L'emploi au cœur de la négociation d'entreprise : quel impact de l'accord du 11 janvier 2013 ?

Jacques FREYSSINET [1]

En France, depuis plus de trente ans, la négociation d'entreprise est encouragée, et, dans un contexte de crise, elle met l'emploi au cœur des négociations. En quoi l'accord national interprofessionnel signé le 11 janvier 2013, dont l'auteur retrace précisément la genèse et les enjeux, entérine-t-il cette tendance dessinée par d'autres lois, et ouvre de nouveaux domaines à la négociation ? Plus largement, l'emploi est-il un objet pertinent de négociation au niveau des entreprises ?

Depuis la décennie 1980, les contenus et les niveaux de la négociation collective sont soumis en France à deux évolutions conjointes. En premier lieu, les accords collectifs, qui traditionnellement portaient, pour l'essentiel, sur les composantes de la rémunération, sur les classifications et sur l'organisation du temps de travail, accordent désormais une place croissante aux objectifs de création, de préservation ou de gestion de l'emploi. Le mouvement est évidemment lié à la montée du chômage et à l'intensification des restructurations. Il a conduit certains analystes à considérer que l'emploi s'était substitué au salaire comme « équivalent général » dans la négociation. En second lieu, la décentralisation des négociations vers l'entreprise s'est accélérée. Elle a traduit, dans un premier temps, une stratégie patronale, mais elle a été renforcée par la multiplication, à partir de la troisième loi Auroux [2], d'abord d'obligations de négocier à ce niveau, puis d'incitations diverses à la signature d'accords, enfin de pénalisations financières en l'absence d'accord. L'accord national interprofessionnel (ANI) du 11 janvier

1. Directeur de l'IRES de 1988 à 2002.
2. Loi du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits du travail.

2013 [3] constitue une illustration de ce double mouvement auquel il apporte une accélération significative.

Dans sa logique globale, l'accord se place sur le même terrain que celui du 11 janvier 2008 [4] : il vise à régler conjointement des questions qui relèvent soit des marchés internes du travail (gestion de l'emploi par les firmes), soit des marchés externes (conditions d'embauche et d'achèvement des contrats de travail, sécurisation des trajectoires). Les deux négociations obéissent à la même logique : un accord multidimensionnel apparaît comme une condition pour qu'un compromis puisse être trouvé sur la base de concessions réciproques qui portent sur différents domaines de la relation d'emploi. La plupart des avancées et des concessions ont un caractère qualitatif : modifications des droits des salariés, des compétences de leurs représentants, du champ de la négociation collective, des possibilités de dérogation à la loi… Il n'existe aucun moyen de construire une échelle de mesure qui rende commensurables les diverses composantes de l'accord et permette d'établir un bilan global quantifié, positif ou négatif, soit pour les salariés, soit pour les employeurs. Chaque organisation concernée définit ses propres pondérations qui commandent un choix final binaire : signer ou ne pas signer.

En revanche, sans prétendre les quantifier, il est possible de distinguer entre deux types de dispositions. D'une part, certaines sont porteuses de droits nouveaux pour les salariés ou leurs représentants ; elles peuvent contribuer à une sécurisation des parcours professionnels. D'autre part, plusieurs articles de l'accord élargissent les marges de liberté au niveau de l'entreprise dans la gestion de l'emploi et contribuent à la « sécurisation juridique » des décisions prises par les employeurs dans ce domaine. Certes, il peut exister des points d'intérêt commun et il apparaît aussi quelques chevauchements entre les deux catégories [5]. Cependant, le déroulement de la négociation montre que les syndicats signataires ont surtout mis l'accent sur le premier type de dispositions, tandis que le patronat donnait la priorité aux secondes et que ce sont ces dernières qui ont principalement motivé le refus de signer de deux confédérations.

Sous ce deuxième aspect, qui est le seul traité ici [6], une dimension majeure de l'accord réside dans l'accroissement des compétences accordées

3. « Accord pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés ». L'accord a été signé, du côté patronal, par le Medef, la CGPME et l'UPA, du côté syndical par la CFDT, la CFTC et la CFE-CGC.
4. « Accord pour la modernisation du marché du travail ». L'accord a été signé par les futurs signataires de l'ANI de 2013 auxquels s'ajoutait alors la CGT-FO.
5. Par exemple, les dispositions relatives au travail à temps partiel ou à la mobilité volontaire sécurisée.
6. Pour une présentation plus large du contenu de l'ANI et de la loi de transcription, voir par exemple : Béthoux, Jobert (2013) ; Couturier, Akandji-Kombé (2013) ; *Droit social* (2013) ; Freyssinet (2013) ; Institut de l'entreprise (2013) ; *Revue de droit du travail* (2013) ; Ray (2013) ; *Semaine sociale Lamy* (2013).

à la négociation d'entreprise en matière de gestion de l'emploi. Certes, il ne s'agit pas d'une innovation absolue et nous rappellerons les étapes précédentes de cette évolution (I). En la matière, l'ANI constitue cependant un « bond en avant » ; il importe d'analyser non seulement le contenu des ultimes compromis, mais aussi la dynamique de la négociation qui y a conduit (II). Sur ces bases, on peut s'interroger sur la signification d'une décentralisation de la négociation qui touche désormais principalement le domaine de l'emploi. Quels en sont les risques et les opportunités ? Quels sont les niveaux pertinents pour négocier sur l'emploi (III) ?

I. La lente émergence de la négociation sur l'emploi dans les entreprises

Il n'est pas évident de définir ce qu'est un accord sur l'emploi. Dans la mesure où la négociation collective porte, selon le Code du travail, sur les conditions d'emploi, tout accord a dans une mesure variable un effet direct ou indirect sur l'emploi. Il est donc nécessaire d'adopter une approche plus restrictive. À la suite d'Antoine Lyon-Caen, nous choisissons de « ne considérer comme négociation relative à l'emploi que les négociations que leurs agents, acteurs ou parties ont délibérément placées sous l'égide de l'emploi comme préoccupation explicite » (Lyon-Caen, 1996:657, 1998 ; Katz, 2007).

