouvel employeur, procède à une réduction du montant de la rémunération des travailleurs concernés aux fins de se conformer aux règles nationales en vigueur relatives aux employés publics.

---

<sup>26</sup> C.J.C.E., arrêt *Tellerup*, 10 février 1988, C-324/86, § 17 ; C.J.C.E., arrêt *Rask et Christensen c. I.S.S. Kantineservice*, 12 novembre 1992, C-209/91, § 28 ; C.J.C.E., arrêt *Collino et Chiappero*, 14 septembre 2000, § 52 ; C.J.C.E., arrêt *Martin et consorts*, 6 novembre 2003, C-4/01, § 42 ; C.J.U.E., arrêt *Unionen*, 6 avril 2017, C-336/15, § 22 et 27.

<sup>27</sup> C.J.C.E., arrêt *Martin et consorts*, 6 novembre 2003, C-4/01, § 44 et 45.

<sup>28</sup> L. PELTZER, « Quelques arrêts clés de la Cour de justice en matière de transfert d'entreprises », *Le droit du travail dans tous ses secteurs*, M. Dumont (dir.), Liège, Anthémis, 2008, p. 569 à 571 ; L. PELTZER, « Le transfert d'entreprise et l'outsourcing pour faire face à la crise : aspects sociaux », *op. cit.*, p. 99 et s. ; S. GILSON, « La modification unilatérale du contrat de travail : vue d'ensemble », *La modification unilatérale du contrat de travail*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2010, p. 16 ; L. PELTZER, « Actualités en matière de transfert d'entreprises », *Droit du travail tous azimuts*, H. Mormont (dir.), Bruxelles, Larcier, 2016, p. 174 et s. ; L. PELTZER, « *Ius variandi* et transfert d'entreprise : quelques réflexions (critiques) autour de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2016 », *J.T.T.*, 2017, n° 1269, p. 70.

Toutefois, les autorités compétentes [...] sont tenues de le faire dans toute la mesure du possible à la lumière de la finalité de la directive [...] »<sup>29</sup>.

En ne rappelant pas l'exigence selon laquelle le transfert d'entreprise ne peut en aucun cas constituer en lui-même le motif d'une modification du régime des travailleurs dans un sens qui leur est défavorable, une telle modification serait désormais admise aux yeux du droit européen<sup>30</sup>.

Cette extension du pouvoir de modification du cessionnaire aurait par ailleurs été confirmée dans les arrêts *Werhof*<sup>31</sup>, *Alemo-Herron*<sup>32</sup> et *Österreichischer Gewerkschaftsbund*<sup>33</sup>, dans lesquels la Cour rompt avec sa jurisprudence antérieure en précisant que la directive ne vise pas uniquement à sauvegarder les intérêts des travailleurs mais qu'elle entend trouver un juste équilibre avec ceux du cessionnaire qui doit être en mesure de procéder à des changements et à des ajustements au niveau des conditions de travail afin d'assurer la continuité de son activité<sup>34</sup>.

Nous ne partageons cependant pas ce point de vue. Selon nous, l'interdiction des modifications motivées par le transfert d'entreprise subsiste et nous fondons notre opinion sur base de divers arguments.

Tout d'abord, la portée de l'arrêt *Delahaye* qui sous-tend cette thèse paraît limitée à l'hypothèse d'un transfert d'entreprise vers le secteur public. Cette affaire concernait une travailleuse qui avait vu sa rémunération baisser de 37 % à l'occasion du transfert de son contrat de travail d'une personne morale de droit privé vers l'État luxembourgeois. Cette réduction résultait d'une réglementation luxembourgeoise d'ordre public qui s'imposait au nouvel employeur<sup>35</sup>. Il n'était donc pas réellement question *in casu* d'un quelconque droit de modification en raison du transfert mais de l'application d'une norme de droit interne à laquelle les parties ne pouvaient déroger<sup>36</sup>.

Ensuite, la prise en considération des intérêts du cessionnaire dans les trois autres arrêts précités semble également cantonnée à un contexte spécifique. La Cour était amenée à préciser la portée de la règle du maintien des conditions collectives de travail prévue à l'article 3, §3 de la directive et plus particulièrement à préciser le sort à réserver aux clauses de renvoi dynamique dont la validité aurait pour effet de lier le cessionnaire aux conventions collectives conclues par le cédant postérieurement au transfert, ce qui porterait atteinte à sa liberté d'entreprise et à sa liberté d'association. Ces arrêts ne concernaient donc pas la possibilité pour le cessionnaire de modifier les conditions individuelles de travail dont le maintien est visé à l'article 3, §1 de la directive. Par ailleurs, dans son arrêt *Unionen* du 6 avril 2017, la Cour, de nouveau appelée à préciser la portée de l'article 3, §3 de la directive, a jugé : « [qu']afin d'assurer un juste équilibre

---

<sup>29</sup> C.J.C.E., arrêt *Delahaye*, 11 novembre 2004, C-425/02, § 35.

<sup>30</sup> L. PELTZER, « Quelques arrêts clés de la Cour de justice en matière de transfert d'entreprises », *op. cit.*, p. 570.

<sup>31</sup> C.J.C.E., arrêt *Werhof*, 9 mars 2006, C-499/04.

<sup>32</sup> C.J.C.E., arrêt *Alemo-Herron e.a.*, 18 juillet 2013, C-426/11.

<sup>33</sup> C.J.C.E., arrêt *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, 11 septembre 2014, C-328/13.

<sup>34</sup> L. PELTZER, « Actualités en matière de transfert d'entreprises », *op. cit.*, p. 174 à 179.

<sup>35</sup> En ce sens, *voy.*, F. KEFER, *op. cit.*, p. 87 à 89 ; S. GILSON et S. PALATE, « Le *ius variandi* de l'employeur en cas de réorganisation de l'entreprise », *op. cit.*, p. 131 et 132.

<sup>36</sup> S. GILSON et S. PALATE, *ibidem*, p. 132.

entre les intérêts des travailleurs, d'une part, et ceux du cessionnaire, d'autre part, le cessionnaire peut, *pour un motif autre qu'un transfert d'entreprise* et dans la mesure où le droit national le lui permet, procéder aux ajustements et aux adaptations nécessaires à la continuation de son activité »<sup>37</sup>. A notre estime, la Cour met ainsi fin à toute controverse : l'exigence selon laquelle la modification ne doit pas être motivée par le transfert subsiste et ce, même en ce qui concerne l'article 3, §3 de la directive.

En tout état de cause, une interprétation différente viderait la directive de sa substance puisqu'elle permettrait de contourner aisément l'objectif poursuivi par la directive qui est avant tout d'éviter que le transfert soit l'occasion d'une diminution des droits des travailleurs.

Selon d'autres auteurs, la règle selon laquelle la modification ne peut être motivée par le transfert d'entreprise doit être interprétée strictement, à défaut de quoi toute modification, même consentie par le travailleur, deviendrait impossible. Selon eux, seule la modification qui est uniquement motivée par le transfert tombe sous le champ de l'interdiction ; à partir du moment où le cessionnaire invoque d'autres raisons, la modification est valable et ce, même si ces raisons sont elles-mêmes liées au transfert. Autrement dit, le transfert ne peut constituer l'unique motif de la modification<sup>38</sup>.

Cette thèse s'appuie notamment sur les conclusions de l'avocat général Alber précédant l'arrêt *Martin et Consorts* : « À vrai dire, la modification des conditions d'emploi reposera rarement sur un seul motif. En règle générale, la modification des contrats de travail ou des relations de travail des travailleurs repris sera due à plusieurs raisons. Selon l'objectif de protection de l'article 3 de la directive 77/187, dans un tel cas le transfert de l'entreprise ne doit pas constituer le point essentiel de la motivation, donc ne pas être le motif principal de la motivation. Par contre, il devrait être sans importance que la modification admise en droit national soit rendue nécessaire pour d'autres motifs, d'ordre économique, technique ou organisationnel par exemple, et ait, avec le transfert d'entreprise, un lien dans le temps mais pas sur le fond »<sup>39,40</sup>.

