

Lutter contre les accords de mobilité et de maintien de l'emploi en période de crise

par Anne BRAUN, Conseillère confédérale, Docteure en droit

PLAN

- I. Validité des accords de mobilité
 - A. Portée de la « zone géographique d'emploi »
 - B. Validité de la zone de mobilité
- II. Validité des accords de maintien de l'emploi et notion de « graves difficultés économiques »
- III. L'atteinte à la liberté contractuelle
- IV. Le paradoxe des licenciements individuels multiples
- V. Le nécessaire contrôle de la motivation des licenciements

« - Chanceux ! Vous avez obtenu un emploi chez nous !

- Merci beaucoup Monsieur, je suis très heureux d'intégrer votre entreprise. Je...heu...Puis-je vous demander dans lequel de vos établissements je travaillerai, et question délicate, quelle sera ma rémunération ?

- Des questions, toujours des questions ! Ne vous inquiétez pas. De toute façon, les accords en cours de négociation rendent tout ça très aléatoire ».

Cet entretien d'embauche, qui relevait de la science-fiction, est devenu une réalité avec les accords de maintien de l'emploi et de mobilité instaurés par la loi dite de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 (1).

Ces accords marquent une étape supplémentaire dans le bouleversement de la hiérarchie des normes en faisant de l'accord collectif un moyen de détruire les garanties présentes dans le contrat de travail. Les lois Aubry et Warsmann avaient déjà institué un mécanisme similaire. Mais, dans un cas, ce dispositif correspondait à une période transitoire pour pouvoir abaisser la durée légale du travail à 35 heures et, dans le second, il s'agissait pour le législateur d'accroître le pouvoir unilatéral de l'employeur sur la répartition du temps de travail dans une situation précise.

Cette nouvelle loi instaure une mutation plus profonde en ce qu'elle offre la possibilité de modifier plusieurs éléments du contrat de travail du salarié, et cela de façon répétée dans le temps.

Avec ces accords, les syndicats sont poussés à négocier à la baisse les contrats de travail et réduire les facultés de résistances individuelles, puisque le salarié qui refuse d'appliquer ces nouvelles conditions peut être licencié selon une procédure simplifiée.

Cela met en lumière les évolutions contradictoires du droit contemporain du travail. Avec les ruptures conventionnelles, la subordination est niée pour postuler une négociation entre égaux, alors qu'avec ces accords collectifs, la subordination est non seulement admise, mais ses effets fortement renforcés.

Jusqu'à présent, le lien de subordination octroyait à l'employeur un pouvoir de direction, tout en protégeant le salarié contre la détérioration de son contrat de travail. Bien sûr, le salarié devait se plier aux directives concernant l'exécution de son travail mais, en théorie tout du moins, il pouvait s'opposer à l'application de conditions de travail moins favorables que celles sous l'égide desquelles il avait accepté de travailler (celles incluses dans son contrat de travail). Il n'en est plus rien, en cas d'accord collectif le salarié n'a aucun moyen réel (2) de résister à des changements impactant profondément son travail et sa vie.

Ce changement a été possible parce que la négociation de régression a été imposée comme étant la règle par beaucoup d'employeurs (3).

(1) Les accords de mobilité sont régis par les articles L.2242-21 s. du Code du travail ; les accords de maintien de l'emploi par les articles L.5125-1 s. du Code du travail.

(2) Dans de nombreux cas, si le salarié accepte la modification de son contrat de travail, c'est par crainte du licenciement ; son consentement est donc vicié du fait de la violence exercée. Sur la place faite à la volonté du salarié, v. M. Fabre-Magnan, « Le forçage du consentement du salarié », Dr. Ouv. 2012, p. 459, disp. sur le site de la revue.

(3) Aidés par l'évolution du cadre légal de la négociation collective, voir Mireille Poirier, « Négociation collective : arrêter le massacre. Première partie : La négociation collective, reflet des finalités du droit du travail », Dr. Ouv. 2013, pp. 78 et s.

Le chantage à l'emploi a beaucoup contribué à cette situation. Le rapport de force est anéanti par l'admission du maintien de l'emploi comme objet de négociation. L'emploi ne devrait pas pouvoir faire l'objet de négociation en tant que tel. Il est tout simplement impossible de négocier au sens fort du terme, si cet ultimatum plane en permanence au-dessus des salariés.