Si l'on se réfère à l'histoire de la négociation collective en France, un paradoxe surgit. Les compétences nouvelles attribuées par le récent ANI aux négociations sur l'emploi dans les entreprises y apparaissent comme le produit d'une stratégie patronale. Or, longtemps, au nom du principe de « l'employeur seul juge », le patronat refuse toute immixtion de la négociation dans le domaine de la gestion de l'entreprise. Ce n'est que tardivement et modestement que se manifestent les prémisses d'une évolution.

I.1. L'employeur « seul juge »

La loi donne compétence à la négociation collective sur l'ensemble des conditions d'emploi et de travail. Au niveau de l'entreprise, ce principe se heurte au pouvoir de gestion de l'employeur et au rapport de subordination qui laisse à l'employeur le choix des conditions d'utilisation de la force de travail. En 1982 encore, Savatier affirme que « le pouvoir économique de l'entrepreneur […] demeure unilatéral et discrétionnaire » (Savatier, 1982). Ce fait s'exprime dans le principe longtemps affirmé par la Cour de cassation selon lequel l'employeur est « seul juge des décisions à prendre pour assurer la bonne marche de l'entreprise ». Même si la Cour de cassation n'utilise plus aujourd'hui ce vocabulaire, elle a réaffirmé récemment son attachement au principe qu'il traduisait. L'employeur peut être soumis à des

normes légales ou conventionnelles qui limitent sa liberté de gestion mais, dès lors qu'il les respecte, il est seul juge de l'opportunité des décisions qu'il prend en conformité avec l'intérêt de l'entreprise (Caigny, 2001). L'élément nouveau dans la jurisprudence est qu'elle considère que l'employeur, s'il reste seul juge de ses choix de gestion, doit justifier la réalité et le sérieux de la cause de ces choix au regard de leurs conséquences sur l'emploi (Morin, 2009).

Fortes de cette position des plus hautes instances judiciaires, les organisations patronales ont longtemps défendu le caractère unilatéral du pouvoir de gestion de l'employeur et refusé que l'un quelconque de ses aspects puisse relever de la négociation collective. Ainsi ont-elles veillé à ce qu'aucun accord interprofessionnel (ou de branche) n'ouvre la voie à une possibilité d'intervention syndicale dans la gestion des entreprises (Freyssinet, 2010). Dans la mesure où le patronat souhaitait ou se voyait contraint de négocier sur certains aspects de la relation d'emploi, il accordait la priorité à la négociation de branche [7]. Outre sa fonction traditionnelle d'homogénéisation des conditions de la concurrence en matière de coût salarial, le recours exclusif à la négociation de branche a longtemps offert l'avantage d'éviter une confrontation avec les syndicats au sein de l'entreprise, donc d'y reconnaître leur présence.

Le discours de certaines organisations internationales, notamment de l'OCDE, en faveur de la décentralisation de la négociation collective, se développe tardivement (OCDE, 1994). Il est progressivement relayé par certaines organisations patronales, mais, sauf dans une minorité d'entreprises innovatrices, il peine longtemps à se diffuser auprès des chefs d'entreprise, toujours attachés à l'affirmation de leur pouvoir de gestion. Ceci permet de comprendre que les négociations d'entreprise sur l'emploi ne se sont développées que sur certains champs partiels et, pour l'essentiel, dans le cadre d'obligations, de stimulations ou de pénalisations introduites par les pouvoirs publics (Naboulet, 2011 ; 2013). Un bref rappel de ces évolutions permet d'apprécier l'originalité de l'ANI du 11 janvier 2013 où l'initiative vient, cette fois, des organisations patronales et syndicales signataires.

I.2. Des innovations partielles dans le cadre de dispositifs spécialisés

À partir de 1982, certains aspects de la relation d'emploi sont introduits dans la négociation d'entreprise dans des domaines disjoints et avec des compétences réduites. Quatre illustrations principales peuvent être mentionnées.

7. À laquelle s'ajoutent, après 1968, certaines formes de cadrage par la négociation interprofessionnelle.

La durée et l'aménagement du temps de travail

Trois techniques sont successivement introduites pour stimuler la négociation d'entreprise sur la durée et l'aménagement du temps de travail. Les négociations en ce domaine sont, le plus souvent, associées à des objectifs de préservation ou de création d'emplois (Freyssinet, 2010:chapitre 6) :

- la troisième loi Auroux, déjà citée, crée une négociation obligatoire annuelle dans l'entreprise. Celle-ci porte, entre autres thèmes, sur « la durée effective et l'organisation du temps de travail » ;
- une deuxième technique d'encouragement à la négociation d'entreprise repose sur l'ouverture de possibilités de dérogation à la loi, plus tard complétées par des incitations financières. Une telle méthode est employée depuis l'ordonnance de janvier 1982 (39 heures) jusqu'aux lois Aubry de 1988 et 2000 (35 heures) ;
- la loi du 20 août 2008 [8] introduit une troisième technique, celle de la subsidiarité. Dans divers domaines relatifs à la durée et à l'aménagement du temps de travail, ce n'est qu'à défaut d'accord d'entreprise que s'appliquent un éventuel accord de branche ou, en l'absence de ce dernier, des dispositions réglementaires [9].

Les accords de méthode

Les accords de méthode sont introduits à titre expérimental en 2003 puis pérennisés et élargis en 2005 [10]. Ils constituent un nouveau type d'accords d'entreprise dérogatoires qui portent sur la gestion anticipée des licenciements collectifs : procédure d'examen du plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) et anticipation de son contenu, discussion de propositions alternatives, actions de mobilité interne… L'innovation majeure des accords de méthode résulte de ce qu'ils donnent la responsabilité première aux syndicats dans une perspective de négociation des restructurations, alors que les textes assurent, en leur absence, la primauté du comité d'entreprise (CE) selon une logique d'information et de consultation.

