

Accords de mobilité et de maintien dans l'emploi, les mal-aimés des praticiens



Philippe ROGÉZ
Avocat associé
Cabinet Raphaël Avocats



Laura GOASDOUÉ
Avocat à la Cour
Cabinet Raphaël Avocats

Quel but les accords de mobilité et les accords de maintien dans l'emploi poursuivent réellement ?

Quand et comment les mettre en œuvre ?

Quel intérêt présentent-ils pour les entreprises et de quelles contreparties bénéficient les salariés engagés dans ces processus ?

Retour sur ces deux accords « *made in France* » ⁽²⁾.

- (1) Bilan au 3 avril 2015 réalisé par le ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du dialogue social sur la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013.
- (2) Intervention de Michel Sapin sur la présentation du projet de loi sur la sécurisation de l'emploi devant l'Assemblée nationale le 2 avril 2013.

Réorganiser ne signifie pas toujours licencier. Quasiment ignorés par les praticiens ⁽¹⁾, les accords de mobilité et les accords de maintien dans l'emploi peuvent être d'excellents outils d'anticipation des évolutions de l'activité des entreprises et de sécurisation des emplois, même si certains de leurs contours et de leurs effets restent flous.

L'ACCORD DE MOBILITÉ : UN OUTIL DE GESTION DE L'ORGANISATION COURANTE DE L'ENTREPRISE

Avant d'aller plus loin dans l'analyse de ce dispositif récent, un rappel des autres mécanismes de mobilité préexistants (et toujours

d'actualité) s'impose.

Contexte : des dispositifs « classiques » de mobilité professionnelle et géographique d'application restreinte

La mobilité classique est individuelle, ascendante et fondée sur la liberté contractuelle.



La mobilité est **professionnelle** (ou fonctionnelle) lorsqu'elle conduit le salarié à changer de poste ou de fonctions au sein de la même entreprise ou vers une nouvelle entité appartenant au même groupe d'entreprises.

La mobilité professionnelle ne peut être envisagée unilatéralement par l'employeur que si elle constitue un simple changement des conditions de travail du salarié.

Tel est le cas de l'affectation qui maintient au salarié sa qualification professionnelle ⁽³⁾, ainsi que sa rémunération, qui n'entraîne ni rétrogradation ni modification de la rémunération ⁽⁴⁾ et qui, de façon générale, ne modifie pas l'économie fonctionnelle du contrat de travail ⁽⁵⁾.

En cas de modification du contrat de travail (ce qui est en pratique le plus souvent le cas), l'accord préalable et exprès du salarié est requis.

La mobilité **géographique** est celle conduisant un salarié à changer de lieu de travail.

L'employeur ne peut imposer au salarié que deux types de mobilité géographique :

- une mobilité dans son secteur géographique, lorsqu'aucune clause de mobilité n'a été prévue dans le contrat de travail du salarié ou dans la convention collective applicable à la relation de travail ;
- une mobilité dans un espace géographique plus vaste que le seul secteur géographique, lorsqu'une clause du contrat de travail ou de la convention collective le prévoit.

Lorsque la clause de mobilité est prévue par la seule convention collective et qu'elle n'est pas reprise par le contrat de travail, il est nécessaire que la disposition conventionnelle soit entrée en vigueur antérieurement à l'arrivée du salarié dans l'entreprise, qu'elle soit suffisamment précise et que le salarié ait été informé de l'existence de ladite convention et mis en mesure d'en prendre connaissance lors de son embauche ⁽⁶⁾.

(3) Cass. soc., 19 juin 2013, n° 12-11.867.

(4) Cass. soc., 25 sept. 2013, n° 12-17.605 ; CA Lyon, 28 sept. 2015, n° 14/05967.

(5) Cass. soc., 23 sept. 2014, n° 13-18.572.

(6) Cass. soc., 27 juin 2002, n° 00-42.646 ; Cass. soc., 30 nov. 2005, n° 03-46.530.

La mobilité classique relève donc plutôt d'une négociation individuelle : elle autorise des ajustements d'organisation ponctuels, en négociant avec chaque salarié en fonction du contenu de son contrat de travail, mais permet difficilement de procéder à des modifications importantes dans le fonctionnement de l'entreprise.

Surtout, comme la mobilité envisagée implique l'accord préalable du salarié, quelles conséquences tirer de son refus ? Il ne peut être sanctionné, puisqu'il peut valablement refuser une modification de son contrat de travail. On peut alors envisager, en application de l'article L. 1222-6 du Code du travail, une proposition de modification du contrat de travail pour l'un des motifs économiques énoncés à l'article L. 1233-3 du Code du travail (difficultés économiques, mutations technologiques, réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise). Encore faut-il être en mesure de justifier d'un tel motif, ce qui interdit *de facto* aux entreprises *in bonis* et/ou en progression de parts de marchés, de procéder à des ajustements conséquents dans leur organisation.

C'est pour pallier cette difficulté, rencontrée par beaucoup d'entreprises, qu'a été instauré l'accord de mobilité.

Objet de l'accord : transformer l'entreprise sans procéder à des réductions d'effectifs

La loi de sécurisation de l'emploi ⁽⁷⁾ permet à la mobilité de devenir collective, linéaire et négociée avec les partenaires sociaux.

