



Harmoniser le statut du personnel



Corinne METZGER
Avocat Associé
Cabinet MBDA Associés
cmetzger@mbda-associes.fr



Meriem KHELIF
Avocat associé
Cabinet MBDA Associés
mkhelif@mbda-associes.fr

Il est vivement conseillé d'harmoniser les pratiques sociales des entreprises parties à l'opération de transfert et, partant, le statut du personnel.

En effet, le nouvel employeur aura tout intérêt à gérer des pratiques unifiées et s'éviter de potentielles tensions entre les salariés au regard des différences de traitement qui pourraient naître de cette nouvelle organisation.

Des outils peuvent être mobilisés pour y parvenir. Ils varient selon l'origine des avantages, et permettent d'éviter que le salarié transféré bénéficie, même temporairement, des dispositions plus favorables de chaque statut collectif.

Ils permettent également d'éviter une inégalité de traitement, quand bien même cette dernière serait par ailleurs justifiée au plan légal.

L'application temporaire aux salariés transférés du statut collectif de leur entreprise d'origine peut-elle créer une inégalité de traitement ? Quels instruments juridiques mobiliser pour que ces derniers cessent de bénéficier des avantages existants chez le cédant ?

**MAINTIEN
TEMPORAIRE
DU STATUT
COLLECTIF,
SOURCE
D'INÉGALITÉ DE
TRAITEMENT ?**

**Accords
d'entreprise**

L'article L. 2261-14 du Code du travail organise les conditions de maintien des accords d'entreprise en prévoyant expressément que ces derniers survivent :

- soit jusqu'à la conclusion d'un accord de substitution ;
- soit, à défaut, pendant un délai maximum d'un an courant à l'expiration du délai de préavis de trois mois (soit pendant un délai maximum de 15 mois).

Les accords d'entreprise étant maintenus à l'égard des salariés transférés par l'effet de la loi, l'inégalité de traitement qui peut en résulter est – juridiquement – parfaitement justifiée.



Avantages non négociés

La jurisprudence considère qu'en cas de transfert d'une entité économique autonome le nouvel employeur n'est tenu d'appliquer les usages et engagements unilatéraux pris par l'ancien employeur qu'à l'égard des salariés dont le contrat était en cours au jour du transfert ⁽¹⁾.

Dès lors, l'obligation à laquelle est légalement tenu le nouvel employeur de maintenir au bénéfice des salariés qui y sont rattachés les droits qu'ils tiennent d'un usage (ou d'un engagement unilatéral de l'employeur) en vigueur au jour du transfert, justifie la différence de traitement qui en résulte par rapport aux autres salariés ⁽²⁾.

Ainsi, sont exclus du bénéfice de l'usage (ou de l'engagement unilatéral) transféré, sans que cela porte atteinte au principe d'égalité de traitement :

- en cas d'absorption : les salariés engagés par la société absorbante postérieurement au transfert, ainsi que ceux déjà présents dans cette entreprise au jour du transfert ;
- en cas de fusion : les salariés qui, bien qu'issus d'une des entreprises fusionnées, n'appartenaient pas à celle ayant institué l'usage, ainsi que ceux engagés par la nouvelle entité issue de la fusion postérieurement au transfert.

Si la situation ne peut entraîner d'inégalité de traitement et est dès lors sécurisée, reste que le concours d'avantages dont sont susceptibles de bénéficier les salariés transférés peut entraîner un surcoût de masse salariale pour le nouvel employeur qui va donc rechercher les moyens d'harmoniser le statut collectif au sein de son entreprise.

PROCÉDURE

Négociation d'un accord de substitution

Pour éviter tout « effet d'aubaine » résultant d'un cumul des dispositions les plus avantageuses issues du statut collectif de l'entreprise cédante et de l'entreprise cessionnaire, trois dispositifs permettant la conclusion d'accords se substituant aux disposi-

tifs conventionnels de l'entreprise cédante peuvent intervenir.