Les évaluations réalisées au cours des premières années signalent un lent mouvement de rééquilibrage. Dans un premier temps, les accords sont presque exclusivement signés « à chaud » : ils précèdent immédiatement l'opération de restructuration et les plans de sauvegarde de l'emploi. Progressivement, la part des accords d'anticipation s'accroît, mais le lien reste faible avec les accords de GPEC.

8. Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.
9. Il est important de distinguer la technique de la subsidiarité de la loi de 2008 et celle de la dérogation qui est encore dominante dans la loi de 2004, toujours en vigueur dans les autres domaines de la négociation (voir *infra*, III.1).
10. Loi du 25 janvier 2005 de programmation sur la cohésion sociale (dite loi Borloo).

Les négociations sur la GPEC

La même loi du 25 janvier 2005 crée une obligation triennale de négocier dans les entreprises ou groupes d'au moins 300 salariés. L'obligation inclut la gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences, non pas dans son contenu, mais seulement quant aux modalités de sa mise en place.

Le faible élan initial conduit les organisations patronales et syndicales à consacrer à la GPEC un chapitre de l'ANI du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail et à programmer une négociation complémentaire sur ce thème. Celle-ci aboutit à un accord d'intentions et de méthode qui n'est signé, du côté syndical, que par la CFDT et la CFE-CGC [11]. S'agissant de la négociation d'entreprise, l'ANI ne mentionne que les procédures de mise en œuvre et de suivi de la GPEC dans le cadre de « la stratégie que l'entreprise entend mettre en œuvre ». Il précise que « les entreprises de moins de 300 salariés qui souhaiteraient s'engager dans une démarche concertée de GPEC sont encouragées à s'inspirer des dispositions ci-dessus. »

Les travaux d'analyse et d'évaluation menés au cours des dernières années montrent que la négociation sur la GPEC ne s'est développée que lentement, avec un contenu hétérogène et qu'elle ne couvre qu'une faible fraction des groupes ou des entreprises qui y sont soumis par la loi.

L'emploi des seniors

Une dernière illustration de l'action publique en faveur de négociations d'entreprises sur l'emploi est fournie par l'obligation relative à l'emploi des seniors créée par la loi du 17 décembre 2008 [12]. À partir de 2010, les entreprises ou groupes d'au moins 50 salariés doivent négocier sur ce thème un accord d'entreprise ou à défaut adopter unilatéralement un plan d'action [13]. Les accords ou plans doivent fixer un objectif chiffré global (au choix, maintien dans l'emploi ou recrutement de seniors) et sélectionner trois au moins des six domaines d'action définis par la loi. En l'absence d'un accord ou plan agréé, l'entreprise verse une pénalité égale à 1 % de sa masse salariale.

Pour les entreprises d'au moins 300 salariés, les accords qu'elles doivent conclure sur les contrats de génération à partir de 2013 (toujours sous peine de sanctions financières) sont censés « absorber » les accords sur l'emploi des seniors (alors que le champ de ces derniers était plus large). L'impact final de la loi de 2008 apparaît aujourd'hui pour le moins incertain.

I.3. Un mouvement plus global

Les négociations spécialisées portant sur certains aspects de la relation d'emploi, qui ont été engendrées par des incitations ou des contraintes

11. ANI du 14 novembre 2008 sur la GPEC.
12. Loi de financement de la Sécurité sociale pour 2009.
13. Si l'effectif est inférieur à 300 salariés, l'entreprise peut être couverte directement par un accord de branche validé et étendu.

émanant des pouvoirs publics, doivent être replacées dans un mouvement plus global de développement des négociations d'entreprise sur l'emploi. De nombreuses recherches ont été menées sur ce point depuis la décennie 1990 (par exemple : Thuderoz *et al.*, 1996 ; Bélanger, Thuderoz, 1998 ; Morin *et al.*, 1998 ; Katz, 2007 ; Fabre, 2009, 2011 ; Béthoux *et al.*, 2011 ; 2014 ; Béthoux, Jobert, 2012 ; Jobert, 2013). Elles donnent des résultats globalement convergents que nous rappelons brièvement.

La fréquence croissante des références à l'emploi dans les accords d'entreprise révèle un usage polysémique du terme et un degré variable de précision des dispositions qui s'y appliquent. À un extrême, on trouve dans les préambules de vagues déclarations d'intentions sur l'importance que les signataires accordent à l'évolution de l'emploi. À l'autre extrémité du *continuum*, on relève des engagements quantifiés sur le maintien ou la création d'emplois (ou encore le non-recours aux licenciements économiques) pendant une période donnée. De ce fait, l'incertitude pèse sur le degré d'effectivité des engagements pris par les employeurs (voir *infra*, III.1).

Toujours schématiquement, deux idéaux-types d'accords d'entreprise se détachent. La majorité des accords ont pour objet de gérer une situation de crise : ralentissement économique global ou sectoriel, restructuration de l'entreprise ou du groupe. Ce sont des accords négociés dans l'urgence. Ils prévoient des limitations du nombre des suppressions d'emplois ainsi que des mesures de reconversion et d'accompagnement en échange de concessions qui portent principalement sur les salaires ainsi que sur la durée et l'aménagement du temps de travail. Une minorité d'accords sont plus ambitieux : intégrés ou non dans une logique de GPEC, ils définissent des perspectives quantitatives et qualitatives en matière d'emploi dans le cadre de la stratégie à moyen terme de l'entreprise. L'emploi et les compétences sont alors traités comme des ressources, ce qui permet de dépasser une logique « donnant-donnant » au profit de la définition d'objectifs partagés, au moins partiellement.

