

Droit social 2021 p.527

L'accord de substitution au sens de l'article L. 2261-14 du code du travail

Louis Aluome, Docteur en droit, avocat à la cour, chargé d'enseignement à l'université Panthéon-Assas (Paris 2)

L'essentiel

La notion d'accord de substitution souffre encore aujourd'hui d'une absence de définition claire, sans équivoque. Sa nature, son contenu et ses évolutions soulèvent ainsi nombre d'interrogations qu'il importe de résoudre pour garantir le succès économique et social du transfert de l'entreprise.

1. 1971-2021. Lorsque vient le temps du transfert de l'entreprise, de nombreuses questions surgissent. Beaucoup ont été, au cours du temps, expressément résolues par le législateur et le juge. D'autres ont été directement réglées par les partenaires sociaux en marge de la loi sans donner lieu à aucun contentieux (1). Certaines en revanche, plus rares, restent sans réponses expresses. La définition de l'accord collectif de substitution est de celles-là. Créé par la loi du 13 juillet 1971 (2) - laquelle prévoyait que l'accord mis en cause à la suite d'un transfert pouvait être remplacé, dans un délai d'un an, par « de nouvelles conventions » -, l'accord de substitution n'a jamais été véritablement défini par le législateur tandis que les décisions de justice rendues sur ce point sont insuffisantes pour en dresser tous les traits caractéristiques. Tout au plus le code du travail suggère-t-il dorénavant quelques intuitions en évoquant « une nouvelle convention ou un nouvel accord » conclu « soit pour l'adaptation aux dispositions conventionnelles nouvellement applicables, soit pour l'élaboration de nouvelles stipulations » (3). En dépit des études doctrinales dédiées à cette notion, il demeure encore aujourd'hui délicat d'élaborer une définition statique de l'accord de substitution. Et pour cause : intimement lié au droit de la négociation collective et à ses évolutions presque incessantes, ses contours n'ont de cesse d'évoluer.

2. Enjeux. De telles interrogations dans le régime juridique de la mise en cause se conçoivent pourtant difficilement, spécialement au regard des enjeux attachés à l'existence, ou non, de l'accord de substitution. Qu'un tel accord soit reconnu et le cessionnaire sera libéré de la menace pour le moins dissuasive de la « garantie de rémunération » dont le contenu est difficilement perceptible. Qu'il soit au contraire disqualifié par un juge, voire qu'aucune négociation n'ait été engagée en vue de remplacer le ou les accords mis en cause, et le nouvel employeur devra composer avec les difficultés juridiques et pratiques de la mise en oeuvre de cette garantie. L'enjeu est donc de taille. Dans ce contexte, tracer les principaux traits de l'accord de substitution semble essentiel. Cela suppose d'arpenter les voies ouvertes par le juge et la doctrine et d'identifier les caractéristiques de cet accord, tant au regard de son réceptacle (I) que de son objet (II). Naturellement, ses évolutions ne sauraient être ignorées (III).

I. - Le périmètre de l'accord de substitution

3. Enveloppe. Préalablement à l'étude du contenu de l'accord de substitution, il convient de s'intéresser à son enveloppe juridique. L'appréhender suppose d'identifier la nature de l'accord de substitution (A) et le moment exact de

sa venue à la vie juridique (B).

A - Le réceptacle de l'accord de substitution

4. Un accord collectif. L'accord collectif de substitution est la convention ou l'accord qui se substitue aux dispositions conventionnelles mises en cause par l'effet du transfert de l'entreprise. Parce qu'il a vocation à remplacer un dispositif conventionnel, il ne peut s'agir, en vertu du parallélisme des formes qu'impose le législateur, que d'une autre convention ou d'un autre accord collectif de travail. La solution ne suscite aucun débat ni ne donne lieu, de nos jours, à aucun contentieux. Ni un accord dit « atypique », c'est-à-dire conclu en marge des dispositions légales régissant la négociation collective, ni un engagement unilatéral du cessionnaire ne sauraient espérer obtenir la qualification d'accord de substitution au sens de l'article L. 2261-14 du code du travail⁽⁴⁾. Est-ce à dire pour autant que tout accord collectif de travail peut valoir accord de substitution ? La qualité des parties pourrait-elle permettre d'écarter cette qualification ? À notre sens, il ne fait aucun doute aujourd'hui que l'accord de substitution peut être conclu avec un ou plusieurs délégués syndicaux, le conseil d'entreprise lorsqu'il existe ou, de manière dérogatoire, avec des acteurs subsidiaires, qu'il s'agisse de représentants élus, mandatés ou non ou tout simplement des salariés de l'entreprise par le biais, notamment, d'un référendum⁽⁵⁾. La légitimité de chacun étant reconnue par le Conseil constitutionnel, nul ne pourrait valablement user de cet argument pour disqualifier l'accord conclu. Seule compte, *in fine*, la qualification d'accord collectif de travail.

