

Rapport de recherche

L'articulation entre le contrat de
travail et les accords collectifs :
quelle flexibilité depuis la loi du 14
juin 2013 ?

Sous la direction de :

Monsieur le Professeur Alexis Bugada

Mme Jessica Attali

Auteur : Laura Boret

Magistère Droit Fiscalité Comptabilité

SOMMAIRE

TITRE 1 : UNE LOI TENDANT A L'ETABLISSEMENT D'UNE FLEXIBILITE : une articulation innovante du contrat de travail avec les accords collectifs 8

CHAPITRE 1 : UNE NOUVELLE ARTICULATION NORMATIVE ETABLISSANT UNE FLEXIBILITE AU SERVICE DE LA REORGANISATION DE L'EFFECTIF : L'ACCORD SUR LA MOBILITE INTERNE 9

CHAPITRE 2 : UNE NOUVELLE ARTICULATION NORMATIVE ETABLISSANT UNE FLEXIBILITE AU SERVICE DE LA DUREE ET DE L'ORGANISATION DU TRAVAIL : L'ACCORD DE MAINTIEN DE L'EMPLOI 18

TITRE 2 : LES OBJECTIFS LIMITES DE LA LOI : la flexibilité remise en cause par une articulation des normes inefficace menant à s'interroger sur l'existence d'une réelle réforme 33

CHAPITRE 1 : LA FLEXIBILITE REMISE EN CAUSE PAR UNE REFORME N'EMPORTANT PAS L'EFFICACITE PROMISE : ENTRE UNE NOUVELLE ARTICULATION INEFFICACE ET UNE MISE EN ŒUVRE INCERTAINE DES ACCORDS COLLECTIFS 33

CHAPITRE 2. LA FLEXIBILITE REMISE EN CAUSE PAR UNE REFORME INEXISTANTE : ENTRE UNE DENATURATION DES MESURES ET UNE ABSENCE DE CHANGEMENT 48

LISTE DES ABREVIATIONS

ANI : Accord National Interprofessionnel

Cons. const. : Conseil constitutionnel

C. civ. : Code civil

CDD. : Contrat à durée déterminée

CDI : Contrat à durée indéterminée

CE : Comité d'entreprise

C. trav. : Code du travail

CGT : Confédération générale du travail

Dr. soc. : Revue Droit social dalloz

DRH : Directeur des ressources humaines

GPEC. : Gestion prévisionnelle des emplois et compétences

Ibid. : Ibidem

JCP. G. : La semaine juridique, Edition générale

JCP. S. La semaine Juridique Social

JO. : Journal officiel

Op. cit. : Opere citato

PDV : Plan de départ volontaire

PSE : Plan de sauvegarde de l'emploi

RDT. : Revue de Droit du Travail

RTT. : Réduction du temps de travail

Sem. Soc. Lamy : Semaine sociale Lamy

TGI : Tribunal de grande instance

INTRODUCTION

Le droit du travail est caractérisé par de nombreuses sources, elles peuvent être extra-nationales, ou nationales. Au niveau national, l'on retrouve les sources classiques comme la Constitution, la loi et le règlement. Cependant, en sus de celles-ci, plusieurs « *sources professionnelles produites par les acteurs du monde du travail eux-mêmes*¹ », se sont affirmées. Les sources professionnelles les plus conséquentes sont les accords et conventions collectifs.

Une convention collective est celle qui est « conclue entre un employeur ou un groupement d'employeurs et un ou plusieurs syndicats représentatifs de salariés en vue de déterminer les conditions de travail et de rémunération qui s'imposeront aux employeurs adhérents au groupement, envers leur personnel.²»

L'accord collectif aura vocation à régir un point particulier, spécifique à la différence d'une convention collective de portée générale³. Les accords peuvent être de niveaux différents. Ils peuvent être conclus au niveau de l'établissement, de l'entreprise, de la branche et même au niveau interprofessionnel. Ces normes collectives sont rentrées inévitablement en contact avec le contrat de travail, norme individuelle. Le contrat de travail et les accords collectifs connaissent plusieurs relations étroites. D'une part, le contrat peut dans certaines situations consécutives à la dénonciation d'un accord ou d'une convention collective intégrer en son sein les clauses de la convention ou de l'accord collectif⁴. D'autre part, le contrat peut parfois

¹Favennec-Héry (F.) et Verkindt (P.-Y.), Manuel de Droit du travail, 4ème édition, 2014,LGDJ, Lextenso éditions.

² Cornu (G.), p.266, Vocabulaire juridique, 9ème édition, 2011, Quadrige/ Puf ; pour une définition très détaillée V. C.trav., art. L.2231-1

³ Le terme convention collective ou accord collectif sera entendu de la même manière dans les développements, en raison de leur similitude de régime notamment vis à vis de l'articulation avec le contrat de travail.

⁴ C. trav., art L.2261-13 « Lorsque la convention ou l'accord qui a été dénoncé n'a pas été remplacé par une nouvelle convention ou un nouvel accord dans un délai d'un an à compter de l'expiration du préavis, les salariés des entreprises concernées conservent les avantages individuels qu'ils ont acquis, en application de la convention ou de l'accord, à l'expiration de ce délai. »

s'emparer de dispositions plus favorables de la convention collective. Une articulation a du être mise en place entre celles-ci.

L'articulation du contrat de travail avec l'accord collectif est codifiée à l'article L.2254-1 du Code du travail, disposant que « lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf stipulations plus favorables. » Le principe de faveur est alors applicable permettant au salarié de bénéficier uniquement des clauses plus favorables de la norme collective, qui régissent le même objet que celles de son contrat de travail. Un tel principe s'explique par le fait qu'« *il ne faut pas perdre de vue que le collectif s'est développé, en droit français, pour assurer une meilleure protection des droits individuels des salariés. Son rôle est protecteur. Il ne doit pas changer de nature et devenir un moyen d'étouffer les droits individuels.* ⁵»

Pour autant, « un accord collectif ne peut modifier le contrat de travail d'un salarié ; seules les dispositions plus favorables d'un accord collectif peuvent se substituer aux clauses du contrat. ⁶ »

Ce postulat trouve sa source dans la théorie civiliste⁷, à défaut d'accord des deux parties au contrat, le contrat est intangible. Le contrat de travail est intangible d'une manière telle que la jurisprudence de la chambre sociale considère que « la référence dans le contrat de travail aux dispositions d'un accord collectif de travail n'implique pas que ces dispositions ont été contractualisées. ⁸ »

Certains auteurs soutiennent que la Cour de cassation a pu par certains arrêts ne plus faire référence au principe de faveur et se contenter d'une simple contradiction entre la norme individuelle et collective, pour subordonner l'application de cette dernière à la volonté du salarié. Ainsi H.-J. Legrand reprend l'expression de G. Couturier déclarant que « *l'intangibilité*

⁵ Pélissier (J.) et Favennec-Héry (F.) , « L'interaction entre l'individuel et le collectif », Sem. Soc. Lamy no 1508, p. 81.

⁶ Dans ce sens Soc. 27 juin 2012 n° 11-19019.

⁷ C. civ., art. 1134 « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise ».

⁸ Soc. 26 sept. 2012 : RJS 12/12, n°963.

du contrat, qui est sous-jacente à l'affirmation selon laquelle l'accord collectif ne peut modifier le contrat, est indifférente à la pesée des avantages⁹ ».

Par ailleurs, quelle source prévaut dans la situation où une convention collective impose des obligations et que le contrat de travail est silencieux¹⁰ ? La Cour de cassation a fait primer la convention collective. Ainsi, une clause de mobilité, d'essai ou de non concurrence conventionnelle pourra s'imposer aux salariés dans le silence de leur contrat¹¹. Deux conditions ont cependant été ajoutées. La première est que salarié doit avoir été informé de l'application de la convention collective. La seconde est qu'il doit avoir été mis en mesure de prendre connaissance de ladite convention au moment de son embauche. Par conséquent une distinction devra être opérée. Si la convention est antérieure au contrat silencieux, les obligations conventionnelles pourront s'appliquer, et inversement si la convention est postérieure. Néanmoins, cette relative autorité de la convention collective a perdu de son attrait depuis l'Accord national interprofessionnel du 11 janvier et la loi du 25 juin 2008 sur la modernisation du marché du travail¹². En effet, l'ANI dispose en son article 45 que « les contrats de travail devront préciser les conditions de mise en œuvre (...) des clauses de non-concurrence (...) et de mobilité ». Dès lors, il apparaît que « *la jurisprudence qui voyait dans les conventions collectives une source possible d'obligations nouvelles à la charge des salariés semble ainsi en voie d'extinction.*¹³ »

L'intangibilité du contrat ne rentre-t-il pas en contradiction avec la flexibilité ?

La flexibilité est définie comme des mesures qui permettent de « s'adapter aux circonstances particulières¹⁴ ». En droit social, la flexibilité permet à un employeur de s'adapter à une conjoncture économique plus ou moins favorable. Ainsi, en temps de récession, l'on comprend que la flexibilité est une réelle nécessité. L'employeur doit pouvoir modifier la rémunération, la répartition du temps de travail, la durée, ainsi que le lieu de travail, lorsque la nécessité le commande, sans risquer d'être inquiété devant la juridiction Prud'homale. Néanmoins, si certains de ces éléments relèvent du pouvoir de direction de l'employeur, comme l'aménagement du temps de travail, les autres appartiennent au « socle

⁹ Legrand (H.-J.) « Les accords collectifs de « maintien de l'emploi » : entre deux « frontières » de la négociation collective ? » Dr. soc. 2013 p.245, citant Couturier (G.) *Sem. soc. Lamy-2012*, n° 1534, l'ambivalence des rapports entre contrat de travail et convention collective.

¹⁰ Peskine (E.) et Wolmarck (C.) *Droit du travail, HyperCours*, 8^{ème} édition, Dalloz, p.557.

¹¹ Pour la clause de mobilité, Soc. 27 juin 2002 *Bull. civ. V.*, n°222.

¹² Sur la remarque, Peskine (E.) et Wolmarck (C.), *ibid.* p.557.

¹³ Peskine (E.) et Wolmarck (C.), *ibid.* p.557.

¹⁴ Dictionnaire Larousse édition 2013.

contractuel ». Ainsi l'employeur ne pourrait unilatéralement y apporter des modifications. Nous pouvons noter que la menace d'une prise d'acte, création purement prétorienne¹⁵, peut en cas de modification du contrat de travail sans accord du salarié, alourdir les tentatives d'initiatives des employeurs. Ceux ci se retrouvent pieds et poings liés, entre un besoin d'agir sur le contrat de travail pour rétablir la compétitivité de l'entreprise et, la nécessité de protection des droits du salarié.

Par voie de conséquence, les réformes législatives se sont succédées pour affaiblir la force du contrat de travail. Notons la loi du 19 janvier 2000¹⁶ abaissant la durée du travail de 39 heures à 35 heures, ou encore la loi du 29 février 2012¹⁷. Cette dernière est venue affirmer que la mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année prévue par accord collectif, ne modifie pas le contrat de travail¹⁸. Partant, l'accord du salarié n'est plus requis. Cette disposition est cependant inapplicable au salarié à temps partiel. En outre, le Code du travail aux articles L. 1222-7 et L. 1222-8, exclu du champ de la modification contractuelle la diminution du nombre d'heures stipulé en cas d'accord de réduction de la durée du travail. Cependant, ces dispositifs épars ne permettent pas d'instaurer une flexibilité importante et durable. Une réelle solution devait être apportée, et s'est dans cette perspective que la réforme conduisant à la loi du 14 juin 2013 a été conduite. L'une des particularités de cette réforme est qu'elle débuta par la conclusion d'un accord national interprofessionnel.

La loi est venue apporter une place croissante à la négociation collective, l'on parle désormais de « dialogue social ». Ce dialogue a fait l'objet d'évolutions législatives. Désormais le dialogue social occupe une place de choix, grâce à la loi Larcher du 31 janvier 2007¹⁹, au sein même du Code du travail, dans un chapitre préliminaire aux articles L.1 à 3 dudit Code. A présent, lorsqu'un projet de réforme est envisagé par le gouvernement portant

¹⁵ « Attendu que lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture produit les effets, soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, soit, dans le cas contraire, d'une démission » Soc. 25 juin 2003 Création de la prise d'acte par cinq décisions, n°01-42-335, n°01-43-578, n°01-42-679, 01-40-235, n°01.41-150.

¹⁶ Loi n° 2000-37 relative à la réduction négociée du temps de travail.

¹⁷ Loi n°2012-387 ; Prend le contrepied de Soc. 3 déc. 1996, soutenant que la modulation du temps de travail constitue une modification du contrat de travail qui requiert l'accord exprès du salarié, n°95-17.352, remarqué par Morand (M.), « L'adaptabilité contractuelle par l'accord collectif », Sem. Soc. Lamy – 2013 n° 1592.

¹⁸ C. trav., art. L3122-6.

¹⁹ Loi 2007-130, dite « Loi Larcher », sur la modernisation du dialogue social.

sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle, et qu'il relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle, il fait l'objet d'une concertation des organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue d'une éventuelle négociation²⁰.

Dès lors, les organisations patronales (MEDEF, UPA, CGPME), ainsi que trois syndicats (CFE-CGC, CFDT, CFTC) représentatifs des salariés au niveau de la négociation ont, aux termes de débats, signé un Accord National Interprofessionnel en date du 11 janvier 2013. Cet accord « pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés », se veut porteur d'une plus grande flexibilité au service des employeurs.

J. Freyssinet s'interroge sur la pertinence du recours à la négociation collective, notamment interprofessionnelle, pour avoir une finalité normative et non pas simplement d'édicter des objectifs généraux. Il considère que la négociation nationale interprofessionnelle « *constitue la situation où l'éloignement est le plus grand entre représentants et représentés (...) la légitimité des négociateurs peuvent de ce fait y être plus facilement mises en cause.*²¹ » Selon l'auteur seul un accord signé à l'unanimité des organisations représentatives au niveau national interprofessionnel serait pleinement légitime. Pour sa part l'auteur E. Peskine considère que « *les accords de maintien dans l'emploi illustrent de manière remarquable ce phénomène d'autorégulation de l'entreprise conduisant les partenaires sociaux à se donner eux mêmes leurs propres normes*²² ».

L'accord n'a pourtant pas recueilli l'unanimité, deux syndicats ne l'ayant pas signé, respectivement celui de FO ainsi que la CGT, car ils l'estimaient bien trop favorable au patronat. Néanmoins, l'accord conformément aux dispositions issues de la loi du 20 août 2008 a requis les signatures nécessaires pour sa validité²³. Il appartenait alors au Parlement d'établir une loi pour retranscrire l'ANI du 11 janvier 2013.

²⁰ C. trav., art. L.1. al. 1^{er}.

²¹ Freyssinet (J.), « Qui doit faire confiance aux négociateurs interprofessionnels » ? RDT N°3 mars 2013 (159/2013/3). Consacrée à l'ANI du 11 janvier 2013 au sein de l'étude « Peut on faire confiance à la négociation interprofessionnelle ? » sous la responsabilité de Wolmark (C.).

²² Peskine (E.), « Les accords de maintien dans l'emploi. Ruptures et continuités », RDT n° 3, mars 2013, 159/2013/3.

²³ C. trav., art. 2232-13 ; l'accord doit être signé par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli au moins 30 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles et à condition que ne s'y opposent pas un ou plusieurs syndicats représentatifs ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés.

La transcription a trouvé son aboutissement par la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi. Cette loi ayant pour objectif « *d'offrir à l'entreprise des outils de flexibilité*²⁴», apporte aussi bien de nouveaux procédés aux services des employeurs, que de nouveaux droits aux salariés.

La loi avait pour objet de répondre à deux objectifs : le premier est d'établir une flexibilité en contournant l'intangibilité du contrat, notamment en passant outre le principe de faveur ; le second est celui de sécurisation en limitant notamment les licenciements. Ces deux axes sont complémentaires, et vont s'entremêler dans plusieurs dispositifs créés par la loi.

La loi de sécurisation de l'emploi, dite « Loi Sapin », est venue apporter plusieurs dispositifs permettant d'instaurer une flexibilité. Cette flexibilité est engendrée par le fait que le nouveau dispositif créé va suspendre la norme individuelle au profit de celle collective.

Par conséquent quelle est la nouvelle articulation prévue par la loi du 14 juin 2013 ? Dès lors, cette articulation permet-elle vraiment d'affirmer un gain de flexibilité ?

Il faut tout d'abord écarter deux relations que la loi n'a pas entendue régir. La première est la relation entre l'accord collectif et la loi. La seconde est la relation de l'accord collectif avec une convention collective de branche, de niveau supérieur. Ainsi l'accord collectif ne prétend pas offrir de nouvelles possibilités autres que celles prévues par les règles en vigueur, pour déroger dans un sens défavorable à une convention collective de branche, et à la loi. Seule l'articulation du contrat de travail avec les accords collectifs a fait l'objet d'une évolution²⁵.

Parmi les nouveaux dispositifs soumis à la nouvelle articulation, nous pouvons compter « l'activité partielle²⁶». Après une autorisation administrative en cas de réduction ou de suspension temporaire de l'activité imputable notamment à la conjoncture économique, une transformation, restructuration ou modernisation de l'entreprise, les salariés bénéficient d'une indemnité en contrepartie du chômage partiel. Cette mesure entraîne la « suspension du contrat de travail » pendant une période temporaire. Le salarié ne peut refuser le chômage partiel. Néanmoins, la mesure ne constitue pas une modification du contrat de travail²⁷.

²⁴Teyssié (B.), « Vers un nouveau droit du travail ? A propos de la loi du 14 juin 2013 », JCP G. n° 29, 15 juillet 2013.

²⁵Borefreund (G.), « Le refus du salarié face aux accords collectifs de maintien dans l'emploi et de mobilité interne, DE l'ANI du 11 janvier 2013 à la loi », RDT 2013 p.316.

²⁶La mesure a été réformée par la loi du 14 juin 2013, C. trav., art. 5122-1 et s.

²⁷Soc. 18 juin 1998 n° 85-45.334.

