



Par Sonia Barge,  
associée,  
Pichard & Associés

# Transfert d'entreprise : plusieurs changements introduits par la loi Travail

**La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels dite loi Travail, apporte deux changements majeurs. D'une part, elle autorise la négociation en amont de l'opération sur le statut collectif qui s'appliquera après le transfert des salariés, et d'autre part elle supprime le maintien des avantages individuels acquis pour les salariés transférés, à l'exception de leur niveau de rémunération.**

**L**a loi Travail, comme toute loi issue du débat démocratique et donc issue de compromis, est nécessairement imparfaite et ne peut échapper aux critiques – justifiées – sur plusieurs points, notamment l'évolution limitée sur la définition du motif économique de licenciement.

Pour ce qui nous occupe dans cet article, il est cependant heureux de constater une vraie avancée dans l'intérêt, à notre sens, à la fois des employeurs, des salariés et des partenaires sociaux. En effet, il convient de rappeler que tout transfert d'entreprise (notamment par fusion, cession, scission) entraîne automatiquement la remise en cause des accords collectifs applicables au sein de l'entreprise connaissant la modification juridique<sup>1</sup>. La loi Travail libère les possibilités d'anticiper les conséquences de cette remise en cause du statut collectif avant l'effectivité du transfert d'entreprise soit à titre de transition pour les seuls salariés transférés, soit à titre définitif pour tous les salariés, ceux qui sont transférés et ceux qui sont déjà salariés de l'entreprise d'accueil (1).

Par ailleurs, la loi Travail supprime le principe du maintien des avantages individuels acquis après transfert d'entreprise en

l'absence de signature d'un accord de substitution, et le remplace par le seul maintien de la rémunération perçue (2).

## **1. La possibilité d'anticiper l'accord collectif d'adaptation post-transfert d'entreprise**

La loi Travail permet, à l'appui de deux nouveaux articles dans le Code du travail<sup>2</sup>, à un cédant et un cessionnaire de régler à l'avance les effets de la dénonciation automatique des accords collectifs (conventions collectives et accords maison) applicables aux salariés transférés.

Avant la loi Travail, les employeurs et les partenaires sociaux ne pouvaient pas anticiper et négocier en amont de l'opération pour atténuer ou neutraliser les effets de cette dénonciation automatique. Il fallait attendre d'être devant le fait accompli, puisqu'un accord d'adaptation et de substitution ne pouvait être discuté qu'après le transfert. Par ailleurs, si l'on parvenait rapidement à un accord, celui-ci ne pouvait être signé et entrer en vigueur qu'après l'écoulement du délai de préavis de dénonciation, en général trois mois.

Ce processus s'inscrivait de fait dans une période sous tensions, ne facilitant pas une négociation sereine.

Deux processus de négociation par anticipation sont désormais possibles : l'accord de transition et l'accord de substitution.

### 1.1. L'accord d'adaptation de «transition»

En application du nouvel article L. 2261-14-2 du Code du travail, il est possible de signer à l'avance un accord provisoire permettant d'atténuer, de neutraliser ou d'adapter les effets de la dénonciation pour les salariés transférés.

Il s'agit de faciliter l'accueil des salariés transférés au sein de la nouvelle entité employeur, particulièrement si le statut collectif de cette nouvelle entité est inexistant (création d'une nouvelle société) ou différent (fusion absorption par une autre société).

Il peut être opportun de rassurer les salariés transférés et leurs partenaires sociaux sur le maintien provisoire de certains avantages issus de la convention collective ou de certains accords maison dénoncés par

l'opération (par exemple une prime de treizième mois ou un certain nombre de JRTT).

Ces accords anticipés de transition sont réservés au seul bénéfice des salariés transférés dans l'entité d'accueil. Ils doivent être négociés entre les deux employeurs (ancien et nouveau) et les partenaires sociaux représentatifs dans le périmètre de l'entreprise ou l'établissement employant les salariés avant leur transfert.

Ces accords sont conclus pour une durée maximale de trois ans. Il n'y a pas de durée minimale, ce qui permet d'adapter ce paramètre au plus près des besoins de la transition.

Ces accords entrent en vigueur à la date effective du transfert des salariés, sans aucun préavis d'attente.

Les salariés transférés bénéficient des droits négociés dans ces accords à l'exclusion des dispositions portant sur les mêmes droits issus d'accords collectifs chez le nouvel employeur. La loi ne prévoit pas l'application du droit le plus favorable.

Ainsi, en pratique, si l'accord transitoire maintient dans un équilibre global un système d'organisation du temps de travail avec 10 JRTT, mais que les salariés chez l'employeur d'accueil bénéficient de 12 JRTT, les salariés transférés seront régis par l'accord provisoire avec seulement 10 JRTT.

Au terme fixé par l'accord (au maximum trois ans), seuls les conventions et accords collectifs en vigueur chez le nouvel employeur sont applicables aux salariés transférés comme à tous les salariés. Les salariés transférés ne pourront plus se prévaloir d'un quelconque droit issu de l'accord transitoire échu.

