

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

II. Impacts des accords collectifs sur la rupture du contrat de travail

Accords de compétitivité, accords de maintien de l'emploi : l'affaiblissement de la résistance du contrat de travail

par Alexandra SOUMEIRE, Avocate au Barreau de Paris

PLAN

I. L'émergence des atteintes au principe de faveur au détriment du contrat de travail avant la loi du 14 juin 2013

- A. Les accords relatifs
à la durée du travail
face au contrat de
travail
- B. Le chômage partiel
- C. Les accords
« donnant-donnant »
ou de « compétitivité »

II. Les changements induits par la loi dite de sécurisation de l'emploi

- A. Les nouveautés du
dispositif de maintien
de l'emploi
- B. La valeur de
l'engagement de
maintien de l'emploi
au regard des
sacrifices des salariés

Les crises successives ont entraîné l'émergence de nouvelles formes de dispositifs collectifs, s'imposant au contrat de travail, notamment au nom du maintien de l'emploi.

Les accords de maintien dans l'emploi issus de la loi du 14 juin 2013 permettent à l'employeur, par accord collectif majoritaire, de suspendre provisoirement (au maximum pour une durée de deux ans), des clauses contractuelles du contrat de travail, sous réserve de la réunion de plusieurs conditions (articles L. 5125-1 et suivants du Code du travail) :

- graves difficultés économiques conjoncturelles dans l'entreprise ;
- diagnostic analysé avec les organisations syndicales représentatives ;
- concessions des actionnaires et dirigeants ;
- mesures d'accompagnement pour les salariés refusant un emploi.

L'employeur garantit pendant deux ans l'absence de licenciements uniquement à l'égard des salariés ayant accepté de suspendre leur contrat. Les salariés ayant refusé sont licenciés sur la base d'un licenciement individuel pour motif économique.

Alors, cette loi aurait-elle dynamité « la résistance du contrat de travail à l'accord collectif » (1) inscrite dans l'article L. 2254-1 du Code du travail et instaurant un principe de faveur : « lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent au contrat de travail conclu avec lui, sauf dispositions plus favorables » ? Le terme de dynamite devrait être nuancé au regard d'un retour dans le passé : l'intangibilité du contrat de travail connaît déjà, depuis un certain moment, quelques coups de boutoir dans le cadre de la négociation collective.

Nous verrons donc l'émergence des atteintes à l'application de la norme la plus favorable au détriment du contrat de travail avant la loi du 14 juin 2013 (2) (I.) et les changements induits par les accords de maintien de l'emploi (II.).

(1) Expression de Michèle Bonnechère dans « la loi et l'accord collectif, sources de droit du travail », *Droit du travail*, 2008, éditions La Découverte ; du même auteur « La loi, la négociation collective et l'ordre public en droit du travail : quelques repères », *Dr. Ouv. oct.* 2001 p. 411, disp. sur le site de la revue.

(2) publiée au Journal officiel du 16 juin 2013.

I. L'émergence des atteintes au principe de faveur au détriment du contrat de travail avant la loi du 14 juin 2013

Les accords de maintien de l'emploi ne sont pas les premiers dispositifs permettant de modifier le contrat de travail du salarié, dans ses éléments essentiels tel que le salaire ou la durée du travail, sans que l'employeur ne soit obligé de mettre en place la procédure de licenciement économique, notamment collective.

Avant la loi du 14 juin 2013, a minima trois dispositifs s'imposant à la relation contractuelle ont émergé : A.) les accords de réduction du temps de travail, B.) le chômage partiel et C.) les accords donnant-donnant appelés accords de compétitivité.

A. Les accords relatifs à la durée du travail face au contrat de travail (3)

Le législateur avait déjà permis à l'employeur, dans le cadre des lois Aubry du 19 janvier 2000, d'imposer la réduction du temps de travail par accord collectif au contrat de travail : la loi prévoyait alors que « *la seule diminution du nombre d'heures stipulé au contrat de travail en application d'un accord de réduction de la durée du travail ne constitue pas une modification du contrat de travail* » (art. L. 1222-7 du Code du travail).