Un dispositif de mobilité externe, a été également inséré aux articles L.1222-12 du Code du travail. Cependant il ne concerne que les entreprises d'au moins 300 salariés et permet à un salarié « justifiant d'une période minimale de 24 mois d'ancienneté consécutifs ou non », d'exercer une activité dans une autre entreprise. Son contrat de travail initial est suspendu. La période de mobilité externe sécurisée prévue par un avenant au contrat de travail est temporaire. Au terme de la période, le salarié retrouve de plein droit son emploi d'origine, ou un emploi similaire. Si le salarié ne souhaite pas retourner dans son entreprise d'origine, la rupture s'analyse en une démission, et ce en l'absence de toute lettre de démission exprimant une volonté non équivoque.

Toutefois, nous allons au cours de notre étude nous tourner uniquement vers deux dispositifs clés, qui sont respectivement les accords de maintien de l'emploi et de mobilité interne.

La loi de sécurisation de l'emploi permet alors par ces procédés, de ne plus raisonner par rapport au principe de faveur, et même de venir le « *contrarier*²⁸ ». En effet, si l'accord collectif est signé, il écartera les dispositions du contrat de travail. Il importera peu que ce dernier comporte des dispositions plus favorables. Ce nouveau raisonnement se comprenait, de sorte que, pour faire preuve de flexibilité il fallait pouvoir écartier le frein du principe de faveur. En outre, certains auteurs vont même jusqu'à prôner le rôle des partenaires sociaux comme la norme permettant au mieux de « *réaliser des compromis locaux maximisant la conciliation entre les attentes des salariés et les besoins de l'entreprise*²⁹. »

Par conséquent, le contrat de travail ne semble plus ainsi être une convention immuable. Comme le préconisaient les rédacteurs de la loi du 14 juin 2013, une flexibilité a pu être établie grâce à une articulation innovante du contrat de travail avec les accords collectifs (Titre 1). Cependant, la loi voit ses objectifs limités. La flexibilité est remise en cause par une articulation inefficace menant à s'interroger sur l'existence d'une réelle réforme (Titre 2).

²⁸ Pour l'utilisation de l'expression : Béal (S.), « Les accords de maintien de l'emploi en quête de sécurité juridique », *Sem. Soc. Lamy*-2013 n°1592.

²⁹Barthélémy (J.), « Pour une nouvelle articulation des normes en droit du travail », *Dr. soc.* 2013 p 17

TITRE 1 : UNE LOI TENDANT A L'ETABLISSEMENT D'UNE FLEXIBILITE : UNE ARTICULATION INNOVANTE DU CONTRAT DE TRAVAIL AVEC LES ACCORDS COLLECTIFS

*L*e contrat de travail et les accords collectifs sont deux normes qui peuvent entrer en relation. Ces relations ne concernent pas deux normes similaires, car l'une est collective et l'autre individuelle.

L'on peut dénoter plusieurs points limitant la flexibilité de l'organisation du travail et de la gestion des effectifs dans une entreprise.

Tout d'abord, l'articulation même de la norme collective et individuelle est contraignante. Car cette dernière a une force particulière lui conférant un caractère intangible. La loi Sapin a eu la volonté d'apporter une nouvelle articulation flexible des normes.

Ensuite, les règles du droit du travail et la jurisprudence de la Chambre sociale relatives à la rémunération, au temps de travail, ainsi qu'à la mobilité du salarié, sont très protectrices. La loi du 14 juin 2013 a mis en place deux dispositifs qui, grâce à la nouvelle articulation, peuvent déroger défavorablement au contrat de travail. La mobilité interne réorganise la gestion des effectifs (chapitre 1), tandis que l'organisation du travail est assouplie par l'accord de maintien de l'emploi (chapitre 2).

CHAPITRE 1 : UNE NOUVELLE ARTICULATION NORMATIVE ETABLISSANT UNE FLEXIBILITE AU SERVICE DE LA REORGANISATION DE L'EFFECTIF : L'ACCORD SUR LA MOBILITE INTERNE

Le concept de mobilité est le fait pour une personne de se déplacer. L'on distingue la mobilité géographique et professionnelle. La première consiste en un changement de lieu et non de poste professionnel, tandis que la seconde traduit une évolution professionnelle. Les deux mobilités ne sont pourtant pas exclusives l'une de l'autre. Ainsi, l'accord collectif négocié pourra prévoir une mobilité professionnelle et/ ou géographique.

Nous pouvons distinguer également « *l'ampleur*³⁰ » de la mobilité. C'est à dire que la mobilité peut être interne à l'entreprise ou au groupe auquel elle appartient, ou externe à celle-ci. Bien que la loi se soit emparée de ces deux mobilités nous nous attacherons exclusivement à celle interne.

La loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 a codifié « l'accord de mobilité interne » au sein de la sous section 2 « Mobilité interne », de la section 3 (Négociation triennale), du Chapitre II (Négociation obligatoire en entreprise), du titre IV, du livre II de la deuxième partie du Code du travail, aux articles L.2242-21 à L.2242-23 .

L'état du droit positif avant l'entrée en vigueur de la loi du 14 juin 2013 était au regard de l'intangibilité contractuelle contraignant (section 1). De sorte que l'adoption de l'accord collectif sur la mobilité interne répond à la nécessité d'une plus grande souplesse en matière de mobilité (section 2).

SECTION 1 : UN REGIME DE MOBILITE CONTRAIGNANT : LA NECESSITE D'OBTENIR UN REGIME PLUS SOUPLE

Le contrat de travail ne peut être modifié sans l'accord du salarié. Cependant, en vertu de son pouvoir de direction, l'employeur peut effectuer des changements concernant les

³⁰ Verkindt (P-Y), Les mobilités, *JCP S* n°25, 25 juin 2013, 1261, spéc. n°8.

conditions de travail des salariés. La distinction entre changement des conditions de travail et modification du contrat est parfois difficile, notamment en matière de mobilité.

Néanmoins il ressort de la jurisprudence que, dès lors qu'un salarié est déplacé au sein de sa zone géographique d'emploi, il n'y a seulement qu'un aménagement des conditions de travail. Un tel changement ne nécessite pas l'accord du salarié. Par conséquent si celui-ci s'y oppose, il pourra être sanctionné de manière disciplinaire, notamment par un licenciement. Toutefois, cette zone géographique n'a pas été délimitée de manière claire et précise par les juges du fond. Seuls des clés de délimitation, indices du « secteur géographique », ont pu être donnés.

A contrario, si la nouvelle mobilité imposée se trouve en dehors de la zone géographique d'emploi, il s'agit d'une modification du contrat de travail nécessitant l'accord du salarié³¹. A défaut de recueillir un tel accord, si l'employeur a imposé la mobilité, le salarié pourra prendre acte de la rupture de son contrat de travail. La prise d'acte pourra être requalifiée par le juge en licenciement sans cause réelle et sérieuse si l'employeur a manqué de manière suffisamment grave à ses obligations. En l'occurrence dans le cas d'une modification du contrat de travail sans l'accord du salarié, il est certain que le licenciement sans cause réelle et sérieuse sera obtenu, écartant une possible requalification de la prise d'acte en démission.

Il est vrai qu'un contrat peut contenir une clause de mobilité, cependant la jurisprudence a fortement limitée non seulement sa validité, mais également sa mise en œuvre, quand bien même celle-ci avait été insérée avec le consentement du salarié lors de l'embauche³². Certains auteurs parlent même à propos de la gestion des mobilités d'une clause « *d'aléa* »³³. A l'inverse une clause de fixité du lieu de travail peut être stipulée contractuellement, réduisant à néant toute réelle possibilité de mobilité.

Le contrat est alors intangible en matière de mobilité. Une convention collective ne pouvait agir sur ces dispositions contractuelles, sauf à ce qu'elle soit plus favorable. En l'occurrence l'employeur ne souhaite pas établir un régime plus favorable pour le salarié. Bien au contraire, la convention collective devrait être moins favorable pour prévoir un champ de mobilité beaucoup plus large que celui en présence.

³¹ Soc. 15 juillet 1998 : TPS 1998, comm. 316 « L'employeur ne peut pas imposer à un salarié, sans son accord, la modification de son contrat de travail ».

Soc. 10 juillet 1996 *RJS* 1996, 580 « l'employeur peut, dans l'exercice de son pouvoir de direction, décider un changement de ses conditions de travail ».

³² Dans ce sens, Soc. 7 juin 2006 : *JCP S* 2006, 1917, note B. Bossu ; Soc. 15 déc. 2004 *RJS*, 2/05, n°122.

³³ Antonmattei (P.-H.), « L'accord de mobilité interne : il faut l'essayer ! », *Dr. Soc.* 2013 p794.

Face à cette contrainte, peu adaptée à la réalité d'une gestion flexible en cohérence avec la vie des affaires et le besoin de se maintenir sur le marché concurrentiel, la loi relative à la sécurisation de l'emploi a proposé une solution. L'accord sur la mobilité interne par son articulation avec le contrat de travail, permet de se libérer de la zone géographique, en accordant à l'employeur de procéder à des mobilités à l'extérieur de celle-ci. De plus, même si une clause de mobilité était prévue, elle ne ferait pas obstacle à l'accord. Ce dernier se contentera de venir sécuriser la mobilité du salarié.

SECTION 2 : LA LOI SAPIN REpondant A LA NECESSITE D'UNE PLUS GRANDE SOUPLESSE EN MATIERE DE MOBILITE : UNE NOUVELLE ARTICULATION DES NORMES ETABLISSANT UNE FLEXIBILITE

L'accord collectif de mobilité interne n'est pas obligatoirement conclu pour une durée déterminée à la différence d'un accord de maintien de l'emploi.

Le champ d'application de l'accord est large, car il peut concerner tous les salariés de l'entreprise, aussi bien ceux sous CDD que ceux titulaires d'un CDI, quelle que soit leur ancienneté.

Sont exclus du champ d'application de l'accord selon certains auteurs, « les changements d'affectations, même acceptés par l'entreprise, quand l'initiative émane du salarié en vue de satisfaire des exigences de sa vie personnelle³⁴ ». L'exclusion du champ des accords porte également sur toute mutation à caractère disciplinaire.

La flexibilité instaurée par les accords de mobilité interne est due à une nouvelle articulation des normes (paragraphe 1). Au soutien de cette articulation et par conséquent au service de la flexibilité, les conditions de validité de l'accord viennent s'inscrire (paragraphe 2).

³⁴Bach (P.-O.), « Accord de mobilité interne », JCP S n°39, 24 septembre 2013, 1370.

PARAGRAPHE 1 : L'ARTICULATION DES NORMES INSTAURANT LA FLEXIBILITE

Le salarié peut accepter l'application de l'accord collectif (A), de manière à écarter ses stipulations contractuelles contraires, ou refuser (B).

A) Le régime applicable en cas d'acceptation par le salarié

L'article L. 2242-23 du Code du travail dispose pour les accords de mobilités internes que « les stipulations de l'accord conclu au titre des articles L.2242-21 et L.2242-22 sont **applicables** au contrat de travail. **Les clauses du contrat de travail contraires à l'accord sont suspendues.** »

Le choix du terme « suspension » indique alors que, les dispositions contractuelles sont écartées de manière temporaire. Le contrat de travail est alors écarté, pour faire place à l'accord collectif, même défavorable. L'accord est défavorable car, il s'agira d'un accord prévoyant une mobilité plus étendue que celle permise par le contrat de travail et la jurisprudence.

Les « clause contraires » sont suspendues. Qu'est-ce qu'une clause contraire ? Certains auteurs tels que J.-E. Ray démontrent qu'une clause de mobilité contractuelle ne serait pas une clause contraire en raison de son champ par nature plus large que le secteur géographique³⁵. A son avis, seul serait contraire une clause de stabilité géographique. Ce point de vue n'est pourtant pas partagé par le Doyen P.-H. Antonmattei, qui part du postulat selon lequel une clause contraire est justement une clause de mobilité³⁶.

Pourrait-on affirmer que l'accord collectif, de par cette suspension puisse primer sur le contrat de travail ? L'auteur E. Peskine affirme qu'il y a une « *prévalence de la norme collective sur le contrat de travail* »³⁷, norme individuelle.

³⁵Ray (J.-E.), Droit du travail droit vivant édition 2013/2014 p.207 et s.

³⁶ Antonmattei (P.-H.), *op. cit.* p. 10.

³⁷ Peskine (E.), *op.cit.* p. 5.

Dans le même sens, l'avocat H.-J. Legrand soutient que la loi du 14 juin 2013 semble « *affirmer la primauté de l'accord collectif par rapport au contrat de travail*³⁸ ». L'accord collectif serait d'une part affranchi de l'application du principe de faveur qui imposerait la comparaison entre le contrat de travail et ledit accord. D'autre part, il n'y aurait pas d'existence de conflit de norme. L'auteur parle par conséquent de « *double dérogation à l'article L.2254-1*³⁹ ».

Par ailleurs, l'accord collectif ne s'intègre pas pour autant au contrat de travail.

Face à cette apparente flexibilité qui permet d'écarter les stipulations contractuelles, les syndicats de la FO et de la CGT ont refusé de signer l'ANI du 11 janvier 2013. En effet, selon A. Braun, Conseillère confédérale, exerçant au secteur juridique de la CGT, le dispositif est bien trop flexible, favorable au patronat et écarte le principe de faveur⁴⁰.

Dès l'acceptation de l'application de l'accord collectif par le salarié, trois zones géographiques ont pu être distinguées par J.-E. Ray⁴¹.

La première constitue « le secteur géographique », qui est celui défini par la jurisprudence au sein duquel le salarié ne peut refuser, sous peine d'une mesure disciplinaire, la mobilité.

La deuxième est « la zone géographique d'emploi », celle qui sera définie par l'accord collectif, et qui, favorablement à l'employeur pourra être plus étendue que celle jurisprudentielle.

Comment délimiter cette nouvelle zone ? Contrairement à l'ANI qui prévoyait de tenir compte du temps de trajet maximum (4 minutes) ou du kilométrage (50 km), la loi Sapin ne précise aucun critère précis d'établissement, laissant là une liberté offerte aux parties à la négociation collective. La zone ne peut de manière évidente comprendre tout le territoire National.

Pour délimiter la zone l'article L.2242-22 du Code du travail dispose que les accord doivent prévoir « les limites imposées à cette mobilité au delà de la zone géographique d'emploi du salarié, elle-même précisée par l'accord, dans le respect de la vie personnelle et familiale du salarié conformément à l'article L.1121-1 ».

³⁸ Legrand (H.-J.), *op. cit.* p.3.

³⁹ Legrand (H.-J.), *ibid.*

⁴⁰ Braun (A.). « Accord de maintien de l'emploi : et pourtant ils signent... » Sem. soc Lamy 2013 n°1592.

⁴¹ Ray (J.-E.), *op. cit.* p. 12.

Une fois la zone délimitée par l'accord collectif, celle-ci devrait «*logiquement s'imposer au juge*⁴² ». Le juge ne pourrait dès lors retrouver sa compétence que si l'accord est imprécis et laisse une marge d'interprétation à celui-ci.

La troisième et dernière zone est celle au delà du champ de l'accord collectif, au sein de laquelle les règles du « droit commun » sont applicables. Par conséquent, toute mobilité imposée au salarié au sein de cette zone serait périlleuse pour l'employeur, sous réserve d'une clause de mobilité licite.

Il importe dorénavant de se concentrer sur le régime du refus du salarié de l'application de l'accord.

B) Le régime applicable au refus du salarié

L'article 2242-23 Code du travail dispose que «(...)lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent l'application à leur contrat de travail des stipulations de l'accord relatives à la mobilité interne (...), **leur licenciement repose sur un motif économique**, est prononcé selon les **modalités d'un licenciement individuel pour motif économique** et ouvre **droit aux mesures d'accompagnement et de reclassement** que **doit** prévoir l'accord, qui adapte le champ et les modalités de mise en œuvre du reclassement interne prévu aux articles L.1233-4 et L.1233-4-1. »

Le législateur a choisi le licenciement pour motif économique individuel. Le législateur a su alors, avec la loi Sapin éviter habilement la contrainte du PSE et *a fortiori* des PDV. Le PSE est non seulement d'un point de vue procédural très complexe, et parfois même risqué⁴³.

En outre, il entraîne un plan de départ volontaire prévoyant des mesures d'accompagnement pour les salariés. Ainsi, les salariés auraient pu être tentés d'attendre le détail des plans de départs volontaires avant de prendre une réelle décision quant à l'acceptation ou au refus de l'application de l'accord⁴⁴.

⁴²Verkindt (P.-Y.), *op. cit.* p.9.

⁴³Soc. 25 janv. 2012 « La prise d'acte de la rupture du contrat de travail par un salarié concerné par une procédure de suppression d'emplois pour raison économiques, lorsqu'elle est justifiée par l'absence ou l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi que l'employeur est tenu d'établir, produit les effets d'un licenciement nul » : RJs 4/12, n°328 ; JCP S 2012, 1178, note L. Cailloux Meurice.

⁴⁴Ray (J.E.), *op. cit.* p. 12.

Par conséquent, quel que soit le nombre de salariés refusant l'accord, même plus de dix sur une période de 30 jours, aucun PSE ne semble requis.

En contrepartie, la loi prévoit que ledit licenciement « ouvre droit aux mesures d'accompagnement et de reclassement » que l'accord collectif doit obligatoirement prévoir.

Cette obligation consiste à fournir de la part de l'employeur tous les efforts de formation et d'adaptation afin de tenter de trouver un poste de reclassement.

Notons également l'application de l'article L. 1233-4-1 du Code du travail si l'entreprise possède une implantation à l'étranger.

Les mesures d'accompagnements consistent en cas de refus du salarié, à l'aider pour la recherche d'un nouvel emploi par l'intermédiaire d'un cabinet spécialisé choisi par la société. Cette assistance devra être prévue pour une durée déterminée. Elle pourra notamment consister en une aide pécuniaire forfaitaire en cas de création d'entreprise.

Ce licenciement particulier a fait l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel. Les juges de la Rue Montpensier ont validé la disposition considérant qu'« il était loisible au législateur de déterminer les règles applicables au licenciement du salarié qui refuse l'application des stipulations de l'accord relatives à la mobilité interne ; qu'en soumettant ce licenciement aux règles applicables au licenciement individuel pour motif économique, il n'a méconnu aucune exigence constitutionnelle ⁴⁵».