Souhaitant faire de la mobilité interne dans l'entreprise un instrument négocié et encadré, les partenaires sociaux signataires de l'ANI du 11 janvier 2013 ont envisagé l'accord de mobilité comme un véritable outil de gestion, élaboré en dehors de toute difficulté d'ordre économique et complétant la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC) issue de l'article L. 2242-15 du Code du travail.

Véritable « *pari gagnant, gagnant* » ⁽⁸⁾, issu du dialogue social, cet accord a été conçu comme un

(7) L. n° 2013-504, 14 juin 2013.

(8) Intervention de Michel Sapin sur la présentation du projet de loi sur la sécurisation de l'emploi devant l'Assemblée nationale le 2 avril 2013.



moyen de sécurisation des parcours professionnels et de l'emploi tout en permettant aux entreprises d'adapter rapidement leurs effectifs aux variations de leur production sans que les salariés soient pour autant soumis à la précarité ⁽⁹⁾.

À la différence de l'accord de maintien dans l'emploi évoqué ci-après, l'accord de mobilité est conclu dans le cadre de « *mesures collectives d'organisation courante sans projet de réduction d'effectifs* » ⁽¹⁰⁾, ce qui renvoie à des mesures liées au fonctionnement normal de l'entreprise. Tout comme la GPEC ⁽¹¹⁾, il constitue donc un outil de gestion à froid des effectifs. Peuvent par exemple constituer des mesures d'organisation courante : la transformation d'une activité, le développement d'une nouvelle stratégie ou encore la réorganisation d'un service.

Ainsi, l'accord de mobilité est incompatible avec tout projet de réduction d'effectifs.

En revanche, il apporte un cadre à l'intérieur duquel il sera procédé aux différentes modifications de l'organisation de l'entreprise : les salariés potentiellement impactés connaissent, à l'avance, les mesures dont ils pourront bénéficier en cas d'accord ou de refus de la mobilité qui leur sera proposée. Les élus peuvent vérifier que les projets sont conformes aux garanties prévues par l'accord, ce qui permet d'apaiser les débats et de recommencer une nouvelle négociation des mesures d'accompagnement à chaque projet.

Une négociation facultative

Contrairement à ce que pourrait laisser croire le positionnement des articles relatifs aux accords de mobilité ⁽¹²⁾ dans le Code du travail (ndlr : ils ont été intégrés dans le chapitre intitulé « *Négociation obligatoire en entreprise* »), la négociation des accords de mobilité n'est pas obligatoire.

L'article L. 2242-17 du Code du travail prévoit en effet que l'employeur « *peut engager une négociation portant sur les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise* ». Une telle négociation est donc purement facultative.

(9) P. Bernard Reymond, rapp. n° 306, Sénat, 30 avr. 2008, p. 2.

(10) C. trav., art. L. 2242-17.

(11) C. trav., art. L. 2242-13.

(12) C. trav., art. L. 2242-17 et s.

Dans les entreprises et les groupes d'entreprises soumis à l'obligation triennale de négocier sur la gestion des emplois et des compétences ⁽¹³⁾, l'accord de mobilité le cas échéant conclu s'intègre nécessairement dans l'accord de GPEC.

Périmètre

L'accord de mobilité est ouvert à toutes les entreprises pourvues de délégués syndicaux. Il n'est donc pas possible de conclure un accord dérogatoire sur ce thème avec les représentants élus du personnel.

Il ne peut s'agir que d'un accord d'entreprise, et en aucun cas d'un accord d'établissement ou de branche.

Toutefois, dans les groupes soumis à l'obligation de négocier sur la GPEC, la négociation peut être conduite au niveau du groupe. Un accord-cadre prévoyant notamment un socle de procédures ou de mesures d'accompagnements communes pourra être conclu, puis adapté ou complété par le biais d'accords d'entreprises.

En tout état de cause, la mobilité ne pourra s'effectuer qu'à l'intérieur d'une même entreprise, et non d'une entreprise à une autre.

Nature : un accord de droit commun

Hormis la condition tenant à l'absence de projet de réduction de l'effectif, l'accord de mobilité est un accord de droit commun. Il requiert la signature d'une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant obtenu au moins 30 % des suffrages exprimés aux dernières élections des titulaires du comité d'entreprise, et l'absence d'opposition d'une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 50 % des voix ⁽¹⁴⁾.

Enfin, si le comité d'entreprise n'a plus à être consulté sur les projets d'accords collectifs ⁽¹⁵⁾, il nous semble que le projet d'accord de mobilité devra en revanche être soumis à l'avis du CHSCT ⁽¹⁶⁾, car il modifie les conditions de travail des salariés impactés par le projet de modification de l'organisation.

(13) Entreprises ou groupes d'entreprises d'au moins 300 salariés et entreprises et groupes d'entreprises de dimension communautaire comportant au moins un établissement ou une entreprise de 150 salariés en France.

(14) C. trav., art. L. 2232-12.

(15) C. trav., art. L. 2323-2.

(16) C. trav., art. L. 4612-8.