5. Champ d'application professionnel. La nature de l'accord de substitution révélée, il convient ensuite d'en préciser le champ d'application professionnel. Le code du travail impose-t-il qu'un accord de substitution soit conclu au même niveau que celui qu'il remplace ? L'article L. 2261-14 ne répond pas expressément à cette question. De prime abord, le principe de parallélisme des formes emprunté au droit commun des contrats pourrait justifier une telle restriction. C'est d'ailleurs en ce sens que s'est prononcée, dans les années 90, une partie de la doctrine travailliste⁽⁶⁾. Dès l'origine, cette position se heurtait pourtant à des obstacles insurmontables en pratique : comment respecter la concordance des niveaux de négociation lorsque la convention mise en cause par le fait du transfert a été conclue au niveau de la branche professionnelle ? Sauf à solliciter les partenaires sociaux représentatifs à ce niveau, ce qui n'est guère réaliste, il sera nécessairement impossible de remplacer les dispositions conventionnelles mises en cause. Plus récemment, il a pu être affirmé « que l'accord de substitution ne peut être négocié et conclu qu'au niveau de l'entreprise ou de la partie d'entreprise transférée, lorsque celle-ci devient un établissement distinct au sein de l'entreprise du nouvel employeur ou lorsqu'elle conserve ce caractère après la réalisation de l'opération de restructuration »⁽⁷⁾. Cette position se fonde sur une interprétation littérale de l'article L. 2261-14 du code du travail, lequel vise une négociation de substitution engagée « dans l'entreprise concernée » par le transfert. Elle trouverait également à s'appliquer aux accords de substitution conclus par anticipation au transfert puisque les articles L. 2261-14-2 et L. 2261-14-3 visent également les employeurs et les organisations syndicales des entreprises concernées par le transfert.

Pour autant, cette interprétation n'emporte désormais plus la conviction. En effet, le droit de la négociation collective a connu, ces dernières années, de profondes mutations et il est dorénavant acquis que l'ensemble des négociations prévues par le code du travail au niveau de l'entreprise peuvent être engagées au niveau du groupe de sociétés⁽⁸⁾. Rien ne semble devoir s'opposer à ce qu'elles soient également conduites au niveau de l'unité économique et sociale, laquelle est juridiquement assimilée à l'entreprise, ou encore au niveau de l'établissement. Le législateur ouvre donc la voie à une déconnexion entre le niveau de conclusion de l'accord mis en cause et celui de l'accord de substitution. La solution est heureuse : elle permet de mener la négociation au niveau du véritable centre décisionnel de l'entité concernée, qu'il s'agisse de l'établissement, de l'entreprise, de l'unité économique et sociale ou du groupe. Elle participe également à la perfection de la capacité de négociation des organisations syndicales représentatives présentes au niveau du groupe de sociétés ou de l'unité économique et sociale si aucune représentation syndicale n'a émergé au sein de l'entreprise cessionnaire. Au demeurant, les articles L. 2261-14 et suivants du code du travail visent uniquement à

garantir aux salariés transférés une couverture conventionnelle⁽⁹⁾, peu important qu'elle soit déployée au niveau de l'entreprise ou au-delà. Dans ce contexte, il nous semble que l'accord de substitution doit pouvoir être conclu à tout niveau jugé pertinent par les négociateurs, sans restriction tenant au niveau de l'accord qui a vocation à être remplacé et moyennant, le plus souvent, un jeu de mandats.

6. Champ d'application personnel. Pour espérer emporter substitution totale à l'accord mis en cause, le nouvel accord doit toutefois couvrir l'ensemble du personnel transféré. Pour l'exprimer autrement, « le champ d'application personnel de l'accord de substitution doit être identique à celui de l'accord remplacé »⁽¹⁰⁾. À défaut, son effet substitutif sera partiel, c'est-à-dire limité aux seuls salariés couverts par l'accord. Les autres salariés continueront de bénéficier des dispositions mises en cause jusqu'à l'expiration du délai de survie. C'est ainsi que la Cour de cassation rappelle par exemple que l'accord de substitution catégoriel ne remplace pas entièrement l'accord intercatégoriel mis en cause. Dans cette hypothèse, les avantages individuels acquis hier et la garantie de rémunération aujourd'hui sont contractualisés au profit des salariés dont la catégorie professionnelle n'est pas visée par le nouvel accord⁽¹¹⁾. À l'inverse, l'accord de substitution pourrait tout à fait viser un cercle de bénéficiaires plus large que celui couvert par l'accord mise en cause, et notamment englober les salariés du cessionnaire afin d'harmoniser le statut collectif au sein de l'entreprise reconstituée.

B - La temporalité de l'accord de substitution

7. Nouvel accord. À titre liminaire, rappelons que l'accord de substitution doit être un « nouvel accord », distinct naturellement de l'accord mis en cause mais également du ou des accords d'ores et déjà en vigueur au sein de l'entreprise cessionnaire. En effet, la qualification d'accord de substitution est réservée à l'acte « résultant de la négociation qui doit s'engager dans l'entreprise », en application de l'article L. 2261-14 et avec le cessionnaire, « soit pour l'adaptation des dispositions conventionnelles antérieures [...], soit pour l'élaboration de nouvelles dispositions »⁽¹²⁾. C'est en tout cas la position maintes fois rappelée de la chambre sociale de la Cour de cassation⁽¹³⁾. Mais si les juges français excluent toujours que l'accord collectif en vigueur chez le cessionnaire « soit apte à succéder de plein droit et sans délai à celui mis en cause »⁽¹⁴⁾, il n'en va pas de même des juges européens. En effet, dans un arrêt dit « *Scattolon* », la Cour de justice de l'Union européenne a admis, sur le fondement de l'article 3 de la directive du 12 mars 2001, la substitution immédiate à l'ancienne convention mise en cause de celle applicable chez le cessionnaire. Elle juge ainsi qu'il « est loisible au cessionnaire d'appliquer, dès la date du transfert, les conditions de travail prévues par la convention collective en vigueur chez lui, y compris celles relatives à la rémunération »⁽¹⁵⁾. Reste qu'une limite est posée par la Cour à cette substitution immédiate : elle ne doit pas imposer aux salariés transférés des conditions globalement moins favorables que celles applicables avant le transfert. En tout état de cause, cette interprétation, rendue possible par la lettre de la directive européenne, ne saurait être transposée en droit français qu'à la condition d'une réécriture de l'article L. 2261-14, qui ne semble pas à l'ordre du jour, ou d'un revirement de jurisprudence⁽¹⁶⁾.

