

L'ancienneté en droit du travail : quelles perspectives ?

Brigitte Reynès, Maître de conférences à l'Université de Toulouse, Chercheur au LIRHE

L'essentiel

Les règles du droit du travail et les pratiques d'emploi des entreprises ont conduit à reconnaître depuis un demi-siècle un rôle primordial à l'ancienneté. Outil de fidélisation de la main-d'oeuvre et de stabilité de l'emploi, elle irrigue les règles applicables à la rémunération à la rupture du contrat de travail. L'ancrage des droits sur l'ancienneté paraît aujourd'hui plus problématique, à mesure que la mobilité des salariés est encouragée. Il convient alors d'imaginer les outils qui permettraient de prendre en compte l'ancienneté dans le travail ou dans la branche d'activité dans la détermination des droits sociaux des salariés.

**1.-** Premier thème soumis au dialogue social « la modernisation du marché du travail » s'annonce comme le chantier majeur des prochains mois. Le spectre des thèmes soumis à la discussion est large - contrat de travail, sécurisation des parcours professionnels, assurance chômage - car l'enjeu est de parvenir à une réforme cohérente et efficace du marché du travail en phase avec ses évolutions.

Dans cette approche systémique et transversale, une question cardinale mérite d'être abordée : « Faut-il préserver un système où les avantages croissent avec l'ancienneté par accumulation de droits ; faut-il au contraire couvrir davantage les risques pour les plus fragiles et notamment ceux qui subissent le plus l'instabilité/insécurité » (1) ?

**2.-** Cette interrogation renvoie à la réflexion déjà engagée, en lien avec la sécurisation des parcours professionnels (2), sur l'adaptation du système de protection sociale aux discontinuités de trajectoires car ces droits sont, au moins pour certains, dépendants d'une durée, d'ancienneté, d'activité, d'assurance ou d'emploi (3). Dans une perspective de dépassement du cadre statique d'un contrat de travail isolé pour raisonner dans celui, plus dynamique, du parcours professionnel, qu'il convient de sécuriser, progresse l'idée de droits capitalisables sur l'ensemble de la carrière et transférables d'une entreprise à une autre (4).

En effet dans un contexte où les mobilités externes sont, et pourraient être plus fréquentes, un décalage risque de s'accroître entre une protection indexée sur l'ancienneté dans l'entreprise conditionnant l'accès aux droits et l'exigence d'une mobilité choisie ou subie conduisant à changer plusieurs fois d'entreprise ou d'emploi en cours de carrière (5) ?

**3.-** Face aux transformations de l'emploi, cette réflexion invite à repenser le droit du travail dont les avantages sont largement subordonnés à un critère d'ancienneté dans l'entreprise. Car, à l'évidence, l'ancienneté constitue la caractéristique personnelle au salarié qui a le plus d'incidences tant au niveau de l'accès aux droits, conditionné à un certain seuil, que de l'étendue des droits, différenciée en fonction de l'ancienneté acquise (6).

**4.-** L'expansion du rôle de l'ancienneté dans les relations individuelles de travail s'est réalisée surtout depuis l'après-guerre, sous l'influence du droit public. Par emprunt au modèle de référence de la carrière dans la fonction publique, les salariés anciens se sont vus progressivement reconnaître divers avantages sociaux dans l'entreprise privée. De même l'appartenance à une collectivité de travail qui permet la participation aux droits collectifs leur a été pleinement reconnue.

Dans la mouvance du modèle contractuel standard du contrat de travail à durée indéterminée, l'ancienneté s'est imposée comme un critère objectif et équitable valorisé dans les normes légales et conventionnelles. Cet état de fait était consubstantiel au contexte de plein emploi et de croissance soutenue des années 1960. Mais, le retournement de situation et la pression d'un chômage de masse invitent à se demander si les avantages reconnus aux salariés anciens ne comportent pas des effets ambivalents. A l'heure où individualisation des salaires et flexibilité de l'emploi font florès, la conception actuelle de l'ancienneté est-elle encore en phase avec les pratiques observées dans les entreprises et sur le marché du travail ? N'existe-t-il pas un hiatus entre la prévision d'une mobilité accrue des salariés et la condition de stabilité dans l'entreprise pour l'acquisition des droits ? Le critère d'ancienneté n'est-il pas un frein à la mobilité volontaire des salariés rendant aléatoire un changement d'employeur, mais aussi un handicap pour certains salariés qui, subissant les pratiques de flexibilité de l'emploi, ont des difficultés pour acquérir de l'ancienneté ?

Pour apporter quelques éclairages juridiques à ces questions, qui soulignent le contraste entre des protections juridiques de l'ancienneté attachées au modèle d'emploi typique et les évolutions du travail et de l'emploi, il convient d'aborder, à travers le prisme de l'emploi, les effets de l'ancienneté (I) afin, dans un second temps, de tenter de préciser comment le droit du travail appréhende, ou devrait appréhender, la notion d'ancienneté (II).

#### I. - L'ambivalence des effets de l'ancienneté

**5.-** L'indexation des droits sur l'ancienneté répond à plusieurs objectifs : permettre une hiérarchisation entre salariés selon un critère neutre et objectif ; inciter et récompenser la fidélité des salariés à l'égard de l'entreprise ; récompenser l'expérience accumulée et l'accroissement des compétences... Mais, sous un autre angle, le recours au critère d'ancienneté est contesté que ce soit au nom des principes d'égalité et de non-discrimination ou au vu des effets « contre-productifs » qu'on lui prête sur la motivation des salariés au travail, la mobilité de la main-d'oeuvre et la charge des coûts salariaux (7). A ce niveau les vertus attribuées à l'ancienneté qui ont fondé les protections et les droits semblent partiellement ébranlées par les transformations de l'emploi et les réalités du marché du travail. Si l'ancienneté contribue à la stabilité de l'emploi, *a fortiori* en période de chômage, un décalage semble se creuser entre le rôle normatif central qui lui est reconnu et les politiques de gestion des entreprises qui aboutissent de fait à minorer le rôle de l'ancienneté afin de s'adapter à une conjoncture économique plus instable et incertaine.