Contenu

Soucieux de protéger le salarié – et notamment de respecter sa vie personnelle et familiale –, le législateur ⁽¹⁷⁾ a fixé un contenu minimal que les parties à l'accord peuvent compléter en fonction de leurs impératifs et de leurs moyens.

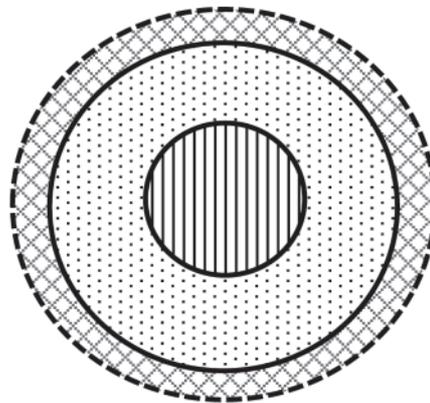
Pour la **mobilité géographique**, l'accord doit prévoir les limites imposées à la mobilité au-delà de la zone géographique d'emploi du salarié, qui devra elle-même être précisée par l'accord, dans le respect de la vie personnelle et familiale du salarié.

La zone géographique d'emploi est la zone à l'intérieure de laquelle le salarié pourra être déplacé sans que cette affectation puisse constituer une modification de son contrat de travail et sans qu'il puisse bénéficier des dispositions de l'accord de mobilité.

La mobilité déclenchant le bénéfice des mesures d'accompagnement commence au-delà de cette zone.

Schématiquement, l'accord de mobilité s'articule ainsi autour de trois zones.

Mobilité géographique



Légende

-  Zone géographique d'emploi dans laquelle une mobilité peut être imposée au salarié sans que ce dernier ne bénéficie des mesures prévues dans l'accord.
-  Zone de mobilité dans laquelle s'applique l'ensemble des garanties fixées par l'accord de mobilité (○ Limite géographique au-delà de laquelle l'accord de mobilité ne s'applique plus).
-  Zone dans laquelle la mobilité géographique classique redevient applicable

Pour toute **mobilité géographique ou professionnelle**, l'accord doit prévoir les mesures visant à concilier la vie professionnelle et la vie personnelle et familiale, et à prendre en compte les situations liées aux contraintes de handicap et de santé.

Il peut par exemple envisager, s'agissant de la mobilité géographique, la prise en compte des situations personnelles ou familiales complexes (parents célibataires, salariés supportant la charge pécuniaire et matérielle de personne handicapée, cumul d'emplois, etc.) et instaurer un ordre de priorité dans

l'application de l'accord de mobilité, un délai de prévenance modulable, des périodes probatoires élargies ou bien même l'exclusion des actions de mobilité géographique pour certaines populations.

S'agissant plus particulièrement des mesures de conciliation de la vie personnelle et de la vie professionnelle en cas de mobilité fonctionnelle, l'accord peut prévoir des dispositifs spécifiques de suivi de la charge de travail, d'aménagement d'horaires de travail ou de limitation des heures supplémentaires.

En ce qui concerne la prise en compte des situations de handicap, les parties à l'accord de mobilité peuvent convenir d'une éligibilité sans condition

(17) C. trav., art. L. 2242-18.



aux mesures d'accompagnement, d'une majoration du budget de formation, de l'octroi de jours de congés exceptionnels supplémentaires aux fins de la recherche d'un logement ou bien encore de la prise en charge des éventuelles surprimes d'assurance.

L'accord doit également prévoir les **mesures d'accompagnement à la mobilité**, et en particulier les actions de formation, ainsi que les aides à la mobilité géographique qui comprennent la participation de l'employeur à la compensation d'une éventuelle perte de pouvoir d'achat et aux frais de transport.

Si la Cour de cassation et certaines juridictions prud'homales sont encore réticentes à admettre des différences de traitement justifiées par le coût de la vie plus élevé en région parisienne ⁽¹⁸⁾, d'autres valident ces différences « *lorsque la thèse de l'employeur correspond à la réalité* » et qu'elle est suffisamment étayée et objectivée ⁽¹⁹⁾. Dans ces conditions, on pourrait s'interroger sur la possibilité pour l'accord de mobilité de prévoir des aides pécuniaires variant en fonction des régions de mobilité afin de prendre en compte les variations de pouvoir d'achat. Cette position peut toutefois présenter, compte tenu de la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation, un risque d'inégalité de traitement entre les salariés.

Si l'accord de mobilité peut prévoir l'octroi à tous les salariés acceptant l'application de l'accord de mobilité d'une prime unique et forfaitaire visant à encourager la mobilité, il nous semble plus hasardeux de prévoir le versement d'une prime mensuelle visant à compenser la perte régulière de pouvoir d'achat. En effet, l'octroi d'une telle prime aurait pour conséquence directe d'augmenter la rémunération des salariés ayant accepté l'accord de mobilité, et donc de créer une inégalité de traitement avec ceux qui sont déjà en poste sur des emplois identiques.

Rappelons que ces différences de traitement issues d'un accord collectif de branche sont présumées justifiées, de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle ⁽²⁰⁾. Cette présomption n'a toutefois, pour le moment, pas été transposée par la jurisprudence aux accords d'entreprise.

(18) CA Versailles, 6 mars 2014, n° 13/01667 ; Cass. soc., 28 mai 2014, n° 12-27.811.