Conclusion d'accords d'entreprise d'anticipation

La loi du 8 août 2016 a introduit deux nouveaux articles dans le Code du travail, qui prévoient **deux types de négociation anticipée**, soumis aux mêmes conditions de validité que tout accord d'entreprise. à savoir :

- la signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique, quel que soit le nombre de votants ;
- à défaut, si les organisations syndicales signataires n'atteignent pas le seuil de 50 %, mais ont recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives (OSR) aux élections, quel que soit le nombre de votants, une ou plusieurs de ces organisations peu(ven)t demander une consultation des salariés visant à valider l'accord. Elles disposent d'un délai d'un mois à compter de la signature de l'accord pour formuler cette demande. Celle-ci doit être notifiée par écrit à l'employeur et aux autres OSR. Au terme du délai d'un mois, et à défaut d'initiative desdites OSR, l'employeur peut demander l'organisation de cette consultation, à condition toutefois qu'aucune organisation syndicale signataire ne s'y oppose ;
- si, à l'issue d'un délai de huit jours à compter de cette demande ou de l'initiative de l'employeur, les éventuelles signatures d'autres OSR n'ont pas permis d'atteindre le taux de 50 %, la consultation des salariés doit alors être organisée dans un délai de deux mois.

Ces accords « *de substitution anticipés* » sont les suivants.

Accords dits « de transition » ⁽³⁾

Ces accords ont vocation, comme leur nom l'indique, à assurer la transition avec les normes conventionnelles applicables au sein de l'entreprise d'accueil. Ils **ne s'appliquent donc qu'aux salariés de l'en-**

(1) Cass. soc., 7 déc. 2005, n° 04-44.594.
(2) Cass. soc., 11 janv. 2012, n° 10-14.614.

(3) C. trav., art. L. 2264-14-2.



treprise dont la convention ou l'accord est susceptible d'être mis en cause en raison d'un projet de fusion, de cession, de scission ou de « *toute autre modification juridique* » ayant pour effet la mise en cause de l'accord.

Ils permettent la négociation anticipée de l'accord de substitution, remplaçant l'accord mis en cause, qui s'appliquera aux seuls salariés transférés : la conclusion d'un accord d'anticipation permet ainsi d'adapter, dès le jour du transfert, le statut collectif du personnel transféré à celui de l'entreprise d'accueil.

Négociation. – Ces accords doivent être négociés par les deux employeurs des entreprises concernées et par les OSR de la seule entreprise à laquelle appartiennent les salariés dont les contrats sont transférés (entreprise d'origine).

Durée. – Ces accords ne peuvent excéder trois ans. Aucune condition de révision ou dénonciation spécifique à ce type d'accord n'est prévue par la loi.

Entrée en vigueur. – Ils entrent en vigueur à la date de réalisation de l'événement ayant entraîné la mise en cause (date du transfert du personnel) et s'appliquent à l'exclusion des stipulations portant sur le même objet des conventions et accords applicables dans l'entreprise d'accueil.

Ainsi, après la restructuration, il y a deux groupes de salariés régis par des conventions distinctes : ceux du cédant et ceux du cessionnaire.

Les premiers sont soumis à l'accord de transition négocié à leur intention. L'article L. 2261-14-2 du Code du travail prévoit explicitement que les stipulations des conventions et accords applicables dans l'entreprise d'accueil ne leur sont pas applicables lorsqu'elles ont le même objet que celles de l'accord de transition.

On en déduit que les stipulations de ces conventions et accords n'ayant pas le même objet peuvent, à l'inverse, s'appliquer dès le transfert à ces salariés.

Terme de l'accord de transition. – À l'expiration de la convention ou de l'accord de transition, les conventions et accords en vigueur dans l'entreprise ou dans l'établissement dans lequel les contrats de travail des salariés ont été transférés leur sont applicables. La totalité des effectifs se trouve alors uniformément couverte par le même statut collectif.