La réduction du temps de travail négociée a pu s'accompagner, en outre, d'une diminution de la rémunération. La Cour de cassation a, en effet, jugé que « *la loi du 19 janvier 2000 n'a pas posé, en principe, que la réduction effective de la durée du travail à 35 heures dans l'entreprise devait s'accompagner d'un maintien de salaire au bénéfice des salariés* » (4). Le refus du salarié, notamment dans un tel cas, de la modification de contrat de travail constituait un licenciement pour motif personnel (art. L. 1222-8), sans applications de mesures propres au licenciement économique.

La loi Warsmann du 22 mars 2012 (5), permet également désormais à tout accord collectif de mettre en place une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année, sans que l'employeur ne soit obligé de recueillir l'accord exprès du salarié, ce qu'il devait faire jusqu'alors (art. L. 3122-6).

La possibilité de modifier provisoirement le salaire en cas de crise est même beaucoup plus ancienne.

B. Le chômage partiel

La loi du 14 juin 2013 sur la sécurisation de l'emploi (applicable à compter du 1^{er} juillet 2013) a modifié et unifié ce dispositif institué par le décret 51-319 du 12 mars 1951. Elle a opéré un changement de terme : on ne parle plus de chômage partiel, mais d'activité partielle. Le chômage partiel permet à l'employeur, dans des cas spécifiés par la loi, de réduire unilatéralement l'activité en faisant supporter une partie de l'indemnisation (70 % de la rémunération antérieure sur la partie non travaillée) (art. L. 5122-1 et R. 5122-18 du Code du travail) par l'État et l'organisme gestionnaire du régime de chômage sous réserve d'une autorisation préfectorale renouvelable tous les 6 mois (art. R. 5122-9). Dispositif contestable quand ladite entreprise fait partie d'un groupe ne rencontrant aucune difficulté économique !

Or, selon la jurisprudence critiquable de la Cour de cassation, la mise en chômage partiel ne constitue pas une modification du contrat de travail : le salarié qui refuse de se soumettre aux nouveaux horaires peut être licencié, éventuellement pour faute grave (6) !

Dans ce cas, le contrat de travail est modifié provisoirement par une décision unilatérale de l'employeur, prise après autorisation du préfet et non par un accord collectif. Néanmoins, la négociation collective d'entreprise existait déjà en cas de chômage partiel, notamment pour permettre des garanties en termes de développement de l'emploi. La loi du 14 juin 2013 a accentué ce rôle de l'accord collectif en prévoyant que « *l'autorité administrative peut définir des engagements spécifiques souscrits par l'employeur en contrepartie de l'allocation qui lui est versée en tenant compte des stipulations de l'accord collectif d'entreprise relatif à l'activité partielle, lorsqu'un tel accord existe* » (art. L. 5122-1 III).

L'article R. 5122-9 du Code du travail mentionne, de façon non limitative, 4 types d'engagements que l'établissement peut souscrire :

- le maintien dans l'emploi
- la mise en œuvre des actions de formation et
- d'actions de GPEC et
- la mise en place d'actions visant à rétablir la situation économique

(3) V. également *supra* l'étude I. Odoul-Asorey.

(4) Cass. Soc. 16 décembre 2005, n° 03-40888 F-PB, *Delarue c/ Association Centre de formation professionnelle R. Bonnard* ; Cass. Soc. 15 mars 2006, n° 977 FS-PBRI, *Sté Extand c/ Omarini et a.*

(5) publiée au journal officiel le 23 mars 2012.

(6) Cass. Soc., 2 février 1999, n° 96-42.831.

Notons que, dans un tel cas, le rôle des organisations syndicales est bien différent que dans celui d'un accord de maintien de l'emploi : les organisations syndicales ne sont pas co-décisionnaires d'une mesure de nature à modifier le contrat de travail, tels que le salaire ou sa durée. Elles aménagent une décision unilatérale soumise à autorisation préfectorale en participant aux objectifs en matière d'emploi.

C. Les accords « donnant-donnant » ou de « compétitivité »

Ce type d'accord a été paré de diverses appellations flatteuses : donnant-donnant, compétitivité, etc. Leur apparition est antérieure à la crise de 2008 (7). Il visait à obtenir déjà des concessions des salariés, notamment au regard de la durée du travail et du salaire (1.), en échange d'engagements de l'employeur en matière d'emploi (2.).