La menace d'un licenciement individuel économique automatique en cas de refus peut inciter le salarié à accepter l'application de l'accord collectif. Ainsi la nouvelle articulation pourra s'exercer et établira une flexibilité.

Cette flexibilité peut également être renforcée par les conditions même de validité de l'accord sur la mobilité interne.

⁴⁵ Cons. const., 13 juin 2013, n°2013-672 DC.

PARAGRAPHE 2 : LES CONDITIONS DE VALIDITE DE L'ACCORD DE MOBILITE INTERNE VENANT SOUTENIR L'ARTICULATION DES NORMES

Tout d'abord, le Code du travail permet la négociation de l'accord collectif « dans le cadre de mesures collectives d'organisation courantes sans projet de réduction d'effectifs⁴⁶ ». Il s'agit dès lors d'« *une négociation à froid*⁴⁷ ». L'absence de nécessité d'une situation économique défavorable, à la différence des accords de maintien de l'emploi, permet de faciliter le déclenchement des négociations, et ainsi à terme la conclusion de l'accord collectif, et *a fortiori* le recours à l'articulation normative source de flexibilité.

En outre, l'employeur selon la disposition législative « peut engager » la négociation. Il s'agit d'une simple faculté, à la différence de la négociation obligatoire dans les entreprises d'au moins 300 salariés, concernant le dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences.⁴⁸

Néanmoins, dès lors que des négociations sur la mobilité interne sont engagées dans les entreprises d'au moins 300 salariés, la négociation s'inscrit dans celle de la GPEC.

Par ailleurs, lorsque l'entreprise ne répond pas au critère d'effectif salarial, mais décide d'engager une négociation concernant la mobilité interne, elle devra obligatoirement prévoir les mesures d'accompagnement des évolutions prévisionnelles des emplois et compétences.

Une fois élaboré, l'accord doit recueillir le seuil législatif de signatures. Le seuil des syndicats représentatifs devant signer l'accord est de 30 %, ce qui est la même exigence qu'un accord collectif classique. Par conséquent, et à la différence des accords de maintien de l'emploi, l'ensemble du droit commun des articles. L.2232-12 et suivants du Code du travail est applicable.

Après les phases d'élaboration et de signature, l'accord collectif ne peut cependant pas immédiatement être applicable à la situation des salariés. En effet, l'employeur devra suivre une procédure d'application particulière.

⁴⁶ C. trav., art. L2242-21.

⁴⁷ Pour l'utilisation de l'expression Bach (P.-O.), *op. cit.* p. 11.

⁴⁸ C. trav., art. L 2245-15 et s.

La loi prévoit « une phase de concertation permettant à l'employeur de prendre en compte les contraintes personnelles et familiales de chacun des salariés potentiellement concernés⁴⁹. » Le memento Francis Lefebvre conseille en l'absence de dispositions législatives en prévoyant les modalités, de recevoir individuellement le salarié pour la phase de concertation. Ainsi, l'employeur sera mieux à même de connaître les contraintes du salarié⁵⁰.

Cette prise en compte de la vie personnelle et familiale est imposée dès la phase d'application conventionnelle. Dans une certaine mesure cela pourrait peut-être permettre d'éviter la même situation que la clause de mobilité, où par la suite le salarié excipe le moyen tiré de la méconnaissance de sa situation personnelle pour écarter une mobilité initialement acceptée ? Par conséquent l'employeur lui-même serait incité à recourir à l'accord collectif plus sécurisant.

L'article poursuit en prévoyant que, l'employeur souhaitant mettre en œuvre la mobilité doit en faire la proposition au salarié par une lettre recommandée avec avis de réception. La procédure d'information de l'article L.1222-6 est visée, dès lors, ils sont soumis à la procédure applicable à la modification du contrat de travail pour motif économique. Le salarié est informé qu'il dispose « d'un mois à compter de la réception du courrier pour faire connaître son refus ». A l'expiration du délai à défaut de réponse « le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée ». Par conséquent le salarié sera muté conformément aux stipulations de l'accord collectif.

Cette procédure se veut ainsi rapide et efficace car « qui ne dit mot consent ». Des mesures d'accompagnements à la mobilité sont prévues. Celles-ci faciliteront l'acceptation par le salarié de l'accord collectif. Le memento Francis Lefebvre, conseille également d'informer de manière individuelle chaque salarié de l'existence de l'accord et non de manière collective, et de préférence par écrit contre décharge par exemple, pour s'en ménager la preuve⁵¹.

L'accord de mobilité interne s'est inscrit dans un état de nécessité face à de nombreuses contraintes que présentaient le droit positif. Le régime offert par la loi Sapin instaure de nouvelles possibilités conventionnelles qui vont s'imposer au contrat de travail du salarié. Le régime de la mobilité semble alors permettre la flexibilité. Par ailleurs, le législateur a instauré l'accord de maintien de l'emploi qui permettra également un gain de flexibilité, grâce à une articulation normative similaire.

⁴⁹ C. trav., art. L.2242-23

⁵⁰ Memento Pratique Social, Francis Lefebvre édition 2014, paragraphe 17785.

⁵¹ Memento Pratique, ibid.

CHAPITRE 2 : UNE NOUVELLE ARTICULATION NORMATIVE ETABLISSANT UNE FLEXIBILITE AU SERVICE DE LA DUREE ET DE L'ORGANISATION DU TRAVAIL : L'ACCORD DE MAINTIEN DE L'EMPLOI

L'accord de maintien de l'emploi n'est pas une création française, un accord répondant aux mêmes considérations existant en Allemagne⁵².

L'accord désormais codifié vient précéder et prolonger l'idée des accords compétitivité-emploi, qui n'avaient jamais vu le jour. Le dialogue social avait commencé selon des axes donnés par le gouvernement Fillon. Néanmoins le débat n'a pas eu le temps d'aboutir à un accord, tout d'abord par manque de consensus, et ensuite en raison des élections présidentielles aboutissant à un changement de gouvernement.

La négociation par les partenaires sociaux a été relancée par la suite pour aboutir à l'ANI du 11 janvier 2013. L'ANI prévoyant « les accords de maintien **dans** l'emploi », au sein de son titre III, "Donner aux entreprises les moyens de s'adapter aux problèmes conjoncturels et de préserver l'emploi".

La loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi par son article 17 introduit « les accords de maintien **de** l'emploi » .

L'accord est codifié au sein du chapitre V « accords de maintien de l'emploi », du Titre II (maintien et sauvegarde de l'emploi) du Livre Ier (Les dispositifs en faveur de l'emploi), de la cinquième partie du Code du travail (L'emploi), aux L 5125-1 à L.5125-7 du Code du travail. L'accord collectif de maintien de l'emploi permet une flexibilité de par son régime (Section 1), mais également par ses conditions de validité qui viennent au soutien de la flexibilité (Section 2).

⁵² Rémy (V. P.) , « Les accords collectifs sur l'emploi en Allemagne : un « modèle » pour le droit français », *RDT* 2012. 133.

SECTION 1 LE REGIME APPLICABLE A L'ACCORD COLLECTIF DE MAINTIEN DE L'EMPLOI

L'organisation du travail est limitée par les dispositions intangibles du contrat de travail (paragraphe 1), de sorte que l'accord collectif de maintien de l'emploi répond à la nécessité de flexibilité en réarticulant la norme individuelle et collective (paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : UN REGIME D'ORGANISATION DU TRAVAIL CONTRAIGNANT : LA NECESSITE D'UN REGIME PLUS SOUPLE

L'employeur ne peut modifier les stipulations contractuelles du salarié sans son accord. En effet, «les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise⁵³». L'accord du salarié sera difficilement requis lorsqu'il s'agira de diminuer son salaire, faire varier la durée de son travail, ou de faire évoluer son poste de travail, et ce même de manière favorable. Le poste de travail est interprété de manière large englobant toute modification de poste, y compris les promotions. Un salarié peut même s'opposer à une diminution de la durée de son travail quand bien même sa rémunération demeurerait identique⁵⁴. De manière encore plus étonnante, une modification du contrat de travail ne peut être imposée au salarié même fautif⁵⁵. L'employeur ne peut par exemple rétrograder le salarié, qu'à la condition de recueillir son accord. Toutefois l'employeur sera en cas de refus en mesure de prononcer une autre sanction, aux lieu et place de la sanction refusée⁵⁶, tel un licenciement disciplinaire. Ce dernier n'est pas obligatoirement le choix préféré en premier lieu par l'employeur au regard de la gestion de l'organisation du travail dans son entreprise.

Partant, tout l'intérêt pour l'employeur, réside à connaître la subtile distinction et frontière entre une modification du contrat de travail et un simple changement des conditions de travail. Cependant, en matière de rémunération et de durée du travail la jurisprudence est très

⁵³ C. civ., art. 1134.

⁵⁴ Soc. 30 nov. 2010, n° 09-42.625.

⁵⁵ « Une modification du contrat de travail, prononcée à titre de sanction disciplinaire contre un salarié, ne peut lui être imposée ». Soc. 16 juin 1998 : *TPS* 1998, comm. 276, obs. P.-Y. Verkindt ; *Dr soc.* 1998, 803, rapp. Ph. Waquet. ; pour une application récente Soc. 28 avr. 2011 : *RJS* 7/11, n°610 ; *JCP S* 2011, 1284 note D. Corrignan-Carsin.

⁵⁶ Soc. 16 juin 1998, *ibid.*

claire.

Concernant la rémunération, non seulement elle considère de facto qu'elle est un « élément du contrat de travail qui ne peut être modifié sans l'accord du salarié⁵⁷ », mais de plus elle étend l'interprétation de la rémunération intangible. En effet, elle y rattache la structure de la rémunération⁵⁸, et même le mode de rémunération. Concernant ledit mode de rémunération, la seule limite réside, et ce de manière logique à un avantage conventionnel, qui pourra être dénoncé par l'employeur, comme une prime de 13^{ème} mois, sous réserve que la prime ne devienne pas un avantage individuel acquis.

L'employeur en matière de rémunération est contraint par les stipulations contractuelles, ne pouvant par un accord collectif y déroger défavorablement, même de manière indirecte, en diminuant la durée du travail.

Concernant la durée du travail, elle aussi est intangible car elle est de l'ordre de la modification du contrat de travail⁵⁹.

Le seul tempérament est la possibilité pour l'employeur d'aménager le temps de travail, c'est à dire la modulation des horaires de travail. Néanmoins, cette légère liberté offerte à l'employeur est restreinte par la Chambre Sociale notamment par un arrêt en date du 3 novembre 2011. La Chambre Sociale considère que même si l'employeur en vertu de son pouvoir de direction peut instaurer une nouvelle répartition du temps de travail, cette dernière s'analysera en une modification du contrat de travail en cas « d'atteinte excessive au droit du salarié au respect de sa vie personnelle et familiale ou à son droit au repos⁶⁰ ». L'employeur ne peut également unilatéralement faire varier un horaire de travail de jour à un horaire de nuit⁶¹.

Les partenaires sociaux, puis le législateur transposant l'accord de maintien de l'emploi ont répondu à la nécessité d'insuffler une flexibilité par une nouvelle articulation normative similaire à celle de l'accord de mobilité interne.

⁵⁷ Soc. 3 mars 1998, *Bull. civ. V*, n°109 ; RJS 1998, n° 417.

⁵⁸ « La rémunération contractuelle d'un salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié ni dans son montant, ni dans sa structure sans son accord, peu important que l'employeur prétende que le nouveau mode de rémunération est sans effet sur le montant global de la rémunération du salarié ». Soc. 18 mai 2011 : *JCP S.* 2011, 1502, note T. Lahalle.

⁵⁹ Soc. 20 oct. 1998, *Bull. civ. V*, n°433.

⁶⁰ Soc. 3 nov. 2011, *RJS* 1/12, n°10.

⁶¹ Soc. 8 juin 2002, *RJS* 11/02, n° 1205.

PARAGRAPHE 2 : LE REGIME SOUPLE DE L'ACCORD DE MAINTIEN DE L'EMPLOI : UNE ARTICULATION DES NORMES REpondant A LA NECESSITE DE FLEXIBILITE

Après la conclusion de l'accord de maintien de l'emploi, celui-ci pourra rendre l'articulation des normes effective, dès que l'accord du salarié aura été obtenu (A). A défaut, il convient d'examiner le régime du refus (B). Le champ d'application de l'accord est uniquement limité à une entreprise et non au groupe. Cependant au niveau de l'entreprise, l'accord pourra concerné tout ou partie des salariés, notamment seuls ceux d'un établissement.

A) Le régime applicable à l'accord du salarié : une nouvelle articulation normative

L'accord du salarié déclenche l'articulation normative favorisant la flexibilité (1). Le législateur a alors instauré un régime de l'accord collectif permettant de renforcer les possibilités d'acceptation du salarié et par conséquent le recours à une articulation flexible (2).

1) Le régime d'acceptation entraînant une articulation des normes favorisant la flexibilité

Dès lors que l'accord a été dûment élaboré, le salarié doit, pour que celui-ci soit effectif, accepter⁶² que ledit accord puisse s'appliquer à ses modalités d'organisation de travail et de rémunération en écartant le bénéfice de ses dispositions contractuelles contraires. Les modalités d'acceptation du salarié se veulent ainsi rapides et efficaces.

A cet effet, l'article L. 5125-1 du Code du travail dispose que «l'accord détermine le délai et les modalités de l'acceptation ou du refus par le salarié de l'application des stipulations de l'accord à son contrat de travail. A défaut, l'article L. 1222-6 s'applique.». Ledit article prévoit l'envoi par recommandé avec accusé de réception au salarié de la demande d'application de l'accord collectif. Le salarié dispose d'un mois à compter de la réception pour faire valoir son refus. A défaut son silence vaut acceptation.

⁶² Il ne sera pas utilisé le terme « volonté » pour qualifier l'acceptation du salarié. En effet, le concept d'une réelle volonté sans contrainte de refuser ou d'accepter étant très débattu.

L'acceptation par le salarié est requise selon les mêmes modalités d'acceptation de modification du contrat de travail pour motif économique⁶³, ce qui a laissé la place à de nombreux commentaires. A tel point que certains auteurs ont pu être très critiques de cette liberté d'acceptation par le salarié⁶⁴. Il n'en demeure pas moins que pour d'autres, un tel accord du salarié ne conditionne pas par lui-même l'application de l'accord collectif, écartant le contrat de travail. En effet, pour l'avocat H.-J. Legrand, l'accord du salarié n'est pas une condition suspensive restrictive, mettant en valeur l'importance à donner au dialogue social⁶⁵.

Dès l'acceptation du salarié, la nouvelle articulation se met en place. L'article L.5125-2 du Code du travail dispose que «pour les salariés qui l'acceptent, les stipulations de l'accord mentionné à l'article L. 5125-1 **sont applicables** au contrat de travail. Les clauses du contrat de travail **contraires à l'accord sont suspendues pendant la durée d'application de celui-ci.** »

Les dispositions du contrat de travail contraires, comme une durée de travail et/ ou un salaire plus importants seront suspendues. Cette suspension est à la différence de l'accord de mobilité interne, temporaire, car elle dure autant que dure l'accord, c'est à dire deux ans au maximum. L'auteur P. Lokiec, parle d'une « *atteinte à la force obligatoire des contrats en permettant d'escamoter ceux-ci au nom d'un intérêt collectif fondant le sacrifice des intérêts individuel*⁶⁶ .»

Cependant ce sont justement ces intérêts collectifs qui doivent transcender les intérêts individuels, pour que l'accord de maintien de l'emploi devienne un « *objectif commun associant l'intérêt de l'entreprise et des salariés*⁶⁷ ».

Les stipulations conventionnelles ne s'intègrent pas au contrat de travail. L'accord collectif, suspend temporairement les dispositions du contrat individuel. Ainsi F. Géa soulignait que l'accord collectif de maintien de l'emploi ne suspend que « *le contenu obligationnel*⁶⁸ ».

⁶³ C. trav. art. 1222-6.

⁶⁴ Jolivet (G.) « La loi de sécurisation de l'emploi : de la flexisécurité à la pseudo- sécurité ? » *JCP S* n° 44, 29 octobre 2013, 1427; V. *infra* titre II.

⁶⁵ Legrand (H.-J.), *op. cit.* p.3.

⁶⁶ Lokiec (P.), « Flexibilité et contrat de travail » : *JCP G* 2013, 224.

⁶⁷ Loiseau (G.), « Les accords de maintien de l'emploi », *JCP S*. n° 25, 25 Juin 2013, 1260.

⁶⁸ Géa (F.), « Le droit du licenciement économique à l'épreuve de la sécurisation de l'emploi », *Dr. Soc.* 2013 p. 210 issu du colloque « Autour des questions qui fâchent... Trente ans après les lois Auroux, refonder le droit du travail », organisé, le 16 nov. 2012.

En contrepartie des « efforts⁶⁹ » produits par les salariés, l'employeur s'engage à ne pas licencier les salariés, à maintenir leur emploi. Le salarié est alors assuré de conserver son emploi dans une conjoncture économique difficile. En effet, la conservation de l'emploi est primordiale pour le salarié, et constitue l'un des points essentiels du dispositif. L'accord collectif s'inscrirait même dans « *un modèle de flexisécurité, lequel implique que l'objectif de maintien quantitatif de l'emploi prévale sur la stabilité pour un salarié d'un emploi déterminé.* ⁷⁰ ».

Le maintien de l'emploi fait ainsi référence au volet sécurité de la loi de sécurisation de l'emploi. L'on retrouve l'idée d'un équilibre entre une certaine dose de flexibilité et une autre de sécurité accordée aux salariés. L'importance de la flexibilité générée par cet accord collectif est reconnue, mais de manière critique par la juriste A. Braun. Bien que désavouant la réforme dans sa globalité, elle s'est employée à le démontrer tout particulièrement pour l'accord de maintien de l'emploi. Le dispositif de maintien de l'emploi est le plus vivement critiqué, car celui-ci s'élabore et est proposé au salarié en période de « graves difficultés économiques conjoncturelles⁷¹ . » En cas de refus du salarié, il y aura un licenciement économique. L'auteur considère qu'il est l'« *une des problématiques de ce dispositif qui permet de mettre en place un chantage à l'emploi afin de dégrader les conditions salariales.* ⁷² ». Finalement elle considère que les salariés sont des « *investissements* » effectués par l'entreprise car en réduisant leur salaire par un accord de mobilité interne, l'entreprise est en situation plus favorable. Seuls les salariés doivent subir les « *éventuels mauvais choix de gestion de l'entreprise sur lesquels ils n'ont pourtant pas eu prise* »⁷³, et qui auraient entraînés la situation économique à l'origine de l'accord collectif.