(19) CA Douai, 30 sept. 2014, n° 13/03432.

(20) Cass. soc., 27 janv. 2015, n° 13-22.179, n° 13-25.437 et n° 13-14.773.

L'accord de mobilité doit également prévoir des mesures d'**accompagnement et de reclassement** des salariés qui **refusent l'application** à leur contrat de travail des stipulations de l'accord ⁽²¹⁾.

Les parties à l'accord étant autorisées par le législateur à adapter le champ et les modalités de mise en œuvre du reclassement interne prévu par le Code du travail ⁽²²⁾, les juges devront apprécier les efforts de reclassement de l'employeur à l'aune de l'accord de mobilité.

Enfin, l'accord doit **garantir le maintien ou l'amélioration de la qualification professionnelle** et n'entraîner aucune diminution du niveau de la rémunération ou de la classification professionnelle du salarié ⁽²³⁾.

Procédure de mise en œuvre

L'accord négocié doit être porté à la connaissance de chacun des salariés concernés ⁽²⁴⁾, par exemple par courrier électronique.

S'ouvre ensuite la phase de concertation consistant pour l'employeur à cibler nominativement les salariés appartenant aux catégories visées dans l'accord. L'employeur doit la mener avec chacun des salariés potentiellement concernés afin de lui permettre de prendre en compte leurs contraintes personnelles et familiales.

Pratiquement, cette concertation peut être effectuée lors d'entretiens ou sous la forme de questionnaires.

Lorsque l'employeur a une connaissance globale des contraintes de chaque salarié entrant dans le périmètre de l'accord, il doit adapter, dans la mesure du possible, les propositions de modifications aux sujétions exprimées par chaque salarié. Si, par exemple, un projet prévoit deux mobilités (l'une fonctionnelle, l'autre géographique) pour des salariés exerçant les mêmes fonctions, l'employeur peut proposer la mobilité fonctionnelle au salarié ayant des contraintes familiales et la mobilité géographique à celui n'en ayant aucune.

Il doit ensuite recueillir la décision des salariés en respectant la procédure de modification du contrat de travail pour motif économique. L'envoi de la pro-

(21) C. trav., art. L. 2242-19.

(22) C. trav., art. L. 1233-4 ; C. trav., art. L. 1233-4-1.

(23) C. trav., art. L. 2242-18.

(24) C. trav., art. L. 2242-19.



position individuelle de mobilité doit se faire par courrier recommandé avec demande d'avis de réception et le salarié bénéficie d'un délai d'un mois pour faire connaître son refus. À défaut de réponse dans ce délai, ce dernier est réputé avoir accepté la proposition ⁽²⁵⁾.

Effets de l'accord sur les salariés de l'entreprise

Le salarié qui accepte la proposition de mobilité qui lui est faite voit les clauses de son contrat de travail, contrares à l'accord, suspendues. À ce titre, sont réputées contrares à l'accord les clauses fixant une zone de mobilité plus restreinte que celle définie par l'accord ou bien encore celles qui, tout en prévoyant le même périmètre de mobilité, ne sont pas combinées à des mesures de conciliation de la vie personnelle et professionnelle.

En cas de refus par un ou plusieurs salariés de l'application à leur contrat de travail des stipulations de l'accord de mobilité, l'employeur peut prononcer à leur encontre un licenciement individuel pour motif économique.

Si les organisations patronales et les syndicats s'accordent sur la nécessité de voir les salariés refusant l'accord de mobilité quitter l'entreprise, au nom de la primauté de l'intérêt général sur l'individuel, des divergences existent sur la question du mode de rupture choisi.

En effet, le licenciement des salariés refusant l'application de l'accord de mobilité à leur contrat de travail « repose » sur un motif économique.

À la différence de l'accord de maintien dans l'emploi, le législateur ne prévoit pas ici que cet accord repose sur une cause réelle et sérieuse. En l'absence de précision légale et jurisprudentielle, il est permis de s'interroger sur la possibilité de contrôle du motif et de la cause réelle et sérieuse du licenciement.

Il nous semble que si le législateur a pris le soin d'adopter une telle rédaction, c'est que le motif « économique » justifiant la rupture du contrat de travail du salarié dans le cadre d'un accord de mobilité est nécessairement constitué : il ne s'agit ni d'un motif personnel, ni d'un motif économique tel que prévu par l'article L. 1233-3 du Code du travail, sauf à retirer tout intérêt à la conclusion d'un accord de

mobilité. Le motif justifiant la rupture du contrat de travail est bien par nature économique, mais il s'agit d'un motif spécifique justifié par la mise en œuvre de l'accord lui-même.

Le refus par plusieurs salariés de se voir appliquer l'accord de mobilité aura pour seule conséquence le prononcé de licenciements individuels simultanés pour motif économique. L'employeur est dispensé d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi, même si le nombre de refus est supérieur à dix sur une même période de trente jours. L'accord de mobilité est en ce sens un instrument efficace de simplification des procédures.

Un recours limité

Pourquoi si peu d'accords de mobilité ont-ils été conclus ?

Deux raisons peuvent, selon nous, l'expliquer.