Si cette position nous semble plus opportune car moins radicale que celle visant à l'abandon pur et simple de l'interdiction des modifications motivées par le transfert, nous nous demandons dans quelle mesure elle n'aboutit pas, *in fine*, au même résultat. En effet, dans de nombreux cas, ce n'est pas uniquement le transfert en lui-même qui est la source de la modification ; le cessionnaire peut facilement invoquer d'autres motifs, tels que la volonté de traiter les

---

<sup>37</sup> C.J.U.E., arrêt *Unionen*, 6 avril 2017, C-336/15, § 27 (c'est nous qui soulignons).

<sup>38</sup> C. BAYART et I. BOSMANS, « Individuele rechtsbescherming bij herstructurering », *Herstructurering doorheen het (arbeids) recht*, J. Peeters et W. Rauws (dir.), Antwerpen, Intersentia, 2006, p. 201 ; S. RAETS et N. THOELLEN, « Het belang van de verkrijger bij overgang van onderneming volgens C.A.O. nr. 32bis », *J.T.T.*, 2015, liv. 1214, p. 149 ; N. THOELLEN, *Conventionele overgang van ondernemingen*, *op. cit.*, p. 158.

<sup>39</sup> A. gén., S. ALBER, concl. Préc. C.J.C.E., arrêt *Martin et consortes*, 6 novembre 2003, C-4/01, point 78, cité in : N. THOELLEN, *Conventionele overgang van ondernemingen*, *op. cit.*, p. 161.

<sup>40</sup> Cette doctrine se fonde également sur l'arrêt *Scattolon* dans lequel la Cour de justice a précisé que la directive vise essentiellement à empêcher que les salariés transférés soient placés dans une position moins favorable « du seul fait du transfert » : S. RAETS et N. THOELLEN, « Het belang van de verkrijger bij overgang van onderneming volgens C.A.O. nr. 32bis », *op. cit.*, p. 149 ; N. THOELLEN, *Conventionele overgang van ondernemingen*, *op. cit.*, p. 160.



travailleurs cédés et le personnel déjà occupé d'une manière égalitaire, la nécessité d'assurer la rentabilité de son entreprise, etc.

### *A.2.b) Une seconde limite : l'interdiction des modifications substantielles*

Selon l'article 4, §2 de la directive : « Si le contrat de travail ou la relation de travail est résilié du fait que le transfert entraîne une modification substantielle des conditions de travail au détriment du travailleur, la résiliation du contrat de travail ou de la relation de travail est considérée comme intervenue du fait de l'employeur ».

En droit belge, ce principe est contenu à l'article 10 de la C.C.T. n° 32bis : « Si le contrat de travail est résilié parce que le transfert, au sens de l'article 1er, 1° entraîne une modification substantielle des conditions de travail au désavantage du travailleur, la résiliation du contrat de travail est considérée comme intervenue du fait de l'employeur ».

Par l'adoption de cette règle, le législateur européen a entendu compléter l'objectif du maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise et donc la règle – non absolue – de l'immutabilité des conditions de travail<sup>41</sup> : la rupture du contrat réalisée dans les conditions visées à l'article 4, §2 de la directive est imputable au cessionnaire quel que soit le mécanisme de dissolution du contrat auquel il est recouru. En d'autres termes, le travailleur démissionnaire est en droit de réclamer les indemnités liées à un licenciement lorsque sa démission fait suite à une modification substantielle de ses conditions de travail résultant du transfert<sup>42</sup>.

Il reste cependant à déterminer ce que recouvre exactement cette notion de « modification substantielle ». S'il ne fait aucun doute qu'en raison du caractère automatique du transfert du contrat de travail, le travailleur ne peut se prévaloir du changement d'identité de son employeur au titre de modification substantielle<sup>43</sup>, pour le surplus, il convient de se référer à la jurisprudence de la Cour de justice.

- Concernant la *nature du contrat de travail* :

Lors du transfert d'une activité exercée par une personne morale de droit privé à une personne morale de droit public, la législation nationale peut prévoir l'obligation de mettre un terme aux contrats de travail de droit privé pour les transformer en contrats de travail de droit public. Cette résiliation constitue, selon la Cour, une modification substantielle et doit dès lors être imputée à l'employeur<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> C.J.C.E., arrêt *Juuri c. Amica*, 27 novembre 2008, C-396/07, § 29.

<sup>42</sup> M. JAMOULLE, *op. cit.*, p. 441 et 442 ; F. KEFER, *op. cit.*, p. 106 ; V. VANNES, *op. cit.*, p. 640. L'indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable prévue par la C.C.T. n° 109 du 12 février 2014 concernant la motivation du licenciement peut, le cas échéant, venir se superposer à l'indemnité compensatoire de préavis.

<sup>43</sup> M. JAMOULLE, *op. cit.*, p. 441 ; F. KEFER, *op. cit.*, p. 106.

<sup>44</sup> C.J.C.E., arrêt *Mayeur*, 26 septembre 2000, C-175/99, § 56.

- Concernant la *fonction du travailleur* :

Dans son arrêt *Klarenberg c. Ferrotron*, la Cour a jugé qu'il convenait de considérer que : « [...] l'impossibilité éventuelle d'attribuer, en cas de transfert, à un travailleur, dans la structure d'organisation mise en place par le cessionnaire, un poste de travail équivalent à celui que ce travailleur occupait au service du cédant pourrait, si elle conduit à une modification substantielle des conditions de travail au détriment de l'intéressé, être assimilée à une résiliation du contrat de travail intervenue du fait de l'employeur [...] »<sup>45</sup>.

Ainsi, un changement de la fonction du travailleur et des responsabilités qui y sont attachées ne constitue pas automatiquement une modification substantielle de ses conditions de travail. La Cour ne donne cependant aucun élément permettant au juge national d'apprécier les circonstances dans lesquelles cette modification devient substantielle.

- Concernant la *rémunération du travailleur* :

Dans son arrêt *Merckx and Neuhuys*, la Cour avait jugé que toute modification affectant la rémunération du travailleur constitue une modification substantielle et que l'éventuelle rupture du contrat qui en résulte doit par conséquent être imputée à l'employeur<sup>46</sup>.

Toutefois, dans l'arrêt *Delahaye* précité, la Cour semble avoir modifié sa jurisprudence : « [d]ans l'hypothèse où un tel calcul aboutit à une réduction substantielle de la rémunération de l'intéressé, pareille réduction constitue une modification substantielle des conditions de travail au détriment du travailleur concerné [...], de sorte que la résiliation de leur contrat de travail pour ce motif doit être considérée comme intervenue du fait de l'employeur »<sup>47</sup>.

Ce revirement de jurisprudence est confirmé par l'arrêt *Scattolon* dans lequel la Cour considère que la réduction de la rémunération en raison de l'application d'une convention collective propre au cessionnaire est contraire à la directive seulement s'il s'agit d'une réduction salariale substantielle<sup>48</sup>.

Nous pouvons donc déduire de cette jurisprudence que la modification apportée aux conditions de travail des travailleurs cédés doit, en tous cas en ce qui concerne la rémunération, elle-même être substantielle pour donner lieu à l'application de la fiction contenue à l'article 4, §2 de la directive. En d'autres termes, le travailleur ne peut imputer la rupture contractuelle à son employeur lorsque le transfert n'entraîne qu'une légère modification de ses conditions de travail. La Cour ne fait cependant pas la distinction entre les conditions essentielles et les conditions accessoires de travail, contrairement au droit belge.

---

<sup>45</sup> C.J.C.E., arrêt *Klarenberg c. Ferrotron*, 12 février 2009, C-466/07, § 52.

<sup>46</sup> C.J.C.E., arrêt *Merckx and Neuhuys*, 7 mars 1996, C-171/94 et C-172/94, § 38.

<sup>47</sup> C.J.C.E., arrêt *Delahaye*, 11 novembre 2004, C-425/02, § 35.

<sup>48</sup> C.J.C.E., arrêt *Scattolon*, 6 septembre 2011, C-108/10.

## B.- LE DROIT BELGE ET SA CONFORMITE AU DROIT EUROPEEN

L'analyse préalable du droit communautaire laisse apparaître que les États membres de l'Union européenne demeurent libres de déterminer, au sein du cadre posé par le droit européen, les diverses possibilités de modification des conditions de travail dans le cadre d'un transfert d'entreprise. Cette liberté provient de la volonté du législateur européen d'harmoniser les législations des États membres en la matière et non de les uniformiser<sup>49</sup>. L'étude des possibilités de modification des conditions de travail dans le cadre d'un transfert d'entreprise ne peut par conséquent se borner à l'examen du droit européen des transferts. Il y a lieu d'étudier la position du droit belge sur la question.

