

## newsletter

DROIT SOCIAL | FRANCE |

NOVEMBRE 2017

<b>Editorial</b> .....	1
<b>Jurisprudence</b> .....	3
• Relations individuelles du travail .....	3
• Relations collectives de travail .....	4
<b>Publications du cabinet</b> .....	5

### éditorial

Alain Coeuret  
*Of Counsel*

En France, les observateurs de la vie sociale sont traditionnellement dépourvus d'esprit critique à l'égard de la négociation collective de branche, alors qu'ils n'ont montré jusqu'à présent qu'une assez faible empathie pour la négociation décentralisée d'entreprise ou d'établissement. Dans l'opinion encore dominante, la négociation de branche et l'accord collectif qui en résulte se trouvent en effet parés de toutes les vertus, à commencer par celle qui permet d'unifier les conditions de travail et de rémunération des salariés employés dans les entreprises qui en font partie.

C'est tout juste si, une fois conclue, la convention de branche est encore regardée comme le résultat d'un processus contractuel classique entre organisation d'employeurs et de salariés représentatifs à ce niveau.

L'uniformité de ses effets normatifs sur une large échelle conduit ainsi certains à la considérer, "en fait", comme la "loi de la profession", sorte de rivale, pour une dimension particulière de la vie économique, des dispositions dont le code du travail est porteur sur les mêmes sujets. A cela ne font exception que les hypothèses, somme toute assez limitées, où la loi au sens formel se trouve parée d'un caractère d'ordre public absolu qui empêche même une convention de cette amplitude d'entrer en rivalité avec elle.

Il faut reconnaître que, sous réserve d'une telle exception, tout est fait en législation pour que la convention de branche dispose d'un rayonnement maximal, fût-ce en faisant appel à des mécanismes juridiques fort étrangers à la liberté contractuelle, ce, dans l'hypothèse où certains employeurs ont entendu ne pas être liés par les résultats de la négociation.

Depuis une loi du 24 juin 1936 en effet, faculté est donnée au pouvoir exécutif de soumettre à la convention de branche ou à un avenant à celle-ci, des entreprises de la branche qui n'étaient pas représentés lors de sa conclusion ou qui n'ont pas voulu y adhérer ultérieurement. On aura reconnu la technique administrative de "l'extension" de la convention collective de branche par arrêté ministériel, dès lors que cette extension respecte une série de conditions énoncées par le Code du travail (art. L 2261-16 et s.).

Après que s'est réunie, sous la présidence du Ministre du Travail, la Commission nationale des conventions collectives, l'autorité publique est ainsi autorisée à faire bénéficier des dispositions de cette convention tous les salariés employés dans toutes les entreprises appartenant à la branche professionnelle notwithstanding la circonstance que certains employeurs qui y sont objectivement rattachés ont souhaité ne pas être soumis à la convention collective parce qu'ils redoutent l'impact de ces charges nouvelles sur le développement ou même la survie de leur entreprise. Il est de bon ton de souligner qu'en n'adhérant à aucune organisation patronale signataire, ces employeurs échappent aux disciplines sociales que s'imposent leurs concurrents et qu'ils s'assurent ainsi d'un avantage compétitif au dépend de leur personnel, distorsion de concurrence que la technique de l'extension permettrait justement de neutraliser.

Il y aurait beaucoup à dire sur la logique sous-jacente à ce raisonnement qui semble partir du principe qu'on peut concéder des avantages sociaux par la négociation sans se préoccuper de savoir quel sera la manière dont on les financera. Mais il y a plus car le caractère autoritaire de la procédure d'extension dont on ne peut nier qu'elle mette à néant la liberté contractuelle dans sa face négative, c'est-à-dire celle de ne pas s'engager, est doublé d'une définition des prérogatives de l'administration qui donne à la décision du Ministre un caractère largement discrétionnaire (voir par exemple l'article L 2261-25 du Code du travail qui permet à celui-ci d'exclure de l'extension les clauses de la convention qui "à son avis" ne répondent pas à la situation de la branche !).