Les positions syndicales se situent dans l'intervalle entre deux situations types. Certaines sections syndicales considèrent que leur responsabilité réside dans la défense immédiate des intérêts des salariés menacés et, le cas échéant, dans l'aide directe apportée aux victimes des restructurations (indemnisation, accompagnement). Elles rejettent toute démarche qui risquerait de les faire apparaître comme ayant accepté la nécessité de la restructuration, comme coresponsables de la gestion de ses conséquences sociales ou, plus encore, comme associées à la stratégie de l'entreprise. D'autres sections syndicales peuvent voir dans les négociations sur l'emploi une opportunité pour une intervention dans la gestion, par exemple, par la définition de propositions industrielles alternatives ou par l'imposition d'un débat sur la stratégie de l'entreprise. Elles considèrent qu'au-delà

des conflits d'objectifs, il est possible, sur ces questions, de trouver des compromis limités d'intérêt commun.
Bélanger et Thuderoz ont donné une signification globale à ce mouvement. Ils rappellent la thèse formulée par Erbès-Seguin selon laquelle le salaire constituait, durant la phase du compromis fordiste, « l'équivalent général des revendications » en ce sens « qu'il était substituable à d'autres revendications non négociables en raison des enjeux dont elles étaient porteuses ». À leurs yeux, l'emploi, depuis la décennie 1990, assure dans les entreprises la même fonction. Il est, pour les syndicats, un vecteur d'engagement et de justification de l'action collective ; il est « principe de mesure » des résultats de la négociation. Pour l'employeur, l'adoption d'objectifs en matière d'emploi est un moyen d'affirmer sa responsabilité sociale, son comportement citoyen (Bélanger, Thuderoz, 1998). Selon ces auteurs, la polysémie des références à l'emploi dans les accords et l'imprécision des engagements qui s'y attachent rendent possible qu'il soit un objet communément accepté de régulation conjointe.

II. L'ANI du 11 janvier 2013 : un élargissement significatif

Inscrite dans la « feuille de route » à l'issue de la conférence sociale (9-10 juillet 2012), puis cadrée par le document d'orientation rendu public le 7 septembre par le gouvernement, la négociation se déroule entre le 4 octobre 2012 et le 11 janvier 2013. Tout au long de la négociation, le patronat présente des versions successives du projet d'accord. Elles permettent d'identifier les enjeux, les points de conflit, les évolutions et la nature du compromis final [14]. L'ANI ouvre trois domaines nouveaux à la négociation d'accords d'entreprise sur la gestion de l'emploi : les accords de maintien dans l'emploi, les accords de mobilité interne et les accords relatifs aux licenciements collectifs [15].

II.1. Les accords de maintien dans l'emploi

Les conditions de la discussion sur ce point ne peuvent être comprises sans rappeler le contexte spécifique des négociations antérieures sur les accords compétitivité emploi (ACE). Pour l'essentiel, les positions du

14. La transcription de l'accord a donné lieu à un avant-projet de loi, puis à un projet de loi, enfin à la loi du 14 juin 2013. Nous évoquerons ces textes dans la seule mesure où ils ont apporté des changements significatifs au contenu de l'ANI sur la négociation d'entreprise.
15. On peut mentionner aussi un élargissement des thèmes de la négociation obligatoire sur la GPEC (entreprises ou groupes d'au moins 300 salariés). Elle inclura désormais, mis à part le cas des accords de mobilité interne (voir *infra*, II.2), trois chapitres nouveaux : les grandes orientations du plan de formation, les perspectives d'utilisation des différentes formes de contrat de travail, les contrats de génération pour les entreprises qui y sont soumises par l'ANI du 19 octobre 2012. Le troisième point n'apporte rien de nouveau ; le deuxième est imprécis ; le premier peut être interprété soit comme une avancée symbolique, soit comme la confirmation du refus patronal d'une négociation d'entreprise sur le contenu du plan de formation.

patronat et des syndicats avaient déjà été fixées lors de cette première phase (Freyssinet, 2012).

L'héritage de la négociation sur les accords compétitivité emploi

Le 29 janvier 2012, le président de la République demande aux organisations patronales et syndicales de mener, dans un délai de deux mois, des négociations interprofessionnelles sur la définition d'un cadre juridique pour la signature d'ACE au niveau de l'entreprise. Entamée le 17 février, la négociation est suspendue au mois de mai, à l'initiative du Medef, dans l'attente d'une prise de position de la nouvelle majorité sur la transcription d'un éventuel accord. Le projet d'accord du 13 avril, présenté par la délégation patronale, fournit le dernier état de la négociation.

Le principe de base est simple : des accords d'établissement ou d'entreprise, d'une durée limitée, définissent les termes d'un arbitrage entre temps de travail, salaire et emploi pour sauvegarder la compétitivité dans un premier temps, pour l'améliorer dans un second temps. En contrepartie, l'entreprise prend des engagements quantifiés en termes d'emploi.

Le thème majeur de conflit concerne la situation des salariés qui refuseraient les modifications de leur contrat de travail engendrées par un ACE (voir *infra*, III.3). Alors que la jurisprudence considère que le licenciement entraîné par le refus du salarié est un licenciement économique, donc susceptible, le cas échéant, de déclencher une procédure de licenciement collectif [16], un objectif essentiel pour le patronat est d'éliminer ce risque. Dans le premier projet patronal, le salarié, en cas de refus, fait l'objet d'un licenciement *sui generis* « réputé reposer sur une cause réelle et sérieuse » et de « nature non économique ». Dans le cours de la négociation, la notion de « licenciement *sui generis* » est remplacée par celle d'une « rupture *sui generis* » du contrat de travail. Cette rupture ne peut être imputée ni à des motifs économiques, ni à une faute du salarié, mais est « justifiée par l'application de l'accord ». Le changement de vocabulaire résulte probablement de la volonté du patronat d'éviter, en n'utilisant plus le terme « licenciement », le risque d'une violation des conventions de l'OIT. Cependant, le litige reste entier sur cet élément central de la négociation, en particulier sur l'exclusion hors du champ du licenciement économique de « ruptures » du contrat de travail qui ont, à l'évidence, une cause économique [17].

