



HAL
open science

”Concours entre engagement d’application volontaire de l’accord mis en cause et accord applicable dans la société absorbante”

Christophe Mariano

► **To cite this version:**

Christophe Mariano. ”Concours entre engagement d’application volontaire de l’accord mis en cause et accord applicable dans la société absorbante”. Bulletin Joly Travail, 2021, n° 5, p. 30 (200a0). hal-03225242

HAL Id: hal-03225242

<https://uca.hal.science/hal-03225242>

Submitted on 12 May 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Concours entre engagement d'application volontaire de l'accord mis en cause et accord applicable dans la société absorbante

Cass. soc., 24 mars 2021, n° 19-15.920, FS-P+I

Christophe Mariano
Maître de conférences en droit privé – Université Clermont Auvergne
Centre Michel de l'Hospital (EA 4232)

À force de porter le regard, au titre des dernières réformes, sur l'outillage conventionnel mis à disposition par la loi pour gérer de façon anticipée et sécurisée la mise en cause du statut collectif négocié en cas de restructuration (C. trav., art. L. 2261-14-2 à L. 2261-14-4), on en viendrait presque à oublier les configurations dans lesquelles aucune norme négociée de remplacement n'a pu être conclue à l'issue du délai de survie de l'accord mis en cause. Naturellement, la loi enclenche alors la garantie de rémunération pour les salariés concernés (C. trav., art. L. 2261-14, al. 2 et 3). Mais cette conséquence individuelle, en plus de ne s'attacher qu'à la dimension de la rémunération, ne règle pas les questions organisationnelles suscitées par la disparition d'un accord qui pouvait contenir un certain nombre de règles sur lesquelles est appuyé le fonctionnement de l'entité transférée et à partir desquelles sont traduites les spécificités de l'activité dont le transfert peut ne pas avoir entamé la réalité. L'employeur peut alors avoir recours à des techniques plus rudimentaires afin de garder sur pied un statut conventionnel ayant perdu son rayonnement juridique propre mais dont la singularité lui paraît devoir être sauvegardée. L'arrêt du 24 mars 2021 rappelle toutefois qu'il faut, dans ce cas, accepter les aléas accompagnant cette poursuite volontaire de la situation de concours.

Normes en concours. – Classiquement, la mise en cause d'une norme conventionnelle ouvre sur un concours temporaire entre l'accord mis en cause et l'accord applicable dans l'entreprise d'accueil. Un tel conflit de succession d'accords collectifs se résout par l'application de la disposition la plus favorable pour les salariés (Cass. soc., 16 mars 1999, n° 96-45.353 : Bull. civ. V, n° 117. – Cass. soc., 10 févr. 2010, n° 08-44.454 : Bull. civ. V, n° 36). Tout aussi classiquement, ce concours peut s'effacer par la conclusion d'un accord de substitution ou, de manière plus récente, être évité par la passation, avant le transfert, d'un accord tripartite de transition (C. trav., art. L. 2261-14-2) ou d'un accord quadripartite d'harmonisation (C. trav., art. L. 2261-14-3). Mais, en dernier recours, le concours, qui n'aurait été ni évité ni abrégé, entre l'accord mis en cause et l'accord nouvellement

applicable cesse, au plus tard, à l'échéance du délai de survie de l'accord mis en cause. À compter de cette date, celui-ci s'éteint et ne coexiste plus avec le statut conventionnel de l'entreprise d'accueil. Mais encore faut-il que le nouvel employeur ne prolonge pas la vie de l'accord mis en cause en décidant de l'appliquer volontairement. C'est ce qu'illustrent les faits de l'arrêt sous examen.

En l'espèce, la société « Scolarest », spécialisée dans la restauration collective auprès des établissements d'enseignement et des collectivités territoriales, a absorbé, le 31 mars 2003, la société « Médiwest », qui exerçait une activité de restauration collective auprès d'établissements de santé et médico-sociaux, chacune de ces deux activités restant clairement dissociées, à travers des marques propres, suite au transfert. Or, chacune des deux sociétés impliquées avait négocié, avant cette restructuration, un accord relatif au temps de travail censé répondre aux contraintes différentes des deux secteurs d'activités. Il s'agissait, pour l'entreprise « Scolarest », d'un accord collectif sur la réduction et l'aménagement du temps de travail en date du 22 décembre 1999 et il s'agissait, pour l'entreprise « Médiwest », d'un accord de réduction du temps de travail en date du 20 janvier 2000. Se plaignant de s'être vu appliqué l'accord « Médiwest », dont il contestait l'applicabilité, et se prévalant de l'accord « Scolarest », un salarié employé au sein d'un centre de médecine physique et de réadaptation saisit la juridiction prud'homale en 2016. Il sollicite un rappel de salaire et de congés payés afférents concernant des jours fériés non travaillés et s'oppose au décompte de ces jours comme des jours de repos au titre de la réduction du temps de travail.