Aujourd'hui, la reconnaissance de la légitimité d'un chantage à l'emploi permanent risque aussi de mettre à mal la construction juridique autour de la reconnaissance et du renforcement des droits fondamentaux du salarié à l'entreprise.

Ces sujets mettent les syndicats face à des questions complexes, les salariés et leurs représentants sont piégés. Quelle issue choisir ?

Nous devons être très vigilants, car ce type d'accord assoit encore un peu plus la stratégie d'instrumentalisation des syndicats, codécideurs de la flexibilité, responsables d'un accord qui conforte une stratégie économique lourde de sens – qui, elle, non seulement n'est pas négociée mais est le plus souvent maintenue secrète. L'étude de certains accords (signés dans des entreprises de la métallurgie (4)), s'apparentant à des accords de maintien de l'emploi (5), permet de constater qu'ils viennent asseoir une politique de flexibilité, les principales mesures étant :

- le gel des salaires (qui peut s'accompagner

d'augmentation de l'intéressement sur la même période) ;

- une augmentation presque systématique du temps de travail (suppression de RTT, passage de 32 à 35 heures), alors que les graves difficultés économiques laissent plutôt présager une baisse des ventes, donc de la production.

L'enjeu économique de ces accords réside souvent dans l'obtention d'un nouveau marché. Ces accords font de l'abaissement du « coût du travail » l'élément central de l'attractivité économique de l'entreprise. Ainsi, la loi dite de sécurisation de l'emploi facilite, voire encourage le dumping social.

Le temps de la lutte contre l'ANI, puis contre la loi (6), est passé, il faut maintenant entrer en résistance et freiner l'impact destructeur de ces dispositifs.

Pour combattre ces accords de mobilité, de maintien de l'emploi, le rapport de force se construira avec les salariés. Il faudra mettre les protagonistes des négociations face à leurs contradictions et refuser que les employeurs transforment les syndicalistes en responsables adjoints des ressources humaines.

L'objet de cet article est d'être partie prenante de ces luttes par des moyens et arguments juridiques permettant de fragiliser ces accords, arguments qui pourront être mobilisés pendant les négociations et, ultérieurement, devant les tribunaux.

I. Validité des accords de mobilité

Rappelons, tout d'abord, que les négociations sur les accords de mobilité ne sont pas obligatoires (7). Mais si un tel accord est conclu, il peut imposer aux salariés en emploi une mobilité géographique ou professionnelle au-delà des prévisions de leur contrat de travail, sous peine de licenciement économique individuel en cas de refus. C'est donc un outil de contournement du contrat de travail dans sa dimension protectrice des droits des salariés.

C'est, en outre, une zone d'incertitude et d'insécurité juridiques dans la mesure où elle remet en cause un pan particulièrement stable du droit positif : la modification du contrat de travail.

Ainsi, cet accord d'entreprise minoritaire (8) mentionne deux zones différentes : la « zone géographique d'emploi » de chaque salarié et la zone de la mobilité. Cette dernière va au-delà de la

(4) Cette analyse se base sur l'étude d'une vingtaine d'accords signés dans différentes entreprises de la métallurgie (Mahle Behr, Fonderie de Bretagne, Renault, PSA, Sevelnord, Faurecia,...), réalisée par Dimitri Monforte, élève avocat, pour la Fédération de la métallurgie CGT.

(5) Parmi ces accords, beaucoup ont été signés avant la loi de sécurisation de l'emploi. Aussi, ils ne répondent pas tous à ce nouveau régime juridique. Cependant, tous ces accords annoncent l'objectif d'un maintien de l'emploi, tout en demandant aux salariés des contreparties en termes de rémunération, durée du travail. C'est pourquoi il nous semble que les tendances constatées permettent de se faire une idée de ce que seront les accords de maintien de l'emploi.

(6) Mireille Poirier, « À propos de la retranscription gouvernementale de l'ANI du 11 janvier 2013 : « sécurisation de l'emploi » ou « sécurisation des décisions patronales » ? », Dr. Ouv. 2013, p. 240.