Les dispositions contractuelles individuelles retrouveront toute leur force après l'expiration du délai accordé à l'accord collectif.

⁶⁹ C. trav., art. 5125-1.

⁷⁰ Peskine (E.), *op.cit.* p. 5.

⁷¹ C. trav., art. L.5125-1.

⁷² Braun (A.), *op. cit.* p. 13.

⁷³ Braun (A.), *op. cit.* p. 13.

2) Un régime de l'accord collectif venant au soutien de l'acceptation par le salarié

Le salarié sera incité à accepter l'accord collectif, pour conserver son emploi. Cependant ce dernier doit être assuré de pouvoir le conserver. A cet effet, un mécanisme issu du droit commun des obligations est alors inséré dans chaque accord, la clause pénale.

L'article L. 5125-2 du Code du travail dispose que « l'accord contient une clause pénale au sens de l'article 1226 du Code civil. Celle-ci s'applique lorsque l'employeur n'a pas respecté ses engagements, notamment ceux de maintien de l'emploi mentionnés à l'article L. 5125-1 du présent Code. »

L'auteur L. Fin-Langer s'interroge sur la garantie effective du maintien de l'emploi. Il semblerait qu'une telle garantie ne soit pas « absolue ⁷⁴ ». De sorte que, si l'employeur se voit dans l'obligation de ne pas procéder à un licenciement économique, il pourrait toujours licencier disciplinairement.

La violation de ses obligations par l'employeur permet au salarié subissant le préjudice d'obtenir l'indemnité forfaitaire de la clause Pénale. L'accord collectif doit fixer le montant de cette indemnité. Néanmoins l'inspiration de la clause étant celle du droit commun des obligations, le juge pourra en cas de litige réviser le montant de l'indemnité si celui-ci est dérisoire. Le montant forfaitaire est du de plein droit sans considération de la situation du salarié.

En outre, étroitement liée à l'obligation de maintenir l'emploi du salarié, l'employeur est tenu en quelque sorte d'une obligation de bonne foi, nous retrouvons là encore l'un des principes clés du droit des obligations. A défaut du respect de l'obligation de loyauté, l'accord pourrait être tout d'abord suspendu. L'article L.5125-5 du Code du travail dispose que « l'accord peut être suspendu par décision du président du tribunal de grande instance, statuant en la forme des référés, à la demande de l'un de ses signataires, lorsque le juge estime que les engagements souscrits, notamment en matière de maintien de l'emploi, ne sont pas appliqués **de manière loyale et sérieuse**(...) ». Ensuite, au terme de cette suspension, après examen des éléments transmis le juge pourra prononcer la reprise du régime de l'accord, ou bien prononcer la résiliation de celui-ci.

⁷⁴ Fin-Langer(L.), « La création d'un nouveau moyen de prévention des difficultés des entreprises par la loi de sécurisation de l'emploi : les accords de maintien dans l'emploi », Lettre d'actualité de Procédures collectives civiles et commerciales, Lexis Nexis, n° 12 juillet 2013.

La durée maximale de l'accord est limitée à deux ans⁷⁵. Le dispositif est alors provisoire, ce qui coïncide avec l'esprit du dispositif créé pour donner aux employeurs les moyens d'agir en attendant une possible amélioration dans la situation économique de l'entreprise.

Lorsque le terme des deux ans arrive, les salariés retrouvent leur situation contractuelle précédente. Par conséquent ceux-ci peuvent accepter plus facilement de se soumettre à l'accord, tout en sachant qu'il sera temporaire. Ainsi, la flexibilité liée à l'articulation normative trouvera une pleine effectivité.

Néanmoins, l'auteur F. Fin-Langer s'interroge si favorablement à la situation de l'employeur, et au détriment du salarié, comme n'étant plus soumis à la garantie de l'emploi, il pourrait alors licencier pour motif économique en invoquant par exemple la réorganisation de la sauvegarde de l'emploi⁷⁶ ?

De surcroît, le caractère temporaire de l'accord collectif est renforcé en cas d'amélioration de la situation économique. En effet, le salarié sera plus facilement enclin à accepter la primauté de l'accord collectif au détriment des clauses de son contrat de travail, si le caractère temporaire est avéré. En l'occurrence, dans le cas d'une amélioration économique, la suspension ou la résiliation de l'accord est également possible, sur la demande de l'une des parties au président du TGI statuant en la forme des référés⁷⁷. Il ne faut pas oublier que l'accord de maintien de l'emploi est négocié en ayant pour finalité première de faire face aux difficultés économiques de l'entreprise.

Pour prévenir l'amélioration économique l'accord doit prévoir les modalités de l'organisation du suivi régulier de l'évolution de la situation économique.

L'accord doit prévoir également les conséquences de l'amélioration de la situation économique de l'entreprise sur la situation des salariés. Non seulement à l'issue de sa période d'application mais aussi dans l'hypothèse d'une suspension de l'accord pendant son application, dans les conditions fixées à l'article L. 5125-5⁷⁸.

Nous pouvons observer que le législateur a mis en place de telles dispositions pour instaurer un équilibre entre les obligations de l'employeur, et la nouvelle articulation d'un

⁷⁵ C. trav. art. article L.5125-1 « III. — La durée de l'accord ne peut excéder deux ans. Pendant sa durée, l'employeur ne peut procéder à aucune rupture du contrat de travail pour motif économique des salariés auxquels l'accord s'applique. »

⁷⁶ Fin-Langer (L.), *op. cit.* p.24.

⁷⁷ C. trav., art. L.5125-5.

⁷⁸ C. trav., art. L.5125-1.

accord collectif défavorable s'imposant au contrat de travail. Cette notion d'équilibre est transparente au niveau de certaines dispositions législatives. On en veut pour preuve l'article L. 5125-1 disposant que « l'accord prévoit les conditions dans lesquelles fournissent des **efforts proportionnés** à ceux demandés aux autres salariés les dirigeants salariés (...), actionnaires. ». En effet, en période de mauvaise santé financière pour l'entreprise donnant lieu à un accord de maintien de l'emploi, l'on aurait du mal à défendre le versement de « parachutes dorés », de primes de retraites, d'augmentations de salaires des mandataires sociaux, et mêmes le versement de dividendes conséquents. Ces « efforts » renforcent l'idée de loyauté dans les obligations de chaque parties.

Cependant, à défaut d'acceptation, le régime du licenciement économique individuel s'applique.

B) Le régime applicable au refus du salarié : la qualification de licenciement individuel économique

En toute logique si le salarié peut accepter le bénéfice des stipulations de l'accord collectif, il peut le refuser. L'article L. 5125-2 du Code du travail dispose que « lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent l'application de l'accord à leur contrat de travail, leur licenciement repose sur un motif économique, est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique et ouvre droit aux mesures d'accompagnement que doit prévoir l'accord. »

Le choix d'un licenciement économique entraîné par le refus du salarié, est un choix très particulier du législateur et emporte de nombreuses conséquences. Ainsi, H.-J. Legrand s'était interrogé sur le bien fondé de la qualification donnée au refus du salarié⁷⁹.

Un tel refus ne pouvait être une démission, car le salarié agit selon le droit qui lui a été reconnu de s'opposer à la modification temporaire de certains éléments de son contrat de travail. Si nous pouvions revenir à une ancienne distinction, nous parlerions alors des "éléments essentiels" du contrat de travail.

Son opposition ne pouvait constituer une faute, partant le licenciement n'aurait pu être disciplinaire.

Ce n'était également pas un licenciement pour cause personnelle non disciplinaire. L'on aurait pu penser que ce refus conduirait à ce licenciement, rappelant ainsi la disposition de la loi

⁷⁹ Legrand (H.-J.), *op. cit.* p.3.

Aubry I⁸⁰. Ce n'est pas le choix effectué par l'ANI, ni le choix actuel de la loi. Pour l'auteur la seule référence possible à un caractère personnel aurait seulement pu être le fruit de la manière « *dont le salarié arbitre entre une nouvelle économie de sa relation de travail et la rupture, ou le risque de rupture de celle-ci* ⁸¹ ».

H.-J. Legrand approuve la cohérence dans le choix du licenciement individuel pour motif économique car la cause de rupture ne réside pas dans la proposition d'appliquer l'accord collectif au contrat de travail, ni même le refus du salarié. La cause réside dans les dispositions même de l'accord collectif, voire même des graves difficultés économiques conjoncturelles qui ont conduit à l'élaboration dudit accord. Par conséquent la rupture est « non inhérente à la personne du salarié », au sens même de l'article L.1233-3 du Code du travail régissant le licenciement économique.

Ce licenciement économique individuel se veut ainsi apporteur de flexibilité de la même manière qu'en matière d'accord de mobilité interne, car permettant d'éviter un licenciement économique collectif. Ce dernier étant contraignant de par son arsenal de dispositifs et procédures notamment, la procédure de consultation du comité d'entreprise, mais surtout l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi. L'employeur reste tout de même tenu de l'obligation de reclassement. L'accord collectif de maintien de l'emploi a dès lors de nombreux atouts de flexibilités.

L'auteur E. Peskine affirme que « *les accords de maintien dans l'emploi illustrent de manière remarquable ce phénomène d'autorégulation de l'entreprise conduisant les partenaires sociaux à se donner eux mêmes leurs propres normes* ⁸² ».

La volonté de vouloir inciter à recourir à l'accord de maintien de l'emploi se remarque également *ab initio*, dès sa conclusion.

⁸⁰C. trav. art. 1222-8 «Lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent une modification de leur contrat de travail résultant de l'application d'un accord de réduction de la durée du travail, leur licenciement est un licenciement qui ne repose pas sur un motif économique. Il est soumis aux dispositions relatives à la rupture du contrat de travail pour motif personnel.»

⁸¹ Legrand (H.-J.), *op. cit.* p.3.

⁸² Peskine (E.), *op.cit.* p. 5.

SECTION 2 : LES CONDITIONS DE VALIDITE DE L'ACCORD COLLECTIF DE MAINTIEN DE L'EMPLOI AU SERVICE DE LA FLEXIBILITE

Les conditions de validité d'un accord collectif auraient pu être classiques, néanmoins l'accord de mobilité interne a su se distinguer sur deux points. Le premier tient à l'exigence de conditions économiques particulières pour déclencher les négociations (paragraphe 1). Le second concerne les modalités de signature de l'accord (paragraphe 2). Ces deux particularités incitent d'une part l'employeur à recourir à l'accord, d'autre part à ce que le salarié considère l'accord comme une norme légitime, bien qu'ayant un caractère défavorable par rapport à son contrat de travail.

PARAGRAPHE 1 : L'EXIGENCE DE GRAVES DIFFICULTES ECONOMIQUES

Le système traditionnel prévoit que, en cas de difficultés économiques l'employeur peut proposer une modification du contrat de travail au salarié. A l'issue de cette proposition, et en cas de refus par le salarié, l'employeur peut procéder à un licenciement économique.⁸³

Cependant, le salarié pourra le cas échéant contester la cause de son licenciement en soulevant que celle-ci est sans cause réelle et sérieuse pour défaut de cause économique. La cause économique pouvant reposer notamment sur « la sauvegarde de compétitivité de l'entreprise⁸⁴ ». La jurisprudence étant stricte pour reconnaître la cause économique, car l'employeur ne peut procéder à un licenciement reposant sur une cause réelle et sérieuse si les difficultés économiques ne sont pas partagées par l'ensemble des entreprises du groupe au sein du même secteur d'activité⁸⁵. Ainsi, même si l'un de ses établissements connaît une

⁸³C. trav. art. L.1233-4 « Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques. »

⁸⁴Soc. 5 avril 1995, « Vidéocolor », « lorsqu'elle n'est pas liée à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques, une réorganisation peut constituer un motif économique si elle est nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe à laquelle elle appartient » Bull.,V, n° 123.

⁸⁵Dans ce sens Soc. 5 avril 1995, « vidéocolor » *op. cit.* p. 28 . ; ainsi que Soc. 2 déc. 1998 ; Soc. 14 déc. 2011.

conjoncture alarmante, l'employeur ne peut procéder à un licenciement économique suite à un refus du salarié de modifier son contrat de travail, au risque que celui-ci soit qualifié de sans cause réelle et sérieuse.

Dorénavant, la loi de sécurisation de l'emploi prévoit que l'accord de maintien de l'emploi viendra au terme de son élaboration, apporter à l'employeur un nouveau souffle, en lui permettant d'aménager les salaires, la durée de travail des salariés, et à terme de licencier économiquement, même si une seule entreprise du groupe connaît des difficultés économiques.

L'article L.5125-1 du Code du travail dispose que, « en cas de **graves difficultés économiques conjoncturelles** dans l'entreprise dont le diagnostic est analysé avec les organisations syndicales de salariés représentatives, un accord d'entreprise peut, en contrepartie de l'engagement de la part de l'employeur de maintenir les emplois pendant la durée de validité de l'accord, aménager, pour les salariés occupant ces emplois, la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ainsi que la rémunération au sens de l'article L. 3221-3(...) »

L'auteur L. Fin-Langer fait deux remarques concernant cette condition de validité de l'accord, qui atteste de la flexibilité accordée aux employeurs. Elle évoque ainsi l'accord collectif de maintien de l'emploi comme un « *nouveau moyen de prévention des difficultés des entreprises*⁸⁶ ».

En premier lieu, la notion de « graves difficultés économiques conjoncturelles » est une qualification bien plus souple que les difficultés économiques pouvant donner lieu à un licenciement suite à une modification du contrat de travail refusée par le salarié. En effet, les « graves difficultés conjoncturelles » s'analysent au seul niveau de l'entreprise. *A contrario* les difficultés économiques s'apprécient au niveau d'un secteur d'activité au sein du groupe. Par conséquent, si une entreprise rencontre ces « graves difficultés » elle pourra recourir à l'accord, quand bien même le groupe dans son ensemble est non déficitaire, voire même en situation économique florissante, il s'agirait d'une « *sorte d'automédication*⁸⁷ ».

En second lieu, les difficultés à caractériser sont seulement « conjoncturelles » et non aussi structurelles comme pour un licenciement économique. L'auteur indique que l'élaboration de

⁸⁶ Fin-Langer (L.), *op. cit.* p.24.

⁸⁷ Sur l'utilisation de l'expression, V. Loiseau (G.), *op. cit.* p.22.

l'accord, sa signature et son acceptation par les salariés permettrait d'éviter les licenciements tout en assurant « *le sauvetage* ⁸⁸ » de l'entreprise.

Par ailleurs la situation ou le « diagnostic » selon la loi, doit être nettement caractérisé⁸⁹. C'est pour cela que la direction peut recourir à l'aide de professionnels tels que des experts comptables pour faciliter l'établissement du bilan de la situation économique pouvant donner lieu à un accord. L'ANI du 11 janvier 2013 en son article 18 parlait même de « diagnostic partagé », en raison du dialogue avec les organisations syndicales représentatives pour établir ces difficultés. L'importance est encore accordée au dialogue avec les représentants du personnel, pour conférer aux accords de maintien de l'emploi à terme, la légitimité suffisante pour diminuer la force du contrat de travail.

Cet accord collectif est réellement un nouveau souffle qui a été offert au dirigeant d'une seule entreprise dans une situation économique déplorable, qui ne pouvait avoir aucun moyen d'action. Finalement, même si le salarié refusait la suspension de son contrat de travail, il serait licencié économiquement sans qu'il y ait besoin d'apprécier la cause économique au niveau du groupe. Ce licenciement étant semble-t-il automatiquement revêtu d'une cause économique⁹⁰. La possibilité de contester la cause réelle et sérieuse semble désormais impossible.

Dès lors que les graves difficultés économiques sont diagnostiquées, l'accord pourra faire l'objet d'une négociation, puis d'une acceptation par la signature des syndicats représentatifs.

PARAGRAPHE 2 : L'EXIGENCE D'UN ACCORD MAJORITAIRE

Le droit commun de la conclusion d'un accord collectif est la signature par les organisations syndicales ayant obtenues au moins 30 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles.

Néanmoins, l'article L.5125-4 du Code du travail dispose que « **par dérogation** à l'article L. 2232-12, la validité de l'accord mentionné à l'article L. 5125-1 est subordonnée à sa signature

⁸⁸ Fin-Langer (L.), *op. cit.* p.24.

⁸⁹ C. trav. art. 5125-1 : « un expert-comptable peut être mandaté par le comité d'entreprise pour accompagner les organisations syndicales dans l'analyse du diagnostic et dans la négociation(...)».

⁹⁰ Sur la remise en cause de cette automaticité, V. *infra* Chapitre 2 Titre 2.

par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés **en faveur d'organisations représentatives** au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants. »

Non seulement il y a une dérogation pour le seuil des 50 %, mais l'assiette du calcul est également modifiée en ce qu'il s'agit maintenant des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives, et non plus simplement des suffrages exprimés⁹¹. L'article prévoit également de manière très complète les modalités de conclusion en l'absence d'un délégué syndical et le régime applicable.

En somme la loi délimite de manière très précise la dérogation au droit commun.

Les autres modalités de conclusions sont pour le reste identiques au droit commun, notamment l'absence d'opposition d'une ou plusieurs organisations représentatives ayant recueillies la majorité des suffrages exprimés⁹².

L'auteur E. Peskine s'est interrogée sur la nécessité de recourir à un accord majoritaire⁹³. Une telle nécessité se distinguant d'un accord classique pourrait s'expliquer pour deux raisons.

La première résulte de ce qu'il découle de l'accord de maintien de l'emploi une articulation particulière de l'accord collectif avec le contrat de travail, l'auteur parle « *d'impérativité renforcée* » de l'accord collectif.

La seconde serait tirée de la rencontre spécifique de la négociation collective avec la justification du licenciement économique et l'appréciation de la cause réelle et sérieuse⁹⁴.