8. Anticipation. Depuis la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 dite « El Khomri », l'accord de substitution peut être conclu avant l'événement emportant mise en cause des conventions et accords collectifs de travail, donc avant le transfert de l'entreprise. Il prendra alors la forme soit d'un accord tripartite de transition, soit d'un accord quadripartite d'anticipation au sens des articles L. 2261-14-2 et L. 2261-14-3 du code du travail. Pourrait-il également emprunter la forme consacrée par la jurisprudence avant 2016 ? Pour rappel, par deux arrêts de 2010⁽¹⁷⁾ et 2015⁽¹⁸⁾, la Cour de cassation avait admis la possibilité de conclure un accord de substitution préalablement au transfert à condition que la négociation réunisse l'ensemble des organisations syndicales représentatives des sociétés cédante et cessionnaire. Mais seule était requise la signature de l'ensemble des organisations syndicales représentatives du cessionnaire. Depuis la consécration par le législateur des accords d'anticipation tels qu'imaginés par le professeur Cesaro, nombreux sont ceux qui s'interrogent sur la validité de cet « accord jurisprudentiel ». Alors que certains excluent la possibilité de

conclure un tel accord aujourd'hui (19), d'autres considèrent que « la jurisprudence est simplement complétée par les nouveaux dispositifs légaux » (20) et que « cette technique de substitution s'ajoute à celles que la loi a prévues » (21). Un autre auteur abonde en ce sens : « Cette jurisprudence offre une troisième voie d'anticipation aux entreprises, en plus des deux types d'accords légaux » (22). À notre sens, une telle interprétation doit être approuvée : même s'il résulte « d'un pouvoir créateur du juge qui, dans son principe, est critiquable » (23), ce troisième accord d'anticipation étoffe les possibilités de renégociation des conventions et accords collectifs de travail lorsqu'est envisagé un transfert d'entreprise et ne contrevient pas à l'esprit de la loi qui est d'assurer une couverture conventionnelle aux salariés transférés. À ces trois accords, pourrait également être ajouté l'accord interentreprises, lequel permet, sous certaines conditions, l'adoption d'un statut social uniforme aux entités visées lors du transfert (24). En pratique, les effets de cet accord pourraient être similaires à ceux de l'accord de substitution dès lors qu'une condition suspensive subordonnant son entrée en vigueur à la réalisation du transfert est stipulée et que les parties ont inséré dans l'accord une clause assurant la substitution de son contenu aux différents accords ayant le même objet et conclus antérieurement au sein des entités parties à l'opération.

En tout état de cause, l'accord de substitution anticipé, quel que soit le réceptacle adopté par les parties, doit être conclu avant le transfert effectif de l'entreprise. Mais à quelle date en amont du transfert est-il permis de négocier ? Le code du travail permet l'ouverture de la négociation de substitution lorsqu'est envisagée une fusion, une cession, une scission ou toute autre modification juridique qui aurait pour effet la mise en cause d'une convention ou d'un accord. Faute de précisions supplémentaires, il est selon nous opportun d'aligner la date d'ouverture de la négociation de substitution sur celle de présentation du projet de transfert au comité social et économique lorsqu'il existe. En effet, le projet de transfert « envisagé » est celui qui est suffisamment défini pour avoir une incidence sur l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise (25).

9. Réaction. L'accord de substitution peut également être négocié et conclu dans un délai de quinze mois (26) suivant le transfert d'entreprise réalisé. Si l'employeur n'est pas tenu d'engager une telle négociation, il en va autrement dès lors qu'une demande est formulée en ce sens par les organisations syndicales de l'entité reconstituée telles qu'elles peuvent être identifiées postérieurement au transfert. Cette demande doit cependant intervenir dans les trois mois suivant la mise en cause ; l'employeur ne serait pas lié, à notre sens, par une demande tardive. Dans cette dernière hypothèse, rien ne l'empêcherait cependant de répondre favorablement aux partenaires sociaux.

À quelle date cette négociation postérieure peut-elle débiter ? La Cour de justice de l'Union européenne situe la date du transfert, à compter de laquelle la négociation peut s'engager, au moment de « la transmission, du cédant au cessionnaire, de la qualité de chef d'entreprise responsable de l'exploitation de l'entité en cause » (27), sans que ce moment ne puisse être reporté, « au gré du cédant ou du cessionnaire, à une autre date » (28). La Cour de cassation retient pour sa part que la mise en cause des conventions et accords collectifs de travail du cédant intervient à « la date d'application effective de l'absorption » (29) ou encore à « la date d'application effective de l'acte de cession » (30). En d'autres termes, la négociation d'harmonisation ne peut donc valablement être engagée qu'à la date où le cessionnaire « est mis en mesure d'assurer la direction » effective de l'entreprise (31).

