

NEGOCIATION COLLECTIVE ET CONTRAT DE TRAVAIL : UN POUR TOUS, TOUT POUR UN ?

I. Impacts des accords collectifs sur l'exécution des contrats de travail

La mobilité du salarié entre négociation collective et contrat de travail

par Daniel SAADAT, Avocat au Barreau de Paris

PLAN

I. Sur le recul « maîtrisé » du contrat de travail au profit de l'accord collectif

A. Des garanties pour
les salariés...

B. ... mais de possibles
dévoiement et
contournement

II. Le refus par le salarié de se soumettre à l'accord de mobilité intervenu

A. Le recul du principe
de faveur un constat
pas si révolutionnaire,
ni si réactionnaire,
que cela

B. La résistible
résistance du salarié

Négociation collective et contrat de travail : un pour tous, tout pour un ? Tel est le thème affiché du colloque qui nous réunit, mais qui aurait également pu s'intituler, pour les tenants d'un principe de faveur, malmené par le législateur, *Chronique d'une mort annoncée* et, pour les autres au rang duquel je suis, *À l'Ouest rien de nouveau*.

En effet, il me semble qu'opposer négociation collective et contrat de travail n'est pas l'angle adéquat, car, ainsi que le rappelle Madame Marie-Laure Morin, citant le Professeur Gérard Lyon-Caen, « *la négociation ne se définit pas par opposition à la législation, mais par opposition au pouvoir de décision unilatérale du chef d'entreprise* ».

Aussi, 1982, 2004, 2008, 2012 et enfin 2013 sont autant d'années qui mettent en lumière une certaine conception du principe de faveur, qui a fait du contrat de travail, par un étrange tête-à-queue historique, l'ultime rempart à la toute-puissance patronale.

Or, opposer ou confronter négociation collective et contrat de travail, c'est, *in fine*, dénier aux partenaires sociaux, et plus précisément aux organisations de salariés, représentatives au sens de la loi du 20 août 2008, la faculté, au nom d'un intérêt général censément défendu par elles, de signer des accords collectifs qui viendront heurter les clauses contraires du contrat de travail.

Cependant, il faut rappeler :

- La convention 98 de l'Organisation internationale du Travail, qui prévoit en son article 4 que « *des mesures appropriées aux conditions nationales doivent, si nécessaire, être prises pour encourager et promouvoir le développement et l'utilisation les plus larges de procédures de négociation volontaire de conventions collectives entre les employeurs et les organisations d'employeurs, d'une part, et les organisations de travailleurs, d'autre part, en vue de régler par ce moyen les conditions d'emploi* » ;
- L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, affirmant le droit de toute personne « *au respect de sa vie privée et familiale* » ;
- L'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946 : « *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* » ;

- la loi du 13 juillet 1971, portant reconnaissance du droit des salariés à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions de travail et garanties sociales ;
- Ou encore la fameuse phrase de Lacordaire : « *entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime, et la loi qui affranchit* ».

Alors que tout le propos de l'histoire du mouvement ouvrier a été de faire en sorte que le salarié ne se retrouve pas seul, sans garanties, face à son employeur pour la fixation de ses conditions de travail, l'invocation de la toute-puissance contractuelle, pour prétendre à la défense du salarié, me semble être une régression sociale en ce qu'elle privilégie l'intérêt individuel, pas toujours bien compris, par rapport aux besoins de la collectivité des salariés.

À cet égard, il faut noter que, depuis la fin des 30 Glorieuses, qui coïncide peu ou prou avec les chocs pétroliers des années 1970, la France et l'Europe n'en finissent pas de connaître un taux de chômage particulièrement élevé. Dans la zone euro, ce taux, au mois d'octobre 2014, était de 11,7 % en moyenne, pour atteindre 25,9 % en Grèce (1). Si, en 1847, selon Karl Marx, un hypothétique spectre, celui du communisme, pouvait hanter l'Europe, en 2014, c'est un fléau bien réel, le chômage, qui la ravage et ce, jusque dans ses fondements mêmes.

Aussi, sauf à envisager une remise à plat, quasi révolutionnaire, d'un ordre mondial établi, ce qui n'est pas, *a priori*, dans l'air du temps, il convient de s'interroger sur ce qui peut être une alternative au chômage de masse, qui, selon l'Insee, était de 25,7 % au quatrième trimestre 2012 pour les moins de 25 ans.