### *B.1) Les modifications unilatérales des conditions de travail*

Dans l'analyse des possibilités de modification unilatérale des conditions de travail qui s'offrent au cessionnaire, il convient d'examiner, outre les limites propres au transfert d'entreprise, celles qui sont prévues par le droit belge en dehors de ces circonstances.

#### *B.1.a) Le principe de la convention-loi tempéré par la théorie du ius variandi*

En vertu du principe de la convention-loi formulé à l'article 1134 du Code civil, le contrat de travail a valeur de loi entre les parties. L'aménagement du contenu contractuel ne peut dès lors se faire que de manière consensuelle dans le respect toutefois des règles impératives et d'ordre public. Une partie au contrat ne peut en principe pas apporter de modifications à son contenu sans le consentement de son cocontractant.

Néanmoins, en raison du lien de subordination du travailleur vis-à-vis de l'employeur qui caractérise le contrat de travail, ce principe connaît un tempérament en droit du travail. Il s'agit de la théorie doctrinale et jurisprudentielle du *ius variandi* qui découle du pouvoir patronal de direction et qui octroie à l'employeur, moyennant certaines limites, le droit de modifier unilatéralement les conditions de travail de ses travailleurs<sup>50</sup>. Selon les tenants de cette théorie, ce droit de modification unilatérale répond par la même occasion à l'exigence d'adaptation des conditions de travail aux nécessités économiques de l'entreprise : « L'employeur qui se voit conférer par le contrat un lien d'autorité sur le travailleur et qui, économiquement, a la charge

---

<sup>49</sup> C.J.C.E., arrêt *Tellerup*, 10 février 1988, C-324/86, §16.

<sup>50</sup> L. DEAR, « La théorie de l'acte équipollent à rupture », *Le droit du travail dans tous ses secteurs*, M. Dumont (dir.), Liège, Anthémis, 2008, p. 161 et 162 ; A. MORTIER, « La modification du contrat de travail en droit belge et en droit français », *Rev. dr. Ulg*, 2010, p. 324 ; S. GILSON, « La modification unilatérale du contrat de travail : vue d'ensemble », *op. cit.*, p. 15 ; F. KEFER, *op. cit.*, p. 102.

de la gestion la plus efficiente de son entreprise, devrait disposer d'une large marge de manœuvre d'adaptation du contrat de travail qui implique des prestations successives sur des périodes parfois fort longues »<sup>51</sup>.

Ce *ius variandi* de l'employeur n'est toutefois pas illimité.

### B.1.b) Les limites au *ius variandi* du cessionnaire

Le droit de modification unilatérale de l'employeur ne peut porter ni sur les éléments essentiels du contrat<sup>52</sup>, ni sur les éléments accessoires convenus par les parties<sup>5354</sup>.

L'élément essentiel du contrat est défini comme étant « celui à défaut duquel l'une ou l'autre des parties n'aurait pas accepté la conclusion du contrat de travail »<sup>55</sup>. La jurisprudence procède à une appréciation casuistique en se référant à la volonté des parties telle qu'exprimée dans la convention ou telle que résultant de son exécution<sup>56</sup>.

Par exception à cette règle, la rémunération du travailleur<sup>57</sup> et le temps de travail<sup>58</sup> constituent en toute hypothèse des éléments essentiels du contrat et ce, quelle que soit la volonté des parties<sup>59</sup>. Le lieu de travail<sup>60</sup> et la fonction<sup>61</sup> exercée par le travailleur sont, quant à eux,

---

<sup>51</sup> S. GILSON et S. PALATE, « Le *ius variandi* de l'employeur en cas de réorganisation de l'entreprise », *op. cit.*, p. 115. Voy. également : L. DEAR, « La sanction de la modification unilatérale – l'acte équipollent à rupture ou la résolution judiciaire : avantages et inconvénients », *La modification unilatérale du contrat de travail*, S. Gilson (dir.), Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2010, p. 75 et 76.

<sup>52</sup> Cass., 27 janvier 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 492.

<sup>53</sup> Cass., 20 décembre 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 1087 ; Cass., 13 octobre 1997, *Pas.*, 1997, II, p. 1010.

<sup>54</sup> A. MORTIER, *op. cit.*, p. 324 ; F. KEFER, *op. cit.*, p. 103 ; S. GILSON et S. PALATE, « Le *ius variandi* de l'employeur en cas de réorganisation de l'entreprise », *op. cit.*, p. 120 et 121.

<sup>55</sup> V. VANNES, *op. cit.*, p. 887.

<sup>56</sup> A. MORTIER, *op. cit.*, p. 325 ; PATERNOSTRE, B., « L'acte équipollent à rupture... Quelques applications jurisprudentielles », *Orientations*, 2010, n° 5, p. 5 ; K. TROCH, « La modification des éléments essentiels du contrat de travail », *Le droit des obligations dans la vie de l'entreprise*, C. Delforge, S. Stijns et P. Wéry (eds), Bruxelles, La Charte, 2017, p. 499. La jurisprudence recourt parfois à d'autres critères dans l'appréciation du caractère essentiel ou non de ces éléments, tels que les conséquences de la modification dans le chef du travailleur ou encore les nécessités économiques de l'entreprise : S. GILSON, « La modification unilatérale du contrat de travail : vue d'ensemble », *op. cit.*, p. 28 à 30.

<sup>57</sup> Cass., 23 décembre 1996, *J.T.T.*, 1997, p. 145 ; C. trav. Bruxelles, 13 juin 2006, *Chr. D.S.*, 2008, p. 158.

<sup>58</sup> Cass., 7 février 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 650 ; Cass. 17 mai 1993, *Pas.*, 1993, p. 490 ; C. trav., Liège, 17 octobre 2007, *Chr. D.S.*, 2009, p. 247.

<sup>59</sup> L. DEAR, « La théorie de l'acte équipollent à rupture », *op. cit.*, p. 185 ; A. MORTIER, *op. cit.* p. 325 ; V. VANNES, *op. cit.*, p. 392 ; S. GILSON et S. PALATE, « Le *ius variandi* de l'employeur en cas de réorganisation de l'entreprise », *op. cit.*, p. 118.

<sup>60</sup> Cass., 1<sup>er</sup> décembre 1980, *J.T.T.*, 1981, p. 204 ; Cass., 14 octobre 1991, *J.T.T.*, 1991, p. 464 ; Cour trav. Anvers, 4 octobre 2016, *J.T.T.*, 2017, p. 256 ; C. trav. Liège, 17 décembre 2003, *J.T.T.*, 2005, p. 6 ; L. DEAR, « La sanction de la modification unilatérale – l'acte équipollent à rupture ou la résolution judiciaire : avantages et inconvénients », *op. cit.*, p. 84 ; K. TROCH, *op. cit.*, p. 501.

<sup>61</sup> Cass, 16 septembre 2013, *J.T.T.*, 2013, p. 433 ; C. trav. Anvers, 7 décembre 2005, *Chr. D.S.*, 2006, p. 332 ; C. trav. Mons, 7 juin 2005, *Chr. D.S.*, 2007, p. 404.

considérés par la jurisprudence comme étant des éléments essentiels du contrat à moins que le contraire puisse être déduit de la convention ou de l'exécution que les parties lui ont donnée.

Concrètement, le *ius variandi* de l'employeur ne peut viser que les « éléments accessoires non convenus », c'est-à-dire ceux qui n'ont fait l'objet d'aucun accord entre les parties. Sa portée est donc limitée à certaines modalités d'exécution du contrat qui n'ont fait l'objet d'aucune spécification contractuelle<sup>62</sup>.