Quels éléments nouveaux dans les accords de maintien dans l'emploi ?

La logique de base est inchangée : « En cas de graves difficultés conjoncturelles […], des accords d'entreprise permettent de trouver un nouvel équilibre pour une durée limitée dans le temps dans l'arbitrage global temps de

16. À partir de 10 licenciements dans une période de 30 jours pour les entreprises de plus de 50 salariés.
17. Comme l'indique l'intitulé : « accord compétitivité emploi ».

travail/salaire/emploi au bénéfice de l'emploi. » En simplifiant, il apparaît qu'au fil des rédactions successives les syndicats ont obtenu un ensemble de garanties sur les conditions de négociation, sur le contenu et sur la mise en œuvre des accords tandis que le patronat est parvenu à échapper aux règles du licenciement collectif.

Dans le premier domaine, les accords, jusqu'alors possibles dans le cadre du droit commun de la négociation collective, sont désormais encadrés par des règles spécifiques :

- accord majoritaire pour une durée maximale de deux ans ;
- préalable d'un diagnostic partagé avec droit des syndicats à l'expertise ;
- engagement de maintien dans l'emploi des salariés concernés pour une durée au moins égale à celle de l'accord [18] ;
- respect de l'ordre public social notamment pour ce qui concerne le Smic [19] et la durée du travail et respect des accords de branche dans les domaines où ils interdisent des dérogations par accord d'entreprise ;
- partage du bénéfice économique de l'accord arrivé à échéance et sanctions en cas de non-respect de l'accord [20] ;
- les mandataires sociaux, actionnaires et dirigeants salariés doivent participer aux efforts demandés aux salariés [21].

Le conflit central a porté sur la qualification juridique de la rupture du contrat de travail pour les salariés qui refuseraient les modifications engendrées par l'accord [22]. D'emblée, le patronat abandonne la notion de « rupture *sui generis* » : la cause de la rupture « trouve sa pleine justification dans l'application de l'accord qui est destiné au maintien de l'activité économique. Ce licenciement n'emporterait pas les obligations liées aux procédures de licenciement pour motif économique ».

Dans un deuxième temps, une nouvelle formulation est avancée : la rupture du contrat constitue « un licenciement économique dont la cause réelle et sérieuse est attestée par l'accord précité. L'entreprise est exonérée de l'ensemble des obligations légales et conventionnelles qui auraient résulté d'un licenciement pour motif économique. » Le salarié ainsi licencié pourra bénéficier de mesures d'accompagnement prévues par l'accord.

18. La loi semblera plus exigeante : engagement de « maintenir les emplois » pendant la durée de l'accord, d'où le changement de vocabulaire : « accords de maintien dans l'emploi » pour l'ANI, « accords de maintien de l'emploi » pour la loi. Cependant, les conséquences juridiques de ces changements de formulation sont incertaines.
19. La loi précisera que l'accord ne peut toucher les salaires inférieurs à 1,2 Smic ni ramener les autres salariés sous ce seuil.
20. La loi précisera qu'il s'agit d'une clause pénale avec versement de dommages et intérêts aux salariés lésés.
21. La loi précisera qu'ils doivent fournir des « efforts proportionnés » à ceux demandés aux salariés.
22. Ces modifications ne valent que pour la durée de l'accord, les contrats de travail étant restaurés dans leur état initial au terme de l'accord ou en cas de non-respect des termes de l'accord par l'employeur.

La concession finale consiste à ne libérer l'entreprise que des obligations résultant « d'un licenciement collectif pour motif économique [23] », c'est-à-dire principalement de la procédure de consultation du CE et de l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE). En revanche, l'employeur n'est pas libéré des obligations associées au licenciement individuel pour motif économique, par exemple, le cas échéant, l'offre d'un contrat de sécurisation professionnelle. On pouvait alors s'interroger sur l'attitude de la jurisprudence à l'égard de l'affirmation selon laquelle la cause réelle et sérieuse du licenciement est « attestée » par l'accord. Les juges renonceraient-ils à vérifier l'existence de cette cause ?

L'avant-projet de loi introduit une nouvelle formulation : en cas de refus d'un ou plusieurs salariés, « leur licenciement constitue un licenciement individuel pour motif économique ». Le projet de loi la modifie à nouveau : « Leur licenciement repose sur un motif économique, est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique. » La loi conservera cette rédaction.

Rappelons que le droit du travail n'empêchait pas la conclusion de tels accords dans les entreprises ; l'actualité sociale en a donné divers exemples où l'on trouve les signatures des différents syndicats (voir *infra*, III.1). L'élément nouveau réside dans la qualification des ruptures de contrat en cas de refus individuel des salariés. Le patronat a obtenu d'échapper aux obligations du licenciement collectif sous la condition de parvenir à un accord majoritaire.

Au-delà de cette dimension juridique, une autre différence d'appréciation apparaît entre les organisations syndicales. Elle porte sur l'opportunité d'accorder une consécration interprofessionnelle de ce type d'accords. La signature de l'ANI contribue à donner visibilité et légitimité à des accords d'entreprise qui jusqu'alors apparaissaient comme des cas isolés et exceptionnels. Selon la CGT, le projet revient « à organiser à grande échelle les possibilités de chantage à l'emploi » alors que les syndicats doivent « garder la main dans les entreprises [24] ». La CGT-FO considère que « tous les dispositifs existent et cela se fait déjà », mais « ce doit rester un sujet de négociation dans l'entreprise [25] ». Les trois confédérations signataires affirment qu'il fallait créer « des garde-fous » au niveau interprofessionnel pour la négociation d'entreprise. Sur cette question, les organisations non signataires manifestent donc simultanément un fort attachement à la hiérarchie des normes en ce qui concerne les dérogations au Code du travail,