Accords dits « d'adaptation » ⁽⁴⁾

Ces accords ont pour objet l'**harmonisation de la situation de l'ensemble des salariés des entreprises concernées** (salariés transférés et salariés de l'entreprise d'accueil) et de créer un statut conventionnel unique.

Négociation. – L'accord est négocié et conclu par les employeurs et les syndicats représentatifs de chaque entreprise (entreprise d'origine et entreprise d'accueil).

Les règles de validité sus énoncées des accords d'entreprise s'apprécient dans le périmètre de chaque entreprise concernée : la consultation des salariés sera, le cas échéant, effectuée dans ce même périmètre.

Entrée en vigueur. – Ces accords entrent en vigueur à la date de réalisation de l'événement ayant entraîné la mise en cause (date du transfert du personnel).

La négociation de ces accords anticipés, qui prendront effet au jour du transfert, permet ainsi d'éviter le cumul d'avantages salariaux dont l'objet n'est pas strictement identique, mais proches, tels que par exemple une prime de fin d'année et une prime de treizième mois.

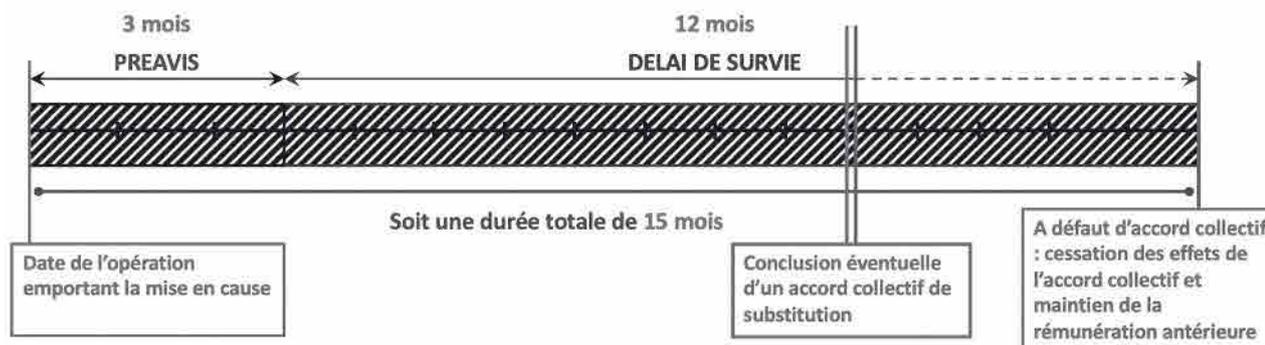
À défaut, il faudra attendre que l'opération de rapprochement soit intervenue pour conclure un accord de substitution, ce qui alourdira la masse salariale, puisque les salariés de l'entreprise cédante pourront cumuler les avantages dont ils bénéficiaient chez leur ancien employeur avec ceux existants chez le cessionnaire, jusqu'à la conclusion d'un accord de substitution.

Négociation postérieure au transfert

Une nouvelle négociation doit s'engager dans l'entreprise, à la demande d'une des parties intéressées, dans les trois mois qui suivent la date de mise en cause, soit pour l'adaptation aux dispositions conventionnelles nouvellement applicables, soit pour l'élaboration de nouvelles dispositions, selon le cas.

Si cette ultime négociation échoue, les avantages salariaux institués par accord collectif dans l'entreprise cédante continueront à s'appliquer au personnel transféré pendant un délai maximum de 12 mois au-delà du délai de préavis, soit 15 mois au total (3 + 12).

(4) C. trav., art. L. 2264-14-3.



Régler le sort des usages, accords atypiques et engagements unilatéraux

Pour éviter là encore un cumul d'avantages, il faut veiller à détenir une liste précise des usages, accords atypiques et engagements unilatéraux de l'employeur d'origine.

Deux outils permettront de mettre fin à ces avantages non négociés.

Dénonciation le plus rapidement possible

Cette dénonciation passera par :

- une information du CSE ;
- une information individuelle des salariés en respectant un délai de préavis qui, à défaut de disposition expresse, devra être d'une durée raisonnable : la jurisprudence considère que trois mois correspondent à cette exigence.