Pour l'avocat H.-J. Legrand la nouvelle règle de représentativité majoritaire des accords, que les syndicats représentatifs doivent signer, confère plus de légitimité à l'accord lui-même. Par conséquent l'acceptation du salarié pour l'auteur n'est pas une condition suspensive. Il considère que son accord « *traduit, la prise en compte d'une possible divergence entre intérêt collectif, tel qu'apprécié par les parties à l'accord, et les intérêts individuels. La reconnaissance de la liberté de chacun de préférer pour soi-même un arbitrage entre durée du travail, salaire et emploi, différent de celui qui sous-tend l'accord collectif.*⁹⁵ »

Les nouvelles modalités de conclusions de l'accord permettent de lui conférer plus de légitimité. Cette légitimité permettra une application plus aisée des accords, et *in fine* la flexibilité entraînée par l'articulation des normes.

⁹¹ Dans ce sens, Béal (S.), *op. cit.* p. 7.

⁹² C. trav. art. 2232-12.

⁹³ Peskine (E.), *op.cit.* p. 5.

⁹⁴ Dans ce sens, V. développement *infra*, Titre 2.

⁹⁵ Legrand (H.-J.), *op. cit.* p. 3.

L'accord de mobilité interne tout comme l'accord de maintien de l'emploi permettent lorsqu'ils emportent l'acceptation du salarié un gain de flexibilité lié à l'articulation de l'accord collectif avec le contrat de travail. Les dispositions contractuelles plus favorables, permettant par exemple la fixité du lieu de travail, un certain niveau de rémunération, sont suspendues pour faire place à l'accord collectif. Ce dernier étant par principe moins favorable, permet de restreindre la portée du principe de faveur contraignant.

Néanmoins, cette apparente flexibilité comporte des limites. Malgré les idées, les espérances qui ont impulsé la loi, les nouveaux accords sont finalement complexes à mettre en œuvre. L'accord national interprofessionnel initial devant par la suite être repris par la loi du 14 juin 2013 portait en lui une réelle volonté de flexibilité. G. Jolivet remarque justement que des sujets « *tabous*⁹⁶ » ont pu être abordés, comme la diminution des salaires. Ainsi, les syndicats ont démontré une « *volonté de ne pas fermer les yeux sur de vraies préoccupations et de vrais freins à l'emploi et pour avoir osé s'attaquer à des sujets qui relevaient jusque là de l'impossible débat*⁹⁷ ».

⁹⁶ Jolivet (G.), *op. cit.* p. 22.

⁹⁷ Jolivet (G.), *ibid.*

TITRE 2 : LES OBJECTIFS LIMITES DE LA LOI : LA FLEXIBILITE REMISE EN CAUSE PAR UNE ARTICULATION DES NORMES INFFICACE MENANT A S'INTERROGER SUR L'EXISTENCE D'UNE REELLE REFORME

La loi de sécurisation de l'emploi laisse apparaître des limites, de sorte qu'elle ne semble pas atteindre ses objectifs. Les nouveaux dispositifs de maintien de l'emploi et de mobilité interne se sont emparés de deux sujets considérés comme des « *piliers du socle contractuel*⁹⁸ ». Néanmoins, chaque dispositif présente de nombreuses contraintes. Par conséquent, la réforme reste limitée, non seulement car l'articulation des normes présente des imperfections, mais également car la mise en œuvre des nouveaux accords est incertaine (chapitre 1). Nous pourrions même nous interroger sur l'existence d'une réelle réforme (chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LA FLEXIBILITE REMISE EN CAUSE PAR UNE REFORME N'EMPORTANT PAS L' EFFICACITE PROMISE : ENTRE UNE NOUVELLE ARTICULATION INEFFICACE ET UNE MISE EN ŒUVRE INCERTAINE DES ACCORDS COLLECTIFS

La flexibilité devait résulter d'une articulation normative en faveur de l'accord collectif. Cependant, il semble que la nouvelle articulation ne soit pas aussi effective que ce qui en était attendu (Section 1). Même si nous admettons un possible et faible effet de l'articulation, encore faut il que l'accord collectif défavorable au salarié soit, favorable à l'employeur. En effet, nous pouvons douter de l'utilisation par l'employeur de manière automatique des nouveaux accords collectifs tant ceux si sont porteurs d'incertitudes (Section 2).

⁹⁸Borefreund (G.), *op.cit.* p. 6.

SECTION 1 : UNE NOUVELLE ARTICULATION N'EMPORTANT PAS LES EFFETS ENVISAGES SUR LES STIPULATIONS CONTRACTUELLES

La loi du 14 juin 2013 a codifié la nouvelle articulation des normes. L'article L.5125-2 du Code du travail concernant les accords de maintien de l'emploi dispose que, « pour les salariés qui l'acceptent, les stipulations de l'accord (...) sont **applicables** au contrat de travail. **Les clauses du contrat de travail contraires à l'accord sont suspendues pendant la durée d'application de celui-ci.** »

De manière parallèle pour les accords de mobilités internes l'article L.2242-23 du Code du travail dispose que « les stipulations de l'accord (...) sont **applicables au contrat de travail. Les clauses du contrat de travail contraires à l'accord sont suspendues.** »

Tout d'abord, ces dispositions sont plus nuancées que celles de l'ANI qui prévoyaient que les stipulations « s'imposaient » au contrat de travail. Le changement terminologique passant de « s'impose » à « suspension » pour certains auteurs est intentionnel et significatif. Si le législateur avait conservé le premier terme l'accord du salarié n'aurait pas pu être emprunt d'ambiguïté. Il était suggéré que le salarié ne pouvait pas se retrancher derrière son refus pour échapper à l'application de l'accord⁹⁹.

Ensuite, un autre changement terminologique a été préféré après la transposition législative. En effet, la loi prévoit que « **les clauses** du contrats » sont suspendues, et non plus les « **éléments** contraires ». Ce changement réintroduit une certaine prédominance du contrat de travail, pour réduire les potentiels effets de l'accord collectif¹⁰⁰.

En outre, concernant les accords de maintien de l'emploi, la « suspension » ne dure qu'autant que dure l'accord, c'est à dire deux ans. La supériorité de l'accord collectif, si tant est qu'elle soit reconnue, ne serait finalement que temporaire. Quand bien même le salarié accepterait l'accord, celui-ci ne prévaut pas pour autant sur le contrat de travail, car il ne s'y incorpore pas. La force de l'accord collectif de maintien de l'emploi et de mobilité interne est temporaire, celle du contrat de travail est permanente, bien que susceptible de suspension.

⁹⁹ Borefreund (G.), op.cit. p. 6.

¹⁰⁰ Borefreund (G.), *ibid.*

Même si certains auteurs ont pu faire remarquer l'absence de délai maximum de validité concernant un accord de mobilité interne¹⁰¹.

En outre, que penser du refus du salarié ? Selon B. Teyssié il s'agit d'un « verrou ¹⁰²».

Nous venons de constater que si le salarié accepte, l'accord collectif ne prime pas réellement sur la norme contractuelle. *A contrario* si le salarié refuse l'application même de l'accord, que reste-t-il de l'articulation en faveur de l'accord collectif défavorable ?

Il semblerait concernant le refus, qu'il s'agisse en réalité d'une autorisation préalable au changement d'éléments « essentiels » du contrat de travail du salarié. Le refus du salarié quel que soit l'accord entraîne un licenciement qui repose sur un motif économique, et est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique. Ce motif économique « *par effet de la loi*¹⁰³ » semble en lui même poser des difficultés¹⁰⁴.

Pour l'auteur L. Fin-Langer « *l'accord collectif ne prime donc pas le contrat de travail, qui est modifié par cet accord collectif et donc suppose un accord exprès du salarié*¹⁰⁵. ».

De surcroît, en cas de refus d'un accord de maintien de l'emploi, le licenciement en résultant ne doit pas faire oublier que l'employeur devra certainement remplacer ce salarié¹⁰⁶.

Par ailleurs, l'auteur G. Borefreund remarque que de telles dispositions permettent peu à peu « *d'habituer les esprits* » à ce que les dispositions contractuelles ne sont pas intangibles. Face à une disposition conventionnelle, pouvant être plus favorable ou même défavorable, le contrat de travail pourrait à terme ne plus suffire à faire « *barrage à la norme conventionnelle*.¹⁰⁷ ». En allant encore plus loin dans sa réflexion, il considère qu'il faudrait réformer le droit des conventions collectives lui-même, de sorte que si le salarié détient une possibilité de refus, ce ne serait qu'en vertu d'une clause expresse de l'accord collectif.

Finalement, l'articulation commune accordée aux deux nouveaux dispositifs semble ne pas pouvoir permettre une réelle adaptation de l'entreprise à la vie des affaires. En effet, malgré une véritable intention de réaliser une réforme lors de la conclusion de l'ANI, après

¹⁰¹ Favennec-Héry (F) , « Accords de mobilité interne : un rendez-vous manqué ? », Sem. Soc. Lamy 2013 n°1592.

¹⁰²Teyssié (B), *op.cit.* p. 5.

¹⁰³ Merlin (V.) , « Les accords de maintien de l'emploi issus de la loi de sécurisation de l'emploi », Les Cahiers Lamy du CE - 2013 26/12/2013.

¹⁰⁴ V. *infra* Section 2.

¹⁰⁵ Fin-Langer(L.), *op. cit.* p.24.

¹⁰⁶ Merlin (V.) , *ibid.*

¹⁰⁷ Borefreund (G.), *op. cit.* p.6.

une transposition législative, le contrat semble rester intangible. Ainsi, l'accord de mobilité interne, tout comme celui de maintien de l'emploi, ne peuvent prôner un gain de flexibilité sur la simple articulation des normes qui lui leur était conférée. L'effet de l'articulation est faible. Cependant, si nous partons du postulat que l'employeur considère l'articulation effective. Il souhaite pour obtenir une flexibilité au sein de son entreprise, recourir à un accord collectif. Cet accord collectif devra être certes défavorable au salarié, mais surtout favorable aux besoins que nécessitent sa situation. Les accords collectifs de maintien de l'emploi et de mobilité interne sont ils favorables à l'employeur ?

SECTION 2 : UNE MISE EN ŒUVRE INCERTAINE DES ACCORDS COLLECTIFS

L'employeur doit pouvoir bénéficier d'un accord collectif qui lui soit favorable, c'est à dire utile et adéquat selon les nécessités requises au sein de l'entreprise. A bien des égards, l'utilité des accords collectifs a été limitée. La limitation tient non seulement à l'encadrement excessif des accords collectifs (paragraphe 1), mais également à de nombreux risques induits par la mise en œuvre de ces accords (paragraphe 2). Ainsi, comme le remarque le Professeur G. Loiseau « *la machine, huilée sur le papier, pourrait bien se gripper lors de sa mise en œuvre*¹⁰⁸ ».

PARAGRAPHE 1 : UNE MISE EN ŒUVRE INCERTAINE : PAR LA CONTRAINTE D'UN ENCADREMENT EXCESSIF DES ACCORDS COLLECTIFS

L'élaboration des accords collectifs, comme leur mise en oeuvre apparaissent difficiles à réaliser. Cela peut diminuer l'utilisation des accords. La réduction de leur utilisation serait telle que certains auteurs très critiques des dispositifs, notamment le Professeur et avocat M. Morand considère que « *les deux nouveaux nés de la loi relative à la sécurisation de l'emploi constituent, un acte manqué.*¹⁰⁹ »

En effet, un encadrement excessif affecte tant les accords de mobilité interne (A), que de maintien de l'emploi (B).

¹⁰⁸ Loiseau (G.), « La loi de sécurisation de l'emploi et le licenciement économique », Les cahiers sociaux, 1^{er} juillet 2013 n°254, P.314.

¹⁰⁹ Morand (M.), « L'adaptabilité contractuelle par l'accord collectif », *Sem. Soc. Lamy* -2013 n° 1592.

A) Un encadrement excessif de l'accord sur la mobilité interne

L'encadrement excessif s'exprime au travers d'un contenu obligatoire de l'accord collectif, prévoyant des mesures particulières favorables aux salariés.

Tout d'abord, les mesures d'accompagnement sont un frein à l'utilisation de la mesure. Elles sont applicables dès l'acceptation de l'accord par le salarié. L'article L.2242-22 du Code du travail dispose que l'accord «**comporte notamment (..)** les mesures d'accompagnement à la mobilité, en particulier les actions de formation ainsi que les aides à la mobilité géographique, qui comprennent **notamment** la participation de l'employeur à la compensation d'une éventuelle perte de pouvoir d'achat et aux frais de transport ».

Le verbe « comporte » au présent vaut impératif, par conséquent l'employeur ne pourrait en aucun cas se soustraire à ces mesures d'accompagnement. Les adverbes « notamment » laissent la possibilité d'une interprétation extensive et non limitative des différentes mesures d'accompagnement possibles. Le contenu obligatoire de l'accord de mobilité interne s'en retrouve renforcé.

Parallèlement des mesures d'accompagnement et de reclassement sont prévues pour les salariés qui refuseraient l'application de l'accord.

Ensuite, l'efficacité de l'accord est limitée par la prise en compte de la jurisprudence « Stéphanie », qui impose le respect de la vie personnelle et familiale du salarié. En effet, la Chambre sociale par un arrêt en date du 14 juin 2008 affirme qu'« il appartient aux juges du fond de rechercher si la mise en œuvre d'une clause de mobilité ne porte pas atteinte au droit du salarié à une vie personnelle et familiale et, dans l'affirmative, si cette atteinte est justifiée par la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché ¹¹⁰».

L'esprit de la réforme par l'introduction de l'accord de mobilité interne était guidé notamment vers la volonté de contourner la jurisprudence très encadrée en matière de clause de mobilité.

Néanmoins, le législateur a réintégré en le codifiant, l'un des garde-fous de ladite clause de mobilité¹¹¹. La codification ne renforce t-elle pas les conditions de mise en œuvre de l'accord

¹¹⁰ Soc. 14 oct. 2008, C. trav. P.77 note 447 sous art. L1221-1.

¹¹¹ C. trav., art. L.2242-22 l'accord collectif de mobilité interne « comporte notamment : -les limites imposées à cette mobilité au delà de la zone géographique d'emploi du salarié, elle-même précisée par l'accord, **dans le respect de la vie personnelle et familiale du salarié conformément à l'article L.1121-1** ; -**Les mesures visant à concilier la vie professionnelle**

de mobilité par rapport à une clause de mobilité ? Cette dernière ne doit prendre en considération la vie personnelle du salarié seulement suite à une interprétation jurisprudentielle susceptible de variations. Le fait de codifier a figé la nécessité de prendre en compte la situation personnelle de chaque salarié. De ce fait, le juge pourra opérer le contrôle de la proportionnalité et de la légitimité de la mesure en cas de contentieux¹¹².

En outre, la loi prévoit également qu'une « phase de concertation permettant à l'employeur de prendre en compte les contraintes personnelles et familiales de chacun des salariés¹¹³ » soit tenue. En pratique, cette phase de concertation pourra être une entrave si la mobilité concerne des centaines de salariés.

L'auteur P-O Bach remarque alors « *que la mobilité interne telle qu'envisagée par la loi ne pourra donc pas être déconnectée des réalités du quotidien des salariés*¹¹⁴ ».

De surcroît, la loi encadre l'identité de situation professionnelle avant et après la mise en œuvre de la mobilité.

Les accords ne doivent pas « avoir pour effet d'entraîner une diminution du niveau de la rémunération ou de la classification personnelle du salarié et doivent garantir le maintien ou **l'amélioration** de sa qualification personnelle¹¹⁵ ».

Cette formule vient également codifier la jurisprudence en matière de mobilité¹¹⁶.

Partant, la contrepartie négative selon J-E Ray, est le poids supporté par l'employeur de ces obligations. Une balance coûts/avantages au cas par cas sera effectuée¹¹⁷. Si le salarié déplacé se révèle au regard des mesures d'accompagnements moins attrayant, la mobilité ne sera plus proposée par l'employeur. Ces mesures, peuvent alors constituer en elles mêmes des limites à la mise en œuvre de la mobilité qu'elles étaient censées favoriser.

Par ailleurs, la procédure même d'élaboration d'un accord de mobilité interne peut être contraignante en pratique. L'accord collectif d'entreprise ou de groupe, peut être long à élaborer. Il n'y aura peut être même jamais de consensus.

et la vie personnelle et familiale et à prendre en compte les situations liées aux contraintes de handicap et de santé (...) ».

¹¹² Verkindt (P.-Y.), *op. cit.* p.9.

¹¹³ C. trav., art. L. 2242-23.

¹¹⁴ Bach (P.-O.), *op. cit.* p. 11.

¹¹⁵ C. trav., art. 2242-22.

¹¹⁶ En ce sens Soc. 15 déc. 2004 : *RJS* 2/05, n° 122.

¹¹⁷ Ray (J.-E.), *op. cit.* p. 12.

Le législateur a codifié plusieurs solutions jurisprudentielles contraignantes en matière de clause de mobilité. Comment un accord collectif peut-il gérer de manière collective des aspects aussi individuels tels que la vie familiale, « la situation d'handicap et de santé » ? Lors de l'élaboration de cet accord, il semble difficile notamment dans des entreprises de plus de 100 salariés, de prendre en considération la vie personnelle de tout un chacun lors de la rédaction dudit accord.

D'une part, comment décider d'un ordre de mobilité ? Quelles clauses du contrat de travail du salarié seront suspendues ? Et finalement, quand bien même l'accord aboutira, l'accord mis en place par l'employeur sera-t-il porteur d'une réelle flexibilité ?

D'autre part, si un salarié refuse la mobilité lorsque celle-ci porte atteinte à sa vie familiale, quelle sera la responsabilité de l'employeur ? Celui-ci devra être responsable de la simple application de l'accord collectif ? De nombreuses zones d'incertitudes persistent.

Le législateur a prévu également un encadrement excessif des accords de maintien de l'emploi.

B) Un encadrement excessif de l'accord de maintien de l'emploi

En contrepartie de la suspension du contrat de travail des salariés permettant une diminution de salaire et/ou une variation de leur durée de travail, l'employeur est soumis à des obligations contraignantes.

Tout d'abord, l'article L. 5125-5 du Code du travail dispose que « l'accord peut être suspendu par décision du président du tribunal de grande instance, statuant en la forme des référés, à la demande de l'un de ses signataires, lorsque **le juge estime que les engagements souscrits, notamment en matière de maintien de l'emploi, ne sont pas appliqués de manière loyale et sérieuse(...)** ».

