Propositions pour le droit du renouvellement et de l'extinction des conventions et accords collectifs de travail

Table des matières

I. Renouvellement des accords (*droit de la révision*)....4
A. Définir la révision....4
1. Imposer le respect de la procédure de révision....6
2. Permettre la cohabitation d'accords de révision et d'accords autonomes....7
B. Préciser le mécanisme de révision....8
1. Révision par des organisations syndicales de salariés....8
a. Positions....9
b. Propositions....11
i) Option 1 : le droit de la révision aligné sur le droit de conclusion....12
ii) Option 2 : le droit de la révision distingué du droit de conclusion....12
iii) Options non-retenues....13
2. Révision par des organisations patronales....13
3. Révision en l'absence d'organisations syndicales représentatives....15
4. « Révision » entre niveaux distincts : groupe, entreprise, établissement....17
a. Entreprise et établissements....18
Option 1 : double audience d'engagement....18
Option 2 : audience d'engagement spécifique avec droit d'opposition....19
b. Groupe et entreprises....20
5. Clauses de rendez-vous....22
II. Extinction des accords (*règles applicables à la dénonciation, la mise en cause, les restructurations et les avantages individuels acquis*)....23
A. Mécanismes d'extinction....24
1. Dénonciation....24
2. Mise en cause....25
B. Droit du maintien des avantages conventionnels....28
1. Présentation d'un droit du maintien individuel....28
a. Genèse, l'interprétation de Jean Auroux et les premières lectures de la notion....30
b. Interprétations contemporaines des avantages individuels acquis....31
c. Les cas de droits acquis....35
i. Rémunérations et sommes diverses....35
ii. Fonctions....38
ii. Temps....38
d. Appréciation....39
2. Propositions d'un droit au maintien conventionnel....39
a. Droit du maintien des conventions et accords collectifs....40
i. Renforcer la négociation....40
- Accords anticipés de transition....41
-. Accords anticipés d'adaptation....42
- Clauses de maintien des avantages conventionnels....42
ii. Préciser la notion et le régime des avantages conventionnels maintenus....44
-. Définitions....45
-. Régime....48
b. Droit du maintien des contrats individuels de travail....50
Remerciements....52

1. Le droit applicable à la négociation collective a connu, dans la période récente, d'importantes modifications. Elles ont changé les règles gouvernant la représentativité des organisations de salariés et d'employeurs ainsi que celles applicables à la conclusion des conventions et accords collectifs. Cependant, le droit du renouvellement et de l'extinction de ces actes juridiques n'a que marginalement été adapté à ces changements.

Si l'ancienneté n'est pas nécessairement un défaut en matière de législation, elle le devient lorsque coexistent, dans un même ensemble législatif, des dispositions reposant sur des fondements et des logiques trop éloignés. La nécessité d'un réexamen peut encore être nécessaire lorsque se trouvent, dans la législation applicable, des incertitudes qui nuisent à la prévisibilité du droit.

2. A l'issue du travail de vérification des règles applicables et des auditions nécessaires à l'appréciation de leur mise en œuvre pratique, un certain nombre de préconisations peuvent être formulées qui portent sur deux points essentiels.
En premier lieu, les règles de renouvellement des accords et conventions appellent probablement des règles favorisant les possibilités de négociation en évitant l'écueil d'une déstabilisation excessive des actes en vigueur.
En second lieu, les dispositions portant sur l'extinction des actes. Sur ce point, l'objectif est d'éviter sans interdire, la disparition du droit négocié – cela suppose de revoir les mécanismes conduisant à l'achèvement des accords et conventions, mais également de permettre de la manière la plus ouverte « des négociations de rattrapage ». S'il s'avère nécessaire de mettre fin au « mystère » des avantages individuels acquis, c'est d'abord en favorisant toutes les possibilités d'éviter une telle extrémité, notamment notamment la négociation en amont et la possibilité de renégociation en aval de l'extinction des accords et conventions collectives de travail.

3. Les préconisations du présent rapport portent sur le droit commun de la négociation collective. Les règles du droit de la protection sociale complémentaire, qui figurent dans le livre 9 du Code de la sécurité sociale n'ont pas fait l'objet de préconisations spécifiques alors que pourrait se poser la question de leur autonomie. **A minima, on pourrait souhaiter que l'article L. 911-5 du Code du travail soit modifié pour prendre en compte la nouvelle numérotation du Code du travail (ce texte renvoyant encore aux anciens articles L. 132-4, L. 132-6 et L. 423-15 du Code du travail)**. De même, n'ont pas fait l'objet de modifications, les dispositions particulières relatives à l'intéressement, la participation et l'épargne salariale.

I. Renouvellement des accords (*droit de la révision*).

4. Deux propositions : définir la révision (A) et modifier son régime (B).

A. Définir la révision

5. Définir la révision. La notion de révision est, aujourd'hui encore, affectée d'une incertitude qui n'est pas totalement avouée. La révision est fréquemment présentée à travers ses effets : la révision est l'acte qui, d'un commun accord, permet de modifier, d'ajouter ou de retrancher aux stipulations

d’un autre acte. Cela ne permet pas d’identifier avec certitude les actes qui peuvent avoir de tels effets.

Si le législateur n’a pas fourni de définition, il a néanmoins esquissé un mouvement en ce sens. La loi du n°2004-391 4 mai 2004 (art. 39) a abrogé le deuxième alinéa 2 de l’ancien article L 132-11 du Code du travail, spécifique aux accords professionnels et interprofessionnels qui prévoyait que « lorsqu’un accord a le même champ d’application territorial et professionnel qu’une convention de branche, il s’incorpore à ladite convention dont il constitue un avenant ou une annexe ».

S’appuyant sur cette suppression, la circulaire du 22 septembre 2004 (Circ. DRT 9 du 22 septembre 2004, fiche 4 n° 2.1 : BOMT 2004/20 p. 123), a retenu que la qualification d’accord de révision, au sens de l’ancien article L 132-7 (repris sous les articles L. 2222-5, L. 2261-7 et L. 2261-8) du Code du travail, est réservée aux seuls accords se présentant comme des avenants à des textes de base.
Le raisonnement est fondé sur un critère formel : l’affirmation contenue dans l’acte manifestant la volonté d'en modifier un autre.

Cependant, ce texte ne concerne que les accords professionnels et interprofessionnels. Dès lors on pourrait considérer que les accords d’entreprise ne sont pas concernés par la réforme (M. L. Morin, la révision des accords collectifs après la loi du 4 mai 2004, RJS 2005, p. 87).

La portée de ce critère est parfois généralisée. Ainsi, dans l’étude consacrée aux conventions collectives, le professeur Chalaron écrit :
« Désormais seul un critère formel subsiste, il faut que l’avenant soit explicité formellement comme portant révision d’une convention ou d’un accord. Cette définition resserrée de l’avenant doit être approuvée. En effet, auparavant, lorsqu’un avenant était signé par des organisations syndicales non-signataires ou non-adhérentes à l’accord d’origine, on pouvait légitimement s’interroger sur la nature de ces textes : s’agissait-il d’un avenant de révision ou d’un nouvel accord ? La définition nouvelle de l’avenant est de nature à régler désormais ces difficultés » (J. cl. Travail traité, fasc. 1-32, §. 236).
Cependant, dans de nombreux ouvrages ou études, cette question n’est pas présentée.

En conséquence, seuls des « sachants », entreprises disposant d’un service juridique spécialisé en droit social ou de l’appui d’un conseil informé, pourront avoir connaissance de la règle et des incertitudes qui l’affectent.
D’autres, moins bien informés, mais néanmoins chanceux, présentent leur accord ou leur convention comme portant révision des textes précédents, par une sorte d’habitude salutaire, sans avoir réellement conscience des enjeux d’une telle clause.
Restent ceux (combien sont-ils ?) qui ne connaissent pas la règle et n’ont pris aucune précaution.

Cette situation n’est pas satisfaisante. Compte tenu de l’importance de cette qualification, il est souhaitable que les parties puissent simplement connaître les cas dans lesquels il y a révision.

Plusieurs suggestions sont concevables. Nous éliminons d’emblée celle consistant à qualifier d’acte de révision le texte qui aurait le même objet ou la même cause que le précédent. Cette solution, séduisante d’un point de vue théorique, risque en pratique de soulever de grandes difficultés de qualification.

Deux autres mécanismes sont concevables.

1/ Pour favoriser l'unité du statut conventionnel il serait possible de prévoir que toute évolution du statut collectif de l'entreprise suppose le respect du droit de la révision.

2/ Pour adopter une solution simple, conforme à la position de l'administration, il est également possible de généraliser un critère formel identifiant l'acte de révision.

Ces deux solutions font l'objet des explications qui suivent.

1. Imposer le respect de la procédure de révision

6. L'idée est simple à exposer, ses conséquences sont délicates à apprécier.

La préconisation pourrait consister à imposer, pour toute modification du statut collectif, le respect de la procédure de révision. Dans ce cas, il n'est pas utile de préciser ce qu'est un accord de révision, car tout accord faisant évoluer le statut collectif dans un même périmètre devra respecter les règles de la révision.

La portée de cette règle serait considérable. En effet, **la présence dans le périmètre considéré d'un accord, interdit, en dehors de la procédure de révision, de négocier un accord distinct**. Un avantage est alors potentiellement accordé aux signataires de l'acte – l'importance de cet avantage dépend des règles de révision (V. infra).

La plus grande modification concernera les entreprises disposant déjà d'un accord ou d'une convention unique. Pour ces dernières, l'évolution de leur situation conventionnelle supposera le respect du droit de la révision. Les parties pourront étendre l'objet d'un accord (ajoutant des thèmes) jusqu'à le transformer en une authentique convention collective ou, au contraire, restreindre le champ des questions qu'il traite.

Toujours dans le respect du droit de la révision les parties auront la possibilité de diviser un acte unique en plusieurs accords pour permettre des révisions séparées avec des majorités différentes. Les partenaires sociaux peuvent avoir une « audience d'engagement » limitée à certains thèmes et ne pas vouloir « s'associer » à des clauses qui ne leur paraissent pas satisfaisantes. Dans ces conditions, la révision à laquelle ils procéderont, consistera à négocier un accord distinct se substituant partiellement aux stipulations de la convention ou de l'accord plus large. Ainsi, la signature de cet accord distinct ne les engagera que sur les thèmes qu'ils auront choisis, sans se présenter comme « cautionnant » l'accord plus large. Cela suppose une modification des conditions de signature de la révision (V. infra).

Les partenaires sociaux peuvent souhaiter demeurer dans un dispositif conventionnel formé par plusieurs accords distincts, traitant de thèmes distincts et révisés séparément.

Ce dispositif ne trouve application que dans un seul et même périmètre. Autrement dit, il ne s'applique pas aux rapports entre accords de groupes, d'entreprises et d'établissements. La révision entre ces niveaux distincts supposant (à supposer qu'elle soit envisagée) une manifestation de volonté expresse (V. infra).

7. Sanction. Un accord conclu en marge de ces règles ne pourrait trouver application. S'agissant d'un vice affectant la naissance même de l'acte ou de la convention, la sanction pourrait être la nullité. Cependant, une telle sanction serait excessive. Il serait probablement plus opportun de considérer que l'accord autonome ne s'impose qu'aux parties qui l'ont conclu (donc, seules les questions concernant les rapports entre l'employeur et les signataires sont applicables). L'acte devrait donc être requalifié en contrat n'obligeant que ceux qui y ont souscrit.

2. Permettre la cohabitation d'accords de révision et d'accords autonomes

8. Il est concevable de laisser le soin aux parties de préciser la nature de l'accord conclu. La technique la plus simple, formulée par la circulaire de 2004 (préc.) consiste à affirmer que l'avenant de révision est celui qui, formellement, mentionne cette qualité.
Afin de ne pas créer un piège pour ceux qui n'auraient pas eu connaissance de cette règle, il faudra permettre, en l'absence de précision dans les documents conventionnels, à celui qui prétend que l'acte est une révision, d'en apporter la preuve.

L'accord portant révision se substituera, totalement ou partiellement à l'accord ou à la convention qui le précédait. Il serait opportun que les négociateurs précisent s'il s'agit d'un remplacement total ou partiel de l'acte ou des actes précédents.

9. Dès lors tout accord qui ne se présentera pas comme un accord de révision devra être considéré comme un **accord autonome**. Cet acte autonome ne se substituera pas au précédent, mais s'ajoutera à lui.

Restera à prévoir comment les deux actes s'appliquent, en particulier lorsqu'ils traitent des mêmes questions.

1/ *Articulation thématique.* Une première possibilité consiste à poser le principe selon lequel, l'accord autonome ne peut valablement modifier un précédent accord. Dans ces conditions, les stipulations du second accord qui ont le même objet et la même cause que le précédent ne peuvent trouver application. Seules s'appliqueront les stipulations nouvelles et différentes de celles du précédent accord.
Cette manière de légiférer serait source d'insécurité juridique, car l'identification et le traitement des recoupements entre accords successifs seront parfois difficiles et, compte tenu des enjeux, risquent d'être à l'origine de litiges.
Ce principe d'articulation thématique ne s'appliquera pas à celui qui s'engagera deux fois dans deux actes différents ; on ne peut se prévaloir des obligations nées d'un contrat pour se dispenser des obligations nées d'un autre.

2/ A*rticulation de faveur.* Il est possible de considérer que les deux accords s'appliquent, l'ancien et le nouveau. En cas de dispositions qui seraient incompatibles, il serait possible de décider que la plus favorable s'applique. Elle supposera de définir les dispositions entrant en conflit et conduira à écarter le cumul des clauses ayant le même objet et la même cause. Autrement dit, on ne raisonne pas avantage par avantage, mais en comparant « des blocs de règles » ayant le même objet et la même cause.
C'est une règle difficile à mettre en œuvre et dont les conséquences ne sont pas aisées à prévoir.

Son accessibilité, spécialement pour ceux qui ne peuvent s'entourer d'un conseil juridique, risque d'être relative. Au demeurant, même en disposant d'un tel appui, des incertitudes subsisteraient.
Des entreprises qui, croiraient négocier des accords se substituant les uns aux autres, pourraient découvrir, *a posteriori*, qu'elles ont accumulé des obligations conventionnelles : chaque nouvel accord ajoutant des droits aux précédents.
L'insécurité juridique sera équivalente à celle de la solution précédente.

10. Ces risques peuvent cependant être relativisés. En effet, il suffit aux parties d'affirmer qu'elles entendent négocier un accord de révision pour échapper à cette règle de conflit. Autrement dit, dans ce système les parties peuvent choisir ou non de mettre en œuvre une règle de conflit complexe.
De surcroît, le risque peut encore être limité si, au-delà du critère formel, l'on permet aux parties d'établir qu'elles avaient conclu un accord de révision. Dans ce cas c'est à la partie qui affirme qu'il s'agit d'un accord de révision d'en faire la preuve.

B. Préciser le mécanisme de révision

11. Le droit de la révision conditionne très largement le renouvellement du paysage conventionnel. Il soulève des questions différentes selon qu'il s'agit d'envisager les personnes à l'origine de la révision - les syndicats (1), les élus et mandatés (3) ou les organisations professionnelles d'employeurs (2) – les niveaux de révision (4) ou la consécration d'une clause obligatoire de périodicité de révision (5).

1. Révision par des organisations syndicales de salariés

12. La révision d'une convention collective doit, en principe, être organisée par la convention elle-même. Il revient donc aux signataires d'organiser les modalités et conditions d'évolution de leur accord.
Cependant, lorsqu'ils ne le font pas, la Cour de cassation a dû préciser les règles applicables. Elle a décidé que « que, d'une part, le consentement unanime des signataires est nécessaire pour engager la procédure de révision et que, d'autre part, les organisations syndicales signataires sont seules habilitées à signer l'avenant de révision selon les règles applicables à chaque niveau de négociation » (Cass. soc. 13 novembre 2008 : pourvoi n°07-42481).

Deux étapes sont ainsi distinguées :
- le déclenchement de la révision qui doit être unanime ;
- la conclusion de l'accord de révision qui doit être signé par des syndicats qui sont déjà signataires de l'acte modifié.

Cette règle produit plusieurs difficultés :

- une seule organisation signataire peut, alors même qu'elle ne satisfait plus à la condition d'audience, faute d'avoir franchi le seuil des 10 % des suffrages, empêcher l'engagement d'une procédure de révision ;

- dans la mesure où seuls les syndicats signataires sont en droit de réviser l'avenant, comment faire lorsqu'ils sont tous désavoués par les électeurs… Une difficulté similaire se présente lorsque les signataires bien que restant représentatifs ne franchissent plus le seuil des 30 % (un accord signé par deux syndicats qui obtiennent, en cumulant leurs scores, un taux de 20 %, 25 %…). La seule possibilité en ce cas consiste à ce que des syndicats qui ne sont pas signataires et dont la condition d'audience permette d'atteindre le seuil des 30 %, adhérent à l'accord à la seule fin de le modifier… Il y a là un mécanisme discutable : un syndicat légitime démocratiquement devrait adhérer à un accord collectif dont il a pu réprouver le contenu pour procéder à une révision qui pourrait fort bien ne jamais aboutir.

C'est le constat opéré par le rapport de Monsieur Combrexelles (p. 61) :
« à l'issue des élections professionnelles dans l'entreprise ou du cycle de représentativité dans une branche, les syndicats signataires peuvent être dans une situation où ils n'atteignent plus ce seuil de 30 %.
L'exercice de révision d'un accord devient alors très difficile, voire impossible, tant au niveau de la branche que de l'entreprise.

