

251 En questions : les accords sur l'emploi : où en est-on ?

Florent MILLOT,

avocat associé Norma Avocats,
membre d'AvoSial



LE CODE du travail comporte actuellement trois types d'accords tournés vers l'emploi, d'inspiration plus ou moins identique.

– Les **accords de maintien de l'emploi** : créés par les partenaires sociaux au travers de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 et repris dans la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi (*C. trav., art. L. 5125-1 et s.*) ;

– les **accords de mobilité interne** issus du même ANI permettant d'organiser collectivement la mobilité géographique ou les changements de poste des salariés (*C. trav., art. L. 2242-17 et suivants*) ;

– les **accords de préservation ou de développement de l'emploi**, dispositif issu de la loi du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social (*C. trav., art. L. 2254-2 et s.*).

Le projet d'ordonnance relative au renforcement de la négociation collective prévoit de supprimer ces dispositifs et de les remplacer par un seul et même dispositif.

1. Quelles sont les caractéristiques de ces différents accords ?

La première caractéristique commune à ces trois types d'accords est que leurs termes doivent s'imposer et supplanter les stipulations contraires du contrat de travail :

– s'agissant de l'accord de maintien dans l'emploi, les salariés refusant les dispositions de l'accord (aménagement de la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition, rémunération), peuvent être licenciés pour motif économique, prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique et « reposant sur une cause réelle et sérieuse ».

– s'agissant de la mobilité interne, l'article L. 2242-19 du Code du travail prévoit que « les stipulations de l'accord conclu au titre des articles L. 2242-17 et L. 2242-18 sont applicables au contrat de travail. Les clauses du contrat de travail contraires à l'accord sont suspendues ». Dans le cas où des salariés refusent l'application à leur

contrat de travail des stipulations de l'accord, un licenciement économique peut être prononcé, selon les modalités d'un licenciement individuel ;

– s'agissant des accords de préservation ou de développement dans l'emploi, l'article L. 2254-2 du Code du travail prévoit que les stipulations dudit accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, « y compris en matière de rémunération et de durée du travail ». Dans le cas où le salarié refuse la modification de son contrat de travail résultant de l'application des stipulations de l'accord, l'employeur peut procéder au licenciement du salarié, ce licenciement reposant sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse.

Ces dispositions s'inscrivent donc dans une logique différente du rapport habituel entre accord collectif et contrat de travail, guidé par le principe de faveur.

Elles s'inscrivent également dans un registre très différent de l'approche de la chambre sociale de la Cour de cassation qui avait pu, même dans des cas où le principe de faveur ne semblait pas en jeu, faire obstacle à l'application des dispositions d'un accord collectif au profit des éléments « par nature » contractuels. Dans un arrêt du 26 septembre 2010, la Cour a considéré que l'application d'un dispositif de modulation prévu par accord collectif supposait l'accord du salarié. Selon la Cour, l'instauration d'une modulation constitue une modification du contrat de travail (*Cass. soc., 26 sept. 2010, n° 08-43.161 : JurisData n° 2010-017046 ; JCP S 2010, 1466, note M. Morand*). À l'époque déjà, une intervention législative avait été nécessaire pour redonner à l'accord collectif son efficience sur ce point de la modulation (*L. 2012-387, 22 mars 2012, art. 45. – C. trav., art. L. 3121-43*).

De même, la chambre sociale de la Cour de cassation a toujours affirmé que l'accord du salarié est nécessaire pour modifier un élément essentiel de son contrat ; son refus d'une modification proposée ne peut donc être fautif et constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement (*Cass. soc., 12 mars 2003, n° 00-46.737. – Cass. soc., 31 mai 2007, n° 06-42.213. – Cass. soc., 17 mai 2006, n° 04-46.108*). Dans le cas des accords sur l'emploi, le refus du salarié n'est certes

Ndlr : dans cette rubrique mensuelle « En questions », un avocat, membre d'AvoSial, présente un point de vue sur un thème d'actualité et ses implications pratiques.

pas qualifié de fautif mais il peut cependant mener à un licenciement.