La question de l'ancienneté interfère avec deux logiques de gestion de l'emploi qui coexistent : d'un côté une logique de stabilisation de la main-d'oeuvre (A), de l'autre une logique de flexibilité et d'externalisation des formes d'emploi (B).

#### A. - Ancienneté et stabilité de la relation d'emploi

**6.-** Les avantages liés à l'ancienneté visent à favoriser une stabilité de l'emploi recherchée par les travailleurs et encouragée par les entreprises. Historiquement, la création puis l'essor des modes de rémunérations de l'ancienneté (8), dont la prime d'ancienneté, correspondaient à la volonté des employeurs de fidéliser des salariés nomades afin de limiter les coûts de « turn-over » dans un contexte de pénurie de main-d'oeuvre qualifiée (9). Le caractère collectif de la mise en place de ces modes de rémunération et leur automaticité eurent un effet avéré de stabilisation de la main-d'oeuvre jusqu'au début des années 1970, avant de connaître des remises en cause. Du fait de la raréfaction des opportunités d'emploi extérieures, l'utilisation de la rémunération systématique à l'ancienneté dans une optique de stabilisation est apparue moins justifiée. De plus, le vieillissement de la population active et la désinflation ont singulièrement accru le coût salarial de la rémunération de l'ancienneté. Par ailleurs, des modes de rémunérations plus incitatifs au travail ont été recherchés visant à développer l'implication individuelle des salariés et la performance.

**7.-** Depuis le milieu des années 1980, en marge des politiques de rémunération de l'ancienneté inscrites dans des supports collectifs, se sont développées des politiques

d'individualisation des rémunérations par le biais de formules diversifiées telles que bonus individuels et collectifs, primes d'intéressement qui rémunèrent la performance ainsi que les avantages en nature et les rémunérations différées (stock options, retraites par capitalisation, compléments de prévoyance). Le droit a accompagné l'évolution des méthodes de gestion des entreprises vers un système de « rémunération globale », transcendant la notion étroite de salaire, tout en opposant des limites au pouvoir d'individualisation de l'employeur à travers notamment le respect du principe « à travail égal, salaire égal » (10). Si les politiques d'individualisation des rémunérations fondées sur le développement des compétences individuelles ne s'opposent pas à celles plus anciennes de rémunération de l'ancienneté, force est de constater la montée en puissance des unes et le tassement des autres (11).

**8.-** Néanmoins, l'ancienneté dans l'entreprise conserve un impact important, sous différentes formes, sur la rémunération notamment pour les ouvriers et les employés (12). Elle est le signe d'un attachement qui perdure du côté de certains employeurs, et *a fortiori* des salariés et de leurs syndicats, pour le maintien d'un système qui contribue à la stabilité de l'emploi et aux progressions salariales. On peut cependant s'interroger sur le fait de savoir si la rémunération de l'ancienneté a pour seule fonction de rémunérer la fidélité des salariés à l'entreprise, ce qui correspond à sa logique initiale, ou le fait que l'expérience accumulée se traduise par un accroissement des compétences. Bien que l'ancienneté et l'expérience soient tous deux des critères objectifs pour opérer des différences de traitement salariales, la Cour de cassation refuse de les confondre (13). Néanmoins, on ne peut nier le lien causal, mis en lumière par la théorie économique, entre progression de l'ancienneté et accroissement de l'expérience acquise qui met le travailleur en mesure de mieux s'acquitter de ses prestations et légitime des disparités salariales (14).

**9.-** Sur un autre versant de la relation entre l'ancienneté dans l'emploi et la stabilité de l'emploi, les études convergent pour confirmer que l'ancienneté protège mieux le salarié d'une rupture du contrat de travail (15). Plusieurs raisons peuvent expliquer ce phénomène complexe (16). Si la régulation juridique n'a pas le rôle essentiel en termes de stabilisation de l'emploi, elle y participe par les choix normatifs opérés en matière de protection de l'emploi. Ainsi dans ces normes le salarié ancien s'avère mieux protégé contre le risque de licenciement que le salarié récemment embauché et ceci tant au niveau du droit à la séparation que du coût de la séparation.

**10.-** En ce qui concerne le droit à la séparation, l'ancienneté intervient, entre autres critères, dans la sélection des salariés licenciés économiques (17). Mais, dès lors que les qualités professionnelles sont souvent le critère hiérarchique privilégié par l'employeur, le rôle protecteur de l'ancienneté dans l'ordre des licenciements s'en trouve minimisé. Dans le cadre du licenciement pour motif personnel, l'ancienneté du salarié déploie un effet subjectif dans le contrôle judiciaire de l'exercice par l'employeur du droit disciplinaire (18). L'analyse du contentieux témoigne d'une prise en compte de l'ancienneté du salarié comme circonstance atténuante pour déqualifier la faute grave en faute sérieuse (19), voire comme facteur absoluire de toute faute (20). Mais, là encore, la protection a ses revers car l'expérience jointe à une ancienneté importante peuvent rendre plus inexcusables certaines fautes commises. C'est au regard des sanctions du licenciement que l'ancienneté a un rôle objectif de protection renforcée de l'emploi car la menace d'une action prud'homale et la réparation du licenciement injustifié s'avèrent plus fortes lorsque le salarié cumule au moins deux ans d'ancienneté (21).

**11.-** Cette règle rejoint les conditions de la séparation qui influent sur les délais et le coût du licenciement, par le biais du préavis et des indemnités de licenciement doublement corrélés à l'ancienneté (ouverture et étendue du droit). L'indemnisation progressant avec l'ancienneté, à partir du seuil de deux ans, il apparaît logique que lorsqu'ils ont à réduire leur personnel, les employeurs soient plus enclins à se séparer des travailleurs de faible ancienneté (22). Entre autres considérations, le montant de la rémunération peut aussi inciter les entreprises à remplacer les salariés les plus anciens - et souvent les plus âgés - par des salariés plus jeunes et moins bien rémunérés. Car, si l'analyse juridique conduit à différencier l'ancienneté de l'âge du salarié, ces caractéristiques sont malgré tout fortement corrélées dans les pratiques de gestion de la main d'oeuvre.

