

La mobilité à chaud, l'échange sécurité contre flexibilité

Nicolas Moizard, maître de conférences à l'Université de Strasbourg, UMR DRES 7354 – Droit social, FR Unistra/CNRS 3241

Dès le début du 20^{ème} siècle avec la reconnaissance de l'accord collectif s'est posée la question de l'articulation de celui-ci avec le contrat de travail¹. Il a fallu trouver un équilibre entre la liberté individuelle du salarié et l'effet règlementaire de l'accord collectif. Comme très souvent en droit du travail, le législateur a pris une grande part dans cette construction. La loi du 4 mars 1919, tout en prévoyant que l'accord ne s'applique qu'aux membres des groupements signataires ou à ceux qui y ont adhéré, attribue à l'accord collectif un effet impératif. Il se substitue aux clauses contraires du contrat de travail. La loi du 11 février 1950 généralise l'effet *erga omnes* de l'accord collectif, indépendamment de toute procédure d'extension², tout en précisant que le contrat de travail peut toujours être plus favorable. La convention collective s'applique impérativement, de façon générale et automatique aux contrats de travail, sauf clauses contractuelles plus favorables³. Nous avons là l'une des manifestations de ce qui est communément appelé l'ordre public social.

Cette conception a évolué. A partir des années 80, sous l'effet de réformes législatives, la négociation collective s'est décentralisée vers l'entreprise et la loi a autorisé que des accords, dits dérogatoires, mettent à l'écart la loi en matière de rémunération et de temps de travail, sans que l'accord soit nécessairement plus favorable aux salariés. Dans ces accords, la loi a parfois imposé qu'il y ait des contreparties et des garde-fous aux dérogations. Mais ceux-ci se sont étioyés au fur et à mesure des réformes. La loi a dans certains cas été plus loin, en prévoyant qu'elle ne s'applique qu'à défaut d'accord, comme c'est le cas en matière de contingent d'heures supplémentaires.

Les années 90 ont vu apparaître les accords de maintien de l'emploi. Il s'agissait de diminuer les avantages conventionnels en contrepartie d'un engagement de l'employeur de maintenir soit des emplois, soit l'activité, soit le site. Ces accords ont eu des implications sur la jurisprudence de la Cour de cassation, celle-ci les prenant en compte pour évaluer l'avantage le plus favorable en cas de concours d'application d'accords⁴ ou en admettant que le salarié

¹Sur les conceptions doctrinales antérieures à la loi de 1919, v. J. Le Goff, « La naissance des conventions collectives », *Droits* 1990, p. 67.

²La loi de 1936 avait déjà prévu une application impérative à tous les salariés syndiqués ou non, mais pour les seules conventions étendues.

³V. l'art. L 2254-1 du Code du travail.

⁴Cass. Soc. 19 fév. 1997, *Géophysique*, *Dr. soc.* 1997, p. 432, obs. G. Couturier.

puisse engager la responsabilité contractuelle de l'employeur en cas de manquement à l'accord.

Les accords d'entreprise ne se sont plus limités à organiser la réciprocité entre les dispositions conventionnelles. Les parties à l'accord collectif d'entreprise se sont intéressées au contenu des contrats de travail. L'accord Bosch Vénissieux signé en 2004, qui avait attiré l'attention des médias, conditionnait la validité des engagements de l'employeur à la modification des contrats de travail des salariés. Il organisait une réciprocité entre deux actes juridiques distincts, qui peut être admise en droit commun⁵ mais qui ne peut en principe pas se concevoir entre le contrat de travail et l'accord collectif. Il est communément admis que la convention collective ne peut pas modifier les contrats de travail⁶ et que l'intérêt collectif représenté dans la négociation collective se distingue de l'intérêt individuel des salariés dans le contrat de travail⁷. Autrement dit, les partenaires sociaux ne peuvent pas négocier sur des droits dont ils ne disposent pas. La chambre sociale de la Cour de cassation a fait toutefois une ouverture vers la validité de ce type d'accords⁸. Des lois récentes ont également fait prévaloir certains aménagements conventionnels du temps de travail sur le contrat de travail⁹.

La loi relative à la sécurisation de l'emploi, fruit de l'ANI du 11 janvier 2013, renforce l'emprise de l'accord collectif sur le contrat de travail dans deux dispositifs. Le premier est consacré aux accords sur le maintien de l'emploi, le second l'est à la mobilité interne. Ces deux types d'accords se situent à des moments différents de la vie de l'entreprise. Ils doivent

5La Cour de cassation impose d'établir la preuve d'une liaison entre les engagements des parties. V. par ex. Cass. Com. 12 janv. 12 janv. 1970, Bull. IV, n° 11, p. 10.

6La chambre sociale de la Cour de cassation a certes permis, sous certaines conditions, que les accords créent des obligations pour les salariés. C'est le cas par ex. pour les clauses de mobilité géographique.

7V. M.-L. Morin qui observe « les critères de la représentativité syndicale » laissent « subsister le contrat individuel comme instrument juridique autonome, puisque le syndicat n'est pas le mandataire du salarié, mais seulement le représentant de l'intérêt collectif, dont la représentativité établit la qualité pour négocier » (« Dialogue sur l'articulation entre la convention collective et le contrat de travail, Le droit français à la lumière du droit allemand », avec P. Rémy, p. 245, *spéc.* p. 251, in *La volonté du salarié*, sous la dir. de T. Sachs, *Dalloz, thèmes et commentaires, Actes*, 2012).