Tout d'abord, l'accord est perçu par plusieurs organisations syndicales comme un « cadeau » fait par le législateur aux employeurs, à savoir la possibilité de licencier collectivement des salariés sans mettre en place un plan de sauvegarde de l'emploi, et sans que l'on soit certains que les salariés licenciés puissent contester avec succès le motif de leur licenciement. Les organisations syndicales sont donc réticentes à signer de tels accords, même s'ils comportent toutes les garanties prévues par le législateur.

Ensuite, la conclusion d'un accord de mobilité n'est possible que si l'employeur est prêt à proposer des mesures d'accompagnement suffisamment généreuses pour que les représentants syndicaux soient en mesure de convaincre leur base syndicale qu'il présente un intérêt. Or, le référentiel de négociation des élus reste le PSE. Autrement dit, l'employeur devra certainement, pour obtenir la signature des élus, proposer des mesures d'accompagnement du niveau d'un PSE. Cela conduira, en pratique, à faire supporter à l'entreprise un coût potentiellement important pour chaque projet : si de nombreux salariés refusent leur mobilité, et que leur reclassement interne est impossible, ils devront bénéficier de mesures conséquentes en raison de leur licenciement (indemnités, accompagnement par un cabinet de reclassement, etc.), sans que l'entreprise ne puisse, en contrepartie, supprimer leur poste. L'entreprise paie donc un coût de sortie important, sans que cela entraîne une réduction de la masse salariale.

(25) C. trav., art. L. 1222-6.



L'ACCORD DE MAINTIEN DANS L'EMPLOI : UN REMÈDE AUX DIFFICULTÉS CONJONCTURELLES DE L'ENTREPRISE

Si les accords de mobilité n'ont en principe pas de lien avec d'éventuelles difficultés économiques, il en va différemment des accords de maintien dans l'emploi dont la négociation et la conclusion sont conditionnées par l'existence « *de graves difficultés conjoncturelles* ».

Conçus par les partenaires sociaux et le législateur comme une alternative au licenciement et au chômage et comme un outil complémentaire au chômage partiel, les accords de maintien dans l'emploi permettent d'aménager temporairement le temps de travail et/ou le salaire des salariés concernés, en contrepartie du maintien de leur emploi.

S'il a suscité beaucoup d'espoir, le bilan plus que mitigé de la mesure depuis le vote de la loi du 14 juin 2013, ainsi que les accords conclus au sein des sociétés *Walor* et *Mable-Behr* ont contraint les pouvoirs publics à adapter les conditions de mise en œuvre de ces accords pour ne pas entraîner leur rejet définitif.

Perçu comme trop complexe ou trop innovant, l'accord de maintien dans l'emploi est en réalité une mesure ambitieuse permettant d'apporter un peu de stabilité et de vision à moyen terme dans les entreprises intervenant sur des marchés difficiles et extrêmement concurrentiels.

Un dispositif ouvert à toutes les entreprises

L'accord de maintien dans l'emploi, contrairement à l'accord de mobilité, peut être mis en œuvre dans toutes les entreprises, peu important leur effectif.

Un recours limité à la survenance de graves difficultés conjoncturelles

Lorsqu'une entreprise est confrontée à de graves difficultés économiques conjoncturelles, l'employeur peut, après analyse du diagnostic de la situation par les organisations syndicales représentatives, conclure un accord d'entreprise avec ces dernières. Cet accord consiste, pour la partie patronale, à s'engager à maintenir les emplois pendant une durée

déterminée et, pour les salariés occupant ces emplois, à consentir à des aménagements de leur durée du travail (modalités d'organisation et de répartition) et/ou de leur rémunération. L'exigence d'un tel contexte économique conjoncturel se conçoit aisément comme une garantie offerte aux signataires de l'accord, et spécifiquement aux salariés.

Le législateur faisant expressément référence à un accord d'entreprise, la conclusion d'un accord de maintien dans l'emploi au niveau du groupe semble exclue.

Contrairement au périmètre retenu en matière de sauvegarde de l'emploi, l'appréciation de la gravité des difficultés doit être constatée, lorsque l'entreprise appartient à un groupe, au seul niveau de l'entreprise.

Anticipant de possibles dérives, le législateur a restreint le recours aux accords de maintien dans l'emploi aux seules difficultés conjoncturelles, c'est-à-dire aux difficultés temporaires liées à une situation et à un moment donné. Exceptionnelles par nature, ces difficultés ne doivent pas perdurer dans le temps, au risque de devenir structurelles.

Concrètement, pourront justifier la mise en œuvre d'un accord de maintien dans l'emploi les entreprises témoignant de difficultés résultant de la perte d'un marché important, de retards de paiement par les clients ou bien encore de difficultés passagères dans le secteur d'activité.

A contrario, ne peuvent justifier la conclusion d'un accord de maintien dans l'emploi les entreprises confrontées à des difficultés modérées, permanentes ou structurelles liées par exemple à la sauvegarde de la compétitivité ou à des mutations technologiques.

L'absence de définition de la gravité des difficultés conjoncturelles exigées, et notamment sur la détermination de l'intensité de la gravité laisse une marge d'appréciation importante aux partenaires sociaux, qui sont les mieux à même d'apprécier la gravité de ces difficultés, en fonction de l'état réel de l'entreprise ainsi que du marché sur lequel elle intervient.

