BE

**COMMISSION NATIONALE DE
LA NEGOCIATION COLLECTIVE**

**MINISTERE DU TRAVAIL, DES RELATIONS
SOCIALES, DE LA FAMILLE, DE LA SOLIDARITE
ET DE LA VILLE**

Sous-commission des conventions et accords

Séance du 18 février 2010

OBSERVATIONS

**relatives à l'extension de l'avenant n° 6 du 15 décembre 2009 relatif aux
rémunérations, à la reconnaissance des qualifications, à la prévoyance, à la prime liée
à la réduction de la TVA et aux jours fériés, à la convention collective nationale des
hôtels, cafés, restaurants**

L'avenant n° 6 du 15 décembre 2009 relatif aux rémunérations, à la reconnaissance des qualifications, à la prévoyance, à la prime liée à la réduction de la TVA et aux jours fériés a été présenté en sous-commission des conventions et accords le 4 février 2010. Il a fait l'objet d'une triple opposition de la part du MEDEF, de la CGPME et de la FNSEA.

Le motif d'opposition du MEDEF :

Le MEDEF considère que la rédaction du préambule de l'avenant n° 6 crée une confusion juridique et ouvre la voie à un risque de contentieux.

Les motifs d'opposition de la CGPME :

La CGPME s'oppose à l'extension de l'avenant n° 6 pour les raisons suivantes :

1. l'article 2 bis introduirait une clause de révision automatique d'un des niveaux minima de la grille de salaire (échelon 1, niveau 1) en fonction de l'évolution du SMIC qui serait contraire aux dispositions de l'article L. 3231-3 du code du travail, lequel interdit les clauses d'indexation ;
2. l'article 5 créerait une discrimination dans le versement de la prime entre les salariés sous contrat de travail à durée indéterminée, tenus de justifier d'un an d'ancienneté, et les salariés saisonniers, tenus de justifier de quatre mois d'ancienneté, ce qui serait contraire aux dispositions des articles L. 1242-14 et L. 1242-15 du code du travail ainsi que de la position adoptée par la cour de cassation (Cass. soc 29/10/1996, société Delzongle c/ Ponsolle) sur le principe « à *travail égal, salaire égal* » ;
3. le 3) de l'article 5 créerait une inégalité de traitement en imposant une condition supplémentaire pour les saisonniers pour bénéficier de la prime : que le salarié n'ait pas pris l'initiative de la rupture de son contrat saisonnier.

Les motifs d'opposition de la FNSEA :

La FNSEA s'oppose à l'extension de l'avenant n° 6 pour les raisons suivantes :

1. l'article 5, en prévoyant, d'une part, le versement d'une prime avec des conditions différenciées selon la nature des contrats de travail (contrat de travail à durée déterminée, contrat de travail à durée déterminée saisonnier et contrat de travail à durée déterminée non saisonnier), et, d'autre part, en imposant une condition de présence différenciée selon les types de contrat pour le versement de cette prime, soit au 1^{er} juillet, soit à la fin du contrat, créerait une inégalité de traitement en termes

de rémunération entre les salariés qui serait contraire aux dispositions de l'article L. 1242-14 du code du travail ;

2. le dernier paragraphe de l'article 5, en permettant aux employeurs ayant déjà mis en place dans leurs entreprises des contreparties sociales équivalentes, directement lié ou consécutive à la baisse de la TVA, versée chaque année de façon pérenne, de ne pas cumuler celles-ci avec la prime prévue par l'avenant n° 6, pose des difficultés du fait l'appréciation complexe de la notion de « contreparties équivalentes » ce qui pourrait être source d'interprétations différentes, voire de contentieux, dans les entreprises.

Observations de l'administration :

L'avenant n° 6 du 15 décembre 2009 a été présenté en sous-commission des conventions et accords du 4 février 2010. A cette occasion, il a été proposé de l'étendre à l'exclusion de son article 1 Bis (extension du champ d'application aux discothèques) comme étant contraire aux dispositions de l'article L. 2261-19 du code du travail et sous réserve de l'application des dispositions de l'article L. 2241-9 du code du travail.

▪ Sur la confusion créée par la rédaction du préambule de l'avenant n° 6

Le MEDEF considère que la rédaction du préambule de l'avenant n° 6 crée une confusion juridique et ouvre la voie à un risque de contentieux.