**12.-** Le rôle joué par l'ancienneté dans l'emploi comme instrument de stabilité de l'emploi se vérifie dans les faits (23). Mais derrière une ancienneté moyenne dans l'emploi qui demeure élevée se cachent des évolutions très différenciées (24). Alors que le risque de perte d'emploi des salariés de faible ancienneté s'est accru durant les vingt-cinq dernières années, celui des salariés de forte ancienneté est resté stable (25). D'abord, la forte stabilité dans l'emploi peut être interprétée comme une preuve de l'insécurité de l'emploi, les salariés étant enclins en période de chômage à conserver celui-ci. Ensuite, l'essor des contrats précaires, qui concernent par hypothèse des salariés de moindre ancienneté, explique en partie la baisse d'ancienneté dans l'emploi des moins stables. On ne peut en effet, faire abstraction du lien entre l'ancienneté et les formes d'emploi.

#### B. - Ancienneté et flexibilité des formes d'emploi

**13.-** Il convient de rappeler que les normes qui attribuent un rôle important à l'ancienneté ont été édifiées en prenant pour assise une relation de travail caractérisée par des emplois permanents, occupés par des salariés travaillant à temps plein, exécutant leur travail pour un seul employeur généralement sur les lieux même de l'entreprise.

Or les mutations du travail et de l'emploi des vingt à trente dernières années font que l'ancienneté ne peut avoir ni la même signification ni la même portée dans le contexte de développement de formes flexibles d'emploi (26).

La banalisation des emplois temporaires provoque ainsi une bipolarisation des salariés entre anciennetés très courtes et anciennetés de plus en plus longues pour des personnes ayant commencé à travailler pendant les trente glorieuses (27). Ce constat amène à s'attacher à la prise en compte de l'ancienneté dans un contexte de pluralité des situations de travail afin de mettre au jour certaines failles de la protection et le décalage entre les lois du travail conçues à l'origine pour apporter un minimum de protection sociale aux salariés traditionnels et le développement de l'emploi précaire.

**14.-** Force est d'observer que l'ancienneté tout en contribuant à la protection de l'emploi des travailleurs stables, « intégrés », aboutit par hypothèse à exclusion de certaines protections des salariés qui exécutent, pour un même employeur, des prestations de travail discontinues ou des salariés qui travaillent pour des employeurs différents par cumul d'emplois ou relations triangulaires de travail.

D'abord, durant l'exécution de la prestation de travail, on doute que le critère d'ancienneté soit véritablement un mode d'acquisition des droits pour les travailleurs précaires le législateur lui ayant préféré un principe d'égalité de traitement avec les travailleurs permanents en raison de la difficulté à donner une valeur à l'écoulement du temps (28). Cependant même le principe d'égalité ne parvient qu'imparfaitement à garantir aux salariés engagés sous des formes particulières d'emploi une égalité réelle avec les salariés stables.

Si aux termes de l'article L. 122-3-3 du Code du travail, les salariés liés par un contrat de travail à durée déterminée ont les mêmes droits et obligations que les salariés sous contrat à durée indéterminée, ils doivent néanmoins, comme ces autres salariés, remplir les conditions d'ancienneté auxquelles certains droits sont subordonnés alors même que leur durée d'emploi est souvent plus brève. A cela s'ajoutent des facteurs individuels (qualification, expérience, parcours professionnel) qui peuvent justifier le versement à un salarié embauché par contrat à durée déterminée d'une rémunération inférieure à celle d'un salarié permanent (29).

La situation est assez semblable dans le cadre juridique des conditions d'emploi des travailleurs temporaires. En vertu du principe d'égalité de traitement l'entreprise de travail temporaire doit verser aux intérimaires les primes et autres éléments de rémunération prévus par les accords applicables dans l'entreprise utilisatrice telle la prime de 13e mois. Encore faut-il que les salariés intérimaires remplissent les conditions prévues par les accords (30) ! La rémunération d'un intérimaire ne peut être inférieure à celle que perçoit dans l'entreprise utilisatrice un salarié de qualification équivalente occupant le même poste de travail (art. L.

124-4-2 C. trav.) Le respect de la règle de parité des avantages suppose toutefois lorsque des avantages sont octroyés sous condition d'ancienneté que le salarié intérimaire en justifie (31).

**15.-** Ensuite, on constate l'imparfaite prise en compte de la succession de contrats ou de formes d'emplois continues ou discontinues avec le même employeur. En effet, sauf si l'octroi d'un avantage fait référence à l'ancienneté dans la profession ou à une durée d'activité professionnelle, le principe est que c'est seulement la durée du contrat de travail en cours, et elle seule, qui est considérée pour les avantages d'ancienneté. De surcroît, en cas de changement d'entreprise, les obstacles au transfert ou à la continuité des droits pèsent davantage sur les travailleurs précaires. Ce constat invite à remonter à la source même de ces difficultés qui réside dans la notion d'ancienneté.

## II. - La relativité de la notion d'ancienneté

**16.-** « L'ancienneté est une unité de mesure s'appliquant à la vie de travail, comme l'âge est l'unité de mesure de la vie humaine » (32). Si l'ancienneté traduit l'écoulement du temps passé dans une fonction ou un emploi, auquel est attribuée une valeur, la notion d'ancienneté n'apparaît pas comme une notion légalement définie alors même qu'elle est omniprésente en droit du travail (33). Bien plus, les expressions rencontrées au détour du Code du travail laissent augurer du fait que la notion d'ancienneté n'est pas uniforme mais à géométrie variable.

Selon les droits en cause, l'ancienneté arbore différents visages, contribuant à en faire une notion éminemment relative. Les fluctuations de la notion dans les normes étatiques sont fortement amplifiées par la diversité des dispositions des conventions collectives et accords collectifs qui traitent de l'ancienneté. Elles intègrent leurs propres définitions et mesures de l'ancienneté qui, au demeurant, peuvent différer selon les avantages concernés (34). Parfois imprécises, elles génèrent aussi de délicats problèmes d'interprétation en fonction de leur rédaction et de leur finalité (35).