En ce sens, si l'employeur prend l'initiative des négociations, il ne doit pas perdre de vue qu'il n'est pas le seul juge de l'appréciation des caractères cumulatifs de gravité et de temporalité. Le législateur lui impose en effet de mettre les organisations syndicales représentatives de l'entreprise en mesure d'analyser



le diagnostic qu'il aura préalablement établi. Cette phase est essentielle et ne doit pas être négligée, dans la mesure où elle conditionnera la conclusion future de l'accord, qui ne pourra être remplacé par une décision unilatérale. Autrement dit, le constat des difficultés doit nécessairement être partagé pour envisager la conclusion de l'accord.

Dans les entreprises dotées d'un comité d'entreprise, un expert-comptable peut être mandaté pour assister les syndicats dans l'analyse des difficultés et dans la négociation de l'accord.

Un accord à durée déterminée

Point d'achoppement résolu par la loi du 6 août 2015, la durée limitée à deux ans de ces accords était sans doute trop courte pour permettre le rétablissement de la compétitivité de l'entreprise confrontée à de graves difficultés.

Pour preuve, huit des dix accords de maintien dans l'emploi recensés par l'administration avaient été conclus pour la durée maximale légale, soit deux ans.

Depuis la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, l'accord de mobilité peut désormais être conclu pour une durée ne pouvant pas excéder cinq années.

Concomitamment à l'allongement de la durée de l'accord, le législateur a instauré une obligation de réalisation d'un bilan de l'application de l'accord à l'issue de ses deux premières années de vie.

Un contenu limitativement déterminé par la loi

L'accord de maintien dans l'emploi doit prévoir *a minima* :

- l'engagement de la part de l'employeur de maintenir les emplois durant la validité de l'accord ;
- les modalités d'aménagement de la durée du travail et de la rémunération des salariés occupant les emplois visés ;
- les conditions dans lesquelles les dirigeants, les mandataires sociaux ainsi que les actionnaires fournissent des efforts (garantie à laquelle tenait particulièrement le Gouvernement) ;
- les modalités d'organisation du suivi de l'évolution de la situation économique de l'entreprise ;

- les modalités de mise en œuvre de l'accord notamment auprès des organisations syndicales de salariés représentatives signataires et des institutions représentatives du personnel ;
- la durée de l'accord qui ne peut excéder cinq ans ;
- les conséquences d'une amélioration de la situation économique de l'entreprise sur la situation des salariés à l'issue de la période d'application de l'accord ou pendant son application en cas de suspension ;
- les modalités d'information et de choix des salariés quant à l'application ou non de l'accord à leur contrat de travail ;
- une clause pénale applicable en cas de non-respect par l'employeur de ses engagements conventionnels, ainsi que le montant et les modalités d'exécution des dommages-intérêts dus aux salariés lésés ;
- les modalités d'information des salariés quant à l'application et au suivi de l'accord de maintien dans l'emploi.

Plus particulièrement, l'accord de maintien dans l'emploi signé par des représentants élus du personnel mandatés ou par un ou plusieurs salariés mandatés doit également prévoir les conditions de son approbation par les salariés de l'entreprise dans le respect des principes du droit électoral.

En outre, l'accord peut prévoir les conditions et les modalités de sa suspension – pour une durée au plus égale à la durée restant à courir à la date de la suspension – ainsi que ses conséquences sur la situation des salariés et sur les engagements pris en matière de maintien de l'emploi.

Des conditions de conclusion et de validité strictement encadrées

L'accord de maintien dans l'emploi étant, par nature, un accord dérogatoire et exceptionnel dans la vie d'une entreprise, le législateur en a fait un accord dérogatoire à majorité renforcée.

Alignant les conditions de validité de l'accord de maintien dans l'emploi sur celles de l'accord contenant un plan de sauvegarde de l'emploi, le ministère du Travail considère que cette garantie « *particulièrement forte* » contraint le chef d'entreprise à utiliser



tous les moyens à sa disposition pour « *convaincre la majorité de s'engager par sa signature* ».

Dans les entreprises dotées de délégués syndicaux, la validité de l'accord est subordonnée à sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise, à la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel.

Dans les entreprises dépourvues de délégués syndical, l'accord peut être conclu par un ou plusieurs représentants élus du personnel expressément mandatés à cet effet par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche dont relève l'entreprise ou, à défaut, par une plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel.

À défaut de représentant élu du personnel, l'accord peut être conclu avec un ou plusieurs salariés mandatés à cet effet par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche dont relève l'entreprise ou, à défaut, par une plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel.

L'accord de maintien dans l'emploi conclu dans ces conditions devra être approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés.

Un accord fondé sur la négociation de contreparties réciproques et équitables

Cœur du dispositif, les contreparties exigées dans tout accord de maintien dans l'emploi se doivent d'être mutuelles et équilibrées.

Si la partie patronale doit nécessairement s'engager à maintenir l'emploi des salariés concernés par l'accord pendant la durée de validité de ce dernier, cet effort doit se doubler d'efforts des dirigeants salariés, ainsi que des mandataires sociaux et des actionnaires. Peuvent par exemple être prévus des concessions d'ordre financier telles qu'un gel ou une baisse des rémunérations pour les dirigeants ou bien encore une limitation ou un renoncement aux dividendes pour les actionnaires.