La mise en cohérence des règles de révision des accords avec les évolutions issues de la loi du 20 août 2008 apparaît donc souhaitable pour favoriser la négociation et permettre une évolution plus rapide des accords d'entreprise comme de branche.

Le principe serait de prendre en compte la représentativité des acteurs au moment de la révision ».

La mise en œuvre de cette idée a suscité, lors des auditions, des suggestions très contrastées selon qu'était défendue une position de type contractuel ou réglementaire.

Il convient de revenir sur ces positions (a) pour formuler des propositions (b).

a. Positions

13. Analyse contractuelle. Selon une partie des personnes auditionnées, la nature juridique de la convention collective n'a pas changé, il s'agit toujours d'un contrat. En conséquence, seuls les signataires de celui-ci sont habilités à le modifier dans le cadre d'une révision. Partant de ce postulat, certains admettent qu'il soit marginalement possible à une organisation non-signataire de réviser un accord dans les hypothèses où tous les signataires auraient disparu ou – version plus souple – dans les cas où ils auraient tous perdu leur représentativité. Dans la logique de ce raisonnement, il est rappelé que l'employeur a toujours la faculté de dénoncer un accord qui ne lui convient plus et que des non-signataires peuvent adhérer à un tel accord de sorte qu'il n'existerait jamais de blocage complet.

14. Analyse réglementaire. Selon cette seconde analyse, il convient « de larguer les amarres du contrat » pour admettre que la convention collective doit être considérée comme une sorte de

règlement applicable à la collectivité de travail, « une loi de l'entreprise » ou encore « une loi de la profession » qu'elle concerne. Dans cette logique, la révision n'appartient pas à celui qui en est signataire. La qualité de partie est indifférente. La légitimité de l'accord ne repose donc plus sur le consentement (se faire sa propre loi), mais sur une logique démocratique. Il faut alors une majorité légitime d'engagement. Dans cette logique toute personne susceptible de représenter la collectivité devrait pouvoir proposer une évolution de « cette loi de la profession ou de l'entreprise ». Et, toujours par analogie avec la loi parlementaire, il faudrait une véritable majorité pour adopter l'accord de révision.

15. Appréciation. En pratique aucune de ces deux analyses ne peut être jugée pleinement satisfaisante. Les analogies avec la loi ou avec le contrat régi par le Code civil sont des approximations nécessaires. Elles permettent de donner une première compréhension des conventions collectives, utile pédagogiquement ; et d'élaborer, en l'absence de législation suffisante, des solutions pratiques pour le conseil et le règlement des litiges.

Pourtant, assimiler les conventions et accords collectifs à un contrat, entendu comme un contrat « civiliste » (expression parfois employée lors des auditions), n'est que partiellement satisfaisant. Le contrat n'engage que ceux qui y sont parties (principe de l'effet relatif des conventions) et il est conclu entre des personnes qui s'obligent. Or, les conventions et accords collectifs de travail vont s'imposer à des personnes qui n'ont pas négocié l'acte ne respectant pas le principe de l'effet relatif des conventions. Certes, on peut tenter de « sauver » cette explication par la théorie du mandat, de la stipulation pour autrui ou de la gestion d'affaires… mais aucune de ces explications ne résiste vraiment à l'analyse. Élément de complexité supplémentaire, l'acte n'est pas négocié « au nom » de personnes identifiées qui deviendraient « parties » à l'accord, mais au nom d'une collectivité, l'ensemble des salariés, qui n'a pas en tant que telle la personnalité juridique.

S'il existe bien des parties à l'acte – sans quoi un lien d'obligation ne saurait se concevoir – il s'agit, du côté des salariés nécessairement d'**intermédiaires**.

La théorie consistant à assimiler la convention collective à une forme de loi n'est pas plus satisfaisante, car cette dernière n'a guère besoin (du moins formellement), pour être adoptée, d'un accord de volontés entre des intérêts en présence. Elle est l'expression d'une opinion majoritaire.

La convention collective est donc à la fois plus exigeante – parce qu'il faut un accord – et moins exigeante qu'une loi – parce que la majorité n'est pas (encore) requise pour conclure. Dans une logique purement démocratique (qui supposerait, notamment, de faire abstraction des considérations liées à la propriété) l'employeur ne serait qu'un votant parmi d'autres…

Le droit positif n'a consacré aucune de ces théories prenant appui parfois sur la nature contractuelle, parfois sur la nature réglementaire[1] de la convention collective.

1V. F. Gaudu, R. Vatinet, Traité des contrats, Les contrats du travail, LGDJ, 2001, n°531 et s.

S’agissant de la révision, le juge, utilisant les instruments alors à sa disposition, a employé les règles contractuelles en décidant que l’accord de tous les signataires était nécessaire[2]. Cette disposition a suscité une réaction législative destinée à permettre une révision se substituant à l’accord précédant signé par un seul des signataires initiaux et à reconnaître un droit d’opposition aux non-signataires[3]. Ce dispositif a lui-même été modifié par la loi n°2004-391 du 4 mai 2004 pour l’essentiel en **alignant « les conditions de signature des accords de révision sur celles des accords d’origine**, selon un principe de parallélisme des formes destiné à faire prévaloir le droit d’opposition majoritaire, sur lequel repose la réforme »[4].

On peut se demander si la logique de cet alignement ne mérite pas d’être reconsidérée en raison de l’évolution, postérieure à 2004, des règles de conclusion des accords collectifs.

b. Propositions

16. Droit des conventions. Il convient probablement d’abandonner les raisonnements qui réduisent la convention collective soit à une forme de contrat, soit à une forme de loi. Ces comparaisons sont probablement nécessaires en l’absence de loi, elles sont insuffisantes lorsqu’il s’agit de l’écrire.

La constitution n’impose nullement un raisonnement de type contractuel ou légal. **L’alinéa 8 du préambule de 1946 prévoit que « tout travailleur participe, par l’intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail […] ».**

La question de la révision consiste à déterminer les conditions auxquelles une ou plusieurs personnes juridiques peuvent avoir cette qualité d’intermédiaire et renégocier une convention dont les effets s’appliqueront à un ensemble d’autres personnes.

Lorsqu’une partie agit pour son propre compte il n’y a guère de difficulté. Lorsqu’une partie agit en qualité **d’intermédiaire** la situation est plus complexe, car l’intermédiaire n’est pas véritablement une partie à la convention – il agit pour autrui - en l’occurrence, une collectivité de salariés.
Cet intermédiaire n'étant pas partie à la convention, sa disparition ne remet pas en cause l’existence de l’acte tant que la collectivité pour le compte de laquelle une négociation a existé subsiste. En revanche, l’intermédiaire est un négociateur de l’acte et il faut régler la question de son **habilitation à négocier.** Or cette question a subi, avec la loi n°2008-789 du 20 août 2008, une modification majeure. La capacité d’être signataire et l’aptitude à engager la collectivité supposent la satisfaction de conditions d’audience électorale : pour être signataire avoir recueilli 10 % des suffrages exprimés dans l’entreprise, ou 8 % dans la branche pour engager la collectivité ; et la validité d’un accord d’entreprise est subordonnée à sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli au moins 30 % des suffrages exprimés - « audience d’engagement ».

Il paraît difficile de décider que la condition d’audience est une condition de la négociation d’un accord ou d’une convention ; mais de n’en tirer aucune conséquence lorsque vient le temps de la

2Cass. soc., 9 mars 1989 : Dr. soc. 1989, 631, note M. Despax
3L. n°92-1446 du 31 déc. 1992.
4M.-L. Morin, La révision des conventions et accords collectifs après la loi du 4 mai 2004, RJS 2005, 87.

révision. **L'audience doit donc constituer le pivot du droit de la révision.**

Cependant, il n'est pas certain qu'il faille purement et simplement aligner les conditions de conclusion d'une convention collective et les conditions de sa révision. En effet, le droit de la révision a des conséquences à la fois sur la stabilité des accords et conventions, mais aussi sur la position des signataires.

Dès lors, deux options sont envisageables, selon le degré de confiance qui sera accordé au dialogue social dans les différents niveaux.

i) Option 1 : le droit de la révision aligné sur le droit de conclusion

17. C'est assurément la technique la plus simple. Il suffit de considérer que l'accord peut être révisé par toute organisation syndicale représentative, peu important qu'elle soit, ou non, signataire de la convention ou de l'accord modifié. Ainsi, dans l'entreprise, la demande pourrait être formée par toutes les organisations syndicales représentatives et l'acte pourrait être valablement révisé dès lors qu'il a été signé par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli au moins 30 % des suffrages exprimés.

18. **Avantages.** La règle est très simple à formuler. Son application ne réserve pas, *a priori*, de surprise : on retrouve la même technique que celle appliquée depuis 2008 en matière de conclusion de conventions et d'accords collectifs. Elle facilite grandement la signature d'avenants de révision, donc le renouvellement régulier des accords.

19. Inconvénients. Faciliter les révisions présente un inconvénient : le risque d'instabilité. Celle-ci peut aussi bien provenir des organisations syndicales qui, toutes, peuvent solliciter l'ouverture de négociations de révision, que de l'employeur qui peut « faire son marché » entre les propositions de ses interlocuteurs. A un même moment, il peut en effet théoriquement compter sur trois positions différentes des organisations syndicales, chacune franchissant le seuil des 30 %.
Le simple fait pour des organisations syndicales d'avoir signé un avenant ne lie aucunement l'employeur à leur égard – théoriquement il pourrait, dès le lendemain, signer avec une autre majorité.
De surcroît, cette ouverture du droit de la révision peut avoir des conséquences importantes lorsqu'il s'agit de procéder à des révisions à des niveaux différents de négociation (V. infra, groupe, entreprise, établissement).

La réalité de ces risques est difficile à mesurer puisqu'elle dépend étroitement du comportement des acteurs et de leurs forces relatives dans le dialogue social.

ii) Option 2 : le droit de la révision distingué du droit de conclusion

20. Une autre solution consiste à distinguer deux étapes :

- l'engagement de la procédure de révision,

- la signature de l’avenant.

21. Engagement de la révision. *Les signataires de l’acte (convention, accord, avenant) peuvent seuls procéder à sa révision pendant les quatre années qui suivent sa conclusion à condition de représenter au moins 30 % des suffrages exprimés.*
A l’issue de ce délai, ou lorsque les signataires sont passés sous le seuil des 30 %, toute organisation syndicale représentative peut déclencher une procédure de révision.

22. Signature de l’avenant. La règle est simple : il s’agit d’appliquer les règles de conclusion des accords. L’avenant peut être signé par la ou les organisations syndicales représentatives qui satisfont à la condition d’audience d’engagement applicable.

23. Avantages. Cette option facilite, par rapport aux règles actuellement applicables, les révisions en tout en permettant une plus grande stabilité des accords conclus. En ce sens, elle se rapproche de la proposition avancée par Monsieur Combrexelle, d’un accord à durée déterminée de quatre années. Elle incite également à un choix responsable des interlocuteurs : l’accord engage, sauf bouleversement électoral, l’employeur envers les syndicats de salariés qui en sont signataires.

Cette stabilité de l’accord présente de surcroît une importance si un régime spécifique pour organiser la négociation entre des niveaux différents est prévu (V. infra).

24. Inconvénient. Cette option est plus complexe que l’option 1.

iii) Options non-retenues.

25. Révision majoritaire. Lors des auditions, l’idée d’une révision majoritaire a été avancée. Bien que parfaitement défendable, en particulier d’un point de vue démocratique, nous l’écartons ici, car : 1/ cela suppose de revoir les règles de conclusion des accords, ce qui dépasse l’objet de la mission, 2/ elle induit un risque de blocage des processus de révision.

26. Révision fondée sur les cycles électoraux & les mesures d’audience. Il serait concevable de remplacer la durée fixe de 4 années par la référence à un cycle électoral. La révision ne pourrait être engagée que par les signataires pendant un cycle électoral (ou une nouvelle mesure de l’audience), - à l’issue dudit cycle, toute organisation représentative, pourrait la déclencher. Cette proposition a néanmoins rencontré de nombreuses réserves lors des auditions, certains étant par principe défavorables à la référence au cycle, d’autres soulignant l'imprécision de la référence au cycle en cas de réorganisation d’entreprise.

2. Révision par des organisations patronales

27. Représentativité limitée à l’extension. S’agissant de la négociation conduite dans les entreprises, la condition de représentativité n’a guère de sens, car l’employeur s’engage sans intermédiaires.

C’est donc au-delà de l’entreprise, en particulier dans les branches professionnelles, qu’il convient de se demander dans quelle mesure il faut prendre en considération la mise en œuvre des conditions de représentativité, en particulier du seuil des 8 % d’entreprises adhérentes (C. trav. Art. L. 2151-1, L. 2152-1 et s.).

En principe, il ne s’agit pas d’une condition de conclusion des accords, il ne s’agit donc pas d’une condition de leur révision. La solution n’est pas totalement surprenante, les organisations patronales n’engagent que les entreprises qui y adhèrent. Il n’y a donc pas, à leur égard, de violation du principe de l’effet relatif des conventions. Il ne s’agit pas de représentativité, mais d’une représentation.

La condition de représentativité doit, en revanche, être satisfaite pour que l’accord soit susceptible d’être étendu (C. trav. art. L. 2261-19). C'est donc dans ce champ qu’il est possible d’envisager une évolution des règles de la révision.

28. Révision par toute organisation représentative non-signataire. En effet, il est concevable que la mesure de l’audience révèle que certaines conventions ou certains accords étendus ne sont signés que par des organisations professionnelles d’employeurs qui ne sont pas représentatives. Cela n’interdit nullement une révision par ces signataires, mais l’acte ainsi révisé ne pourra être étendu.

Il est concevable de prévoir que les conventions et accords étendus peuvent faire l’objet d’une révision par des organisations syndicales signataires dès lors qu’elles sont représentatives. Ce serait cependant porter une atteinte excessive à la liberté conventionnelle des organisations professionnelles d’employeurs dès lors qu’elles n’engagent que leurs adhérents. La possibilité pour ces organisations de réviser un accord sans que ce dernier puisse être étendu doit être maintenue.

Une autre solution pourrait consister à affirmer qu’une organisation professionnelle d’employeurs dès lors qu’elle est représentative, peut réviser un accord collectif. La règle ne doit pas cependant interdire des révisions par les signataires – en ce cas, s’ils ne sont pas représentatifs, l’accord ou la convention ne pourra faire l’objet d’un arrêté d’extension.

29. Analyse. Il ne s’agit d’une révision que pour les organisations qui ont signé l’avenant. Les signataires de l’acte originel, eux, ne sont pas obligés par cette modification. En conséquence, au lieu d’un accord ou d’une convention il y en aura deux : l’acte initial et l’acte révisé.

En cas de « révision » par des non-signataires, la situation est en pratique proche de celle dans laquelle un acte autonome a été signé en marge d’un autre accord ou convention.

Une difficulté peut naître lorsqu’un tel avenant est signé, mais que son extension est refusée. Ses signataires risquent de se trouver dans une situation concurrentielle défavorable s’ils avaient procédé à cette révision dans l’objectif d’une telle extension : ils vont se trouver liés par l’acte

révisé sans être libérés de l'acte étendu. Cependant, dès lors qu'ils ont conscience de ce risque, il n'est pas inconcevable qu'ils l'anticipent, notamment en subordonnant l'entrée en vigueur de la révision à son extension.

Dans l'hypothèse d'une extension, il faudra encore avoir égard à la « légitimité » de l'accord ou de la convention. En effet, une révision décidée par une seule organisation professionnelle d'employeurs qui représenterait 8 % des adhérents pourrait donner lieu à un arrêté d'extension alors même que les signataires de l'acte principal, opposés à cette révision, pourraient représenter un pourcentage plus élevé d'entreprises, - même s'ils ne sont pas représentatifs. Ainsi, une convention signée par trois OPE représentant chacune 4 % des entreprises (l'accord représentant donc au total 12 % des entreprises) pourrait théoriquement être révisée par un syndicat qui ne représenterait « que » 8 % des entreprises.

Enfin, la portée de cette modification est particulièrement difficile à apprécier en l'absence de mesure du taux d'adhésion.

En raison de ces différents risques, une révision susceptible d'extension par des organisations d'employeurs non-signataires devrait être subordonnée à un seuil d'engagement (24%). En effet, on conçoit qu'une telle exigence ne s'impose pas pour la conclusion d'une convention collective : il s'agit alors de favoriser l'émergence d'un statut conventionnel. Elle paraît en revanche nécessaire lorsqu'une organisation prétend modifier des conventions ou accords étendus négociés par d'autres – la symétrie avec les règles applicables aux organisations de salariés nous paraît, en ce cas, justifiée.

3. Révision en l'absence d'organisations syndicales représentatives

30. Question. La loi n°2015-994 du 17 août 2015 a sensiblement réformé le droit de la négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical (C. trav. Art. L. 2232-21 à L. 2232-29). S'agissant des modalités de révision de ces accords, il est renvoyé à un décret pris en Conseil d'État (C. trav. Art. L. 2232-29).

Il serait opportun de préciser les règles d'articulation entre ce mode de négociation et celui qui est applicable en présence de syndicats.

Deux questions méritent un examen :
- Un élu ou un salarié mandaté peut-il réviser une convention ou un accord initialement négocié par un ou plusieurs syndicats ?
- Un ou plusieurs syndicats peuvent-ils réviser une convention ou un accord initialement négocié par un élu ou un salarié mandaté ?