Afin d'accroître les possibilités de modification unilatérale de l'employeur, les parties peuvent convenir d'insérer une clause de révision dans le contrat de travail. Cette clause ne peut toutefois pas autoriser l'employeur à modifier unilatéralement un élément essentiel du contrat : cela contreviendrait à l'article 25 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail<sup>63</sup>. Une clause permettant à l'employeur de modifier unilatéralement des éléments accessoires convenus est par contre valable<sup>64</sup>. Cette clause peut, par exemple, prévoir que le lieu d'exécution du contrat ou la fonction du travailleur constitue un élément accessoire et ainsi octroyer à l'employeur le pouvoir de modifier unilatéralement cet élément. Appliquée à l'hypothèse d'un transfert d'entreprise, nous pouvons admettre que la présence d'une telle clause dans le contrat de travail qui liait le cédant bénéficierait de la même manière au cessionnaire puisqu'en vertu de l'article 7 de la C.C.T. n° 32bis, ce dernier ne peut avoir moins de droits que le cédant.

### *B.1.c) L'acte équipollent à rupture et la notion de modification substantielle*

Lorsqu'elle porte sur un élément essentiel ou sur un élément accessoire convenu qui n'est pas visé par une clause de révision valable, la modification unilatérale dépasse les limites du *ius variandi* et par conséquent est illicite : elle constitue une inexécution fautive du contrat sur la base des articles 20, 1° de la loi du 3 juillet 1978 et 1134 du Code civil. La modification est dès lors inopposable au travailleur qui peut, selon les cas, soulever l'exception d'inexécution, agir en exécution forcée, réclamer la résolution judiciaire voire rompre le contrat pour motif grave<sup>65</sup>.

Une modification importante d'un élément essentiel du contrat imposée unilatéralement par l'employeur entraîne un effet supplémentaire : l'employeur se rend coupable d'un acte

---

<sup>62</sup> La portée concrète du *ius variandi* est donc assez limitée, de sorte que certains auteurs considèrent qu'il s'agit plutôt du droit de déterminer certaines modalités d'exécution du contrat que du droit de modifier certaines conditions de travail : S. GILSON et S. PALATE, « Le *ius variandi* de l'employeur en cas de réorganisation de l'entreprise », *op. cit.*, p. 121.

<sup>63</sup> Si cet article prévoit que « toute clause par laquelle l'employeur se réserve le droit de modifier unilatéralement les conditions du contrat est nulle », il a été considéré par la Cour de cassation comme ne s'appliquant qu'aux éléments essentiels du contrat : Cass., 14 octobre 1991, *J.T.T.*, 1991, p. 464, cité in : K. TROCH, *op. cit.*, p. 495.

<sup>64</sup> S. GILSON, « La modification unilatérale du contrat de travail : vue d'ensemble », *op. cit.*, p. 18 et 19. Ce pouvoir est tout de même encadré, notamment par le principe d'exécution de bonne foi : A. MORTIER, *op. cit.*, p. 328 et 329.

<sup>65</sup> F. KEFER, *op. cit.*, p. 104. Pour une étude plus détaillée de ces moyens d'actions, voy. : A. MORTIER, *op. cit.*, p. 338 à 343 ; S. GILSON, « La modification unilatérale du contrat de travail : vue d'ensemble », *op. cit.*, p. 40 à 44.

équipollent à rupture<sup>66</sup>. Le travailleur est alors en droit de réclamer les indemnités liées à un licenciement<sup>67</sup>.

La question que nous nous posons est la suivante : existe-il une identité entre la notion de modification substantielle et la notion d'acte équipollent à rupture ? L'article 10 de la C.C.T. n° 32bis se bornant à recopier le texte de l'article 4, §2 de la directive, il faut se tourner vers la jurisprudence pour mieux cerner cette notion.

- Concernant la *rémunération* du travailleur :

Dans un arrêt du 7 mai 1992, la Cour du travail de Liège a jugé que la salariée qui décide de ne plus se présenter au travail au motif que le transfert de son contrat de travail entraîne une diminution de sa rémunération et la suppression de son ancienneté barémique conventionnelle ne se rend pas coupable d'un acte équipollent à rupture. Au contraire, la Cour considère « que si, en l'espèce, le transfert du lieu de travail dans le même quartier ne constitue pas une modification essentielle à la convention des parties, il n'en est pas de même de la modification des conditions de rémunération liées à la cession ; [...] qu'en vertu de l'article 10 [de la C.C.T. n° 32bis], la résiliation est présumée intervenue du fait de l'employeur, que le travailleur opte pour l'acte équipollent à rupture, la rupture pour motif grave ou la résolution judiciaire »<sup>68</sup>.

- Concernant le *statut* du travailleur :

La Cour du travail de Bruxelles a jugé que la transformation d'un contrat de travail d'employé en contrat de travail d'ouvrier à la suite du transfert d'entreprise constitue une modification substantielle du contrat au sens de l'article 10 de la C.C.T. n° 32bis et qu'il y a dès lors lieu d'imputer la rupture du contrat faisant suite au refus du travailleur de se présenter au travail à l'employeur et non au travailleur<sup>69</sup>.

- Concernant le *temps de travail* :

Dans un arrêt du 19 novembre 2014<sup>70</sup>, la Cour du travail de Bruxelles semble avoir considéré que la notion de modification substantielle de l'article 10 de la C.C.T. n° 32bis recouvre toute modification unilatérale d'un élément essentiel du contrat de travail. Les faits de l'arrêt concernaient la rupture d'un contrat de travail à temps plein notifiée à une salariée cinq mois après le transfert de son contrat par le cessionnaire dans le but de la réengager dans les liens d'un nouveau contrat de travail à temps partiel, contrat que la salariée a refusé de signer. Après avoir rappelé que la durée de travail était un élément essentiel du contrat que le cessionnaire ne pouvait unilatéralement modifier, la Cour a statué comme suit : « Il apparaît [...] que le cas d'espèce se situe plutôt dans l'hypothèse [...] où la relation de travail est résiliée du fait que le

---

<sup>66</sup> J. CLESSE, Congé et contrat de travail, Liège, Fac. Dr. ULg, 1992, p. 61 et s. ; L. DEAR, « La théorie de l'acte équipollent à rupture », *op. cit.*, p. 163 et s. ; A. MORTIER, *op. cit.*, p. 332 ; F. KEFER, *op. cit.*, p. 105.

<sup>67</sup> S. GILSON, « La modification unilatérale du contrat de travail : vue d'ensemble », *op. cit.*, p. 44.

<sup>68</sup> C. trav Liège (4<sup>e</sup> ch.), 7 mai 1992, *J.T.T.*, 1993, p. 374.

<sup>69</sup> C. trav. Bruxelles, 17 novembre 1992, *Chr. D.S.*, 1995, p. 33.

<sup>70</sup> C. trav. Bruxelles (6<sup>e</sup> ch.), 19 novembre 2014, *J.T.T.*, 2015, p. 100.

transfert d'entreprise entraîne une modification substantielle des conditions de travail au détriment du travailleur »<sup>71</sup>.

La Cour précise ensuite que « pour apprécier si la modification des conditions de travail relève [de l'article 10 de la C.C.T. n° 32bis], il convient de vérifier si une relation de cause à effet peut être établie entre la cession de l'entreprise et [la] modification ayant entraîné la rupture »<sup>72</sup>.

- Concernant le *lieu de travail* :

Une modification de 25 km du lieu de travail imposée à l'occasion d'une activité exercée par une entreprise liégeoise à sa filiale néerlandaise a été jugée comme ne constituant pas une modification importante d'un élément essentiel et qu'il n'y avait dès lors pas lieu d'appliquer l'article 10 de la C.C.T. n° 32bis<sup>73</sup>.

La Cour du travail de Gand a par contre considéré que la modification unilatérale du lieu de travail d'un salarié transféré de Gand à Beveren constitue une modification substantielle au sens de l'article 10 de la C.C.T. n° 32bis<sup>74</sup>. Dans cet arrêt, la Cour admet sans ambiguïté l'existence d'une identité entre la notion de modification substantielle et la notion d'acte équipollent à rupture en précisant ceci : « Bij een weigering om de overgang te aanvaarden, geuit na de overgang, zal hij dan geacht worden zelf de arbeidsovereenkomst onregelmatig te hebben beëindigd. Het is anders wanneer hij zich, zoals in casu, beroept op een belangrijke eenzijdige wijziging van een of meerde essentiële elementen van de arbeidsovereenkomst door de tweede geïntimeerde. Kan hij zijn stelling waar maken, dan is het deze laatste die de arbeidsovereenkomst onregelmatig heeft beëindigd. Artikel 10 expliceert deze regel door te bepalen dat, indien de arbeidsovereenkomst wordt verbroken omdat de overgang een aanmerkelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden te nadele van de werknemer ten gevolge heeft, de arbeidsovereenkomst geacht wordt te zijn verbroken door toedoen van de werkgever »<sup>76</sup>.