Ainsi, le droit du travail consacre plusieurs notions distinctes de l'ancienneté conduisant à des mesures de l'ancienneté non homogènes. Prioritairement, le droit du travail renvoie à une conception de l'ancienneté interne à l'entreprise, non exempte de limites (A) et marginalement à une ancienneté au sein de la branche ou du salariat qui mériterait d'être davantage consacrée (B).

### A. - Ancienneté dans l'entreprise : une conception dominante

**17.-** *A priori* l'ancienneté se confond avec une durée d'emploi du salarié au sein d'une même entreprise. Selon cette approche, l'ancienneté correspond à une période totale d'appartenance du salarié à l'entreprise, au-delà des formes juridiques d'emploi, qui ont pu se succéder. Cette conception fondée sur le « lien d'entreprise », permettant l'intégration des éventuelles discontinuités d'emploi et de contrats de travail, n'est cependant pas toujours celle qui l'emporte.

Car le droit du travail oscille, suivant la nature des droits en cause, entre deux conceptions plus ou moins restrictives sur un décompte différent de l'ancienneté dans l'entreprise.

**18.** La première, la plus étroite, fait référence à une ancienneté de services continus autrement dit une ancienneté de travail effectif. L'ancienneté fondée sur la continuité de la présence du salarié dans l'entreprise mesure alors la seule période d'exécution réelle de la prestation de travail. En principe, seules les périodes de travail effectif dans le cadre de l'exécution du contrat de travail sont alors comptabilisées. Cette notion restrictive a pour principal effet de soustraire les durées de suspension du contrat de la durée d'ancienneté dans l'entreprise acquise au titre d'un même contrat de travail en ne cumulant que les périodes antérieures et postérieures à l'inactivité. La notion d'ancienneté de services continus, qui procède d'une vision étroitement synallagmatique du contrat de travail, a d'abord été développée en jurisprudence avant d'accéder à une reconnaissance législative (36). C'est au

travers de l'article L. 122-10 du Code du travail que la consécration de la notion s'est définitivement forgée et que son champ d'application fut cantonné à certains avantages déterminés soumis à une condition de travail effectif : droit et durée du délai-congé (art. L. 122-6 C. trav.) ; droit à indemnité légale de licenciement (art. L. 122-9 C. trav.).

Le législateur a ensuite cherché à atténuer l'impact pénalisant de certaines absences du salarié en spécifiant qu'elles constituent une période de travail effectif ou une période de suspension prise en compte dans l'ancienneté. Même si la technique empruntée manque parfois de cohérence l'assimilation, totale ☞(37) ou partielle ☞(38), de périodes non travaillées à des périodes travaillées permet de corriger les effets restrictifs de l'ancienneté de travail effectif. Au-delà, les conventions collectives jouent un rôle majeur en la matière puisqu'elles peuvent intégrer dans le décompte de l'ancienneté des périodes qui légalement en sont exclues. Cette relativité de la notion et de la mesure de l'ancienneté s'avère source de complexité et de contestations possibles. Aussi bien la pratique adopte parfois un calcul de l'ancienneté plus favorable au salarié qui ne neutralise plus les périodes non exécutées ☞(39).

**19.-** Celle-ci rejoint la seconde conception à l'oeuvre à savoir une ancienneté du lien contractuel qui s'attache à une mesure fondée sur la durée du contrat de travail en cours, de la date d'embauche à la date de l'événement ouvrant droit à un avantage d'ancienneté. En cas de rupture du contrat, l'ancienneté se confond alors avec la durée du lien contractuel ☞(40). Cette conception détermine notamment les sanctions applicables en matière de licenciement sans cause réelle et sérieuse et licenciements irréguliers eu égard au double régime des articles L. 122-14-4 et L. 122-14-5 du Code du travail ☞(41).

L'ancienneté entendue comme une appartenance du salarié à l'entreprise appréciée dans le cadre du contrat de travail procède de l'idée de continuité juridique de la relation de travail intégrant les durées de suspension du contrat. Cette conception d'une ancienneté centrée sur l'ancienneté dans le contrat et non sur une durée de travail, au sens quantité de travail, conjuguée à un principe d'égalité de traitement conduit à un décompte de l'ancienneté identique pour les salariés à temps partiel - ou intermittent - et à temps complet. De même la modification du mode d'organisation du temps qui s'inscrit dans la continuité de la relation contractuelle dans l'entreprise ne fait pas perdre au salarié le bénéfice de l'ancienneté acquise ☞(42).

**20.-** La même idée de continuité du lien contractuel sous-tend d'autres solutions qui s'attachent à la conservation de l'ancienneté en cas de transfert d'entreprise, malgré le changement d'employeur, à travers le mécanisme légal du maintien des contrats de travail en cours ☞(43), ou encore au cumul de l'ancienneté acquise au titre de différents contrats mais à la condition que la relation contractuelle se poursuive sous forme de contrat de travail à durée indéterminée ☞(44). Ainsi, la transformation du contrat de travail à durée déterminée en contrat à durée indéterminée permet au salarié de conserver l'ancienneté acquise au titre du contrat précaire ☞(45). Dans le même esprit, la requalification - sanction qui a pour effet de faire basculer rétroactivement la relation contractuelle dans le régime du contrat de travail à durée indéterminée se traduit par la prise en compte de l'ancienneté depuis le premier jour d'exécution de la prestation de travail ☞(46).

**21.-** Plus problématique apparaît la situation des travailleurs précaires en cas de succession de contrats à durée déterminée distincts et autonomes pour lesquels, sauf exception, l'ancienneté ne se cumule pas même lorsque les contrats s'enchaînent sans discontinuité. En effet, l'approche par l'ancienneté contractuelle véhiculée par le droit du travail conduit à traiter l'ancienneté par référence à la durée d'emploi au titre de chaque contrat indépendamment de la durée globale d'emploi dans l'entreprise ☞(47). Dans ce cas la nature des contrats successifs influence fortement la situation du salarié qui éprouvera les plus grandes difficultés à accumuler de l'ancienneté alors même qu'il effectue sa prestation au sein de la même entreprise ; la reprise d'ancienneté ne pouvant généralement résulter que de prévisions conventionnelles ou contractuelles ☞(48).