(7) Dans les entreprises concernées par l'obligation de négocier des accords de GPEC, si la mobilité est abordée, elle le serait dans le cadre de la négociation de la GPEC et ferait l'objet d'un chapitre dédié. Dans les autres entreprises, un accord de mobilité devrait aussi aborder les questions de GPEC : article L.2241-22 du Code du travail.

(8) La signature de syndicats représentatifs, qui rassemblent 30 % des suffrages exprimés, suffit à valider ce type d'accord.

première, mais ne peut être supérieure au périmètre couvert par l'entreprise.

A. Portée de la « zone géographique d'emploi »

Le premier étonnement provient du fait que, à travers ces notions, le soin de distinguer ce qui relève des conditions de travail de ce qui peut être qualifié de modification contractuelle est laissé aux mains des négociateurs. Pour marquer cette « passation de compétences », une modification s'opère, puisque le législateur a choisi de ne pas emprunter à la Cour de cassation le terme de « secteur géographique » pour inventer celui de « zone géographique d'emploi ». Cependant, la loi indique que ce premier périmètre doit être précisé et non négocié. Nous pouvons en déduire que la définition des limites du pouvoir de direction n'est pas abandonnée au rapport de force, et que la « zone géographique d'emploi » ne peut dépasser la notion jurisprudentielle du secteur d'emploi, c'est-à-dire la mobilité relevant des conditions de travail.

La bataille sur la délimitation de ces deux zones géographiques pourrait être un des enjeux de ces négociations. Toutefois, il n'est pas certain que les employeurs en fassent réellement un point d'achoppement car, même si la qualification du licenciement semble être différente selon que le salarié a refusé de se déplacer dans la zone géographique (9) ou dans la zone de mobilité, la rupture du contrat faisant suite au refus est relativement simple à mettre en place. Ce qui compte davantage pour les employeurs, c'est probablement l'étendue de la zone de mobilité ; celle-ci pourra aller jusqu'à couvrir l'ensemble de l'entreprise.

B. Validité de la zone de mobilité

L'article L.2242-22 relatif à la zone de mobilité fait explicitement référence à l'article L.1121-1 du Code du travail, alors même que cet article s'applique sans qu'il soit besoin de l'énoncer. Cette précision est porteuse de sens. Pour certains auteurs, cela « *introduit les paramètres de justification et de proportionnalité dans l'appréciation du contenu* » (10) de l'accord. Nous pensons que cela renforce cette obligation de justification et proportionnalité, tant pour le contenu de l'accord que dans son application au cas par cas.

(9) À la lecture de l'article L.2242-23 du Code du travail, un doute subsiste. Il nous semble compliqué de déterminer si le refus de se déplacer dans la zone géographique d'emploi resterait sanctionné par un licenciement pour faute ou s'il bascule dans le régime du licenciement économique individuel.

Cette exigence est posée par le ministre du Travail lui-même. Ce dernier l'a illustrée durant les débats parlementaires au Sénat, au sujet d'un amendement proposant d'empêcher que des salariés des DOM-TOM puissent être amenés à quitter leur département du fait d'un accord de mobilité : « *Ensuite, et surtout, j'insiste sur le fait qu'une condition a été renforcée, par moi-même, dans le projet de loi initial, et par l'Assemblée nationale, qui a amendé ce dernier : il est obligatoire, dans l'accord, de tenir compte de la contrainte personnelle et familiale.*

Autrement dit, il ne pourra pas y avoir d'accord de mobilité prévoyant qu'un ultramarin peut être envoyé dans un lieu, même situé en France, car un tel lieu peut être très éloigné, dans des conditions qui mettraient en cause sa vie personnelle et familiale. C'est une garantie fondamentale qui est ainsi accordée. ... En résumé donc, ceux qui voudront « bouger » pourront le faire ; ceux qui ne souhaitent pas quitter une île où ils ont leur vie personnelle et familiale ne pourront pas faire l'objet d'un accord de mobilité. La réalité juridique répond donc à vos préoccupations » (11).