1. L'impact des accords de compétitivité sur le contrat de travail

a. Baisse ou augmentation de la durée du travail

Nous avons déjà vu que la baisse de la durée du travail prévue par accord collectif, sans maintien de salaire, peut s'imposer au salarié dans le cadre de la réduction de la durée hebdomadaire à 35 heures. Dans un tel cas, en effet, l'employeur peut le licencier pour motif personnel sans se soumettre à la procédure protectrice du licenciement économique (article L. 1222-8 du Code du travail) (8).

Selon la Cour de cassation, l'augmentation de la durée du travail peut s'imposer aux salariés si elle est accompagnée d'une augmentation du salaire : le salarié est, en effet, selon la Cour, dans l'obligation de réaliser les heures supplémentaires demandées par l'employeur, dans un cadre ponctuel. À défaut, le licenciement repose sur un motif disciplinaire (9). La Cour de cassation ne s'est cependant pas, à ma connaissance, prononcée sur le cas d'une augmentation constante et définitive de la durée du travail résultant de l'application d'un accord collectif dit donnant-donnant. Or, il n'existe pas, dans le Code du travail, pour l'augmentation de la durée du travail, un article similaire à celui de l'article L. 1227-7 qui caractérise la baisse de la durée de travail résultant d'un accord collectif dit *Aubry*, comme ne constituant pas « une modification du contrat de travail ». En consé-

quence, l'augmentation constante de la durée du travail doit constituer une modification du contrat de travail. La Cour de cassation a d'ailleurs jugé que « ne saurait constituer une faute grave le fait, pour une salariée, de refuser d'exécuter des heures de travail au-delà de celles contractuellement prévues » (10). Reste qu'en l'état, le sort du salarié qui émettrait un tel refus, en présence d'un accord d'entreprise, reste précaire.

b. Rémunération

Ces accords prévoient des gels des salaires ou la suppression de primes non incorporées au contrat de travail. Dans un tel cas, même si le contrat de travail n'est pas juridiquement modifié, il reste que l'accord collectif dit de compétitivité a bien un impact sur la rémunération du travailleur subordonné. En effet, le salarié qui s'engage dans une société car il bénéficie d'un 13^e ou d'un 14^e mois par accord d'entreprise se voit priver d'une partie majeure de son salaire.

L'émergence de ces accords a une influence indéniable sur la construction du dialogue social. Au nom d'un intérêt supérieur qui serait le maintien de l'emploi, les organisations syndicales peuvent être amenées à accepter de réduire les avantages salariaux. Alors, la question est : le jeu en vaut-il la chandelle ? Autrement dit, quelle est la valeur des engagements de l'employeur ?

2. Les engagements des employeurs dans le cadre des accords de compétitivité

La nature de ces engagements varie : montant et durée des investissements, pérennité du site, véritablement engagement de maintien de l'emploi des salariés en place voire des effectifs. Les termes ont, en effet, leur importance.

L'objet de ces obligations peut entraîner des sanctions distinctes.

a. Obligation de moyen

La Cour de cassation a jugé, dans le fameux arrêt de principe *Briou* du 22 janvier 1998, au visa de l'article 1147 du Code civil relatif à l'inexécution du contrat, que lorsque « l'employeur s'est engagé à maintenir l'activité sur un site donné en contrepartie de quoi les salariés avaient accepté une baisse de leur rémunération », le transfert (et, *a fortiori* donc, le licenciement) intervenu pendant la période de maintien

(7) M. Bonnechère, Dr. Ouv. 2001 prec. spec. p. 424 s.

(8) Cass. soc. 16 décembre 2005, n° 2750 F-PB, précité.

(9) Cass. Soc., 9 mars 1999, n° 96-43.718 ; Cass. Soc., 4 décembre 1990, n° 87-43.464 ; Cass. Soc., 13 juillet 1988, n° 85-45.107 ; Cass. Soc., 26 novembre 2003, n° 01-43.140.

(10) Cass. Soc. 31 mai 1990, n° 88-40.358 (n° 2263 D), *Butin c/ Sté CLS Vuillemin Services*.

du site était injustifié et ouvrait droit à des dommages et intérêts réparant le préjudice subi pour chacun des salariés (11).