Pour ce qui est des aménagements concernant les salariés, le législateur a prévu qu'ils puissent porter cumulativement ou alternativement sur la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition, ainsi que sur la rémunération.

Concernant le temps de travail, l'accord peut le réduire pour l'adapter à la charge de travail, l'augmenter en vue d'améliorer la productivité, modifier l'aménagement du cadre du temps de travail (hebdomadaire, plurihebdomadaire, annuel). Le Code du travail autorise également l'employeur à cumuler les mesures issues des accords de maintien dans l'emploi avec celles liées au dispositif d'activité partielle.

En revanche, l'accord de maintien dans l'emploi doit impérativement respecter les dispositions relatives à la durée légale de travail, aux heures supplémentaires, aux durées maximales quotidiennes et hebdomadaires de travail, aux temps de pause, au repos quotidien et hebdomadaire obligatoire, aux congés payés légaux, à la législation relative au 1^{er} mai, ainsi qu'au salaire minimum légal.

Les accords d'entreprise ayant la primauté, l'accord de maintien dans l'emploi peut sur ce point déroger à toutes les dispositions de l'accord de branche, sous réserve du seul respect des dispositions impératives fixées par la loi et évoquées antérieurement.

Concernant plus particulièrement les aménagements de la rémunération, l'accord de maintien dans l'emploi ne peut entraîner aucune réduction des salaires mensuels lorsque ceux-ci ne dépassent pas 120 % du Smic.

L'accord peut dès lors suspendre, voire supprimer, les primes, bonus ou avantages en nature perçus par les salariés ou prévoir une baisse des salaires mensuels.

À titre indicatif, sur les dix accords recensés par le ministère du Travail, six prévoyaient un gel des salaires (dans le respect du plancher d'1,2 Smic fixé par la loi) et un avait prévu la diminution du taux de majoration des heures supplémentaires au taux plancher légal de 10 %.

Procédure de mise en œuvre de l'accord

Fruit de la suprématie de l'intérêt général sur les intérêts individuels, l'accord de maintien dans l'emploi s'impose aux salariés.



Le législateur prévoit toutefois que chacun des salariés concernés doit avoir été mis en mesure de se prononcer sur l'application individuelle de l'accord à son contrat de travail.

Les modalités d'information des salariés sur leur droit d'accepter ou de refuser l'application de l'accord de maintien dans l'emploi doivent être prévues par l'accord. À défaut, l'employeur devra procéder à l'envoi à chaque salarié d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception précisant que l'intéressé dispose d'un délai d'un mois à compter de sa réception pour faire connaître son refus. En l'absence de réponse dans ce délai, le salarié est réputé avoir accepté l'application de l'accord à son contrat de travail.

Effets de l'accord vis-à-vis des salariés

Pour les salariés qui acceptent l'application de l'accord à leur contrat de travail, les clauses contractuelles contraires seront suspendues. Aucun avenant au contrat de travail n'étant par ailleurs requis.

Si l'application de l'accord de maintien dans l'emploi suspend automatiquement les clauses des contrats de travail qui lui sont contraires, une telle conséquence n'est pas prévue pour les accords d'entreprise en vigueur prévoyant des dispositions contraires à l'accord de maintien dans l'emploi, tels que les accords temps de travail. L'application du principe de faveur semble devoir être écartée afin que les effets de l'accord de maintien dans l'emploi ne soient pas neutralisés.

Les salariés qui refusent l'application à leur contrat de travail de l'accord seront quant à eux licenciés par l'employeur. Ce licenciement n'est pas obligatoire, mais il semble inévitable compte tenu de l'objet de l'accord de maintien dans l'emploi.

Ce licenciement, prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel, repose sur un motif économique et sur une cause réelle et sérieuse. Cette formulation sous-entend qu'aucun contrôle ne pourra être effectué par le juge sur le motif économique du licenciement, celui-ci étant en quelque sorte « *pré-constitué* » par l'accord collectif.

L'employeur n'est alors pas tenu aux obligations d'adaptation et de recherche de reclassement interne. En revanche, il doit proposer le congé de re-

classement ou le contrat de sécurisation professionnelle aux salariés licenciés.

La pratique a mis en lumière un effet pervers de ce type d'accord. Plus les mesures d'accompagnement et de reclassement prévues dans l'accord seront favorables, plus les salariés seront tentés de refuser l'application de l'accord, préférant bénéficier des aides et indemnités. Le but poursuivi est alors inversé.

En effet, et même si le texte ne le prévoit pas, il ressort de la pratique que les accords de maintien dans l'emploi contenaient tous des mesures d'accompagnement et de reclassement des salariés qui refusent l'application à leur contrat de travail des stipulations de l'accord.

À noter que, comme en matière d'accord de mobilité, l'employeur est dispensé de toute obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi, y compris lorsque dix salariés et plus refusent, sur une même période de trente jours, l'application à leur contrat de travail de l'accord. Dans ces conditions, l'employeur devra prononcer autant de licenciements individuels que de refus exprimés.