Même si l'exemple choisi tombe sous le sens, il semblerait que le ministre veuille préciser qu'il n'est pas possible d'éloigner les salariés au point de les couper de leur vie personnelle et familiale. Aussi, le périmètre de mobilité ne devrait-il pas permettre à chaque salarié de regagner chaque soir son lieu de vie, là où il a construit sa vie personnelle et familiale ?

Pour renforcer cette idée, rappelons que l'alinéa 10 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 précise que « *La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* », tout comme l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, en vertu duquel « *toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* ». Cela assigne au législateur un objectif impératif. Les principes posés par ces textes ne peuvent être satisfaits par le seul fait que l'accord de mobilité comporte des clauses visant à concilier vie professionnelle et vie familiale.

Du fait de l'énonciation d'une obligation renforcée de tenir compte de la vie personnelle et familiale, les

(10) Voir Pierre-Yves Verkindt, « Les mobilités », JCP, semaine juridique, n°25, 18 juin 2013, p.37.

(11) Débat au Sénat, séance du 20 avril 2013, JO du 21 avril 2013, pp.3818 et s.

juges semblent appelés à avoir une lecture ouverte de la notion de vie privée (12).

Les juges devront contrôler plusieurs points :

- la validité de la zone de mobilité en elle-même : si son périmètre est précis, par exemple, si les obligations contractuelles sont déterminées (13), si l'atteinte à la vie privée est proportionnée...

- la mise en œuvre de la mobilité : est-elle abusive au regard de la protection de l'intérêt légitime de l'entreprise ? Est-elle justifiée et proportionnée au regard du respect de la vie privée du salarié ?

S'il s'avérait que les atteintes à la vie privée n'étaient pas justifiées ou non proportionnées, cela serait une cause de nullité du licenciement prononcé suite au refus du salarié de se voir appliquer l'accord.

II. Validité des accords de maintien de l'emploi et notion de « graves difficultés économiques »

Les accords de maintien de l'emploi, validés par des délégués syndicaux (14) ou par référendum en l'absence de délégué syndical, permettent dans les entreprises faisant face à de « *graves difficultés conjoncturelles* » de remanier le triptyque salaire-temps-organisation, ceci en procédant à des baisses de rémunération, des modifications de la durée du travail et de son organisation pendant 2 ans au maximum. En cas d'accord du salarié, les clauses contractuelles contraires sont suspendues. Le licenciement du salarié qui refuserait « *repose sur un motif économique* » (15).

La définition des graves difficultés économiques conjoncturelles devra être explicitée par les juges, la stabilisation d'une telle jurisprudence prendra probablement plusieurs années.

Ce que nous pouvons dire de façon certaine, c'est qu'il doit s'agir de problèmes conjoncturels, donc en lien avec la situation du moment, les circonstances (16), et non d'un problème lié à une donnée structurelle, tel qu'un défaut d'investissement, de recherche ou d'innovation, par exemple. Cela signifie que, si l'appréciation de la situation doit se faire dans l'entreprise, comme le précise la loi, il semble important de faire une comparaison avec ce qui se

passé dans le même secteur d'activité pour distinguer ce qui relève de la conjoncture de ce qui dépend des choix de l'employeur.

Les conditions permettant la mise en place de tels accords peuvent être un levier intéressant, notamment l'utilisation de l'adjectif « *grave* ». En effet, Jean-Marc Germain, le rapporteur de la loi devant l'Assemblée nationale, a fait valoir pendant les débats : « *Nous ne sommes pas là en train d'imposer aux salariés des gains de productivité pour augmenter les profits, mais dans le cas de graves difficultés conjoncturelles, allant même au-delà de la définition du motif économique au sens de l'article L. 1233-3 du Code du travail* » (17). Cette déclaration correspond à l'objectif énoncé dans l'étude d'impact de cette loi, qui visait « *l'amélioration des coûts de production* » lorsque la demande est déprimée, en permettant à l'entreprise « *de réduire son activité pour baisser ses coûts d'exploitation afin de pallier des pertes de recettes, d'autre part, de couvrir ses besoins de trésorerie liés à l'augmentation du stock* » (18).