La seconde caractéristique, commune à ces accords, est leur caractère « donnant/donnant » : le bénéfice apporté par la conclusion de l'accord, à savoir modifier collectivement une organisation, sans se heurter aux stipulations individuelles des contrats de travail, doit s'accompagner de contreparties ou de garanties apportées par l'entreprise :

- pour les accords de mobilité, le Code du travail reste relativement souple sur les contreparties ; l'accord s'inscrivant dans l'évolution prévisionnelle de l'emploi, l'accent est surtout mis sur les mesures d'accompagnement à la mobilité ;

- pour les accords de préservation et de développement de l'emploi, les textes prévoient que l'accord « peut » comporter des dispositions sur les conditions dans lesquelles les dirigeants salariés, les mandataires sociaux et actionnaires fournissent des efforts proportionnés à ceux demandés aux autres salariés. L'accord « peut » également prévoir les conditions dans lesquelles les salariés bénéficient d'une amélioration de la situation économique de l'entreprise à l'issue de l'accord. Sans imposer quoi que ce soit, la loi met les négociateurs sur la piste des contreparties à envisager ;

- pour les accords de maintien dans l'emploi, le texte est beaucoup plus directif puisque les contreparties sont obligatoires. Ainsi, les dirigeants salariés, les mandataires sociaux et actionnaires doivent fournir des efforts proportionnés à ceux demandés aux autres salariés. L'accord doit prévoir les conséquences d'une amélioration de la situation économique de l'entreprise sur la situation des salariés. Enfin, l'accord doit comporter une clause pénale ayant vocation à s'appliquer lorsque l'employeur n'a pas respecté ses engagements, notamment celui de maintien de l'emploi. L'application de la clause pénale doit donner lieu au versement de dommages et intérêts aux salariés.

Ces caractéristiques communes cachent cependant des **différences significatives** :

- s'agissant des accords de préservation et de développement de l'emploi, leur objet est la préservation et le développement de l'emploi ; la conclusion de l'accord se fonde sur un diagnostic préalable et partagé entre l'employeur et les organisations syndicales. Mis à part ce préalable et l'objet de l'accord, la loi ne fixe aucun autre prérequis.

- concernant les accords de mobilité interne, il en est plus ou moins de même. La négociation et la conclusion d'un tel accord s'inscrivent dans le cadre de la GPEC (pour les entreprises et groupe d'entreprises de plus de 300 salariés), l'article L. 2242-17 du Code du travail ne faisant que préciser que la mobilité s'inscrit dans le cadre de mesures collectives d'organisation courante, sans projet de réduction d'effectif ;

- à l'inverse, la conclusion des accords de maintien dans l'emploi suppose un contexte préalable défini légalement, à savoir « *de graves difficultés économiques conjoncturelles* ».

2. Quel a été le succès de ces dispositifs ?

Ces dispositifs pour l'emploi n'ont manifestement pas convaincu. Au 15 mars 2015, le Ministère du travail recensait la conclusion de 9 accords de maintien dans l'emploi (*Bilan de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 au 3 avr. 2015 : www.travail-emploi.gouv.fr*). S'agissant des accords de mobilité, le bilan est nul. Pour ce qui est des accords de préservation et de développement de l'emploi le dispositif n'étant applicable que depuis début 2017 (*D. n° 2016-1909, 28 déc. 2016 : JCP S 2017, act. 4*), il est difficile de se prononcer.

L'échec de ces dispositifs peut s'expliquer par diverses raisons. S'agissant des accords de maintien dans l'emploi, l'explication peut être recherchée dans les conditions et l'encadrement drastique accompagnant leur conclusion. Outre donc les « *graves difficultés économiques* », de plus « *conjoncturelles* » (le débat peut être long et difficile pour faire la part entre ce qui est conjoncturel et ce qui est structurel), l'employeur doit s'engager pendant la durée d'application de l'accord à maintenir les emplois, avec à la clé une clause pénale en cas de non-respect de l'engagement pris. Face à cet échec, la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques avait tenté quelques adaptations censées donner un coup de fouet à la conclusion de ces accords : durée maximale des accords portée de 2 à 5 ans, possibilité d'une suspension de l'accord en cas d'amélioration ou d'aggravation de la situation économique de l'entreprise et conformément à ce qu'était prévu initialement par l'ANI du 11 janvier 2013, le refus du salarié de la modification de son contrat de travail considéré comme une cause réelle et sérieuse de licenciement et non un motif économique comme le prévoyait l'article L. 5125-2 du Code du travail.