Le principe de réalité ne saurait nous cantonner à des imprécations, des postures ou à des sauts de cabri, chers au Général de Gaulle, pour nous obliger à

nous interroger sur un partage du travail qui aurait pu prendre la forme d'une baisse généralisée et drastique du temps de travail, mais qui, aujourd'hui, se décline sur le mode de la flexibilité du salarié.

Ce qui est à l'œuvre, ce n'est donc pas une répartition du travail disponible, mais l'affichage d'une employabilité maintenue du salarié, en adéquation avec l'adaptation en interne de l'entreprise à son environnement économique, ou en phase avec l'évolution externe d'un marché du travail pour le moins atone, eu égard aux taux de croissance annuelle que la France et l'Europe connaissent.

La loi du 14 juin 2013 a ainsi mis sur la mobilité des salariés avec, au cœur de son dispositif, la volonté, affichée, de favoriser leur employabilité par le biais d'une mobilité interne ou externe. C'est donc avec cette vision, contrainte, mais comment faire autrement, qu'il convient, me semble-t-il, d'envisager le thème de la mobilité.

I. Sur le recul « maîtrisé » du contrat de travail au profit de l'accord collectif

En l'espèce, la loi encadre la négociation collective à intervenir et lui permet de prendre quelques libertés avec les clauses du contrat de travail, pourtant considérées comme étant, sur le fondement de l'article 1134 du Code civil, la loi des parties.

Cependant, cette liberté reconnue aux partenaires sociaux de pouvoir suspendre les clauses du contrat de travail qui seraient contraires à l'accord intervenu ne doit pas être considérée comme une monstruosité juridique mettant à bas le socle contractuel. En effet, par deux arrêts en date du 12 juin 2014, la Cour de Cassation a jugé que la modification unilatérale de la rémunération par l'employeur ne justifie pas la résiliation judiciaire du contrat de travail à ses torts, dès lors qu'elle n'est pas de nature à empêcher la poursuite du contrat de travail ou encore que la créance salariale résultant de la modification unilatérale du contrat de travail par l'employeur ne représente qu'une faible partie de la rémunération (2).

Aussi, la loi du 14 juin 2013, en ce qu'elle oblige l'employeur à des garanties, peut donc être vue comme l'expression d'une volonté du législateur à voir prise en compte la situation individuelle des salariés concernés par un accord de mobilité interne. Toutefois, il ne faut pas être naïf ou grand clerc pour ne pas envisager un dévoiement, ou encore un contournement, de la volonté affichée du législateur.

A. Des garanties pour les salariés ...

Avant d'envisager la question de la mobilité interne, quelques mots s'agissant de la mobilité externe.

L'article L.1222-12 du Code du travail prévoit que le salarié peut, avec l'accord de l'employeur et s'il justifie d'une ancienneté de 24 mois, bénéficier d'une période de mobilité volontaire sécurisée afin d'exercer une activité dans une autre entreprise, selon des modalités à fixer par voie d'avenant, précise l'article L.1222-13 du même code. À l'expiration de cette période de mobilité, le salarié retrouve son précédent emploi ou un emploi similaire. Dans un tel cas de mobilité, le pouvoir de l'employeur se limite à sa faculté de refus et ce, étant précisé qu'après deux refus successifs, l'accès au congé individuel de formation est de droit pour le salarié... Il s'agit donc là de l'exercice d'un droit individuel qui ne ressort pas, en tant que tel, de la négociation collective.

Tel n'est pas le cas en ce qui concerne la mobilité interne prévue aux articles L.2242-21 et suivants, qui disposent que l'employeur peut engager une négociation portant sur les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise dans le cadre de mesures collectives d'organisation courantes sans projet de réduction d'effectifs. Il n'y a donc pas de condition d'effectifs pour l'ouverture

(1) Taux de chômage dans l'Union européenne, décembre 2014. Chômage en France, Wikipédia, 2014.

(2) Dr. Ouv. 2014 p.866 n. J. Ferraro, RJS 2014, n° 626.

d'une telle négociation qui s'inscrit, comme l'on vult ses promoteurs, dans une perspective de gestion courante de l'entreprise, c'est-à-dire d'adaptation des emplois à la bonne marche de l'entreprise (3).