31. Positions. Sur cette question, les opinions exprimées lors des auditions sont très éloignées. Une partie des personnes auditionnées estime que la négociation conduite par d'autres que les syndicats est de médiocre qualité et n'est pas favorable aux intérêts des salariés. En effet, selon ces interlocuteurs, les délégués syndicaux disposent de l'appui de leur organisation syndicale et donc

d'un savoir-faire supérieur. Ils craignent que ces règles ne fragilisent l'implantation des syndicats dans l'entreprise. Ils sont donc opposés à ce que des salariés élus ou mandatés puissent réviser un accord négocié par des syndicats. En revanche, une partie d'entre eux est favorable à ce qu'une convention ou un accord signé par des élus ou des mandatés puisent être révisés par des syndicats. D'autres considèrent que ces modes de négociation doivent être « étanches » et refusent cette possibilité. Dans ces conditions, l'employeur peut dénoncer l'accord négocié par des élus ou des mandatés. Il est également libre de négocier avec les syndicats. S'il signe un accord avec eux, celui-ci « s'ajoutera » à celui ou ceux déjà négociés avec des élus ou des mandatés.

Une autre partie des personnes auditionnées estime que la négociation avec des élus ou des mandatés est plus conforme aux intérêts des salariés directement concernés. Ils considèrent soit que la qualité des actes négociés n'est ni inférieure ni supérieure aux accords signés avec des syndicats, soit qu'elle est supérieure. Ils avancent encore qu'il devrait être possible de négocier avec les comités d'entreprise même en présence de syndicats. Les mêmes estiment que le contrôle opéré par les commissions paritaires ne respecte pas les droits de la défense, notamment parce qu'ils ne sont pas en mesure d'engager un débat contradictoire pour défendre leur point de vue, - et que la motivation des décisions de rejet est insuffisante.

32. Appréciation. J'ai sollicité et obtenu divers procès-verbaux de commissions paritaires en provenance d'une branche où le dialogue social est ancien et structuré (« branches solides »). Certains motifs de rejet illustrent une prise de liberté avec la loi (« période d'annualisation supérieure à l'année »), d'autres sont plus générales (« clauses non-conformes sur le forfait jours »). Faute d'un échantillon plus important, qu'au demeurant il aurait été difficile de traiter en temps utile, il n'est guère possible d'exprimer une opinion étayée sur la qualité des accords conclus avec des élus ou des mandatés.

Il est également difficile de trancher la question des mérites comparés d'une négociation conduite avec l'avantage d'une structure syndicale, et d'une négociation locale à proximité des préoccupations des salariés. Nous pouvons simplement observer que le législateur est intervenu récemment pour modifier les règles applicables à la négociation avec des élus ou des mandatés. En conséquence, les propositions relatives à la révision doivent prendre pour appui cet état du droit.
Pour autant, il ne paraît pas possible de permettre une négociation avec des élus ou des mandatés en présence de délégués syndicaux dans l'entreprise. En effet, une telle concurrence risquerait d'être contraire à l'article 5 de la convention n°135 de l'Organisation internationale du travail[5].

33. Propositions. Il s'agit ici encore d'identifier l'intermédiaire pertinent, celui qui est habilité à proposer une modification d'une convention ou d'un accord. Il nous semble acquis que la seule qualité de signataire de l'acte juridique n'est pas (ou n'est plus), à elle seule, suffisante.
La loi du 17 août 2015 prévoit de nombreuses conditions, qui sont autant de garanties, pour procéder à la conclusion d'accords ou de conventions collectives dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux : mandatement, référendum, élus représentant la majorité des suffrages, contrôle de la commission paritaire…
Un régime récent de conclusion des accords étant ainsi défini et la qualité de partie au contrat ne s'imposant pas, il est théoriquement possible que les accords et conventions conclus par des

5L'article 5 de la convention n°135 stipule : *« Lorsqu'une entreprise compte à la fois des représentants syndicaux et des représentants élus, des mesures appropriées devront être prises, chaque fois qu'il y a lieu, pour garantir que la présence de représentants élus ne puisse servir à affaiblir la situation des syndicats intéressés ou de leurs représentants, et pour encourager la coopération, sur toutes questions pertinentes, entre les représentants élus, d'une part, et les syndicats intéressés et leurs représentants, d'autre part ».*

syndicats soient révisés selon les modalités applicables en l'absence de délégués syndicaux, et réciproquement, que les accords et conventions collectives négociés en absence de délégués syndicaux soient révisables par des délégués syndicaux.
Cette possibilité est de nature à favoriser la continuité du dialogue social : aucune incertitude ne subsistera sur les possibilités de renégocier dans l'entreprise qui après avoir négocié avec des délégués syndicaux perd toute représentation syndicale en son sein, - réciproquement, l'apparition d'une représentation syndicale dans l'entreprise permettra de modifier et poursuivre les conventions collectives ou les accords négociés en leur absence.

Cependant, la révision d'un accord n'ayant pas la même portée que la conclusion d'un accord nouveau ou autonome, des garanties supplémentaires sont probablement nécessaires.

Lors des auditions aucune condition n'a été posée pour qu'un syndicat puisse réviser un accord négocié par des élus ou des salariés mandatés.

34. En revanche, pour réviser un accord négocié par un syndicat, des garanties spécifiques devraient être prévues.
Il a ainsi été suggéré lors des auditions :
- le mandatement par un syndicat de la branche ;
- la nécessité d'un référendum.

La loi du 17 août 2015 prévoit déjà ces deux garanties lorsqu'un accord est conclu par des élus mandatés (C. trav. art. L. 2232-21 & L. 2232-21-1) ou par des salariés mandatés (C. trav. art. L. 2232-24 et L. 2232-27).
Elles ne sont pas prévues, en revanche, lorsqu'il s'agit d'une négociation conduite par des élus qui ne sont pas mandatés par une organisation syndicale (C. trav. Art. L. 2232-22). En ce cas, le Code du travail limite la possibilité de conclure de tels accords « à des mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif » et subordonne leur validité à leur signature par des élus « représentant la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles et, d'autre part, à l'approbation par la commission paritaire de branche ». Si ces garanties devaient ne pas être jugées suffisantes, il serait possible d'ajouter, pour la révision d'un accord signé avec des syndicats, l'exigence d'une approbation par référendum.

4. « Révision » entre niveaux distincts : groupe, entreprise, établissement.

35. Plan. Lors des auditions la question s'est posée, à plusieurs reprises, de la possibilité de procéder à des révisions entre les niveaux distincts suivants : groupe, entreprise et établissement. Dès lors qu'un raisonnement de type contractuel est écarté, la question peut être examinée en distinguant, d'une part, les rapports entre entreprise et établissements (a) et, d'autre part, ceux entre groupe et entreprises (b).

a. Entreprise et établissements

36. Règles actuellement applicables. La négociation peut être conduite à la fois dans l'entreprise et dans ses établissements.

Cette possibilité est prévue par l'article L. 2232-16 du Code du travail :
« La convention ou les accords d'entreprise sont négociés entre l'employeur et les organisations syndicales de salariés représentatives dans l'entreprise.
Une convention ou des accords peuvent être conclus au niveau d'un établissement ou d'un groupe d'établissements dans les mêmes conditions ».

Le législateur n'a pas précisé les règles d'articulation de ces accords, il n'a pas davantage organisé spécialement les possibilités de révision entre ces deux niveaux de négociation.

Or, en pratique on peut concevoir que les partenaires sociaux souhaitent mettre fin à la dispersion des accords qui sont applicables dans l'entreprise ou, au contraire, puissent vouloir privilégier une négociation décentralisée.

37. Des niveaux distincts ? Une réponse très simple peut être apportée à cette difficulté. Elle consiste à considérer que les niveaux étant distincts, il n'est pas possible de prétendre réviser un accord d'entreprise par un accord d'établissement et vice-versa. Ce sont nécessairement des accords autonomes dont l'articulation devrait être gouvernée par le principe de faveur. Les partenaires sociaux qui souhaitent unifier le statut de l'entreprise devront procéder par la voie de dénonciation avec la possibilité que des avantages individuels acquis subsistent dans tel ou tel établissement.

38. Des niveaux imbriqués ? L'établissement étant une subdivision fonctionnelle de l'entreprise, il n'a pas la personnalité juridique et ne peut être tenu pour un périmètre parfaitement autonome de celle-ci.
Il est dès lors envisageable de réviser un accord d'entreprise par un accord d'établissement. Cependant, il devient nécessaire ici, compte tenu de la possibilité de négociations distinctes, que les parties précisent qu'elles souhaitent procéder à une révision.
Il est également nécessaire que le régime de cette révision soit précisé. Plusieurs techniques sont concevables :

1/ une double audience d'engagement ;

2/ une audience d'engagement spécifique avec opposition.

Option 1 : double audience d'engagement.

39. Il faudrait obtenir une audience d'engagement (30 %) aux deux niveaux concernés pour procéder à la révision d'un niveau par un autre niveau.

40. Révision unification. Ainsi, pour réviser des accords d'établissements par des accords d'entreprise, il faudrait obtenir non seulement une majorité de 30 % au niveau de l'entreprise, mais que, de surcroît, une majorité de 30 % soit réunie au niveau de chacun des établissements concernés

par la révision. Cette majorité pouvant être soit constatée (lorsque les signataires de l'accord d'entreprise ont obtenu 30 % dans chacun des établissements), soit sollicitée (en ce cas des accords d'établissement sont nécessaires pour admettre la révision au niveau de l'entreprise).

41. Révision décentralisation. Le mécanisme peut se décliner de manière identique en sens inverse. Lorsqu'un établissement prétend réviser, dans le seul périmètre de l'établissement, un accord d'entreprise, il devra satisfaire à la condition d'audience d'engagement de 30 % dans l'établissement et dans l'entreprise.

42. Précisions. Dans ces deux cas, il conviendra de respecter le droit commun de la révision. Si la révision est ouverte à toute organisation représentative, le processus pourra aisément être déclenché dans l'entreprise (unification) ainsi que dans chaque établissement (décentralisation). S'il est prévu une période pendant laquelle les signataires sont les interlocuteurs privilégiés pendant quatre ans (V. supra ; option 2), la révision supposera l'accord de ces derniers qu'il s'agisse des signataires d'un accord d'entreprise ou des signataires d'un accord d'établissement.

43. Appréciation. Le principal reproche que l'on pourrait adresser à cette option est de ne pas ajouter au droit positif. En effet, ceux qui tiennent pour acquis qu'une double majorité est la condition de la révision estimeront qu'une loi reprenant ce point serait inutilement bavarde. Il est également possible de considérer que ce mécanisme rend difficile la révision d'un niveau par un autre.
Il faudra enfin déterminer le sort d'un accord visant à unifier le statut social dans l'entreprise, si un ou plusieurs établissements refusent la révision de leur statut collectif. Il serait opportun que les parties déterminent elle-même le sort de leur accord : elles peuvent subordonner son entrée en vigueur à sa « ratification » par tous les établissements ou décider que l'accord ou la convention peut entrer en application même s'il ne concerne pas tous les établissements. Cependant, cette dernière possibilité pourrait mériter une autorisation législative, sans quoi les entreprises risquent de se trouver exposées à des contentieux fondés sur le principe jurisprudentiel d'égalité.

Option 2 : audience d'engagement spécifique avec droit d'opposition.

44. Mécanisme. La révision d'un niveau par un autre pourrait être subordonnée à une condition d'audience dans le niveau qui procède à la révision, et à un droit d'opposition au niveau qui est l'objet de la révision.

Ainsi, les partenaires sociaux d'un établissement pourraient réviser (dans le périmètre de l'établissement) un accord d'entreprise dès lors qu'ils satisfont à la condition d'audience d'engagement de 30 % et que les organisations syndicales représentatives au niveau de l'entreprise, représentant 50 % des suffrages (ou un seuil inférieur) ne s'y sont pas opposées.

Réciproquement un accord d'entreprise pourra réviser tous les accords d'entreprise s'il satisfait à la condition d'audience d'engagement et qu'aucune opposition ne s'est manifestée dans les établissements concernés.

Dans les deux cas, il faudra respecter le droit commun de la révision (V. supra). Si un monopole est reconnu aux signataires d'une convention ou d'un accord pendant quatre ans, il ne sera guère possible de procéder, dans ce délai, à sa révision sans obtenir leur assentiment. Ainsi, pendant ce

délai, il faudrait obtenir le consentement des signataires de l'accord d'entreprise pour procéder à sa révision dans les établissements. Réciproquement, dans ce même délai de quatre ans, il faut que les signataires des accords d'établissements l'acceptent pour qu'une révision soit engagée au niveau de l'entreprise.

45. Appréciation. Ce mécanisme permet plus facilement de procéder à la révision entre des niveaux distincts. Il doit donc être privilégié si l'objectif consiste à faciliter le renouvellement des conventions et accords collectifs de travail. Le blocage du dialogue social à un des niveaux de l'entreprise pouvant être compensé à d'autres.
Il sera logiquement critiqué par ceux qui sont défavorables à cette possibilité. Un risque d'instabilité pourrait effectivement exister si l'on devait consacrer la possibilité pour toute organisation syndicale représentative de déclencher un processus de révision (V. supra, Option 1 du droit de la révision).
En effet, en ce cas, un accord fraîchement signé dans l'entreprise pourrait être, de manière quasi-immédiate, modifié dans divers établissements et réciproquement.
Les conséquences de telles « stratégies » sont difficiles à apprécier : les uns y verront la possibilité d'adapter rapidement le statut conventionnel, les autres la possibilité de contourner à un niveau les engagements pris à un autre.
Ce risque est moins important si le droit de la révision prévoit une période de stabilité de quatre années (V. supra, Option 2 du droit de révision).
Faute de pratique, il est difficile de mesurer la réalité de ces risques – en effet, on peut se demander si de telles stratégies vont effectivement être employées (car elles nuisent à la crédibilité de celui qui y a recours) – on peut encore se demander si le droit d'opposition n'est pas une garantie suffisante en ce cas.

En ce cas, comme précédemment, la réforme dépendra largement du degré de confiance qui sera porté aux possibilités d'un dialogue social équilibré.

b. Groupe et entreprises

46. Question. Il s'agit de déterminer, comme précédemment, les possibilités de révision entre niveaux distincts de négociation. Un accord de groupe peut-il réviser, dans le sens d'une unification, un accord d'entreprise – réciproquement des accords d'entreprise peuvent-ils revenir sur les stipulations d'un accord de groupe ?

47. Positions. On retrouve, s'agissant de cette question les mêmes divergences que précédemment. Certains y sont défavorables estimant que s'agissant de niveaux différents de négociation les accords doivent y être négociés séparément pour superposer, dans une logique de faveur, les avantages pour les salariés. Selon cette position, l'uniformisation n'est envisageable qu'en l'absence de dispositions déjà adoptées dans les entreprises.

D'autres sont favorables à l'uniformisation de la situation sociale dans les groupes de société par la voie de convention et accord de groupe. Il s'agit, selon eux de tirer les conséquences logiques de

l'article L. 2232-33 du Code du travail aux termes duquel « la convention ou l'accord de groupe emporte les mêmes effets que la convention ou l'accord d'entreprise ». Ils font de surcroît valoir qu'une telle négociation existe déjà et produirait des effets globalement plus favorables aux salariés.

48. Appréciation. La réponse qui peut être apportée à cette question ne peut se fonder sur les mêmes raisonnements que ceux adoptés s'agissant des rapports entre entreprise et établissements. En effet, dans ce cas, seules les sociétés formant le groupe ont la personnalité juridique, ce dernier en étant dépourvu. De surcroît, la notion de groupe, en matière de négociation collective est très fluctuante et recouvre des réalités très différentes. Pour ces raisons, il nous semble que l'entreprise (juridiquement distincte) doit demeurer le centre de gravité de la négociation collective. C'est ce principe qui gouverne les propositions qui suivent.

49. Propositions pour la révision au niveau du groupe. S'agissant de la révision par accord de groupe des accords d'entreprise, deux techniques peuvent être envisagées.

50. *Option 1.* Il serait possible de prévoir, pour les accords de révision, que tous les syndicats représentatifs participent à la négociation de l'accord de groupe. L'accord aurait donc vocation à être signé, non seulement par les syndicats représentatifs au niveau du groupe, mais aussi par les syndicats représentatifs dans chacune des entreprises le formant. L'audience des syndicats serait appréciée dans l'ensemble du périmètre du groupe (ainsi un syndicat qui aurait une audience de 20 % dans l'entreprise, pourrait avoir une audience de 8 % dans le groupe : il pourrait participer à la négociation, signer (apportant 8 % d'audience à l'accord) ou s'opposer (apportant 8 % d'audience à l'opposition).

Cette technique pourrait cependant soulever des difficultés pratiques pour apprécier l'audience des syndicats d'entreprises au niveau du groupe et, si les syndicats sont nombreux, pour organiser matériellement une négociation avec de très nombreux interlocuteurs.

51. Option 2. On pourrait préférer la technique apparemment plus simple du mandat. Les syndicats représentatifs dans les entreprises pourraient conclure, dans chaque entreprise, un accord de mandatement (signé dans les conditions du droit commun) par lequel ils habilitent les syndicats représentatifs au niveau du groupe à négocier des conventions ou accords emportant unification des règles sur certains thèmes. Les parties seraient libres de définir les termes du mandat : thèmes de négociation, limites des concessions, durées des accords… En pratique encore il faudra, pour que la négociation soit concevable que tous les accords d'entreprises soient sinon identiques, du moins aient suffisamment de points communs pour qu'une négociation de groupe soit envisageable sur leur plus petit dénominateur commun.