### *B.1.d) En conclusion*

Si un doute subsiste quant à la question de savoir si la notion de modification substantielle contenue dans l'article 10 de la C.C.T. n° 32bis est identique à la notion de modification unilatérale et importante d'un élément essentiel du contrat de travail, nous pouvons affirmer que

---

<sup>71</sup> *Ibidem*, point III.1.3.4.

<sup>72</sup> *Ibidem*, point III.1.3.5.

<sup>73</sup> Trib. trav. Liège, 10 janvier 1990, *J.T.T.*, 1990, p. 22. Ce jugement a été confirmé par la Cour du travail de Liège dans lequel il a été précisé que la notion de modification substantielle recouvre la modification unilatérale importante d'un élément essentiel du contrat de travail. L'article 10 de la C.C.T. n° 32bis allant tout de même plus loin que la théorie de l'acte équipollent à rupture puisqu'il prévoit que la rupture est imputable au cessionnaire quel que soit le mécanisme de rupture utilisé : C. trav. Liège (4<sup>e</sup> ch.), 10 juin 1993, *J.T.T.*, 1993, p. 371.

<sup>74</sup> C. trav. Gand, 14 février 2005, *Chr. D.S.*, 2005, p. 321.

<sup>75</sup> De même, la délocalisation d'une entreprise dans le même quartier ne constitue pas une modification substantielle au sens de l'article 10 de la C.C.T. n° 32bis : C. trav. Liège (4<sup>e</sup> ch.), 7 mai 1992, *J.T.T.*, 1993, p. 374.

<sup>76</sup> C. trav. Gand, 14 février 2005, *op. cit.*, point 5.2.1.2.

les possibilités de modification unilatérale dont dispose l'employeur dans le cadre d'un transfert d'entreprise sont plus restreintes qu'en dehors de ces circonstances.

Premièrement, la faculté de l'employeur de modifier unilatéralement le régime de travail des travailleurs cédés dans le cadre d'un transfert d'entreprise est limitée dans son principe par la condition que la modification ne peut en aucun cas être motivée par le transfert.

Deuxièmement, la protection des travailleurs organisée par les articles 4, §2 de la directive et 10 de la C.C.T. n° 32bis dépasse la théorie de l'acte équipollent à rupture dans la mesure où la dissolution qui fait suite à une modification substantielle des conditions de travail au détriment du travailleur est présumée intervenue du fait de l'employeur, quel que soit le mécanisme de rupture utilisé.

Il ne faut toutefois pas perdre de vue que si la protection accordée par la législation propre au transfert ne s'applique pas en cas de modification non substantielle, l'employeur qui dépasse les limites de son *ius variandi* engage sa responsabilité contractuelle.

## ***B.2) Les modifications consensuelles des conditions de travail***

Nous avons établi que la règle impérative du maintien des contrats de travail contenue à l'article 3, §1 de la directive européenne est tempérée par la jurisprudence de la Cour de justice. Pour rappel, une modification conventionnelle des conditions de travail dans un sens défavorable au travailleur est permise en droit européen si le droit national permet une telle modification en dehors des circonstances d'un transfert d'entreprise et pour autant qu'elle ne soit pas motivée par ces circonstances.

### *B.2.a) Le caractère d'ordre public ou impératif de la C.C.T. n° 32bis et le principe d'interprétation conforme*

Une modification consensuelle des conditions de travail au détriment du travailleur implique la renonciation de ce dernier à la protection qui lui est conférée par l'article 7 de la C.C.T n° 32bis, c'est-à-dire au maintien des droits qu'il tire du contrat de travail conclu avec le cédant.

Il est généralement enseigné que la validité d'une telle renonciation dépend de la nature impérative ou d'ordre public de la norme à laquelle les parties entendent déroger : une norme d'ordre public s'oppose en principe à toute renonciation qu'elle protège, à l'inverse d'une disposition impérative qui permet une telle renonciation à partir du moment où la protection ne se justifie plus<sup>77</sup>.

---

<sup>77</sup> Ce principe est toutefois à nuancer. Il arrive que certaines dispositions d'ordre public permettent une renonciation aux droits qu'elles protègent : F. KEFER, *op. cit.*, p. 91 à 93.



Si la question de la nature impérative ou d'ordre public de l'article 7 de la C.C.T. n° 32bis est controversée tant en doctrine qu'en jurisprudence<sup>78</sup>, selon F. Kéfer, l'enjeu de la question est assez réduit. En effet, si nous retenons la conception classique exposée ci-dessus, qu'il s'agisse d'une disposition impérative ou d'ordre public, aucune modification de la relation de travail ne pourrait valablement être convenue par le travailleur avant l'échéance de son contrat<sup>79</sup>.

Il ne semble toutefois pas que les auteurs de la convention collective aient entendu figer la relation contractuelle et réduire à ce point les possibilités de modification dont dispose le cessionnaire qui, en vertu de l'article 7 de la C.C.T. n° 32bis, n'a pas moins de droits que le cédant.

Selon le principe d'interprétation conforme dégagé par la Cour de justice dans un arrêt du 10 avril 1984, le droit national doit être interprété à la lumière du texte et de la finalité de la directive afin d'atteindre l'objectif qui y est poursuivi<sup>80</sup>. L'article 7 de la C.C.T. n° 32bis doit par conséquent recevoir la même interprétation que celle donnée par la Cour à l'article 3, §1 de la directive européenne : lorsqu'une modification est admise en dehors des circonstances d'un transfert, elle l'est également dans ce cadre pour autant qu'il n'en soit pas le fondement. Ainsi, nous pouvons admettre que le seul droit qui est protégé par l'article 7 de la C.C.T. n° 32bis, de manière impérative ou d'ordre public, est en réalité le droit ne pas subir de modification motivée par le transfert.

Pour le surplus et dans la mesure où la Cour renvoie au droit qui régit le contrat de travail en dehors de l'hypothèse d'un transfert d'entreprise, l'examen des possibilités de modification conventionnelle des conditions de travail des travailleurs transférés dans un sens qui leur est défavorable suppose d'étudier les limites qui sont prévues par le droit commun.

### *B.2.b) Le respect de la hiérarchie des normes*

En vertu de l'article 1134 du Code civil, toutes les conditions contractuelles de travail peuvent être modifiées par le consentement des deux parties au contrat, sans qu'il soit nécessaire de faire la distinction entre les éléments essentiels et les éléments accessoires.

Toutefois, le droit du travail se caractérisant par l'existence de normes de natures différentes, le législateur a établi une hiérarchie entre ces normes à l'article 51 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires<sup>81</sup>. La validité des modifications consensuelles des conditions de travail dépend donc du respect cette hiérarchie.

Concrètement, lorsque l'employeur entend réduire la rémunération de ses travailleurs, il peut choisir la voie de la négociation individuelle ou de la négociation collective par la conclusion

---

<sup>78</sup> Voy. : V. VANNES, *op. cit.*, p. 573 ; L. PELTZER, « Quelques arrêts clés de la Cour de justice en matière de transfert d'entreprise », *op. cit.*, p. 590 et 591 ; N. THOELLEN, « Conventionele overgang van ondernemingen », *op. cit.*, p. 122 et 123.

<sup>79</sup> F. KEFER, *op. cit.*, p. 94 et 95.

<sup>80</sup> C.J.C.E., 10 avril 1984, C-14/83.

<sup>81</sup> J. CLESSE et F. KEFER, *Manuel de droit du travail*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 123 et s.

d'un nouveau contrat de travail ou d'une convention au niveau de l'entreprise. Quelle que soit la voie empruntée, la réduction de la rémunération ne sera valable que si le montant ainsi convenu n'est pas inférieur aux minimas prévus par les conventions collectives sectorielles qui lient de manière impérative le chef d'entreprise. Ces normes de rang supérieur l'emportent en effet sur les dispositions du contrat individuel. Lorsque c'est le cessionnaire qui est à l'origine de la négociation et non le cédant, la réduction de la rémunération se heurte à une limite supplémentaire : l'article 20 de la loi du 5 décembre 1968 lui impose de maintenir les droits résultant des conventions collectives de travail sectorielles qui liaient le cédant au moment du transfert jusqu'à ce qu'elles cessent de produire leurs effets<sup>82</sup>.