Un bilan mitigé

Au 15 mars 2015, seuls 10 accords de maintien dans l'emploi ont été recensés par les services du ministère du Travail dont quatre ont été conclus en 2013, cinq en 2014 et un seul en 2015.

A contrario, plus d'une vingtaine d'accords classiques de compétitivité ou de flexibilité contenant des engagements de maintien de l'activité ou de maintien dans l'emploi ont été signés par les partenaires sociaux en dehors de toutes dispositions relatives aux accords de maintien dans l'emploi.

Si les pouvoirs publics se félicitent que de tels accords, tout en s'émancipant du cadre légal des accords de maintien dans l'emploi, s'inspirent et s'inscrivent dans une logique de préservation de la compétitivité par le dialogue social, le constat reste selon nous sans appel.

En outre, force est de constater que si la négociation collective a connu un franc succès en matière de PSE, le résultat n'est pas aussi probant en matière d'accord de maintien dans l'emploi.



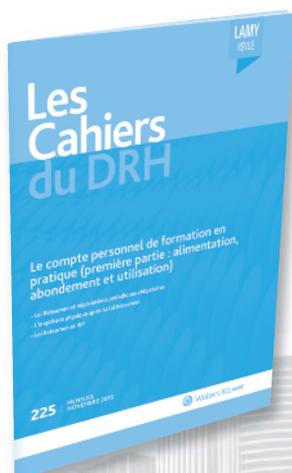
En 2013, les trois-quarts des 950 plans de sauvegarde de l'emploi élaborés étaient négociés. Il ressort de ces données que si les partenaires sociaux, constatant de graves difficultés économiques, sont effectivement disposés à négocier, ils entendent davantage le faire sur des mesures plus radicales que sur des mesures de maintien dans l'emploi.

S'il est vrai que l'accord de maintien dans l'emploi doit encore faire l'objet d'améliorations et d'ap-

ropriation par les praticiens, ce dispositif doit être utilisé et valorisé, tant il paraît offrir des solutions innovantes en droit du travail à la fois au regard de sa nature (à mi-chemin entre l'accord collectif et le contrat de droit commun) que des solutions temporaires qu'il apporte et qui permettent, au moyen d'efforts partagés, de maintenir l'activité d'une entreprise qui, sans cet outil, pourrait se voir contrainte d'adopter des mesures plus radicales. ♦



La Référence en Matière de Droit Social Appliqué



Les Cahiers du DRH est la seule revue d'ingénierie juridique didactique qui vous :

- Donne les solutions pour appliquer les nouvelles règles imposées par la loi ou la jurisprudence.
- Explique les règles, les illustre et vous alerte sur les risques et les pièges.
- Fournit des modes opératoires et des stratégies sécurisées, élaborés par de prestigieux cabinets d'avocats.

Composition de l'abonnement :
11 numéros - version e-book sur smarteca.fr

BULLETIN D'ABONNEMENT

À retourner à l'adresse suivante : Wolters Kluwer France - Service clients
Case postale 402 - 14, rue Fructidor - 75814 Paris cedex 17

0 825 08 08 00 Service 0,15 € min
* prix appel - contact@wkl.fr

Oui, je m'abonne aux Cahiers du DRH

002703 014

Version	Réf.	Tarif HT	TVA	Tarif TTC
<input type="checkbox"/> Papier + e-book inclus	00097	977,00 €	2,1%	997,52 €
<input type="checkbox"/> E-book	TK097	977,00 €	2,1%	997,52 €

Mme M.

Nom : _____

Prénom : _____

Fonction : _____

Établissement : _____

Adresse : _____

Code postal : _____

Ville : _____

Téléphone : _____

Télécopie : _____

E-mail : _____

(Obligatoire pour la mise en place de l'abonnement)

N° Siret : _____

Code NAF : _____ Siège Établissement

Nombre de salariés à mon adresse : _____

Vous trouverez ci-joint mon règlement de _____ par chèque
à l'ordre de Wolters Kluwer France SAS, je recevrai une facture acquittée.

Je réglerai à réception de la facture.

TVA 2,10%. Tous les éléments compris dans les abonnements sont indissociables et ne peuvent être vendus séparément. Les tarifs indiqués sont valables au 01/01/2016 franco de port et d'emballage sous réserve d'une modification du taux de TVA applicable au moment de la commande. Pour tout envoi hors de France métropolitaine, une majoration est prévue sur le prix HT de 10% pour l'Europe et les DOM-COM, et de 20% pour les autres pays. Ces tarifs correspondent à des abonnements annuels. Les abonnements sont automatiquement renouvelés d'une année sur l'autre sauf avis contraire de votre part signifié deux mois avant la date d'échéance. Conformément à la loi « Informatique et Libertés », vous disposez d'un droit d'accès et de rectification aux informations vous concernant auprès de Wolters Kluwer France (cf adresse ci-dessus). Wolters Kluwer France, SAS au capital de 155 000 000 € - RCS Paris 480 081 306 - TVA FR 55 480 081 306

Date et Signature :

La signature de ce bon de commande emporte adhésion des conditions générales de vente consultables sur le site www.wkl.fr

A_CDRH_L210V14B_03-16_299C