Le 2^{ème} alinéa du préambule est rédigé comme suit : « *Ils se sont réunis à cette fin et ont élaboré le présent avenant, qui remplace les dispositions de l'avenant n° 2 de février 2007 et l'avenant n° 5 d'avril 2008 à la convention collective nationale des hôtels, cafés, restaurants.* » Selon le MEDEF, cette rédaction peut laisser croire que l'avenant n° 6 annule et remplace les avenants n° 2 du 5 février 2007 et n° 5 du 15 avril 2008 relatif à l'aménagement du temps de travail.

Toutefois, les articles 3 et 6 de l'avenant n° 6, sont manifestement sans ambiguïté, dans la mesure où ils disent expressément que seules certaines dispositions de l'avenant n° 2 sont modifiées ou remplacées.

Par ailleurs, il convient de relever qu'étant sans portée normative, le préambule de l'accord n'induit nécessairement, en tant que tel, aucun risque juridique quant à l'application des dispositions prévues audit accord.

En tout état de cause, la rédaction de l'arrêté d'extension permettra d'éviter toute erreur d'interprétation quant à la portée des stipulations en cause.

▪ Sur les inégalités de traitement induites par l'article 5

La CGPME et la FNSEA considèrent qu'il existerait une inégalité de traitement entre salariés contraire aux dispositions des articles L. 1242-14 et L. 1242-15 du code du travail, l'article 5 prévoyant des conditions d'octroi de la prime liée à la réduction de la TVA différentes selon les types de contrat (contrat à durée indéterminée, contrat à durée déterminée et contrat à durée déterminée saisonniers).

En effet l'article 5 prévoit des conditions différenciées pour l'octroi de la prime liée à l'augmentation de la TVA. Il distingue :

1. le cadre général couvrant les CDI et CDD non saisonniers pour lesquels l'octroi de la prime est conditionné à un an d'ancienneté et à la présence dans l'entreprise au jour du versement de la prime, à savoir le 1^{er} juillet ;
2. le cadre des contrats saisonniers, CDD ou CDI, pour lesquels l'octroi de la prime est conditionné à quatre mois d'ancienneté ou à la succession de deux contrats saisonniers, les salariés percevant la prime à la conclusion de leur contrat (à l'exclusion de toute rupture à l'initiative du salarié).

Or l'article L. 1242-14 du code du travail prévoit que les dispositions légales et conventionnelles ainsi que celles résultant des usages applicables aux salariés titulaires d'un

CDI s'appliquent également aux salariés titulaires d'un CDD. De même, l'article L. 1242-15 du code du travail dispose que la rémunération perçue par les salariés en CDD ne peut être inférieure à celle que perçoit, dans la même entreprise, un salarié en CDI de qualification professionnelle équivalente et occupant les mêmes fonctions. Enfin, la cour de cassation estime que « *l'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés de l'un ou l'autre sexe, pour autant que les salariés en cause sont placés dans une situation identique* » (Cass. soc 29/10/1996, société Delzongle c/ Ponsolle).

Ces trois exigences légales et jurisprudentielles sont respectées en l'occurrence puisque, d'une part, aucune distinction n'est opérée dans l'avenant n° 6 entre salariés en CDI et salariés en CDD, et que, d'autre part, les salariés titulaires d'un contrat saisonnier, étant soumis à des périodes de travail se répétant chaque année à des dates à peu près fixes en fonction du rythme des saisons ou des modes de vie collectifs, se trouvent dans une situation particulière en regard du cadre général qui justifie la mise en place de critères dérogeant à ce cadre général. Ces dispositions sont particulièrement favorables aux saisonniers qui peuvent ainsi bénéficier de ladite prime, l'intention des signataires étant de ne pas les exclure de son bénéfice.

▪ **Sur la difficulté d'appréciation de la notion de « contreparties équivalentes » telle qu'entendue au dernier paragraphe de l'article 5**

Ce type de disposition, présente dans un grand nombre de textes conventionnels, ne peut faire l'objet d'observations en légalité. Il reviendra, le cas échéant, aux parties, dans le cadre de la commission d'interprétation, d'interpréter le caractère équivalent des contreparties. Le juge du fond interviendrait en cas de litige.

Par conséquent, les observations du MEDEF, de la CGPME et de la FNSEA ne remettent pas en cause la proposition d'étendre l'avenant n° 6 du 15 décembre 2009 dans les conditions exposées lors de son premier examen en sous-commission des conventions et accords.

L'avis de la sous-commission est sollicité.