

# UNEDIC - CNIC

## EXPERTISE JURIDIQUE

---

Loi relative à la réforme de l'organisation du service public  
de l'emploi

**Ridha BEN HAMZA et Maître Dominique RIERA**

**07/02/2008**

Mesdames, Messieurs,

Votre CNIC a bien voulu nous mandater dans le cadre d'une expertise pour analyser tous les éléments juridiques soulevés par le projet de loi puis la loi du 31 janvier 2007 portant sur la réforme de l'organisation du service public de l'emploi.

C'est dans le souci d'assurer à nos mandants une prestation la plus pertinente et la plus opérationnelle possible que nous avons pris en considérations non seulement le texte législatif mais également l'ensemble des débats qui se sont déroulés au sein du Parlement.

Toutefois, cette expertise est par nature incomplète dans la mesure où de nombreux points concernant les modalités concrètes de la fusion ne seront déterminés qu'ultérieurement par voie de décrets.

Nous remercions pour leur accueil et leur collaboration, le secrétaire du CNIC et l'ensemble des organisations syndicales.

Comme tout avis d'expert, nos diagnostics peuvent sans doute être discutés, d'autres points de vue peuvent assurément être défendus : notre propos est de contribuer à l'émergence d'un débat, à l'enrichissement des relations sociales, et à une meilleure maîtrise par le personnel de son destin collectif.

Vous remerciant pour votre confiance, et demeurant à votre entière disposition.

Ridha BEN HAMZA

Professeur Agrégé

Co-directeur du Master II Professionnel

Juristes de Droit Social

Maître Dominique RIERA

Avocat à la Cour

## Sommaire :

### I – l'application de l'article L.122-12 aux transferts des contrats de travail.

- Les conditions de l'application de l'article L.122-12
- Le transfert des contrats de travail des salariés des ASSEDIC
- Le transfert des contrats de travail des salariés de l'UNEDIC
- Le transfert des contrats de travail des salariés en charge du recouvrement

### II – le maintien des avantages individuels acquis et des usages et engagements unilatéraux de l'employeur

- La notion d'avantage individuel acquis
- Le mécanisme du maintien de ces avantages
- La notion d'usage et d'engagement unilatéral

### III – le sort des institutions représentatives

- Les règles légales applicables
- Le sort des institutions représentatives au sein des ASSEDIC
- Le sort des institutions représentatives au sein de l'UNEDIC
- Le sort des institutions représentatives au sein du GARP

### IV – la nature juridique de la nouvelle convention collective et de l'accord préalable

- Le rejet d'une convention collective de branche
- L'application du droit des conventions collectives d'entreprise
- La nature juridique de l'accord préalable

Sur l'application de l'article L.122-12 au personnel  
De l'UNEDIC et ASSEDIC.

L'article 6 de la loi prévoit de manière expresse pour le personnel de l'UNEDIC et ASSEDIC que « - À la date de création de l'institution mentionnée à l'article L. 311-7 du même code, les salariés des organismes gestionnaires du régime d'assurance chômage qui participent à l'accomplissement des missions de l'institution mentionnée audit article L. 311-7 et de la mission de recouvrement des contributions et cotisations mentionnées aux articles L. 321-4-2, L. 351-3-1, L. 351-14 et L. 143-11-6 du même code sont transférés à celle-ci. Ce transfert s'effectue conformément aux articles L. 122-12 et L. 122-12-1 dudit code. »

Il convient de tracer, brièvement les conditions d'application de ce texte et de cerner de manière précise le contenu de la règle qu'il pose à savoir la poursuite des contrats de travail au sein de la nouvelle entité.

On remarquera que le projet de loi ne fait pas application de ce texte pour les salariés de l'ANPE. Ce silence n'est pas sans signification, nous semble t-il, sur la voie que prendra concrètement l'opération de fusion.

**I - Le rappel des conditions du transfert des contrats de travail.**

L'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail prévoit que "s'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise".

Cette règle, exception classique au principe de l'effet relatif des conventions, est également assurée par le droit communautaire, en particulier par la Directive 77/187/CEE du 14 février 1977 modifiée en 1998 (Directive 98/50/CE du 29 juin 1998), texte au regard duquel la Chambre sociale de la Cour de cassation a l'usage d'interpréter l'article L. 122-12 du Code du travail précité.

Petit à petit, les juges ont mis en place les conditions de mise en œuvre de ce transfert.

L'article L.122-12, alinéa 2, s'applique, ainsi, "à tout transfert d'une entité économique, conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise" (Ass. plén., 16 mars 1990, n°86-40.686, Mme Bodrer o Sereu, publié , D. 1990, p. 306, note A. Lyon-Caen).

*Cour de Cassation*  
*Assemblée plénière*  
*Audience publique du 16 Mars 1990*

*Sur le pourvoi dans l'intérêt de la loi formé par M le Procureur général près la Cour de Cassation, dont requête ci-après annexée :*

*Attendu que les articles 1 et 3 de la directive du 14 février 1977 du Conseil des Communautés européennes et L 122-12, alinéa 2, du Code du travail s'appliquent, même en l'absence d'un lien de droit entre les employeurs successifs, à tout transfert d'une entité économique conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise ;Attendu que, selon l'arrêt attaqué (Paris, 25 novembre 1988), le contrat de concession relatif au terrain de camping du bois de Boulogne consenti par la ville de Paris à la Société d'exploitation du touring-club de Paris-Ouest a pris fin le 31 décembre 1986 et, à compter du 1er janvier 1987, la concession a été confiée à la société Les Campings d'Ile-de-France ; que MM Appart et Schwindling, salariés du premier concessionnaire, et qui*

*n'ont pas été employés par le second, ont demandé la condamnation de l'une ou l'autre société au paiement de certaines indemnités*

*Attendu que M le Procureur général fait grief à l'arrêt d'avoir, par application de l'article L 122-12 du Code du travail, accueilli les demandes à l'encontre du second concessionnaire au motif que l'existence d'un lien de droit entre les employeurs successifs n'est pas une condition nécessaire à l'application des dispositions de cet article et que " la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes paraît conforme à la solution retenue ", violant ainsi le droit interne et le droit communautaire ;*

*Mais attendu qu'après avoir constaté que l'objet de la concession portait sur l'exploitation d'un terrain de camping, la cour d'appel a retenu qu'une entité économique autonome comprenant, comme éléments d'exploitation, des terrains et des installations, avait été transférée, permettant au nouveau concessionnaire d'en poursuivre l'activité ; qu'elle a ainsi justifié sa décision ; d'où il suit que le pourvoi n'est pas fondé ;*

Cette définition recouvre trois éléments cumulatifs nécessaires à la conservation du contrat de travail avec le nouvel employeur :

- Le transfert d'une entité économique ;
- La conservation de l'identité de cette entité ;
- La poursuite de l'activité.

#### **A) Le transfert d'une entité économique.**

La Cour de cassation, au terme d'une évolution que nous ne retracerons pas ici (v. Pelissier, Jeammaud, Supiot, Droit du travail, Dalloz, 23ème éd., p. 418 et s.), parvient à la définition suivante de l'entité économique :

il s'agit d'un "ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre" (v. Cass. soc., 7 juillet 1998, n° 96-21.451, Caisse primaire d'assurance maladie de Paris et autres, publié ; v. encore Cass. soc., 3 avril 2002, n°00-40.299, M. Patrice Aneiros c/ Associati on ADEIV, F-P).

Il résulte de cette définition que, le plus souvent, l'existence d'une entité économique ne sera reconnue que lorsque le transfert de l'activité s'accompagne d'un transfert d'actifs, qu'ils soient corporels ou incorporels. En d'autres termes, la jurisprudence renvoie plutôt à la notion d'entreprise-organisation.

Il ne fait aucun doute, s'agissant de l'UNEDIC et des ASSEDIC, que le projet de fusion entraîne bien le transfert d'éléments corporels et incorporels.

Cela étant, le transfert d'une entité économique ne suffit pas puisqu'il faut encore que son activité soit poursuivie et que celle-ci ait conservé son identité. Cela revient à poser la question du transfert de l'UNEDIC, relevant du secteur privé vers la nouvelle institution relevant du secteur public.

## **B) Le maintien de l'identité : Le transfert d'une entité économique du secteur privé au secteur public**

Jusqu'à une époque récente, la Cour de cassation considérait que les dispositions de l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail ne s'appliquaient pas en cas de transfert d'une entité économique d'une personne privée à une personne morale de droit public chargée de la gestion d'un service public à caractère administratif (Cass. soc., 7 février 1980, n° 78-41.168, Société anonyme clinique Saint-Gildas d'Auray, publié ; Cass. soc., 2 mars 1999, n° 97-40.444, Société d'aménagement foncier et d'établissement rural de Corse c/ M Julian et autres, publié ).

La Chambre sociale considérait que l'entité économique transférée perdait son identité.

Cette distinction n'était toutefois pas conforme à la jurisprudence communautaire (V. notamment, CJCE, 26 septembre 2000, aff. C-175/99, Didier Mayeur c/ Association Promotion de l'information messine APIM).

Aussi, le revirement attendu s'est-il produit par un arrêt du 25 juin 2002, la Cour de cassation décidant que "la seule circonstance que le cessionnaire soit un établissement public à caractère administratif lié à son personnel par des rapports de droit public ne peut suffire à caractériser une modification dans l'identité de l'entité économique transférée" (Cour de Cassation, Chambre sociale, 25 juin 2002, n° 01-43.467, AGS de Paris c/ M. Yves Hamon, FS-P+B+R+I ; pour une confirmation, voir Cass. soc., 14 janvier 2003, n° 01-43.676, commune de Théoule-sur-Mer c/ Mme Geneviève Hermann, FS-P+B+I , lire Sonia Koleck-Desautel, L'application de l'article L. 122-12 du Code du travail aux personnes morales de droit public,).

*Cour de Cassation, Chambre sociale, 25 juin 2002*

*Vu l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail, interprété au regard de la Directive n°77/187 CEE du 14 février 1977 ;*

*Attendu que les contrats de travail en cours sont maintenus entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise, en cas de transfert d'une entité économique conservant son identité dont l'activité est poursuivie ou reprise ;*

*Attendu que la société Clinique de l'Espérance a cédé au Centre hospitalier du Haut-Anjou, avec effet au 1er octobre 1997, les immeubles dans lesquels était exploité un établissement de soin, ainsi que ses équipements, son matériel et son plateau technique ; que, prétendant que leurs contrats de travail avaient été rompus à cette date, les salariés de la Clinique ont invoqué à l'encontre de cette société, ensuite placée en liquidation judiciaire, des créances d'indemnités de rupture ;*

*Attendu que, pour reconnaître ces salariés créanciers d'indemnités de rupture et ordonner la délivrance de lettres de licenciement, la cour d'appel a relevé que la cession d'actifs ayant été consentie par une entité exploitée sous la forme d'une société anonyme de droit privé à un établissement public à caractère administratif, il en résultait qu'il n'y avait*

*pas eu de continuation de la même entreprise et que la société Clinique de l'Espérance avait cessé son activité ; que le second alinéa de l'article L. 122-12 du Code du travail n'étant pas applicable, les contrats de travail des salariés de la Clinique n'avaient pas subsisté avec le Centre hospitalier, par ailleurs lié à son personnel par des rapports de droit public ; et que la décision de l'Assemblée plénière du 16 mars 1990 ne peut aller dans le sens de la thèse du liquidateur judiciaire, en raison de ce que cette décision précise que le transfert ne peut avoir lieu que pour une entité économique conservant son identité, ce qui n'est pas le cas, et dont l'activité est poursuivie, ce qui ne l'est pas davantage ;*

*Qu'en statuant ainsi, alors que la seule circonstance que le cessionnaire soit un établissement public à caractère administratif lié à son personnel par des rapports de droit public ne peut suffire à caractériser une modification dans l'identité de l'entité économique transférée, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;*

*PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen des pourvois de l'AGS :*

*CASSE ET ANNULE, dans toutes leurs dispositions, les arrêts rendus le 29 mars 2001, entre les parties, par la cour d'appel d'Angers ;*

L'espèce ayant donnée lieu à ce revirement, concernait la reprise d'une clinique privée par un hôpital public. Pour les magistrats de la haute juridiction « *Dès lors qu'après la cession, le centre hospitalier a poursuivi l'activité exercée par la clinique, avec les moyens fournis par celle-ci, qui se sont ajoutés sans changement aux moyens du centre, il y a maintien de l'identité de l'entité économique* ».