8Cass. Soc. 9 févr. 2010, pourvoi n° 08-12.218, *RDT* 2010, p. 581, obs. F. Canut.

9V. par ex. l'art. L. 3122-6 du Code du travail, tel qu'il résulte de la loi Warsmann du 22 mars 2012, qui fait suite à l'arrêt de la ch. soc. de la Cour de cassation du 28 septembre 2010 (n° 08-43.161).

s'articuler avec le cadre général du droit des conventions collectives de travail qui, lui, n'évolue pas¹⁰.

Ces deux dispositifs, dont on ne sait pas s'ils préfigurent une réforme d'ensemble du système des conventions collectives¹¹, instituent un nouvel échange entre les salariés et l'entreprise, au nom de l'intérêt de celle-ci. La loi encadre les conditions de cet échange. L'échange est un terme familier des économistes. Les juristes seraient davantage tentés par le terme de réciprocité issu du droit des contrats. Le terme caractérise une forme de contrats, les contrats synallagmatiques, dans lesquels les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres (C. civ., art. 1102). Cet échange ne se réalise qu'au sein d'un même contrat. La loi de 2013 institue une forme de réciprocité entre deux contrats distincts, la convention collective et le contrat de travail. Il ne s'agit pas de modifier le contrat de travail, comme l'ont prévu certains accords de maintien de l'emploi dont la légalité est fort douteuse, mais d'en suspendre les clauses qui seraient contraires à l'accord. En principe, donc, un avantage contractuel ne disparaît pas. Par ailleurs, plutôt que de forcer le contrat de travail, la loi s'intéresse aux conséquences du refus du salarié de ce type d'accord collectifs. Nous avons là encore une expression *a minima* de la liberté individuelle du salarié.

Il convient de voir dans un premier temps les conditions de validité de ces nouveaux d'accords collectifs (I) Nous en discuterons ensuite la mise en œuvre (II).

I. Les conditions de validité de ces nouveaux types d'accords

Compte tenu du contexte de crise qui entoure leur conclusion, les accords de maintien de l'emploi répondent à des conditions de validité exigeantes (A), que l'on ne retrouve pas dans les accords de mobilité davantage prévus pour une opération de gestion courante (B).

A/ Les accords de maintien de l'emploi en cas de graves difficultés économiques conjoncturelles (art. L 5125-1 -1 du Code du travail)

Les accords de maintien de l'emploi interviennent dans un contexte particulier qui se rapproche des motifs du licenciement économique, sans leur correspondre totalement. Il doit

¹⁰Dans les années 80, un projet patronal de contrat collectif d'entreprise prévoyait un contrat négocié entre l'employeur et la collectivité des salariés et portant sur l'ensemble des relations de travail. Ce contrat collectif était censé s'intégrer au contrat individuel de travail.

¹¹V. G. Borenfreund (« Le refus du salarié face aux accords collectifs de maintien de l'emploi et de mobilité interne, De l'ANI du 11 janvier 2013 à la loi », *RDT* 2013, p. 316) : « la voie suivie ouvrirait ainsi une brèche pour qu'à l'avenir le contrat de puisse plus être considéré, d'une manière générale, comme un barrage possible à l'accord collectif de travail ».

s'agir de « graves difficultés économiques conjoncturelles dans l'entreprise dont le diagnostic est analysé avec les organisations syndicales représentatives de salariés »¹². Pour la CFDT, signataire de l'ANI, l'accord de maintien de l'emploi présente un « caractère conjoncturel évident (mauvaise passe momentanée) et vise à conserver l'emploi »¹³. Selon un auteur, il s'agit « de permettre à l'une des parties, l'employeur, de surmonter des difficultés économiques qui compromettent la pérennité du contrat »¹⁴. La nécessité de difficultés économiques exclut la possibilité d'un recours à ce type d'accord pour sauvegarder la compétitivité¹⁵. De plus, contrairement au licenciement économique où la situation économique du groupe est prise en compte, les difficultés économiques justifiant un accord de maintien de l'emploi sont appréciées au niveau de la seule entreprise. Il n'est pas nécessaire que les organisations syndicales adhèrent à ce diagnostic mais la négociation collective va devoir en tenir compte. Il est indispensable que ce diagnostic se fasse à partir d'un ensemble de documents attestant le plus proche possible de la réalité de l'entreprise. Les organisations syndicales vont pouvoir se faire assister dans l'analyse du diagnostic et dans la négociation par un expert-comptable qu'elles ne choisissent pas¹⁶. La loi est silencieuse sur un rejet du CE sur le recours à l'expertise, qui priverait de cet appui les négociateurs. L'employeur sera donc tenu de respecter une obligation de loyauté dans la présentation de la situation de l'entreprise et dans les documents transmis. La stratégie de l'entreprise a, quant à elle été présentée par l'employeur devant son comité d'entreprise. Les syndicats ne doivent pas se retrouver dans la situation de contractants victimes d'un vice du consentement, que ce soit l'erreur ou le dol. La conviction des organisations syndicales représentatives est déterminante dans la mesure où il faut pour que l'accord soit valide, qu'il soit signé par un ou plusieurs syndicats représentatifs ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés au premier tour des élections des titulaires du Comité d'entreprise¹⁷. C'est à cette nouvelle condition d'accord majoritaire

12Art. L 5125-1 – I du Code du travail.

13Action juridique CFDT, n° 214, p. 24.

14G. Loiseau, « La sécurisation de l'emploi et la compétitivité des entreprises dans l'ANI du 11 janvier 2013 et sa transposition par l'avant-projet de loi du 11 février 2013 », *JCP ed. S*, n° 8, fév. 2013, 1084.