Mais, en réalité, l'objectif gouvernemental est, d'ores et déjà, invalidé par les pratiques des entreprises. Récemment encore, des membres de la direction

(12) Le choix du terme « *vie personnelle* » n'est peut-être pas neutre. Pour avoir une idée de ce qui est actuellement jugé comme étant une atteinte disproportionnée ou injustifiée à la vie privée ou une mise en œuvre abusive de la clause de mobilité, nous pouvons observer la jurisprudence de la Cour de cassation qui a encadré le recours aux clauses de mobilité. À titre d'exemple : une salariée veuve et élevant seule ses deux jeunes enfants ne peut se voir imposer une clause de mobilité qui modifie ses horaires de travail : C. cass., 13 janvier 2009, n°06-45.562 ; « *Mme X... était la mère d'un enfant handicapé moteur dont elle devait s'occuper à l'heure du déjeuner, alors, d'autre part, que le poste qu'occupait antérieurement Mme X... était libre, l'employeur avait agi avec une légèreté blâmable* » : C. cass., 6 février 2001, n°98-44.190 ; « *L'employeur, qui connaissait les difficultés matérielles du salarié et l'avait auparavant employé dans des lieux peu éloignés de son domicile, l'avait affecté ... sur un site distant de plus de 150 km, sans rechercher s'il existait d'autres possibilités d'emploi, en dépit des observations de l'intéressé qui avait signalé le mauvais état de son véhicule ;...avait agi avec une légèreté blâmable* » : C. Cass., 2 juillet 2003, n°01-

42.046 : « *le salarié avait avisé l'employeur du coût et de la durée des trajets entre son domicile et son nouveau lieu de travail, ainsi que de l'absence de transports en commun à la fin du travail journalier, la Cour d'appel a pu décider que la mise en œuvre par l'employeur de la clause de mobilité était abusive* » : C. Cass., 30 mai 2013, n°12-13.608.

(13) Emmanuel Dockès, « La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail », Dr. soc. 1997, pp. 140 et s.

(14) Représentant 50 % des suffrages exprimés en faveur des syndicats représentatifs, article L.5125-4 du Code du travail.

(15) Article L.5125-2 du Code du travail ; A. Le Mire « Les accords de maintien de l'emploi » RPDS 2013 p.265.

(16) Définition Larousse : http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/conjoncturel_conjoncturelle/18249.

(17) Débats Assemblée nationale, troisième séance du samedi 6 avril 2013, JO du 7 avril 2013, p. 4059.

(18) <http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl0774-ei.asp>.

d'EADS déclaraient qu'ils souhaitaient mettre en place un tel accord pour réaliser des gains de compétitivité, ceci alors même que, selon la CGT, « *le groupe est largement bénéficiaire dans toutes ses divisions* » (18 bis). Dans l'automobile, nous constatons que ces accords servent à être plus compétitifs, afin d'obtenir un marché (la construction d'un modèle de voiture, par exemple). Le fait que ces accords augmentent la durée du travail (tout en gelant la rémunération) offre aux entreprises la possibilité de faire de ces conventions un argument de compétitivité et non un outil pour baisser leur activité en période de crise, afin de faire face au ralentissement des ventes. Ainsi, le préambule de l'accord signé par tous les syndicats représentatifs dans l'entreprise Behr est explicite : la stratégie du groupe « *impliquait une amélioration de la compétitivité et une réduction des coûts pour faire face à la concurrence interne et externe, afin de nous permettre d'acquiescer de nouveaux*

marchés et de faire face aux difficultés conjoncturelles. L'acquisition de nouveaux marchés est un impératif au regard des baisses importantes de production qui se profilent ... ».

Pour éviter au maximum ces dérives, les négociations (lorsqu'on n'arrivera pas à les faire échouer) devront être axées sur des engagements à long terme pris par l'employeur. Ainsi, la question de l'investissement doit être centrale. Il ne faut pas non plus négliger les efforts proportionnels des dirigeants, actionnaires, mandataires, et surtout la clause de « retour à meilleure fortune » qui devrait permettre aux salariés de récupérer l'intégralité des baisses salariales consenties. D'ailleurs, dans le respect de l'équilibre contractuel, et pour prévenir un consentement totalement contraint, cette baisse de la rémunération ne devrait-elle pas être requalifiée de créance, ou encore d'investissement, ce qui permettrait aux salariés d'accéder à un pouvoir décisionnel ?