Incontestablement, après la fusion la nouvelle institution poursuivra l'activité exercée auparavant par l'UNEDIC et les ASSEDIC avec les moyens de ces derniers ce qui emporte le maintien de l'identité de l'entité économique.

## **C - La procédure à suivre lors d'une modification de la situation juridique de l'employeur :**

### **1- La consultation obligatoire des représentants du personnel**

Le comité d'entreprise, ou à défaut le délégué du personnel, est consulté sur les modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise, notamment en cas de fusion, cession ou de modification des structures de production. (C. trav., art. L. 432-1).

En l'espèce, chaque comité des ASSEDIC ainsi que celui de l'UNEDIC devront être informés et consulté sur l'application de l'article L.122-12.

Cette information et consultation devra notamment porter sur les salariés concernés, les conséquences sur les droits des salariés ainsi que sur celles de la représentation du personnel (mandats, biens etc..)

### **2. L'information des salariés**

L'employeur n'est pas tenu à une information individuelle préalable auprès de chacun des salariés affectés par le transfert. (Cour de Cassation, Chambre sociale, 17-04-1985, n° 83-43.044 ; Cour de Cassation, Chambre sociale, 14-12-1999, n° 97-43.011. Cour de Cassation, Chambre sociale. 11-03-2003, n° 01-40.863, publié).

Cette information et consultation est d'autant plus nécessaire car si la loi vise l'ensemble des salariés des ASSEDIC, il en va autrement s'agissant de l'UNEDIC et un doute subsiste quant à l'application de l'article L.122-12 aux salariés ayant pour mission le recouvrement.

Aussi, il convient d'une part, d'identifier avec précision quels sont les salariés concernés par l'application de ce texte et d'autre part, de lever les incertitudes

quant à la nature juridique des contrats transférés au sein d'une institution à caractère public.

## **II - Les contrats de travail concernés par le transfert.**

Il ressort clairement du projet de loi que si la fusion concernera l'ensemble des salariés des réseaux opérationnels de l'assurance chômage, à savoir les ASSEDIC, un grand flou subsiste quant aux sort des contrats de travail des salariés de l'UNEDIC.

En effet, l'article 6 de la loi ne vise que les salariés « des institutions gestionnaires du régime d'assurance chômage qui participent à l'accomplissement des missions de l'institution mentionnée à l'article L. 311-7 du code du travail ».

Ainsi, la mission dévolue à la nouvelle institution semble être le critère de détermination des contrats concernés par le transfert.

Or, il est bien précisé à l'article 2 du projet de loi que la mission de la nouvelle institution recouvre notamment :

- la prospection du marché du travail et la collecte des offres d'emploi ;
- l'orientation, l'accompagnement et le placement des demandeurs d'emploi (ce qui peut passer par la prescription d'actions utiles pour développer leurs compétences professionnelles et améliorer leur employabilité) ;
- l'inscription et la tenue de la liste des demandeurs d'emploi, ce qui comprend le contrôle de la recherche d'emploi et les décisions de radiation, comme le faisait jusqu'à présent l'ANPE ;
- le versement des allocations de remplacement pour le compte du régime d'assurance chômage et du régime de solidarité.

Il en ressort que l'UNEDIC, en tant que gestionnaire du régime d'assurance chômage, devrait subsister en tant que telle. Le maintien de l'UNEDIC est même expressément prévu dans le rapport de l'Assemblée Nationale.

Ainsi, s'agissant des nouvelles relations conventionnelles il est précisé qu'au plan national « l'État, l'institution gestionnaire de l'assurance chômage (c'est-à-dire l'Unedic) et la nouvelle institution issue de la fusion de l'ANPE et des réseaux opérationnels de l'assurance chômage passeront une convention pluriannuelle... » (Page 45 du rapport).

Il est en outre précisé, s'agissant de la composition du Conseil national de l'emploi en lieu et place du Comité supérieur de l'emploi, que seront représentés les principaux opérateurs du service public de l'emploi définis ainsi « que parmi les principaux opérateurs du service publics de l'emploi figureront « notamment » des représentants de la nouvelle institution mentionnée à l'article L. 311-7 (résultant de la fusion de l'ANPE et des réseaux opérationnels de l'Unedic), de l'institution gestionnaire du régime d'assurance chômage (l'Unedic) et de l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes (AFPA).( Page 83)

On pourrait dès lors légitimement penser que l'UNEDIC maintenue, ses salariés ne devraient pas être concernés par la fusion.

Cependant, il est expressément mentionné que les contrats de travail seront transférés de droit à la nouvelle institution à la « seule exception de ceux qui, à l'assurance chômage, ne participeront pas aux missions du nouvel opérateur, donc une partie du personnel du siège de l'Unedic, puisque cette institution est conservée ». Page 54

Dès lors il convient de clarifier la situation pour le personnel de l'UNEDIC.

Quels sont les salariés qui ne participent pas aux missions du nouvel opérateur, comment et sur quelle base s'effectue cette classification. Un rapport a-t-il été présenté au CNIC à cette fin ?

Autant de questions qui devraient être clarifiées de manière urgente. Nous pouvons d'ores et déjà relever que le rapport de l'Assemblée Nationale vise de manière exhaustive le maintien des activités suivantes au sein de l'UNEDIC :

« *A contrario*, on peut en conclure que resteront salariés de l'Unedic les personnels de l'institution qui participent aux missions qui continueront à relever de celle-ci, c'est-à-dire le pilotage général de l'assurance chômage, sa gestion financière, la préparation et l'application de la convention d'assurance chômage et de ses textes annexes : il s'agit par exemple des services chargés des finances et de la trésorerie, des questions juridiques, du suivi international, des synthèses statistiques... ».

En outre, les salariés qui ne seraient pas concernés par le transfert ne devraient pas voir leur statut modifié (sous réserve de discussion sur la nature de la nouvelle convention).

Néanmoins le transfert d'une partie des salariés aura sans nul doute des répercussions dans plusieurs domaines :

- Le sort des institutions représentatives du personnel
- Le maintien de la couverture sociale (même contrat ?)
- Les biens propres à l'UNEDIC

➤ Toutes ses questions seront traitées ultérieurement.

## **1 - L'application de l'article L.122-12 aux salariés en charge du recouvrement.**

L'article 4 du projet de loi organise le transfert du recouvrement à l'URSSAF tout en prévoyant le transfert de plein droit, par application de l'article L.122-12, des salariés en charge dudit recouvrement. L'intégration de ses salariés ne ressort pas spécifiquement de la rédaction de l'article 6. Le rapport de l'Assemblée Nationale précité le précise sans détour en exposant que « Tous seront transférés de droit à la nouvelle institution, y compris ceux qui s'occupent du recouvrement des cotisations dans les ASSEDIC (bien que cette mission soit transférée aux Urssaf)... ».

L'article 6 de la loi mentionne que « les salariés des organismes gestionnaires du régime d'assurance chômage qui participent à ...l'accomplissement de la mission de recouvrement des contributions et cotisations mentionnées aux articles L. 321-4-2, L. 351-3-1, L. 351-14 et L. 143-11-6 du même code sont transférés à celle-ci. Ce transfert s'effectue conformément aux articles L. 122-12 et L. 122-12-1 dudit code. »

On a déjà remarqué que le transfert des contrats de travail à la nouvelle entité exigeait notamment la poursuite de l'activité au sein de cette dernière.

### ***Cour de Cassation, Chambre sociale, 28 mai 2003***

*Vu l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail ;*

*Attendu que le contrat de concession exclusive qui la liait à la société Groupe Volkswagen France pour la vente des véhicules de marque Seat sur le territoire de Villeneuve-d'Ascq prenant fin au 20 octobre 1999, la société Autopole a fait savoir à son personnel que les contrats de travail seraient poursuivis après cette date par celui qui serait titulaire des droits attachés à l'exploitation de la concession ; que les salariés ont alors vainement demandé à la société Groupe Volkswagen France de continuer leurs contrats de travail, puis saisi la juridiction prud'homale de demandes indemnitaires dirigées contre les sociétés Autopole et Groupe Volkswagen France ;*

*Attendu que pour dire que les contrats de travail des salariés avaient été transférés à la société Groupe Volkswagen France, que le refus de cette dernière de poursuivre les contrats de travail s'analysait en un licenciement sans cause réelle et sérieuse, et que la société concédante devait donc être condamnée au paiement d'indemnités de rupture et de dommages-intérêts, la cour d'appel a retenu dans ses arrêts que, du fait de la résiliation du contrat de concession exclusive dont était titulaire la société Autopole et, à l'expiration du préavis, l'entité économique que constituait la concession avait fait retour au*

*concedant, la société Groupe Volkswagen France, la société Autopole se voyant dans le même temps privée, par l'effet des obligations mises à sa charge par le contrat, de toute possibilité de poursuivre son activité de concessionnaire exclusif de la marque Seat, élément essentiel de son fonds de commerce ; que les conditions d'application de l'article L. 122-12, alinéa 2, étant réunies, les contrats de travail des salariés attachés à l'exploitation de la concession se sont trouvés transférés de plein droit, dès le 21 octobre 1999, à la société Groupe Volkswagen France, à charge pour celle-ci d'en poursuivre personnellement l'exécution jusqu'à leur éventuelle transmission à un nouvel employeur par le biais d'une opération, telle que la conclusion d'un contrat de concession avec un nouvel opérateur, emportant application de l'article L. 122-12 du Code du travail ; que cet article trouvant à s'appliquer du seul fait que l'opération en cause emporte transfert d'une entité économique dont l'activité est susceptible d'être reprise ou poursuivie, ce qui est le cas en l'espèce, la société Groupe Volkswagen France invoque de façon inopérante le fait qu'elle ne se trouverait prétendument pas en situation, du fait de son organisation et d'une activité commerciale différente de celle de son concessionnaire, d'assurer la reprise ou la poursuite effective de l'activité précédemment exercée par la société Autopole ; qu'en sa qualité de seul propriétaire de l'ensemble des droits d'importation et de commercialisation sur le territoire français des produits et service de la marque Seat, la société Groupe Volkswagen France dispose d'une totale liberté pour organiser son activité, en sorte que les choix qu'elle est susceptible d'opérer à cet égard (exploitation directe ou par le biais de contrats de concession incessibles directement d'un concessionnaire à l'autre, décision de reprise ou de nouvelle attribution d'une concession résiliée...), qui relèvent de sa seule appréciation, sont sans incidence sur l'application des dispositions d'ordre public de l'article L. 122-2, alinéa 2, du Code du travail ;*

*Attendu, cependant, qu'il résulte de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail, interprété au regard de la directive 98/50/CE du 29 juin*

*1998, que les contrats de travail en cours sont maintenus entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise en cas de transfert d'une entité économique autonome conservant son identité, dont l'activité est poursuivie ou reprise*

*Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors qu'il ne résulte pas de ses constatations que la société Groupe Volkswagen France a effectivement poursuivi ou repris l'activité antérieurement concédée à la société Autopole, sur le territoire de Villeneuve-d'Ascq, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;*

*Et attendu que la Cour de Cassation est en mesure, en cassant sans renvoi, de mettre fin au litige par application de la règle de droit appropriée ;*

*PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres branches du moyen et sur les autres moyens :*

*CASSE et ANNULE en toutes leurs dispositions les arrêts rendus le 31 janvier 2002 par la cour d'appel de Douai.*

L'exigence de la poursuite de l'activité devrait faire échec à l'application de l'article L.122-12 aux salariés en charge du recouvrement puisque leur activité sera transférée aux URSSAF et non à la nouvelle institution. Autrement dit, les contrats de travail sont transférés mais pas l'emploi.

La non application de l'article L.122-12 ne fait aucun doute pour les salariés du GARP, institution autonome.

Pour les salariés en charge du recouvrement travaillant au sein des ASSEDIC, c'est moins l'application de l'article L.122-12 qui pose difficulté (les ASSEDIC sont transférées avec l'ensemble du personnel) que la disparition de leurs emplois.

N'ayant plus d'emploi, il est assez légitime de s'interroger sur l'accompagnement de ces salariés notamment en termes de mobilité géographique et professionnelle.