La solution paraît appartenir à un autre temps. Pourtant l'actualité montre qu'il se pratique toujours un nombre élevé de procédures d'extension, ce que n'a pas manqué de relever, avec une tonalité critique, l'OCDE lors d'une étude consacrée au déroulement de la vie économique et sociale dans les pays qui sont membres de l'organisation.

Il en résulte que, pour ce qui est de la France, l'OCDE considère qu'il conviendrait de mettre fin à la "quasi automaticité" de l'extension des accords de branche. Car, énonce-t-elle, ces extensions par leur banalisation, sont susceptibles d'avoir un "impact négatif sur la concurrence, l'emploi, et les performances des entreprises". Selon l'Organisation, il serait judicieux à l'avenir de procéder, préalablement à toute extension, à une évaluation "des coûts et bénéfices (de cette mesure) au regard de l'intérêt général".

C'est, à notre connaissance, la première fois qu'une telle institution adresse une critique aussi nette à un mécanisme juridique de droit social national et qu'elle le fait en s'appuyant sur la notion d'intérêt général, lequel, c'est une évidence, ne peut être assimilé à celui des seuls salariés d'une branche professionnelle.

Rapproché du débat actuel sur l'opportunité de promouvoir la négociation d'entreprise ou l'établissement en allant jusqu'à inverser à cette occasion la hiérarchie des normes conventionnelles, l'analyse que fait l'OCDE de la technique d'extension, n'est pas neutre car elle fournit aux partisans de la négociation décentralisée un argument supplémentaire pour ne pas s'en remettre à une technique d'uniformisation des droits qui est poussée jusqu'aux limites de ce qu'autorise le respect de la liberté contractuelle.

Certes, il sera répondu qu'au sein de la Commission nationale des conventions collectives qui sert de creuset à l'extension, les partenaires sociaux conservent une liberté de négociation. Mais, à l'examen, cette liberté est surtout mise ici au service d'une aptitude maximale de la Convention de branche concernée à faire l'objet d'une extension (voir not. l'article L 2261-27 du Code du travail qui permet d'étendre une convention ne comportant pas toutes les clauses obligatoires ou ne couvrant pas l'ensemble des catégories professionnelles de la branche).

Dans ce contexte, quel peut être l'impact des nouvelles dispositions dont l'ordonnance Macron relative au cadre de la négociation collective est porteuse ? La disposition la plus novatrice est sans doute celle qui, complétant l'actuel article L 2261-25 du Code du travail, permet désormais au Ministre d'écarter l'extension lorsque certaines clauses de l'accord en question seraient "de nature à porter une atteinte excessive à la libre concurrence compte tenu des caractéristiques du marché concerné". Cette nouvelle règle est accompagnée d'un possible déclenchement d'une expertise inédite que le nouvel article L 2261-27-1 formule de la façon suivante : "Le ministre chargé du travail peut, de sa propre initiative ou à la demande écrite et motivée d'une organisation d'employeurs ou d'une organisation de salariés représentative dans le champ d'application d'une convention, d'un accord ou de leurs avenants, saisir un groupe d'experts chargé d'apprécier les effets économiques et sociaux susceptibles de résulter de leur extension". Dotée de tels outils, l'Administration du travail va-t-elle faire en sorte que la France cesse d'être le "champion du monde" de l'extension des normes conventionnelles comme le souligne l'étude précitée de l'OCDE ?