Un doute s'élevait sur le sort juridique de l'accord « Médiwest », ce dont témoignent la prétention initiale du salarié mais aussi la référence évasive, par les juges du fond, à la notion de caducité (CA Caen, 2 mai 2019, RG n° 18/00011) et ce que renforce la lecture d'arrêts d'appel dans des affaires parallèles concernant les mêmes accords collectifs (CA Rouen, Chambre sociale, 16 janv. 2020, RG n° 17/03851 et n° 17/03852). La Cour de cassation entame donc son raisonnement en situant, sans surprise, le débat sur le terrain de la mise en cause. L'accord « Médiwest » a bien été mis en cause lors de l'opération d'absorption, et ce conformément à l'article L. 2261-14 du Code du travail dont la Cour de cassation rappelle la teneur. Mais la Haute juridiction ne fait pas obstacle à la reconnaissance d'un nouveau rayonnement juridique de l'accord après sa mise en cause définitive et juge que « conformément au droit commun des accords collectifs de travail, le nouvel employeur peut, en l'absence d'adaptation aux dispositions conventionnelles nouvellement applicables ou d'élaboration de nouvelles dispositions, maintenir, en vertu d'un engagement unilatéral, tout

ou partie des dispositions conventionnelles en vigueur dans l'entreprise absorbée ». La Cour de cassation, à la suite de la cour d'appel, identifie donc, dans la référence prolongée à cette norme conventionnelle après son extinction théorique à l'issue du délai de survie, une application volontaire par le nouvel employeur.

Ainsi, si l'accord mis en cause a bien été appliqué de nombreuses années après la restructuration, c'est à travers le véhicule juridique d'un engagement unilatéral emportant application de l'accord mis en cause en dehors de ses frontières temporelles. La figure est suffisamment rare pour qu'on la relève tant on conçoit habituellement l'application volontaire d'un accord collectif comme une application de celui-ci en dehors de son champ professionnel ou territorial d'application mais non en dehors de son champ temporel (V. toutefois : Despax M., *Négociations, conventions et accords collectifs*, in Camerlynck G.-H. dir., *Traité de droit du travail*, t. 7, Dalloz, 2^e éd., 1989, p. 322, n^o 182).

Il en résulte que, suite à l'échéance du délai de survie enclenché par sa mise en cause, l'accord « Médiarest » a pu continuer à s'appliquer aux salariés affectés, dans la société absorbante, à l'activité de restauration collective auprès d'établissements de santé et médico-sociaux. Mais cela s'est fait au prix d'une dégradation de son support juridique puisque l'application de cet accord originaire de l'entreprise absorbée a, depuis lors, emprunté la voie d'un engagement unilatéral ayant maintenu la situation de concours avec l'accord collectif applicable dans l'entreprise absorbante.

En empruntant le support de l'engagement unilatéral, l'application volontaire de l'accord mis en cause se recouvre également de son régime juridique. Or, on sait que l'engagement unilatéral, comme les autres normes patronales du statut collectif non négocié, entretient des relations spécifiques avec l'accord collectif. Lorsque ce dernier intervient postérieurement à l'engagement unilatéral et porte sur le même objet, il bénéficie d'un effet abrogatoire mettant automatiquement fin à cet engagement (Cass. soc., 9 juill. 1996, n^o 94-42.773 : Bull. civ. V, n^o 276 ; Cass. soc., 20 mai 2014, n^o 12-26.322 : Bull. civ. V, n^o 124). L'engagement unilatéral entraînant l'application volontaire d'une convention collective ne déroge pas à ce schéma extinctif (Cass. soc., 26 sept. 2012, n^o 10-24.529 : Bull. civ. V, n^o 247). Cette jurisprudence, expliquée par la localisation de l'engagement unilatéral « au plus bas de la hiérarchie des normes, dans une situation de parfaite soumission aux conventions collectives » (Auzero G., Baugard D. et Dockès E., *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis, 34^e éd., 2021, n^o 796, p. 974), se cantonne toutefois à l'hypothèse de conclusion postérieure d'un

accord collectif d'entreprise. Lorsqu'un accord d'entreprise existe déjà et que se pose la question d'un engagement unilatéral postérieur sur le même objet, celui-ci est traditionnellement autorisé à intervenir mais uniquement dans la mesure où il se montre plus favorable que l'accord collectif déjà applicable (Cass. soc., 19 nov. 1997, n° 95-43.945 : Bull. civ. V, n° 387). C'est précisément un tel cas de figure que l'on retrouve en l'espèce, ce qui explique que la Haute juridiction estime que si le nouvel employeur peut appliquer volontairement l'accord mis en cause par engagement unilatéral, « ce n'est qu'à la condition, s'agissant d'avantages ayant le même objet ou la même cause, que cet accord soit plus favorable que celui applicable au sein de l'entreprise absorbante ».