La sanction est, en l'espèce, celle d'une obligation de moyens, et le montant des dommages et intérêts relève de l'appréciation des juges du fond. Dans d'autres cas, la jurisprudence a dégagé une véritable obligation de résultat.

b. Obligation de résultat

Depuis un arrêt du 27 octobre 1998 de la Cour de cassation, la violation par l'employeur d'une clause de garantie d'emploi dont est assorti un contrat à durée indéterminée oblige l'employeur à indemniser

le salarié du solde des salaires restant dû jusqu'au terme de la période garantie (12). La même solution doit être appliquée en cas de violation d'un accord collectif, puisque le préjudice est identique, comme l'a reconnu implicitement la Cour de cassation dans un arrêt du 28 février 2006 (13).

L'accord idéal, en termes de garanties, serait celui qui prévoit un engagement de maintenir l'emploi des salariés en place, sanctionné par l'obligation de payer les salaires jusqu'au terme convenu de l'accord en cas de licenciement, mais aussi de maintenir l'effectif, c'est-à-dire le nombre d'emplois. Force est de constater que la loi du 14 juin 2013 relatif aux accords de maintien de l'emploi ne va pas dans ce sens.

II. Les changements induits par la loi dite de sécurisation de l'emploi

L'analyse de ce dispositif (A.) permet de s'interroger sur (B.) la valeur de l'engagement de maintien de l'emploi au regard des sacrifices provisoires contractuels imposés aux salariés.

A. Les nouveautés du dispositif de maintien de l'emploi

Contrairement à l'accord de compétitivité, qui est apparu dans la pratique et qui peut s'appliquer quel que soit le contexte économique, l'accord de maintien de l'emploi est subordonné à une condition légale : l'existence de « *graves difficultés économiques conjoncturelles* » (art. L.5125-1 du Code du travail). Cette notion est nécessairement plus restreinte que celle de la motivation du licenciement économique, qui peut notamment inclure des difficultés économiques structurelles ou une menace sur la sauvegarde de l'activité, du secteur du groupe concerné.

Une question se pose : l'entreprise est-elle seule visée ou le secteur d'activité du groupe concerné peut-il l'être également, comme en matière de licenciement économique ? La logique impose de retenir la dernière solution : un accord de maintien de l'emploi ne peut pas être mis en œuvre si, au moins, le motif économique de licenciement, qui s'apprécie dans le cadre du secteur d'activité concerné du groupe, n'existe pas.

Néanmoins, l'« intérêt » de ces accords pour les employeurs, plutôt que de passer par la procédure

classique de modification du contrat de travail (art. L.1222-8), est qu'en cas de refus du salarié, le licenciement économique conserve, par un artifice légal, un caractère individuel quel que soit le nombre de salariés refusant l'application de l'accord. L'employeur se soustrait ainsi à son obligation de mettre en place la procédure de sauvegarde de l'emploi (art. L.5125-2). Des mesures spécifiques pour les salariés ayant refusé l'accord doivent être prévues. Cependant, elles ne sont pas encadrées par la loi, et peuvent être inférieures à celles résultant de la mise en œuvre du plan de sauvegarde de l'emploi.

Il reste que cette restriction du motif et les incertitudes sur la définition ont probablement contribué à dissuader les entreprises. Le risque, en cas de disqualification du motif par le juge, est que, si plus de 10 salariés ont refusé l'accord, sur une même période de 30 jours, dans une entreprise de plus de 50 salariés, les licenciements effectifs devraient être frappés de nullité, faute de plan de sauvegarde de l'emploi.

Néanmoins, l'accord majoritaire peut avoir une influence majeure sur les tribunaux quant à la qualification de « *graves difficultés économiques conjoncturelles* ». En outre, la possibilité pour les organisations syndicales de se faire assister par un expert-comptable pour le diagnostic risque d'amener celles-ci, contrairement aux accords majoritaires applicables dans les plans de sauvegarde de l'emploi, à se positionner sur le motif économique, y compris dans le texte de l'accord (art. L.5125-1).

(11) Cass. Soc. 22 janvier 1998, n° 983 PBR, *Briou et a c/ SA CMB Plastique*, Dr. Ouv. 1998 p.321, RJS 1998 337.

(12) Cass. Soc. 27 octobre 1998, n° 95-43.308 (n° 4359 PB), *S. c/ Sté GIE services pour la Caisse des dépôts et consignations* ; Cass. Soc. 20 février 2007, 2 arrêts n° 05-44.309 (n° 346 F-D), *Sté Clinéa c/ M.* et n° 05-44.310 (n° 347 F-D), *Sté Clinéa c/ G.*

(13) Cass. Soc. 28 février 2006, n°04-41380, publié au Bulletin.