Le pouvoir de l'employeur, dans cette hypothèse, réside dans l'usage d'une faculté, mais avec pour contrepartie, selon l'alinéa 3 de cet article, l'obligation d'engager des négociations portant également sur les évolutions prévisionnelles des emplois et des compétences et sur les mesures susceptibles de les accompagner. C'est ainsi que, pour les entreprises de moins de 300 salariés ou n'entrant pas dans les prévisions de l'article L. 2242-15 du Code du Travail, l'ouverture d'une négociation sur la mobilité interne implique obligatoirement une négociation GPEC... L'exercice par l'employeur de cette faculté peut donc être l'occasion d'une extension du droit à la négociation GPEC.

Par ailleurs, l'article L. 2242-22 du Code du travail dispose que l'accord à intervenir :

- d'une part, doit contenir un certain nombre de garanties au profit des salariés ;
- d'autre part, ne peut avoir pour effet d'entraîner une diminution du niveau de la rémunération ou de la classification personnelle du salarié ;
- et, enfin, doit comporter l'obligation de maintenir ou d'améliorer la qualification professionnelle du salarié.

Il en résulte que la mobilité interne, telle que prévue par ce texte, doit être strictement encadrée par des garanties accordées aux salariés.

Cependant, une lecture attentive de l'article L. 2242-22 du Code du travail invite à réfléchir sur un possible dévoiement et contournement.

B. ... mais de possibles dévoiement et contournement

L'article L. 2242-22 dispose en effet que « *L'accord issu de la négociation prévue à l'article L. 2242-21 comporte notamment : 1° 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...* ».

Le dévoiement à craindre réside donc dans la définition et la délimitation de la zone géographique d'emploi du salarié, à l'intérieur de laquelle vont pouvoir s'appliquer les garanties protectrices prévues par l'article L. 2242-22 du Code du travail.

En effet, à l'intérieur d'une large zone d'emploi, les garanties protectrices de l'article L. 2242-22 sont opposables à l'employeur et ce, en application de l'accord de mobilité interne conclu. Aussi, l'enjeu de la négociation, outre des contreparties, éventuellement financières, à la mobilité, sera de délimiter celle-ci.

À lire l'article L. 2242-22, il existerait deux zones géographiques :

- une à l'intérieure de laquelle s'appliquerait l'accord, c'est-à-dire une possible mobilité interne qui s'imposerait au salarié ;
- et une seconde, celle au-delà de la zone géographique d'emploi du salarié, au sein de laquelle l'employeur ne pourrait imposer au salarié une atteinte à son contrat de travail.

Cependant, il est invoqué par certains auteurs, dont le Professeur Jean-Emmanuel Ray, une troisième zone géographique, « *le désormais*, écrit-il, *bien classique « secteur géographique », tel que défini depuis 1999 par la jurisprudence, au sein duquel le salarié est réputé mobile sous peine d'insubordination et donc de licenciement pour faute* » (4).

Or, prétendre à l'existence d'une telle troisième zone me paraît critiquable, pour laisser perdurer des situations contractuelles dans un domaine où les partenaires sociaux ont entendu, sur un sujet déterminé, la mobilité interne, substituer précisément des règles collectives à des clauses contractuelles. Et ce d'autant que l'article L. 2242-23 alinéa 2 précise que « *les stipulations de l'accord conclu au titre des articles L. 2242-21 et L. 2242-22 sont applicables au contrat de travail* ».

Il en résulte, à mon sens, que la seule présence d'une clause de mobilité géographique prévue dans un contrat de travail ne peut priver le salarié du bénéfice des garanties stipulées dans l'accord intervenu. Dès lors :

- le risque de dévoiement porterait sur l'extension de la zone géographique d'emploi du salarié à l'ensemble des établissements d'une entreprise, nonobstant leur éloignement géographique ;
- et le contournement serait de laisser hors du champ d'application de l'accord les salariés ayant signé une clause de mobilité, quand la Cour de Cassation admet, par un arrêt en date du 9 juillet 2014 (5), la validité d'une clause de mobilité portant la seule mention du territoire français.

Ceci étant exposé, quelles sont les possibilités pour un salarié de s'opposer à l'application de l'accord ?

(3) Mobilité des salariés : ce qui change, les cahiers du DRH, n° 203, novembre 2013.

(4) *La mobilité du salarié*, Jean-Emmanuel Ray, collection Droit Vivant, Éditions Liaisons 2014.