Une fois le délai de préavis expiré, les avantages salariaux octroyés par usage, accord atypique ou engagement unilatéral cesseront définitivement.

Remarque

Un travail effectué en amont avec l'entreprise sortante pourrait favoriser la dénonciation de ces avantages avant l'opération de rapprochement.

Conclusion d'un accord d'entreprise portant sur le même sujet

Lorsqu'un accord collectif nouvellement conclu a le même objet qu'un engagement unilatéral de l'employeur, cet accord :

- met fin à l'engagement en cause, sans qu'il soit besoin de procéder à sa dénonciation ;
- s'applique à l'ensemble du personnel.

Attention cependant, l'accord collectif devra englober tous les avantages prévus par l'engagement unilatéral.

À défaut, s'il ne les aborde que partiellement, les clauses de ce dernier, non substituées, restent applicables sauf dénonciation du nouvel employeur ⁽⁵⁾.

Déroger à la convention collective du cédant

Une entreprise cédante peut appliquer une autre convention collective que celle du cessionnaire.

En effet, l'entreprise reprenant l'activité cédée peut exercer à titre principal une activité différente ressortant d'autres dispositions conventionnelles. Or, le Code du travail prévoit que la convention collective applicable est celle dont relève l'activité principale exercée par l'employeur ⁽⁶⁾.

La détermination du caractère principal ou accessoire d'une activité peut soulever des difficultés. La technique la plus couramment utilisée consiste à appliquer les critères utilisés par l'Insee :

- lorsqu'il s'agit d'une activité industrielle, on considère comme activité principale celle qui occupe le plus grand nombre de salariés ;
- lorsqu'il s'agit d'une activité commerciale, l'activité principale est celle correspondant au chiffre d'affaires le plus élevé ⁽⁷⁾.

La convention collective correspondant à l'activité principale de l'entreprise cessionnaire s'appliquera, par l'effet du principe de l'unicité de statut au sein d'un même établissement, à l'ensemble des sala-

(5) Cass. soc., 16 sept. 2003, n° 01-44.587.

(6) C. trav., art. L. 2261-2.

(7) Cass. soc., 25 févr. 1998, n° 96-40.206 ; Cass. soc., 23 avr. 2003, n° 01-41.196 ; Cass. soc., 4 déc. 2007, n° 06-42.463.



riés de cet établissement : peu importe qu'ils soient affectés à une activité secondaire.

Ainsi, si l'activité reprise n'est pas exercée dans un établissement nettement différencié et qu'elle ne constitue pas un centre d'activité autonome, les salariés transférés pourront, dès le jour du transfert, se voir appliquer la convention collective de l'entreprise d'accueil.

Dans ce cas, comme pour les accords d'entreprise, le cessionnaire devra, si rien n'est fait, appliquer cumulativement les deux conventions collectives, et ce pendant un délai maximum de 15 mois (3 mois de délai de préavis et 12 mois de délai de survie de la convention collective automatiquement mise en cause par l'effet de l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail).

Les dispositions les plus favorables de chacune des deux conventions collectives s'appliqueront aux salariés transférés.

Afin d'éviter un tel cumul d'avantages et donc une inflation salariale, il sera nécessaire d'envisager la conclusion d'accords de transition ou d'adaptation dans les conditions mentionnées plus haut.

Toutes les thématiques ne peuvent cependant pas être abordées dans ces accords de transition pour édicter des règles moins favorables aux salariés transférés.

En effet, sur certains sujets, la convention collective primera sur l'accord d'entreprise.

Pour déterminer les thématiques pour lesquelles la convention collective prime sur les accords d'entreprise, il convient de se référer aux articles L. 2253-1 à L. 2253-3 du Code du travail, qui définissent des « blocs de compétence ».

Il est en effet possible d'exclure l'application de certaines dispositions conventionnelles selon le bloc dans lesquels elles sont intégrées.