52. Proposition pour la révision au niveau de l'entreprise. Lorsque la révision est envisagée au niveau de l'entreprise, celle-ci étant le pivot naturel du dialogue social, il nous paraît que des conditions moins strictes doivent être prévues.

Ainsi, le droit commun de la négociation collective doit s'appliquer. Dès lors que l'éventuel délai de quatre ans est passé (V. supra, option 2 en matière de révision), la révision dans une entreprise d'un accord de groupe supposerait le respect d'une condition d'audience d'engagement de 30 %.

Ce mécanisme est de nature à faciliter le dynamisme des révisions. Il pourrait susciter des réserves, certains craignant la mise en œuvre de stratégies reposant sur des rapports de force lors des négociations. On pourrait en effet imaginer la conclusion d'un accord de groupe rapidement suivi d'une négociation entreprise par entreprise où la partie qui aurait un avantage dans la négociation pourrait tenter d'obtenir davantage de concessions. La stabilité de l'unification risque d'être relative.

Pour parer à ce risque, on pourrait concevoir un droit d'opposition aux syndicats représentatifs.

L'opportunité d'une telle limite dépend, une fois encore, du degré de la confiance qui sera accordée au dialogue social.

5. Clauses de rendez-vous

53. Question. Faut-il, pour faciliter le renouvellement des conventions collectives, prévoir des obligations d'insérer des clauses de rendez-vous, pour contraindre les parties à prévoir la renégociation de leur convention ou de leur accord collectif – soit après une durée déterminée (un certain nombre d'années) ou dans le cas de circonstances particulières ?

54. Positions. Une partie des personnes auditionnées estime que ces clauses sont indispensables, mais insuffisantes. Il faudrait, de surcroît, généraliser les commissions de suivi et prévoir des obligations procédurales obligatoires de révision (bilans, communications d'informations…).

D'autres, au contraire, font valoir que ces clauses existent déjà et que leur application dépend largement de l'intérêt qu'y portent les parties. Autrement dit, bien que stipulées elles sont parfois sans application.

55. Difficulté. Il est aisé de concevoir une telle obligation, plus difficile d'en organiser une sanction raisonnable. Deux questions distinctes méritent l'attention.

En premier lieu, que faire en l’absence de clause de renégociation ? La nullité de l’acte doit être écartée, car elle nuira aux parties. Un mécanisme de responsabilité est préférable. Il s’appliquera à la partie qui aura refusé d’insérer une telle clause dans la convention ou l’accord. Cette action pourra donc être utilisée par une organisation non-signataire contre les signataires d’un acte (tant les syndicats que l’employeur) ou par des salariés qui estiment avoir subi un préjudice.

En second lieu, que faire lorsque la clause n’est pas respectée ? Il n’y a pas de difficulté lorsqu’une partie refuse d’exécuter cette obligation, elle sera responsable. En revanche, il sera plus délicat de traiter la situation dans laquelle toutes les parties auront oublié (plus ou moins consciemment) de la mettre en œuvre… ici encore les non-signataires et les salariés pourraient agir en responsabilité.

56. Opinion. L’utilité de ces clauses ne nous paraît pas certaine. *La considération d’ordre psychologique et sociologique selon laquelle une négociation suppose la volonté d’aller vers autrui pour s’engager, nous conduit à penser que si cette volonté n’existe pas, l’obligation risque d'être vide de tout contenu, risquant de conduire à des simulacres de dialogue.*

Pire, l’existence d’un risque contentieux lié à la conclusion d’un accord collectif pourrait devenir un frein au dialogue social.

L’accentuation des possibilités de révision, contenue dans le présent rapport, nous paraît constituer un instrument bien plus pertinent et efficace du renouvellement des accords collectifs.

La question mériterait enfin d’être appréciée à la lumière du droit déjà existant des négociations obligatoires. Les moments pertinents pour imposer une obligation de renégocier en limitant le risque d’une saturation artificielle de l’agenda social devant probablement dépendre de la volonté des parties (dans les termes de la loi n°2015-994 du 17 août 2015) et du renouvellement de la représentativité, le changement des acteurs pouvant conduire à rediscuter le statut collectif.

Il serait donc concevable de prévoir des clauses de rendez-vous, par exemple en complétant l'article L. 2222-5 du Code du travail, non comme obligatoires mais comme une bonne pratique.

II. Extinction des accords

(*règles applicables à la dénonciation, la mise en cause, les restructurations et les avantages individuels acquis*)

57. Seront successivement présentés les causes de l’extinction des accords (A) et le régime applicable, comprenant la question des avantages individuels acquis (B).

A. Mécanismes d’extinction

58. Le droit du travail prévoit deux situations dans lesquelles une convention ou un accord pourrait cesser de s’appliquer : lorsque l’une des parties souhaite se délier (dénonciation, 1) et lorsque la situation impose (ou paraît imposer) l’extinction de l’acte collectif (mise en cause, 2).

1. Dénonciation

59. Droit positif. Le droit de la dénonciation, à la différence des règles gouvernant la révision, a déjà fait l’objet d’une intervention législative pour tirer les conséquences de la condition d’audience. En effet, l’article L. 2261-10 du Code du travail prévoit que « lorsqu’une des organisations syndicales de salariés signataires de la convention ou de l’accord perd la qualité d’organisation représentative dans le champ d’application de cette convention ou de cet accord, la dénonciation de ce texte n’emporte d’effets que si elle émane d’une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives dans son champ d’application ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés dans les conditions prévues au chapitre II du titre III ».

60. Positions. Lors des auditions, la majeure partie des interlocuteurs se sont montrés réservés sur la nécessité de faire évoluer le droit de la dénonciation – sinon pour proposer des conditions plus strictes. Ils ont fait valoir que la dénonciation a des conséquences particulièrement graves pour les entreprises et les salariés, et qu’il convient, autant que possible, de l’éviter.
La dénonciation étant acte contraire à la vie conventionnelle, seules ont été retenues les propositions qui ne conduisent pas à faciliter, par rapport au droit existant, les possibilités de dénonciation.

61. Revoir les « audiences de dénonciation » ? Deux suggestions, résultant des auditions méritent attention.
Il serait concevable de prévoir un droit de dénonciation subordonné à la volonté d’organisations représentant une audience supérieure à 70 % des suffrages exprimés. La dénonciation serait donc possible par les signataires et par des organisations représentant plus de 70 % des suffrages exprimés lors des élections. L’idée est qu’il faut une audience de dénonciation particulièrement importante et qui fasse écho à l’audience d’engagement qui est au moins de 30 %. Cette suggestion a, parfois, suscité des réserves : elle ajoute encore un nouveau seuil.

Une autre proposition consiste à prévoir un droit de dénonciation majoritaire (50 %) dès que l’audience des signataires de l’accord devient inférieure à 30 %. Cette règle aurait le mérite d’être cohérente avec les propositions du présent rapport relatives à la révision. Elle a, elle aussi, reçu un accueil mitigé en raison, selon certains interlocuteurs, de sa complexité.

62. Appréciation. ***Le législateur étant déjà intervenu en matière de dénonciation pour prendre en compte le critère de l’audience (cf. C. trav. Art. L. 2261-10), il ne nous paraît pas pertinent de légiférer de nouveau.***

63. Prévoir une motivation de la dénonciation ? Une autre suggestion consiste à prévoir une

obligation de motivation par la partie qui dénonce[6]. Compte tenu de sa gravité, il peut effectivement être utile que soient expliquées les raisons de la dénonciation. Reste cependant à en préciser la sanction.

Plusieurs opinions se sont exprimées lors des auditions.

Ceux qui étaient opposés à cette obligation faisaient valoir les risques considérables de contentieux liés à la motivation, et du risque d'une dérive d'un contrôle qui pourrait porter sur la qualité ou le contenu des motifs de la dénonciation. Selon ces interlocuteurs, un tel contrôle risquerait d'être un nid à contentieux et, par suite, potentiellement une cause d'insécurité juridique de nature à freiner le dialogue social.

Ceux qui sont favorables à une obligation de motivation y voient une contrepartie à la suppression de l'obligation de consulter le comité d'entreprise. Elle permettrait d'informer les autres parties des raisons de l'extinction de l'acte, et ainsi, de poser les bases d'une nouvelle négociation. Ces mêmes interlocuteurs ne paraissent pas – dans l'ensemble – vouloir imposer un contrôle judiciaire du contenu de la motivation. Il suffit que la motivation existe – seul le défaut total de motivation entraînant la nullité de la dénonciation.

64. Appréciation. En soi, une obligation d'informer l'autre partie, lorsqu'on envisage de rompre un acte juridique est une conséquence normale de l'attention que, dans une relation juridique, chacun doit porter aux intérêts de l'autre.
En pratique cependant une telle obligation risque de devenir une cause de litiges particulièrement importante. En effet, même si la règle prévoit qu'est seulement exigée l'énonciation d'un motif et qu'aucun contrôle de son contenu n'est prévu, les risques de contentieux resteront élevés. Il suffira par exemple de se placer sur le terrain de l'abus de droit ou du caractère mensonger des motifs avancés pour que naissent d'inextricables contentieux que le juge de cassation aura, s'il exerce son très précieux contrôle disciplinaire, peut-être des difficultés à contrôler.
Les conséquences d'une éventuelle nullité de la dénonciation ou de l'engagement de la responsabilité de celui qui dénonce risqueraient d'être particulièrement importantes : ce sont potentiellement des centaines voire des milliers de plaideurs qui pourraient, faire valoir un préjudice cumulé sur plusieurs années. Un tel risque aura mécaniquement un effet négatif sur le dynamisme du dialogue social : celui qui s'engage souhaite légitimement pouvoir mesurer ses possibilités de désengagement.
Si, en l'état de ces risques, l'on souhaite s'engager dans cette voie, il convient d'écarter les sanctions classiques fondées sur la validité ou la responsabilité – pour viser le véritable effet utile de la règle : obtenir une explication de celui qui veut rompre.
Ainsi, il serait concevable d'imposer la tenue d'une réunion – le cas échéant sous astreinte - où la partie qui dénonce devrait expliquer aux autres signataires de l'acte, s'ils en ont fait la demande, les motifs de la dénonciation.

2. Mise en cause

65. Droit positif : 15 mois de superposition. La mise en cause est, à suivre la lettre de l'article L.

6Lors des auditions, l'obligation de motivation n'était envisagée que lors d'une dénonciation par l'employeur – cependant la gravité de la dénonciation ne dépend pas de celui qui la décide - en conséquence, elle doit s'imposer de la même manière à l'employeur et aux représentants des salariés.

2261-14 du Code du travail, un événement mettant fin à l'application d'une convention collective « dans une entreprise déterminée ». Le Code du travail fournit une liste non-limitative des événements pouvant engendrer une mise en cause (fusion, cession, scission…).

Cette règle s'applique aux conventions et accords d'entreprise et d'établissement, mais également à ceux qui s'appliquent à un niveau supérieur, tel la branche. Ainsi, le transfert du siège social d'une entreprise d'un département à l'autre entraîne mise en cause de l'application de la convention collective propre au département d'origine[7], mais il n'impose aucune renégociation de l'accord départemental : c'est à l'entreprise d'y procéder en son sein. De même, la convention de branche applicable étant déterminée en fonction de l'activité principale de l'entreprise, un changement d'activité entraînera mécaniquement une mise en cause de la convention collective : l'entreprise « passant » ainsi d'une convention collective de branche à une autre.

La mise en cause entraîne des effets similaires à la dénonciation. L'accord continue de s'appliquer pendant quinze mois et, en l'absence d'accord d'harmonisation, les salariés conservent les avantages individuels acquis.
Ainsi, en cas de restructuration prenant la forme de l'absorption d'une société par une autre, la convention collective de la société absorbée est mise en cause – « les salariés absorbés » profitent pendant un délai de quinze mois de leur ancienne convention collective en concours avec celle de l'entreprise absorbante et, à l'issue de ce délai, si aucun accord de substitution n'est conclu, « les salariés absorbés » conservent les avantages individuels acquis en provenance de la convention collective la société absorbée. En pratique, ces avantages ne sont reconnus aux salariés que si les dispositions de la convention collective de l'entreprise d'accueil sont moins favorables.

66. Positions. Ce régime juridique suscite des opinions contrastées, mais souvent critiques.

Pour une partie des interlocuteurs, la période de survie de l'ancienne convention collective est source d'importantes difficultés. Les salariés dont le statut est mis en cause bénéficient de leur ancienne convention collective et de celle qui est nouvellement applicable, le conflit entre ces deux conventions étant réglé par le principe de faveur. Cette situation serait génératrice d'incertitudes pour déterminer les dispositions qui sont les plus favorables. Elle serait encore porteuse d'un coût élevé sur une durée trop importante.

Certains interlocuteurs relèvent que des mises en causes peuvent être « invisibles » ou difficiles à dater. Ainsi, l'entreprise qui change progressivement d'activité peut basculer, sans s'en rendre compte, du champ d'application d'une convention de branche à un autre.

Partant d'un point de vue différent, certains ont critiqué le régime de la mise en cause qui se trouverait dicté par les choix économiques et sociétaires des entreprises – le droit commercial l'emportant en quelque sorte sur le droit social. Pourquoi, selon ces interlocuteurs, lorsqu'une société en absorbe une autre, devrait-on mettre en cause le statut conventionnel applicable aux salariés dont la société est absorbée ? Ils estiment surprenant que, d'emblée, le statut social des salariés « visés » par l'absorption se trouve menacé. Cela constituerait une incohérence, car dans tous les cas de transfert d'entreprise, toutes les autres normes sont transférées sans que leur existence ne soit, par principe, discutée : les contrats et la majeure partie des normes unilatérales (usages et engagements) sont transférés à l'absorbant. La convention collective serait donc moins bien traitée que le contrat individuel ou un simple usage.

7Cass. soc. 21 janv. 1997 : TPS 1997, comm. 208

Enfin, il est ressorti des auditions que, pour négocier un accord de substitution la durée de 15 mois n'était pas nécessairement suffisante.

67. Appréciation. Le fait qu'une convention collective soit mise en cause ne traduit pas nécessairement une volonté délibérée de faire primer les choix économiques sur les droits sociaux des salariés. Elle est la conséquence de la disparition d'un des signataires ou des conditions objectives d'applications de l'accord (condition géographique ou d'activité). Il est cependant vrai qu'il existe une différence troublante avec le régime applicable aux contrats individuels et aux engagements unilatéraux qui eux s'imposent au repreneur.
Le droit positif ne conduit pas à une unité de statut social. Il produit une période de superposition des conventions collectives où les parties doivent jongler entre deux accords applicables et, en cas d'échec des négociations de substitution, appliquer certains avantages tirés de leur ancienne convention collective. Cette situation peut être jugée complexe et de nature à créer une différence entre ceux qui bénéficient des meilleures dispositions des deux statuts collectifs (les salariés de la société absorbée) et ceux que ne bénéficient que d'un seul (les salariés de la société absorbante).

68. Propositions. L'écart entre les propositions relevées est très large.

69. Il a été suggéré d'éviter la superposition des statuts conventionnels. Les salariés pourraient conserver le bénéfice de leur ancienne convention collective et elle seule, pendant le délai de négociation. Il serait possible aux salariés repris de bénéficier d'une option pour basculer de manière anticipée dans le champ d'application de la nouvelle convention collective.

70. Il a encore été proposé de maintenir le régime de la mise en cause, mais de décider que l'accord remis en cause serait celui qui s'applique au moins grand nombre de salariés.

71. Enfin, **il a été proposé de maintenir, même en cas de mise en cause, le statut conventionnel anciennement applicable. Ainsi, s'il s'agit d'une fusion absorption, les salariés de la société absorbée conserveraient leur convention collective jusqu'au moment de sa révision ou de sa dénonciation.**
Les deux conventions collectives auraient vocation à s'appliquer de manière séparée, chacune dans leur domaine : chacun conservant le bénéfice de son accord, il n'y a aucun conflit entre les accords pour déterminer celui qui serait le plus favorable.

Cette suggestion mérite d'être prise en considération, car elle présente de nombreux avantages.

Elle évitera de susciter le trouble parmi les salariés notamment dans des hypothèses de fusion, car, en soi, cette opération n'annonce plus la fin automatique de leur statut collectif.

Elle fait disparaître les risques inhérents aux mises en causes invisibles.

Cette règle n'interdit pas de négocier des accords, soit avant, soit après l'opération, pour redéfinir le contenu de l'un ou de l'autre des accords distincts ou pour tenter une harmonisation des situations conventionnelles des salariés (V. infra).
Elle permet un délai plus important que les actuels 15 mois pour parvenir à une négociation d'harmonisation.

Elle n'interdit pas, ce qui serait probablement inconstitutionnel, la dénonciation.

Elle ne crée pour eux aucune complexité technique particulière sinon celle de prendre une décision – étant observé que le droit actuellement applicable présente déjà une certaine complexité.

72. Il en résultera potentiellement une diversité de statuts conventionnels au sein d'une même entreprise. Cependant cette objection n'est pas déterminante, car cette diversité :
- n'est pas arbitraire, elle répond à une attente légitime de stabilité ;
- elle existe déjà : en cas de transfert d'entreprise, les avantages individuels acquis ne profitent qu'aux salariés dont le statut a été mis en cause ;
- elle n'est pas figée : les parties, tant l'employeur que les syndicats, peuvent y mettre un terme en négociant un accord ou une convention s'y substituant ou en recourant à la dénonciation. Elles peuvent bénéficier d'un temps plus important pour harmoniser les situations. Or, il faut parfois un temps considérable pour organiser sereinement une convergence des situations.