Au terme du délai de suspension, à la demande de l'une des parties et à la vue des éléments transmis relatifs à l'application loyale et sérieuse de l'accord, le juge autorise la poursuite de l'accord ou le résilie.

Le terme résiliation a été préféré à celui de résolution, car ce dernier aurait emporté la rétroactivité de la nullité de l'accord, et non la cessation de ses effets pour l'avenir.

Une analyse exégétique permet de remarquer l'utilisation de l'adverbe notamment. L'on pourrait alors se demander si l'employeur pourrait être soumis à des obligations supplémentaires de maintien de l'emploi ? De ce fait, le juge a la possibilité de résilier

l'accord collectif si la liste des obligations extensives de l'employeurs n'est pas respectée. Quelle sera la position du juge lors de l'interprétation de cette loyauté en cas de litige ?

Ensuite, l'employeur est également soumis à la clause pénale en cas de manquement à ses obligations¹¹⁸. Comme le montant des dommages et intérêts est fixé par l'accord dans une clause, le juge pourra réviser le montant s'il est dérisoire, c'est à dire à la hausse. Ce rehaussement interviendra sans que le salarié créancier ait à démontrer un préjudice, ce qui pourra lui être favorable¹¹⁹.

En outre, l'accord doit fixer les conditions dans lesquelles « fournissent des efforts proportionnés à ceux demandés aux autres salariés, les dirigeants salariés exerçant dans le périmètre de l'accord, les mandataires sociaux et les actionnaires, dans le respect des compétences des organes d'administration et de surveillance. (...) »¹²⁰.

La loi n'apporte aucune précision sur la nature même des « efforts visés ». L'auteur V. Merlin souligne que ces efforts devront être détaillés par les mandataires sociaux, et souligne le rôle prépondérant de la négociation collective¹²¹. En cas de non respect, quelles seraient les sanctions possibles si un directeur général, un administrateur ou autre mandataire social se voyait augmenter sa rémunération ? A ce titre, le Professeur G. Loiseau affirme qu'« *il s'agit d'une simple postulation dans un esprit de bonne conduite* ». En effet selon lui le droit des sociétés a des règles spécifiques. Dès lors, les partenaires sociaux ne pourraient avoir aucune autorité en la matière¹²².

Enfin, même si l'employeur répondait loyalement de ses obligations et ne pouvait être inquiété, les nouvelles stipulations conventionnelles s'imposant aux salariés seraient elles suffisantes pour établir une flexibilité ?

L'employeur semble limité pour aménager la nouvelle organisation du travail et sa durée.

L'article L. 5125-1 du Code du travail dispose qu'« (...)un accord d'entreprise peut, (...),

¹¹⁸ C. trav., art. L. 5125-2, « l'accord contient une clause pénale au sens de l'article 1226 du Code civil. Celle-ci s'applique lorsque l'employeur n'a pas respecté ses engagements, notamment ceux de maintien de l'emploi mentionnés à l'article L. 5125-1 du présent Code. »

¹¹⁹ Notons que le juge civil a pu déjà avoir une vision large de l'inexécution sanctionnable par la clause pénale : Il est possible de sanctionner par une clause pénale « non seulement l'inexécution de l'obligation principale, mais aussi tous autres manquements ». Civ. 1ère, 10 février 1960, Bull. civ I, n°94;

De plus, application de la clause pénale s'applique « du seul fait de l'inexécution », sans que le créancier n'ait à démontrer un préjudice. Civ. 3ème, 12 janv. 1994.

¹²⁰ C. trav., art L. 5125-3.

¹²¹ Merlin (V.), *op. cit.* p. 35.

¹²² Loiseau (G.), *op. cit.* p. 22.

aménager, pour les salariés occupant ces emplois, la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ainsi que la rémunération, **dans le respect** du premier alinéa de l'article L. 2253-3 et des articles L. 3121-10 à L. 3121-36, L. 3122-34 et L. 3122-35, L. 3131-1 à L. 3132-2, L. 3133-4, L. 3141-1 à L. 3141-3 et L. 3231-2. (...)».

En somme, si l'employeur souhaite aménager la durée du travail il se verra interdit de déroger par l'accord à la durée légale, aux obligations liées au contingent annuel, au repos compensateur. L'accord devra respecter les règles relatives au temps de pause et de repos quotidien, aux congés payés légaux, aux durées quotidiennes et hebdomadaires maximales du travail.

Lorsque l'accord collectif voudra diminuer la rémunération, il faudra respecter le SMIC. La règle serait en réalité plus exigeante car l'accord doit avoir pour effet ni de diminuer la rémunération, horaire ou mensuelle, des salariés, lorsque le taux horaire de celle-ci à la date de la conclusion de l'accord est égal ou inférieur à 120% du SMIC, ni de ramener la rémunération des autres salariés en dessous de ce seuil¹²³.

Un employeur dans une situation de « graves difficultés économiques conjoncturelles » pourrait-il aménager la variation des salaires de manière favorable pour l'entreprise en respectant tous ces minimas ?

La loi a érigé des « murs¹²⁴ » de protection du champ contractuel. En effet, le contrat de travail étant « malmené », le législateur a tenu à encadrer très, et même trop strictement l'opportunité laissé à l'accord collectif de s'affirmer. Si la loi d'une main donne la possibilité de déroger au contrat de travail en suspendant ses effets, elle la reprend de l'autre en restreignant l'intérêt même de déroger au contrat de travail.

Les mesures encadrants chaque accord semblaient être favorables pour assurer un équilibre entre les obligations salariales et patronales et ainsi limiter les refus d'application. Cependant, l'encadrement est tel que le refus ne proviendrait pas du salarié, mais de l'employeur lui même, qui refuserait d'avoir recours aux accords.

¹²³ Remarque faite par Merlin (V.), *op. cit.* p. 35, concernant C. trav., art. (L.5125-1 « (...)II. L'application des stipulations de l'accord ne peut avoir pour effet ni de diminuer la rémunération, horaire ou mensuelle, des salariés lorsque le taux horaire de celle-ci, à la date de conclusion de cet accord, est égal ou inférieur au taux horaire du salaire minimum interprofessionnel de croissance majoré de 20 %, ni de ramener la rémunération des autres salariés en dessous de ce seuil. »

¹²⁴ Pour l'utilisation de l'expression : Loiseau (G), *op. cit.* p. 22.

Ainsi le Professeur G. Loiseau soutient qu'« *À trop vouloir bien faire, le législateur a en effet corseté les accords de maintien de l'emploi dans un réseau de règles impératives au risque de les étouffer*¹²⁵ ».

Un employeur pourrait hésiter également à recourir aux accords, car de nombreuses incertitudes présentant des risques sont présentes.

PARAGRAPHE 2 : UNE MISE EN ŒUVRE INCERTAINE : PAR L'ÉVENTUALITÉ DE NOMBREUX RISQUES

Les risques pouvant être présents concernent aussi bien les accords de mobilité (A), que de maintien de l'emploi (B).

A) Une éventualité de risques : concernant l'accord de mobilité

Recourir à l'accord de mobilité peut-il être favorable à l'employeur ? Une analyse « coûts/avantages » peut permettre de prendre du recul sur le recours à une politique de mobilité (1). L'accord de mobilité devait permettre en cas de refus d'éviter un licenciement économique collectif et in fine un PSE. Il apparaît que cet avantage n'est pas certain (2).

1) La tentative d'une analyse « coûts/avantages » : le risque d'un gain de flexibilité incertain

L'auteur J-E Ray s'est livré à une « *analyse coûts/avantages de ces politiques de mobilités systématiques*¹²⁶ » Cependant celui-ci liste plutôt quelques coûts sans laisser de réelle place aux avantages. Du moins, les avantages sembleraient hypothétiques.

Tout d'abord, une mobilité imposée au salarié, peut-elle être favorable à l'entreprise ? L'auteur en doute. Il s'interroge plutôt sur l'intérêt de l'entreprise de proposer la mobilité pour y trouver une cause de licenciement.

Ensuite, le salarié devra s'adapter à son nouvel environnement de travail. Il faudrait un ou deux ans pour qu'un cadre soit « *pleinement opérationnel* », voire même trois ou quatre s'agissant d'un cadre supérieur.

¹²⁵ Loiseau (G.), *op. cit.* p. 22.

¹²⁶ Ray (J.-E.), *op. cit.* p. 12.

En outre, certains emplois s'accrochent mal de la mobilité. Notons par exemple un conseiller financier qui changerait continuellement, déboussolant la clientèle. Pour des postes tels que DRH et délégués syndicaux la mobilité serait encore moins avantageuse. Une négociation entre un délégué syndical et un employeur ne sera pertinente que dans la mesure où chaque partie aura su « s'approprier », qu'une confiance a pu s'instaurer. Un « turn over » de ces catégories de salariés n'y concourt pas.

Par ailleurs, J. Icard imagine l'hypothèse, bien que très peu probable, par laquelle l'accord pourrait au final prévoir une zone géographique moindre que celle de la zone géographique définie par les juges du fond. Dans cette situation l'auteur indique qu'il y aurait « un régime de faveur au profit du salarié qui ne pourrait se voir imposer une mobilité supérieure à celle prévue par la clause conventionnelle¹²⁷ ». Néanmoins sans être plus restreinte, l'employeur pourrait réaliser que la zone de mobilité susceptible d'être acceptée par les salariés n'est en réalité que celle déjà existante en jurisprudence, la « zone géographique ». L'employeur ne semble alors pas retirer particulièrement d'avantages à mettre en place l'accord collectif sur la mobilité.

Finalement, recourir à une politique de mobilité ne serait pas toujours une solution pertinente. Chaque entreprise devra mesurer les difficultés d'y procéder, et prêter une attention particulière aux postes à soumettre à une mobilité. L'auteur J.E. Ray vient soulever un autre point de réflexion, un PSE n'est-il pas finalement inévitable ?

2) Le délicat refus du salarié emportant l'interrogation sur la nécessité d'un PSE

Tout d'abord, il est étonnant dans une perspective de flexibilité de remarquer que le salarié doit accepter la mobilité. Néanmoins, si l'on reprend la distinction ancienne, en présence de la modification d'un « élément essentiel » du contrat de travail, l'accord du salarié est requis.

Ensuite, certains auteurs font remarquer que, quand bien même une négociation sur la mobilité interne doit intervenir « à froid¹²⁸ », cette « image est brouillée¹²⁹ », par l'utilisation de l'article L.1222-6 prêtée au licenciement économique. Cette ambiguïté est d'autant plus remarquée dès lors que le salarié refuse le bénéfice de la mobilité prévue par l'accord. En effet, le refus emporte un licenciement économique individuel repose sur un motif économique. L'on voit ainsi apparaître l'interrogation suivante, en cas de licenciement d'au

¹²⁷Icard (J.), Cahiers sociaux 1er juillet 2013 n° 254, P.280.

¹²⁸Pour l'utilisation de l'expression Bach (P.-O.), *op. cit.* p. 11.

¹²⁹Verkindt (P.-Y.), *op. cit.* p.9.

moins dix salariés, dans une entreprise d'au moins cinquante salariés, dans un période de trente jours, un plan de sauvegarde pour l'emploi est-il nécessaire ?¹³⁰ .

La question est légitime de sorte que, même lorsqu'il y a des départs de l'entreprise par des préretraites, celles ci sont prises en compte pour déterminer si un PSE est nécessaire¹³¹. Nous constatons que la jurisprudence est favorable à l'établissement d'un PSE, ce qui est certes beaucoup plus protecteur du salarié, mais constitue une perte de flexibilité et d'efficacité pour l'employeur.

Selon la *ratio legis* il semblerait que, quelque soit le nombre de salariés refusant l'accord, même plus de dix sur une période de 30 jours, aucun PSE ne sera requis.

L'auteur J.-E. Ray fait remarquer de manière ironique que, quand bien même un PSE ne serait pas requis, et en cas de refus « *massif* » de l'accord collectif, comment procéder aux reclassements et mesures d'accompagnement sans l'appui d'un PSE. Il souhaite ainsi « *bien du courage* » à un DRH voulant procéder à 342 licenciements économiques individuels sans l'élaboration d'un PSE¹³².

De plus, où les reclasser ? Il serait étonnant que l'offre de reclassement de l'employeur soit précisément le lieu de travail ayant fait l'objet de la proposition antérieurement refusée.

Notons tout de même que l'obligation de reclassement ne consiste pas à redonner un poste de manière certaine, il s'agit plutôt d'une obligation de moyen et non de résultat.

En l'état actuel, l'accord de mobilité interne est bien trop récent pour affirmer une quelconque efficacité. De plus, si un employeur souhaite modifier le lieu d'emploi du salarié en dehors de la zone géographique, rien ne peut garantir à l'employeur que sa demande aboutira. En effet, l'on ressent les prémisses d'interprétations restrictives prétorienne avec l'obligation de prendre en compte la vie personnelle et familiale du salarié, et ce conformément à l'article L.1121-1 du Code du travail.

Les accords de maintien de l'emploi comportent également des incertitudes.

¹³⁰ Conditions d'établissement d'un PSE de l'article L.1233-61 du Code du travail.

Seuil de dix salariés depuis la loi du 18 janvier 2005 « loi cohésion sociale ». L. n°2005-32, Jo 19 jan. 2005.

¹³¹Dans ce sens Chambre Sociale 1er février 2011 : *RJS* /11, n° 311 ; JCP S 2011, 1200, note R. Chiss.

¹³² Ray (J.-E.) , *op. cit.* p. 12.

B) Une éventualité de risques : concernant les accords de maintien de l'emploi

Concernant les accords de maintien de l'emploi, deux points principaux renforcent l'incertitude pouvant dissuader la mise en œuvre de l'accord. Le premier est relatif à la condition des « graves difficultés économiques conjoncturelles »(1), le second est relatif à la durée maximale de deux ans accordée à l'accord (2).

1) Le risque attendant à la notion de « graves difficultés économiques conjoncturelles »

L'accord de maintien de l'emploi n'est possible selon l'article L.5125-1 du Code du travail qu'en cas « de graves difficultés économiques conjoncturelles dans l'entreprise dont le diagnostic est analysé avec les organisations syndicales de salariés représentatives(...) ». Cette notion très imprécise succède à la version initiale de l'ANI¹³³.

Tout d'abord, que signifie « graves » ? La loi ne donne aucune clé de lecture. Le juge devra alors « *grader*¹³⁴ » une échelle indiquant les différents degrés d'intensité des difficultés économiques.

L'auteur L. Fin-Langer s'est interrogé sur l'absence de ces difficultés. Pourrait-elle remettre en cause la validité de l'accord ? La loi est restée muette sur ce point. L'auteur évoque la possibilité d'un contentieux porté par un syndicat non signataire devant le TGI compétent. Partant, le juge devra apprécier la validité des accords collectifs d'entreprise, comme cela a pu être le cas avec les anciens accords de modulation qui devaient préciser les raisons économiques justifiant leur adoption¹³⁵.

Si ces graves difficultés économiques sont contestées par un salarié refusant l'application de l'accord à son contrat de travail, le juge aura-t-il une interprétation large ou réduite de ces difficultés ?

L'auteur V. Merlin appelle à attendre les contentieux pour déterminer « *la posture* » prise par les juges face à ce motif pouvant être incertain¹³⁶.

Que faire en cas de nullité de l'accord de maintien de l'emploi ? Le salarié qui aura diminué sa rémunération et/ou modifié sa durée de travail, pourra demander un rappel de salaires ? Enfin,

¹³³ A.N.I, art. 18 « (...) des difficultés, prévisibles ou déjà présentes, susceptibles de mettre en danger l'emploi et/ou la survie de l'entreprise » 11 janvier 2013.

¹³⁴ Pour l'utilisation du terme, v., Loiseau (G.), *op. cit.* p. 22.

¹³⁵ Soc. 26 mai 2004 n° 02-18. 756.

¹³⁶ Merlin (V.), *op. cit.* p.35.

quel type de responsabilité sera admise pour un employeur qui n'a fait qu'appliquer un accord collectif régulièrement élaboré ?

L'accord collectif ne peut avoir une durée d'application dépassant deux ans, ce qui n'est pas sans limiter la prétendue flexibilité offerte aux employeurs.

2) Le risque attendant à la durée légale de deux ans

Au terme des deux ans l'accord prend fin et les stipulations contractuelles retrouvent leur force. Le législateur a prévu une suspension de l'accord en cas d'amélioration de la situation économique. *A contrario*, en présence d'une dégradation de la situation au terme des deux ans des incertitudes demeurent. D'une part, un renouvellement est-il possible ? Sous quel contrôle, celui du juge ?

D'autre part, pourrait-on même conclure un nouvel accord ? Aucune disposition légale ne semble interdire cette dernière hypothèse. Néanmoins si tel était le cas il y aurait une remise en cause de la durée légale stricte des deux ans selon L. Fin-Langer¹³⁷. De plus, l'auteur souligne qu'il serait mieux de permettre un renouvellement, ou du moins la conclusion d'un nouvel accord, ce qui serait toujours une meilleure solution que celle de procéder à des licenciements économiques, et ce pour l'employeur et le salarié¹³⁸. Cette position est soutenue par l'auteur G. Loiseau qui indique qu'à défaut d'une telle possibilité de conclusion de nouvel accord, la solution finale sera la réduction des effectifs, par conséquent « *la sécurisation de l'emploi qui en était attendue n'aura alors duré que le temps d'en subir les contraintes.*¹³⁹ »

En outre, en cas de dégradation, voire même d'une ouverture d'une procédure collective, pourrait-on suspendre l'accord de maintien de l'emploi avant son terme, l'employeur ne pouvant par exemple ne plus supporter le coût et par conséquent le maintien des emplois ?

D'autres points d'incertitudes pourraient être soulevés, en premier lieu celui de savoir si le licenciement en cas de refus s'applique à un titulaire d'un CDD. Ledit contrat ne pouvant être rompu de manière anticipée seulement dans des cas précis¹⁴⁰. En second lieu, la procédure si rapide d'acceptation de l'article L.1222-6 du Code du travail, n'est pas applicable de plein droit comme en matière de mobilité interne. Elle est applicable seulement à défaut de stipulations en prévoyant autrement par l'accord collectif. L'avocat S. Béal

¹³⁷ Fin-Langer (L.), *op. cit.* p.24.