### 1.2. L'accord d'adaptation de «substitution»

En application du nouvel article L. 2261-14-3 du Code du travail, il est même possible de signer à l'avance un accord définitif d'adaptation permettant de construire le futur statut collectif commun à tous les salariés (salariés transférés et salariés de l'entreprise d'accueil) dès la date effective de l'opération.

Ceci pourrait être très opportun par exemple lors d'une opération de fusion-absorption pour réduire le nombre d'entités légales au sein d'un groupe.

Il est ainsi permis d'auditer «à froid» l'existant, de confronter les différences entre les statuts collectifs, de mettre à plat «les morceaux choisis» afin de favoriser le rapprochement utile des avantages sociaux ou de maintenir opportunément certaines différences, par exemple en cas de fusion donnant lieu à une entreprise à établissements multiples.

A cette même occasion, il sera intéressant d'inscrire dans cet accord d'adaptation-substitution, l'annulation ou la modification de tout ou partie des usages ou accords atypiques en vigueur c'est-à-dire des pratiques non écrites. En effet, il ne faut pas oublier que ces pratiques non écrites restent opposables au

**La loi Travail permet, à l'appui de deux nouveaux articles dans le Code du travail, à un cédant et un cessionnaire de régler à l'avance les effets de la dénonciation automatique des accords collectifs (conventions collectives et accords maison) applicables aux salariés transférés.**

nouvel employeur car, à la différence des accords, elles ne sont pas dénoncées automatiquement par l'opération de transfert.

Ces accords d'adaptation seront applicables à l'ensemble des salariés. Ils doivent être négociés entre les deux employeurs (ancien et nouveau) et les partenaires sociaux représentatifs dans le périmètre de chaque entreprise ou établissement concerné par l'opération.

Sauf mention expresse contraire, ces accords sont conclus pour une durée déterminée de cinq ans (comme tous les accords collectifs car la loi Travail a posé le principe de la durée déterminée de l'accord collectif<sup>3</sup>).

A la différence de l'accord de transition (d'une durée maximale de trois ans), cette durée de cinq ans n'est pas une durée maximale. Les parties peuvent donc fixer une durée déterminée supérieure à cinq ans, ou inscrire expressément dans l'accord qu'ils souhaitent que celui-ci soit à durée indéterminée.

Les parties restent également libres de conclure un accord d'adaptation d'une durée inférieure à cinq ans.

Ces accords entrent en vigueur à la date effective du transfert des salariés, sans aucun préavis d'attente.

L'ensemble des salariés bénéficie des droits négociés dans ces accords d'adaptation-substitution en lieu et place des dispositions des anciens accords collectifs mis en cause chez l'ancien employeur et des accords qui existaient chez le nouvel employeur.

Ainsi, cet accord d'adaptation se substitue purement et simplement aux accords dénoncés et porte révision automatique des accords applicables dans l'entreprise d'accueil.

Si l'accord d'adaptation-substitution prévoit expressément une durée déterminée ou à l'inverse n'indique pas expressément sa durée et donc sera de facto d'une durée de cinq ans, il cessera de produire tout effet à l'échéance de son terme (sans aucun maintien de droit pour aucun salarié). La loi Travail change ainsi radicalement la donne puisque jusqu'ici tout accord collectif à durée déterminée, sauf stipulation contraire, arrivant à expiration continuait à s'appliquer comme un accord à durée indéterminée.

Ce point participe directement à l'idée centrale de la loi Travail qui est de dynamiser par tout moyen la négociation collective d'entreprise.

### 1.3. Un champ du possible ouvert aux entreprises de toute taille (et pas seulement à celles ayant des délégués syndicaux)

La loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi dite Loi Rebsamen, intervenue avant la loi Travail, encourageait déjà la négociation d'accords collectifs, en permettant aux entreprises dépourvues de délégués syndicaux de signer de tels accords avec leurs délégués du personnel ou membres du comité d'entreprise, ou à défaut avec leurs salariés. La loi Travail confirme et élargit encore le champ de la négociation collective sans délégué syndical.

Ainsi, la possibilité d'anticiper le futur statut collectif post-transfert n'est pas réservée aux grandes entreprises ou grands groupes. Les PME sans délégués syndicaux peuvent, et même doivent, se saisir de cette possibilité.

En effet, ce sont souvent les PME, qui ne disposent pas des mêmes moyens ni des mêmes expériences que les grands groupes en matière de dialogue social, qui se trouvent confrontées à des tensions sociales par exemple lors d'opérations de croissance externe ou de réorganisations de structure.

La combinaison des ouvertures de la négociation collective par ces lois Rebsamen et Travail est une réelle opportunité pour encourager et soutenir la réussite sociale des opérations de transfert au sein des PME.