10. Retard. La durée de la négociation de substitution est légalement encadrée. Lorsqu'elle est antérieure au transfert, elle ne peut se prolonger au-delà de la cession effective de l'entreprise ; lorsqu'elle est postérieure, elle doit aboutir à la conclusion d'un accord au plus tard quinze mois après l'événement ayant emporté la mise en cause des conventions et accords collectifs de travail. Adopté au-delà de ces dates butoirs, l'accord de substitution n'en est plus un ; il ne produit pas les effets escomptés. Selon certains, il est cependant « peu satisfaisant, en logique, qu'une même négociation de substitution cesse du jour au lendemain d'être apte » à contrecarrer le maintien de la rémunération annuelle ; il est « préférable et non contraire à l'esprit de la loi de donner plein effet à l'accord [...] tardif » (32). Pour d'autres, l'incorporation au contrat de travail des avantages individuels acquis, remplacés entre-temps par la garantie de rémunération, n'est que provisoire : « Elle demeurerait tant que n'est pas entrée en vigueur [...] une autre convention ou

un autre accord collectif de travail », peu important qu'il intervienne au-delà des quinze mois légalement octroyés aux parties pour négocier et conclure (33). Une telle position, aussi pragmatique soit-elle, n'a cependant pas de fondement juridique solide ; elle est contraire à la lettre du texte et à la volonté du législateur (34).

En pratique, rien n'empêche cependant le cessionnaire et les organisations syndicales représentatives dans le périmètre de la négociation de proroger, par accord collectif, la durée de survie des effets de l'accord mis en cause. Si cette prorogation ne peut avoir pour effet de maintenir l'application de l'accord pour une durée indéterminée (35), elle peut avoir le mérite de prolonger le délai offert aux parties pour renégocier les termes conventionnels donc retarder la mise en oeuvre de la garantie de rémunération. Reste que la validité d'une telle solution est loin d'être acquise au regard des dispositions légales et de la temporalité de cette prorogation (36) ; la primauté de la loi des parties combinée à un maintien temporaire des avantages des salariés devrait néanmoins conduire à l'admettre. Si cette solution devait être consacrée en droit positif, elle permettrait à l'accord conclu après l'expiration du délai de survie légal mais pendant le délai de survie conventionnel de valoir accord de substitution.

II. - L'objet de l'accord de substitution

11. Esprit. Le réceptacle de l'accord collectif de substitution est connu ; reste alors à déterminer son objet. Si le législateur lui attribue une finalité particulière (A), il n'ôte cependant pas toute liberté aux partenaires sociaux qui bénéficient d'une grande latitude quant au contenu de l'acte (B).

A - La finalité assignée à l'accord

12. Adaptation ; élaboration. L'accord de substitution est conclu « soit pour l'adaptation aux dispositions conventionnelles nouvellement applicables, soit pour l'élaboration de nouvelles stipulations » conventionnelles (37). Le cas échéant, il peut également emporter révision des accords collectifs applicables dans l'entreprise ou l'établissement dans lequel les contrats de travail sont transférés (38). En définitive, l'objet de l'accord de substitution est donc de remplacer « en tout ou partie » le ou les accords mis en cause (39) et d'unifier, à terme, le statut collectif dans l'entité reconstituée ; il a vocation à combler le vide conventionnel résultant de la disparition des accords antérieurs. Dans ce contexte, l'on comprend que l'employeur ne peut pas se prévaloir de tout accord conclu durant la période de survie de l'accord mis en cause pour échapper aux sanctions de l'absence de négociation d'adaptation et qu'il est probable que l'accord de substitution reprenne en partie les dispositions mises en cause.

Cette finalité est-elle compatible avec certains accords spécifiques dont l'objet est déterminé par le législateur, et en particulier avec les accords de performance collective, lesquels sont conclus afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou pour préserver ou développer l'emploi (40) ? Pour certains, et en l'absence de jurisprudence sur ce point, une réponse négative pourrait s'imposer (41). Nous ne souscrivons pas entièrement à cette analyse : au même titre que l'accord visé à l'article L. 2261-14, l'accord de performance collective est un accord collectif de droit commun que rien, en l'état de la législation en vigueur, ne permet d'exclure des dispositions relatives à la négociation de substitution. Qui plus est, les finalités de ces deux accords ne sont pas incompatibles, la substitution aux dispositions conventionnelles pouvant être nécessaire au fonctionnement de l'entité reconstituée sous peine d'échec du transfert, voire à la préservation ou au développement de l'emploi. Reste alors l'argument tiré de l'article L. 1224-1 du code du travail qui veut qu'aucune modification du contrat de travail ne soit imposée au salarié par l'effet du transfert. Or l'application de l'accord de performance collective aux clauses contraires du contrat de travail suppose préalablement l'accord du salarié transféré ou, plus exactement, l'absence de refus exprès (42). Dans ce contexte, « le droit au maintien de l'économie des contrats légalement conclus [...] n'est pas méconnu » (43) et « la résistance du contrat de travail [donc du salarié] n'est pas frontalement remise en cause » (44). Par ailleurs, l'article L. 2254-2 du code du travail n'impose pas à l'employeur de tirer les conséquences d'un éventuel refus d'application de l'accord émanant d'un ou de plusieurs salariés ; en pratique il est même probable qu'il s'abstienne de prononcer le licenciement

des réfractaires dès lors que l'accord n'aura pas suscité l'adhésion d'une large part des salariés transférés. Enfin, force est de constater que nombre d'accords de performance collective d'ores et déjà conclus l'ont été à l'issue d'une négociation de substitution¹³(45) ; ils semblent donc en mesure de faciliter cette négociation particulière et l'élaboration de nouvelles dispositions conventionnelles. Surtout, ils permettent de surmonter certaines difficultés connues par le passé par la négociation de substitution en matière d'aménagement de la durée du travail et liées à la question du consentement des salariés.