23. Comme le souligne Legrand, l'incohérence était la condition du compromis (Legrand, 2013) : s'il existe plus de dix licenciements auxquels on reconnaît la même cause économique, comment écarter la qualification de licenciement collectif ? Le législateur acceptera, pour la même raison, de transcrire cette incohérence.
24. Dépêche AFP, 29 novembre 2012. Anne Braun, conseillère fédérale au secteur juridique, adopte par la suite une formulation différente : « La CGT condamne formellement le principe de ces accords [mais] privilégie avant tout la volonté des salariés. Ce sont eux qui ont le dernier mot quant à la signature ou non des accords » (Braun, 2013).
25. Stéphane Lardy, AEF, dépêche n° 172636, 3 octobre 2012 et dépêche AFP, 29 novembre 2012.

mais aussi une volonté de refuser un cadrage des accords d'entreprise par la négociation interprofessionnelle.

II.2. Les accords de mobilité interne

Cette disposition est l'une de celles qui ont été les plus profondément transformées au cours de la négociation. Dans le premier projet, il s'agit, en l'absence de suppression d'emplois, d'une procédure de licenciement allégée relativement à celle qui s'applique aux licenciements économiques collectifs. Dans l'ANI, il s'agit d'un dispositif de gestion de la mobilité interne à l'initiative de l'employeur dont les modalités sont soumises à la négociation d'entreprise s'il y existe des délégués syndicaux. Le compromis final, résultat de multiples formulations successives, sera invalidé par le législateur parce que jugé contraire à une convention de l'OIT.

Une genèse complexe

Au départ, le thème figure dans un chapitre intitulé « Repenser les procédures de licenciement économique ». Le texte distingue deux procédures selon qu'il y a ou non suppression d'emplois. Dans le second cas, des « plans de redéploiement » sont prévus. Les salariés qui, dans ce cadre, refusent une proposition de modification de leur contrat de travail compatible avec les critères des offres raisonnables d'emploi définis par le Code du travail voient leur contrat de travail rompu. Le refus du salarié constitue le motif de la rupture. Le CE est consulté dans le cadre d'une « procédure courte et sécurisée ».

Dans un second temps, le projet est curieusement transféré dans le titre II : « Renforcer l'information des salariés ». Il y est présenté sous le label de « gestion active de l'emploi et des compétences ». Le nouveau poste de travail proposé ne peut être éloigné de plus de 50 kilomètres du domicile du salarié ou exiger un temps de transport quotidien supérieur à 1 heure 30. Le refus entraîne un licenciement pour motif personnel avec un accompagnement renforcé. Le CE doit être consulté si l'employeur fait de telles propositions à plus de 10 salariés en moins de 60 jours [26].

Une troisième rédaction adopte le qualificatif de « mobilité interne ». Les règles individuelles sont modifiées : le temps maximum de transport de 1 heure 30 est remplacé par une augmentation maximale de 45 minutes du temps de transport ; les limites *maxima* de mobilité ne s'appliquent que si le poste proposé est en dehors de la zone géographique de l'emploi actuel. Désormais, il est prévu que la mobilité interne « est organisée dans le cadre » de la négociation sur la GPEC dans les entreprises ou groupes soumis à l'obligation de négocier (au moins 300 salariés). Dans les autres cas, le CE est consulté.

Un nouveau projet élargit l'obligation de négocier, selon un rythme triennal, à toutes les entreprises pourvues d'un délégué syndical.

26. Et non 30 jours comme c'est le cas pour les licenciements économiques.

La version finale fait disparaître la consultation du CE en l'absence d'un accord d'entreprise ainsi que les *maxima* de mobilité (50 km et 45 minutes de plus). La définition des limites de la mobilité géographique, tout comme celle des mesures d'accompagnement, est renvoyée à l'accord d'entreprise.

Le contenu du compromis

Selon le texte de l'ANI, lorsqu'il n'y a pas de perspective de réduction des effectifs, les règles qui s'appliquent aux changements de postes et de lieux de travail au sein de l'entreprise doivent faire l'objet d'une négociation triennale dans les entreprises dotées de délégués syndicaux. La négociation est intégrée à celle qui porte sur la GPEC dans les entreprises qui y sont soumises (au moins 300 salariés). L'accord d'entreprise définit les garanties associées aux propositions de mobilité et les mesures d'accompagnement de celle-ci.

Le refus du salarié entraîne un licenciement pour motif personnel et non pour motif économique. Cette formulation est contraire à l'évidence puisque le même article de l'ANI définit la mobilité interne comme « la mise en œuvre des mesures collectives d'organisation courante dans l'entreprise […] se traduisant notamment par des changements de poste ou de lieux de travail au sein de la même entreprise ». L'employeur est ainsi libéré des obligations associées au licenciement économique, alors que la mobilité est provoquée par une décision de nature économique (organisation de l'entreprise) et peut entraîner la modification de certains éléments essentiels du contrat de travail.

Telle est l'innovation fondamentale introduite par le dispositif. L'avant-projet de loi reprend la qualification de licenciement pour motif personnel. Toutefois, tenant compte des observations présentées par le Conseil d'État sur le risque de violation de la convention 158 de l'OIT relative au licenciement, le projet de loi change d'option : « Le licenciement repose sur un motif économique, est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique ». La formulation est identique à celle employée pour les accords de maintien dans l'emploi (AME, voir *supra*). L'employeur n'est donc libéré, le cas échéant, que du respect des procédures de licenciement collectif [27].

Dans le sens contraire, la loi affaiblit l'une des obligations de l'employeur inscrites dans l'ANI en rendant la négociation d'un accord optionnelle pour l'entreprise et sans contrainte de périodicité, sauf pour les entreprises soumises à l'obligation de négocier sur la GPEC.