B. Droit du maintien des avantages conventionnels

73. La notion d'avantage individuel acquis peut être jugée complexe. Elle est aussi et surtout la conséquence de l'échec du dialogue. Préciser, autant que possible, cette notion et multiplier les chances d'alternatives négociées sont des axes possibles de réforme.

1. Présentation d'un droit du maintien individuel

74. Schématiquement. Les avantages individuels acquis sont des droits qui continuent de profiter aux salariés alors que les conventions ou les accords collectifs qui les fondaient ont cessé de leur être applicables.

Le maintien des avantages individuels acquis est prévu en deux cas :

- lorsqu'un accord est **dénoncé** par les employeurs ou les salariés (C. trav. art. L. 2261-13) ;

- lorsque l'application d'un accord est **mise en cause** dans une entreprise déterminée (C. trav. art. L. 2261-14).

Dans ces hypothèses, la loi prévoit que, faute de parvenir à un nouvel accord se substituant ou adaptant celui qui est dénoncé ou mis en cause, les salariés « conservent les avantages individuels qu'ils ont acquis ». Seuls sont concernés les salariés appartenant à l'entreprise avant la dénonciation ou la mise en cause. Ainsi, les salariés embauchés après la dénonciation ou la mise en cause ne peuvent conserver d'avantages individuels acquis[8].

8Cass. soc., 15 mai 2001 : pourvoi n°99-41669 ; Bull. civ. V, n° 170 – Cass. soc., 12 mars 2003 : pourvoi n°01-15640 ; RJS 2003, n°643

Les avantages sont acquis après un délai de 15 mois de « survie » de l'ancienne convention collective (préavis de 3 mois, survie de l'ancien accord de 12 mois), si aucun accord n'est conclu.

Ce maintien conduit à une **transformation de la nature juridique** des avantages préservés. En effet, alors qu'ils trouvaient leur fondement dans la convention ou l'accord collectif de travail, ils sont intégrés au contrat individuel de travail.

Contrairement à ce que leur dénomination pourrait laisser penser, ces avantages ne sont pas définitivement acquis. En effet ils peuvent être modifiés en suivant les règles applicables aux contrats de travail. En pratique, un désaccord peut conduire à un plusieurs licenciements pour motif économique.

75. Appréciations divergentes. Ce dispositif entend prévenir un vide conventionnel qui se traduirait par une extinction brutale des avantages que les salariés retiraient des conventions collectives. Ces derniers peuvent ainsi compter sur une certaine stabilité de leurs droits. Les avantages individuels acquis ont aussi été présentés comme une compensation, pour les salariés, de la perte de leur statut collectif.

Ce qui constitue une garantie pour les salariés, a un coût pour les entreprises. C'est une entorse au droit commun dans lequel un contrat valablement rompu ne peut plus produire d'obligations. Cela écorne donc un aspect de la liberté contractuelle qui comprend le pouvoir de s'obliger et le droit de se libérer.

76. Les effets sur le dialogue social des avantages individuels acquis sont, selon les interlocuteurs rencontrés, différents.

Selon les uns il s'agit d'un levier nécessaire de négociation qui augmente les chances de parvenir à un accord. La « crainte des avantages acquis » inciterait à conclure. En leur absence, il suffirait aux entreprises d'attendre l'extinction de la convention collective.

Pour d'autres, les avantages individuels acquis limitent le champ de la négociation puisque par définition, ce qui est acquis n'est plus un sujet de discussion.

77. La notion d'avantage individuel acquis est ancienne (a) mais évolutive (b) – d'après l'étude de la jurisprudence son contenu recouvre un certain nombre de cas portant essentiellement sur la rémunération (c). L'ensemble appelle une appréciation réservée (d).

a. Genèse, l'interprétation de Jean Auroux et les premières lectures de la notion

78. Avantages acquis avant 1982. L'expression légale « avantages individuels acquis » lors de la dénonciation ou la mise en cause d'une convention collective remonte à la loi du 13 novembre 1982[9]. Cette notion préexistait en droit à cette intervention législative.

En premier lieu, certaines conventions collectives prévoyaient leur maintien en vigueur total ou partiel jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle convention. Cependant la validité de ces clauses était discutée comme contraire au droit de résiliation unilatéral inhérent à la convention collective[10]. Plutôt que de la nullité il était proposé en doctrine de n'appliquer cette clause que pendant le temps normal de la négociation d'un nouvel acte. De nombreuses conventions collectives sans imposer leur maintien prévoyaient simplement que la nouvelle convention collective ne remettait pas en cause les avantages individuels acquis résultant de la précédente convention collective. Il convient de relever que de nombreuses conventions collectives comportent encore une clause de maintien des avantages acquis – cependant, la signification de ces clauses est variable d'une convention à l'autre.

En deuxième lieu, certains employeurs continuaient d'appliquer la convention collective dénoncée ou mise en cause pour éviter un conflit ou de trop fortes tensions sociales. Il était alors affirmé que l'on pouvait interpréter cette attitude comme manifestant la volonté de continuer à être lié[11].

Enfin, la jurisprudence a pu maintenir l'application de conventions collectives pourtant dénoncées en les qualifiant d'usages[12].

79. Travaux préparatoires. Lors des débats parlementaires, Jean Auroux avait proposé une définition de cette notion :

« On appelle avantages individuels des éléments comme <u>le salaire, le congé d'ancienneté, les primes d'ancienneté</u> qui sont intégrés au contrat de travail et qui, à ce titre, ont été acquis, utilisés ou perçus par le salarié.

On appelle avantages collectifs des éléments un peu virtuels, mais qui ont un caractère plus général, tels que, par exemple la durée du travail, les niveaux d'indemnité de licenciement, les primes de départ en retraite, les dispositions à l'égard de la maladie, qui concernent – avec des modalités variables – l'ensemble des membres de la collectivité de travail.

9L'expression était cependant déjà employée en droit du travail antérieurement, comme désignant des clauses des conventions collectives organisant le maintien d'avantages individuels acquis, notamment en cas de successions d'accords ou de conventions. V. G. Camerlynck, La clause de maintien des avantages acquis dans les conventions collectives, Dr. soc. 1959, p. 407.
10V. M. Despax, Traité de droit du travail, T. 7, Conventions collectives, éd. Dalloz, 1966
11M. Despax, préc., 1966, n°127, p. 196
12Cass. soc., 10 mai 1962 : Dr. soc. 1963, p. 42, note J. Savatier

Par conséquent, nous faisons la distinction entre les avantages individuels qui sont intégrés au contrat de travail et les avantages collectifs qui, eux, font l'objet d'un périmètre plus large et qui, généralement, ont un caractère de virtualité puisqu'ils ne sont pas systématiquement utilisés ou en tout cas pas encore.

C'est pour donner de la souplesse à la négociation et tenir compte des évolutions technologiques, des évolutions de qualification et des évolutions sociales et de la vie économique dans notre pays que nous préférons la dissociation des avantages individuels et des avantages collectifs. Nous faciliterons ainsi la mise en place des acquis de substitution – expression à mon sens appelée à un grand avenir – qui ont un caractère collectif » (JOAN 11 janv. 1982, p. 3218). Il peut être intéressant de relever que c'est sur le fondement de cette définition que Philippe Séguin, a retiré un amendement (n°78) au terme duquel il proposait le maintien des avantages individuels « et collectifs ».

80. Premières interprétations. La notion a ensuite fait l'objet d'une précision dans la circulaire D.R.T n°15 du 25 octobre 1983[13] : « Leur définition appartient à la jurisprudence. Celle-ci analyse comme tels les avantages dont le salarié a effectivement bénéficié : il en est ainsi par exemple du niveau de la rémunération, de congés supplémentaires pour ancienneté déjà accordés antérieurement, de la prime d'ancienneté perçue, même si ces avantages découlent non du contrat individuel, mais d'un texte conventionnel. La reconnaissance légale du principe général de maintien des avantages acquis est susceptible d'entraîner une évolution de la jurisprudence » (art. 2,4,2, JORF 1984, 290 N.C).

Le professeur Despax estimait pour sa part que « l'interprétation la plus plausible qu'il y a lieu de donner à ce texte est bien celle qui n'impose ce maintien qu'en ce qui concerne les seules prestations de nature répétitive dont les salariés ont effectivement bénéficié auparavant »[14].

Poursuivant son effort de définition et s'adossant à d'autres recherches il devait tenter de délimiter les droits collectifs ne donnant pas lieu à un maintien : il s'agit de ceux qui ne peuvent se concevoir en dehors d'une collectivité, ce qui concerne notamment les institutions représentatives des salariés (même s'il s'agit d'heures de délégations profitant individuellement à un salarié) ou les règles structurant le fonctionnement de l'entreprise (durée, aménagement du temps de travail, garanties disciplinaires, hiérarchie des emplois et des qualifications…).

b. Interprétations contemporaines des avantages individuels acquis

81. Définition jurisprudentielle générale. Devant mettre en œuvre cette règle la Cour de cassation a énoncé deux principes complémentaires l'un positif, l'autre négatif.

13 JORF, 10 janvier 1984, p.
14 M. Despax, Traité de droit du travail, T. 7, Conventions collectives, 2e éd., Dalloz 1989, n°160, p. 285.

Selon le premier :

« est un avantage individuel acquis […] un avantage qui, au jour de la dénonciation de la convention ou de l'accord collectif procurait au salarié une rémunération ou un droit dont il bénéficiait à titre personnel et qui correspondait à un droit déjà ouvert et non simplement éventuel » (Cass. soc., 13 mars 2001 : pourvoi n°99-45651 ; Cass. soc., 5 nov. 2014 : pourvoi n°13-14077).

Selon le second :

« constitue, notamment, un avantage collectif, et non un avantage individuel acquis, celui dont le maintien est incompatible avec le respect par l'ensemble des salariés concernés de l'organisation collective du temps de travail qui leur est désormais applicable » (Cass. soc., 8 juin 20211 : pourvoi n°09-42807).

82. Définitions doctrinales. Parallèlement à ces solutions jurisprudentielles, l'effort de définition a été poursuivi en doctrine notamment par MM. Aubree[15] et Dockès[16]. Ces travaux tentent de fonder une définition à la fois exégétique et positive des différents termes de la formule légale.

83. Avantage. Le droit au maintien suppose que le salarié profite d'un avantage qui peut de manière générale être présenté comme « une norme plus agréable ou moins onéreuse pour les salariés que celle créée par une autre norme », mais qui devrait, dans le contexte d'une cession d'entreprise « s'identifier », selon Monsieur Aubree, « au profit ou à l'amélioration des conditions de travail, procuré(e) aux salariés transférés, dont ceux-ci seraient privés si la convention ou l'accord collectif mis en cause ne prévoyait pas une telle amélioration »[17]. Ainsi en cas de fusion absorption, si dans l'entreprise d'accueil le statut collectif est totalement ou partiellement plus favorable, il se substituera totalement ou partiellement aux avantages individuels acquis. On comprend en effet que si l'ancienne convention collective prévoyait une prime de 13e mois inférieure à celui de la nouvelle convention collective, le salarié préfère cette dernière…

84. Individuel. La notion d'avantage individuel acquis n'est pas fondée sur la source de l'avantage, mais résulte de son objet[18]. En effet, la règle légale n'est pas « un simple rappel de l'évidence selon laquelle la dénonciation d'un accord collectif ne met pas en cause les avantages stipulés au sein des contrats individuels de travail »[19].

Le caractère individuel de l'avantage est ensuite défini comme « celui qui est susceptible

15Y. Aubree, le concept légal « d'avantage individuel acquis ». Hypothèse de la mise en cause du statut conventionnel de l'entreprise cédée, RJS 2000, p. 699 et s.
16E. Dockès, l'avantage individuel acquis, Dr. soc. 1993, p. 826 et s.
17Y. Aubree, préc.,
18Y. Aubree, préc., E. Dockès
19E. Dockès, préc.

d'utilisation privative, par opposition à l'avantage collectif, insusceptible d'une telle utilisation »[20].

Une distinction est proposée par le professeur Dockès entre deux catégories d'avantages collectifs.

« Sont des avantages collectifs par nature les avantages qui ne peuvent bénéficier à certains salariés, sans bénéficier à d'autres salariés. Il s'agit alors d'une nécessité matérielle. On peut, à titre d'exemple classer dans cette catégorie les dispositions fixant l'ordre des licenciements économiques, la répartition entre les membres du personnel les pourboires, l'horaire collectif de travail, ou encore certaines règles concernant les conditions de travail.

Sont des avantages collectifs par finalité l'ensemble des dispositions ayant pour objet la représentation du personnel, le droit syndical, ou encore la négociation collective. Ces dispositions prévoient des avantages institués pour bénéficier à une collectivité de salariés. Il ne s'agit plus d'une impossibilité matérielle (il est matériellement possible d'exiger d'un délégué syndical qu'il négocie un accord qui ne s'appliquera qu'à certains salariés), seul le but dans lequel ces avantages ont été institués, impose qu'il ne soit pas distingué entre les membres d'une même collectivité de travail. Il serait contraire à l'esprit de l'institution des délégués du personnel que de considérer, par exemple, qu'un délégué du personnel supplémentaire ne peut représenter que les salariés embauchés avant la date de la disparition de la convention collective qui l'instituait, ou que seuls les anciens salariés sont électeurs, ou éligibles à ce poste supplémentaire.

Tout avantage qui n'est pas collectif ni par nature ni par finalité, doit être qualifié d'individuel. Seront ainsi individuels une indemnité conventionnelle de licenciement, la durée conventionnelle du préavis de licenciement, une prime, l'octroi de jours supplémentaires de congés, le montant conventionnel du salaire, ou encore l'indemnisation de la maladie »[21].

Prolongeant ce travail de définition Monsieur Aubree, estime que « pour savoir si un avantage d'origine conventionnelle peut être matériellement octroyé à certains salariés sans bénéficier à d'autres salariés de la même collectivité, il s'agirait de déterminer si cet avantage intéresse plus particulièrement la collectivité des salariés indépendamment de leur situation personnelle ou de leur emploi ou, au contraire, tel ou tel salarié de cette collectivité en raison même de sa situation personnelle ou de l'emploi qu'il occupe au sein de l'entreprise »[22].

Il en déduit que sont des avantages « collectifs par leur objet» :

«a. D'une part, les avantages conventionnels qui intéressent l'organisation et la gestion de l'ensemble de la collectivité de travail formée par les salariés de l'entreprise ou de la partie d'entreprise transférée. Par transposition à l'objet de notre étude, il pourrait en être ainsi de toutes les dispositions du statut collectif mis en cause (ou dénoncé) relatives à **l'horaire et à l'aménagement du temps de travail, à la hiérarchie des emplois et des qualifications, au système de rémunération et de classification professionnelle, aux critères de l'ordre des licenciements économiques**.

20E. Dockès, préc.
21E. Dockès, préc.
22Y. Aubree, préc.

b. D'autre part, les avantages conventionnels améliorant (ou adaptant) les règles fondamentales de protection des droits de l'ensemble de la collectivité des salariés de l'entreprise ou de la partie d'entreprise transférée. Dans cette catégorie d'avantages, on pourrait donc classer tous les avantages plus favorables que la loi, prévus par le statut collectif mis en cause (ou dénoncé), qui concernent notamment **le droit d'expression des salariés, le droit syndical, le droit de grève, le droit à une représentation élue du personnel, l'exercice de fonctions représentatives du personnel ou syndicales, la limitation de la durée maximale du travail, le droit au paiement des heures supplémentaires, le droit au repos compensateur, le respect des temps de pause et de repos, le droit à des congés payés annuels et spéciaux, le respect des garanties disciplinaires** […] ».

Sont en revanche des droits individuels par leur objet, exclusivement, ceux « qui intéressent ou qui profitent à tel(s) ou tel(s) salarié(s) de l'entreprise ou de la partie d'entreprise transférée, en raison même de sa (ou de leur) situation personnelle ou de l'emploi qu'il(s) occupe (nt) au sein de cette entreprise ou de cette partie d'entreprise. Partant, il faudrait notamment classer dans la catégorie des avantages individuels par leur objet : **le niveau conventionnel de rémunération, de classification et de qualification professionnelle, une prime conventionnelle de fin d'année, d'ancienneté, de vacances, l'octroi de jours supplémentaires de congés, des garanties conventionnelles en matière d'accident du travail ou de maladie professionnelle, de retraite (complémentaire ou supplémentaire) ou de prévoyance (remboursement de frais de soins de santé, versement d'une indemnité, d'une rente ou d'un capital en cas d'incapacité, d'invalidité ou de décès), une indemnité conventionnelle de maladie, de maternité, de licenciement, de préavis, de non-concurrence, de mise à la retraite ou de départ à la retraite, la durée conventionnelle du préavis de licenciement** […] ».

85. Acquis. Après avoir procédé à un recensement des significations possibles de ce terme (avantage dont le salarié a profité, avantage exigible, avantage futur, mais certain – par opposition à éventuel) Monsieur le professeur Dockès avance que « la Cour tire son inspiration d'une distinction tenant à la régularité temporelle, au caractère continu ou cyclique, de la survenance de certains droits. Ainsi pourraient être acquis les droits à un certain salaire, à une prime de vacance ou de treizième mois (droits qui réapparaissent), ou encore le droit d'apposer des petites annonces sur un panneau réservé à cette fin (droit continu), etc. Suivant cette définition de l'acquis, les droits cycliques dans leur survenance, quoique variables dans leur montant ou dans leur étendue comme les primes d'assiduité, de rendement, ou encore les droits à congés payés devraient être considérés comme acquis »[23].