Concernant l'ancienneté acquise par le travailleur avant le transfert, nous avons vu qu'il ne s'agit pas d'une condition de travail qui est transférée en tant que telle, le cessionnaire étant toutefois tenu de la prendre en considération dans la mesure où elle intervient dans la détermination des droits de nature pécuniaire<sup>83</sup>.

En droit belge, l'article 37/2 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail fait intervenir l'ancienneté du travailleur dans le calcul du délai de préavis à respecter en cas de licenciement. Cette disposition étant unilatéralement impérative en faveur du travailleur<sup>84</sup>, l'accord par lequel le travailleur renonce à se prévaloir de son ancienneté auprès du cessionnaire n'est valable qu'à partir du moment où cette impérativité cesse, soit au moment de la notification du congé par le cessionnaire. La Cour de cassation considère en effet que la renonciation à un droit protégé par une disposition impérative n'est valable qu'à partir du moment où tout risque de pression sur le travailleur disparaît, ce qui vise le moment où le contrat de travail prend fin ainsi que le lien de subordination qui le caractérise<sup>85</sup>. Tout accord emportant la renonciation du travailleur au bénéfice de son ancienneté avant ce moment est donc frappé de nullité<sup>86</sup>.

### *B.2.c) En conclusion*

Nous retiendrons que les possibilités de modification conventionnelle des conditions de travail qui s'offrent au cessionnaire sont identiques à celles dont bénéficiait le cédant avant le transfert des travailleurs : les parties au contrat de travail sont libres de modifier la convention qui les lie en vertu du principe de l'autonomie des volontés sous réserve toutefois du respect des normes qui leur sont hiérarchiquement supérieures. Ces modifications consensuelles ne peuvent, en outre, jamais être motivées par le transfert d'entreprise, ce qui limite leur validité de manière importante.

---

<sup>82</sup> F. KEFER, *op. cit.*, p. 97 et s.

<sup>83</sup> Voy. point B.2) du présent exposé.

<sup>84</sup> Article 6 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

<sup>85</sup> Cass., 5 octobre 2009, *J.T.T.*, 2009, p. 451.

<sup>86</sup> Concernant la possibilité de conclure une convention sur les délais de préavis avant la réforme opérée par la loi du 26 décembre 2013 concernant l'introduction d'un statut unique entre ouvriers et employés, voy. : C. ENGELS, *op. cit.*, p. 69.

### **III. LA TRANSPOSITION DES ARTICLES 3, §1 ET 4, §2 DE LA DIRECTIVE EUROPÉENNE EN DROIT FRANÇAIS, LUXEMBOURGEOIS ET ALLEMAND**

#### **A.- EN DROIT FRANÇAIS**

La transposition de l'article 3, §1 de la directive européenne est assurée en droit français par l'article L.1224-1 du Code du travail, libellé comme suit : « 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 ».

L'article 4, §2 de la directive européenne qui complète la protection des travailleurs en leur permettant d'imputer à leur employeur la résiliation de leur contrat faisant suite à une modification substantielle résultant du transfert d'entreprise n'est pas visé par une disposition spécifique du Code du travail. La jurisprudence joue par conséquent un rôle important dans la délimitation de la protection qui est accordée aux travailleurs.

A cet égard, un arrêt récent de la Cour de cassation française semble réduire de façon critiquable la portée de ces dispositions. Il s'agit d'un arrêt du 1<sup>er</sup> juin 2016 dans lequel la Cour a jugé : « Lorsque l'application de l'article 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 ; qu'il appartient au cessionnaire [...], soit de formuler de nouvelles propositions, soit de tirer les conséquences de ce refus en engageant une procédure de licenciement »<sup>87</sup>. Jusqu'ici, la décision de la Cour ne pose aucun problème de conformité au droit européen mais nous permet d'exposer brièvement l'état du droit français relatif aux possibilités de modification du contrat de travail.

La relation contractuelle de travail n'est en effet pas immuable : elle peut être modifiée soit unilatéralement par l'employeur, soit d'un commun accord avec le travailleur. Comme en droit belge, le pouvoir de direction de l'employeur qui lui permet de modifier unilatéralement le régime de travail de ses salariés n'est pas absolu. Pour en connaître les limites, il convient de faire la distinction entre les modifications du « contrat de travail » et les modifications « des conditions de travail »<sup>88</sup>. Ainsi, l'employeur peut imposer au travailleur une modification de ses conditions de travail sans que ce dernier puisse s'y opposer ; un refus de sa part pouvant mener

---

<sup>87</sup> Cass. soc., 1er juin 2016, n° 14-21.143.

<sup>88</sup> F. GAUDU, « France », *Corporate Restructuring and the Role of Labour Law*, vol. 47, 2003, p. 75 ; A. MAZEAUD, *Droit du travail*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2014, p. 448 ; F. FAVENNEC-HERY et P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2016, p. 436 ; S. SELUSI, *La cession du contrat de travail*, Paris, L.G.D.J., 2017, p. 235.

le cas échéant à son licenciement<sup>89</sup>. *A contrario*, une modification du contrat de travail suppose l'accord du travailleur, lequel est donc en droit de s'y opposer. Dans ce cas, l'employeur peut procéder à son licenciement mais il devra alors justifier d'une cause réelle et sérieuse qui ne pourra pas résulter du seul refus du travailleur<sup>90</sup>.

Si la terminologie française diffère de celle utilisée en droit belge, les limites au pouvoir de direction de l'employeur sont semblables. La notion de « contrat de travail » renvoie en effet aux éléments qui sont par essence contractuels et aux éléments qui ont été contractualisés par les parties. La rémunération<sup>91</sup> du travailleur et la durée de travail<sup>92</sup> sont considérés par la jurisprudence française, à l'instar de la jurisprudence belge, comme étant des éléments contractuels par nature échappant ainsi au pouvoir de direction de l'employeur. Quant à la fonction du travailleur, l'employeur est autorisé à modifier certaines tâches et modalités d'exécution pour autant qu'il n'en modifie pas la nature<sup>93</sup>. A l'inverse, le lieu de travail et l'horaire de travail relèvent en principe du pouvoir de direction de l'employeur<sup>94</sup>. Le changement du lieu de travail peut toutefois s'analyser en une modification du contrat de travail lorsque le travailleur est muté en dehors du secteur géographique d'origine<sup>95</sup>.

L'arrêt de la Cour de cassation précité concernait le transfert d'une entreprise située dans le département du Var à un cessionnaire établi dans la ville de Lyon. Le lieu de travail d'une salariée avait été transféré au même endroit. S'étant opposée comme elle en avait le droit à cette modification de son lieu de travail en dehors du secteur géographique du cédant, le cessionnaire l'a licenciée. La Cour de cassation a estimé que le licenciement reposait sur une cause réelle et sérieuse, le transfert d'entreprise ayant entraîné par lui-même la modification du contrat de travail.

Cette décision est critiquable : le cessionnaire semble désormais pouvoir imposer une modification, même substantielle, du lieu de travail en raison du transfert – et pourquoi pas d'autres modifications qui, d'une manière ou d'une autre, pourraient être « inhérentes » au transfert – sans risquer de se voir imputer la rupture du contrat qui en a résulté<sup>96</sup>. Cette

---

<sup>89</sup> A. MAZEAUD, *Droit du travail, op. cit.*, p. 457 ; J. MOULY, « La modification du contrat de travail consécutive au transfert d'entreprise : quelle cause de licenciement en cas de refus du salarié ? », *Dr. soc.*, 2016, p. 775 et s.

<sup>90</sup> J. MOULY, *op. cit.*, p. 776 ; F. FAVENNEC-HÉRY et P.-Y. VERKINDT, *op. cit.*, p. 441. Si l'employeur impose la modification au salarié malgré son opposition, ce dernier peut prendre acte de la rupture du contrat à l'initiative de l'employeur : A. MAZEAUD, *Droit du travail, op. cit.*, p. 454.