27. La qualification de licenciement individuel pour motif économique a été l'un des objets du recours déposé par des députés et sénateurs UMP devant le Conseil constitutionnel contre la loi de sécurisation. À leurs yeux, cette qualification « restreint la liberté d'entreprendre de l'employeur ». Le Conseil a, sur ce point, rejeté la requête en considérant qu'une telle qualification relevait de la compétence du législateur et ne méconnaissait aucune exigence constitutionnelle (Décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013).

II.3. Les accords sur les licenciements collectifs

L'obtention de procédures de licenciement collectif qui soient plus simples, plus rapides et juridiquement « sécurisées » constitue une revendication récurrente du patronat. Comme nous l'avons signalé, le texte initial distingue entre deux procédures de licenciements économiques selon que ceux-ci s'accompagnent ou non de suppressions d'emplois. Dans le premier cas, plusieurs innovations sont proposées.

En premier lieu, le centre de profit serait le périmètre d'appréciation du motif économique, « sans impacter le reste du groupe ». Ce point, particulièrement provocateur puisqu'il aurait donné à l'entreprise la maîtrise du découpage des périmètres, disparaît des documents ultérieurs.

De plus, des délais préfixes encadrent les consultations du CE et les recours à l'expertise. Ces aspects sont maintenus jusqu'au texte final moyennant des ajustements de détail.

En outre, « à défaut d'accord de branche ou d'entreprise en disposant autrement, en cas de licenciement pour motif économique, l'employeur est fondé, pour fixer l'ordre des licenciements, à privilégier la compétence professionnelle sous réserve de tenir également compte, après consultation du CE, des autres critères fixés par la loi. » Cet article de l'ANI traduit surtout une obsession de « sécurisation juridique » de l'employeur puisqu'une telle possibilité est conforme à l'état actuel de la jurisprudence de la Cour de cassation. La disposition, transcrite dans l'avant-projet et le projet de loi a été symboliquement édulcorée dans la loi ; il y est seulement indiqué que l'employeur peut privilégier l'un des critères du licenciement à condition de tenir compte de l'ensemble des autres.

Enfin, l'innovation majeure réside dans la distinction entre trois types de procédures. Soit, l'entreprise « met en œuvre un accord de méthode ». Soit encore, « le PSE fait l'objet d'un accord collectif majoritaire dont l'application a pour conséquence d'emporter la reconnaissance de la validité du motif économique et de la procédure suivie. » Soit enfin, l'entreprise, à l'issue de la consultation du CE, demande « une homologation de la procédure par l'administration ». En cas de refus, l'entreprise peut soit reprendre son projet et le soumettre à nouveau, soit poursuivre la procédure initiale sous le contrôle du juge. Ces deux dernières modalités seront des enjeux conflictuels de la négociation, puis de la transcription législative [28].

L'accord majoritaire

L'enjeu initial réside dans la possibilité de déroger au Code du travail quant au contenu du PSE ; le patronat cherche aussi (et peut-être surtout) à éviter le contrôle du juge sur la cause du licenciement. Dans une première

28. Sur les étapes successives, depuis le projet patronal initial jusqu'à la loi, voir Géa (2013b).

version, « le PSE est réputé valable et les licenciements sont réputés avoir une cause réelle et sérieuse » ; cette formulation maximaliste disparaît ultérieurement. Une version ultérieure élargit explicitement le champ des dérogations possibles aux procédures de licenciement collectif ainsi qu'à l'ordre des licenciements [29]. Les rédactions suivantes sont inchangées, sauf l'introduction de délais préfixes impératifs.

Il peut apparaître positif qu'une négociation d'entreprise, au sens précis du Code du travail et sous la condition d'accord majoritaire, se substitue aux négociations, tantôt organisées, tantôt informelles, qui accompagnent souvent la procédure de consultation du CE. Notons cependant qu'à la différence des accords de maintien dans l'emploi et des accords de mobilité interne qui sont soumis par l'ANI à un certain nombre de contraintes, l'accord d'entreprise est ici un pur accord dérogatoire à la loi sans contrepartie explicite [30].

L'avant-projet, le projet de loi et la loi précisent les domaines qui sont exclus de la dérogation [31]. Surtout, ils soumettent l'accord à une validation de l'administration pour vérifier sa conformité à la loi.

La procédure d'homologation du document unilatéral

Nous n'abordons ce point que sous l'angle partiel qui nous intéresse ici : dans quelle mesure les contraintes associées à la procédure d'homologation créent-elles ou non une incitation pour l'employeur à la recherche d'un accord d'entreprise majoritaire ?

De la procédure d'homologation émane un discret parfum d'autorisation administrative du licenciement. Cette procédure avait été créée en 1975 par Jacques Chirac, alors Premier ministre. Elle a été supprimée en 1986 par Jacques Chirac, à nouveau Premier ministre, en réponse à une demande intensément réitérée par le patronat. Curieusement, c'est à l'initiative de ce dernier que l'homologation de l'administration est introduite dès le premier projet. Cependant, il ne s'agit pas d'une reprise à l'identique : cette procédure n'est déclenchée par l'employeur que pour réduire son « insécurité juridique » ; elle ne doit porter que sur le respect des règles de consultation du CE et sur le contenu du PSE. En cas de refus d'homologation, une nouvelle rédaction prévoit que l'entreprise peut soit modifier et représenter son projet, soit poursuivre la procédure sous le contrôle du juge. À partir de la version suivante du projet, il est indiqué que, face à un refus motivé d'homologation, l'entreprise « doit alors établir un nouveau document ». Cependant, l'ANI reste muet sur des critères d'homologation

29. La loi y ajoutera les modalités de mise en œuvre des licenciements.
30. Seule contrainte énoncée : « L'accord précise la date à partir de laquelle peuvent être mis en œuvre les reclassements internes. »
31. L'accord ne peut déroger à l'obligation de formation, d'adaptation et de reclassement, aux règles générales d'information et de consultation du CE, à l'obligation de proposer, le cas échéant, un contrat de sécurisation professionnelle ou un congé de reclassement…

qu'auraient pu suggérer les négociateurs. S'agit-il seulement du respect de la procédure pour anticiper ou « éclairer » une éventuelle intervention de la justice administrative ? Quant au contenu du PSE, vérifiera-t-on seulement la présence des rubriques requises ou portera-t-on un jugement sur le caractère suffisant des actions engagées ?