Les thématiques de négociation sont réparties en trois blocs.

Bloc 1

Il comprend treize thèmes énoncés à l'article L. 2253-1 du Code du travail, pour lesquels **l'accord de branche prime de façon absolue sur l'accord d'entreprise**, que ce dernier soit conclu avant ou après la date d'entrée en vigueur de la convention

de branche, sauf lorsque la convention d'entreprise assure des garanties au moins équivalentes.

Ces thèmes sont les suivants :

- les salaires minima hiérarchiques ;
- les classifications ;
- la mutualisation des fonds de financement du paritarisme ;
- la mutualisation des fonds de la formation professionnelle ;
- les garanties collectives complémentaires ⁽⁸⁾ :
 - certaines mesures relatives à la durée du travail, à la répartition et à l'aménagement des horaires, à savoir :
 - l'institution d'un régime d'équivalence,
 - la fixation d'une période de référence supérieure à un an (dans la limite de trois ans) dans le cadre d'un dispositif d'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine,
 - la fixation du nombre minimal d'heures entraînant la qualification de travailleur de nuit sur une période de référence,
 - en matière de travail à temps partiel, la fixation de la durée minimale de travail et du taux de majoration des heures complémentaires et la possibilité d'augmenter temporairement la durée du travail prévue au contrat (compléments d'heures) ;
 - certaines mesures relatives aux CDD et aux contrats de travail temporaire, à savoir :
 - la durée totale du CDD et du contrat de mission,
 - le nombre maximal de renouvellements du CDD,
 - le renouvellement du contrat de mission,
 - le délai de carence en cas de succession de CDD ou de contrats de mission ;
- les mesures relatives au CDI de chantier ⁽⁹⁾ ;

(8) Mentionnées à l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale.

(9) Ou aux opérations prévues aux articles L. 1223-8 et L. 1223-9 du Code du travail.



Actionner des leviers d'optimisation post-transfert

- l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ;
- les conditions et les durées de renouvellement de la période d'essai ⁽¹⁰⁾ ;
- les modalités selon lesquelles la poursuite des contrats de travail est organisée entre deux entreprises lorsque les conditions d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail ne sont pas réunies (sont ici visés les dispositifs conventionnels de transfert des contrats de travail en cas de changement de prestataire existant dans certaines branches parmi lesquelles la propreté, la restauration de collectivités, la prévention et la sécurité...)
- les cas suivants de mise à disposition d'un salarié temporaire auprès d'une entreprise utilisatrice :
 - lorsque la mission de travail temporaire vise à favoriser le recrutement de personnes sans emploi rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières,
 - lorsque l'entreprise de travail temporaire et l'entreprise utilisatrice s'engagent à assurer un complément de formation professionnelle au salarié ;
- la rémunération minimale du salarié porté et le montant de l'indemnité d'apport d'affaire.

La conclusion d'un accord d'entreprise sur ces thématiques ne permettra pas de mettre fin de façon anticipée aux dispositions conventionnelles applicables aux salariés transférés, sauf situation d'équivalence des garanties.

Que signifie cette situation d'équivalence de garanties ?

Selon la Direction générale du travail, l'équivalence de garantie collective ⁽¹¹⁾ « s'apprécie par matière. Par matière, on entend chacun des alinéas numérotés de l'article L. 2253-1 et chacun des alinéas de l'article L. 2253-2 apprécié dans sa globalité. L'équivalence s'apprécie pour chaque alinéa et par rapport à la collectivité de salariés. Bien que nouvelle dans le Code du travail, cette notion ne diffère pas du principe de faveur dans l'appréciation qu'elle implique des différents niveaux conventionnels à mettre en balance. Seulement l'appréciation des garanties se fera de manière plus globale, la seule différence résidant dans le fait que le niveau inférieur peut désormais "faire aussi bien", alors qu'il devait "faire mieux" sous l'empire du principe de faveur. Lorsqu'un accord d'entreprise entend mettre en œuvre ce principe d'équivalence des garanties, et ainsi prévoir des stipulations différentes de l'accord de branche dans une matière relevant de sa primauté, il est nécessaire que l'accord d'entreprise le prévienne expressément ».