Certaines dispositions légales tendent néanmoins à neutraliser les effets défavorables de ce mécanisme en prenant en compte l'ancienneté acquise au titre d'un ou plusieurs contrats de

travail dans l'entreprise ou le groupe. Ainsi pour les droits à intéressement et à participation des salariés précaires, la détermination de l'ancienneté (trois mois au maximum) doit s'établir à partir de tous les contrats de travail exécutés au cours de la période de calcul de l'intéressement ou de la participation et les 12 mois qui la précèdent (49).

B. - Ancienneté dans la profession ou le salariat : un cadre à promouvoir

**22.-** La notion d'ancienneté dans l'entreprise s'affranchit de la notion d'ancienneté dans la profession, parfois prise en compte dans la loi ou les conventions collectives.

Détachée d'une logique purement contractuelle, l'ancienneté survit à une certaine mobilité du salarié dans un cadre de calcul élargi (50). Néanmoins cette approche demeure très marginale dans les textes étatiques car l'ancienneté est essentiellement apparue comme un mode de régulation des marchés internes du travail. Pour illustration, on ne cite guère que la suppression de l'abattement sur le SMIC des jeunes travailleurs pour ceux qui justifient de six mois de pratique professionnelle dans la branche d'activité (art. R. 141-1, al. 2 C. trav.). Cette approche élargie transparaît aussi dans le cadre des clauses de reprises d'ancienneté. En effet, des conventions collectives organisent pour l'application de certaines de leurs dispositions (classification, indemnité de licenciement...) la reprise de l'ancienneté éventuellement acquise dans le même secteur d'activité ou les mêmes fonctions (51).

La branche du travail temporaire offre, sous l'impulsion des partenaires sociaux, un traitement innovant de l'ancienneté dans une perspective de transfert ou de continuité des droits. Au-delà de la prise en compte de l'ancienneté dans l'entreprise de travail temporaire de nombreux accords de branche ont été conclus en vue d'améliorer notamment la protection sociale complémentaire et les droits à formation professionnelle des travailleurs intérimaires. Ces dispositifs retiennent un critère d'ancienneté dans la branche, de préférence à un critère d'ancienneté dans l'entreprise, ce qui est une manière de corriger les effets des discontinuités d'emploi et des changements d'employeur de ces salariés (52). Ces mécanismes de transférabilité des droits ne visent pas tant à encourager la mobilité qu'à fidéliser à la branche des salariés expérimentés et de mieux en mieux formés.

**23.-** A cette référence d'ancienneté dans la profession ou la branche, on rapproche, bien qu'elle s'en distingue, celle de durée d'activité professionnelle en tant que salarié. C'est alors l'ancienneté sur le marché du travail - plutôt appelée expérience - qui prime. L'ancienneté est ici appréciée non dans le contexte du métier ou de la profession mais dans le cadre du statut de salarié ce qui permet d'intégrer les changements de secteur et d'entreprise.

Néanmoins, ce cadre d'acquisition de l'ancienneté n'a que trop rarement une valeur autonome, l'octroi d'un avantage au salarié étant généralement couplé avec une condition d'ancienneté dans l'entreprise (53). Ainsi, le droit au congé individuel de formation est accordé aux salariés qui justifient d'une ancienneté en qualité de salarié, d'au moins 24 mois, consécutifs ou non, quelle qu'ait été la nature des contrats de travail successifs, dont 12 mois dans l'entreprise (art. L. 931-2 C. trav.) (54). Pour faciliter l'accès à ce congé des titulaires de contrats de travail à durée déterminée, le même type de combinaison s'observe avec des conditions d'ancienneté aménagées pour tenir compte de durées d'emploi plus courtes (55).

Promue par les partenaires sociaux, ce type d'approche l'emporte essentiellement dans le champ de la formation professionnelle pour laquelle la mutualisation est organisée (56). Bien qu'elle s'affirme comme une voie souhaitable d'évolution, la transférabilité des droits associés au contrat de travail se heurte à de puissants obstacles (57). Pour l'heure ils n'ont pas permis la mise en place de dispositifs interprofessionnels de mobilité favorisant la portabilité des droits sociaux, même si des avancées sont envisagées notamment en matière de formation et de garanties collectives (58).

**24.-** En définitive, si dans la réforme qui s'annonce le critère d'ancienneté pourrait être conservé car il remplit certaines fonctions, y compris de sécurisation des parcours professionnels, son approche normative doit être revue au risque d'être inadaptée voire handicapante pour les salariés. A cet égard, la piste d'un contrat unique de travail conférant

aux salariés des droits progressifs dans l'entreprise ne ferait que renforcer une logique contractuelle qui perturbe l'objectif de mobilité des salariés sans assurance de remédier à la dualité du marché du travail.

Plus sûrement, législateur et partenaires sociaux devraient réfléchir à ne pas indexer, par commodité, certains droits sur l'ancienneté lorsque cela ne s'avère pas indispensable. Est-il toujours pertinent de conditionner des avantages aussi nombreux et aux finalités aussi diverses à l'ancienneté ? A tout le moins, la réflexion reste à poursuivre, comme l'illustre le contentieux du CNE, sur le caractère raisonnable de la période d'ancienneté comme fondement de l'accessibilité aux droits afin de ne pas exclure les travailleurs dont les durées d'emplois sont courtes (59). Il conviendrait enfin de mieux prendre en compte la mobilité des salariés et les discontinuités de carrières auxquelles le critère d'ancienneté dans l'entreprise n'apporte que des solutions imparfaites. Plus certainement, une reconfiguration de la notion et le redéploiement de certains droits et protections autour de l'ancienneté dans la profession ou le travail, au delà des formes d'emploi ou des employeurs successifs, y contribueraient.