13. Formalisme. La finalité assignée par la loi à l'accord de substitution suppose qu'un formalisme minimal soit respecté pendant la négociation, à défaut de quoi les salariés ou leurs représentants pourraient être tentés d'obtenir la mise à l'écart de la qualification d'accord de substitution afin de cumuler les avantages issus du nouvel accord et ceux acquis au titre de l'accord mis en cause. Ainsi, « il doit clairement apparaître que les discussions conduites ont, entre autres, pour objet la conclusion d'une convention ou d'un accord de substitution » au sens des articles L. 2261-14 et suivants du code du travail¹⁴(46). En pratique, il est donc nécessaire de mentionner l'objet de l'accord dans son préambule, voire « sur l'ordre du jour de la réunion de négociation » ou tout autre document de travail¹⁵(47). À défaut d'identification expresse de son objet, l'accord conclu pourrait être disqualifié par le juge en simple accord collectif de travail¹⁶(48).

B - La liberté accordée aux parties

14. Continuité. Eu égard à son objet, la doctrine a pu s'interroger sur la nécessité que l'accord de substitution ait le même objet que l'accord mis en cause. La jurisprudence a tranché ce débat dans des décisions relatives à la dénonciation des conventions et accords collectifs de travail, lesquelles sont transposables au cas particulier de la mise en cause¹⁷(49). Ainsi est-il généralement admis que l'accord de substitution doit seulement constituer l'aboutissement des négociations qui doivent suivre la mise en cause et qui supposent l'examen du contenu de la convention ou de l'accord collectif mis en cause. Il peut expressément exclure certains thèmes qui relevaient naguère du ou des accords ayant vocation à disparaître¹⁸(50) ; il peut également choisir de ne traiter que d'une partie de ces thèmes et prévoir que ceux non abordés feront l'objet de négociations futures¹⁹(51).

15. Rupture. Dans ce contexte, l'accord de substitution peut être « partiel », voire traiter de points initialement absents de l'accord remplacé, sous réserve naturellement que « l'employeur n'ait pas refusé de négocier sur tous [les] points » traités par la convention ou l'accord collectif mis en cause alors que telle était « la demande des syndicats » ou, le cas échéant, des négociateurs extra-syndicaux²⁰(52) et que les parties aient expressément exclu ces thèmes de l'accord²¹(53). Il peut également être moins favorable que les stipulations conventionnelles mises en cause²²(54), étant observé que si les organisations syndicales jugent les propositions de l'employeur au cours de la négociation de l'accord de substitution trop défavorables aux salariés, elles sont libres de ne pas signer l'accord. La période de survie et, au-delà, le maintien d'une indemnité différentielle de rémunération les y incitent. Sauf situation économique particulière, un socle minimal doit donc être garanti aux salariés pour que la négociation débouche sur un accord.

16. Débat renouvelé. La question de l'identité d'objet se pose en des termes renouvelés pour l'accord anticipé de transition régi par l'article L. 2261-14-2 du code du travail. En effet, l'objet de cet accord est de maintenir un statu quo temporaire au profit des salariés transférés. Dans ce contexte, une identité parfaite d'objet pourrait-elle être requise par le juge en cas de contentieux ? Ce serait aller au-delà de la lettre du texte. La négociation de transition, si elle doit porter sur le même objet que l'accord mis en cause, n'a pas nécessairement à en reprendre tous les points. Au contraire, elle a pour finalité d'assurer une transition « en douceur » vers le statut conventionnel de l'entreprise d'accueil, en favorisant une convergence progressive des normes. Des adaptations sont donc nécessaires ; elles peuvent comprendre la disparition d'avantages anciens alors que d'autres apparaissent. Il est d'ailleurs « probable que ces accords d'anticipation se « rapprochent » des stipulations conventionnelles applicables dans l'entreprise d'accueil - aucune des

parties ne pouvant souhaiter maintenir une trop grande différence »⁽⁵⁵⁾. Il serait donc contraire à l'esprit du dispositif d'exiger une identité parfaite d'objet. Au demeurant, une telle exigence serait de nature à réduire drastiquement les chances de conclure l'accord tripartite de transition.

17. Égalité de traitement. L'accord de substitution peut enfin prévoir le maintien de certains des avantages mis en cause au bénéfice des seuls salariés transférés. Cette entorse au principe « à travail égal, salaire égal » entre les salariés transférés et les salariés historiques du cessionnaire est expressément admise par la Cour de cassation : « Le maintien d'un avantage acquis en cas de mise en cause de l'application d'un accord collectif dans les conditions prévues à l'article L. 132-8, alinéa 7 [L. 2261-14], du code du travail ne méconnaît pas le principe "à travail égal, salaire égal" »⁽⁵⁶⁾. Sont également admises les majorations de salaire, les indemnités différentielles⁽⁵⁷⁾ ou les primes nouvelles destinées à compenser des avantages conventionnels disparus. Encore faut-il néanmoins que ces mesures soient objectives et répondent à la volonté d'offrir une compensation aux salariés affectés par un éventuel désavantage lié transfert.

III. - Les évolutions de l'accord de substitution

18. Vie juridique. L'accord de substitution ne saurait être figé dans le temps : il peut faire l'objet d'une révision (A) ; il est amené, à terme, à disparaître de l'ordonnancement juridique (B).