III. L'atteinte à la liberté contractuelle

Le Conseil constitutionnel a déjà eu l'occasion de définir dans quelle mesure la loi pouvait imposer un bouleversement contractuel au salarié. Dans sa décision DC 2002-465 du 13 janvier 2003, le Conseil pose le principe à partir duquel il raisonne : « *le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789.* »

Or, les accords de mobilité, comme ceux de maintien de l'emploi, prévoient que les clauses contractuelles, qui sont contraires à l'accord collectif, sont suspendues. Ces clauses sont pourtant constitutives du socle contractuel. En effet, les accords de maintien de l'emploi vont impacter les éléments essentiels du contrat, tels que la rémunération et la durée du travail. Avec les accords de mobilité, la possibilité d'envoyer des salariés en dehors du secteur géographique d'emploi touche également au « socle contractuel ».

L'atteinte portée au contrat est extrêmement importante et le salarié souhaitant que son contrat soit respecté dans ses éléments essentiels sera licencié.

Pour mesurer l'importance de ce bouleversement contractuel, il faut établir un parallèle avec d'autres décisions du Conseil. Sans ce travail de comparaison, nous ne pourrions pas apprécier de quelle façon le

Conseil envisage la proportionnalité entre l'atteinte portée et sa justification.

Dans sa décision n°2012-649 du 15 mars 2012 (19) validant l'article 45 de la loi du 22 mars 2012, dite loi *Warsmann*, le Conseil avait jugé que le fait que cette loi précise que l'introduction, par accord collectif, d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine (et au plus égale à l'année) ne constitue pas une modification du contrat de travail, était justifiée par un motif d'intérêt général. Celui-ci tient principalement au fait que ce changement passe par un accord collectif ; il s'agit donc de l'expression du principe constitutionnel de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail. Cette justification est assez surprenante car, en l'espèce, il s'agit d'accord collectif qui retire des droits aux salariés, ceci alors que la négociation collective est censée compenser une relation contractuelle déséquilibrée afin de respecter le principe constitutionnel d'égalité, le rôle des syndicats étant d'obtenir des droits nouveaux par le biais d'accords collectifs. Comme l'explique Jean Pélissier, « *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* » (20). Les droits collectifs ont été reconnus dans le but de rétablir une situation plus égalitaire entre salariés et employeurs, conformément à la Constitution.

(18 bis) *Le Monde*, « EADS exige un accord de compétitivité pour ne pas licencier dans la Défense », jeudi 12 décembre 2013.

(19) Dr. Ouv. 2012, p. 623 n. P-Y. Gahdoun.

(20) Paradoxe n°4, « L'interaction entre l'individuel et le collectif », Jean Pélissier et Françoise Favennec-Héry, SSL, n° 1508, pp. 75, 77 et 78.

En faisant primer un accord collectif moins favorable au salarié que son contrat de travail, ces dispositifs portent atteinte au principe d'égalité en affaiblissant la négociation collective.

Cette décision n°2012-649 ouvre une brèche à un affaiblissement de la figure contractuelle et donc à l'augmentation du pouvoir patronal. Cependant, la différence avec les accords de maintien de l'emploi et de mobilité porte sur les éléments contractuels atteints. En effet, la répartition du temps de travail a toujours fait l'objet de débat pour savoir si cela relevait d'une modification du contrat de travail ou des conditions de travail. Or, avec les accords de mobilité, il s'agit de déplacer les salariés au-delà du secteur d'emploi, de leur faire exercer un métier différent, et les accords de maintien de l'emploi permettent de diminuer le salaire et de faire varier la durée du travail (il n'est pas impossible que ces modifications puissent concerner des salariés à temps partiel). Ce sont incontestablement les éléments essentiels du contrat de travail qui sont impactés.

Quant à l'existence d'un motif d'intérêt général, le droit à la participation des salariés pourra difficilement suffire à justifier une telle atteinte à la liberté contractuelle.