Le législateur reconnaît d'ailleurs, indirectement, l'inapplication de l'article L.122-12 aux salariés en charge du recouvrement. En effet, l'article 5 de la loi prévoit que le délégué général aura, entre autre pour mandat de négocier« ...tous autres accords ou conventions nécessaires à la mise en place de l'institution mentionnée à l'article L. 311-7 du même code, notamment concernant les conditions de reclassement des salariés de l'Union nationale interprofessionnelle pour l'emploi dans l'industrie et le commerce et des associations pour l'emploi dans l'industrie et le commerce chargés du recouvrement des contributions d'assurance chômage ».

S'il est nécessaire de négocier le « reclassement » de ces salariés c'est bien que leurs contrats ne sont pas transférés automatiquement par application de l'article L.122-12.

En conséquence de quoi, le transfert des contrats caractérise une modification des contrats de travail de ces salariés.

Pour ceux du GARP la modification provient du transfert lui-même hors application de l'article L.122-12.

Pour les salariés en charge du recouvrement au sein des ASSEDIC, la modification du contrat de travail trouve sa source postérieurement dans la disparition des emplois.

Cette différence de situation induit une démarche différente pour les salariés du GARP et ceux des ASSEDIC.

Pour les premiers, il appartient à l'employeur actuel de proposer aux salariés le transfert, ces derniers étant en droit de refuser.

Un tel refus devrait en toute logique aboutir au licenciement des salariés. Si plus de dix salariés refusent le transfert, l'employeur est alors tenu de mettre en place un plan de sauvegarde de l'emploi.

Pour les seconds, c'est au nouvel employeur qu'il appartient de proposer les modifications (dénommées reclassement dans le corps de la loi). De la même manière si plus de dix salariés refusent la modification, un plan de sauvegarde de l'emploi doit être établi en respectant les règles visées au livre IV et III de l'actuel Code du travail.

Dès lors, une information et consultation spécifique en amont du CNIC et des différents comités d'établissement doit d'ores et déjà être faite sur ce point particulier.

## **2 - Les conséquences de l'application de l'article L.122-12**

Le contrat de travail constitue l'une des sources qui alimentent le cadre juridique applicable à la relation de travail, avec les usages, les engagements unilatéraux de l'employeur, les différents accords collectifs applicables dans l'entreprise (et, bien entendu, les lois et règlements).

### **A – le maintien des contrats de travail.**

#### **➤ Sur l'obligation des salariés de se soumettre au transfert**

Il convient au préalable de noter que le salarié ne dispose d'aucun droit d'opposition du salarié en cas de transfert d'entreprise ; le transfert du contrat de travail s'impose à lui.

En effet, l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail et la directive communautaire n° 77/187/CEE du 14 février 1977 posent le principe selon lequel les contrats individuels de travail en cours au jour de la modification dans la situation juridique de l'employeur doivent subsister entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise.

En France, l'article L. 122-12 a historiquement été conçu comme une règle d'ordre public "de direction" visant à assurer la stabilité de l'emploi. Dans ces conditions, le salarié ne pouvait pas plus que l'employeur se soustraire à l'application de la règle. Si le salarié refusait de poursuivre le contrat de travail avec le nouvel employeur, la rupture était qualifiée de démission, ce qui avait pour conséquence de le priver de toute indemnisation.

La Cour de justice des communautés européennes, interprétant la directive du 14 février 1977 a, progressivement, reconnu au salarié un droit de s'opposer au transfert de son contrat de travail (1). Mais, la CJCE n'ayant pas précisé quel devait être le sort du contrat de travail non transféré, la Cour de cassation continue d'analyser le refus du salarié comme une démission.

Le contrat de travail des salariés transférés se poursuit auprès du nouvel employeur sans interruption. **Il n'y a donc pas de rupture puis réembauche, mais continuité du contrat initial auprès d'un autre employeur.**

Aussi, l'identité de contrat implique le maintien de tous les avantages qui en sont issus (qualification, durée du travail, etc..) mais également les obligations stipulées (clause de non concurrence, clause de mobilité, etc..).

Le maintien des contrats s'opère automatiquement pour tous les contrats de travail en cours au moment du changement dans la situation juridique de l'employeur. Aucune notification au salarié n'est nécessaire.

Sont donc concernés, les salariés titulaires de : CDI, CDD, à temps plein ou partiel, contrat d'apprentissage, insertion en alternance ou de tout autre contrat de travail de type particulier. Peu importe que le salarié soit en période d'essai ou préavis.

➤ Différentes situations peuvent se présenter :

- Un contrat de travail suspendu, quelque soit la cause de la suspension, est un contrat en cours au sens de l'article L. 122-12 al.2 C. travail. La suspension du contrat de travail ne fait donc pas obstacle à son transfert au nouvel employeur. (Cour de Cassation, Chambre sociale, 08-02-1989, n°86-10.761).

- Quand la période de préavis n'est pas achevée à la date du transfert, le contrat de travail n'ayant pas cessé, il doit continuer d'être exécuté avec le nouvel employeur jusqu'à l'expiration du préavis. (Cour de Cassation, Chambre sociale, 24-01-1990, n°86-41.497).

- L'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail, bien que prévu expressément uniquement pour les contrats à durée indéterminée, s'applique également à tous les contrats à durée déterminée. (Cour de Cassation, Chambre sociale, 28-03-1996, n°93-40.716).

- L'article L. 122-12 alinéa 2 s'applique au contrat de travail d'un salarié détaché dans une autre société, dès lors que sa société d'origine fait l'objet de la reprise et qu'il est resté salarié de celle-ci. (Cour de Cassation, Chambre sociale, 14-05-1997, n°94-41.814).

- Les dispositions de l'article L. 122-12 al.2 du Code du travail s'appliquent aux contrats d'apprentissage, qui sont, dès lors, transférés de plein droit au nouvel employeur en cas de modification dans la situation juridique de leur employeur. (Cour de Cassation, Chambre sociale, 31-10-1989, n° 86-42.558, Cour de Cassation, Chambre sociale, 23-01-1990, n° 86-42.575, Cour de Cassation, Chambre sociale, 28-03-1996, n°93-40.716).

- L'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail s'applique aux contrats de qualification, tels que définis par l'article L. 981-1 du Code du travail, dans la

mesure où ils sont en cours à la date du transfert. (Cour de Cassation, Chambre social., 03-03-1998, n°95-42.609).

Cette identité justifie également la poursuite de l'ancienneté et des droits qui y sont attachés.

➤ Sur la modification des contrats de travail :

Toutefois, le maintien des contrats de travail transférés au nouvel employeur n'empêche pas ce dernier de modifier les contrats en vertu de son pouvoir de direction. (Cour de Cassation, Chambre sociale, 09-11-1977, n°76-40.133).

Le nouvel employeur peut modifier les conditions de travail des salariés transférés, dans les mêmes conditions que l'ancien employeur aurait pu le faire.

Par conséquent, il peut imposer au salarié un simple changement de ses conditions de travail, que le salarié ne peut pas refuser (comme une modification des horaires journaliers de travail, ou une modification des tâches dans le cadre de sa qualification).

Son refus sera considéré comme une faute sérieuse, voire grave, justifiant son licenciement.

En revanche, il ne peut que proposer au salarié une modification de son contrat de travail (modification de la rémunération, de la durée du travail, ou de la qualification) ; le salarié pourra refuser une telle modification et son refus, non fautif, ne pourra pas justifier un licenciement.

## **B - Le transfert de contrat de droit privé à une institution de droit public.**

Il est à noter que dans le code du travail en vigueur, l'ANPE est définie comme un « *établissement public national doté de la personnalité civile et de l'autonomie financière* », tandis qu'il est indiqué que la gestion de l'assurance chômage est confiée par les partenaires sociaux « à un ou des organismes

de droit privé », l'Unedic et les ASSEDIC étant en conséquence des associations.

**Le fait que la loi du 31 janvier 2007 a reconnu à la nouvelle institution le caractère « d'institution publique » constitue-t-il un obstacle au transfert des contrats de travail ?**

Depuis une décision du Conseil d'Etat en date du 22 octobre 2004, (CE Contentieux, 22-10-2004, n°245154, M. LAMBLIN et C E 3/8 SSR, 04-04-2005, n°258542, COMMUNE DE REICHSHOFFEN c/ Mme Emptaz), lorsque l'activité d'une entité employant des salariés de droit privé est reprise par une personne publique gérant un service public administratif, il appartient à celle-ci de maintenir les contrats de droit privé ou de proposer un contrat de droit public.

**CONSEIL D'ETAT**

*Séance du 9 mars 2005*

*Le Conseil d'Etat statuant au contentieux*

*(Section du contentieux, 3ème et 8ème sous-sections réunies)*

*Sur le rapport de la 3ème sous-section de la Section du contentieux*

*Vu la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 16 juillet 2003 et 17 novembre 2003 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la COMMUNE DE REICHSHOFFEN (Bas-Rhin), agissant par son maire en exercice ; la COMMUNE DE REICHSHOFFEN demande au Conseil d'Etat :*

*1) d'annuler l'arrêt du 6 mai 2003 par lequel la cour administrative d'appel de Nancy, à la demande de Mme Anne Emptaz, a annulé, d'une part, le jugement du 27 août 1998 par lequel le tribunal administratif de Strasbourg a rejeté la demande de l'intéressée tendant à l'annulation de la décision du 18 novembre 1997 par laquelle le maire de Reichshoffen a prononcé son licenciement et, d'autre part, ladite décision, et a mis à la charge de la commune la somme de 1 000 euros à Mme Emptaz au titre des frais exposés par cette dernière et non compris dans les dépens. ;*

- les observations de Me Spinosi, avocat de la COMMUNE DE REICHSHOFFEN, de la SCP Boré et Salve de Bruneton, avocat du département du Bas-Rhin et de la SCP Masse-Dessen, Thouvenin, avocat de Mme Emptaz,

- les conclusions de M. Emmanuel Glaser, Commissaire du gouvernement ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond qu'a été créée au cours de l'année 1995, à l'initiative de la COMMUNE DE REICHSHOFFEN, l'Association du Centre social et familial Espace Loisirs, dont l'objet est la gestion d'une halte-garderie et d'un "espace-loisirs"; qu'à la suite de difficultés rencontrées par cette association, le conseil municipal de Reichshoffen a, par une délibération du 17 février 1997, dénoncé les conventions qui liaient la commune à cet organisme, en vue de confier la gestion de ses activités au centre communal d'action sociale ; que, par délibérations des 26 mars et 6 octobre 1997, le conseil d'administration de l'association puis celui du centre ont approuvé ce transfert d'activités ; qu'une nouvelle convention passée entre la commune et l'association a précisé les modalités de ce transfert, notamment en ce qui concerne la situation des personnels, et en a fixé la date d'effet au 1er octobre 1997 ; que des agents concernés par ce transfert ont manifesté publiquement leur désaccord, dans des conditions que le maire a estimées diffamatoires et injurieuses ; que, le 18 novembre 1997, le maire a licencié pour faute Mme Emptaz et trois autres agents ; que par un arrêt du 6 mai 2003, la cour administrative d'appel de Nancy, infirmant le jugement du tribunal administratif de Strasbourg du 27 août 1998, a annulé le licenciement de Mme Emptaz ; que la COMMUNE DE REICHSHOFFEN se pourvoit en cassation contre cet arrêt ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 122-12 du code du travail : "(.) S'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise" ; qu'il résulte de ces dispositions d'ordre public et qui sont au nombre des garanties fondamentales des salariés que, lorsque l'activité d'une entité

*économique employant des salariés de droit privé est reprise par une personne publique gérant un service public administratif, il appartient à cette dernière, en l'absence de dispositions législatives spécifiques telles que celles de l'article 63 de la loi du 12 juillet 1999 susvisée, qui ne sont pas applicables en l'espèce, et réserve faite du cas où le transfert entraînerait un changement d'identité de l'entité transférée, soit de maintenir le contrat de droit privé des intéressés, soit de leur proposer un contrat de droit public reprenant les clauses substantielles de leur ancien contrat dans la mesure où des dispositions législatives ou réglementaires n'y font pas obstacle ; que, dans cette dernière hypothèse, le refus des salariés d'accepter les modifications qui résulteraient de cette proposition implique leur licenciement par la personne publique, aux conditions prévues par le droit du travail et leur ancien contrat ; que, dès lors que le transfert d'activité est effectivement intervenu, la personne publique en cause doit, pour l'application des dispositions de l'article L. 122-12, être regardée comme le nouvel employeur des salariés concernés, assumant l'ensemble des droits et obligations attachés à cette qualité, sans que puisse y faire par elle-même obstacle la circonstance, à la supposer établie, que ledit transfert aurait été décidé dans des conditions ne respectant pas les clauses des statuts de l'ancien employeur ;*

*Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond et des énonciations mêmes de l'arrêt attaqué que l'association précitée a cessé toute activité et que l'entité économique qu'elle constituait a été reprise par la COMMUNE DE REICHSHOFFEN qui, notamment, a assuré à compter du 1er octobre 1997 la rémunération des agents du Centre social et familial "Espace Loisirs" ; que, par l'effet des dispositions précitées de l'article L. 122-12 du code du travail, Mme Emptaz est demeurée exclusivement régie par le contrat de travail à durée indéterminée qu'elle avait conclu, lors de son recrutement, avec l'association du Centre social et familial "Espace Loisirs", que, dès lors que l'intéressée n'a pas accepté la proposition de la commune de la placer dans un régime de droit public ; que l'action engagée par Mme Emptaz ne mettant en cause que les rapports nés de ce contrat de droit privé, la juridiction administrative est incompétente pour en connaître ;*

*qu'il y a lieu de soulever d'office ce moyen, qui est d'ordre public, et d'annuler pour ce motif l'arrêt attaqué ;*

*Considérant qu'il y a lieu, en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au fond ;*

*Considérant qu'il résulte de ce qui a été dit ci-dessus que la juridiction administrative n'est pas compétente pour connaître du présent litige ; que la COMMUNE DE REICHSHOFFEN est, par suite, fondée à demander l'annulation du jugement du 27 août 1998 du tribunal administratif de Strasbourg ;*

*Sur les conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative*

*Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu, en application de ces dispositions, de mettre à la charge de Mme Emptaz les sommes que la COMMUNE DE REICHSHOFFEN demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; que ces mêmes dispositions font obstacle à ce que soit mise à la charge de la COMMUNE DE REICHSHOFFEN, qui n'est pas dans la présente instance la partie perdante, les sommes que Mme Emptaz demande au même titre ;*

**D E C I D E :**

*Article 1er : L'arrêt du 6 mai 2003 de la cour administrative d'appel de Nancy et le jugement du 27 août 1998 du tribunal administratif de Strasbourg sont annulés.*

*Article 2 : La demande de Mme Emptaz devant le tribunal administratif de Strasbourg est rejetée comme portée devant un ordre de juridiction incompétent pour en connaître.*

*Article 3 : Le surplus des conclusions de Mme Emptaz et les conclusions de la COMMUNE DE REICHSHOFFEN sont rejetés.*

*Article 4 : La présente décision sera notifiée à la COMMUNE DE REICHSHOFFEN, à Mme Anne Emptaz, au département du Bas-Rhin et au ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales.*

Par conséquent, et en application de la jurisprudence précitée, **les contrats de travail des salariés de l'assurance chômage conserveront leur nature de contrat de droit privé.**



➤ Quels seront alors les droits automatiquement maintenus ?

- Sur les droits découlant du contrat de travail

Il importe en effet de caractériser les droits qui ont une nature contractuelle puisqu'ils sont automatiquement maintenus.

A ce sujet, tous les droits qui sont expressément mentionnés dans le contrat ont cette nature. Mais il convient de ne pas s'arrêter à « l'instrumentum ».

Deux méthodes, qui se combinent d'ailleurs, permettent de qualifier de "contractuels" certains éléments.

→La première, dite "méthode objective", consiste à déterminer le caractère contractuel de certains éléments en fonction de la nature des éléments en cause. C'est ainsi que, pour certains, tout ce qui concerne la rémunération des parties devrait être nécessairement contractuel, et ce même s'il ne s'agit que de faire une application pure et simple des dispositions conventionnelles. Toutefois, telle n'est pas l'analyse de la Cour de cassation qui, en matière de rémunération, ne considère comme contractualisés que les éléments de rémunération qui ont été effectivement individualisés par les contractants.

→La seconde, dite "méthode subjective", consiste à sonder l'intention des parties. La plupart du temps, cette intention se manifeste au travers des clauses du contrat de travail. Si l'on met de côté la question du lieu d'exécution du contrat de travail qui n'a pas, selon la Cour de cassation, de portée normative tant qu'il n'a pas été stipulé que le contrat s'exécuterait exclusivement en ce lieu, tous les éléments couchés par écrit dans le contrat ont vocation à être qualifiés de "contractuels".

Il convient toutefois de considérer que les parties peuvent parfaitement stipuler que certains éléments n'ont pas de nature "contractuelle", dès lors, par exemple, qu'il est expressément indiqué que ces éléments sont repris dans le contrat à titre d'information du salarié ; il en sera ainsi lorsque l'employeur rappelle la convention collective applicable, ou mentionne l'actuel organisme gérant la protection sociale complémentaire de l'entreprise.

Dans un certain nombre d'hypothèses, les parties n'ont pas conclu de contrat de travail écrit, ce qui sera assez souvent le cas pour les salariés titulaires d'un CDI à temps plein puisque la loi ne leur en fait pas obligation, ou n'ont pas actualisé le contrat postérieurement à l'embauche. Il conviendra, alors, de se référer à la pratique des parties pour déterminer si certains éléments de la relation de travail n'ont pas été contractualisés.

Certains arrêts ont interprété le comportement des parties pour y déceler une volonté implicite de conférer à certains éléments un caractère contractuel. Ainsi, l'employeur qui demande au personnel son avis avant de dénoncer un usage est considéré comme ayant reconnu implicitement que les avantages usuels avaient été contractualisés. En revanche, il a été jugé que le fait pour l'employeur de remettre aux salariés, lors de leur embauche, une brochure leur rappelant les usages et engagements applicables dans l'entreprise, n'avait pas pour effet de contractualiser ces éléments.

Une solution comparable prévaut pour les renvois aux dispositions du règlement intérieur, et ce même lorsque ces dispositions ne doivent pas obligatoirement y figurer.

Il a également été jugé que la présence sur le bulletin de salaire d'une prime payée n'avait pas pour conséquence de donner à celle-ci un caractère contractuel.

- Sur les droits découlant du statut collectif

En dehors du contrat de travail, en droit du travail, les droits dont bénéficient les salariés peuvent avoir deux autres sources:

- La convention collective ;
- Les engagements unilatéraux de l'employeur (décision unilatérale ou usage).

On peut véritablement en déduire que si les droits d'un salariés ne proviennent d'aucune de ces deux sources, c'est qu'ils ont forcément une nature contractuelle.

Aussi, il est plus qu'opportun d'auditer la situation des salariés afin d'identifier la source de leurs droits.

Les droits issus d'un engagement unilatéral ou d'une convention collective suivent un régime juridique différent de ceux ayant une nature contractuelle.

### **III - Le sort des usages et engagements unilatéraux.**

Les engagements unilatéraux de l'employeur lient ce dernier à l'égard des salariés.

Caractérisent un engagement de l'employeur l'usage dans l'entreprise ou encore une décision expresse de l'employeur et enfin la conclusion d'un accord avec d'autres acteurs que des délégués syndicaux.

Si les deux dernières sources de l'engagement ne posent guère de difficultés du fait de leur identification, il n'en va pas de même de l'usage.

En effet, pour caractériser les usages d'entreprise les juges exigent et vérifient que soient cumulativement présents trois critères objectifs (généralité, constance et fixité) et un critère subjectif.

En premier lieu, l'usage doit être général, en ce sens qu'il doit trouver à s'appliquer à l'ensemble des salariés de l'entreprise ou au moins à une catégorie particulière de salariés. Par voie de conséquence, ne pourra recevoir la qualification d'usage l'avantage accordé individuellement à un salarié.

En deuxième lieu, l'usage doit être constant. Il doit donc avoir été appliqué aux salariés avec une certaine régularité. Ceci emporte deux conséquences. Non seulement une pratique unique ne peut constituer un usage, mais encore, une pratique répétée mais de manière irrégulière ne pourra recevoir la qualification d'usage.

En dernier lieu, les juges doivent déterminer si l'usage a été appliqué avec une certaine fixité. Ceci implique que sa détermination ne doit ni être laissée à la discrétion de l'employeur, ni être fondée sur une ou plusieurs conditions aléatoires. Les variations sont admises, mais elles ne peuvent trouver leur source que dans des critères objectifs et préalablement définis.

A côté de cette triple exigence, les juges recherchent la présence d'un élément plus subjectif mais tout aussi déterminant, l'*opinio necessitatis*, la conscience et la volonté de l'employeur que l'usage soit tenu pour impératif.

Ce n'est que lorsque l'ensemble de ces critères est réuni que les juges qualifient la pratique d'usage.

Le problème de l'autonomie de l'usage d'entreprise s'est surtout posé en doctrine et en jurisprudence par rapport au contrat de travail des salariés bénéficiaires de l'usage. On s'est demandé, en effet, si cet usage constitue une norme faisant partie du statut collectif, et devant, à ce titre, être considéré comme distinct du contrat de travail, ou s'il fallait le considérer comme incorporé à ce dernier.

Sur ce problème, plusieurs auteurs se sont très nettement prononcés en faveur de l'incorporation de l'usage au contrat individuel de travail. Ainsi, pour Messieurs Gérard Lyon-Caen, Jean Pelissier et Alain Supiot, "[l'usage] s'incorpore aux contrats de travail lors de l'embauchage" (G. Lyon-Caen, J. Pelissier et A. Supiot, *Droit du travail, Précis Dalloz*, 19e éd., 1998, n°81. – V. dans le même sens M. Cohen : *RPDS juin 1996*, n°614, p. 183. – G. Vachet, *La dénonciation des usages d'entreprise, note sous Cass. soc.*, 13 févr. 1996 : *JCP E 1996*, II, 898, p. 294, spécialement p. 297. – J. Déprez, *note sous Cass. soc.*, 10 oct. 1990 : *JCP E 1991*, II, 161, spécialement p. 139. – G. Vachet, *Les accords atypiques : Dr. soc. 1990*, p. 620, spécialement p. 625. – G. Belier, *Restructurations et statut collectif : aspects pratiques : Dr. soc. 1989*, p. 74. – G. Vachet, *L'usage d'entreprise est-il un véritable usage ? : JCP E 1984*, II, 14328).

C'est en faveur de ce courant doctrinal que s'est prononcée, dans un premier temps, la Cour de cassation. Ainsi, dans un arrêt rendu le 20 février 1986, la chambre sociale a décidé que "les obligations résultant d'un usage en vigueur dans l'entreprise constituent en faveur de chaque salarié un avantage acquis qui s'incorpore au contrat de travail" (*Dr. soc. 1986*, p. 905, note J. Savatier). De même, il a été jugé, en des termes analogues, que "[l'avantage prévu par] l'usage est assimilable à une clause contractuelle" (*Cass. soc.*, 22 juill. 1986 : *Dr. soc. 1986*, p. 903, note J. Savatier. –).

Dès lors, il était permis de penser que l'employeur ne pouvait supprimer cet avantage usuel qu'en modifiant le contrat de travail des salariés concernés. Cette conséquence logique de l'intégration de l'usage dans leur contrat de travail a d'ailleurs été reconnue par la chambre sociale qui, dans un arrêt rendu le 10 décembre 1987, a décidé que, "lorsque, par accord passé avec les représentants du personnel, un employeur supprime un avantage prévu par le "règlement intérieur" d'un service, il en résulte pour les salariés une modification de leur contrat de travail" (*Dr. soc. 1989*, p. 86, note A. Penneau).

Finalement, la Cour de cassation a abandonné cette analyse, comme le montre l'étude de sa jurisprudence postérieure. C'est, en effet, aux termes d'un arrêt (Deschamps) rendu le 25 février 1988, que la chambre sociale a opéré un revirement de jurisprudence, en décidant que, si "le paiement de la prime de treizième mois était devenu, par voie d'usage, obligatoire dans l'entreprise (...), la dénonciation par l'employeur [de cet] usage ou d'un autre accord collectif ne répondant pas aux conditions de l'article L.132-19 du Code du travail est opposable à l'ensemble des salariés concernés [par la dénonciation, qui ne peuvent prétendre à la poursuite [de leur] contrat de travail aux conditions antérieures, dès lors que cette décision [de dénonciation] a été précédée d'une information donnée, en plus des intéressés, aux institutions représentatives du personnel dans un délai permettant d'éventuelles négociations" (*Bull. civ. V, n°139 ; D. 1988, somm. p. 320, obs. A. Lyon-Caen. – Dans le même sens, Cass. soc., 2 oct. 1990 : Bull. civ. V, n°408. – 13 nov. 1990 : Bull. civ. V, n°544. – ; . également en ce sens, en ce qui concerne la dénonciation d'un engagement unilatéral de l'employeur Cour de Cassation, Chambre sociale, 03 novembre 1998 : Bull. civ. V, n°25).*

En affirmant désormais que la seule réunion des conditions de la décision de dénonciation suffit à remettre en cause l'usage, la Cour de cassation reconnaît implicitement que la dénonciation régulière de cet usage n'emporte aucune modification de leur contrat de travail, ce qui implique que l'usage ne se serait pas incorporé dans ce dernier.