15G. Loiseau, *JCP S* 2013, *préc.*. On s'étonnera dès lors que certains accords évoquent dans leurs motifs « l'amélioration de la compétitivité » (accord BEHR du 26 juillet 2013).

16Il revient au comité d'entreprise de faire ce choix (art. 5125-1- I -2^{ème} al. C. trav.).

17En l'absence de délégués syndicaux, l'accord est conclu par des élus ou à défaut par des salariés mandatés. Il doit être approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés.

d'adhésion, de «légitimité renforcée », que l'accord peut s'autoriser à suspendre des clauses des contrats de travail.

La loi prévoit expressément une réciprocité. C'est « en contrepartie » de l'engagement de l'employeur de maintenir les emplois pendant la durée de validité de l'accord, que l'accord collectif va pouvoir aménager la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition, ainsi que la rémunération des salariés qu'ils désignent.

Cet échange est temporaire puisque l'accord a une durée maximale de 2 ans. A terme, rien n'interdit de signer un nouvel accord mais sommes-nous encore dans ce cas face à des difficultés conjoncturelles ?

L'impact sur les rémunérations est encadré : l'application de cet accord ne pourra conduire à réduire les rémunérations dont le taux horaire est égal ou inférieur à 1, 2 SMIC, il ne doit pas porter les rémunérations des autres salariés en dessous de ce seuil. Il existe donc un ordre public absolu. Le maintien de l'emploi n'autorise pas à faire une « chinisation » de l'entreprise. Il n'est pas possible de faire travailler des salariés à un euro l'heure. Certaines catégories de salariés, spécialement les cadres, peuvent craindre un écart important rémunération. Par ailleurs, les dirigeants salariés et les mandataires sociaux doivent faire des efforts « proportionnés » à ceux demandés aux salariés. Rien n'est dit sur l'articulation des accords maintien de l'emploi avec les accords de branche, qui continuent à prévaloir.

L'accord doit obligatoirement prévoir un certain nombre de dispositions sur sa mise en œuvre et les conditions d'information des salariés.

En dehors de ces conditions, les négociateurs sont libres de déterminer l'équivalence entre le maintien de l'emploi et la suspension des avantages contractuels, qui s'ajoutera sans doute à un raboutage des avantages conventionnels.

B/ Les accords de mobilité interne dans le cadre de mesures collectives d'organisation

Nous avons là des accords qui interviennent dans une situation plus clémente. L'engagement de la négociation, triennale mais facultative porte sur les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise, dans le cadre de mesures collectives d'organisation¹⁸. Nous ne sommes pas en phase de restructuration puisque la négociation s'engage « sans projet de réduction d'effectifs ». Il conviendra alors de contrôler que ce processus se fait à effectif constant. Il n'est par ailleurs pas nécessaire de recueillir la signature de syndicats ayant obtenu au moins 50 % des suffrages exprimés aux dernières élections professionnelles.

La loi indique les points minimaux de l'accord¹⁹ : la zone géographique d'emploi du salarié, les limites imposées à cette mobilité au-delà de la zone géographique d'emploi, les mesures

¹⁸La négociation s'intègre à la GPEC dans les entreprises ou groupes d'au moins 300 salariés. Dans l'ANI, il semble que les partenaires sociaux aient souhaité en faire une négociation obligatoire. Selon l'ANI, « l'organisation de cette mobilité interne fait l'objet, dans les entreprises dotées de délégués syndicaux, d'une négociation triennale » (art. 15 al. 2, ANI).

de conciliation vie professionnelle/vie personnelle et prenant en compte les contraintes liées au handicap et à la santé, les mesures d'accompagnement à la mobilité, en terme de formation et d'aide à la mobilité géographique, les mesures d'accompagnement et de reclassement pour les salariés qui refusent.

La loi ne reprend pas le concept jurisprudentiel de « secteur géographique » qui permet à l'employeur de faire évoluer le lieu de travail du salarié sans son consentement. Il faudra articuler la nouvelle notion de « zone géographique d'emploi du salarié », laissée à l'appréciation des négociateurs, avec le « secteur géographique », notion définie objectivement par le juge, en fonction de la distance et de la situation des transports entre deux lieux de travail successifs considérés. Le juge devra déterminer si la notion conventionnelle de « zone géographique d'emploi » s'impose à lui et se substitue au secteur géographique. Les deux notions ont la même finalité : déterminer un espace de mobilité du salarié dans lequel l'employeur peut imposer une mutation. Le juge sera certainement amené à contrôler cette notion, dès lors que les accords retiendront un espace très large de mobilité²⁰.

La loi reste par ailleurs silencieuse sur la résidence du salarié. Or, de nombreux accords de branche prévoient des dispositions sur cette hypothèse²¹. Il faudra dès lors que les accords de mobilité interne s'articulent avec ces accords de branche. L'occasion est ainsi donnée aux accords d'entreprise de réintroduire dans la négociation la question de la résidence et même du domicile, qui restait absente de la jurisprudence sur le secteur géographique.

Une autre question relative au domicile se pose alors : les partenaires sociaux peuvent-ils se saisir de la question du travail à domicile et dépasser la question du consentement nécessaire du salarié pour travailler à son domicile et vice versa ? Il faudra là-encore que les accords respectent la législation sur le télétravail, qui ne se limite pas au domicile²², et d'autre part, les droits fondamentaux du salarié, dont font parties le libre choix du domicile et la vie familiale.