¹³⁸ Fin-Langer (L.), *ibid.*

¹³⁹ Loiseau (G.), *op. cit.* p. 22.

¹⁴⁰ C. trav., L1243-1 et s.

soutient que l'accord pourra prévoir une procédure d'acceptation plus longue et moins efficace¹⁴¹. Nous constatons que de nombreuses entraves empêchent l'employeur de recourir à l'accord collectif. Non seulement une articulation peu novatrice, mais surtout des entraves encadrant l'élaboration et la mise en oeuvre des accords. La signature d'un accord de maintien de l'emploi recueillera-t-elle les 50 % nécessaires, le contenu même de l'accord accordera-t-il une réelle flexibilité en assouplissant de manière suffisante le contenu restrictif d'un contrat ?

Il semble que peu d'employeurs se lanceront dans la mise en oeuvre de ces accords. *«Dans ces conditions, combien d'employeurs feront le pari d'une négociation incertaine aux résultats imprévisibles ? En progressant, le parcours prend l'allure d'une succession de ruelles.»*¹⁴²

Enfin la réforme si attendue existe-t-elle réellement ?

¹⁴¹ Béal (S.), *op. cit.* p.7.

¹⁴² Loiseau (G.), *op. cit.* p. 22.

CHAPITRE 2. LA FLEXIBILITE REMISE EN CAUSE PAR UNE REFORME INEXISTANTE : ENTRE UNE DENATURATION DES MESURES ET UNE ABSENCE DE CHANGEMENT

L'A.N.I. qualifié de « *bon accord*¹⁴³ » précipitamment par la presse, semble avoir été dénaturée de sorte que la réforme ne semble pas exister (Section 1). Si la dénaturación s'explique en partie par des considérations de conflits de normes, ou même pour des raisons de politique législative, il n'en demeure pas moins que la solution finale légale n'apporte aucun réel changement (Section 2).

SECTION 1 : LA CONSTATATION D'UNE DENATURATION DE L'ACCORD NATIONAL INTERPROFESSIONNEL : LE RISQUE DU LICENCIEMENT SANS CAUSE REELLE ET SERIEUSE EN CAS DE REFUS DE L'ACCORD PAR LE SALARIE

Selon auteur G. Jolivet il y a eu avec l'ANI "*un équilibre trouvé entre deux pôles souvent jugés antagonistes : compétitivité de l'entreprise et sécurisation de l'emploi*¹⁴⁴".

Cependant, cet auteur invite à s'interroger sur l'existence de cet équilibre après la transposition législative.

Une transposition législative d'un accord ne peut s'opérer certes tel quel. Cependant si il est une chose d'adapter une transposition, il en est une autre d'en modifier la substance, qui plus est dans des dispositifs phares.

Bien que l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 prévoyait des dispositions flexibles, certaines ne semblent non seulement pas avoir été reprises, mais surtout d'autres ont pu être dénaturées. De nombreux changements peuvent être constatés entre la conclusion de l'accord par les partenaires sociaux et sa traduction législative. Cependant, nous allons principalement porter notre étude sur l'accord de mobilité interne (paragraphe 1), ainsi que sur l'accord de maintien de l'emploi (paragraphe 2).

¹⁴³ Le Figaro, 14 janvier 2013 p.25.

¹⁴⁴ Jolivet (G.), *op. cit.* p. 22.

PARAGRAPHE 1 : LA DENATURATION DE L'ANI : CONCERNANT LES DISPOSITIONS SUR L'ACCORD DE MOBILITE INTERNE

De manière très flexible le législateur semblait avoir instauré un postulat, le simple fait pour un salarié de refuser l'accord de mobilité « repose » sur un motif économique. Ce verbe indique-t-il obligatoirement que le licenciement est économique, et par conséquent pourvu d'une cause réelle et sérieuse ? Nous ne pouvons l'affirmer de manière certaine.

Le Professeur J.-E. Ray nous invite à nous interroger sur cette absence de certitude¹⁴⁵. L'article L.1233-3 dispose que « constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques. »

A défaut d'une telle modification « d'un élément essentiel », mais surtout de l'absence d'une cause économique, le licenciement sera sans cause réelle et sérieuse. Le salarié obtiendra les indemnités prévues aux articles L. 1235-3 et 1235-5 du Code du travail.

Dès lors, résonnons de la même manière concernant le régime de l'accord collectif. L'accord suspendant le contrat de travail est présenté au salarié. Ce dernier oppose son refus et est licencié. Ledit licenciement repose sur un motif économique. Selon J.-E. Ray, les termes choisis par le législateur n'indiquent pas obligatoirement que la cause réelle et sérieuse est attestée. De ce fait, le salarié pourrait contester le motif de son licenciement. Si la cause est bien réelle de par la suppression effective du poste de travail, est elle sérieuse ?

En effet, l'accord de mobilité n'impose pas à la différence de l'accord de maintien de l'emploi de graves difficultés économiques.

Par conséquent, il ne pourra pas s'agir d'une cause économique résultant de la « suppression ou transformation d'emploi consécutives notamment à des difficultés économiques. »¹⁴⁶

En outre, selon le Professeur, il sera difficile de démontrer que ces mobilités qui répondraient à une réorganisation de l'entreprise, soient réellement nécessaires pour sauvegarder la

¹⁴⁵ Ray (J.-E), *op. cit.* p. 12.

¹⁴⁶ Soc. 5 avril 1995 JCP E 1995, II, 709, note G.Picca.

compétitivité de l'entreprise en l'absence de difficultés économiques¹⁴⁷. L'état de la jurisprudence actuelle ne semble pas pouvoir le permettre.

Ainsi, les salariés pourraient obtenir les indemnités pour un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Si tel était le cas, l'essence même de l'ANI, ainsi que la volonté du législateur d'insuffler une flexibilité au sein de la mobilité seraient réduites à une peau de chagrin.

Par conséquent, l'auteur propose deux hypothèses pour éviter cette dangereuse finalité. La première consiste à présumer la cause réelle et sérieuse, cette présomption semblerait être irréfragable. Une telle proposition se comprend si l'on interprète la loi grâce à la *ratio legis*. La réelle volonté du législateur était au départ de faciliter le recours à la mobilité.

La seconde hypothèse incite le juge à accroître son pouvoir souverain d'interprétation. L'auteur propose que la chambre sociale s'inspire des « mutations technologiques » qui permettent en l'absence de problèmes économiques de justifier un licenciement. En effet, la chambre sociale a pu considérer que « les mutations technologiques constituent un motif économique autonome de licenciement¹⁴⁸ ».

Par voie de conséquence, l'auteur accorde beaucoup d'importance à l'interprétation prétorienne en considérant que la position de la cour de cassation sera fondamentale quant à la mise en œuvre effective de ces accords. Par conséquent, pour J.-E. Ray, « *si l'on est sûr de se faire condamner pour défaut de cause réelle et sérieuse, autant procéder tout de suite à de véritables licenciements, et tant mieux s'ils sont finalement jugés fondés*¹⁴⁹ ».

Par ailleurs, le Doyen P.-H. Antonmattei affirme que le législateur a bien exprimé une qualification légale en retenant que « leur licenciement repose sur un motif économique ». Seulement « *l'erreur*¹⁵⁰ » commise par le législateur est de ne pas avoir exprimé clairement quelle était la cause justificative particulière prêtée à ce licenciement.

Subsidiairement, le législateur a également dénaturé l'ANI en accentuant les contraintes pesant sur l'employeur en cas de refus du salarié. Initialement l'accord prévoyait que le refus du salarié d'une mobilité interne devait conduire à un licenciement pour motif personnel ouvrant droit à des mesures de reclassement, comme un bilan de compétences. Cette disposition étant critiquée,¹⁵¹ notamment au regard d'une possible incompatibilité avec la

¹⁴⁷ Dans le même sens, Morand (M.), *op. cit.* p.36.

¹⁴⁸ Soc. 15 mars 2012 : *RJS* 6/12, n°532.

¹⁴⁹ Ray (J.-E.), *op. cit.* p. 12.

¹⁵⁰ Antonmattei (P.-H.), *op. cit.* p. 10.

¹⁵¹ Grévy (N.) et Henriot (P.), « Le juge, ce gêneur », *RDT* 2013 p.176.

Convention OIT, le législateur a modifié la disposition¹⁵². Dès lors, le refus « repose sur un motif économique » et « est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique et ouvre droit aux mesures de reclassement interne prévu aux articles L.1233-4 et L.1233-4-1¹⁵³ ». Dans le cas d'un licenciement pour motif personnel l'employeur devait seulement par dérogation satisfaire l'obligation de reclassement.

Désormais, le législateur a accordé aux salariés licenciés, le bénéfice des mêmes prérogatives que ceux licenciés pour motif économique. C'est à dire, le bénéfice non seulement du droit de reclassement, mais aussi de la priorité de réembauchage, et même le risque d'absence de cause réelle et sérieuse en cas de manquement à l'obligation de reclassement.

Enfin, ce choix est identique à celui retenu pour le refus d'un accord de maintien de l'emploi. Ce qui peut être étonnant au regard des situations économiques antinomiques dans lesquelles elles sont élaborées. L'auteur G. Borefreund considère alors que « *plus rien ne semble donc distinguer, en la matière, les deux types d'accords, signe d'une prise de conscience bien tardive que la personne du salarié ne pouvait être sérieusement en cause dans le licenciement consécutif à son refus de l'application d'un accord de mobilité interne.*¹⁵⁴ »

La transposition législative, souhaitant beaucoup trop tempérer les dispositions, est alors en inadéquation avec l'esprit original de l'A.N.I. Il est désormais très apparent que la mobilité interne qui se voulait en dehors de tout projet de réduction d'effectif est enserrée dans le régime des dispositions de licenciement économiques. Selon le Doyen P.-H. Antonmattei, « *la reprise législative de ce dispositif a douché l'enthousiasme de ses fervents zélateurs*¹⁵⁵ ». L'accord de maintien de l'emploi a lui aussi supporté une dénaturation.

¹⁵² Ani du 11 janvier 2013, art. 15 « (...)Le refus par un salarié d'une modification de son contrat proposée dans les conditions définies au présent article n'entraîne pas son licenciement pour motif économique. Il s'agit d'un licenciement pour motif personnel ouvrant droit à des mesures de reclassement telles qu'un bilan de compétence ou un abondement du compte personnel de formation. »

¹⁵³ C. trav., 2243 -23 alinéa 4.

¹⁵⁴ Borefreund (G.), *op.cit.* p. 6.

¹⁵⁵ Antonmattei (P.-H.), *op. cit.* p. 10.

PARAGRAPHE 2 : LA DENATURATION DE L'ANI : CONCERNANT LES DISPOSITIONS SUR L'ACCORD DE MAINTIEN DE L'EMPLOI

Au départ l'ANI prévoyait un réel équilibre au sein de l'accord de maintien de l'emploi. D'un côté l'employeur devait maintenir l'emploi des salariés, à défaut de quoi il était soumis à une clause pénale. D'un autre côté, le salarié était soumis à une suspension temporaire de son contrat de travail favorable à l'employeur. Si le salarié refusait, il était soumis à un licenciement économique dont la cause réelle et sérieuse était automatiquement « attestée par l'accord ». La dimension d'un possible calcul du salarié d'obtenir des indemnités supplémentaires à celle du licenciement économique était inexistante selon G. Jolivet¹⁵⁶.

Cependant, la loi du 14 juin 2013 est venue accorder aux salariés la possibilité d'obtenir suite à un contentieux Prud'homal l'obtention de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, la même interrogation prévalait également pour l'accord de mobilité interne.

En effet, la loi dispose dorénavant que le licenciement suite au refus du salarié « repose sur un motif économique ». Ce changement terminologique passant « d'attester à repose » vient finalement aligner les conséquences d'un refus du salarié tant pour l'accord de maintien de l'emploi que de mobilité contrairement à ce que prévoyait l'ANI.¹⁵⁷

Le fait de ne plus « attester » la cause économique selon l'avocat G. Jolivet, laisse la possibilité de contester la cause réelle et sérieuse.

Les « graves difficultés économiques conjoncturelles » s'apprécient au sein de la seule entreprise connaissant lesdites difficultés, tandis qu'une cause réelle et sérieuse de licenciement économique s'apprécie au regard de l'ensemble des entreprises du Groupe de la même branche d'activité¹⁵⁸. Par conséquent la cause économique semble réellement contestable.

Cette modification textuelle entraîne un déséquilibre global penchant en faveur du salarié. Par conséquent, selon l'auteur, si les salariés sont calculateurs, ils n'auront qu'à faire la somme des nombreuses indemnités auxquelles ils pourront prétendre, plutôt que d'accepter des

¹⁵⁶ Jolivet (G.), *op. cit.* p. 22.

¹⁵⁷ ANI. 11 janvier 2013 art. 18 « (...)En cas de refus du salarié des mesures prévues par l'accord, la rupture de son contrat de travail qui en résulte s'analyse en un licenciement économique dont la cause réelle et sérieuse est attestée par l'accord précité. » L'accord de mobilité devant lui entraîner un licenciement pour motif individuel.

¹⁵⁸ Soc. 5 avril 1995 « Vidéocolor », *op. cit.* p.28.

diminutions de salaires, et/ ou un changement de leur durée de travail. A ce titre, il souligne que, en pratique l'hypothèse inquiétante des salariés préférant « *la certitude d'un départ généreusement indemnisé* », plutôt que le maintien de leur emploi soumis à une baisse de rémunération, est réelle. Le « *gain de flexibilité est tout aussi discutable qu'aléatoire*¹⁵⁹ ».

L'enjeux de l'existence d'une réelle réforme repose ainsi sur l'interprétation d'un seul mot, « repose ».

Par ailleurs , G. Borefreund, avance deux arguments qui permettrait de supposer et de justifier que le refus du salarié emporterait automatiquement un licenciement sans cause réelle et sérieuse pour un accord de maintien de l'emploi. Cependant l'auteur reconnaît lui-même que ceux-ci ne « *résistent pas vraiment à l'analyse*¹⁶⁰ ».

En premier lieu, le licenciement serait justifié par la nature juridique de l'acte. Le licenciement est automatiquement sans cause réelle et sérieuse car l'accord collectif de maintien de l'emploi est un accord majoritaire. C'est à dire bien plus légitime qu'un accord classique de droit commun. Ainsi le caractère collectif de l'accord « *devrait en quelque sorte prévaloir sur sa face individuelle*¹⁶¹ ».

L'auteur réfute lui même cet argument, car l'on ne peut lier la justification d'un licenciement économique qu'en prenant en considération la forme de l'accord, son mode de conclusion. Selon lui, seules les difficultés économiques importent, car elles sont à l'origine de l'accord collectif.

En second lieu, le licenciement pourrait être justifié par le contenu même de l'accord. En analysant l'accord collectif dans sa globalité, l'intérêt individuel de chaque salarié pourrait être mieux préservé par l'accord collectif. Ainsi, si le salarié refuse l'avantage de conserver son emploi dans une conjoncture économique défavorable, aucune justification ne saurait lui être accordée.

L'auteur réfute également cette affirmation car cela conduirait les parties à un accord collectif de détenir le pouvoir d'exclure « *toute singularité de la situation du salarié à travers son contrat de travail* ». Aucun réel argument selon lui ne saurait justifier un présomption irréfragable de cause économique.

¹⁵⁹ Jolivet (G), *op. cit.* p. 22.

¹⁶⁰ Borefreund (G.), *op.cit.* p. 6.

¹⁶¹ Borefreund (G.), *ibid.*

Enfin, une telle ambiguïté n'aurait pas lieu d'être si l'ANI n'avait pas été dénaturée. Ce glissement de termes avaient été remarqué dès la rédaction de l'avant projet de loi par E. Peskine, qui soutenait qu'une interprétation prétorienne aurait lieu, laissant le juge libre de caractériser la cause économique ou non. « *Quelle que soit la formule finalement retenue, le juge pourrait bien finalement conserver un pouvoir de contrôle, en amont, des difficultés propres à autoriser la conclusion de l'accord*¹⁶² ».

L'auteur pousse la réflexion plus loin, car si *in fine* aucune cause économique ne peut justifier une cause réelle et sérieuse de licenciement, le juge pourrait alors remettre en cause l'absence de « graves difficultés économiques » pour remettre en cause *in fine* le licenciement ?

La question de l'interprétation de ces difficultés est de nouveau posée.

« *En dépit d'apports positifs, réels, ou embryonnaires, l'équilibre semble rompu, la simplicité et la flexibilité ont souffert et la sécurisation de l'emploi, pourrait, par ricochet, avoir été engloutie dans le maelstrom des débats parlementaires.*¹⁶³ »

L'accord national interprofessionnel a été dénaturé, laissant douter de l'existence d'une réforme. En effet, ce doute semble fondé car de nombreux rapprochements persistent entre le système antérieur et celui postérieur à la loi.

SECTION 2 : UNE ILLUSION DE REFORME : L'ABSENCE DE CHANGEMENT

Tout d'abord concernant la mobilité interne, l'on peut douter de l'existence d'un véritable bouleversement, ou « compromis historique¹⁶⁴ ». Comme nous avons pu le voir précédemment, de nombreuses solutions jurisprudentielles contraignantes tenant à la clause de mobilité ont été reprises. Notamment la prise en compte de la situation familiale, ou le maintien de la rémunération lors de l'élaboration et de la mise en œuvre de l'accord.

Ensuite, prôner la solution d'un licenciement économique individuel en avançant l'avantage d'un contournement du PSE est-il réellement pertinent ?

D'une part, J.-E. Ray a démontré que le PSE semblait être finalement inévitable¹⁶⁵.

¹⁶² Peskine (E.), *op.cit.* p. 5.

¹⁶³ Jolivet (G.), *op. cit.* p. 22.

¹⁶⁴ M. le Président F. Hollande, le 9 septembre 2012, JT de TF1.

¹⁶⁵ V. développement *supra* Chapitre 1er du Titre 2.

D'autre part, en admettant que l'établissement soit réellement évitable, ses contraintes sont-elles bien écartées ? L'avocat H.-J. Legrand, répond par la négative en plusieurs étapes¹⁶⁶.