S'agissant des accords de maintien de l'emploi, les entreprises concernées ont, par hypothèse, des difficultés économiques conjoncturelles, le motif d'intérêt général justifiant de telles atteintes résiderait alors dans le maintien de l'emploi. Cela nous semble, cependant, insuffisant à justifier une atteinte grave aux contrats légalement conclus, notamment parce que l'engagement à maintenir l'emploi est relatif. En effet, l'employeur est uniquement contraint à ne pas procéder à des licenciements économiques concernant les salariés visés par l'accord et l'ayant accepté (les autres sont licenciés). Et si la situation se dégrade, il

peut demander une suspension de l'accord pour procéder à de tels licenciements.

L'atteinte à l'économie du contrat semble effectivement disproportionnée et le fait que le législateur ait précisé qu'il s'agit d'une atteinte ponctuelle, les clauses du contrat de travail n'étant que suspendues (concernant les accords de mobilité, elles le sont pour une durée indéterminée), ne paraît pas résoudre ce problème. Seule une question prioritaire de constitutionnalité pourra nous éclairer sur la façon dont le Conseil constitutionnel se positionnera.

Des interrogations peuvent également se faire jour sur la conventionnalité de ces dispositions au regard du droit européen. Ainsi Pascal Lokiec (21) se demande si le dispositif de maintien de l'emploi « *ne remet pas en cause certaines espérances légitimes des salariés, au sens que donne à cette notion autonome la Cour européenne des droits de l'Homme sur le fondement de l'article 1 du Premier protocole additionnel (CEDH, 29 nov. 1991, Pine Valley Developments Ltd et autres c/ Irlande : Rec. CEDH 1991, Série A, n°222, p.39)* ». L'espérance était celle de voir son contrat de travail maintenu aux conditions de sa signature, ceci au vu du droit civil et, notamment, de la force obligatoire des contrats ou tout simplement de « la valeur de la parole donnée » (22). Là encore, les juges vérifieront l'existence d'un intérêt légitime et apprécieront la « *juste proportion entre la fin et les moyens* ».

Dans tous les cas, l'accord est une restriction à la liberté contractuelle. Par application de l'article L. 1121-1, cette atteinte doit être justifiée et proportionnée, et « *rien n'interdit vraiment de considérer que le juge devrait 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 indispensable à sa préservation* » (23).

IV. Le paradoxe des licenciements individuels multiples

L'artifice faisant passer des licenciements économiques collectifs pour plusieurs licenciements économiques individuels pose de sérieuses questions de droit. Le fruit de ce caprice législatif s'illustre avec le cas de l'entreprise Mahle Behr, où 162 personnes ont refusé l'application d'un accord de maintien de l'emploi. Ce sont 162 licenciements, et autant de procédures individuelles, qui pourraient être prononcés sans autre consultation des représentants du personnel,

cela malgré la directive 98/59/CE du 20 juillet 1998, qui dispose que « *Lorsqu'un employeur envisage d'effectuer des licenciements collectifs, il est tenu de procéder, en temps utile, à des consultations avec les représentants des travailleurs en vue d'aboutir à un accord* ». Et pourtant, comme nous le rapporte Patrice Adam (24), la Direccte locale avait demandé à l'entreprise Behr de mettre en place un plan de sauvegarde de l'emploi... en vain. Cette précaution de

(21) Pascal Lokiec, « Flexibilité et contrat de travail », La Semaine Juridique Édition générale n° 9, 25 février 2013, 224.

(22) Repris du titre d'un article de Alain Supiot, à propos de l'affaire dite des recalculés de l'assurance-chômage (Dr. Soc. 2004, pp.541 à 547).

(23) Georges Borenfreund, « Le refus du salarié face aux accords collectifs de maintien de l'emploi et de mobilité interne », RDT, mai 2013, p.324.

(24) Patrice Adam, « Le «prodigieux» accord de maintien de l'emploi », Semaine sociale Lamy, n° 1611, p.7.

l'administration du travail s'explique probablement par le fait que la directive est claire, ce qui rend la violation du droit communautaire flagrante (25).

Voici comment le rapporteur de la loi devant l'Assemblée nationale tentait de convaincre que la directive était parfaitement respectée : « *Nous avons eu également un débat sur la nature individuelle ou collective du licenciement... Je le résume ainsi. Au regard du droit européen, qui concerne également des pays qui ne connaissent pas le double niveau de représentation français – délégués du personnel et délégués syndicaux –, on peut considérer que la procédure française de l'accord collectif vaut information et consultation des salariés. En effet, conclu à l'issue d'une négociation, il a nécessairement fait l'objet d'une information et d'une consultation des salariés – et non pas seulement des délégués du personnel et des délégués syndicaux* » (26).