Ne seraient pas acquis les droits liés à un événement ponctuel ou accidentel, ce qui conduit à exclure les droits liés à la rupture (indemnités de retraite, de fin de contrat à durée déterminée) ou liées à un événement aléatoire dans sa survenance (maladie, maternité).

23E. Dockès, préc.

86. Distinction supplémentaire : l'obligation due et le droit acquis. La notion d'avantage acquis doit être distinguée des créances dues. La dénonciation n'emporte extinction des obligations que pour l'avenir. Elle ne permet donc pas à l'employeur d'échapper à une obligation qui est née avant l'extinction de la convention collective. Dans ce cas, l'employeur devra « payer cette dette », peu important que ce paiement ait lieu après l'extinction de la convention collective ou de l'accord collectif.

Une créance peut être due sans qu'un avantage soit acquis. Il ne suffit pas d'avoir accordé un avantage ponctuel, parce que la créance est née avant la dénonciation, pour que celui-ci devienne un avantage individuel acquis. Ainsi le salarié qui, a pu bénéficier de jours conventionnels de congés en raison d'une maladie antérieure à une dénonciation, ne saurait en déduire qu'il s'agit d'un avantage individuel acquis[24].

c. Les cas de droits acquis

87. Des listes de droits ? On observe que dans tous les travaux de recherche ainsi que dans tous les ouvrages juridiques, l'effort de présentation théorique est accompagné d'une liste d'exemples tirés des décisions de justice, d'avantages acquis ou non – le rapprochement des affaires est cependant parfois source d'incertitudes.

Il ressort de ces recensements que la rémunération est le premier sujet de préoccupation, suivi par les difficultés liées aux temps d'activité.

i. Rémunérations et sommes diverses

88. Les conventions collectives contiennent de nombreuses stipulations qui concourent à la détermination de la rémunération. Elles peuvent prévoir des minimas, un certain nombre de primes aux conditions d'attributions variées, définir des avantages en cas d'heures supplémentaires, des modalités de rétribution des pauses…

89. **Niveau de la rémunération ?** Dans des formules assez générales, il est parfois affirmé que le salarié a droit au maintien du niveau de sa rémunération. Cette idée est fausse. Si l'essentiel des avantages acquis se rapporte aux rémunérations, le salarié ne peut conserver toutes les formes de rémunérations conventionnelles.

24Cass. soc., 18 mars 2009 : pourvoi n°07-43324 ; RJS 2009, n°653. - V. aussi, Cass. soc. 17 avril 2008 : pourvoi n°07-41465 (le sursalaire conventionnel pour enfant à charge n'est applicable que pour les enfants nés pendant le temps d'application de la convention, il ne s'applique pas aux enfants nés postérieurement).

Des distinctions sont nécessaires.

S’agissant du salaire mensuel « de base » correspondant à l’accomplissement d’un travail pendant la durée légale, la convention collective fixe généralement des minimas qui peuvent constituer, pour de nombreux salariés, le salaire effectif. Lorsque le contrat ne détermine pas de montant et qu’il est simplement renvoyé à l’accord collectif – ce dernier constitue un avantage individuel acquis (Cass. soc., 20 oct. 1998 : pourvoi n°95-44290).

L'expression, maintien du « niveau de la rémunération » est employée par la jurisprudence dans deux cas particuliers.

Il s’agit d’abord d’arrêts relatifs à la répartition des pourboires, le juge indiquant que le mécanisme conventionnel de répartition des pourboires n’est pas un avantage individuel acquis :

« si les salariés avaient droit au maintien de leur niveau de rémunération, en revanche le système de répartition des pourboires institué par les accords de 1980 et 1981 et l’accord de 1983 prévoyant une progression annuelle avaient une nature collective et ne pouvaient être assimilés au sens de l’article L 132-8 alinéa 6 du Code du travail à un avantage individuel » (Cass. soc. 12 février 1991 : pourvoi n°89-45.314 – V. aussi, Cass. soc., 26 nov. 1996 : pourvoi n° 93-44811).

Il s’agit ensuite d’affirmer que **les règles de réévaluation ou d’augmentation des salaires ne sont pas des avantages individuels acquis** :

« si, du fait de la dénonciation de l’accord du 31 mai 1968, les salariés avaient droit au maintien du niveau de rémunération atteint au jour où cet accord avait été dénoncé, ils ne pouvaient plus prétendre pour l’avenir à la réévaluation de leur salaire selon les dispositions de cet accord, celle-ci ne constituant pas un avantage individuel acquis » (Cass. soc., 26 janv. 2005 : pourvoi n° 02-44712, 02-44938 et 02-44940 – jurisprudence constante).

Il en résulte que le montant de la rétribution est « gelé » lors de sa transformation en avantage individuel acquis. Cependant cette solution n’est pas totalement uniforme puisque la Cour de cassation a pu considérer que le bénéfice d’une demi-heure de salaire devait être calculé non au regard du taux horaire applicable mais devrait suivre l’évolution conventionnelle des rémunérations horaires (Cass. soc., 13 mars 2001 : pourvoi n°99-45651).

C’est donc par un raccourci de langage qu’il est affirmé que le niveau de rémunération constitue un avantage individuel acquis. Le juge est conduit à trier parmi les sources de rémunération pour déterminer celles qui seront maintenues et celles qui ne le seront pas.

90. Primes et avantages divers. En pratique, le contentieux ne porte pas sur « le niveau de rémunération », mais plus souvent sur la disparition de tel ou tel élément particulier de rémunération. Le juge devant déterminer s’il s’agit d’un avantage individuel acquis.

Si certaines primes ne sont soumises à aucun aléa (ex : prime d’ancienneté et de 13e mois, Cass. soc., 6 nov. 1991 : pourvoi n° 87-44507 – paiement de la pause, dès lors que celle-ci n’est pas

aléatoire : Cass. soc., 5 nov. 2014 : pourvoi n° 13-14077), d'autres en revanche ne peuvent être considérées comme acquises, car elles sont ponctuelles ou dépendantes d'un événement aléatoire ; ce qui conduit à exclure les rémunérations liées à :

- la maternité ou la paternité,

- la maladie,

- la rupture du contrat (licenciement, départ à la retraite,…)[25].

N'est pas davantage acquis, le mode de calcul d'une retenue pour fait de grève, celui-ci n'étant qu'un droit éventuel (Cass. soc., 18 févr. 1997 : pourvoi n° 93-46733).

Les juges, cependant, ne sont pas liés par la dénomination donnée à une clause. Ainsi, une prime subordonnée à une condition, *théoriquement* aléatoire peut, en pratique n'être affecté d'aucun aléa réel et être régulièrement versée… si tel est le cas il s'agira d'un avantage individuel acquis.

91. Structure de la rémunération. Il est ensuite précisé que le salarié peut prétendre au maintien de la structure de sa rémunération.

Ainsi, un salarié ne peut être privé « d'un avantage individuel relatif à l'ancienneté ainsi que d'une prime de durée d'expérience », car « la structure de la rémunération résultant d'un accord collectif dénoncé constitue […] un avantage individuel acquis qui est incorporé au contrat de travail des salariés employés par l'entreprise à la date de la dénonciation […] quand bien même estimerait l'employeur estimerait les nouvelles modalités de rémunération plus favorables aux intéressés » (Cass. soc., 1ere juill. 2008 : pourvoi n°07-40799). Il n'est donc pas possible d'intégrer dans le salaire de base des primes qui naguère faisaient l'objet de versements ou de lignes distinctes (arrêt préc.).

Cependant cette solution ne s'applique pas lorsque les avantages individuels acquis sont le résultat d'une stipulation de la convention collective révisant la précédente. Ainsi, lorsqu'une convention collective stipule que « la présente convention ne peut en aucun cas être la cause d'une réduction

25Indemnité conventionnelle de licenciement : Cass. soc., 24 févr. 1993 : RJS 1993, n°429 (rappr. Cependant de Cass. soc., 15 juin 1999 : pourvoi n° 96-45617 (« attendu que le moyen qui reproche à tort à l'arrêt de s'être fondé sur l'article 7 de la convention collective du 11 avril 1986 qui garantit le maintien des avantages acquis, alors que la cour d'appel a expressément décidé que l'indemnité de licenciement ne constituait pas un avantage acquis, est inopérant »). Cass. soc., 22 févr. 1995 : pourvoi n°91-42838 (« Mais attendu que la cour d'appel a relevé que "l'avenant" du 10 décembre 1987 n'avait pas remis en vigueur l'accord collectif "Otto X..." et a, exactement, retenu que le droit à l'indemnité conventionnelle de licenciement ne constituait pas, pour le salarié licencié, un avantage individuel acquis antérieurement à la rupture du contrat de travail ; ») ; Cass. soc., 9 févr. 1994 : pourvoi n°90-45483 (« Mais attendu, d'une part, que la cour d'appel, qui a fixé la date de la rupture au 13 janvier 1987, date postérieure au transfert du contrat de travail, a exactement décidé que le droit au paiement de l'indemnité conventionnelle qui aurait été due dans le cadre du groupe Compagnie bancaire ne pouvait constituer un avantage individuel acquis susceptible de s'être intégré au contrat de travail ; que le moyen, en sa première branche, n'est donc pas fondé ; Attendu, d'autre part, que la mise en cause de l'accord collectif antérieurement en vigueur résultait de plein droit de la cession intervenue sans qu'il soit besoin d'une dénonciation, et que, sous la seule réserve des droits acquis, à l'expiration des délais prévus par l'article L. 132-8 du Code du travail, cet accord collectif cessait d'être applicable, même en l'absence de nouvelle négociation »).

des avantages acquis à titre personnel par les salariés en fonction à la date de la signature de celle-ci », la Cour de cassation a considéré que la nouvelle structure de rémunération s'imposait sous réserve du maintien du niveau de la rémunération antérieure (*Cass. soc., 19 mars 2014 : pourvoi n°13-10021* – Cass. soc., *27 juin 2000 : pourvoi n°99-41135).* La structure de la rémunération n'est donc pas un avantage individuel acquis en ce cas.

ii. Fonctions

92. Les conventions collectives peuvent contenir des stipulations relatives aux classifications des salariés, mettant en lien leurs qualifications, leurs fonctions et leur rétribution. Il ressort de la jurisprudence que ces classifications n'ont pas le caractère d'avantages individuels acquis, mais que l'extinction de la convention collective ne remet en cause ni le salaire lié à l'ancienne classification, ni le contenu des fonctions assignées au salarié (V. Cass. soc., 4 janv. 1979 : pourvoi n°77-40680 ; Cass. soc., 24 févr. 1983 : pourvoi n°80-41884[26] - Cass. soc., 21 nov. 2000 : pourvoi n°98-43377).

On peut se demander si, s'agissant de la définition des fonctions, le détour par la notion de maintien des avantages individuels acquis est nécessaire. L'acte par lequel les parties s'entendent sur une classification, en fait plus vraisemblablement une obligation qui relève dès l'origine du contrat individuel de travail.

ii. Temps

93. Liens avec la rémunération. L'occupation du temps, en droit du travail, est très fréquemment liée à des questions de rémunération, ce qui a des conséquences sur la qualification d'avantage individuel acquis.

Ainsi, lorsqu'un texte retient une définition particulière de la notion de « travail à temps complet » ***pour ouvrir droit à un salaire de base garanti***, le juge considère qu'il s'agit d'un avantage individuel acquis (Cass. soc., 28 avr. 2006 : pourvoi n°04-41863).

De la même manière, le principe de la ***rémunération d'un temps de pause*** peut constituer un avantage individuel acquis (Cass. soc., 5 nov. 2014 : pourvoi n° 13-14077).

Dans ces hypothèses, ce que le juge garantit, ce n'est pas le droit de travailler un certain temps, mais un niveau de rémunération correspondant à ce temps.

94. Horaires. Les horaires de travail, dès lors qu'ils se rapportent à l'organisation collective de l'entreprise, ne constituent pas des avantages individuels acquis[27].
Peut encore être considérée comme pouvant s'expliquer par les nécessités de l'organisation

26Arrêts rendus en application non de la loi, mais de stipulations conventionnelles prévoyant le maintien des avantages acquis.

27 Rappr. Cass. soc., 8 juin 2011 : pourvoi n°09-42807 ; V. aussi, en incidente, sur les JRTT : Cass. soc., 23 sept. 2009 : pourvoi n° 08-40830 et 08-40831 : [cas où il y a un accord de substitution] « le nombre de jours de RTT octroyés aux deux cadres autonomes résultait non pas de leurs contrats de travail qui ne mentionnaient que l'existence d'un forfait annuel de 216 jours, mais des accords négociés dans le cadre de la réduction du temps de travail, ce qui excluait que ces jours de repos, de nature exclusivement collective, présentent le caractère d'avantages individuels acquis ».

collective, la décision par laquelle la Cour de cassation rejette la qualification d'avantage individuel acquis s'agissant de la clause accordant aux agents de sécurité une heure quotidienne d'entraînement physique rémunérée dans les locaux de la société. En ce cas, elle décide en effet que « la disposition en cause se rapportait aux conditions de travail de l'ensemble des agents du service de sécurité, ce dont il résultait qu'elle avait une nature collective » (Cass. soc., 1er juin 2005 : pourvoi n°04-16994).

95. Congés payés. S'agissant des congés payés, la Cour de cassation a décidé, à plusieurs reprises que le ou les jours supplémentaires de congés accordé(s) aux salariés dont le repos habituel coïncidait avec un jour férié devaient être considérés comme des avantages individuels acquis (Cass. soc., 2 juillet 2003 : pourvoi n°00-45317 ; Cass. soc., 23 mai 2006 : pourvoi n° 04-42779 ; Cass. soc., 31 janv. 2007 : pourvoi n°05-17216).
Un arrêt non publié et à notre connaissance isolé paraît avoir retenu cette solution pour « des jours de congés payés » prévus dans un accord de réduction du temps de travail - les fondements et la portée de cette décision nous paraissent incertains (Cass. soc., 27 nov. 2014 : pourvoi n°12-35165).

d. Appréciation

96. Il ressort de cette analyse que, s'il existe certaines « zones de clarté », la notion d'avantages individuels acquis est complexe et d'une prévisibilité relative. Celle-ci dépend assez largement des solutions jurisprudentielles existantes – il est en effet beaucoup plus facile de dire ce qu'est un avantage individuel acquis une fois que la jurisprudence l'a décidé. Ce d'autant que même une fois rendues, les décisions appellent un effort d'analyse qui peut être jugé difficile. Il n'est guère certain par exemple que tous les justiciables distinguent clairement les subtilités de la qualification applicable aux avantages conventionnels liés à la pause.

En soi la complexité du droit n'est pas nécessairement un mal si elle répond à une situation qui est, elle-même, complexe. Elle est présente dans toutes les branches du droit et dans tous les droits. Cependant, le fait est qu'aujourd'hui la complexité est en droit social moins bien supportée qu'elle ne l'est en d'autres champs du droit.

Restaurer dans l'opinion commune une meilleure prévisibilité de la norme en droit du travail est parfaitement légitime et correspond à une attente des salariés, de leurs représentants et des entreprises.

2. Propositions d'un droit au maintien conventionnel

97. La question d'un droit au maintien de certains avantages ne se pose pas uniquement à l'égard des actes collectifs (a) elle se présente également à l'égard des contrats individuels (b).

a. Droit du maintien des conventions et accords collectifs

98. La question du maintien des avantages individuels acquis n'est qu'un aspect, certes important, mais partiel des règles gouvernant le dialogue social lors de l'extinction d'une convention collective.

Les avantages individuels acquis sont le résultat d'un échec. L'éviter suppose que soient augmentées les chances de conclure des accords ou des conventions offrant aux parties un statut social probablement plus complet et adapté.

Si la conclusion d'un tel accord n'est pas toujours possible, il convient d'envisager, la possibilité de négocier le contenu de ce qui pourrait être maintenu. La possibilité de conclure des clauses de maintien des avantages conventionnels doit être précisée.

Enfin, lorsque le dialogue, même limité à une clause, a échoué il convient probablement de déterminer le régime légal qui aura vocation à s'appliquer. Il conviendra de trancher la question de principe du maintien des avantages, celle – épineuse – de la définition de ceux-ci et celle, jusqu'alors délaissée par la loi, de leur régime juridique.

i. Renforcer la négociation

99. Importante convergence des opinions exprimées. La possibilité d'engager, le plus tôt possible une négociation, lorsque l'extinction d'une convention ou d'un accord collectif est probable, en particulier dans l'hypothèse de restructurations d'entreprises a été très régulièrement évoquée lors des entretiens. Ce point est celui sur lequel s'est manifestée la plus grande convergence des opinions lors des auditions – même si une fois le principe admis, les modalités de mise en œuvre peuvent être très variables d'un interlocuteur à l'autre.

100. Précédents jurisprudentiels. La Cour de cassation a déjà été saisie de litiges dans lesquels des négociations ont eu lieu avant l'opération de restructuration. Elle paraît avoir, dans les limites que lui permettait le dispositif légal, tenté d'en préserver l'effet utile.