Il n'en serait autrement que si l'avantage initialement institué par voie d'usage a, par ailleurs, fait l'objet d'un accord conclu (même de manière tacite) entre l'employeur et chaque salarié, ce qui permettrait alors de considérer que cet avantage s'est incorporé au contrat individuel de travail dudit salarié (V. en ce sens notamment *Cass. soc., 22 janv. 1992, 2e esp. : JCP E 1993, II, 401, note J. Déprez. – 3 févr. 1993 : RJS 1993, n°294 ; D. 1993, somm. p. 264, obs. E. Dockès. ; JCP E 1995, p. 199).*

Cette analyse que l'on pouvait déduire de l'arrêt du 25 février 1988, a été expressément consacrée par la jurisprudence contemporaine de la Cour de cassation. Ainsi, dans une décision rendue le 13 février 1996, la chambre sociale a affirmé que, "lorsqu'une prime est due en vertu d'un usage ou d'un engagement unilatéral de l'employeur, elle n'est pas incorporée aux contrats de travail et la dénonciation de l'usage ou de l'engagement unilatéral de l'employeur n'emporte aucune modification à ces contrats" (*RJS 1996, n°481. – V. dans le même sens Cour de Cassation, Chambre sociale, 13 novembre 1996, : Dr. soc. 1997, p. 102, obs. P. Waquet, affirmant que "les avantages résultant pour les salariés d'un usage d'entreprise ne sont pas incorporés aux contrats de travail". – V. implicitement, Cour de Cassation, Chambre sociale, 27 avril. 1994 : Dr. soc. 1994, p. 568*).

**Si l'avantage accordé par voie d'usage aux salariés bénéficiaires ne saurait s'incorporer (en principe) à leur contrat individuel de travail, il n'en reste pas moins qu'il est transféré au nouvel employeur par application de l'article L.122-12.**

La jurisprudence considère que les usages et engagements unilatéraux sont transférés au nouvel employeur et qu'il appartenait à ce dernier, le cas échéant, de les dénoncer, conformément aux règles élaborées par la Cour de cassation (pour les usages : Cour de Cassation, Chambre sociale, ., 18 octobre 1995, n° 94-40.457, Société Les Rapides de Saône-et-Loire c/ M. Michel Renard et autres, inédit; pour les engagements unilatéraux : Cour de Cassation, Chambre social., 4 février 1997, n° 95-41.468, Société Total raffinage distribution c/ Consorts Rocaboy et autres ).

Toutefois, 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.

**Ainsi, si des usages existent au sein des ASSESDIC et de l'UNEDIC, ils sont automatiquement transférés au sein de la nouvelle entité et ne s'appliqueront qu'aux salariés dont les contrats ont été transférés, c'est-à-dire ceux de l'assurance chômage sans que les salariés de l'ANPE puissent s'en prévaloir.**

Dès lors on mesure l'importance de bien identifier de quelles sources proviennent les droits des salariés.

- Sur le cas particulier des représentants du personnel

En ce qui concerne les représentants du personnel et les autres salariés protégés, le Conseil d'État a retenu une solution contraire à celle actuellement défendue par la Cour de cassation. En effet, dans un arrêt rendu le 23 juin 1995, le Conseil d'État a admis que "[la révocation d'un usage par l'employeur s'analyse, pour les salariés protégés, en une] modification substantielle apportée à leur contrat de travail", de sorte que celle-ci ne pouvait être imposée à ces salariés qu'avec leur accord préalable (*RJS 1995, n°1148. – V. sur cet arrêt du Conseil d'État, D. Chelle et X. Prétot, Protection des représentants du personnel – le salarié protégé peut-il être licencié pour motif économique, lorsqu'il conteste la révocation d'un usage par l'employeur ? : RJS 1995, p. 703, spécialement p. 704*). En affirmant que la dénonciation, même régulière, d'un usage d'entreprise emporte une modification (substantielle) du contrat de travail des salariés protégés, le Conseil d'État admettrait donc, en définitive, que cet usage s'incorpore à leur contrat de travail.

- Sur la dénonciation des usages

La dénonciation des engagements unilatéraux est très peu encadrée. En effet, la jurisprudence n'impose à l'employeur qui veut se délier de son engagement que le respect de 3 conditions :

- L'information individuelle de chaque salarié bénéficiaire de l'usage ;

- L'information des représentants du personnel ;
- Et le respect d'un délai de préavis ;
- ➔ Aucune motivation n'est exigée.

La Chambre sociale a par ailleurs estimé que la conclusion d'un accord collectif portant sur le même objet qu'un usage valait dénonciation de ce dernier (Cour de Cassation, Chambre sociale, 09 juillet 1996).

#### **IV – Le sort de la convention collective de travail.**

La fusion entraîne d'ordinaire la mise en cause de la convention collective UNEDIC et des différents accords conclus au sein des ASSEDIC.

La mise en cause, visée à l'article L.1328 al 7 du Code du travail a pour effet d'éviter tout vide juridique.

La cession d'entreprise et, plus généralement, toute modification dans la situation juridique de l'employeur entraînent des problèmes de détermination et de maintien du statut collectif applicable aux salariés de l'entreprise cédante.

Au-delà du transfert des contrats de travail, se pose la question du sort des conventions et accords collectifs de travail. Le législateur est intervenu pour résoudre le problème en imposant aux partenaires sociaux de l'entreprise cessionnaire de se rencontrer et d'engager des négociations (C. trav. art. L. 132-8, al. 7).

Les règles entourant la mise en cause des conventions et accords collectifs de travail sont d'ordre public absolu et les salariés ne peuvent en aucun cas y renoncer. Comme le rappelle la Cour de cassation, dans sa décision du 2 juillet 2003, seul un accord de substitution permet de faire disparaître la convention antérieure et l'employeur ne peut pas se prévaloir d'une renonciation individuelle des salariés au bénéfice de la convention antérieure toujours en vigueur, toute clause en ce sens devant être annulée.

L'article L.132-8 al 7 fait une application plénière à la mise en cause des règles prévues pour la dénonciation des conventions et accords collectifs de travail. La mise en cause des conventions et accords collectifs de travail fait l'objet d'une réglementation spécifique et d'un régime particulièrement encadré (Code du travail, art. L. 132-8).

Dans cette hypothèse, les parties sont, en effet, tenues de négocier. Il s'agit néanmoins d'une obligation de moyens et non de résultat. Si le principe de négociation est impératif, son aboutissement ne l'est pas.

Lorsqu'elle émane de la totalité des signataires, une nouvelle négociation doit être engagée dans un délai de 3 mois à compter de la date de la dénonciation. L'accord dénoncé continuera à produire effet jusqu'à l'entrée en vigueur de l'accord de substitution. Ce dernier se substituera alors de plein droit aux dispositions de l'ancienne convention pour ses dispositions plus et moins favorables aux salariés sans qu'ils puissent se prévaloir des avantages contenus dans la convention antérieure et supprimés par la nouvelle.

Lorsque la négociation n'aboutit pas, l'accord dénoncé reste en vigueur pendant une durée minimale d'un an à compter de l'expiration du délai de préavis.

A l'issue d'une période de 15 mois minimum (3 mois pour négocier, auxquels s'ajoutent 12 mois de survie de la convention non remplacée), les salariés pourront conserver le bénéfice des avantages individuels acquis contenus dans la convention dénoncée.

Parallèlement à la dénonciation de droit commun, qui suppose une manifestation de la volonté des parties signataires à la convention, le législateur s'est intéressé au sort des conventions et accords collectifs de travail en cas de changement d'employeur (C. trav., art. L. 132-8, al. 7). Dans cette hypothèse, il y a mise en cause automatique de la convention collective antérieurement applicable à l'entreprise par l'effet du transfert. Cette mise en cause s'apparente à une dénonciation, à cette différence près qu'elle intervient indépendamment de toute manifestation de volonté des parties à la convention (Cour de Cassation, Chambre sociale, 22 juin 1993, n° 91-41.983, M Hauray c/ Société Jet Fret, publié).

Ce caractère automatique a nécessité un aménagement des règles propres à la dénonciation. Ainsi, en l'absence d'intervention des partenaires sociaux, les délais courent à compter de la date de la modification dans la situation juridique de l'employeur.

C'est donc à partir de cette date que doit s'engager une nouvelle négociation, soit pour l'adaptation aux dispositions conventionnelles nouvellement applicables, soit pour l'élaboration de nouvelles dispositions (Cour de Cassation, Chambre social., 14 mai 1992, n°88-45.3 16, Mme Volet, publié ).

Outre ces particularités, l'ensemble du dispositif applicable à la dénonciation est transposable à la mise en cause (C. trav., art. L. 132-8, al. 7).

**L'application de ce dispositif à la fusion ANPE/UNEDIC aurait eu l'avantage de conférer aux partenaires sociaux un poids considérable dans la négociation de la nouvelle convention.**

En effet, les salariés de l'ANPE disposant d'un droit d'option se retrouvaient en position de « gagnant-gagnant ». Au pire, ils gardaient leur statut actuel, en conséquence de quoi la signature d'un accord « moins disant » aurait été très difficile à obtenir de la part des représentants de l'ANPE.

S'agissant des salariés de l'assurance chômage, la signature de la nouvelle convention n'aurait été acquise que si celle-ci reprenait globalement les avantages contenus dans l'actuelle convention. Le risque encouru par le nouvel employeur, en cas de non signature, est le maintien des avantages individuels acquis.

En effet, l'alinéa 6 de l'article L.132-8 dispose que « lorsque la convention ou l'accord qui a été dénoncé n'a pas été remplacé par une nouvelle convention ou un nouvel accord dans les délais précisés au 3ème alinéa, les salariés des entreprises concernées conservent les avantages individuels qu'ils ont acquis, en application de la convention ou de l'accord, à l'expiration de ces délais ».

**On comprend dès lors que le législateur ait voulu déroger à l'application de ce texte, sous couvert de ne pas enfermer les partenaires sociaux dans le délai de 15 mois pour la négociation et conclusion de la nouvelle convention collective.**

Toutefois, l'action des syndicats de l'UNEDIC a eu pour effet de limiter la portée de la dérogation au sens où l'article 6 de la loi dispose désormais que « La convention collective mentionnée à l'article L. 311-7-7 du même code garantit les avantages individuels afférents à leur statut acquis par ces salariés ».

Il convient au préalable de bien identifier la portée de cet ajout. Notons tout d'abord que c'est à la nouvelle convention qu'il revient de garantir les avantages individuels acquis.

Une telle rédaction ne ferme pas pour autant la possibilité pour les parties à la convention collective de l'UNEDIC d'opérer une révision de cette dernière ayant pour objet de prévoir le maintien de ces avantages.

En effet, l'actuelle convention collective est à même de prévoir une clause de maintien des avantages acquis. L'efficacité d'une telle clause dépend de la manière dont elle est rédigée, et elle s'imposera dans le cadre de la conclusion de la nouvelle convention.

Une telle manière de faire aurait le mérite d'identifier les droits qui seront maintenus ainsi que les bénéficiaires. La Cour de cassation reconnaît une valeur pleine et entière au maintien conventionnel des avantages acquis (Cour de Cassation, Chambre sociale, 10 octobre 1995, 14 juin 2000).

L'organisation, en amont, du maintien des avantages individuels est d'autant plus recommandée que la notion d'avantage individuel acquis est difficile à appréhender.

En effet, il ne fait pas de doute que l'article 6 de la loi du 31 janvier 2007 en faisant référence à la « garantie des avantages individuels afférents à leur statut acquis par ces salariés » vise la notion d'avantage individuel acquis telle qu'elle est prévue à l'alinéa 6 de l'article L.132-8 du Code du travail.