(5) Cass. Soc., 9 juillet 2014, n° 13-11.906.

II. Le refus par le salarié de se soumettre à l'accord de mobilité intervenu (6)

L'article L.2242-23 alinéa 3 du Code du travail prévoit que, lorsque le salarié refuse l'application, à son contrat de travail, des stipulations de l'accord intervenu sur la mobilité, il pourra faire l'objet d'une mesure de licenciement individuel pour motif économique ouvrant droit aux mesures d'accompagnement et de reclassement prévues par l'accord. Dès lors, cet accord marque l'intrusion des négociateurs, et singulièrement ceux mandatés par des organisations syndicales de salariés, dans la sphère privée du contrat de travail et ce, en méconnaissance de ce que le salarié a pu obtenir en contrepartie de ce qu'il a pu accepter.

Or, un accord de mobilité interne qui viendrait à imposer à un salarié une modification de son contrat de travail pourra être considéré comme une violation du principe de faveur, nécessairement apprécié *in concreto*, c'est-à-dire au regard de la seule situation du salarié intéressé. Mais, d'une part, cela est-il pertinent et, d'autre part, cela est-il si révolutionnaire ou si réactionnaire ?

A. Le recul du principe de faveur un constat pas si révolutionnaire, ni si réactionnaire, que cela

La Révolution a été définie comme l'irruption violente des masses dans un domaine où se règlent leurs propres destinées. En matière de recul du principe de faveur, entendu comme un principe à vocation individuelle, rien de tel (7).

En effet, comme il a été indiqué en introduction, le mécanisme juridique amenant à ce que le Professeur Muriel Fabre-Magnan a qualifié de « *forçage du consentement du salarié* » (8) n'est pas en doctrine un Objet Inconnu Non Identifié, mais l'expression de deux analyses opposées que le Professeur Marie-Laure Morin a pu résumer comme suit :

- la première privilégie la dimension collective... Le droit de la négociation collective est un droit collectif, l'effet impératif et automatique de l'accord en est la conséquence nécessaire ;
- la seconde considère, à l'inverse, que le contrat de travail est essentiel et incorpore les avantages nés des accords collectifs.

On l'aura compris, la loi du 14 juin 2013 se situe dans le droit fil de la dimension collective de la négociation

collective, et donc dans son effet impératif sur le contrat de travail. Mais, pour autant, le salarié n'aurait-il d'autre choix qu'entre se soumettre ou se démettre, et le pire serait-il toujours à craindre ?

B. La résistible résistance du salarié

1. Au regard de la validité de l'accord intervenu

Pour être régulier, l'accord instituant la mobilité interne doit :

- « *Dans les entreprises pourvues d'un ou plusieurs délégués syndicaux, avoir reçu la signature d'une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli au moins 30 % des suffrages exprimés* » au 1^{er} tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel « *et ne pas avoir fait l'objet d'une opposition d'une ou plusieurs organisations syndicales représentatives de salariés ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés* » à ces mêmes élections : article L.2232-12 du Code du travail ;
- « *Dans les entreprises de moins de 200 salariés dépourvues de délégués syndicaux ou de délégués du personnel désignés comme délégués syndicaux dans celles de moins de 50 salariés, les élus du comité d'entreprise ou la délégation unique du personnel ou encore, à défaut, les délégués du personnel peuvent conclure des accords de mobilité interne* : article L.2232-22 du Code du travail ;
- « *Dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux et lorsqu'un procès-verbal de carence a établi l'absence de représentants élus du personnel, ces accords peuvent être négociés et conclus par un ou plusieurs salariés mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche* » : article L.2232-24 du Code du travail.

Il appartiendra, dans chacune de ces hypothèses, au salarié de vérifier la régularité de l'accord intervenu et, à mon sens, seul le juge du contrat de travail sera compétent, car la contestation que le salarié sera amené à formuler sera nécessairement liée à l'application à son contrat de travail de l'accord de mobilité intervenu, et la sanction encourue sera la nullité de celui-ci, mais limitée à son seul cas.

(6) 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, George Borenfreund, Revue de droit du travail 2013, p. 316.

(7) Ordre public social : que reste-t-il du principe de faveur, Marie Alaman, RPDS n° 830, juin 2014.

(8) Le forçage du consentement du salarié, Muriel Fabre-Magnan, DO, juillet 2012, n° 768.