La loi encadre les conséquences de l'accord sur les autres éléments du contrat de travail. Il ne doit pas y avoir de diminution du niveau de la rémunération ou de la classification personnelle

¹⁹La loi encadre davantage ces accords que le prévoyait l'ANI. L'inflexion est sensible s'agissant du respect de la vie personnelle et familiale du salarié, la participation de l'employeur à la compensation d'une éventuelle perte de pouvoir d'achat et aux frais de transport.

²⁰V. par. l'accord GPEC MMA du 3 juillet 2013, art. 7.1 qui prévoit un espace de mobilité comprenant tout l'UES.

²¹V. par ex. la CCN des professions de la photographie du 31 mars 2000, art 21 : « la mobilité à titre individuel s'entend comme la mutation, du fait de l'employeur, d'un établissement à un autre situé en France métropolitaine, appartenant à la même entreprise, et entraînant le changement de résidence du salarié ».

²²V. l'art. L 1222-9 du C. trav., loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives.

du salarié et l'accord doit garantir le maintien ou l'amélioration de la qualification professionnelle. Une compensation à la perte éventuelle de pouvoir d'achat est prévue par la loi. Un auteur relève que le principe d'égalité de traitement pourrait être en cause dès lors qu'un salarié ayant exercé une mobilité interne se verrait davantage rémunéré que les autres salariés de l'établissement d'accueil²³.

Il est bien question d'un échange puisque dans la philosophie de l'accord, comme le précise la CFDT, il s'agit « d'anticiper et de faire face aux difficultés par des « mesures collectives d'organisation courantes sans projet de réduction d'effectifs » ». Si, comme nous le verrons, la mise en œuvre de l'accord sur la mobilité suppose une phase de concertation et l'accord du salarié préalable, il est question de mesures collectives. Sa mise en œuvre individuelle pour des motifs disciplinaires ne pourrait être qu'un détournement de la loi. Derrière la proposition « à chaud » de mobilité, quelle est la contrepartie en faveur du salarié ? Le maintien de l'emploi peut être l'un des objets de l'accord²⁴. Les accords de mobilité interne sont dans un chapitre III de la loi « Favoriser l'anticipation négociée des mutations économiques pour développer les compétences, maintenir l'emploi et encadrer les licenciements économiques » et une section 1 « Développer la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences ». Dans le Code du travail, les dispositions sur la mobilité interne sont placées dans le dispositif de négociation sur la GPEC. S'il s'agit d'une anticipation de l'emploi, celle-ci n'est pas nécessairement à long terme, compte tenu des évolutions de la production, des avancées technologiques et des conditions de la concurrence (mais dans ce dernier cas, on est davantage dans la sauvegarde de la compétitivité). L'accord sur la mobilité interne n'est pas nécessairement à durée déterminée. Il peut donc correspondre à une forme de restructuration « à froid » permanente. Rien n'interdit dans la négociation que les accords sur la mobilité s'accompagnent de contreparties en faveur des salariés concernés, en plus des points imposés par la loi (avancement dans les classifications, VAE, VAP...).

II. La mise en œuvre des accords collectifs

Ces deux nouveaux accords ont en commun de suspendre les clauses contraires des contrats de travail et de prévoir que les salariés qui refuseront les effets de ces accords seront licenciés individuellement pour motif économique. S'agissant des accords de maintien de l'emploi, il est possible de s'interroger sur l'équilibre des concessions réciproques (A). Concernant les

23L. Marquet de Vasselot, « La mobilité et l'emploi : vers de nouvelles pratiques ? », *JCP S*, n° 25, 2013, 1262

24V. S. Pélicier Loevenbruck et G. Frèrejacques (*SSL* 2013, n° 1592, p. 49) qui évoquent un « équilibre subtil des intérêts de l'entreprise et du salarié, qui aboutit à accroître le champ des mobilités fonctionnelles et/ou géographiques sous conditions de renforcement des garanties liées à leur mise en œuvre ». A rapp. de G. Borenfreund (*RDT* 2013, *préc.*) qui estime qu'« il y a lieu de craindre que l'entrée en application de l'accord de mobilité interne ne se traduise par une altération du rapport de travail, qui ne serait assortie d'aucun avantage tangible pour le salarié ». V. ante E. Dockès qui observe que seule une « aggravation (de la situation des salariés peut servir de disposition réciproque aux avantages consentis par les salariés » (« La réciprocité des dispositions dans la convention collective », *Dr. ouvr.* 1997, p. 503).

accords de mobilité interne, c'est la proximité avec la procédure de licenciement économique qui inquiète (B)

A/ Les accords de maintien de l'emploi : un juste échange ?

L'employeur ne peut pas rompre pour motif économique le contrat de travail des salariés auxquels s'applique l'accord et qui acceptent les effets de celui-ci. En contrepartie, les clauses du contrat de travail de ces salariés contraires à l'accord sont suspendues pendant la durée d'application de l'accord. Il faudra déterminer le sens des clauses contraires, notamment avec certaines clauses de garantie d'emploi²⁵.