<sup>91</sup> *Voy.* notamment, Cass. soc., 28 janvier 1998 et Cass. soc., 1<sup>er</sup> juillet 2008, cités in : F. FAVENNEC-HÉRY et P.-Y. VERKINDT, *op. cit.*, p. 436.

<sup>92</sup> Cass. soc., 24 mars 2004, cité in : A. MAZEAUD, *Droit du travail, op. cit.*, p. 453.

<sup>93</sup> A. MAZEAUD, *Droit du travail, op. cit.*, p. 451 ; S. SELUSI, *La cession du contrat de travail*, Paris, L.G.D.J., 2017, p. 236.

<sup>94</sup> A. MAZEAUD, *Droit du travail, op. cit.*, p. 451 et 452 ; A. MAZEAUD, *Droit du travail, op. cit.*, p. 451 ; F. FAVENNEC-HÉRY et P.-Y. VERKINDT, *op. cit.*, p. 437 et 438.

<sup>95</sup> M., CASTRONOVO, « Une clarification de la distinction entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », *Rev. dr. trav.*, 2010, p. 712 et 713 ; F. FAVENNEC-HÉRY et P.-Y. VERKINDT, *op. cit.*, p. 437.

<sup>96</sup> J. MOULY, *op. cit.*, p. 778 ; A. MAZEAUD ET A. MAZEAUD, « Vers un déclin de la règle du maintien des contrats de travail en cas de transferts d'entreprise ? », *Rev. dr. trav.*, 2017, p. 303 et 304.

jurisprudence récente de la Cour de cassation ne nous semble donc pas conforme à la directive européenne.

## **B.- EN DROIT LUXEMBOURGEOIS ET EN DROIT ALLEMAND**

Le droit luxembourgeois et le droit allemand se caractérisent par l'existence d'une procédure de modification des conditions de travail spécifique qui est étroitement liée au licenciement.

En droit luxembourgeois, l'employeur peut modifier unilatéralement les conditions de travail de ses salariés en vertu de son pouvoir de direction. Cependant, lorsqu'il entend procéder à une modification substantielle de ces conditions, c'est-à-dire une modification portant sur une clause essentielle du contrat, il doit respecter la procédure prévue à l'article L.121-7 du Code du travail luxembourgeois.

Ainsi, l'employeur est obligé de notifier au travailleur le changement de ses conditions de travail accompagné d'un préavis. Ce dernier peut alors demander la communication des motifs qui justifient la décision de son employeur, ce qui lui permet d'apprécier la position adéquate à adopter : soit il accepte la modification et l'exécution du contrat se poursuit aux conditions modifiées, soit il décide d'agir en justice afin de faire contrôler la légalité des motifs invoqués par l'employeur<sup>97</sup>. Le juge est alors amené à vérifier la nécessité de la modification substantielle imposée par l'employeur au regard des motifs avancés. Si cet examen ne permet pas de conclure que ladite modification est nécessaire, elle sera qualifiée de licenciement abusif. Selon l'article L.124-11 du Code du travail : « est abusif et constitue un acte socialement et économiquement anormal, le licenciement qui est contraire à la loi ou qui n'est pas fondé sur des motifs réels et sérieux liés à l'aptitude ou à la conduite du salarié ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service ».

Le droit allemand prévoit une procédure semblable. L'employeur jouit du droit de donner des instructions – *Direktionsrecht* – à ses travailleurs, ce qui lui permet de préciser leurs obligations contractuelles mais non de les modifier unilatéralement<sup>98</sup>. S'il souhaite effectuer une telle modification, l'employeur doit procéder à un *Änderungskündigung* : il doit notifier au travailleur une proposition de modification du contrat doublée d'une déclaration de licenciement pour le cas où ce dernier refuse la proposition<sup>99</sup>.

Le travailleur peut alors réagir de trois manières. Soit il décide d'accepter l'offre et la relation de travail se poursuit aux conditions modifiées, soit il la rejette et il est licencié, soit il adhère à la modification sous réserve que le tribunal la déclare conforme à l'ordre social. Tel est le cas si la modification repose sur des motifs relatifs à la personne du travailleur ou sur des nécessités impérieuses de l'entreprise<sup>100</sup>. Si l'employeur arrive à en apporter la preuve, le travailleur devra

---

<sup>97</sup> I. GIRAULT et A. GODART, « La modification substantielle du contrat de travail en défaveur du salarié : applications pratiques », disponible sur [www.legitech.lu](http://www.legitech.lu), consulté le 10 février 2018.

<sup>98</sup> B. WAAS, « Germany », *Corporate Restructuring and the Role of Labour Law*, vol. 47, 2003, p. 99 et 100.

<sup>99</sup> V. BERTRAND, *op. cit.*, p. 76 ; B. WAAS, *op. cit.*, p. 100.

<sup>100</sup> H. SEITER et A.R. BLATTEI, *Betriebsinhaberwechsel*, Übersicht, V, cité in: V. BERTRAND, *op. cit.*, p. 76.

poursuivre l'exécution de son contrat nouvellement modifié ou donner sa démission. A l'inverse, la relation de travail se poursuit aux conditions originaires<sup>101</sup>.

En organisant ces procédures spécifiques, les droit allemand et luxembourgeois se différencient du droit belge où le contrôle judiciaire est organisé *a posteriori*. Or, dans le cadre d'une modification apportée aux conditions de travail des travailleurs nouvellement acquis par le cessionnaire, les procédures allemande et luxembourgeoise permettent un contrôle préventif des motifs qui sous-tendent la modification, lesquels ne peuvent en aucun cas être dus au transfert.

---

<sup>101</sup> V. BERTRAND, *op. cit.*, p. 76.

## CONCLUSION

Les transferts d'entreprises créent des situations complexes faisant intervenir des intérêts souvent contradictoires : ceux du travailleur désireux de maintenir son emploi et ceux de l'employeur dont l'objectif est d'assurer la rentabilité de l'entreprise. Ces intérêts doivent être agencés avec précaution. L'employeur doit certes se voir reconnaître une certaine marge de manœuvre dans l'aménagement des conditions de travail des travailleurs transférés, mais cette liberté nécessite d'être encadrée.

L'intervention du législateur européen permet cet encadrement : la possibilité pour l'employeur de modifier unilatéralement ou conventionnellement la relation contractuelle qui le lie à ses travailleurs est reconnue mais de manière limitée.

Par ailleurs, ne souhaitant pas uniformiser les législations des États membres, mais seulement créer un socle minimal de protection des droits des travailleurs, le droit national joue un rôle important. Ainsi, comme nous l'avons vu, des divergences entre les États membres subsistent, soit dans le sens d'une protection accrue des travailleurs, soit dans le sens d'une diminution de cette protection, parfois en contradiction avec le droit européen des transferts.





## BIBLIOGRAPHIE

- **DOCTRINE :**

BERTRAND, V., *Transfert des contrats de travail et cession d'entreprise : la directive européenne et les droits belge, français et allemand*, Bruxelles, Bruylant, 1988.

BAYART, C. et BOSMANS, I., « Individuele rechtsbescherming bij herstructurering », *Herstructurering doorheen het (arbeids)recht*, J. Peeters et W. Rauws (dir.), Antwerpen, Intersentia, 2006, p. 181 à 286.

CASTRONOVO, M., « Une clarification de la distinction entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », *Rev. dr. trav.*, 2010, p. 712 à 716.

CLESSE, J., *Congé et contrat de travail*, Liège, Fac. dr. ULg, 1992.

DEAR, L., « La théorie de l'acte équipollent à rupture », *Le droit du travail dans tous ses secteurs*, M. Dumont (dir.), Liège, Anthémis, 2008, p. 159 à 203.

DEAR, L., « La sanction de la modification unilatérale – l'acte équipollent à rupture ou la résolution judiciaire : avantages et inconvénients », *La modification unilatérale du contrat de travail*, S. Gilson (dir.), Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2010, p. 73 à 108.

ENGELS, C., *Overgang van onderneming in het kader van de CAO nr. 32bis*, Brugge, die Keure, 2017.

FAVENNEC-HERY, F. et VERKINDT, P.-Y., *Droit du travail*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2016.

FERREIRO, C. et OCCHINO, A., « Le transfert d'entreprise (2<sup>e</sup> partie) », *Rev. dr. trav.*, 2011, p. 199 à 208.