## **V- La notion d'avantage individuel acquis.**

La définition de l'avantage individuel acquis a, depuis fort longtemps, fait couler beaucoup d'encre et suscité un important contentieux. La Cour de cassation énonce "qu'un avantage individuel acquis au sens de l'article 132-8 du Code du travail est celui 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". (Cour de Cassation, Chambre sociale., 28-04-2006, n° 04-41.863, société Berlitz France c/ Mme Darcy Liddel, FS-P+B).

*Cour de Cassation, Chambre sociale, 28 avril 2006*

*Cassation partielle*

*Attendu que, selon l'arrêt attaqué, Mme Liddel et soixante-quatorze autres salariés de la société Berlitz France ont fait convoquer l'employeur devant la juridiction prud'homale, pour avoir paiement par celui-ci notamment d'un rappel de salaire et d'un rappel de treizième mois ; qu'à cette fin, ils ont revendiqué l'application des dispositions de l'article 21 de la convention collective nationale des organismes de formation, à laquelle est soumise l'entreprise, contestant les modifications de leur rémunération unilatéralement effectuées par l'employeur après qu'il eut dénoncé les accords d'entreprises des 19 mai 1981 et 4 février 1983 le 20 janvier 1995 sans qu'un nouvel accord ne leur soit substitué ;*

*Sur le premier moyen :*

*Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir fait droit sur le principe à la demande de rappel des salariés au titre du salaire minimum conventionnel, et d'avoir dit que ce rappel sur minimum conventionnel serait pris en compte pour le calcul de rappel d'unités complémentaires et de treizième mois dus au salarié, alors, selon le moyen :*

*1<sup>o</sup> que selon les dispositions du paragraphe 2 "Horaires" du chapitre I et le paragraphe 1 : "professeurs" du chapitre II de l'accord d'entreprise Berlitz France du 4 février 1983, la durée du travail des professeurs comporte une disponibilité de 45 unités par semaine, le salaire d'un professeur à plein temps étant basé sur 160 unités de 45 minutes effectuées entre le 20 et le 19 du mois suivant, ce salaire étant garanti si le travail ne permettait pas d'atteindre ces 160 unités, et les heures effectuées au-delà étant payées à un taux majoré ; qu'en estimant que ce système collectif d'organisation du travail engendrait un droit individuel acquis à ce que 160 unités mensuelles correspondent pour l'application de dispositions résultant d'autres sources que l'accord d'entreprise, à un droit individuellement acquis à la qualification de salarié à temps complet, la cour d'appel a violé les articles L. 132-8 du Code du travail et 1134 du Code civil ;*

*2<sup>o</sup> que subsidiairement qu'en présence de plusieurs dispositions légales et conventionnelles ou procédant d'un engagement unilatéral de l'employeur, relatives à un même objet seule s'applique la plus favorable ; qu'il résulte des dispositions de la convention collective des organismes de formation que la rémunération annuelle pour des salariés à temps plein correspond à un horaire mensuel de 169 heures de travail calculé selon des dispositions spécifiques, qu'en estimant que les salariés de Berlitz France présents le 20 avril 1996, devaient bénéficier, à titre de droits individuels acquis, de cette rémunération annuelle minimale, pour un horaire correspondant à 125, 37 heures relevant, selon les dispositions du Code du travail, de la qualification de travail à plein temps, la cour d'appel, qui pouvait seulement comparer les dispositions auxquelles elle se réfère pour déterminer laquelle était la plus favorable aux salariés demandeurs a violé les dispositions des articles 21, 10 et l'annexe 1 de la convention collective des organismes de formation du 10 juin 1988, les articles L. 132-4, L. 132-8 et L. 212-4-2 du Code du travail (ce dernier dans sa rédaction antérieure à la loi du 19 janvier 2000) et l'article 1134 du Code Civil ;*

*Mais attendu qu'un avantage individuel acquis au sens de l'article L. 132-8 du Code du travail est celui 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 ; que la cour d'appel a constaté que les accords d'entreprise prévoyaient pour les professeurs un salaire de base garanti dont le calcul résultait de la multiplication du nombre des unités accomplies par un taux correspondant à l'ancienneté ; qu'elle a exactement décidé que cet avantage salarial, qui profitait individuellement à chacun des intéressés, s'était incorporé à leur contrat de travail au jour où les dispositions des accords avaient cessé de produire effet et devait être maintenu pour l'avenir ;*

*Et attendu qu'il ne résulte ni de l'arrêt ni des pièces de la procédure que la société Berlitz France ait soutenu devant les juges du fond que la durée du travail considérée comme à temps plein et la rémunération minimale garantie sont des avantages ayant le même objet ;*

*D'où il suit que le moyen, irrecevable en sa seconde branche comme nouveau et mélangé de fait et de droit, n'est pas fondé en sa première ;*

*Mais sur le second moyen :*

*Vu le paragraphe 5 du chapitre II de l'accord d'entreprise du 4 février 1983 ;*

*Attendu que, pour décider que les salariés peuvent prétendre au paiement d'un rappel au titre du treizième mois calculé sur le total des rappels de salaire, de prime d'ancienneté et d'unités complémentaires, l'arrêt relève qu'aux termes du texte susvisé chaque salarié ayant une ancienneté de trois mois dans l'entreprise, le 19 novembre pour les professeurs, ont droit à un treizième mois calculé sur la base du salaire perçu entre le 19 novembre de l'année précédente et le 19 novembre de l'année en cours, toute prime étant exclue, que cet avantage constitue un avantage individuel acquis*

*Qu'en statuant ainsi, alors que selon le paragraphe 5 de l'accord d'entreprise du 4 février 1983 le treizième mois est calculé sur la base de 8,33 % du salaire perçu entre le 20 novembre de l'année précédente et le 19 novembre, toute prime étant exclue du calcul, la cour d'appel a violé le dit texte*

*PAR CES MOTIFS :*

*CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a fait droit dans son principe à un rappel de prime de treizième mois, incluant le rappel de prime d'ancienneté, l'arrêt rendu le 3 février 2004, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;*

**Au vu de cette définition jurisprudentielle il apparaît clairement que la rémunération constitue un avantage individuel acquis.**

**A- La rémunération est un avantage individuel acquis.**

La rémunération doit s'entendre comme le traitement de base et tous les autres avantages et accessoires payés directement ou indirectement en espèce et en nature par un travailleur en raison de l'emploi de ce dernier. (Articles. L. 140-2 et L. 140-9 du Code du travail).

Reçoit la qualification de salaire toute rémunération d'un salarié en état de subordination quelle que soit la qualification retenue pour le désigner. (Cour de Cassation, Chambre sociale, 10-10-1979, n°78-41.0 86)

Ainsi, toutes les sommes perçues par un salarié en contrepartie ou à l'occasion du travail doivent être prises en considération pour apprécier s'il a perçu le salaire minimum prévu par la convention collective sauf exception expressément prévue par celle-ci. (Cour de Cassation, Chambre sociale, 15-02-1979, n°77-40.842)

**Dans le cadre de la nouvelle convention il ne fait pas de doute que sera maintenu le niveau de rémunération atteint au jour de la cessation de l'actuelle convention collective.**

Pour la Cour de cassation le niveau de rémunération est un droit acquis dont peut se prévaloir le salarié au titre des avantages individuels acquis.

Cette perspective est d'ailleurs confirmée par les débats parlementaires à l'occasion de l'amendement à l'article 6 proposé et adopté. Le rapporteur de l'amendement évoquait la question de la rémunération en ces termes « Le rapporteur a présenté un amendement disposant que la nouvelle convention collective qui sera négociée devra garantir les avantages individuels, afférents à leur statut, acquis par les agents des ASSEDIC, en particulier le montant global de leur rémunération comprenant le salaire et ses accessoires. Il a souligné qu'il s'agit de traduire dans la loi les engagements exprimés par le Président de la République à Macon le 8 octobre dernier ».

Toutefois, les salariés ne peuvent prétendre à la réévaluation du niveau de leur rémunération en fonction des règles de variations contenues dans l'accord dénoncé qui ne constituaient pas un avantage individuel qu'ils auraient acquis. (Cour de Cassation, Chambre sociale, 22-04-1992, n° 88-40.921, Consorts Caillaud et autre c/ Société nouvelle d'assainissement et de travaux publics).

De même a été considéré qu'une prime d'ancienneté ou une prime de 13ème mois sont des avantages individuels acquis au sens de l'article L. 132-8, alinéa 6, du Code du travail (Cour de Cassation, Chambre sociale, 19 mars 1997, n° 94-41-984).

Toutefois, ils ne peuvent plus se prévaloir des indices des coefficients liés à l'ancienneté (Cour de Cassation, Chambre sociale, 21 novembre 2000, n° 98-43.377).

Sont également conservées au titre d'avantage individuel acquis-les :

## **B- Les primes obligatoires :**

Les primes, gratifications et les libéralités se définissent comme des sommes qui tendent à compenser les inconvénients et les efforts tenant soit à l'organisation du travail (prime de nuit, prime de responsabilité...), soit aux conditions matérielles et techniques de l'exécution du travail (prime d'insalubrité, d'intempéries).

Pour déterminer quelles sommes ont la nature juridique de salaire, il convient de rechercher la source à l'origine du versement de la prime ou de la gratification.

Si la prime ou la gratification est obligatoire pour l'employeur, elle revêt la nature juridique de salaire.

Une prime est obligatoire pour l'employeur dans la mesure où elle trouve son origine dans une source conventionnelle (convention ou accords collectifs de travail ou contrat individuel de travail). Cour de Cassation, Chambre sociale, 20 octobre 1982, n°80-41.143.

## **C- ..... Les avantages en nature**

Constitue un élément de la rémunération et donc éligible au titre d'avantage individuels acquis les avantages en nature.

Les avantages en nature correspondent à l'équivalent d'une rémunération que l'employeur accorde à un salarié.

En effet, le législateur prévoit que la rémunération du salarié peut être constituée par des avantages en nature (article L. 140-2, al. 2, du Code du travail).

Ainsi, les avantages en nature constituent un élément du salaire dès lors qu'ils résultent du contrat individuel de travail, de la convention collective (Cour de Cassation, Chambre sociale, 10-12-1996, n°94-18.340).

Si la rémunération ne pose guère de difficulté quant à l'appréhension de la notion d'avantage individuel acquis, il en va autrement pour les autres droits des salariés.

En effet, la définition jurisprudentielle de l'avantage individuel acquis s'entend des avantages qui « au jour de la dénonciation de la convention ou de l'accord collectif, procurait au salarié ...un droit dont il bénéficiait à titre personnel et qui correspondait à un droit déjà ouvert et non simplement éventuel »

#### **D- Le caractère individuel du droit.**

Rappelons tout d'abord que seuls sont visés les avantages, c'est-à-dire ceux qui se rattachent aux relations individuelles de travail entre le salarié et son employeur. Sont exclus les avantages collectifs.

On oppose à ces avantages individuels les avantages à caractère collectif. Ces derniers concernent non plus la relation individuelle salarié-employeur, mais la collectivité des salariés, prise dans sa globalité.

Les avantages à caractère collectif ne trouvent leur justification qu'au travers de cette collectivité.

La jurisprudence a pu donner des exemples de ce qu'elle considère comme étant un avantage à caractère collectif.

Elle a estimé, par exemple, que revêt un caractère collectif un système de répartition des pourboires, et que, par conséquent, cet avantage ne peut être assimilé à un avantage individuel au sens de l'article L. 132-8 du Code du travail (Cour de Cassation, Chambre sociale, 12 février 1991, n°89-45.314, M. Aal et autres c/ Société fermière du casino municipal de Cannes ).

De même, selon la Haute juridiction, les dispositions de l'article L. 132-8 alinéa 6 du même code sont inopérantes lorsqu'elles sont invoquées par un syndicat pour obtenir le maintien d'avantages accordés pour l'exercice de son activité syndicale (Cour de Cassation, Chambre sociale, 7 février 1990, n° 88-11.934, CSL c/ SA Société générale, inédit ).

En outre, tout ce qui a trait à la représentation du personnel, comme par exemple un nombre plus élevé de représentants du personnel dans l'entreprise ou un contingent renforcé d'heures de délégation, devront être regardés comme étant des avantages collectifs par nature.