Ainsi, elle a pu décider :
« qu'il n'est pas interdit d'engager les négociations rendues nécessaires par la mise en cause d'un accord collectif avant que se réalise l'événement entraînant cette mise en cause ; que l'employeur n'est tenu de reprendre la négociation après cet événement que lorsque les organisations syndicales représentatives ne sont plus les mêmes dans la nouvelle entreprise » (Cass. soc., 13 oct. 2010 : pourvoi n°09-13109, publié au bulletin).

Cette position a été confirmée et prolongée dans un arrêt rendu le 28 octobre 2015 (pourvoi n°14-16043, publié au bulletin), où la Cour de cassation considère qu'un accord de substitution peut être négocié antérieurement à la restructuration dès lors qu'il :
« avait été signé par l'ensemble des organisations syndicales représentatives de la société [absorbante] et […] qu'il n'était pas soutenu qu'existaient au sein de la société [absorbée] des

organisations syndicales représentatives qui n'auraient pas été appelées à la négociation ».

Ces précédents jurisprudentiels méritent un soutien législatif plus clair.

101. Hypothèses envisagées. L'hypothèse envisagée est celle dans laquelle une société fait l'objet d'une fusion, soit pour être absorbée par une autre, soit pour créer une personne juridique nouvelle. Il convient probablement d'étendre cette possibilité d'anticipation à tous les cas de mise en cause prévus par l'article L. 2261-14 du Code du travail et, plus généralement, aux hypothèses dans lesquelles des salariés pourraient être privés du bénéfice de leur convention collective (notamment dans l'hypothèse de transferts conventionnels de salariés ou de mise en cause d'un accord de branche).

102.Mécanismes proposés. Dispositions communes. Deux instruments peuvent être proposés. Des accords anticipés de transition et des accords anticipés d'harmonisation. Ces deux techniques peuvent coexister en législation sans qu'il soit nécessaire d'imposer la prééminence de l'un par rapport à l'autre.

103. Inutilité d'un délai de préavis en cas de mise en cause. Dès lors qu'il serait possible de négocier de manière anticipée un accord d'adaptation, le préavis de trois mois prévu par le dernier alinéa l'article L.2261-14 du Code du travail devrait être supprimée.

104. **Résultats possibles.** Cette négociation d'anticipation pourrait conduire à un accord de transition, à un accord d'harmonisation ou à l'insertion de clauses définissant les avantages individuels acquis.

- Accords anticipés de transition

105. Accords anticipés de transition. Il s'agirait de permettre, avant la mise en œuvre de la restructuration, une négociation tripartite entre l'entreprise cédante, l'entreprise cessionnaire (ou des représentants de celle-ci, s'il s'agit d'une société en formation) et <u>les représentants des salariés du cédant.</u>
Cet accord aurait vocation à s'appliquer, de manière conditionnelle : il ne trouverait application que si l'opération, par exemple de fusion, est effectivement réalisée.
Il conviendrait de prévoir une durée minimale d'application garantie dans l'entreprise cessionnaire (sous la forme d'une disposition supplétive).
Il s'appliquerait aux seuls salariés du cédant. Après la restructuration, il y aurait donc deux groupes régis par des conventions distinctes : les salariés du cédant et les salariés du cessionnaire.

106. Appréciation. En faveur d'une telle possibilité, il est avancé que les salariés dont le statut social est menacé souhaitent pouvoir négocier son maintien avec l'appui de leurs représentants.
Certains soulignent également qu'une négociation conduite *a posteriori* avec des représentants généralement issus de la société d'accueil, qui ne sont pas familiarisés avec la convention mise en cause et qui peuvent être moins sensibles aux intérêts de salariés repris, pourrait moins bien garantir leurs intérêts.
Les entreprises peuvent souhaiter une telle possibilité de négociation en raison de l'apaisement

possible du climat social et d'une meilleure prévisibilité de leurs obligations conventionnelles futures.

Nombreux sont ceux qui ont observé cependant qu'une telle situation sera de nature à créer dans un même périmètre une différence de situations : il y aura d'un côté les salariés repris et de l'autre les salariés du repreneur, chacun avec son statut collectif. Ici encore, le souhait d'uniformisation, qui frappe souvent les esprits, pourrait susciter l'hésitation.

La portée de cette réserve doit être mesurée :
- le droit actuel des restructurations génère déjà d'importantes différences de traitement sans permettre que celles-ci soient le produit du dialogue social : non seulement pendant les 15 mois de superposition des statuts collectifs, mais ensuite, pour une durée indéterminée pour les avantages individuels acquis ;
- il est probable que ces accords d'anticipation se « rapprochent » des stipulations conventionnelles applicables dans l'entreprise d'accueil – aucune des parties ne pouvant souhaiter maintenir une trop grande différence ; ni l'employeur qui doit gérer administrativement deux statuts différents, ni les salariés qui seront sensibles à un traitement égal ;
- la simplification du droit de révision est de nature à faciliter, de fait, une convergence des statuts collectifs.

Cependant, lorsque cela est possible, la négociation d'accords anticipés d'harmonisation doit également être envisagée.

-. Accords anticipés d'adaptation

107. Mécanisme. Le mécanisme est proche du précédent, mais ses effets sont plus importants. Il s'agit de prévoir la possibilité d'un accord harmonisant la situation des salariés de toutes les sociétés concernées par l'opération de restructuration ou de réorganisation. En ce cas, un accord quadripartite pourrait être envisagé unissant le cédant, le cessionnaire, les organisations syndicales du cédant et celles du cessionnaire.

S'agissant de ces dernières, leur audience devrait être appréciée de manière séparée dans leurs entreprises respectives. Il faut donc l'accord :

- de la ou des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise du cédant qui y ont obtenu au moins 30 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections conformément à l'article L. 2232-12 du Code du travail ;

- de la ou des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise du cessionnaire qui y ont obtenu au moins 30 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections conformément à l'article L. 2232-12 du Code du travail.

- Clauses de maintien des avantages conventionnels

108. Clause de maintien des avantages acquis. Il est concevable de prévoir que les partenaires sociaux puissent définir les avantages qui auraient vocation à être maintenus en cas d'extinction de l'accord collectif et d'échec de la négociation de substitution ou d'adaptation.

109. Positions. Une négociation sur le maintien des avantages susceptibles d'être maintenus en cas d'échec de la négociation a pu susciter des réserves. En effet, la crainte a été exprimée que, dans le jeu de la négociation, le maintien des avantages ne soit un argument permettant de diminuer les concessions accordées : « *je vous propose une somme plus faible, mais, en contrepartie, celle-ci constitue un avantage acquis en cas de dénonciation* ». Certains interlocuteurs ont craint que, dans une négociation déséquilibrée, des avantages trop faibles ne soient reconnus aux salariés.

D'autres estiment au contraire que la négociation sur les avantages susceptibles d'être conservés, dès lors qu'elle n'est pas obligatoire et que subsistent, à titre supplétif, des avantages acquis définis par le législateur serait une source de sécurité juridique et de meilleure adaptation des avantages aux besoins des salariés.

110. Appréciation. S'agissant de cette question de principe, il est délicat de prévoir les effets réels d'une telle possibilité.

Quelques éléments peuvent incliner en faveur de la possibilité d'une telle clause. Elle correspond à une pratique qui a préexisté à la loi de 1982 et dont on trouve encore de nombreuses illustrations dans le paysage conventionnel français. Le risque d'une négociation défavorable aux intérêts des salariés existe, mais il n'est pas possible d'affirmer – faute de données empiriques – qu'il est supérieur à la probabilité d'une négociation qui leur serait favorable. Cette possibilité peut constituer un instrument de réduction de l'incertitude sur les conséquences d'une extinction de l'acte collectif. Laisser aux parties la possibilité de définir ce que sont les avantages qui perdureront, leur permet de définir avec une précision qu'elles comprennent, l'étendue des droits et obligations qui perdureront. Enfin cette possibilité est cohérente avec la volonté de donner un rôle plus important au dialogue social.

111. Précision de la clause. La qualité rédactionnelle des clauses sera essentielle. Rien ne sera réglé si les partenaires sociaux se contentent d'affirmer que les « avantages individuels acquis » sont maintenus… l'imprécision aura simplement été déplacée de la loi dans la convention collective. Certes, la portée de cette imprécision sera moins grande puisqu'elle affectera les seules personnes concernées par la clause et que, de surcroît, elle aura été adoptée en (probable) connaissance de cause. Le recours à une formule ambiguë doit être compris comme le renvoi fait à un tiers,

l'interprète de l'acte collectif, le juge judiciaire, un jour peut être une instance arbitrale. Cependant, même avec ces réserves, l'on ne devrait pas admettre l'imprécision qui préjudicie aux destinataires de la clause.

Il sera nécessaire que la clause indique quelles sont les stipulations de la convention ou de l'accord qui demeureront applicables.

La précision étant parfois difficile à obtenir lors de négociation, il serait concevable de prévoir une indemnité conventionnelle valant avantage conventionnel maintenu.

112. Effet relatif de la clause ? La portée de cette clause soulève une difficulté lorsqu'elle a vocation à s'appliquer en dehors de son périmètre de conclusion. On peut en effet se demander si un accord d'entreprise qui prévoit le maintien de certaines clauses de la convention, peut s'imposer au tiers qui aura acquis cette société. Ce dernier pourrait être « surpris » de se voir imposer la clause d'un accord auquel il n'a pas consenti. D'autant que le procédé peut être l'occasion de pratiques contestables : le cédant d'une entreprise pourrait avoir la tentation de multiplier les concessions, juste avant la cession, pour acheter une paix sociale sans avoir à en payer le prix…

La portée de ce risque dépend, en pratique, des possibilités qu'aura le repreneur « surpris » de renégocier ou de mettre fin aux dits avantages (V. infra). Elle dépendra aussi des possibilités de recours contentieux entre cédant et cessionnaire.

Ces stipulations ne lui sont, cependant, pas nécessairement défavorables : une clause bien rédigée peut lui permettre une meilleure prévisibilité des coûts liés à la reprise.

Les modalités d'insertion d'une telle clause peuvent contribuer à limiter ce risque (négociation tripartite).

113. Moment de l'insertion de la clause. La clause peut être prévue à l'origine et insérée, en dehors de toute difficulté d'application, à tout moment. Il est également concevable qu'elle soit négociée « à chaud » au moment d'une dénonciation ou d'une restructuration. Dans ce dernier cas, on peut concevoir un accord tripartite entre le cédant, les organisations syndicales de l'entreprise cédée et le cessionnaire. Cela réglerait la difficulté liée à l'effet relatif des conventions et pourrait constituer le succédané d'un véritable accord d'anticipation.

ii. Préciser la notion et le régime des avantages conventionnels maintenus

114. Échec. Le maintien des avantages issus de la convention collective ou de l'accord collectif qui cessent de trouver application, suppose que toutes les négociations visant à renouveler l'acte collectif aient échoué.

Il convient de déterminer comment préciser la notion et le régime juridique qui doit s'y appliquer.

-. Définitions

115. Positions. L'écart entre les positions exprimées lors des auditions sur cette question est très important.

Ceux qui, parmi les interlocuteurs, souhaitent la disparition de ces avantages estiment que leur définition est une question secondaire par rapport à la nécessité de leur suppression. Ils conviennent cependant qu'il serait *a minima* nécessaire d'avoir une règle garantissant une meilleure prévisibilité.

D'autres estiment au contraire qu'un mécanisme de maintien des avantages est indispensable, non seulement pour assurer une stabilité des droits des salariés, mais aussi pour inciter à la négociation. Leurs propositions ensuite varient : certains plaidant pour une confirmation des solutions jurisprudentielles ou pour une évolution consistant notamment à y intégrer des avantages dont le salarié n'a pas satisfait aux conditions d'attribution ou pour ajouter un droit au maintien des avantages collectifs.

116. Appréciation. La notion d'avantages individuels acquis est génétiquement vouée à l'imprécision, car elle est davantage une intuition qu'une notion dont les implications concrètes auraient, d'emblée, été maîtrisées. Son caractère collectif, son importance pour les salariés et les entreprises, en a fait un sujet naturellement litigieux, imposant un travail d'interprétation à l'origine d'un droit complexe.

Les définitions proposées dans les développements qui suivent tentent de réduire ces incertitudes. À cette fin, l'une des voies empruntées consiste à limiter le domaine d'indétermination de la règle en se concentrant sur la question essentielle de la rémunération.

117. Définition 1/ « abstraite ». *Constitueraient des avantages individuels maintenus les créances successives, continues ou récurrentes, qui perdurent jusqu'à la rupture du contrat de travail ; qui n'ont pas un caractère aléatoire ou exceptionnel ; dont le salarié a satisfait aux conditions d'attribution et peut jouir personnellement, sans que soient affectés les droits des autres salariés ou l'organisation collective de l'entreprise.*

Cette définition substitue au terme « avantage » celui de « créance » qui est conforme à sa nature juridique[28]. Elle précise les caractères « acquis » et « individuel » de l'expression légale.

28 La notion d'avantage n'est guère nécessaire car les créances sont nécessairement créatrices de droits pour les salariés et ne sont applicables que si elles apportent des prestations supérieures à celles qui deviennent applicables à l'issue d'une dénonciation ou d'une mise en cause.

L’expression « créances successives » vise les cas où une même stipulation conventionnelle fait naître plusieurs créances qui se succèdent dans le temps : par exemple chaque mois ou chaque année. Ainsi que le relève la doctrine, « les parties contractantes sont libres d’aménager leur contrat et, en conséquence, de stipuler qu’il fera naître une seule créance ou, au contraire plusieurs créances successives »[29]. L'emploi du terme « récurrent » a été préféré à « régulier » qui aurait pu être interprété comme supposant une périodicité stricte ou « répété » qui n'implique aucune périodicité. La récurrence impose des répétitions à une fréquence indéterminée. Il a été nécessaire de préciser la plage de temps considérée qui s'étend jusqu'à l'extinction de la relation de travail. Il a fallu préciser que les créances « isolées », même si ces dernières peuvent parfois donner lieu à quelques répétitions ne sont pas maintenues : il s’agit de créances exceptionnelles, terme entendu comme « en dehors de ce qui est courant », ce qui sort de la règle générale, « de l’habitude »[30].

Cette définition outre qu'elle est inélégante présente l’inconvénient notable de déplacer la complexité. Elle risque de susciter, en particulier pour ceux qui n’ont pas la possibilité d’être accompagnés par un conseil spécialisé en droit social, une perplexité comparable (ou supérieure) à celle qu’ils éprouvent aujourd’hui.

Il est également probable que les spécialistes y verront également des défauts dans l’expression ou dans les conséquences.

Les juristes savent, depuis le droit Romain, que les définitions sont périlleuses parce qu’il est rare qu’on n’en force pas le sens : « *omnis definitio in iure civili periculosa est : rarum est enim, ut non subverti posset »*[31].

118. Cas des prestations conventionnelles en cours. Cette définition ne rend pas compte des hypothèses dans lesquelles un salarié pourrait continuer, au titre des prestations conventionnelles en cours d'exécution, à bénéficier de prestations issues d’une convention ou d’un accord collectif. En effet, une prestation qui en principe ne devrait pas constituer un avantage acquis peut continuer d’être versée au salarié au motif qu’il s’agit d’un droit ouvert. En revanche, le fait d’avoir profité une fois de cet avantage ne permet pas, après l’extinction de la convention collective, d’en bénéficier de nouveau. Il ne s’agit pas d’un avantage maintenu.

La question pourrait être réglée sans avoir besoin de la notion « d’avantages maintenus ». Il conviendrait de considérer que la créance dont l’exécution est en cours et n’est pas achevée est intégralement due. En effet, la résiliation du contrat s’oppose à la naissance de créances nouvelles, mais n’éteint pas celles qui sont encore dues.

29 J. Ghestin, M. Billiau, G. Loiseau, Le régime des créances et des dettes, Traité de droit civil, LGDJ 2005.
30 A. Rey, Dictionnaire historique de la langue Française, éd. Dictionnaires le Robert, 1993, V°excepter
31 D. 50, 17, 202 (Corpus juris civili, trad. H. Hulot, J.-F. Berthelot, P.-A. Tissot et A. Bérenger, éd. 1803, Metz, p. 674)

119. Définitions « concrètes », 2/. Les normes qui prêtent le moins à l'interprétation sont celles qui énumèrent des cas sur le contenu desquels il n'existe pas de controverses[32] et les normes mathématiquement quantifiées (le panneau de signalisation qui précise une vitesse maximale ou la règle définissant un taux d'alcool dans le sang… sont des normes qui ne laissent pas grande place à l'interprétation).

L'idée de dégager une liste précise des avantages qui devraient être maintenus se révèle très difficile, car les conventions collectives ont des contenus très différents – les cas dans lesquels la jurisprudence a décidé qu'il s'agissait d'un avantage maintenu ou d'un avantage qui ne pouvait l'être, révèlent cette grande diversité.

La difficulté peut cependant être limitée si on se rapporte aux thèmes sur lesquels des avantages peuvent être maintenus.

Il ressort en effet du contentieux que certains éléments de rémunération (schématiquement ceux versés régulièrement sans caractère aléatoire) sont maintenus ainsi que certains congés payés supplémentaires.

Partant de ce constat plusieurs définitions peuvent être proposées.