### **Mots clés :**

EGALITE PROFESSIONNELLE \* Ancienneté \* Notion \* Effets

(1) Rapport du CERC, « La sécurité de l'emploi face aux défis des transformations économiques », La Documentation française, 2005.

(2) Même si cette idée rallie, sous des déclinaisons diverses, chercheurs et principales forces politiques et syndicales, le concept a fait une entrée terminologique modeste dans le Code du travail avec la loi n° 2006-1770 du 30 déc. 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social.

(3) G. Vachet, « Sécurisation des parcours professionnels : utopie ou réalité », *Dr. soc.* 2006. 963.

(4) « La sécurisation des parcours professionnels peut être favorisée par l'évaluation des montants des avantages liés à l'exécution et à la rupture du contrat par référence à la durée totale de la carrière et non seulement à l'ancienneté auprès du dernier employeur », J. Barthélémy, G. Cette et P.-Y. Verkindt, « Contrat de travail, sécurisation des parcours professionnels et efficacité économique », Rapport au COE, annexe III, « Le recours aux garanties sociales », 2006, [www.coe.gouv.fr](http://www.coe.gouv.fr).

(5) Bien qu'en augmentation, les mobilités professionnelles restent faibles (16,3 % des actifs en 2002). Mais les formes de la mobilité se sont métamorphosées : plus de mobilité contrainte sous forme d'emplois précaires et de licenciement, moins de mobilité choisie sous forme de démission. Sur cette évolution : T. Amossé, « Interne ou externe, deux visages de la mobilité », INSEE, Première, n° 921, sept. 2003 ; J.-F. Germe, S. Montchatre et F. Pottier, « Les mobilités professionnelles : de l'instabilité dans l'emploi à la gestion des trajectoires », La Documentation française, 2003.

(6) Critère d'application des droits, à l'instar des seuils d'effectifs, l'ancienneté est génératrice, pour des fonctions ou finalités différentes, de nombreux avantages inscrits dans des règles de droit différentes : délai-congé, indemnités de rupture (licenciement, départ ou mise à la retraite), primes, congés payés et congés divers, électorat et éligibilité aux fonctions de représentation collective, garantie de rémunération ou de conservation d'emploi en cas de maladie...

(7) Parmi les études récentes qui invitent à reconsidérer le critère d'ancienneté : F. Dumont, « L'ancienneté : un critère à géométrie variable », *JCP S* 2007, n° 26, p. 1487 ; J.-Y. Kerbouc'h, « Les avantages liés à l'ancienneté entravent-ils la mobilité des salariés ? », La note de veille, Centre d'analyse stratégique, 2007, n° 67. Pour des réflexions doctrinales plus anciennes : G.

Raymond, « L'ancienneté de services », *Dr. soc.* 1967. 159 ; G. Poulain, « Le calcul de l'ancienneté et la discontinuité des services du salarié », *Dr. soc.* 1970. 223 ; J.-M. Béraud, « La suspension du contrat de travail », Sirey, 1980, p. 258 et s. ; G. Vallée, « La notion d'ancienneté en droit du travail français », *Dr. soc.* 1992. 871.

(8) La loi ne fait aucune obligation aux employeurs de verser à leurs salariés une rémunération supplémentaire en fonction de leur ancienneté. Ce sont les conventions collectives qui ont pris en considération l'ancienneté pour déterminer le salaire, qu'il s'agisse d'ajouter au salaire une prime d'ancienneté pour récompenser la fidélité des salariés à leur entreprise ou qu'il s'agisse des majorations de salaires pour ancienneté c'est à dire une manière de déterminer les salaires minima. A cela, s'adjoint fréquemment un certain nombre d'avantages qui ne sont pas directement liés à l'ancienneté mais se déclenchent à partir d'un certain nombre d'années de présence dans l'entreprise. C'est le cas de nombreuses primes (résultat, 13e mois, vacances...) en sus de la participation et l'intéressement presque toujours attribués sous condition d'ancienneté.

(9) En toile de fond, elle s'inscrivait dans les valeurs de l'entreprise paternaliste offrant protection et récompense en contrepartie de fidélité et gratitude.

(10) V. les derniers travaux sur ce thème : J.-M. Glasser, « Les justifications de l'inégalité des rémunérations ou que reste-t-il du principe ôà travail égal, salaire égalö », *RJS* 8-9/07, p. 687 ; T. Aubert-Monpeyssen, « Principe ôà travail égal, salaire égalö. Quels éléments objectifs justifient une différence de rémunération ? », *JCP E* 2007. 1960 ; A. Lyon-Caen, « ôA travail égal, salaire égalö, une règle en quête de sens », *RDT* 2006. 16  ; G. Auzero, « L'application du principe d'égalité de traitement dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2006. 822.

(11) Plus largement, la dernière période est marquée par une diversification des modes de rémunération au sein des établissements et le développement de formules mixtes mélangeant instruments individuels et collectifs (« Les pratiques salariales des entreprises : plus de diversification, davantage de primes de performance », DARES, Premières Synthèses, sept. 2007, n° 37-1).

(12) R. Aeberhardt et J. Pouget, « Comment expliquer les disparités salariales ? », *Les salaires en France*, Insee, 2006, p. 19.

(13) Sur la démonstration cf. l'étude de J.-M. Glasser, *préc.*

(14) V. en ce sens la jurisprudence communautaire et les critiques qu'elle suscite: CJCE 17 oct. 1989, *Danfoss*, *RJS* 3/90, n° 375 ; CJCE 3 oct. 2006, *Cadman*, *JCP S* 2006, n° 46, p. 1888, note J. Cavallini ; note H. Tissandier, *RJS* 2/07, p. 121. Adde J.-P. Lhernoult selon lequel « la place de l'ancienneté dans la rémunération doit être repensée » cf. « Le chantier des discriminations en raison de l'âge », *RJS* 7/07, p. 595.

(15) C. Ramaux, « Emploi : éloge de la stabilité », in *Mille et une nuits*, 2006.