Réalité du concours. – Cette mise en concours, réglée par l'application du principe de faveur, ne change pas fondamentalement la configuration en vigueur durant le délai de survie légal de l'accord mis en cause. Pour en aller autrement, il faudrait considérer que le caractère plus favorable de l'engagement unilatéral par rapport à la norme conventionnelle préexistante n'est pas qu'une condition d'application de cet engagement mais bien une condition de validité, ce qui serait compatible avec l'idée de hiérarchie entre ces deux composantes du statut collectif des salariés. La conséquence serait alors que l'engagement unilatéral moins favorable que l'accord collectif n'aurait pas pu intégrer l'ordre juridique et qu'une disparition ultérieure de la norme négociée plus favorable n'aurait pas pour effet de redonner un rayonnement à la source unilatérale. Ce serait donc estimer, lorsque l'engagement unilatéral actionne l'application volontaire d'un accord collectif, que celui-ci n'est valable que pour la partie de l'accord collectif plus favorable que l'accord collectif déjà applicable dans l'entreprise. Dans cette hypothèse, si ce dernier s'efface par la suite, l'application volontaire partielle de l'accord collectif normalement non applicable ne pourra se muer en application volontaire totale que par la grâce d'une nouvelle manifestation unilatérale de volonté de l'employeur. On peut remarquer que la formulation retenue par la Cour de cassation dans le présent arrêt – « Si (...) le nouvel employeur peut (...) ce n'est qu'à la condition » – s'interprète davantage comme encadrant l'habilitation patronale au stade de la création de la norme unilatérale que comme limitant l'effet de celle-ci au stade de son application. Reste que la doctrine paraît majoritairement considérer, à l'inverse, que l'engagement unilatéral est bien en concours avec la norme conventionnelle préexistante et que ce concours se règle par application de la disposition la plus favorable (V. par ex. Jeansen E., *L'articulation des sources du droit : essai en droit du travail*, Economica, 2008, n° 243, p. 199).

Résolution du concours. – C'est à la détermination de cette disposition plus favorable qu'invite, ensuite, l'arrêt sous examen après avoir pris soin de déployer le référentiel traditionnel des « avantages ayant le même objet ou la même cause » qui sert tant à tracer le cercle de la comparaison qu'à veiller, en corollaire, au non-cumul – et donc à l'interdiction de croiser – des éléments appartenant aux deux cercles de dispositions comparées émanant des deux normes en conflit.

Le salarié à l'origine du contentieux reprochait notamment à l'employeur de s'être vu appliquer l'accord collectif « Médiwest » en ce que celui-ci, s'il attribuait un crédit annuel de 14 jours de repos, retranchait sur ce total 7 jours fériés, ce qui faisait en définitive tomber le nombre de jours de repos de réduction du temps de travail (RTT) à 7 jours alors que l'accord concurrent « Scolarest », en dissociant clairement les jours fériés des jours de repos, accordait 11 jours de repos RTT.

Pour faire ressortir le caractère plus favorable des avantages portés par l'accord « Scolarest », en vigueur dans l'entreprise absorbante, vis-à-vis de ceux portés par l'accord « Médiwest » appliqué volontairement aux salariés affectés auprès d'établissements de santé et médico-sociaux, la Cour de cassation s'appuie sur les constatations de la cour d'appel. Celle-ci avait relevé que la durée du travail prévue par l'accord appliqué volontairement était de 1 600 heures alors que celui applicable dans l'entreprise absorbante prévoyait une durée annuelle de 1 594 heures, et ensuite, que 143 jours de repos annuels étaient prévus dans le premier accord (104 jours de repos hebdomadaires, 25 jours de congés payés et 14 jours annuels de crédit repos comprenant 7 jours fériés et 7 jours de repos complémentaires RTT) contre 149 jours dans le second accord (104 jours de repos hebdomadaires, 25 jours de congés payés, 9 jours fériés et 11 jours de repos complémentaires RTT). C'est à partir de telles constatations que la cour d'appel est approuvée par la Haute juridiction, d'une part, d'avoir procédé à une comparaison d'avantages ayant le même objet ou la même cause et, d'autre part, d'avoir retenu que les dispositions de l'accord en vigueur dans la société absorbante étaient plus favorables que celles de l'accord appliqué volontairement après sa mise en cause.