GAUDU, F., « France », *Corporate Restructuring and the Role of Labour Law*, vol. 47, 2003, p. 61 à 77.

GISLON, S. et PALATE, S., « Le *ius variandi* de l'employeur en cas de réorganisation de l'entreprise », *Les restructurations en droit social : questions spéciales – Capita Selecta*, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 109 à 139.

GILSON, S., « La modification unilatérale du contrat de travail : vue d'ensemble », *La modification unilatérale du contrat de travail*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2010, p. 11 à 45.

GUERY, G., *Restructuration d'entreprises en Europe : Dimension sociale*, Bruxelles, De Boeck Université, 1999.

JAMOULLE, M., *Le contrat de travail*, t. II, Liège, Éditions de la Faculté de droit de Liège, 1986.

- KEFER, F., « L'harmonisation des conditions individuelles de travail en cas de transfert conventionnel d'entreprise », *La cession d'entreprise : les aspects sociaux*, J.-F. Leclercq (dir.), Bruxelles, Larcier, 2011, p. 77 à 110.
- MAZAUD, A.-L. et MAZEAUD, A., « Vers un déclin de la règle de maintien des contrats de travail en cas de transferts d'entreprise ? », *Rev. dr. trav.*, 2017, p. 302 à 308.
- MAZEAUD, A., *Droit du travail*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2014.
- MOULY, J., « La modification du contrat de travail consécutive au transfert d'entreprise : quelle cause de licenciement en cas de refus du salarié ? », *Dr. soc.*, 2016, p. 775 à 779.
- MORTIER, A., « La modification du contrat de travail en droit belge et en droit français », *Rev. dr. Ulg*, 2010, p. 321 à 372.
- PANTIN, M., *Transferts d'entreprise en droit communautaire et droit comparé*, Marseille, Puam, 2011.
- PATERNOSTRE, B., « L'acte équipollent à rupture... Quelques applications jurisprudentielles », *Orientations*, 2010, n° 5, p. 1 à 17.
- PELTZER, L., « Quelques arrêts clés de la Cour de Justice en matière de transfert d'entreprise », *Le droit du travail dans tous ses secteurs*, M. Dumont (dir.), Liège, Anthémis, 2008, p. 567 à 591.
- PELTZER, L., « Le transfert d'entreprise et l'outsourcing pour faire face à la crise : aspects sociaux », *Le droit social face à la crise*, D. Plas et S. Gilson (dir.), Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2010, p. 69 à 117.
- PELTZER, L., « Actualités en matière de transfert d'entreprises », *Droit du travail tous azimuts*, H. Mormont (dir.), Bruxelles, Larcier, 2016, p. 143 à 196.
- PELTZER, L., « *Ius variandi* et transfert d'entreprise : quelques réflexions (critiques) autour de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2016 », *J.T.T.*, 2017, p. 69 à 73.
- REMY, P., CHEZLEMAS, M.-H. et GOMES, J., « Le transfert d'entreprise (1<sup>ère</sup> partie) », *Rev. dr. trav.*, 2011, p. 132 à 146.
- RODIERE, P., *Traité de droit social de l'Union européenne*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2014.
- RAETS, S. et THOELLEN, N., « Het belang van de verkrijger bij overgang van onderneming volgens C.A.O. nr. 32bis », *J.T.T.*, 2015, liv. 1214, p. 145 à 152.
- SCHMITT, M., *Droit du travail de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2012.
- THOELLEN, N., *Conventionele overgang van ondernemigen*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2015.

TROCH, K., « La modification des éléments essentiels du contrat de travail », *Le droit des obligations dans la vie de l'entreprise*, C. Delforge, S. Stijns et P. Wéry (eds), Bruxelles, La Chartre, 2017, p. 493 à 535.

SELUSI, S., *La cession du contrat de travail*, Paris, L.G.D.J., 2017.

VANNES, V., *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2012.

WANTIEZ, C., *Transfert conventionnel d'entreprises et droit du travail*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2003.

WAAS, B., « Germany », *Corporate Restructuring and the Role of Labour Law*, vol. 47, 2003, p. 79 à 101.

- **JURISPRUDENCE :**

C.J.U.E., arrêt *Unionen*, 6 avril 2017, C-336/15.

C.J.C.E., arrêt *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, 11 septembre 2014, C-328/13.

C.J.C.E., arrêt *Alemo-Herron e.a.*, 18 juillet 2013, C-426/11.

C.J.C.E., arrêt *Scattolon*, 6 septembre 2011, C-108/10.

C.J.C.E., arrêt *Juuri c. Amica*, 27 novembre 2008, C-396/07.

C.J.C.E., arrêt *Werhof*, 9 mars 2006, C-499/04.

C.J.C.E., arrêt *Delahaye*, 11 novembre 2004, C-425/02.

C.J.C.E., *Martin et Consorts*, 6 novembre 2003, C-4/01.

C.J.C.E., arrêt *Temco*, 24 janvier 2002, C-51/00.

C.J.C.E., arrêt *Beckmann*, 4 juin 2002, C-164/00.

C.J.C.E., arrêt *Collino et Chiappero*, 14 septembre 2000, C-343/98.

C.J.C.E., arrêt *Europièces SA*, 12 novembre 1998, C-399/96.

C.J.C.E., arrêt *Rotsart de Hertaing*, 14 novembre 1996, aff. C-305/94.

C.J.C.E., arrêt *Merckx and Neuhuys*, 7 mars 1996, C-171/94 et C-172/94.

C.J.C.E., arrêt *Katsikas*, 16 décembre 1992, C-123/91, C-138/91 et C-139/91.

C.J.C.E., arrêt *Rask et Christensen c. I.S.S. Kantineservice*, 12 novembre 1992, C-209/91.

C.J.C.E., arrêt *D'Urso e.a.*, 25 juillet 1991, C-362/89.

C.J.C.E., arrêt *Berg et Busschers*, 5 mai 1988, C-144/87 et C-145/87.

C.J.C.E., arrêt *Tellerup*, 10 février 1988, C-324/86.

C.J.C.E., arrêt *Mikkelsen*, 11 juillet 1985, C-105/84.

Cass, 16 septembre 2013, *J.T.T.*, 2013, p. 433.

Cass., 13 octobre 1997, *Pas.*, 1997, II, p. 1010.

Cass., 23 décembre 1996, *J.T.T.*, 1997, p. 145.

Cass., 17 mai 1993, *J.T.T.*, 1993, p. 490.

Cass., 20 décembre 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 1087.

Cass., 14 octobre 1991, *J.T.T.*, 1991, p. 464.

Cass., 7 février 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 650.

Cass., 1<sup>er</sup> décembre 1980, *J.T.T.*, 1981, p. 204.

Cass., 27 janvier 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 492.

Cour trav. Anvers, 4 octobre 2016, *J.T.T.*, 2017, p. 256.

C. trav. Anvers, 7 décembre 2005, *Chr. D.S.*, 2006, p. 332.

C. trav. Gand, 14 février 2005, *Chr. D.S.*, 2005, p. 321.

C. trav. Bruxelles (6<sup>e</sup> ch.), 19 novembre 2014, *J.T.T.*, 2015, p. 100.

C. trav. Bruxelles, 13 juin 2006, *Chr. D.S.*, 2008, p. 158.

C. trav. Bruxelles, 17 novembre 1992, *Chr. D.S.*, 1995, p. 33.

C. trav. Mons, 7 juin 2005, *Chr. D.S.*, 2007, p. 404.

C. trav., Liège, 17 octobre 2007, *Chr. D.S.*, 2009, p. 247.

C. trav. Liège, 17 décembre 2003, *J.T.T.*, 2005, p. 6.

C. trav. Liège, 29 juillet 1997, *Chr. D.S.*, 1997, p. 439

C. trav. Liège (4<sup>e</sup> ch.), 10 juin 1993, *J.T.T.*, 1993, p. 371.

C. trav Liège (4<sup>e</sup> ch.), 7 mai 1992, *J.T.T.*, 1993, p. 374.

Trib. trav. Liège, 10 janvier 1990, *J.T.T.*, 1990, p. 22.

Cass. soc., 1<sup>er</sup> juin 2016, n° 14-21.143.