2. Au regard des atteintes aux droits garantis par l'accord

À cet égard, il sera utile d'invoquer l'article L.1121-1 du Code du travail, qui dispose que « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnées au but de recherché* ».

Mais également, il faudra tenir compte de l'absence ou de l'insuffisance de prise en compte par l'accord des contraintes personnelles du salarié, telles que précisées à l'article L. 2242-22 du Code du travail (vie personnelle et familiale, handicap et santé)

3. Au regard du défaut d'information et de concertation

- L'article L.2242-23 alinéa 1 du Code du travail prévoit un droit à l'information pour chacun des salariés concernés ;
- L'alinéa 2 de ce même article impose une phase de concertation permettant à l'employeur de prendre en compte les contraintes personnelles et familiales de chacun des salariés potentiellement concernés ;
- À l'expiration de celle-ci, pour recueillir l'accord du salarié, l'employeur doit, conformément à l'article L. 1222-6 du Code du travail, lui adresser sa proposition de modification d'un élément essentiel de son contrat de travail par lettre recommandée avec avis de réception, en lui précisant qu'il dispose d'un délai d'un mois à compter de sa réception pour faire connaître son refus. La loi précisant qu'à défaut de réponse, son silence vaut acceptation.

Cependant, cette résistance du ou des salariés, pris individuellement, à l'application de l'accord de mobilité interne ne peut, à mon sens, qu'être marginale, dans la mesure où les partenaires sociaux ne pourront s'exonérer, pour la signature de tels

accords, d'une prise en compte de la réaction des salariés à la signature de ceux-ci.

En effet, pour les organisations syndicales de salariés, leur rejet ne pourra qu'avoir une traduction dans les urnes lors des prochaines élections professionnelles... et, pour l'employeur, la signature d'un accord de mobilité interne qui ne prendrait pas en compte les préoccupations des salariés potentiellement concernés ne pourrait conduire qu'à un échec, en termes de gestion des ressources humaines.

Quant à imaginer, pour chacun de ceux-ci, une validation par voie de référendum, outre que cela n'est pas prévu par la loi, à l'exception de la conclusion par un ou plusieurs salariés mandatés, cela ne peut être envisagé au regard de l'intérêt porté à la loi sur la représentativité des syndicats présumés être représentatifs pour toute la durée de vie du cycle électoral.

Aussi, le choix par les grandes organisations syndicales, CGT et CFDT, d'un syndicalisme d'entreprise reposant sur leur représentativité les engage vis-à-vis des salariés et ne saurait les dispenser de prendre leur responsabilité. À elles donc de bien négocier, mais aussi, comme les y invite Madame Anne Braun (9), à se rappeler que les négociations sur les accords de mobilité ne sont pas obligatoires... À elles, également, de veiller, comme l'indique Madame Yasmine Tarasewicz (10), à ce que les accords de mobilité ne soient pas une fraude au PSE en prévoyant un volet accompagnement réduit au minimum et un volet conséquence du refus de mobilité très généreux.

En définitive, la conclusion de tels accords reposent sur une appréciation par les organisations syndicales des intérêts des salariés pris dans leur globalité. Lourde de responsabilité, mais très certainement à la hauteur des enjeux portés par ceux-ci.

Daniel Saadat

(9) Lutter contre les accords de mobilité et le maintien de l'emploi en période de crise, Anne Braun, DO, mai 2014, n° 790.

(10) L'insécurité juridique autour du PSE perdue, Yasmine Tarasewicz, Semaine Sociale Lamy.



IL FAUT SAUVER LE DROIT DU TRAVAIL !

par Pascal Lokiec

Ce livre est un plaidoyer en faveur du droit du travail. Sans nier ni son coût ni sa complexité, il montre que la subordination est aujourd'hui encore au cœur des relations de travail et qu'il importe, dans l'intérêt de tous, qu'elle soit encadrée. Il décrypte les multiples stratégies des entreprises pour contourner les contraintes du droit et souligne que celles-ci sont souvent contournées avec succès par le recours croissant du juge aux droits fondamentaux.

Car la santé et la qualité du travail sont loin de s'opposer à la productivité de l'entreprise. Et de cela le droit du travail est bien le garant.

Pascal Lokiec est professeur à l'université Paris Ouest-Nanterre-La Défense.

Editeur : Editions Odile Jacob 2015 - 176 pages - ISBN 978-2-7381-3222-2 - 19,90 euros