La désignation de la norme la plus favorable ne surprend guère tant l'accord de l'entreprise absorbante apparaît incontestablement plus favorable, notamment sur la question, en jeu dans le litige, des jours fériés et de leur absence de décompte des jours de repos. Pour autant, la cour d'appel, approuvée en cela par la Cour de cassation, prend soin, avant de livrer sa position, de relier la question des jours fériés avec le nombre total de jours de congés, de

repos hebdomadaires et de repos supplémentaires accordés dans l'année par chaque accord mais aussi avec le nombre total d'heures de travail réalisées annuellement en application de chaque accord. Il en résulte une appréciation étirée du caractère plus favorable de l'accord sur la thématique globale du temps de travail et du temps de repos. Un lien indissociable, du point de vue du principe de faveur, est ici tissé entre une durée annuelle du travail, un nombre de jours de congés, une liste de jours fériés chômés et un compteur de jours de RTT. Le bloc ainsi retenu des avantages ayant le même objet ou la même cause s'avère indubitablement composite et aboutit à reconnaître, comme base de la comparaison, un ensemble d'éléments remarquablement large puisque alliant une durée du travail exprimée en heures, la manifestation d'un droit fondamental (droit aux congés payés), des temps de repos divers et des jours fériés. Avec, comme conséquence de cette évaluation élargie, une augmentation corrélative du champ du non-cumul et du non-croisement d'avantages puisque sont notamment inclus dans le même cercle les congés payés, les jours fériés et les jours de RTT. Si, dans la présente affaire, ces différents jours de congé et de repos appartenaient tous, dans leur version la plus favorable, au même accord, la tentation de s'extraire de l'espèce est grande. Dès lors, le nombre de jours de congés payés retenu dans un « accord A » ne pourrait pas se combiner avec le nombre de jours de RTT d'un « accord B », malgré le caractère alternativement plus favorable de chaque accord concurrent sur ces deux points, dès lors que seul l'un des deux accords – le plus favorable globalement – serait entièrement applicable pour tout ce qui a trait au temps de travail et au temps de repos.

Un écart semble, de prime abord, se dessiner avec les arrêts antérieurs qui, sur le terrain des temps de repos et du principe de faveur, avaient reconnu l'absence d'identité d'objet et de cause entre des jours de récupération acquis au titre d'un accord d'aménagement et de réduction du temps de travail, et représentant la contrepartie des heures de travail exécutées en sus de l'horaire légal ou de l'horaire convenu, et les congés payés (Cass. ass. plén., 24 oct. 2008, n° 07-42.799 : Bull. AP, n° 4. – Cass. soc. 23 févr. 2005, n° 02-17.433, inédit). La « fongibilité » des temps de repos avaient été clairement repoussée dans ces affaires, ce qui revenait à autoriser leur cumul et donc le croisement entre les deux sources conventionnelles en cause.

Reste que la solution à laquelle aboutit la Cour de cassation n'est pas dénuée de pertinence au regard de l'interdépendance qu'elle reconnaît au sein d'un accord relatif au temps de travail. Elle diffuse une vision panoramique des temps de travail et de repos des salariés en repositionnant chaque temps comme la composante d'un régime complet et unitaire dans

lequel temps de travail et temps de repos ne forment qu'un au moment de savoir quelle norme trace le plus favorablement les frontières temporelles de la vie professionnelle du salarié. S'il en résulte une interdiction de cumul et de croisement d'avantages de nature différente, c'est parce ceux-ci se rapportent au même domaine. Plus techniquement, on ne peut contester que le calcul des jours de repos RTT dans un accord de réduction du temps de travail dépend de différentes données comme le nombre de semaines travaillées, la durée journalière moyenne de travail, les jours de repos et de congés acquis à différents titres. La conception élargie du cercle des avantages ayant le même objet ou la même cause retranscrit, de ce point de vue, la logique à l'œuvre dans de tels accords et s'oppose à une combinaison de clauses participant, malgré leur altérité, au même dessein conventionnel. On peut y voir, d'une certaine manière, la transposition du raisonnement ayant cours, en matière de protection sociale complémentaire, et qui envisage globalement, et non pas séparément, les éléments tenant au taux et à la clé de répartition de la cotisation de la retraite complémentaire (Cass. soc., 23 janvier 2013, n° 11-16.172 : Bull. civ. V, n° 17) pour empêcher une combinaison entre deux accords collectifs abritant chacun un régime propre dont le découpage serait inconcevable tant il en trahirait l'unité.

On ne manquera toutefois pas de s'interroger sur l'issue de futures confrontations à partir du référentiel étendu de comparaison dégagé dans cet arrêt. Qui triomphera lorsqu'un accord collectif prévoit une durée conventionnelle de travail bien inférieure à celle envisagée par l'accord concurrent mais que, dans le même temps, ce dernier renferme bien plus de jours de repos sur l'année ? Ou lorsqu'un accord collectif, bien que prévoyant un nombre de jours de repos global plus important que l'accord concurrent, aboutit à une durée journalière moyenne de travail bien supérieure ne ménageant pas dans les mêmes proportions l'articulation vie professionnelle/vie personnelle ?

Christophe Mariano