Tout d'abord, il rappelle que l'ANI, puis la loi ont pris position pour le caractère individuel. L'auteur pose l'interrogation du bien fondé de ce choix. Car effectivement, comment peut-on considérer que tous les licenciements opérés à la suite d'un refus répondant à la même cause économique soient regardés comme individuels ? L'auteur l'explique par la crainte, qu'il estime non fondée, en cas d'au moins dix licenciements d'appliquer les règles des licenciements collectifs. Effectivement, pour lui le choix d'un licenciement collectif était inapproprié car le but de l'accord est en amont d'éviter les licenciements économiques collectifs.

Ensuite, le choix de qualification d'un licenciement individuel et non collectif laisse paraître une différence de régime. Cependant cette différence n'est en réalité qu'un leurre, une apparence, un « *subterfuge de qualifications juridiques factice*¹⁶⁷ ». En effet, elle sert à masquer la similitude existant entre la procédure de l'établissement de l'accord collectif et les effets d'un licenciement collectif.

Les rédacteurs souhaitent éviter les contraintes d'un licenciement collectif qui sont principalement selon l'auteur :

En premier lieu, le droit des représentants du personnel de connaître et de discuter les prémisses économiques (diagnostic, objectifs, restructuration) de la mise en cause des emplois, avec l'aide facultative, de personnes qualifiées tels que les experts comptables ;

En deuxième lieu, que le droit des salariés qui en sont victimes soient choisies par application de règles qui garantissent l'objectivité de la sélection et l'égalité de traitement, règles négociées avec les représentants du personnel (ordre des licenciements ou appel au volontariat) ;

En troisième et dernier lieu, le droit des salariés à bénéficier d'alternatives au licenciement planifiées et négociées avec les représentants du personnel (le PSE).

Mais ces contraintes en réalité se retrouvent dans les exigences d'élaboration et de contenu de l'accord de maintien de l'emploi.

Si nous prenons pour exemple seulement la contrainte de l'établissement d'un PSE, l'auteur remarque après les avoir comparé qu'un accord collectif de maintien de l'emploi est similaire

¹⁶⁶ Legrand (H.-J.), *op. cit.* p.3.

¹⁶⁷ Legrand (H.-J.) *ibid.*

à un P.S.E. Le premier objectif de ce dernier est selon l'article L.1233-61 du Code du travail d' « éviter les licenciements ou en limiter le nombre », tout comme la loi de sécurisation de l'emploi.

La loi ajoute que l'accord devra prévoir des mesures d'accompagnement au bénéfice des salariés ayant refusés l'application de l'accord. Les « mesures d'accompagnement » de l'accord collectif, désignent dans les PSE la partie dédiée au reclassement externe. En effet, le second alinéa de l'article L.1233-61 dudit Code dispose que le « plan de reclassement visant à faciliter le reclassement des salariés dont le licenciement ne pourrait être évité».

L'obligation de dialogue avec l'aide de personnes qualifiées pour l'établissement d'un PSE est similaire à l'établissement d'un accord collectif de maintien de l'emploi. L'article L. 5125-1 du Code du travail disposant qu'« un expert-comptable peut être mandaté par le comité d'entreprise pour accompagner les organisations syndicales dans l'analyse du diagnostic et dans la négociation.(...) »

L'auteur soutient alors qu'il était « *superflu de nier le caractère collectif du licenciement des salariés opposants à l'accord de maintien de l'emploi* ¹⁶⁸ ».

¹⁶⁸ Legrand (H.-J.), *op. cit.* p.3.

CONCLUSION

Tout d'abord, La loi de « sécurisation de l'emploi », est emprunte d'une très grande complexité. Ce constat déplorable avait pu être remarqué dès la conclusion de l'Accord national interprofessionnel, dans un débat orchestré entre G. Loiseau et P. Lockiec¹⁶⁹. Il en ressortait qu'aucun nouveau modèle social n'avait été instauré. Pour P Lockiec l'accord comportait des « *dispositions de pur habillage* » et créait de « *nouvelles usines à contentieux* ». G. Loiseau renchérisait que bien qu'il s'agissait d'un accord « *donnant-donnant* », chaque partie allait « *défendre son pré carré.* »

Une fois l'accord retranscrit législativement aucune évolution notable depuis ces constats ne peut être avancée. Un bilan des accords sur la mobilité interne devra être présenté par le gouvernement et remis au Parlement avant le 31 décembre 2015.

Ensuite, la complexité des nouveaux dispositifs est renforcée par la réapparition du juge administratif, notamment concernant le contrôle des accords collectifs et plan unilatéral, excluant ainsi le juge judiciaire.¹⁷⁰

En outre, la loi n'a pas entendu régir certaines questions. Notamment celles relatives aux plans de départs volontaires, alors que ce dernier permet de diminuer les effectifs d'une entreprise tout en maintenant un caractère non contentieux et consensuel.

Par ailleurs, la loi a apporté des mesures favorables à l'adaptation de l'entreprise aux aléas conjoncturels économiques. En effet, la loi Sapin peut permettre à une entreprise dépassant le seuil des 50 salariés de ne pas mettre en place un comité d'entreprise, économisant les frais de fonctionnement de celui-ci pendant un an sans être auteur du délit d'entrave.¹⁷¹ Cependant, la mesure souffre également de son caractère temporaire.

Enfin, il convient brièvement d'observer le premier cas d'espèce d'accord de maintien de l'emploi. L'entreprise Mahle Behr, équipementier automobile et filiale du groupe allemand Malhe dans le Haut-Rhin, a conclu en juillet 2013 un accord de maintien de l'emploi.

¹⁶⁹ Loiseau (G.) et Lokiec (P.) Débat sur la loi de sécurisation de l'emploi , Sem. soc. Lamy 28 janvier 2013 n° 1569.

¹⁷⁰ Sur ce sujet : Grevy (N) et Henriot (P), « Le juge, ce gêneur », RDT 2013 p.176.

¹⁷¹ Prévu par l'article L 2338-1 Code du travail.

L'accord devait pour être valable être signé par 50 % des syndicats représentatifs. Pour cette entreprise établie dans la ville de Rouffach, il s'agissait des syndicats de la CFTC, Unsa, CFDT, CGT et FECGC. Pour autant, l'accord a été conclu non pas à la majorité, mais à l'unanimité des syndicats représentatifs. En contrepartie du maintien de l'emploi cet accord prévoyait un gel des salaires jusqu'en 2015 ainsi que la diminution de jours de R.T.T.

Néanmoins, après la proposition des accords aux salariés, il est décompté 162 refus. Soit 15 % de l'effectif salarial de l'entreprise a du être licencié économiquement. Le Professeur P. Adam constate de manière critique qu' « à Rouffach, il n'y a plus de miracles : seulement des illusions et beaucoup de désillusions ! Dans le monde du droit, ces 162 licenciements individuels ne sont ainsi qu'une triste addition de licenciements individuels.¹⁷² »

¹⁷² Adam (P.), « Le « prodigieux » accord de maintien de l'emploi Escapade en Pays de Rouffach », Sem. Soc. Lamy: N° 1611 du 23/12/2013.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages et manuels

- CORNU (G.), Vocabulaire juridique, 9^{ème} édition, 2011, Quadriga/ Puf ;
- FAVENNEC-HERY (F) et VERKINDT (P.-Y.), Manuel de Droit du travail, 4^{ème} édition, 2014, LGDJ, Lextenso éditions ;
- TEYSSIE (B.), Code du travail Edition 2014, Lexis Nexis ;
- PESKINE (E.) et WOLMARCK (C.) Droit du travail, HyperCours , 8^{ème} édition, Dalloz ;
- Memento Pratique Social, édition 2014, Francis Lefebvre.

Revues :

- RDT N°3 mars 2013 (159/2013/3), Consacrée à l'ANI du 11 janvier 2013 ;
- Le Figaro, 14 janvier 2013 p.25 ;
- Les Cahiers sociaux, « Dossier spécial La loi de sécurisation de l'emploi », N° 254 Juillet 2013.

Articles :

- ADAM (P.), « Le « prodigieux » accord de maintien de l'emploi Escapade en Pays de Rouffach », Sem. soc. Lamy: N° 1611 du 23/12/2013 ;
- ANTONMATTEI (P.-H.), « L'accord de mobilité interne : il faut l'essayer ! » Dr. Soc. 2013 p794 ;
- BACH (P.-O.), « Accord de mobilité interne », JCP S n°39, 24 septembre 2013, 1370
- BARTHELEMY (J.) et CETTE (G.), « Pour une nouvelle articulation des normes en droit du travail », Dr. soc , 2013 P.17 ;
- BAUGARD (D.), « L'indemnisation de l'activité partielle après la loi du 14 juin 2013 et le décret du 26 juin 2013 », Revue de Droit social, Dalloz 2013 p.798 ;

- BOREFREUND (G.), « Le refus du salarié face aux accords collectifs de maintien dans l'emploi et de mobilité interne, de l'ANI du 11 janvier 2013 à la loi », RDT 2013 p.316 ;
- BRAUN (A.), « Accord de maintien de l'emploi : et pourtant ils signent... » Sem. soc. Lamy 2013 n° 1592 ;
- GEA (F), « Le droit du licenciement économique à l'épreuve de la sécurisation de l'emploi » , *Dr. Soc. 2013* p. 210 issu du colloque « Autour des questions qui fâchent... Trente ans après les lois Auroux, refonder le droit du travail », organisé, le 16 nov. 2012 ;
- FAVENNEC-HERY (F.) « Accords de mobilité interne : un rendez-vous manqué ? » Sem. Soc. Lamy – 2013 n°1592 ;
- COUTURIER (G.) « Un nouveau droit des (grands) licenciements collectifs » *Dr. soc. 2013* p. 814 ;
- ICARD (J) « Economie de la loi de sécurisation de l'emploi « Compris historique » ou énième concession à l'économicisme ? » *Cahiers sociaux*, 1^{er} juillet 2013 n°254, P. 280 ;
- JOLIVET. (G.), *La semaine juridique social* n° 44, 29 octobre 2013, 1427. « La loi de sécurisation de l'emploi : de la flexisécurité à la pseudo- sécurité ? » Avocat associé Baker & McKenzie ;
- JOURDAN (D.), « La mobilité volontaire sécurisée », *JCP S* n°44, 29 octobre 2013, 1429 ;
- LEGRAND (H.-J.), « Les accords de maintien de l'emploi: entre deux frontières de la négociation collective ? », *Dr. soc.*, 2013 p. 245 ;
- LOISEAU (G.) et LOCKIEK (P.) Débat concernant la loi de sécurisation de l'emploi , *Sem. soc. Lamy* 28 janvier 2013 n° 1569 ;
- LOISEAU (G.), « La loi de sécurisation de l'emploi et le licenciement économique », *Les cahiers sociaux*, 1^{er} juillet 2013 n°254, P.314 ;
- LOISEAU (G.), « Les accords de maintien de l'emploi », *JCP S.* n° 25, 25 Juin 2013, 1260 ;
- LOKIEK (P.), « Flexibilité et contrat de travail » , *JCP G* 2013, 224 ;
- MORAND (M.), « L'adaptabilité contractuelle par l'accord collectif », *Semaine Sociale Lamy* - 2013 n° 1592 ;
- MERLIN (V.) , « Les accords de maintien de l'emploi issus de la loi de sécurisation de l'emploi », *Les Cahiers Lamy du CE* – 2013 26/12/2013 ;

-REMY (V.P.), « Les accords collectifs sur l'emploi en Allemagne : un « modèle » pour le droit français », RDT 2012. 133 ;

-TERRENOIRE (C.), « 3 questions les accords de mobilité interne issus de la loi du 14 juin 2013 », JCP Entreprise et Affaires n° 42, 17 octobre 2013, 752 ;

-TEYSSIE (B.) « Vers un nouveau droit du travail ? A propos de la loi du 14 juin 2013 », JCP G n° 29, 15 juillet 2013 ;

-TEYSSIE (B.), « L'accord, la loi, le juge : un nouveau droit des PSE », JCP S. n°19, 7 mai 2013, 12201 ;

-TOURNAUX (S). « Chronique d'actualité du régime juridique du contrat de travail », Dr. soc. 2013 p.576 ;

-VERKINDT (P.-Y.), « Les mobilités », JCP S n°25, 25 juin 2013, 1261, spéc. n°8.

Webographie :

-<http://www.legifrance.gouv.fr/>

--<http://www.vie-publique.fr/actualite/dossier/rub1716/accord-competitivite-securisation-emploi-mesures-portee-encore-incertaine.html>

-http://www.lemonde.fr/election-presidentielle-2012/article/2012/01/13/les-accords-de-competitivite-seront-compliques-a-mettre-en-uvre_1628402_1471069.html

-http://www.lemonde.fr/politique/article/2012/09/11/accords-competitivite-emploi-les-louvoiements-de-la-majorite_1758393_823448.html

-http://www.lemonde.fr/politique/article/2013/03/06/l-accord-sur-l-emploi-est-il-identique-a-ce-que-proposait-sarkozy_1843128_823448.html

-http://www.lemonde.fr/politique/article/2013/03/06/ce-que-change-l-accord-emploi_1843540_823448.html

-[site du conseil constitutionnel](#)

T ABLE DES MATIERES

SOMMAIRE	3
LISTE DES ABREVIATIONS	4
INTRODUCTION	1
Titre 1 : une loi tendant à l'établissement d'une flexibilité : une articulation innovante du contrat de travail avec les accords collectifs.....	8
CHAPITRE 1 : UNE NOUVELLE ARTICULATION NORMATIVE ETABLISSANT UNE FLEXIBILITE AU SERVICE DE LA REORGANISATION DE L'EFFECTIF : L'ACCORD SUR LA MOBILITE INTERNE	9
<i>Section 1 : Un regime de mobilité contraignant : la nécessité d'obtenir un régime plus souple.....</i>	<i>9</i>
<i>Section 2 : la loi Sapin repondant à la nécessité d'une plus grande souplesse en matiere de mobilite : une nouvelle articulation des normes établissant une flexibilité</i>	<i>11</i>
Paragraphe 1 : L'articulation des normes instaurant la flexibilité	12
B) Le régime applicable au refus du salarié.....	14
Paragraphe 2 : Les conditions de validité de l'accord de mobilité interne venant soutenir l'articulation des normes	16
CHAPITRE 2 : UNE NOUVELLE ARTICULATION NORMATIVE ETABLISSANT UNE FLEXIBILITE AU SERVICE DE LA DUREE ET DE L'ORGANISATION DU TRAVAIL : L'ACCORD DE MAINTIEN DE L'EMPLOI	18
<i>Section 1 le régime applicable a l'accord collectif de maintien de l'emploi</i>	<i>19</i>
Paragraphe 1 : Un régime d'organisation du travail contraignant : la nécessité d'un régime plus souple	19
Paragraphe 2 : Le regime souple de l'accord de maintien de l'emploi : une articulation des normes repondant a la necessite de flexibilite	21
A) Le régime applicable à l'accord du salarié : une nouvelle articulation normative	21
1) <i>Le régime d'acceptation entrainant une articulation des normes favorisant la flexibilité</i>	<i>21</i>
2) <i>Un régime de l'accord collectif venant au soutien de l'acceptation par le salarié</i>	<i>24</i>
B) Le régime applicable au refus du salarié : la qualification de licenciement individuel économique.....	26
<i>Section 2 : Les conditions de validité de l'accord collectif de maintien de l'emploi au service de la flexibilite.....</i>	<i>28</i>
Paragraphe 1 : L'exigence de graves difficultés économiques.....	28
Paragraphe 2 : L'exigence d'un accord majoritaire.....	30

TITRE 2 : Les objectifs limités de la loi : La flexibilité remise en cause par une articulation des normes inefficace menant à s’interroger sur l’existence d’une réelle réforme	33
CHAPITRE 1 : LA FLEXIBILITE REMISE EN CAUSE PAR UNE REFORME N’EMPORTANT PAS L’ EFFICACITE PROMISE : ENTRE UNE NOUVELLE ARTICULATION INEFFICACE ET UNE MISE EN ŒUVRE INCERTAINE DES ACCORDS COLLECTIFS	33
<i>Section 1 : Une nouvelle articulation n’emportant pas les effets envisagés sur les stipulations contractuelles.....</i>	<i>34</i>
<i>Section 2 : Une mise en œuvre incertaine des accords collectifs.....</i>	<i>36</i>
Paragraphe 1 : Une mise en œuvre incertaine : par la contrainte d’un encadrement excessif des accords collectifs	36
A) Un encadrement excessif de l’accord sur la mobilité interne	37
B) Un encadrement excessif de l’ accord de maintien de l’emploi	39
Paragraphe 2 : Une mise en œuvre incertaine : par l’éventualité de nombreux risques.....	42
A) Une éventualité de risques : concernant l’accord de mobilité	42
1) <i>La tentative d’une analyse « coûts/avantages » : le risque d’un gain de flexibilité incertain.....</i>	<i>42</i>
2) <i>Le délicat refus du salarié emportant l’interrogation sur la nécessité d’un PSE43</i>	
B) Une éventualité de risques : concernant les accords de maintien de l’emploi.....	45
1) <i>Le risque attendant à la notion de « graves difficultés économiques conjoncturelles ».....</i>	<i>45</i>
2) <i>Le risque attendant à la durée légale de deux ans</i>	<i>46</i>
CHAPITRE 2. LA FLEXIBILITE REMISE EN CAUSE PAR UNE REFORME INEXISTANTE : ENTRE UNE DENATURATION DES MESURES ET UNE ABSENCE DE CHANGEMENT	48
<i>Section 1 : La constatation d’une dénaturaison de l’Accord National Interprofessionnel : le risque du licenciement sans cause réelle et sérieuse en cas de refus de l’accord par le salarié.....</i>	<i>48</i>
Paragraphe 1 : La dénaturaison de l’ANI : concernant les dispositions sur l’accord de mobilité interne.....	49
Paragraphe 2 : La dénaturaison de l’ANI : concernant les dispositions sur l’accord de maintien de l’emploi.....	52
<i>Section 2 : Une illusion de réforme : l’absence de changement.....</i>	<i>54</i>
<i>CONCLUSION</i>	<i>57</i>
<i>BIBLIOGRAPHIE</i>	<i>59</i>
<i>TABLE DES MATIERES</i>	<i>62</i>