Il faut ajouter que les négociateurs n'ont peut-être pas encore pu s'approprier et se familiariser avec ces accords sur l'emploi d'un genre nouveau qui parfois sont appréhendés comme un contournement des règles sur le plan de sauvegarde de l'emploi.

Enfin, on peut avancer que, collectivement, ces accords, d'inspiration plus ou moins similaire mais aux régimes différents, ont pu s'anéantir les uns et les autres. Lorsque la loi du 8 août 2016 a inscrit dans le Code du travail les accords de préservation et de développement de l'emploi, on a pu légitimement se demander pour quoi a-t-on conservé également les accords de maintien dans l'emploi dans la mesure où la négociation est beaucoup plus ouverte s'agissant des accords de préservation et de développement de l'emploi.

Il y a donc un manque de lisibilité qui s'accompagne notamment par l'éparpillement dans le Code du travail des dispositions : celles sur les accords de maintien dans l'emploi sont insérées dans la partie relative à l'emploi, celles sur la mobilité intégrées dans la section consacrée à la gestion des emplois et des parcours professionnels et les accords de préservation ou de développement de l'emploi au sein d'un chapitre consacré aux rapports entre conventions et accords collectifs de travail et contrat de travail.

L'étude d'impact du projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social a relevé cet éparpillement et a justement prôné « *d'unifier les régimes juridiques* » de ces accords.

3. Que propose le projet d'ordonnance relative au renforcement de la négociation collective ?

L'article 3 du projet d'ordonnance n° 1 relative au renforcement de la négociation collective prévoit de supprimer les dispositions relatives aux accords de mobilité, de maintien dans l'emploi et de préservation et de développement de l'emploi. En lieu et place, elle propose un **dispositif unifié** (*projet C. trav., art. L. 2254-2*) : un accord d'entreprise pourra aménager la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition, la rémunération ou déterminer les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise, pour répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi.

Le texte prévoit donc de fusionner les trois dispositifs tout en conservant la souplesse des accords de préservation et de développement de l'emploi. Ainsi, aucune condition de contexte de difficultés économiques n'est exigée pour envisager leur conclusion. Le contenu de l'accord est recommandé mais non imposé, laissant

ainsi la place à la négociation pour élaborer le dispositif le plus équilibré pour l'activité de l'entreprise et les salariés.

Est toutefois conservé, ce qui était le cœur des accords sur l'emploi, le principe selon lequel les stipulations de l'accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail et le salarié refusant la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord peut être licencié. Le projet d'ordonnance propose une formulation différente de celles retenues jusqu'à présent dans les textes. Il indique que le licenciement « ne constitue pas un licenciement pour motif économique ». Il repose cependant « sur une cause réelle et sérieuse ».

4. Les modifications apportées par le projet d'ordonnance vont-elles rendre ce dispositif unifié plus attractif ?

La clarification du dispositif peut être un moteur pour que les acteurs de la négociation en entreprise se l'approprient plus facilement. En revanche, la sécurisation du dispositif ne sera acquise que dans plusieurs années. Rappelons que le Conseil constitutionnel a d'ores et déjà été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité transmise par le Conseil d'État à propos des accords de préservation ou de développement de l'emploi. La question posée au Conseil est de savoir si le fait qu'il n'existe aucune règle encadrant le choix de l'employeur d'engager une procédure de licenciement à l'égard d'un ou de plusieurs salariés ayant refusé la modification de leur contrat de travail ne se heurte pas au principe d'égalité devant la loi (*Cons. const.*, 20 juill. 2017, n° 2017-665 QPC). Le projet d'ordonnance ne comporte pas de disposition qui rendrait cette QPC caduque.