En premier lieu, il est important de déterminer le périmètre de l'accord sur les salariés. Parmi les travailleurs concernés par l'accord, il ne s'agit pas de faire coexister dans l'entreprise des salariés qui ont accepté les effets de l'accord et d'autres qui l'ont refusé. Mais l'accord peut ne concerner qu'une partie des salariés de l'entreprise²⁶. L'art. L 5125-1 I. du Code du travail évoque l'aménagement de la durée du travail et des conditions de rémunérations « pour les salariés occupant ces emplois ». L'accord peut désigner des catégories d'emploi ou un site, un atelier. Le principe d'égalité de traitement pourrait alors rejaillir. Les salariés visés par l'accord pourraient se demander pourquoi ils doivent seuls supporter le fardeau de la crise, alors que d'autres ne « trinquent » pas. Certes, ils ne peuvent pas être licenciés pour motif économique mais si la situation de l'entreprise s'aggrave, que deviennent les garanties en matière d'emploi ? Par ailleurs, nous le verrons, l'accord peut être suspendu en justice si l'employeur n'applique pas l'accord de façon loyale et une clause pénale s'applique en cas de manquement aux engagements pris. Le licenciement économique pourrait relever d'une déloyauté justifiant la suspension et constituer un manquement à l'accord collectif mais la loi ne dit rien sur une nullité de la rupture. Les salariés assujettis à un accord sur l'emploi seront tentés également de faire une comparaison entre eux et les salariés d'autres entreprises du secteur appartenant au même bassin d'emploi. Toutefois, cette comparaison ne pourra pas trouver de fondement dans le principe d'égalité de traitement, qui se limite à une comparaison au sein de la même personne morale.

On peut également se demander si l'accord est obligé de cibler les salariés en relation directe avec les difficultés ou s'il peut couvrir les salariés les plus « chers », les cadres notamment. L'accord peut viser l'ensemble des salariés et déterminer quelles sont les conditions d'application par catégorie professionnelle.

25V. P. Lokiec, « La face cachée des accords de mobilité interne », *SSL*, 3 juin 2013, n° 1587, p. 5.

26V. en ce sens G. Loiseau (*JCP S* 2013, n° 25, *préc.*) qui observe que « l'acceptabilité des mesures d'aménagement qu'il comporte est largement conditionnée par leur dimension collective et partagée ».

Enfin, l'une des solutions pour l'entreprise sera de viser l'ensemble des salariés en imposant par exemple à tous une modération salariale et de déterminer ensuite, par catégories, certains sacrifices salariaux.

Les salariés visés par l'accord ayant été déterminés, trois situations sont à évoquer :

- a) Celle qui va chronologiquement arriver en premier c'est l'expression du consentement du salarié visé par l'accord et son éventuel refus. L'accord détermine le délai et les modalités du refus par le salarié de l'application des stipulations de l'accord collectif à son contrat de travail. Si l'accord ne prévoit rien, c'est la procédure de notification de la modification du contrat de travail pour motif économique qui s'applique²⁷. Lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent l'application de l'accord, leur licenciement repose sur un motif économique. En totale contrariété avec la directive 98/59 sur les licenciements collectifs, la loi prévoit que ce sont des licenciements individuels, quelque soit le nombre des salariés concernés. Le ou les salariés licenciés auront droit aux mesures d'accompagnement prévues par l'accord. Le choix d'un licenciement individuel, afin d'éviter tout plan de sauvegarde pour l'emploi²⁸, signifie bien que le salarié s'est opposé à une solution de sauvegarde de l'entreprise dans l'intérêt de celle-ci, validée par les syndicats majoritaires et que le maintien des conditions de travail antérieures à l'accord se révèle impossible. Il semble que les conséquences du refus du salarié limitent pour l'instant la conclusion de ce type d'accords. Au salarié qui refuse de contester éventuellement la légitimité de son licenciement en attaquant le motif économique de la rupture. Dans ce cas, il faudra mesurer la force de l'accord sur la légitimité du licenciement. Le juge n'est pas tenu par le diagnostic entre les syndicats signataires et l'employeur. Selon G. Borenfreund, « rien n'interdit vraiment de considérer que le juge devrait être en mesure d'apprécier si les changements prévus dans l'accord collectif et refusés par le salarié étaient proportionnels à l'objectif de maintien de l'emploi, voire effectivement indispensables à sa préservation »²⁹.

27V. l'art. L 1222-6 C. trav.. D'autres solutions étaient envisageables. V. P. Remy qui proposait que le législateur modifie l'art. L 2254-1 du C. trav. «en précisant, d'une façon ou d'une autre, que lorsque l'employeur s'engage à maintenir l'emploi dans un accord collectif, celui-ci doit être considéré, à titre d'exception (et à le supposer conforme aux dispositions légales, mais aussi aux droits fondamentaux), comme étant nécessairement plus favorable au contrat, quelles que soient alors ses stipulations (en particulier sur la durée du travail et la rémunération) » (*préc.*).

28Ce qui enlève également un argument de poids aux syndicats lors de la négociation.

29G. Borenfreund, « Le refus du salarié face aux accords collectifs de maintien de l'emploi et de mobilité interne, De l'ANI du 11 janvier 2013 à la loi », *RDT* 2013, p. 316. V. également E. Peskine (« Les accords de maintien de l'emploi. Ruptures et continuités », *RDT* 2013, p. 172) qui estime que « le juge pourrait bien finalement conserver un pouvoir de contrôle, en amont, des difficultés économiques propres à autoriser la conclusion de l'accord. Manière de déplacer le contrôle des difficultés économiques justifiant le licenciement d'un salarié qui aurait refusé une modification de son contrat, aux difficultés économiques autorisant la conclusion d'un accord de maintien de l'emploi ».

Le risque existe pour l'entreprise de voir partir des salariés dont la compétence lui est nécessaire. Il conviendra que les syndicats soient vigilants sur les contreparties en faveur des salariés qui refusent.