## 2. La suppression des avantages individuels acquis pour les salariés transférés, même en l'absence d'accord collectif d'adaptation

Le juriste en droit social ne peut que se réjouir de cette suppression par la loi Travail tant il était difficile d'expliquer aux entreprises et de circonscrire avec elles ces avantages individuels acquis post-transfert en cas d'absence d'accord de substitution négocié<sup>4</sup>.

En effet, le législateur n'a jamais défini ce concept et la jurisprudence de la Cour de cassation était peu pragmatique. A titre d'exemple, dans un arrêt du 5 novembre 2014, n° 13-14.077, la Cour de cassation a jugé que la rémunération du temps de pause constituait un avantage individuel acquis pour chacun des salariés faisant partie des effectifs au jour de la dénonciation de l'accord collectif la prévoyant, non suivie d'un accord de substitution.

Pourtant le nouvel employeur soutenait logiquement que la pause (pour son principe et sa rémunération) était attachée à l'organisation de l'horaire collectif, soit par définition à un élément du statut collectif dénoncé par l'opération. Cet élément ne pouvait donc être qualifié d'avantage individuel pouvant devenir acquis.

La Cour de cassation ne l'a pas entendu ainsi (contrairement aux juges d'appel). Ainsi la Cour a dissocié le temps de pause lui-même de sa rémunération. Concrètement, le nouvel employeur pouvait supprimer le temps de pause car incompatible avec son organisation collective de l'horaire de travail, mais il devait maintenir le paiement de la pause (supprimée !) aux

salariés qui en bénéficiaient car cet élément de rémunération était bien un avantage individuel acquis.

La loi Travail a néanmoins préservé une protection des droits des salariés issus de la négociation collective. Ainsi, en l'absence d'accord d'adaptation, les salariés conserveront le niveau de rémunération perçue au terme du délai de survie des accords dénoncés par l'opération (généralement 15 mois<sup>5</sup>).

A ce stade, nous comprenons de la loi qu'il s'agit précisément de la rémunération définie par une convention ou un accord collectif mis en cause par l'opération<sup>6</sup>.

La loi précise qu'il s'agit de prendre pour référence le montant annuel de rémunération versé lors des 12 derniers mois, pour une durée de travail équivalente à celle prévue par le contrat de travail.

Ne sont visés que les éléments de rémunération soumis aux cotisations de sécurité sociale au sens de l'article L. 242-1 du Code de la Sécurité sociale. Ainsi les sommes issues de l'épargne salariale ne devraient pas être incluses.

Ces dispositions sont d'application immédiate, même si la dénonciation des conventions et accords est issue d'une opération intervenue avant la publication de la loi Travail, soit avant le 9 août 2016.

Enfin, la loi Travail a précisé les conditions du maintien de la rémunération perçue suite à la dénonciation d'un accord collectif à durée déterminée :

– si le terme de l'accord se situe à une date postérieure à la date de fin du délai de survie (généralement 15 mois), les salariés transférés conservent leur niveau de rémunération prévu par cet accord dénoncé jusqu'au terme dudit accord ;

– si le terme de l'accord se situe à une date antérieure à la date de fin du délai de survie, les salariés transférés n'auront aucun droit au maintien de leur niveau de rémunération prévu par cet accord qui n'existera plus.

## Conclusion

La loi Travail a libéré certains outils qui ont toujours existé dans notre dialogue social. Libérer les outils n'est pas contraire à la protection des droits. En revanche, cela implique une responsabilisation des acteurs, aussi bien les employeurs et les salariés que les partenaires sociaux.

La société moderne donne aujourd'hui à chacun de ces acteurs l'opportunité d'être informé facilement et rapidement sur ses droits et ses possibilités d'actions. A chacun de s'en saisir. ■

1. Article L. 2261-14 du Code du travail.

Attention : l'article L. 2261-14 ne s'applique pas aux accords de participation, d'intéressement et d'épargne salariale.

2. Articles L. 2261-14-2 et L. 2261-14-3 du Code du travail.

3. Article L. 2222-4 du Code du travail.

4. La suppression du maintien des avantages individuels acquis est également prévue par l'article L. 2261-13 modifié par la loi Travail en cas de dénonciation de l'accord collectif par les parties signataires.

5. L'article L. 2261-14 modifié prévoit toujours la survie des accords dénoncés pendant le préavis de dénonciation de 3 mois + un délai de 12 mois.

6. Ainsi, il ne s'agit pas de garantir aux salariés la conservation en soi d'un niveau de rémunération. Lorsque par exemple une gratification annuelle résulte d'un simple usage, celle-ci peut être annulée à tout moment par le nouvel employeur suivant la procédure de dénonciation unilatérale des usages. A l'inverse rappelons que, comme auparavant, tout élément de salaire prévu au contrat de travail dans son principe et ses modalités restera acquis au salarié tant que ce dernier n'acceptera pas de régulariser un avenant à son contrat.