## JURISPRUDENCE

### Relations Individuelles du Travail

#### **La transaction : les enjeux d'une qualification (cass. Soc. 15 juin 2017 n° 16-19441)**

Comme le montre cet arrêt, les URSSAF veillent à la qualification des sommes versées au salarié au moment de la rupture du contrat de travail. Un employeur avait versé à des salariés, à la suite de leur licenciement, des sommes à titre d'indemnités transactionnelles, mais il avait reçu ensuite une mise en demeure portant sur le réintégration dans l'assiette des cotisations dues à l'URSSAF d'une partie desdites sommes. La discussion sur la qualification de celles-ci était concevable. Du reste la Cour d'appel, après les premiers juges, avait estimé que le redressement n'avait pas lieu d'être. Elle avait relevé en ce sens que les indemnités litigieuses visées par la transaction étaient clairement qualifiées par celle-ci de "dommages intérêts". Leur nature purement indemnitaire ne faisait donc pas de doute aux yeux des juges du fond. Mais ce ne fut pas l'avis de la Cour de cassation laquelle, par cet arrêt, réfute la qualification de dommages intérêts comme trop globale et approuve le redressement opéré par l'URSSAF. En vertu des textes applicables au litige (lesquels ont été modifiés par la suite) la Haute juridiction estime que la qualification globale retenue par les parties à la transaction ne suffit pas. Le caractère indemnitaire des sommes en jeu doit faire l'objet d'une décomposition de façon à mettre au jour celles qui présentent un caractère salarial et se trouvent, comme telles, assujettis à cotisations salariales. Depuis les faits à l'origine de cette affaire, la protection des droits de l'URSSAF a encore progressé en droit positif puisqu'en cas de transaction, l'assiette des cotisations porte a priori sur l'ensemble des indemnités, y compris transactionnelles, l'exonération obéissant à l'application d'un barème qui tient compte de l'importance des sommes en jeu.

#### **Feu le préjudice nécessaire ? (cass. Soc. 13 septembre 2017 n° 16-13578)**

Voici une nouvelle illustration de l'abandon au moins partiel, par la Cour de cassation, d'une solution qui paraît s'éloigner du droit commun de la responsabilité civile sans qu'on puisse aisément en trouver la justification, sinon dans le souci de faciliter au maximum la position procédurale du salarié demandeur d'indemnités face à son employeur. En l'espèce, s'agissant d'un contrat d'été, la formalité de remise d'un contrat écrit n'avait pas été respectée et le salarié demandait tout à la fois la requalification de son contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée et des dommages et intérêts pour irrégularité de la procédure de licenciement, ainsi que pour rupture abusive de ce même contrat. Les juges du fond avaient fait droit à la première demande mais avaient débouté l'intéressé des deux autres. Ils avaient considéré que le salarié ne justifiait d'aucun préjudice, ni du fait de la méconnaissance de la procédure de ce qui apparaissait, en raison de la requalification, comme un licenciement, ni du fait de l'absence

de cause réelle et sérieuse de la rupture. Parvenu en cassation, le demandeur rétorquait qu'en vertu de la jurisprudence même de la chambre sociale toute irrégularité dans la procédure de licenciement entraîne nécessairement un préjudice que l'employeur doit réparer, sans que le juge puisse remettre en cause cette existence, son rôle se bornant à évaluer ledit préjudice. Contrairement à ce qu'elle a pu juger par le passé, la Haute juridiction ne fait plus sienne cette jurisprudence dite du "préjudice nécessaire". Du moins l'écarte-t-elle à propos des conséquences indemnitaires de l'irrégularité formelle du licenciement. On revient ainsi à une distribution plus classique des rôles procéduraux : au juge du fait, dans le cadre de son pouvoir souverain, de poser l'existence ou l'inexistence du préjudice invoqué puis, ensuite, d'évaluer l'importance de ce même préjudice en motivant sa décision. Mais la victoire du droit commun n'est pas complète car la Cour d'appel avait pourtant clairement énoncé que l'intéressé ne justifiait d'aucun préjudice pour rupture abusive du contrat de travail puisqu'il ne contestait pas que la relation était allée jusqu'au terme convenu. La cassation est néanmoins encourue de ce chef, la perte injustifiée de l'emploi apparaissent ainsi comme une exception qui limite la portée du revirement jurisprudentiel de 2016.

## Relations Collectives de Travail

### Transfert d'entreprise et droit d'agir des syndicats (cass soc 12 juillet 2017 n° 16-10460)

Cette jurisprudence n'est pas nouvelle. Le 11 septembre 2012 (n° 11-22014), la Cour de cassation, chambre sociale, décidait que : "si la violation de l'article L 1224-1 du Code du travail ayant pour objet le maintien des droits des travailleurs, en cas de transfert de leur contrat de travail, porte atteinte à l'intérêt collectif de la profession représentée par le syndicat, de sorte que l'intervention de ce dernier au côté du salarié à l'occasion d'un litige portant sur l'applicabilité de ce texte est recevable, l'action en revendication du transfert d'un contrat de travail est un droit exclusivement attaché à la personne du salarié".