A - La révision de l'accord

19. Modification ultérieure. L'accord de substitution est un accord collectif de droit commun ; à ce titre, et parce qu'il s'insère dans un tissu conventionnel appelé à évoluer avec le contexte économique et social de l'entreprise, il est susceptible d'être révisé par les partenaires sociaux⁽⁵⁸⁾. En ce cas, les conditions posées à l'article L. 2261-7-1 du code du travail doivent être respectées. Ainsi, jusqu'à la fin du cycle électoral au cours duquel l'accord de substitution a été conclu, sont seules habilitées à engager la procédure de révision les organisations syndicales de salariés signataires ou adhérentes et représentatives dans le champ d'application de l'accord. En revanche, à l'issue de ce cycle électoral, la révision peut être engagée par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives dans le champ d'application de l'accord de substitution ; nul besoin ici d'avoir signé ou adhéré à l'accord d'origine.

20. Révision « dérogatoire ». Depuis la loi du 8 août 2016, un accord collectif de travail, peu important qu'il ait été initialement négocié par des syndicats, peut être révisé par un ou plusieurs membres titulaires⁽⁵⁹⁾ de la délégation du personnel au comité social et économique mandatés ou non par une organisation syndicale, par un salarié mandaté, voire par la voie référendaire. La loi ne faisant aucune distinction selon l'objet de l'accord, il convient de considérer que ces dispositions s'appliquent de plein droit à l'accord de substitution conclu avant ou après le transfert ; celui-ci pourra être révisé de façon « dérogatoire » pendant toute sa durée d'application. Une limite est toutefois posée par le code du travail : en l'absence de mandatement, la révision par des élus ne peut porter que sur les accords collectifs de travail relatifs à des mesures dont la mise en oeuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif.

Inversement, un accord de substitution initialement conclu selon un mode « dérogatoire » pourrait-il être révisé par un délégué syndical ? Une réponse positive s'impose. En effet, « c'est la légitimité de celui qui prétend procéder à la révision de l'acte collectif qui constitue l'élément déterminant. Un accord négocié par un délégué syndical peut donc, en son absence, être révisé par un élu ou un salarié mandaté et réciproquement »⁽⁶⁰⁾.

B - L'extinction de l'accord

21. Durée. Si l'accord tripartite de transition est nécessairement conclu pour une durée déterminée d'au plus trois

ans⁽⁶¹⁾, le code du travail est en revanche silencieux sur la durée des autres types d'accord de substitution. Dans le silence des textes, deux solutions peuvent être envisagées. La première consiste à faire application du principe de parallélisme des formes qui gouverne le droit commun des contrats. Ainsi, l'accord à durée indéterminée ne pourrait être remplacé que par un autre accord à durée indéterminée ; une même solution s'appliquerait à l'accord à durée déterminée mis en cause. Reste que cette option s'avère peu opérationnelle en pratique lorsque l'accord de substitution a vocation à remplacer plusieurs accords dont la durée est déterminée pour certains et indéterminée pour les autres. La seconde solution consiste à l'inverse à interpréter le silence du législateur comme la volonté d'octroyer pleine liberté aux partenaires sociaux sur ce point. Cette solution a notre préférence : comme pour tout autre accord collectif de travail soumis aux articles L. 2211-1 et suivants du code du travail, il incombe aux seules parties d'en définir la durée ; à défaut il est réputé conclu pour une période de cinq ans⁽⁶²⁾. Une telle voie présente en outre l'avantage d'être respectueuse de la volonté des parties, donc de favoriser la conclusion de l'accord.

22. Durée minimum ? La liberté octroyée aux partenaires sociaux dans la détermination de la durée de l'accord n'est toutefois pas absolue. Si, à notre connaissance, la jurisprudence ne s'est pas prononcée sur ce point, il ne peut être exclu que la conclusion d'un accord de substitution pour une durée trop éphémère puisse être constitutive d'une fraude à l'article L. 2261-14 du code du travail et emporter la disqualification de l'acte. Il conviendra toutefois, pour celui qui entend contester la valeur de l'accord, de rapporter la preuve de la volonté du cessionnaire ou des partenaires sociaux de vider la disposition légale susvisée de sa substance.

23. Arrivée du terme. S'il est conclu pour une durée déterminée, l'accord de substitution, conclu de manière anticipée ou non, cesse de s'appliquer de plein droit lorsqu'arrive son terme. Le cessionnaire n'est pas tenu d'engager une nouvelle négociation et les salariés couverts par l'accord ne pourront prétendre à la garantie de rémunération visée à l'article L. 2261-14 du code du travail.

24. Dénonciation et mise en cause. L'accord de substitution peut enfin être dénoncé, s'il est à durée indéterminée, voire être mis en cause à la suite d'une modification dans la situation juridique du cessionnaire. Son objet particulier n'est pas de nature à prévenir son extinction par l'une ou l'autre de ces voies et, dans ces hypothèses, rien ne s'oppose à ce qu'un accord de substitution vienne remplacer d'anciens accords de substitution.

Mots clés :

CONVENTION COLLECTIVE * Accord collectif * Accord de substitution * Périmètre * Contenu * Evolutions

(1) L'on pourrait ici parler d'un véritable infra-droit qui prospère grâce au seul consensus des parties faute d'un encadrement légal adéquat répondant aux besoins exprimés par les praticiens.

(2) L. n° 71-561, 13 juill. 1971, JO 14 juill., p. 6939, art. 5.

(3) C. trav., art. L. 2261-14.

(4) V. not. Soc., 9 oct. 2001, n° 99-43.661, Bull. civ. V, n° 311, D. 2001. 3329⁽⁶³⁾ - Soc., 25 janv. 2006, n° 02-46.112.

(5) V. not. sur ce point L. Aluome et V. Armillei, La négociation collective des accords de substitution en l'absence de délégué syndical, JCP S 2020. 3114 ; J. Icard, La négociation collective d'entreprise après la loi « travail », RJS 2017.