Ainsi, dans les matières sus énoncées, un accord d'entreprise pourra, « pris dans sa globalité », consentir aux salariés des garanties au moins équivalentes aux stipulations d'une convention collective.

Cette notion d'équivalence des garanties doit être utilisée avec la plus grande circonspection en l'absence de définition précise : elle peut permettre cependant d'adapter les dispositions d'une convention collective automatiquement mise en cause au jour du transfert au dispositif conventionnel applicable chez le nouvel employeur. ◆

Bloc 2

Il comprend quatre thèmes énoncés à l'article L. 2253-2 du Code du travail pour lesquels **la convention collective prévaut sur l'accord d'entreprise, à la condition que la branche le prévienne expressément** (clauses dites de « verrouillage »). Les thèmes visés sont les suivants :

- la prévention des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels énumérés à l'article L. 4161-1 du Code du travail ;

- l'insertion professionnelle et le maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés ;
- l'effectif à partir duquel les délégués syndicaux peuvent être désignés, leur nombre et la valorisation de leur parcours syndical ;
- les primes pour travaux dangereux ou insalubres.

En l'absence de clause de « verrouillage », un accord d'entreprise pourra utilement, dans ces quatre thématiques, adapter les dispositions issues d'une convention collective mise en cause dans un sens moins favorable aux salariés et ainsi mettre fin immédiatement à son application.

(10) Mentionnées à l'article L. 1221-21 du Code du travail.

(11) « La négociation collective en 2017 », éd. 2018, p. 205.



En présence d'une clause de verrouillage, l'accord d'entreprise conclu au sein de l'entreprise cessionnaire devra offrir aux salariés transférés des garanties au moins équivalentes.

Bloc 3

Il comprend tous les autres thèmes (et est, de ce fait, extrêmement large), pour lesquels **l'accord d'entreprise prime sur l'accord de branche.**

Le champ laissé à la liberté des négociateurs d'entreprise est considérable, puisqu'il est permis de traiter quasiment tous les sujets en s'affranchissant de la convention collective (temps de travail, système de primes, formation, GPEC, dialogue social...)

Pour autant, la rédaction de l'accord d'entreprise « *dérogeant* » ou plus exactement s'affranchissant de l'accord de branche doit être particulièrement fine, car seules les stipulations de l'accord d'entreprise ayant le même objet que celles de l'accord de branche prévaudront sur ce dernier.

Il faut donc être particulièrement attentif dans la rédaction de l'accord d'entreprise et respecter une stricte identité d'objet entre les stipulations de l'accord d'entreprise et celles de l'accord de branche.

Toute la difficulté tient au fait que le Code du travail ne définit pas ce qu'il faut entendre par identité d'objet.

Or, selon l'interprétation retenue, il peut s'agir des mesures qui se rattachent à un même thème (la durée du travail, les primes, l'ancienneté...) ou des stipulations qui traitent d'un avantage spécifique à l'intérieur d'un même thème (la prime d'ancienneté prévue par l'accord d'entreprise *versus* la prime d'ancienneté prévue par l'accord de branche ; le régime de congé d'entreprise *versus* celui de la branche...).

La conclusion d'un accord de substitution anticipé sur les thématiques des blocs 2 (en l'absence de clause de verrouillage) ou 3 permettrait d'évoquer l'ensemble des avantages salariaux issus d'une convention collective, afin de les revoir à la baisse et éviter, dès le jour de la fusion, un cumul d'avantages.

Reste que la conclusion d'un accord d'entreprise ne permet pas de modifier des règles incorporées au contrat de travail. : seul un accord de performance collective permettrait de toucher au contrat de travail sans recourir à l'accord individuel des salariés concernés. ◆