- b) Celle d'une amélioration de la situation économique de l'entreprise : les conséquences en sont prévues par l'accord. Si elle est significative, le Président du TGI peut suspendre l'accord à la demande de l'un des signataires et même, à l'issue de ce délai peut autoriser la poursuite de l'accord ou le résilier. Il convient de relever que les salariés ne peuvent pas agir en ce sens. Seuls les syndicats signataires le peuvent. Les modalités de suivi de l'évolution de l'entreprise prévues par l'accord seront assez déterminantes. Quid du recours par les organisations syndicales à un expert-comptable ? Finalement, le seul qui se trouve matériellement en moyen de recourir à l'expertise, c'est le comité d'entreprise, au sein duquel les syndicats signataires ne sont pas nécessairement présents dans les élus. Pour la CFDT, il s'agit d' « assurer le principe d'un retour des salariés sur leurs efforts si l'entreprise passe ce cap difficile »³⁰. Si le principe en est prévu par la loi, la teneur de ce « retour » relève des partenaires sociaux. En cas de suspension de l'accord, l'employeur retrouve son pouvoir de licencier³¹.
- c) Le manquement à l'accord : L'accord peut être suspendu par le même juge et dans les mêmes conditions, si les engagements souscrits « notamment en matière de maintien de l'emploi, ne sont pas appliqués de manière loyale et sérieuse ». Par ailleurs, une clause pénale, prévue dans l'accord, est applicable à l'ensemble des engagements pris dans le cadre de l'accord. Il ne s'agit pas seulement des engagements sur l'emploi. Si cette clause offre une certaine prévisibilité, G. Loiseau en démontre les « failles »³². D'une part, « l'indemnité due à titre de la pénalité présentant un caractère forfaitaire, le même forfait sera dû à chacun des salariés lésés sans considération de leur situation particulière, voire de la nature du manquement imputable à l'employeur ». D'autre part, « ce montant forfaitaire s'imposera aux salariés lésés qui ne pourront saisir le juge pour réclamer un montant plus élevé, sauf à démontrer que le montant fixé par la clause pénale est manifestement dérisoire et ouvre droit à révision ». Enfin, « les salariés licenciés devront le plus probablement se contenter de l'indemnité forfaitaire ».

³⁰AJ CFDT, n° 215.

³¹Le Code du travail règle alors les indemnités de licenciement. V. l'art. L 5125-6 du C. de trav..

³²G. Loiseau, *JCP ed S*, 2013, n° 25, *préc*

Cet échange est-il juste³³ ? Y-a-t-il possibilité de contester l'équivalence des concessions des salariés au regard de la situation de l'entreprise ? Peut-on faire vérifier par le juge l'équilibre entre l'engagement de maintien de l'emploi de l'employeur, qui s'impose en vertu de la loi, et la suspension des avantages du contrat de travail, qui s'applique aux salariés, tiers à la convention collective ?

Il est peu envisageable que le juge se place sur le terrain de la cause pour juger de l'insuffisance de l'engagement de l'employeur. Il faudrait alors concevoir que la suspension des clauses contractuelles soit l'un des objets de la convention collective et qu'il trouve sa contrepartie dans l'engagement de maintien de l'emploi. Ce qui brouille encore une fois la possibilité de cette appréciation, c'est que la suspension ne concerne pas des avantages conventionnels mais contractuels. Par ailleurs, les juges vérifient en principe l'existence d'une contrepartie et non pas sa valeur. Au vu d'un diagnostic sur la situation économique de l'entreprise, un accord collectif prévoit, compte tenu d'un objet prévu par le Code du travail, à la fois un engagement de ne pas rompre les contrats pour motif économique et de suspendre les avantages contractuels des salariés visés. L'accord collectif a bien un objet déterminé, mais la réalisation d'une partie de celui-ci impacte sur l'application d'un autre acte juridique, le contrat de travail.

On pourrait aussi se demander si le juge, en contrôlant la licéité de l'objet, ne pourrait pas estimer qu'en fonction du contenu de certains accords collectifs, la suspension des clauses contractuelles n'est pas excessive, comme il peut par exemple exercer ce contrôle en matière de clause de non-concurrence. La suspension des avantages salariaux serait déraisonnable, au regard du revenu du salarié. Là encore, la difficulté résidera dans le fait que nous sommes en présence de deux actes distincts. L'appréciation se fera alors au moment de la justification du licenciement en cas de refus du salarié. L'appréciation judiciaire du caractère excessif butera également devant l'encadrement légal des accords de maintien de l'emploi. La loi a fixé, comme nous l'avons vu, des garde-fous en matière de rémunération.

On peut s'interroger sur une autre piste. Le salarié ne pourrait-il pas mettre en avant sa liberté contractuelle pour plaider qu'il y a une atteinte excessive à ce droit fondamental ? Dans l'appréciation de cette atteinte, il faudra déterminer si l'accord collectif répond à un intérêt juridiquement protégé. Concernant l'art. L 3122-6 du Code du travail, qui permet par accord collectif, de mettre en place une modulation du temps de travail sans obtenir l'accord du salarié, le Conseil constitutionnel estime que « ces dispositions, fondées sur un motif d'intérêt général suffisant, ne portent pas à la liberté contractuelle une atteinte contraire à la Constitution »³⁴. P. Lokiec s'interroge sur le rapprochement entre l'intérêt général et la

33V. G. Loiseau (*JCP ed S*, 2013, *préc.*) qui observe que c'est précisément le caractère collectif des mesures arrêtées aux termes d'un accord majoritaire, et la répartition égale des restrictions qu'elles apportent aux situations individuelles des salariés, qui favorisent leur réception moyennant la garantie d'un maintien dans l'emploi ».