Selon une première : *constitueraient des avantages individuels maintenus les créances , en matière de rémunération et de congés payés supplémentaires, successives continues ou récurrentes, qui perdurent jusqu'à la rupture du contrat de travail ; qui n'ont pas un caractère aléatoire ou exceptionnel ; dont le salarié a satisfait aux conditions d'attribution et peut jouir personnellement, sans que soient affectés les droits des autres salariés ou l'organisation collective de l'entreprise.*

- Une autre méthode pourrait consister à prévoir un droit au maintien du niveau de la rémunération conventionnelle versée par l'employeur[33] atteint par le ou les salariés. Ce droit au maintien se traduisant par une **indemnité différentielle** qui serait versée si le montant de la convention collective nouvellement applicable n'est pas supérieur (il se peut en effet que la convention collective nouvellement applicable soit plus favorable, dans ce cas cette dernière s'appliquera). Pour calculer le montant de cette indemnité, il convient de retenir les créances qui ont pour source exclusive la convention collective et de retenir une règle comparable à celle utilisée pour définir le salaire de référence pour calculer l'indemnité de licenciement (la moyenne des rémunérations conventionnelles calculée selon le montant le plus favorable des 12 derniers mois ou des 3 derniers mois).

32 En droit cela s'avère assez rare, tant en raison du caractère souvent ambigu du langage que de l'imprécision de l'idée qui, parfois, se trouve à l'origine d'une règle.
33 Nota : une réflexion distincte méritera d'être conduite s'agissant de la protection sociale complémentaire où les prestations sont généralement versées par des tiers (assureurs, mutuelles…).

Ce montant moyen pourrait être individuel (chaque salarié ayant retiré des avantages différents de la convention collective) – ce qui supposerait un important travail de calcul. Il pourrait aussi s'agir d'un montant moyen dans l'entreprise concernée – avec le risque d'une uniformisation artificielle des situations.

Cette solution élève le coût des avantages maintenu par rapport au droit positif, car se trouvent incorporées toutes les sommes conventionnelles anciennement versées (actuellement seules certaines rémunérations sont maintenues). Elle écarte (en contrepartie ?) du maintien tous les autres avantages susceptibles d'être maintenus.

Il est difficile de mesurer toutes les implications pratique de cette proposition. Il conviendra par exemple de traiter les périodes de suspension du contrat ce qui imposera de procéder à des « reconstitutions ». Les avantages liés aux heures supplémentaires ne pourront donner lieu à versement que si le salarié continue d'effectuer des heures supplémentaires (en fonction des heures effectivement accomplies).

Il a encore été observé que la détermination de l'assiette des sommes devant être prises en considération pour le calcul de l'indemnité risque d'être une source de contentieux et d'incertitude.

Une difficulté de mise en œuvre peut encore se présenter lorsque la convention collective prévoit des éléments de rémunération variable (liés à la performance). Le montant moyen, dans la période de référence, sera maintenu transformant la nature juridique même de l'avantage. L'effet produit risque d'être considérable si ce montant est, dans la période de référence, soit très bas (les salariés ne conservant rien ou presque), soit exceptionnellement élevé (les entreprises devant appliquer une indemnité différentielle très élevée)[34]. De manière plus générale, cette méthode risque de défavoriser ou de favoriser artificiellement, ceux qui dans la période de référence ont peu ou beaucoup retiré de leur ancienne convention collective. Cela pourrait conduire à retenir une période de référence plus étendue pour être pertinente.

-. Régime

120. Préciser le régime juridique des avantages conventionnels est un autre moyen de limiter les incertitudes qui affectent cette notion. Deux questions méritent un examen : celle du périmètre d'application des avantages maintenus et celle de l'évolution des avantages conventionnels maintenus.

34 Ce qui peut avoir des conséquences sur les possibilités de reprise. Dans l'hypothèse où le statut social du cédant a conduit, dans la période antérieure à la cession, à l'attribution de rémunérations élevées, le repreneur potentiel pourrait hésiter à reprendre une entreprise où les salariés conserveraient un niveau de revenu si élevé.

121. Domaine et durée des avantages individuels maintenus. Lors des auditions, il a été proposé de limiter les avantages conventionnels aux seuls cas dans lesquels il n'existerait pas de convention collective susceptible de s'appliquer en lieu et place de celle mise en cause. Dans ce cas, la période pendant laquelle l'ancien statut collectif continuerait de trouver application jouerait le rôle d'un préavis permettant de négocier un accord d'adaptation ou de se préparer à l'entrée en vigueur de la convention collective d'accueil. Cette technique est alors présentée comme le moyen d'assurer l'égalité entre les différents salariés concernés.

Cette position est écartée par ceux qui sont favorables à un maintien des règles existantes. Ils font valoir que les avantages ainsi acquis sont « une compensation » de la perte de leur ancien statut conventionnel[35] et un puissant levier de renégociation.

Une distinction peut être faite entre la négociation d'entreprise et la négociation à d'autres niveaux.

S'agissant de la négociation d'entreprise, les deux précédentes options nous paraissent également envisageables sans que nous disposions d'arguments plus favorables à l'une qu'à l'autre. Il serait probablement souhaitable, si l'on considère que les avantages maintenus ont vocation à disparaître à l'issue d'un délai de préavis, de prévoir une durée suffisamment longue pour qu'une négociation de substitution présente un intérêt. Ainsi, l'on pourrait prévoir que les avantages maintenus cessent de trouver application au bout de quatre années.

En revanche, s'agissant en particulier des accords de branche, il pourrait être prévu que la convention de branche nouvellement applicable puisse remplacer celle mise en cause, à l'issue d'une période d'application (idée d'un préavis raisonnable), d'une année ou de quinze mois. En effet, en ce cas les salariés ne perdent pas le bénéfice d'un acte qu'ils ont directement négocié et qui serait un élément de l'histoire de leur entreprise – la convention ou l'accord de branche est d'abord celui d'une profession et non celui de la communauté de travail formée par l'entreprise. De surcroît, prévoir l'application, au terme d'un délai de préavis, de la nouvelle convention de branche aurait l'avantage d'être cohérent avec les préconisations de Monsieur Quinqueton qui propose en l'absence d'accord de convergence l'application automatique de la convention collective d'accueil[36].

122. Renégocier les avantages maintenus. La nature des avantages maintenus n'a pas été définie par la loi. La jurisprudence a considéré qu'ils ne pouvaient constituer un acte collectif puisque l'accord ou la convention qui l'avait fait naître s'est éteint (dénoncé ou mis en cause). Cette élimination faite, elle a décidé que les avantages devaient s'intégrer au contrat de travail.

35 L'égalité ne pouvant trouver application qu'entre situations égales

36 « Proposition de feuille de route pour les organisations professionnelles d'employeurs et les organisations syndicales de salariés vers une nouvelle structuration des branches professionnelles », p. 55.

Logique juridiquement, ce choix se traduit cependant par un forçage du contrat, car il n'existe pas d'accord entre l'employeur et le salarié pour faire entrer ces créances dans le champ contractuel. Elle produit, de surcroît, un effet qui est troublant : un avantage maintenu ne peut plus être révisé que par la procédure applicable aux contrats individuels, une convention collective ultérieurement négociée ne pouvant le faire.

Imposer une modification individuelle n'est pas nécessairement satisfaisant, car cela peut conduire à la mise en œuvre de licenciements collectifs.

Il convient de restituer aux avantages maintenus leur véritable nature et d'admettre qu'ils ne peuvent être assimilés ni à une convention collective ni à un contrat individuel de travail. Ce maintien est donc un effet de la loi qui peut et doit en déterminer les modalités d'évolution.

C'est une position qui a déjà été retenue par le professeur Dockès et à laquelle nous souscrivons : « l'avantage individuel acquis en cours de maintien ne peut être assimilé ni à un contrat individuel, ni à une convention collective de travail. Il peut être détruit ou modifié par le biais d'une novation du contrat de travail, ce qui le rapproche de ce dernier, mais il disparaîtra si une convention collective vient se substituer à celle dont il était issu, ce qui le rapproche de la convention collective. Il apparaît dès lors comme un type de norme originale »[37].

Les avantages conventionnels maintenus pourraient être modifiés par un accord ou une convention collective ou par le contrat individuel de travail.

b. Droit du maintien des contrats individuels de travail

123. Lors des auditions, il a été relevé que certaines réorganisations n'entraient pas dans le champ d'application des règles assurant le maintien des contrats individuels de travail. La question apparue tardivement lors des auditions n'a pu être abordée avec l'ensemble des personnes rencontrées ce qui peut limiter la pertinence des propositions et analyses qui suivent.

124. Exposé de la difficulté. La question du maintien de certains avantages aux salariés ne se pose pas uniquement lors de la dénonciation ou de la mise en cause d'une convention collective.

En effet, il peut arriver que des salariés individuellement ou des groupes de salariés changent d'employeur dans le cadre de mobilités décidées conventionnellement. Dans ces cas, le changement d'employeur suppose l'acceptation des salariés. Ces changements peuvent concerner un groupe de salariés, mais aussi des situations individuelles : une entreprise perd un marché, une autre lui succède, mais elle va, en application d'un accord collectif, conserver une partie du personnel qui y était antérieurement affecté.

37 E. Dockès, prèc.

Les salariés passant au service d'une nouvelle entreprise peuvent souhaiter conserver, fût-ce partiellement, les avantages qu'ils retiraient de leur contrat de travail.

Certaines branches professionnelles (notamment nettoyage, gardiennage, restauration) prévoient un mécanisme permettant, en cas de perte d'un marché, d'organiser le transfert conventionnel des salariés concernés tout en assurant le maintien de leur contrat. Ainsi la convention collective prévoit que l'entreprise qui reprend un marché, doit proposer à certains des salariés de celle qui l'a perdu, de reprendre leurs contrats. C'est une garantie sociale pour les salariés concernés qui conservent non seulement leur emploi, mais aussi leur contrat.

La chambre sociale, si elle ne remet pas en cause la licéité de ces transferts conventionnels de contrats, décide cependant en application d'une lecture du principe d'égalité qu'elle élabore depuis une décision rendue en 1996, que les avantages contractuels des salariés ainsi transférés doivent profiter aux salariés de l'entreprise d'accueil (Cass. soc., 15 janv. 2014 : pourvoi n°12-25402).

125. Certains font valoir que cette solution est de nature, en raison des coûts élevés qu'elle engendre, à entraîner la disparition de ces garanties sociales. Il suffit en effet qu'un seul salarié soit repris pour que ses avantages aient vocation à s'appliquer immédiatement à tous les salariés du repreneur, qui peuvent être nombreux. Ils relèvent également qu'elle a un impact considérable sur la concurrence, car, par le biais du principe d'égalité, celui qui reprend un marché risque de se trouver obligé d'ajouter à ses pratiques contractuelles tous les avantages pratiqués par celui qui perd le marché.

D'autres estiment que si la convention collective de branche assurait une meilleure homogénéité des situations en matière de rémunération la difficulté ne se présenterait pas ou aurait moins d'importance.

126. Appréciation. Une sécurisation des transferts conventionnels au regard de cette difficulté particulière est envisageable.

Il conviendrait de prévoir qu'en cas de transfert conventionnel de contrats, les parties ne sont pas tenues d'appliquer les stipulations contractuelles de l'entreprise cessionnaire, mais peuvent conserver leur propre contrat. Il est concevable, pour limiter l'ampleur de cette règle de prévoir que ce droit à la différence est limité aux hypothèses dans lesquelles les transferts conventionnels de contrats sont organisés par un accord collectif ou une convention collective. Il serait enfin souhaitable qu'un dispositif de résorption des différences soit mis en œuvre.

S'agissant de transferts de contrat ces propositions ne portent pas sur le point de savoir si une convention collective de branche peut imposer un transfert de salariés – cette question mettant en cause la liberté des parties au contrat (à quelles conditions un tiers peut-il imposer aux parties le

transfert de leur contrat ?), et les règles de libre concurrence[38].

38 V. CE 30 avr. 2003 : req. n°230804

Remerciements

Je tiens à remercier l’équipe du laboratoire de droit social de Paris 2 dont les membres m’ont apporté leur soutien, en particulier son architecte, Monsieur le professeur Teyssié, qui n’abandonne jamais ceux qu’il accompagne. Au sein du laboratoire, le rapport doit beaucoup aux échanges et à l’appui de Mme Lydie Dauxerre, M. Emeric Jeansen, Mme Catherine Lebret et M. Yannick Pagnerre.

Je souhaite également remercier Mathilde Cesaro qui a accepté que les fêtes de fin d’année soient si particulières et qui a exercé son esprit critique tout au long de l’élaboration du rapport.

Je suis encore redevable envers Monsieur Paul Bacquelin pour le regard érudit et distancié qu’il a accepté de porter sur ce travail.

Je suis reconnaissant aux agents de la direction générale du travail m’ont apporté leur appui dans la préparation du rapport. Je dois à l’efficacité de Madame Françoise Bouchet d’avoir pu rencontrer toutes les personnes prévues. Leur très grande disponibilité, y compris en des horaires déraisonnables (un SMS à 1h37 du matin !) et la possibilité de discuter en maintes occasions des différentes orientations du rapport ont été d'un grand secours. Je remercie en particulier pour ce soutien Mme Dimitra Finidori, Mme Cynthia Metral, M. Aymeric Morin, M. Jean-Henry Pyronnet, Mme Claire Scotton, Mme Fabrine Thuillier et M. Alain Rochebloine.

Enfin, je tiens à remercier toutes les personnes qui ont accepté, lors des auditions, de discuter des sujets de ce rapport. Leurs éclairages pratiques et leurs arguments sont à l’origine de propositions que je n’aurais probablement pas pu concevoir seul.

Auditions

- Partenaires sociaux et organisations professionnelles,

CFDT, Marylise Léon, secrétaire nationale, Carole Hellegouarc’h, secrétaire confédérale, service vie au travail, dialogue social, Lucie Lourdel, responsable du service juridique, Sabrina Zouane,

CFTC, Joseph Thouvenel, vice-président, Michel Charbonnier, responsable service juridique

CFE-CGC, Franck Mikula, secrétaire national confédéral, emploi et formation, Jean-Michel Pecorini, Secrétaire national confédéral, développement, dialogue social et unions territoriales, Laurence Matthys, responsable service europe emploi

CGT, Agnès Le Bot, secrétaire confédérale, Mme Anne Braun, animatrice du Pôle droits, Libertés et Action Juridique, Tony Hautbois secrétaire national des ports et docks

CGT-FO, Marie-Alice Medeuf-Andrieu, secrétaire confédérale, Sandra Mitterrand, conseillère technique, Pascal Corbex, secrétaire général de la Fédération FO de l'Action Sociale

CGPME, Georges Tissié, directeur des affaires sociales

FEHAP, Yves-Jean Dupuis, directeur général, Sylvie Amzaleg, directeur des relations du travail

FEP, Loys Guyonnet, directeur juridique social et relations institutionnelles

FNSEA, Morgan Oyaux, sous-directeur, Anne-Sophie Forget, chef du service emploi

MEDEF, Antoine Foucher, directeur général adjoint, Soraya Pitou, directrice de mission, direction des relations sociales

UIMM, Damien delevallée, Chef du service juridique, Geoffrey Gury, service temps de travail et revenus du travail, Vincent Breton, juriste, Claire Gramfort, juriste

UNAPL, Gérard Goupil, bureau, président des commissions, David Caribault, chargé de mission affaires sociales

UPA, Pierre Burban, secrétaire général, Christian Pineau, chef de service relations du travail, protection sociale

- Avocats, experts, conseils, groupes intermédiaires et personnalités

AFEP, France Henry-Labordère, directrice des affaires sociale, Mme Virginie Boulnois, Responsable droit social, (Renault), Mme Decorse, Total, M. Jean-Gabriel Pichon, (Bouygues), directeur juridique social groupe, Valérie Grison, (Bouygues), Cadre affaires sociales

BARTHELEMY-AVOCATS, Michel Morand, avocat associé

BRIHI KOSKAS ET ASSOCIÉS, Rachid Brihi, avocat associé

CAPSTAN, Bernard Boubli, avocat associé, ancien doyen de la chambre sociale de la Cour de cassation, Bruno Serizay, avocat associé, Arnaud Teissier, avocat associé, Jean-Benoit Cottin, avocat

Jean-Denis Combrexelle, président de la section sociale du Conseil d'État, ancien directeur général du travail

FIDAL, Stéphane Béal, avocat associé, Sylvain Niel, avocat associé, directeur du cercle des DRH

FLICHY GRANGÉ AVOCATS, Aurélie Cormier Le Goff

FRANCIS LEFEBVRE, Olivier Dutheillet de Lamothe, avocat associé, ancien membre du conseil constitutionnel, ancien président de la section sociale du Conseil d’Etat, ancien directeur général du travail, Laurent Marquet de Vasselot, avocat associé, Nicolas de Sevin, avocat associé, président d’Avosial, Paul-Henri Mousseron, consultant

Jean-Yves Frouin, magistrat, président de la chambre sociale de la Cour de cassation

GROUPE ALPHA, Evelyne Bledniak, avocate, Pierre Ferracci, président

Henri-José Legrand, ancien avocat, LBBA

LEPANY ET ASSOCIÉS, Jonathan Cadot, avocat associé

Pascal Lokiec, Professeur des Universités, Université Paris Ouest-Nanterre-La Défense

Laurence Pécaut-Rivolier, magistrate, IGAS, ancien conseiller à la chambre sociale de la Cour de cassation

Arnaud Martinon, Professeur des Universités, École de droit de l'Université Panthéon-Sorbonne

Franck Raimbault, Air France, directeur juridique social

SAF, Judith Krivine, avocate associé, Dellien associés, Alexandra Soumeire, avocate, Isabelle Taraud, avocate

SYNDEX, Jean-François Poupard, directeur général