L'interprétation du caractère "individuel" de l'avantage prévu par une convention ou un accord collectif de travail a donné lieu à un certain nombre de propositions doctrinales qui peuvent être synthétisées autour de deux critères de définition : l'un visant à déterminer ce caractère individuel par rapport à l'objet de l'avantage et l'autre par rapport à la source de l'avantage (pour une présentation complète de ces propositions, v. Y. Aubrée, Le concept légal d'avantage individuel acquis, RJS 11/00, p.699).

S'il est aujourd'hui admis que le caractère collectif ou individuel doit être apprécié au regard de l'objet de l'avantage et non de sa source, il reste encore à préciser en quoi l'objet d'un droit est individuel ou collectif.

Selon certains auteurs, l'avantage individuel s'identifierait à "celui dont le bénéfice peut se réaliser indépendamment de l'existence d'une collectivité de salariés" (Y. Chalaron, Négociations et accords collectifs d'entreprise, Litec 1990, n°319, p. 327).

Reprenant à son compte cette analyse, M. Emmanuel Dockès l'a par la suite affinée, soulignant que l'avantage individuel doit être "celui qui est susceptible d'utilisation privative, par opposition à l'avantage collectif, insusceptible d'une telle utilisation" Et cet auteur d'indiquer que par "avantage susceptible d'utilisation privative", il convient d'entendre tous "les avantages qui peuvent bénéficier à certains salariés, sans bénéficier à d'autres salariés" (E. Dockès, L'avantage individuel acquis, Dr. soc. 1993, p. 828).

Sans régler tous les problèmes suscités par une notion par nature complexe, ces analyses n'en ont pas moins grandement contribué à éclairer certaines zones d'ombre, inspirant par là même la jurisprudence.

Dans un important arrêt en date du 13 mars 2001, la Cour de cassation a donné, si ce n'est la définition, au moins sa conception de l'avantage individuel acquis.

Selon la Chambre sociale, "l'avantage individuel acquis au sens de l'article L. 132-8 du Code du travail est celui 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, n° 99-45.651, Association Domicile Action c/ M. Yvonne André, publié ), Dr. soc. 2001, p. 571, obs. Ch. Radé, J. Pélissier et alii, Les grands arrêts du droit du travail, 3ème éd., Dalloz, n° 166 ; v. aussi dans le même sens, C ass. soc., 2 juillet 2003, n° 01-40.639, Mme Brigitte Horvatc/ Société Lener Cordier, F-P ).

A lire cette décision, un avantage est donc individuel quand il procure au salarié " un droit dont il bénéficiait à titre personnel".

De cette définition, on peut en déduire que les droits concernant relevant d'un système d'organisation (que ce soit de la réévaluation de la rémunération, du temps de travail...) revêtent un caractère collectif.

A l'inverse les droits susceptibles de bénéficier à certains salariés sans qu'ils soient accordés à d'autres constituent des droits individuels.

Ainsi, constitue un avantage individuel acquis le jour supplémentaire de congé aux employés dont le repos habituel coïncide avec un jour férié. (Cour de Cassation, Chambre sociale, 02-07-2003, n° 01-45.947, société SMGL Nouvelles Galeries c/ Mlle Ghislaine Aurelio, F-D et Cour de Cassation, Chambre sociale, 23-05-2006, n° 04-42.779, société LRMD SAS Monoprix, FS-P+B).

*Cour de Cassation, Chambre sociale, 2 juillet 2003*

*Sur le moyen unique :*

*Attendu que Mlle Aurelio et trois autres employées de la société SMGL Nouvelles Galeries ont saisi la juridiction prud'homale d'une demande tendant à ce qu'il soit jugé que l'avantage prévu à l'article 53 de la convention collective nationale des employés des grands magasins et consistant en ce que "les employés dont le jour de repos habituel coïncide avec un jour férié bénéficieront d'un jour supplémentaire de congé" leur avait été conservé malgré la dénonciation de la convention, à titre d'avantage individuel acquis en application de l'article L. 132-8 du Code du travail ;*

*Attendu que la société SMGL Nouvelles Galeries fait grief au jugement attaqué (conseil de prud'hommes de Marseille, 12 juillet 2001) de l'avoir condamnée à payer diverses sommes à titre de rémunération correspondant à des journées de récupération pour jours fériés des 25 décembre 1999 et 1er janvier 2000 alors, selon le moyen, qu'en vertu de l'article L. 132-8, alinéa 6, du Code du travail, lorsque la convention collective qui a été dénoncée n'a pas été remplacée par une nouvelle convention collective dans les délais précisés au troisième alinéa du même article, les salariés de l'entreprise concernée conservent les avantages individuels qu'ils ont acquis en application de la convention collective à l'expiration de ces délais, que l'attribution d'un jour de repos supplémentaire dans l'hypothèse où un jour férié tombe un jour*

*habituellement non travaillé constitue un avantage collectif et non un avantage individuel dès lors qu'il concerne un système d'organisation du temps de travail, que par suite le conseil de prud'hommes a méconnu le sens et la portée de la disposition susvisée qu'il a par suite violée en considérant que l'avantage issu de l'article 53 de la convention collective dénoncée constituait un avantage individuel acquis ;*

*Mais attendu qu'un avantage individuel acquis au sens de l'article 132-8 du Code du travail est celui 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 ;*

*Et attendu que l'article 53 de la convention collective dénoncée accordait un jour supplémentaire de congé aux employés dont le repos habituel coïncidait avec un jour férié ;*

*D'où il suit que le conseil de prud'hommes a décidé exactement que ce droit, qui profitait individuellement à chacune des salariées demanderesses à l'action, avait la nature d'un avantage individuel acquis au sens de l'article L. 132-8 du Code du travail ; que le moyen n'est pas fondé ;*

*PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi ;*

Ou encore les congés payés (Cour de Cassation, Chambre sociale, 27 octobre 1998, n° 96-40.881, Société Castorama, Société anonyme c/ Mme Zohra Lemonnier).

Et des primes d'ancienneté (Cour de Cassation, Chambre sociale, 6 novembre 1991, n° 87-44.507, Société sécurité protection surveillance transport Ile-de-France c/ M. Berland et autres)

**Il conviendra dès lors d'auditer la convention collective et les différents accords afin de déterminer les avantages individuels à la lumière de la solution dégagée par la Cour de cassation.**

## **E- L'acquisition du droit individuel.**

La Cour de cassation pose une deuxième condition à la détermination de l'avantage individuel : il doit être acquis.

Pour la chambre sociale l'avantage doit correspondre à un droit « déjà ouvert et non simplement éventuel ».

Le maintien des avantages acquis, dans le cadre de la dénonciation de la convention collective, doit s'entendre des avantages ayant effectivement bénéficié dans le passé au salarié (Cour de Cassation, Chambre sociale, 31-03-1998, n°95-43.670).

Autrement dit, il importe que le salarié ait déjà bénéficié de l'avantage.

Dès lors, ne constituent pas des avantages acquis le droit à l'indemnité de licenciement qui naît qu'à la rupture du contrat de travail, il constitue un droit éventuel et non un avantage acquis dont peut se prévaloir le salarié (Cour de Cassation, Chambre sociale, 23-06-1999, n° 97-43.16 2 et 05-06-1996, n° 92-42.995)

### **Cette deuxième condition est, dans le cadre des futures négociations triplement problématique :**

- ➔ Elle impose d'identifier pour chaque salarié de l'assurance chômage si il a bénéficié ou non de l'avantage individuel depuis son recrutement. On imagine la complexité de l'opération et les risques d'erreurs ;
- ➔ Par ailleurs, elle est source de discrimination entre les salariés (seuls ceux qui ont déjà consommé l'avantage pourraient s'en prévaloir comme avantage individuel acquis) et confinerait à l'absurde. On imagine mal qu'un salarié puisse revendiquer le maintien du complément de salaire en cas de

maladie car il en a bénéficié (ayant été en arrêt maladie par le passé) et que le salarié qui n'a jamais été malade s'en trouve privé.

→ Enfin, le mécanisme du maintien de l'avantage individuel acquis se concilie mal avec le régime voulu par la loi. En effet, les avantages individuels acquis sont, dans le cadre de l'application de l'article L.132-8, incorporés au contrat de travail. Si cette incorporation se conjugue assez bien avec l'individualisation des avantages, il n'en va pas de même s'agissant d'un maintien par voie de convention collective. On imagine mal le nouvel accord reprenant salarié par salarié tous les droits considérés comme avantage individuel acquis.

**Aussi, il plus qu'impératif que le nouvel accord reprenne purement et simplement les avantages identifiés comme individuel sans se soucier de leurs acquisitions et ce, pour tous les salariés de l'assurance chômage présents au jour de la conclusion de la nouvelle convention.**

## **VI - Le sort des institutions représentatives du personnel.**

Le Code du travail (article L.412-16 pour le délégué syndical, L.423-16 pour le délégué du personnel, et L.433-14 pour les membres du comité d'entreprise) pose le principe du maintien des mandats jusqu'à leur terme en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur (L.122-12).

Toutefois, ce maintien n'est possible que si l'entreprise ou l'établissement concerné par la mise en œuvre de l'article L.122-12 conserve son autonomie juridique.

### **A - Le sort des institutions représentatives au sein des ASSEDIC.**

Les différentes institutions de l'assurance chômage (hors UNEDIC) n'ont pas vocation à être maintenues puisqu'elles seront fondues dans les nouvelles structures territoriales composées des agents de l'ANPE. A ce titre, les mandats des différents représentants du personnel devraient cesser le jour de la fusion.

Toutefois, la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que le mandat des représentants du personnel se poursuit dès lors qu'il y a transfert d'une entité économique autonome, conservant son identité et dont l'activité s'est poursuivie, et alors même que l'entité transférée n'a pas conservée son autonomie juridique (Cour de Cassation, Chambre sociale, 28 juin 1995).

Elle a confirmé récemment sa jurisprudence en se fondant sur les dispositions de la directive CEE n°98/50 du 29 juin 1998, laquelle a notamment pour objet de clarifier les circonstances dans lesquelles la fonction et le statut des représentants des travailleurs doivent être maintenus (Cour de Cassation, Chambre sociale, 30 novembre 2004).

La Chambre criminelle de la Cour de cassation a adopté la même position dans un arrêt en date du 25 février 2003.

**Ainsi, au vu de cette jurisprudence, les différentes institutions représentatives au sein des ASSEDIC devraient être maintenus jusqu'à l'expiration des mandats.**

#### **B - Les institutions représentatives au sein de l'UNEDIC.**

L'UNEDIC étant conservée, les mandats des différents représentants doivent être maintenus.

Toutefois, la loi du 31 janvier prévoit le transfert des salariés qui concourent à la mission de la nouvelle institution par application de l'article L.122-12 ce qui caractérise une situation de transfert partiel au sens du Code du travail.

Les articles L. 412-18, L. 425-1 et L. 436-1 du Code du travail, qui réglementent les conditions de licenciement des représentants du personnel, disposent, notamment, que lorsqu'un délégué du personnel, un membre du comité d'entreprise ou un représentant syndical est compris dans un transfert partiel d'entreprise ou d'établissement, en application de l'article L. 122-12, alinéa 2,

du même code ,le transfert de ce salarié doit être soumis à l'autorisation de l'inspecteur du travail (A. Mazeaud, *La protection des représentants du personnel en cas de transfert partiel d'entreprise*, Mélanges Despax, p. 539).

Lorsqu'un représentant du personnel est compris dans un transfert partiel d'entreprise ou d'établissement, le transfert de l'intéressé est soumis à l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail.

En vertu de l'article R. 436-9 du Code du travail, cette demande d'autorisation de transfert est adressée à l'inspecteur du travail par lettre recommandée avec demande d'avis de réception au moins quinze jours avant la date arrêtée pour le transfert.

Le même article prévoit que les dispositions de l'article R. 436-4 du Code du travail sont applicables à la décision prise sur la demande d'autorisation de transfert ; ces dispositions précisent la procédure qui doit être suivie par l'inspecteur du travail (notamment, l'inspecteur du travail doit procéder à une enquête contradictoire au cours de laquelle le salarié peut, sur sa demande, se faire assister d'un représentant de son syndicat.

L'inspecteur du travail doit statuer dans un délai de quinze jours ; sa décision doit être motivée et notifiée à l'employeur et au salarié ainsi que, lorsqu'il s'agit d'un délégué syndical ou d'un représentant syndical au comité d'entreprise, à l'organisation syndicale concernée, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception).