34Cons. Constit. déc. n° 2012-649 du 15 mars 2012 DC, cst 14.

conclusion d'un accord collectif, qui de surcroît accroît la flexibilité des conditions de travail³⁵. En tout cas, le principe de participation ne peut pas absorber la « volonté du sujet individuel »³⁶. La seule exigence d'un refus ou d'un accord du salarié n'équivaut pas à une négociation portant sur le même objet entre le salarié et l'employeur³⁷. L'accord collectif devient un acte d'adhésion, au sens donné en droit de la consommation, auquel le salarié peut échapper par son refus.

S'interrogeant de façon générale sur la validité du dispositif au regard de l'atteinte portée à la force obligatoire du contrat de travail, P. Lokiec avance l'hypothèse d'une « atteinte disproportionnée à « l'économie des conventions » telle que protégée par le Conseil constitutionnel sur le fondement des articles 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et 16 de la Constitution³⁸. Tout dépendra là encore de l'appréciation du motif d'intérêt général justifiant l'atteinte portée à l'exécution du contrat de travail.

Le seul recours actuellement envisageable apparaîtra au moment du contentieux sur le motif de licenciement du salarié qui a refusé l'application de l'accord, dans la mesure où la situation justifiant la conclusion de l'accord ne correspondra pas nécessairement à une cause justificative de licenciement.

B/ L'accord de mobilité interne : une proximité inquiétante avec la procédure de licenciement économique

Les éléments du contrat affectés par un accord de mobilité interne concerneront le lieu de travail (secteur géographique, lieu de travail contractualisé, zone de mobilité contractuelle...) ou les fonctions du salarié, l'ANI évoquant « des changements de poste »³⁹. Une difficulté se présentera si les effets de la mobilité interne impliquent un télétravail. Selon le Code du

35P. Lokiec, « Flexibilité et contrat de travail », *JCP ed G*, n° 9, 2013, 224.

36G. Borenfreund, *RDT* 2013, *préc.*, p. 25.

37Sur la question de savoir si la négociation est de l'essence du contrat, v. J. Ghestin, « La notion de contrat », *Droits*, 1990, n° 12, p. 7.

38P. Lokiec, « Flexibilité et contrat de travail », *JCP ed G*, n° 9, 2013, 224. L'auteur fait référence à « l'économie des conventions » (CC, déc. N° 2002-465 du 13 janv. 2003 DC) et à l'« équilibre » (CC, déc. n° 2008-568 du 7 août 2008 DC) des conventions. Il s'interroge enfin sur une mise en cause de certaines espérances légitimes des salariés, au sens que donne cette notion autonome la Cour EDH sur le fondement de l'art. 1 du 1er prot. Additionnel.

39ANI, art. 15.

travail, « le refus d'accepter un poste de télétravailleur n'est pas un motif de rupture du contrat de travail »⁴⁰. Pour les salariés qui acceptent, les clauses du contrat de travail contraires à l'accord sont suspendues. Il faudra alors vérifier les clauses de mobilité géographiques qui seraient donc suspendues, indépendamment de leur caractère ou non plus favorable. Outre sa comparaison avec le contrat de travail, il faudra articuler cet accord avec celui de la branche qui encadre parfois la mobilité géographique des salariés.

La loi encadre les conditions de la mise en œuvre. Comme pour les accords de maintien de l'emploi, il semble que le champ d'application de l'accord puisse être limité à certaines catégories de salariés⁴¹. L'accord doit être porté à la connaissance de chacun des salariés concernés.

Contrairement à l'accord sur le maintien de l'emploi, il doit y avoir une phase de concertation avant la mise en œuvre d'une mesure de mobilité. Il pourrait y avoir donc une forme de négociation sur les conditions de la mobilité. Il faut toutefois prendre garde de ne pas tomber encore une fois sous les fourches du principe d'égalité de traitement.

L'employeur doit obtenir l'accord du salarié selon la procédure de modification du contrat de travail pour motif économique. Les conséquences du refus du salarié sont identiques à celles du refus des effets d'un accord de maintien de l'emploi. Ce sera toujours un licenciement individuel pour motif économique. Le salarié aura droit aux mesures de reclassement prévues par l'accord, mesures qui seraient l'adaptation de celles prévues en cas de licenciement économique. La nature individuelle du licenciement se comprend encore par le fait que le refus s'explique par des raisons personnelles au salarié. Il refuse les effets d'un accord négocié dans l'intérêt de l'entreprise⁴². Là encore, il n'est pas question de faire co-exister dans une même entreprise deux types de salariés, ceux soumis à l'accord et ceux qui en refusent les effets. L'accord de mobilité interne serait ainsi une autorisation donnée à l'employeur de faire davantage évoluer le lieu de travail des salariés.

Il sera intéressant de voir comment la jurisprudence analyse le refus du salarié⁴³. Il est probable que le salarié qui cherchera à négocier sera considéré comme ayant refusé la proposition.

40Art. L 1222-9 C. trav. al. 3, C. trav..

41V. en ce sens, P. Lokiec, *SSL* 2013, *préc.*

42V. G. Borenfreund (*RDT* 2013, *préc.*) qui notait, s'agissant du licenciement pour motif personnel, que transparaissait « l'idée qu'en refusant l'application de l'accord à son contrat de travail, le salarié n'aurait pas joué le jeu de la solidarité ; il aurait manqué en quelque sorte au bien commun, incarné dans l'accord collectif ».