V. Le nécessaire contrôle de la motivation des licenciements

Autre problème de taille, le licenciement pour refus d'application d'un accord de mobilité ou de maintien de l'emploi « *repose sur un motif économique* ». Certains employeurs espèrent probablement que cette formulation instaure une présomption légale d'existence d'un motif économique réel et sérieux, un motif *sui generis* en quelque sorte. Le juge serait alors mis hors-jeu et ne pourrait pas examiner la cause réelle et sérieuse du licenciement. Mais, comme le rappelle le Syndicat de la Magistrature (28), si cette lecture était retenue, elle heurterait frontalement les dispositions de la convention n° 158 de l'OIT, notamment les articles 8 et 9. D'ores et déjà, le rapporteur du projet de loi a soutenu que « *le juge pourra continuer à contrôler la cause réelle et sérieuse, donc, le cas échéant, considérer qu'il n'y a pas eu motif économique* » (29).

Il ne sera donc pas possible d'interdire aux juges de rechercher si le licenciement économique est causé.

Pour les accords de maintien de l'emploi, les difficultés économiques étant une condition de conclusion des accords, cela devrait poser moins de problème. En revanche, pour les accords de mobilité, il faudra que l'employeur prouve l'existence de difficultés économiques ou d'une mutation technologique justifiant les licenciements, conformément au droit

Cette explication est insatisfaisante. On ne peut pas confondre une discussion qui porte sur la mobilité, le salaire, le temps de travail et son organisation, qui n'a pas pour objet de traiter d'éventuels licenciements, avec la consultation des institutions représentatives du personnel, qui a pour but de réduire au maximum les licenciements envisagés et d'aménager leurs modalités.

Les accords de mobilité et de maintien de l'emploi remplissent, au moins en partie, l'obligation d'atténuer les conséquences des licenciements en prévoyant des mesures d'accompagnement (visant au reclassement, à la reconversion). Mais ils n'ont pas vocation à traiter des différentes « *possibilités d'éviter ou de réduire les licenciements collectifs* » (27). La plupart des accords, notamment de mobilité, ne répondront pas à l'une des deux obligations imposées par la directive.

commun du licenciement économique. Les situations qui permettent de licencier dans ce cas de figure sont très circonscrites : il faut que l'entreprise connaisse des difficultés économiques ou des mutations technologiques, mais souhaite uniquement recourir à des mesures d'organisations courantes pour y faire face. Les juges devront aussi vérifier que le salarié licencié aura été remplacé, seul moyen de s'assurer qu'il ne s'agit ni d'un plan de départ volontaire, ni d'un plan de licenciement déguisé.

La question du rapport entre l'accord collectif et la justification du licenciement pose bien d'autres problèmes. À titre d'exemple, l'absence d'une clause obligatoire dans un accord ne restera probablement pas sans effet sur la qualification et la justification du licenciement. Les juges prud'homaux seront conduits à examiner les accords de très près, tout comme les lettres de licenciement.

Finalement, il s'avère que les paramètres à contrôler sont nombreux et donneront, nous l'espérons, la possibilité aux négociateurs de peser sur les prétentions patronales et aux juges de limiter les effets d'accords attentatoires aux libertés et droits fondamentaux des salariés.

Anne Braun

(25) Voir l'article de Nicolas Moizard sur l'ANI, « Des mises à l'écart flagrantes du droit international et européen », Semaine sociale Lamy, n° 1569, p. 12.

(26) Débats Assemblée nationale, troisième séance du samedi 6 avril 2013, JO du 7 avril 2013, p. 4047.

(27) Directive 98/59/CE du 20 juillet 1998.

(28) « Observations du Syndicat de la Magistrature sur le projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi », Dr. Ouv. 2013, p. 315.

(29) Débats Assemblée nationale, troisième séance du samedi 6 avril 2013, JO du 7 avril 2013, p. 4072.