(16) D'abord, en toute logique, une forte instabilité de l'emploi empêche d'accumuler de l'ancienneté dans l'entreprise. A l'inverse, l'ancienneté acquise dans l'entreprise est le signe que l'on a fait ses preuves et minore le risque de rupture du contrat... En effet lors de l'embauche, l'information de l'employeur sur les caractéristiques de l'entreprise et de l'emploi occupé est incomplète. L'information des deux parties s'améliorant au cours des premiers mois, cela peut les conduire à poursuivre ou à mettre fin à la relation d'emploi. Par ailleurs, le savoir faire et les qualifications propres à l'entreprise augmentent avec l'ancienneté, ce qui rend le travailleur plus efficace donc plus rentable pour l'entreprise et augmente le coût qu'elle aurait à le remplacer.

(analyses extraites du rapport du CERC, *préc.*).

(17) Art. L. 321-1-1 C. trav.

(18) Pour de plus amples développements : G. Vallée, « L'ancienneté en droit du travail français et québécois : une approche de droit comparé », Thèse Lyon III, 1991.

(19) Soc. 15 nov. 2006, n° 04-42.731 ; Soc. 21 déc. 2006, n° 05-42.986.

(20) Soc. 6 mars 2007, n° 05-44.569.

(21) Art. L. 122-14-4 C. trav.

(22) Cette remarque vaut quel que soit le type de contrat de travail, car il existe une certaine unicité dans le coût du départ en deçà de deux ans d'ancienneté.

(23) Dans le même temps, on observe une plus grande fragilité des salariés anciens en termes d'insécurité de l'emploi. Les études existantes concluent à un effet plutôt négatif de l'ancienneté sur la probabilité de retrouver un emploi. Parmi les employés en contrat de travail à durée indéterminée, les plus anciens au moment de la perte d'emploi trouvent moins facilement un nouvel emploi (E. Delattre et M. Salognon, « Pratiques de gestion de la main d'oeuvre et durée de chômage : quels enjeux pour la politique de l'emploi ? in J.-M. Dupuis et al., *Politiques sociales et croissance économique (tome 2)*, L'Harmattan, 2002 ; Rapport du CERC, *préc.*).

(24) Selon P. Auer et B. Gazier, elle est de 11,7 années en France, en 2005 contre 10,7 dans l'Union européenne (« L'introuvable sécurité de l'emploi », Flammarion, 2006). Environ 85 % de la population connaît une situation stable en termes de travail avec un an de présence dans l'entreprise.

(25) L. Behaghel « Insécurité de l'emploi : le rôle protecteur de l'ancienneté a-t-il baissé en France ? », *Economie et statistique*, 2003, n° 366, p. 3.

(26) Environ 70 % des embauches se font en CDD au début des années 2000, 18 % des salariés en CDD une année donnée sont au chômage l'année suivante, contre environ 4 % pour les salariés en CDI (cf. B. Junod, « Précarité et CDD », Document de travail de la DARES, 2005).

(27) Rapport du Conseil Economique et Social, « La sécurisation des parcours professionnels », 2007.

(28) L'affirmation du principe d'égalité de traitement est également la voie empruntée par le droit communautaire (directive 1999/70/CE du 28 juin 1999). V. l'interprétation de la CJCE à propos de l'attribution d'une prime d'ancienneté : arrêt du 13 sept. 2007, *Del Cerro Alonso c. Osakidetza-Servicio Vasco de Salud*, aff. C-307-05.

(29) L'Insee chiffre à 6 % l'écart de salaire entre contrats à durée déterminée et indéterminée ; « Les salaires en France », *préc.*

(30) Soc. 29 nov. 2006, *Dr. soc.* 2007. 355, obs. C. Radé.

(31) Dès lors qu'une partie de la rémunération est liée à l'ancienneté un travailleur temporaire ne peut y prétendre que s'il remplit la condition d'ancienneté, Soc. 20 avr. 1989, *Bull. civ. V*, n° 306.

(32) G. Vallée, Thèse *préc.*, p. 1.

(33) Abstraction faite des dispositions conventionnelles très nombreuses, environ 80 dispositions législatives et réglementaires du Code du travail se réfèrent à l'ancienneté.

(34) Par exemple en cas de changement de catégorie professionnelle certaines clauses conventionnelles se réfèrent à des années de présence dans l'entreprise, alors que d'autres prennent en compte la durée de services en « qualité de » (catégorie professionnelle).

(35) Cf. les difficultés d'interprétation des clauses relatives aux indemnités de rupture : « Du mode de calcul de l'indemnité de licenciement », Ass. plén. 6 juin 1997, Rapport du conseiller J. Bourrelly, *Dr. soc.* 1997. 925.

(36) C'est à propos de l'interprétation de la notion de services continus servant de fondement à l'attribution du préavis légal de licenciement, instauré en 1958, que la Cour de cassation a dégagé la notion d'ancienneté de travail effectif, en s'inspirant du régime d'attribution des congés payés fondé sur une condition de travail effectif pendant l'année de référence (Soc. 9 oct. 1963, *Dr. soc.* 1964. 103 ; *JCP* 1963. II. 424, note G.-H. Camerlynck).

(37) Pour exemples : maladie professionnelle ou accident du travail (art. L. 122-32-1), congé de maternité ou d'adoption (art. L. 122-26-2), congés payés (art. L. 225-12), congé de solidarité familiale (art. L. 225-18), congé de soutien familial (art. L. 225-25) repos compensateur (art. L. 212-5-1), congé individuel de formation (art. L. 931-29) seront pris en compte dans le calcul de l'ancienneté de travail effectif.

(38) Ainsi la durée du congé parental d'éducation ou celle du congé de présence parentale n'est prise en compte que pour moitié dans la détermination des avantages liés à l'ancienneté (art. L. 122-28-6). Cependant pour le calcul des droits à DIF la période d'absence est prise en compte en totalité (art. L. 933-1).

(39) L'administration recommande elle-même cette démarche s'agissant du calcul du montant de l'indemnité de licenciement (Circ. TE, n° 18-68, 21 mars 1968, BO TEM, n° 13-68).