43S'agissant d'une modification du contrat pour motif économique, v. Cass. soc. 20 mars 2013, n° 11-27.806, *RJS* 5/13, n° 349.

Le législateur a voulu donner davantage de protection au salarié qui refuse en qualifiant son licenciement d'économique plutôt que de personnel, qualification qu'avait retenu l'ANI. La loi brouille les pistes. Nous sommes dans le cadre d'une opération sans réduction d'effectifs. Il semble bien que cela soit une condition de validité de l'accord⁴⁴. Pourtant le licenciement est de nature économique. Il existe un risque sérieux de fraude au plan de sauvegarde pour l'emploi. Pour cet accord, il n'est pas nécessaire d'obtenir la validation de l'administration du travail et les mesures de reclassement adaptent celles en cas de licenciement économique⁴⁵. Le choix de la qualification de licenciement économique est contestable aussi au regard de la logique du mécanisme. Selon la CFDT, « même si les conditions habituelles sont réunies, il n'y a pas lieu de mettre en place un PSE »⁴⁶. Le salarié a refusé les effets d'un accord qui encadre le pouvoir de direction de l'employeur. Un salarié qui refuse l'application d'une clause contractuelle de mobilité peut être licencié pour avoir manqué aux instructions de l'employeur. Le législateur a préféré imposer à l'employeur d'avoir à recueillir l'accord du salarié et respecter la procédure de la modification du contrat de travail pour motif économique. Comme l'observe F. Favennec-Hery, « une fois de plus, le droit français refuse de donner aux accords collectifs d'anticipation portant sur la mobilité des salariés un régime propre et les traite comme s'ils constituaient l'anti-chambre du licenciement pour motif économique »⁴⁷.

Comment atteindre un accord de mobilité professionnelle qui se réclame de la GPEC alors qu'il est en réalité un moyen de contourner la procédure de licenciement collectif pour motif économique ? Le contrôle du pouvoir de l'employeur peut prendre plusieurs voies : détournement de pouvoir, abus de droit, fraude⁴⁸. La difficulté première est ici qu'il s'agit d'un accord collectif et non pas d'une décision unilatérale de l'employeur. Si l'on veut atteindre la convention collective par la recherche d'une fraude, encore convient-il de prouver que les signataires ont cherché à se soustraire à la procédure de licenciement collectif pour motif économique par la conclusion d'un accord de mobilité interne⁴⁹. Certes, les règles sur le licenciement collectif pour motif économique sont bien des règles obligatoires. Mais il faudra

44L. Marquet de Vasselot, « La mobilité et l'emploi : vers de nouvelles pratiques ? », *JCP S*, n° 25, 2013, 1262.

45Selon la CFDT, « on peut craindre que les employeurs n'abordent désormais la négociation de cet accord qu'avec l'idée de mettre en œuvre un dispositif évitant le PSE, puisque, même s'il y a plus de 10 refus, celui-ci ne se déclenche pas » (*Action juridique*, n° 215, p. 16).

46AJ CFDT n° 215.

47F. Favennec-Hery, « Accords de mobilité interne : un rendez-vous manqué ? », *SSL*, 8 juillet 2013, n° 1592, p. 47.

48E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985.

prouver, la bonne foi étant présumée, que les partenaires sociaux ont eu l'intention de tourner la règle, élément subjectif. Les syndicats de salariés pourraient-ils avoir intérêt à utiliser le dispositif légal sur les accords de mobilité pour détourner la procédure de licenciement collectif ? La fraude ne sera pas un moyen utile à mettre en œuvre. Toutefois, un employeur ne devrait pas pouvoir utiliser l'accord de mobilité interne lorsqu'est engagée dans le même cadre une procédure de licenciement collectif pour motif économique.

Il est trop tôt pour savoir si ces deux catégories d'accords préfigurent une transformation plus radicale du droit des conventions collectives, où l'accord du salarié serait davantage sollicité. Les entreprises seront incitées à standardiser encore davantage les contrats de travail pour les articuler facilement avec les accords de mobilité interne.

Pour les accords de maintien de l'emploi, leur durée ne coïncide pas avec la périodicité des élections professionnelles. Le seuil de validité de ces accords va encore exacerber les processus électoraux dans les entreprises. Les syndicats devront se positionner face à la possibilité de signer ce type d'accords.

L'ordre juridique devra nécessairement prendre au sérieux les engagements de l'employeur, faute de quoi la signature de l'accord n'aura plus aucune crédibilité. L'employeur, dans les accords collectifs de maintien de l'emploi fait d'ailleurs lui aussi un pari, celui que la suspension des clauses contractuelles suffise à ne pas licencier pour motif économique. Ces accords ont pour effet que les sacrifices salariaux des salariés génèrent de la trésorerie à l'entreprise pendant plusieurs mois. Outre un retour à meilleure fortune, ne faudrait-il pas penser que les salariés aient dans cette période, à travers leurs élus, davantage de pouvoirs dans les décisions sur la gestion de l'entreprise ? En effet, pour reprendre une notion chère à la Cour de cassation pour les clauses contractuelles de variabilité, ils subissent bien le « risque de l'entreprise ».

⁴⁹Selon J. Vidal, la fraude se manifeste « chaque fois que le sujet de droit parvient à se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace, qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif » (J. Vidal, Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, thèse Toulouse, 1957).