362 s. ; M.-H. Chezlemas, Les transferts d'entreprise : entre opportunité et contraintes, Sem. soc. Lamy 2016, n° 1743, p. 11 s.

(6) J.-E. Ray, Restructurations et statut collectif, Dr. soc. 1989. 65 ; J. Péliissier, Conventions collectives applicables après une restructuration, RJS 1991. 5.

(7) Rép. trav., v° Transferts d'entreprise : aspects collectifs, par Y. Aubrée, 2019, n^{os} 107 et 108 ; G. Vachet, Cessation des conventions et accords collectifs, J.-Cl. Travail, 2019, n° 65.

(8) C. trav., art. L. 2232-33.

(9) E. Dockès, note sous Soc., 1^{er} déc. 1993, n° 90-42.962, Bull. civ. V, 296, D. 1994. 334 , note E. Dockès  ; *ibid.* 314, obs. M.-A. Souriac-Rotschild . C'est cette logique qui est également à l'oeuvre dans la directive européenne du 12 mars 2001 et irrigue ainsi les droits nationaux européens. Elle explique que l'on applique aux salariés transférés, « exclusivement et sans nouvelle négociation, la seule convention applicable chez le repreneur lorsqu'elle existe » (P. Rémy, Introduction, *in* Le transfert d'entreprise [1^{re} partie], RDT 2011. 132 ).

(10) E. Jeansen, L'accord d'adaptation, *in* B. Teyssié (dir.), Notions et normes en droit du travail, Éd. Panthéon-Assas, 2016, n° 19.

(11) Soc., 7 juin 2005, n° 04-43.652, Bull. civ. V, n° 192, D. 2005. 1730, et les obs.  ; Dr. soc. 2005. 937, obs. J. Savatier .

(12) G. Auzero, D. Baugard et E. Dockès, Droit du travail, 32^e éd., Dalloz, 2018. 1623, n° 1375.

(13) V. not. Soc., 14 mai 1992, n° 88-45.316, Bull. civ. V, n° 310, D. 1993. 67 , note N. Decoopman  ; Dr. soc. 1992. 631 et les obs.  ; RJS 1992. 451, obs. J. Deprez - Soc., 4 mars 2009, n° 07-45.344, Bull. civ. V, n° 58, D. 2009. 878 .

(14) B. Teyssié, Mise en cause des conventions et accords collectifs de travail, *in* B. Teyssié (dir.), Révision, dénonciation et mise en cause des conventions et accords collectifs de travail, Litec, 1996. 92, n° 35.

(15) CJUE, 6 sept. 2011, aff. C-108/10, *Scattolon*, AJDA 2011. 2339, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat  ; RDT 2011. 701, obs. F. Géa  ; Rev. UE 2014. 243, chron. E. Sabatakakis  ; RJS 2011. 815, chron. H. Tissandier.

(16) V. not. en ce sens N. Moizard, Transferts d'entreprise, Droit de l'Union européenne et droit français, Larcier, 2015. 92, n° 94.

(17) Soc., 13 oct. 2010, n° 09-13.109, Bull. civ. V, n° 230, D. 2010. 2586  ; *ibid.* 2011. 1246, obs. G. Borenfreund, E. Dockès, O. Leclerc, E. Peskine, J. Porta, L. Camaji, T. Pasquier, I. Odoul-Asorey et M. Sweeney  ; RDT 2010. 715, obs. F. Géa  ; JCP S 2011. 1047, note B. Bossu ; Lexbase hebdo, éd. soc., 2010, n° 414, note C. Radé.

(18) Soc., 28 oct. 2015, n° 14-16.043, Bull. civ. V, n° 838, RDT 2016. 50, obs. I. Odoul-Asorey  ; JCP S 2016. 1006, note Y. Pagnerre ; Cah. soc. 2015, n° 280, note F. Canut - En ce sens, v. égal. Soc., 10 mai 2012, n° 10-27.281, Dr. soc. 2012. 946, obs. A. Mazeaud .

(19) P.-H. Antonmattei et L. Enjolras, *Chronique d'actualité du droit de la négociation collective : commentaire de la loi du 8 août 2016*, Dr. soc. 2016. 933 .

(20) J.-F. Cesaro, Révision, transition, extinction des conventions et accords collectifs après la loi du 8 août 2016, JCP S 2016. 1301.

(21) J.-F. Cesaro, L'anéantissement, *in* B. Teyssié (dir.), *Le temps en droit du travail*, Éd. Panthéon-Assas, 2017. 74, n° 113.

(22) P. Morvan, *Restructurations en droit social*, 5^e éd., LexisNexis, 2020. 264, n° 409.

(23) E. Jeansen, L'accord d'adaptation, *in* *Notions et normes en droit du travail*, *op. cit.*, n° 18.

(24) E. Jeansen, L'accord interentreprises, d'une norme spéciale à une norme générale, JCP S 2016. 1411.

(25) V. not. en ce sens L. Aluome, L'accord tripartite de transition, JCP S 2019. 1305.

(26) Ce délai peut varier selon la durée de préavis de l'accord fixée par les parties. Celle-ci peut notamment être supérieure aux trois mois légaux.

(27) CJCE, 26 mai 2005, aff. C-478/03, *Celtec*, RJS 2005. 831, obs. J.-P. Lhernould.

(28) CJCE, 14 nov. 1996, aff. C-305/94, *Rostart de Hertaing*, D. 1996. 261  - CJUE, 26 mai 2005, aff. C-478/03, préc.