L'inspecteur du travail doit s'assurer que le représentant du personnel concerné ne fait pas l'objet d'une mesure discriminatoire, c'est-à-dire que le transfert n'est pas conçu ou mis à profit pour l'éliminer de l'entreprise.

En l'absence de discrimination, il ne peut pas retenir des motifs d'intérêt général pour refuser l'autorisation.

Cette protection connaît une application assez large :

Elle s'applique aux délégués syndicaux ou anciens délégués syndicaux répondant aux conditions de l'article L. 412 -18 du Code du travail, aux délégués du personnel, aux membres du CHSCT, aux membres du comité d'entreprise, élus ou représentants syndicaux. Les membres des instances créées par voie conventionnelle (le CNIC) jouissent de la même protection.

### **C - Les institutions représentatives au sein du GARP.**

Comme nous l'avons souligné, les conditions d'application de l'article L.122-12 ne sont pas remplies ce qui fait obstacle au transfert des contrats de travail.

En conséquence de quoi, toutes les instances au sein de cette institution sont maintenues.

Rappelons que s'agissant des salariés protégés, l'inspecteur du travail ne manquera pas de refuser les licenciements des salariés qui auraient manifesté leur refus du transfert.

### **VII – La nature juridique de la nouvelle convention collective.**

L'article 5 de la loi du 31 janvier dispose « Les agents de l'institution nationale, qui sont chargés d'une mission de service public, sont régis par le présent code dans les conditions particulières prévues par une convention collective étendue agréée par les ministres chargés de l'emploi et du budget. Cette convention comporte des stipulations, notamment en matière de stabilité de l'emploi et de protection à l'égard des influences extérieures, nécessaires à l'accomplissement de cette mission ».

A l'évidence en visant une convention collective « étendue et agréée » le législateur s'est inscrit dans une perspective d'une convention collective de branche.

En effet, l'originalité de la convention collective de branche réside dans sa possible extension.

L'extension est l'acte administratif qui rend un accord obligatoire pour tous les employeurs et salariés compris dans son champ d'application professionnel et territorial (article L.133-8 du Code du travail).

L'extension des conventions de branche ou des accords professionnels ou interprofessionnels nécessite un arrêté du ministre chargé du travail, pris après avis de la commission nationale de la négociation de branche.

Pour pouvoir être étendue, la convention collective de branche doit répondre à certaines conditions.

Une des premières condition est que la convention de branche doit avoir été négociée et conclue en commission composée des représentants des organisations syndicales d'employeurs et de salariés représentatives au niveau national (article L.133-1 du Code du travail).

En outre, pour pouvoir être étendues, les conventions de branche doivent comporter certaines clauses obligatoires, définies aux articles L. 133-5 et L. 133-6 du Code du travail. Nonobstant ces clauses obligatoires, la liberté des partenaires sociaux reste grande quant au contenu de l'accord.

Une partie des clauses obligatoires énoncées par le Code du travail, porte sur la représentation du personnel et les conflits collectifs de travail : exercice du droit syndical, liberté d'opinion, délégué du personnel, CHSCT, CE.

Pour pouvoir être étendue, la convention de branche doit obligatoirement contenir des clauses relatives à la rémunération des salariés comme les salaires minimums, classifications, coefficients hiérarchiques afférents aux qualifications

Une convention de branche, pour pouvoir être étendue, doit contenir de manière obligatoire, certaines clauses relatives à l'emploi : embauchage des salariés, licenciement, préavis, régime de prévoyance maladie, apprentissage.

Le Code du travail oblige la convention de branche à contenir des clauses relatives à certaines catégories de salariés comme les personnes handicapés, les jeunes, personnes à temps partiel, les femmes enceintes, pour pouvoir faire l'objet d'une extension.

Au-delà des conditions relatives au contenu de l'accord de branche se pose le problème de son champ d'application.

La loi ne définit pas la branche professionnelle ; elle laisse aux parties à la négociation le soin de décider du champ d'application professionnel de leur accord. Celui-ci se définit principalement en termes d'activité économique, ce critère n'excluant pas de limiter le champ d'application à un secteur restreint s'inscrivant dans le cadre d'une activité plus générale et étendue. Du moment que des entreprises exercent une activité professionnelle de même nature et ont des intérêts communs, du côté des employeurs et de celui des salariés, une branche professionnelle spécifique peut être isolée.

La négociation collective au niveau de la branche professionnelle est un instrument de régulation de la concurrence entre les entreprises de la branche.

C'est l'une de ses fonctions traditionnelles et l'un des traits spécifiques l'opposant à la négociation au niveau de l'entreprise. La branche professionnelle se définit par la pluralité d'entreprises. Plus exactement, pour pouvoir parler de branche professionnelle, encore faut-il constater l'existence d'une pluralité d'entités jouissant dans leurs relations réciproques d'une autonomie suffisante pour être en situation de concurrence dans le cadre concerné et pour que la négociation collective puisse par conséquent remplir sa fonction d'égalisation des conditions de concurrence. Comme le remarque Pierre Rodière, Semaine Sociale Lamy, n° 1257, « **Une branche ne peut pas se résumer à une entité unique qui n'entre en concurrence avec aucune autre entité sur le marché concerné** ».

Cette analyse vaut aussi bien pour le groupe. Une branche professionnelle ne peut se réduire à un groupe unique. Au regard du rôle de régulation de la concurrence conféré à la négociation collective de branche, la situation est analogue à celle d'une prétendue branche qui ne serait constituée que d'une seule entreprise. On peut se référer à ce sujet à l'analyse de la Cour de justice des Communautés européennes, suivant laquelle la qualification d'entreprise, qualification qui conditionne l'application des règles du droit de la concurrence, s'applique au groupe de sociétés, dès l'instant où celui-ci agit de façon unitaire sur le marché et ne laisse pas d'autonomie aux sociétés qui le composent.

L'analyse peut être transposée : une prétendue branche composée d'un groupe unique dont les composantes n'ont pas d'autonomie d'action sur le marché considéré ne relève pas plus, au regard du droit de la négociation collective, d'une qualification de branche professionnelle que s'il était composé d'une entreprise unique.

Bien que la nouvelle institution vise un secteur d'activité spécifique, il n'en demeure pas moins qu'elle ne constitue qu'une seule et même entité (entreprise). Or, la constitution d'une branche professionnelle, au-delà de la spécificité de son activité, ne peut être constituée d'une seule entité.

**De même, la dualité des contrats de travail des salariés qui composeront cette nouvelle institution rend vaine toute tentative de faire croire à l'existence d'une branche professionnelle.**

**Le fait que la convention collective soit agréée emporte l'exclusion de la branche professionnelle du champ de l'interprofessionnel.**

**Les salariés de l'ANPE soumis au statut d'agent contractuel de droit public ne relèvent pas du champ interprofessionnel alors que ceux de l'assurance chômage, titulaires de contrats de droit privé y sont assujettis.**

**L'assujettissement au champ interprofessionnel n'est pas anodin puisqu'à titre d'exemple, il permet aux salariés de l'assurance chômage**

**de bénéficier des congés individuels formation financés par les Fongecif, droit exclu pour les salariés de l'ANPE.**

Au-delà de ces considérations qui à elles seules rendent peu crédible, au sens juridique, la constitution d'une branche professionnelle composée de l'unique institution, cette constitution souffre de l'absence d'une condition essentielle : celle de la représentation requise aussi bien coté patronal que coté salarial.

**En effet, la négociation d'une branche professionnelle requiert la présence d'un groupement patronal représentatif, exigence qui fait défaut concernant la nouvelle institution.**

La loi du 31 janvier 2007 désigne comme partie patronale dans le cadre de la nouvelle convention le délégué général nommé par décret. Il ne saurait constituer à lui seul une organisation patronale !.

Bien plus, l'article 5 de la dite loi spécifie de manière très claire que son action s'inscrit dans le cadre d'un mandat donné par du conseil de l'instance nationale de l'emploi.

Or, ce conseil est notamment composé de représentants d'organisations syndicales de salariés représentatives au niveau national.

Comment croire qu'une telle représentation puisse conférer le statut de représentation d'une organisation patronale ?

Au demeurant, comme on l'a évoqué, l'extension d'un accord collectif n'est possible qu'après avis de la commission nationale composée des représentants des organisations syndicales d'employeurs et de salariés représentatives au niveau national (article L.133-1 du Code du travail).

**L'absence de représentation patronale représentative au niveau national rend vaine toute tentative de faire admettre une négociation au niveau d'une branche professionnelle inexistante.**

Enfin, si du côté salarial, les cinq organisations syndicales sont bien présentes, il demeure qu'un des principaux syndicats de l'ANPE (le SNU-ANPE) ne bénéficie pas de cette représentativité.

Ainsi, sauf à l'exclure d'une éventuelle négociation au niveau de la prétendue branche, cela constitue un obstacle secondaire mais supplémentaire à la reconnaissance d'une branche professionnelle.

→ **Il apparaît clairement, que la volonté de caractériser la nouvelle convention de branche professionnelle, préjudiciable aux salariés de l'assurance chômage, ne puisse être admise par les juges et ce, nonobstant la volonté du législateur.**

Constituant une seule entité ayant pour unique employeur le délégué général, la nouvelle institution ne peut être dotée que d'une convention collective d'entreprise régie par les articles L.132-19 et L.132-20 du Code du travail.

### **VIII - l'accord de méthode.**

Le texte de loi prévoit au préalable la conclusion d'un accord préalable ayant pour objet de fixer le cadre de la nouvelle convention collective appelée à régir l'institution mentionnée à l'article L.311-7.

A l'origine les accords de méthodes concernaient la possibilité, pour les partenaires sociaux, de régir les procédures applicables lors d'un licenciement collectif pour motif économique. Ces accords ont été généralisés par la loi Borloo du 18 janvier 2005.

Les accords de méthode ont pour objet d'organiser une procédure, spécialement celle relative à un plan de sauvegarde de l'emploi ou celle sur l'aménagement et la réduction du temps de travail. « Ce qui caractérise la négociation de l'accord de méthode, c'est qu'elle ne porte pas sur le fond des problèmes. Elle porte sur les procédures de négociation ou de concertation qui

seront mises en œuvre en vue de leur traitement » (« Le choix de la procéduralisation conventionnelle », Gérard Couturier, « Les accords de méthode », Suppl. Semaine sociale Lamy n° 1152, p. 6).

La loi sur le dialogue social du 04 mai 2004 prévoit que des accords peuvent fixer les règles de conclusion des conventions et accords collectifs.

La circulaire du 22 septembre 2004 les présente effectivement comme des «accords de méthode ».

L'analyse de la structure de l'article L 132-2-2 nous éclaire sur leur nature : selon ce texte, les conventions et accords collectifs se forment, au niveau de la branche professionnelle, par la signature d'une seule organisation syndicale représentative ; leur validité est seulement subordonnée à l'absence d'opposition de la majorité des organisations syndicales de salariés représentatives dans le champ d'application de l'accord - système de la majorité d'opposition; mais les syndicats de salariés et les groupements patronaux peuvent aussi prévoir, dans le cadre d'une convention collective ou d'un accord professionnel étendu, de subordonner la validité des accords « à leur signature par une ou des organisations syndicales représentant une majorité de salariés de la branche » .

De même, au niveau de l'entreprise, la négociation obéit à un système comparable construit sur une majorité d'opposition - celle-ci étant calculée à partir des voix « exprimées » au premier tour des élections professionnelles -, à moins que les partenaires sociaux ne décident d'opter par accord de branche pour un système de « majorité d'engagement ».

La convention ou l'accord d'entreprise devant alors être signé par une ou des organisations syndicales de salariés ayant recueilli au moins la moitié des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections.

En d'autres termes, les parties II et III de l'article L 132-2-2 construites sur le même modèle, révèlent qu'en l'absence d'aménagement conventionnel particulier prévoyant un système de majorité d'engagement, la négociation obéit

à un mode de conclusion des conventions collectives imposé par la loi (système de la majorité d'opposition).

**Il apparaît clairement, que ces accords de méthode, les seuls visés par le Code du travail, ne correspondent pas à l'accord préalable tel que visé dans la loi du 31 janvier.**

Dès lors, cet accord est soumis au régime de droit commun de la négociation collective visé à l'article L.132-19 et suivant du Code du travail. Autrement dit la liberté contractuelle trouvera à s'exprimer sous réserve de respecter les dispositions légales.