Le présent arrêt reprend mot pour mot cette formule qui, à la manière d'un jugement de Salomon, attribue de façon tranchée ce qui revient au syndicat et ce qui revient au salarié, en tant que litigants. Fruit d'une lente évolution, la légitimité de l'intervention du syndicat en justice pour faire valoir, non pas les intérêts de salariés plaideurs, par une manière d'action de substitution, mais la violation d'un intérêt plus large, celui de la profession d'appartenance, cette prérogative hautement symbolique, dont la base légale figure à l'article L 2132-3 du Code de travail, marque sans doute une progression dans l'exercice de prérogatives régaliennes que le législateur français tend à confier aux organisations syndicales en marge d'un rôle le plus immédiatement compréhensible, celui d'être un partenaire de négociation pour construire un droit conventionnel de travail de la base au sommet, c'est-à-dire de l'entreprise à l'inter professionnalité. Aujourd'hui, le syndicat n'a donc plus à craindre une déclaration d'irrecevabilité de la part de la juridiction saisie d'une question portant sur l'applicabilité de la règle qui figure à l'article L 1224-1 du contrat de travail.

Bien que, comme l'illustre la présente affaire, le procès mette en jeu, à l'évidence, des droits de nature contractuelle, l'intérêt collectif de la profession est également concerné et fonde la présence syndicale dans le prétoire. Comme le précise la Cour de cassation, c'est seulement si le juge saisi constate que le débat sera propre au contrat de travail -à commencer par le débat sur l'existence même au moment du transfert- que le syndicat doit rester extérieur à l'instance. Mais la complexité du contentieux générée par les changements dans la personne juridique de l'employeur est telle qu'on peut augurer que la question de la participation du syndicat au procès rebondira dans l'avenir, donnant à voir le degré d'intrication de l'individuel et du collectif en pareille matière. Cependant, le plus intrigant pour l'esprit n'est-il pas d'observer cette progression du syndicat dans le rôle de gardien de la légalité sociale à l'instar de celui qu'il joue depuis déjà longtemps comme auxiliaire du ministère public dans le prétoire pénal ?

## PUBLICATIONS DU CABINET

**Aurélien Boulanger et David Jonin**

*"La phase précontentieuse dans l'action de groupe en matière de discrimination en droit du travail"*

**Sem. Soc. Lamy 2017 16 octobre 2017 n° 1786**

---

### CONTACTS

**BAUDOIN DE MOUCHERON**  
moucheron@gide.com

**AURELIEN BOULANGER**  
boulanger@gide.com

**DAVID JONIN**  
jonin@gide.com

**FOULQUES DE ROSTOLAN**  
rostolan@gide.com

**FRANÇOIS VERGNE**  
f.vergne@gide.com

**GUILLAUME NAVARRO**  
navarro@gide.com

**ALAIN COEURET**  
alain.coeuret@gide.com

Vous pouvez consulter cette lettre d'informations sur notre site Internet, rubrique Actualités & Publications : [gide.com](http://gide.com)

Cette lettre d'informations est une publication électronique périodique éditée par le cabinet Gide Loyrette Nouel (le "Cabinet") diffusée gratuitement auprès d'un nombre limité de personnes ayant une relation directe ou indirecte avec le Cabinet. Cette lettre d'informations est réservée à l'usage privé de son destinataire et n'a qu'une vocation d'information générale non exhaustive. Elle ne saurait constituer ou être interprétée comme un acte de conseil juridique. Le destinataire est seul responsable de l'usage qu'il fait des informations fournies dans la lettre d'Informations et le Cabinet ne pourra être tenu responsable envers le destinataire de quelconques dommages directs ou indirects découlant de l'utilisation de ces informations. Conformément à la loi "informatique et libertés" n° 78-17 modifiée, vous pouvez demander à accéder, faire rectifier ou supprimer les informations vous concernant traitées par notre service Communication ([privacy@gide.com](mailto:privacy@gide.com)).