(29) Soc., 22 févr. 1995, n° 91-42.838, Dr. soc. 1995. 395, obs. J.-P. Chauchard .

(30) Soc., 10 juill. 1997, n° 95-44.037.

(31) Soc., 19 mai 2010, n° 08-45.638. Cette décision a été rendue sur le fondement de l'article L. 1224-1 du code du travail mais peut être transposée à la mise en cause des conventions et accords collectifs de travail.

(32) Y. Chalaron, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Litec, 1990. 334, n° 326.

(33) P.-H. Antonmattei, *Conservation des avantages individuels acquis*, in *Révision, dénonciation et mise en cause des conventions et accords collectifs de travail*, *op. cit.*, p. 142, n° 25 ; v. égal. en ce sens E. Dockès, *L'avantage individuel acquis*, *Dr. soc.* 1993. 826 .

(34) Y. Aubrée, *préc.*, n^{os} 129 s.

(35) Soc., 12 févr. 1991, n° 89-45.314, *Bull. civ. V*, n° 62.

(36) Laquelle survient après l'extinction de l'accord et pendant la survie provisoire de ses effets.

(37) *C. trav.*, art. L. 2261-14.

(38) *C. trav.*, art. L. 2261-14-3.

(39) *Rappr. Soc.*, 12 juin 2001, n° 98-42.567, *Bull. civ. V*, n° 217.

(40) *C. trav.*, art. L. 2254-2.

(41) F. Géa, *Accord de performance collective et accord de substitution (en cas de transfert d'entreprise)*, *RJS* 2020, n° 7-8, p. 630 et s.

(42) *C. trav.*, art. L. 2254-2.

(43) D. Baugard et L. Gratton, *Les accords de préservation ou de développement de l'emploi : premier regard conventionnel et constitutionnel*, *Dr. soc.* 2016. 745 . Appliqué aux anciens accords de préservation ou de développement de l'emploi, ce raisonnement est transposable à l'accord de performance collective qui en reprend les traits caractéristiques.

- (44) E. Peskine et C. Wolmark, *Droit du travail*, 12^e éd., Dalloz, 2018. 626, n° 1001.
- (45) H. Cavat, *Les accords de performance collective*, RDT 2020. 165 .
- (46) B. Teyssié, *Mise en cause des conventions et accords collectifs de travail*, préc., p. 107, n° 59.
- (47) Y. Aubrée, préc., n° 109.
- (48) Soc., 12 juin 2001, n° 98-42.567, Bull. civ. V, n° 217.
- (49) Y. Aubrée, *L'accord « substitué » au statut collectif mis en cause après le transfert total ou partiel d'entreprise*, RJS 1999. 275.
- (50) B. Teyssié, *Mise en cause des conventions et accords collectifs de travail*, préc., p. 113, n° 66.
- (51) Soc., 30 nov. 1994, n° 91-43.509, Bull. civ. V, n° 319, Dr. soc. 1995. 178, note J. Savatier .
- (52) Y. Chalaron, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Litec, 1990. 333, n° 325. V. égal. A. Bugada, *L'avantage acquis en droit du travail*, préf. D. Berra, PUAM, 1999. 296, n° 354.
- (53) B. Teyssié, *Mise en cause des conventions et accords collectifs de travail*, préc., p. 113, n° 66.
- (54) Soc., 3 mars 1998, n° 96-11.115, Bull. civ. V, n° 115, D. 1998. 86  ; RJS 1998, n° 498 - Soc., 27 juin 2000, n° 99-41.135, Bull. civ. V, n° 247, Dr. soc. 2000. 828, note C. Radé  ; *ibid.* 1007, note P. Waquet .
- (55) J.-F. Cesaro, *Propositions pour le droit du renouvellement et de l'extinction des conventions et accords collectifs de travail, rapport sur la dynamisation de la négociation collective*, janv. 2016. 41. V. égal. G. Belier, H.-J. Legrand et A. Cormier Le Goff, *Le nouveau droit de la négociation collective*, Wolters Kluwer, 2018. 602, n° 491.
- (56) Soc., 4 déc. 2007, n° 06-44.041, Bull. civ. V, n° 203, D. 2008. 163  ; Dr. soc. 2008. 244, obs. C. Radé  ; RDT 2008. 115, obs. H. Tissandier  ; JCP S 2008. 1191, note G. Vachet.
- (57) Soc., 1^{er} déc. 2005, n° 03-47.197, Bull. civ. V, n° 346, D. 2006. 15, obs. E. Chevrier  ; *ibid.* 410, obs. G. Borenfreund, F. Guiomard, O. Leclerc, P. Lokiec et E. Peskine  ; Dr. soc. 2006. 224, obs. C. Radé  ; RTD civ. 2006. 303, obs. J. Mestre et B. Fages  ; JCP S 2006. 1071, note J.-F. Cesaro.

(58) V. not. sur ce point J.-F. Cesaro, Révision, transition et extinction des conventions et accords collectifs après la loi du 8 août 2016, JCP S 2016. 1301.

(59) Les dispositions légales visent les seuls membres titulaires, de sorte qu'il convient d'exclure toute négociation avec un ou plusieurs membres suppléants, sauf à ce que le titulaire soit empêché et qu'il se trouve ainsi remplacé.

(60) J.-F. Cesaro, Révision, transition et extinction des conventions et accords collectifs après la loi du 8 août 2016, préc.

(61) C. trav., art. L. 2261-14-2, al. 2.

(62) C. trav., art. L. 2222-4.