Ainsi, au nom du maintien de l'emploi, cette loi amène les organisations syndicales à se positionner sur un motif économique et à diminuer provisoirement, pour une durée limitée à deux ans, les éléments contractualisés des salariés.

Cette promesse de maintien de l'emploi est-elle suffisamment garantie pour justifier de telles concessions au regard du contrat de travail ? On peut en douter.

B. La valeur de l'engagement de maintien de l'emploi au regard des sacrifices des salariés

Tout d'abord, cette loi manque d'ambition au regard des engagements de l'employeur, et peut même avoir pour effet inverse d'aggraver les conséquences en matière d'emploi. En effet, le maintien de l'emploi ne concerne que les salariés ayant accepté l'accord (art. L. 5125-2 du Code du travail), de sorte que la loi n'impose pas de préciser la conservation d'un effectif précis. Ainsi, si de nombreux salariés refusent l'accord, l'employeur pourrait tous les licencier, sous réserve de la consultation des institutions représentatives du personnel, et le nombre de suppressions d'emploi pourra ainsi se révéler supérieur à celui initialement prévu. Tel fut le cas dans l'affaire de l'équipementier automobile Berh : 162 départs au lieu des 102 postes supprimés annoncés.

La loi ne définit, en outre, aucun minimum, que ce soit au niveau des concessions des actionnaires ou des dirigeants (art. L. 5125 II), ou des mesures pour ceux qui refusent l'accord (art. L. 5125-2). Elle peut donc permettre la suppression d'emplois à moindre coût par rapport à une procédure avec plan de sauvegarde de l'emploi.

Enfin, le législateur ne pose pas clairement comme sanction une interdiction *a priori* de licencier, voire une annulation des licenciements prononcés en méconnaissance de l'engagement de maintien de l'emploi, et se contente de déclarer : « *pendant sa durée, l'employeur ne peut procéder à aucune rupture du contrat de travail pour motif économique des salariés auquel l'accord s'applique* » (art. L. 5125-1). Il a seulement prévu l'obligation pour les partenaires sociaux de préciser la sanction financière de la violation par l'employeur de ses engagements : un montant de dommages et intérêts qualifié de clause pénale, c'est-à-dire que le juge peut modifier s'il est manifestement excessif ou dérisoire (art. L. 5125-2 du Code du travail et art. 1152 du Code civil).

En revanche, par rapport aux accords de compétitivité toujours présents et coexistants, l'institution d'un accord majoritaire et la limitation au seul cas de « *graves difficultés économiques conjoncturelles* » sont des notions de nature à limiter les cas de bouleversement du principe de faveur au détriment du contrat de travail.

Il reste que la loi du 14 juin 2013 institutionnalise, par les accords de maintien de l'emploi, la remise en cause par la négociation collective des avantages du contrat de travail, affaiblissant de nouveau le principe de faveur. Cette initiative tend à renforcer l'illusion d'une participation accrue des organisations syndicales à la gestion de l'entreprise. À ce stade, ces conventions facilitent le pouvoir patronal de modification unilatérale du contrat de travail, en échange de contreparties de l'employeur aléatoires, non suffisamment garanties et encadrées par le législateur. Le maintien de l'emploi est utilisé dans une logique sacrificielle collective des salariés, et le refus de ceux qui refuseraient de s'y soumettre justifie aujourd'hui une procédure et des mesures allégées à leur égard. Pourtant, l'emploi relève toujours du pouvoir de l'employeur. Selon l'interprétation contestable de la Cour de cassation dans l'arrêt *Viveo* du 3 mai 2012 (14), le juge judiciaire, saisi de l'appréciation des mesures d'accompagnement social, ne peut s'opposer à la décision de licencier même en l'absence de motif économique. Pourrait-il s'y opposer en présence d'un accord de maintien de l'emploi non respecté ? Compte tenu de la position actuelle de la Haute juridiction, rien n'est moins sûr. La dérégulation du principe de faveur, qui affaiblit les garanties favorables du contrat individuel de travail, ne démontre pas son objectif affiché de maintien de l'emploi.

Alexandra Soumeire

(14) Cass. Soc. 3 mai 2012, n° 11-20.741, Dr. Ouv. 2012 p.629 n. M. Henry.