(40) V. le nouveau décompte de l'ancienneté lié aux changements intervenus à propos de la date de rupture du contrat de travail, Soc. 11 mai 2005, *Dr. soc.* 2005. 920, obs. J. Mouly ; Soc. 26 sept. 2006, *RDT* 2006. 386, obs. B. Reynès 📄.

(41) Néanmoins l'ancienneté dans l'entreprise s'apprécie en fonction du dernier contrat de travail au cours duquel le licenciement est prononcé, à l'exclusion des contrats antérieurs exécutés pour le compte du même employeur (Soc. 27 mai 1992, *RJS* 7/92, n° 860).

(42) Art. L. 212-4-5, al. 4 C. trav. Mais ce principe doit se concilier avec la règle de proportionnalité du salaire.

(43) Art. L. 122-12, al. 2 C. trav.

(44) Nouvelle manifestation du fait que les avantages d'ancienneté sont étroitement attachés à la figure du contrat stable autrement dit le contrat de travail à durée indéterminée de droit commun qui permet de bonifier l'écoulement du temps.

(45) Art. L. 122-3-10 C. trav. Dans le même sens les dispositions de l'art. L. 117-10 sur l'apprentissage qui prévoient que l'apprenti embauché sous CDI dans la même entreprise à l'issue de la période d'apprentissage ne peut se voir imposer une période d'essai et que la durée du contrat d'apprentissage est prise en considération pour le calcul de sa rémunération et de son ancienneté. De même l'établissement d'un lien contractuel permanent avec l'entreprise utilisatrice conduit à la reprise de l'ancienneté de la prestation de travail du travailleur temporaire (art. L. 124-6 et L. 124-7 C. trav.).

(46) Soc. 7 avr. 1989, *Dr. soc.* 1989. 799, obs. C. Roy-Loustaunau.

(47) Il faut réserver le cas de l'ancienneté acquise dans l'entreprise de travail temporaire qui ne s'efface pas avec la fin de la mission. Pour l'application des dispositions législatives et réglementaires qui se réfèrent à une condition d'ancienneté dans l'entreprise, l'ancienneté est calculée en totalisant les périodes pendant lesquelles les salariés ont été liés à l'entrepreneur de travail temporaire par des contrats de mission (art. L. 124-15 C. trav.).

(48) Selon l'accord du 20 déc. 2006 relatif aux salariés employés sous CDD d'usage dans la

branche de la télédiffusion, le contrat de travail à durée déterminée cesse en principe sans préavis, ni indemnité. Toutefois en cas de collaboration continue de longue durée des indemnités de rupture peuvent être dues, au bénéfice de salariés dont les CDD d'usage chez un même employeur, sur une durée minimale de 2 ans ont dépassé 100 jours ou 800 heures en moyenne par an. Voir cependant les dispositions particulières de l'art. L. 122-3-15, al. 1er C. trav. sur le cumul de l'ancienneté pour les CDD saisonniers successifs.

(49) Art. L. 444-3 et L. 444-4 C. trav. De même, en matière d'éligibilité aux fonctions représentatives du personnel, l'ordonnance n° 2005-1478 du 1er déc. 2005 (art. L. 423-8 C. trav.) permet d'additionner les durées d'emplois dans l'entreprise pour remplir la condition d'ancienneté d'un an. Peu importe que cette ancienneté résulte de contrats distincts séparés par des périodes d'interruption (Soc. 3 oct. 2007, n° 06-60.063).

(50) Il arrive aussi que le Code du travail prévoit, pour le calcul de certains droits, le cumul de l'ancienneté acquise au sein d'un groupe d'entreprises (art. L. 122-14-8, al. 2).

(51) Par exemple dans les professions du BTP ont été mis en place les moyens grâce à la mutualisation de calculer les indemnités de carrière sur l'ensemble de l'activité dans le secteur considéré.

(52) Par exemple : pour le CIF-intérim l'intérimaire doit justifier d'une ancienneté de 1600 heures dans la profession de l'intérim au cours des 18 derniers mois dont 600 heures dans la même entreprise de travail temporaire.

(53) La même technique du cumul de conditions d'ancienneté est mise en oeuvre pour l'ouverture du droit à certains congés dont le congé sabbatique accessible au salarié qui justifie d'une ancienneté dans l'entreprise d'au moins 36 mois, consécutifs ou non, ainsi que de 6 années d'activité professionnelle (art. L. 122-32-18).

(54) La définition de l'ancienneté est en général donnée dans la convention collective régissant l'entreprise ou la branche professionnelle, ou dans le contrat de travail. A défaut l'ancienneté, par référence à l'art. L. 122-6 s'entend d'une période « continue au service du même employeur ».

(55) 24 mois consécutifs ou non en qualité de salarié, quelle qu'ait été la nature des contrats successifs, au cours des 5 dernières années, dont 4 mois, consécutifs ou non, sous contrat à durée déterminée au cours des 12 derniers mois (art. L. 931-13 et s., ANI 5 déc. 2003 étendu, art. 2-38 et s.). Les conditions d'ancienneté pour l'ouverture des droits sont aussi abaissées pour l'accès au congé de bilan de compétences, droit individuel à la formation...

(56) S'agissant du DIF, si des accords de branche prévoient sa transférabilité en cas de mobilité au sein du groupe ou du même secteur entre des entreprises qui relèvent du même organisme collecteur.

(57) F. Gaudu les qualifie de « blocages corporativo-bureaucratiques », in « La ôSécurité sociale professionnelleö : un seul lit pour deux rêves », *Dr. soc.* 2007. 393.

(58) Voir en ce sens la lettre de mission du 1er août 2007 sur la modernisation du marché du travail adressée au ministre du Travail, des relations sociales et de la solidarité.

(59) Dans cet esprit la récente proposition patronale suscite notre intérêt : « une réflexion pourrait être envisagée au niveau des branches professionnelles pour évaluer les assouplissements susceptibles d'être apportés aux modalités de décompte de l'ancienneté dans l'entreprise en fonction de la nature des droits qui en dépendent », note de problématiques « L'évolution dans l'emploi », Réunion paritaire du 21 sept. 2007 sur la modernisation du marché du travail.