Par ailleurs, que feront les juges du motif « *sui generis* » de licenciement en cas de refus du salarié de la modification de son contrat résultant de l'application de l'accord et de la « pré-constitution » législative de la cause réelle et sérieuse.

On peut envisager deux hypothèses :

– soit l'office du juge, en cas de contestation, est limité au contrôle de l'absence de discrimination ;

– soit est donnée au juge la possibilité de contrôler la cause réelle et sérieuse dans la mesure où le texte ne fait que rappeler l'exigence selon laquelle tout licenciement doit reposer sur une cause réelle et sérieuse. Comment alors s'appréciera la cause réelle et sérieuse ? Le juge devra-t-il contrôler la réalité et la pertinence des motifs ayant préexisté à la conclusion de l'accord définis dans son préambule ? Faudra-t-il apprécier le poids des contreparties offertes par l'entreprise ? Faudra-t-il donner au juge la possibilité en quelque sorte de se substituer aux partenaires sociaux qui ont signé un accord dans l'intérêt collectif ? Le message pourrait paraître contradictoire à l'heure où la négociation collective est mise en valeur.

Le projet d'ordonnance relatif au renforcement de la négociation collective comporte des règles de sécurisation des accords collectifs (présomption de conformité à la loi, délai de contestation raccourci). La chambre sociale de la Cour de cassation confère une présomption de validité aux accords collectifs instituant des avantages catégoriels différents (*Cass. soc.*, 27 janv. 2015, n° 13-22.179, 13-25.437 et 13-14-773. – *Cass. soc.*, 8 juin 2016, n° 15-11.324, 15-11.478 : *JCP S* 2016, 1321, étude B. Bossu). Si les partenaires sociaux sont les plus à même d'apprécier une situation au sein de l'entreprise, ils le peuvent aussi bien en matière d'avantage catégoriel qu'en matière d'emploi.

L'information en continu

INFORMATIONS > ÉCHOS > OPINIONS > **Textes** > SYNTHÈSE > VEILLE > TEXTES > PROJETS > SÉLECTION > DOCTRINE > SYN

Travailleurs indépendants 252 Précisions administratives sur la responsabilité sociale des plateformes en ligne à l'égard des travailleurs indépendants utilisateurs

Circ. intermin., n° DGT/RT1/DGEFP/SDPFC/DSS/2C/2017/256, 8 juin 2017 : <http://circulaire.legifrance.gouv.fr>, 8 sept. 2017

Dans une circulaire interministérielle du 8 juin 2017, l'Administration apporte des précisions sur le champ d'application de la responsabilité sociale des plateformes en ligne à l'égard de certains travailleurs indépendants utilisateurs, instaurée par la loi Travail (L. n° 2016-

1088, 8 août 2016, art. 60 et ses modalités de mise en œuvre définies par le décret n° 2017-774 du 4 mai 2017 : *JCP S* 2017, act. 153).

Les critères d'assujettissement des plateformes aux dispositions relatives à la responsabilité sociale, définis par la loi Travail, sont détaillés.

On rappelle en effet que ne sont visées que les plateformes de mise en relation par voie électronique qui déterminent les caractéristiques des prestations de services fournies ou des biens vendus et fixent leurs prix (*C. trav.*, art. L. 7342-1).

L'Administration précise ainsi que :

– sont considérées comme déterminant les caractéristiques de la prestation de service fournie ou du bien vendu, les plateformes qui déterminent les conditions et modalités techniques et matérielles de mise en œuvre de la prestation

de service fournie ou les caractéristiques ou spécifications techniques du bien vendu ;

– sont considérées comme fixant le prix de ces prestations ou biens les plateformes qui se fondent, directement ou indirectement, sur un barème, une grille de rémunération, un référentiel ou tout autre base de calcul afin de fixer la valeur de la prestation de service ou du bien qui doit être facturée par le travailleur indépendant au client avec qui la plateforme le met en relation par voie électronique.

Ces deux critères sont nécessaires et cumulatifs.

La circulaire indique également que :

– les mouvements de refus concerté de fournir des services organisés par les travailleurs indépendants utilisateurs en vue de défendre des revendications ne sont pas soumis à une