Dans leur exposé des motifs, l'avant-projet puis le projet de loi et la loi vont au-delà d'une vérification du respect des formes : l'administration s'assurera « de l'adéquation entre la situation et les moyens dont disposent l'entreprise – et le groupe auquel elle appartient – et les mesures d'accompagnement prévues notamment les efforts de formation et d'adaptation au bénéfice des salariés ». Dans la mesure où l'administration du travail disposera des moyens nécessaires pour accomplir cette mission, le contrôle imposé à l'entreprise sera donc loin d'être de pure forme [32]. Cette dernière pourra y échapper en obtenant un accord majoritaire.

Il est de bonne méthode de caractériser les trois innovations majeures introduites en matière de négociations d'entreprise sur l'emploi non pas en référence à d'hypothétiques principes immuables, mais en mesurant les modifications introduites dans les règles qui s'appliquaient antérieurement.

En premier lieu il y a un élargissement indiscutable des marges de la négociation d'entreprise dérogatoire. Le changement porte sur la possibilité de dérogations à la loi. En revanche, les modes d'articulation entre les différents niveaux d'accords collectifs tels qu'ils ont été définis par la loi du 4 mai 2004 [33] ne sont pas modifiés [34].

En second lieu, dans l'ANI, les ruptures principales résultent du fait qu'en cas de refus par des salariés de la modification de leur contrat de travail, un accord de maintien dans l'emploi (majoritaire) permet d'écarter l'éventuelle qualification de licenciement collectif au profit d'une fiction de licenciement économique individuel, tandis qu'un accord de mobilité interne (ordinaire) permet d'écarter la qualification de licenciement économique au profit d'une fiction de licenciement pour motif personnel. La loi a supprimé la seconde possibilité, qui était la plus aberrante, en imposant les mêmes normes que dans le premier cas. Pour le reste, les droits des salariés ne sont pas modifiés et, dans le cas des accords de maintien dans l'emploi (majoritaires), les sacrifices qu'ils peuvent être conduits à accepter sont désormais encadrés par diverses normes individuelles et collectives qui ne s'imposaient pas aux accords (ordinaires) signés jusqu'alors dans ce domaine.

Enfin, la situation est différente pour les accords relatifs aux licenciements collectifs. Le champ des dérogations est fort vaste et non borné dans

32. L'instruction envoyée par le ministère du Travail aux Direccte le 19 juillet 2013 définit avec une grande précision le calendrier et le contenu de leurs interventions (DGEFP/DGT, 2013).
33. Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.
34. Par exemple, les conditions dans lesquelles un accord d'entreprise peut déroger à un accord de branche.

le texte de l'ANI ; il n'est délimité que dans la loi et seulement de manière négative par une énumération d'exceptions. Ici le passage d'une logique d'information et de consultation du CE à une logique d'accords majoritaires négociés avec les syndicats entraîne une large substitution potentielle des normes négociées aux normes légales.

S'il est important d'identifier avec précision la nature et l'ampleur des changements introduits par l'ANI et la loi, cette analyse ne présume en rien des réponses au débat qui a été relancé à cette occasion sur l'opportunité d'élargir les marges de liberté de la négociation d'entreprise en matière d'emploi. Cette première étape de l'analyse se révèle cependant indispensable pour poser les termes du débat sur une base qui n'ignore ou ne déforme pas l'état des lieux.

III. L'emploi est-il un objet pertinent de négociation dans l'entreprise ?

L'ANI du 11 janvier 2013 et sa loi de transposition engendrent de vifs débats quant aux enjeux des négociations d'entreprise sur l'emploi. Les controverses portent d'abord sur le contenu des accords : la logique de contreparties qui les sous-tend n'est-elle pas nécessairement porteuse de concessions déséquilibrées, voire inacceptables ? Une incertitude porte ensuite sur le choix de l'entreprise comme niveau de négociation sur l'emploi : le périmètre des accords n'est-il pas rendu obsolète, donc inefficace, par les formes actuelles de restructuration du capital et du tissu productif ? Enfin, la création des accords de maintien dans l'emploi et de mobilité interne pose de manière radicale la question des rapports entre accord collectif et contrat de travail.

III.1. Le contenu des accords

Depuis une trentaine d'années, de nombreux pays ont fait l'expérience de la signature d'accords de contreparties sur l'emploi au niveau des entreprises. En France, comme nous l'avons montré, l'ANI du 11 janvier 2013 ne constitue qu'une étape d'une longue évolution. Il faut s'interroger sur l'ampleur des changements qu'introduit l'ANI.

Le principe des accords de contreparties sur l'emploi

Nés aux États-Unis, sous le nom de *concession bargaining*, dans le contexte de la récession du début de la décennie 1980, les accords d'échange de contreparties ont connu une grande diffusion dans les pays d'Europe occidentale lors de la poussée de chômage massif survenue entre 1993 et 1997. Baptisés « pactes sociaux » ou « accords pour l'emploi et la compétitivité », on les rencontre au niveau national (interprofessionnel ou de branche), au

niveau territorial ou local, ainsi qu'au niveau des entreprises ou établissements. En se limitant à ce dernier niveau, leur principe est simple (Sisson, Artiles, 2000). En échange d'engagements de l'employeur qui portent sur le maintien d'un certain niveau d'emploi à un horizon donné ou sur le non-recours aux licenciements économiques pendant une période donnée, parfois accompagnés d'engagements d'investissements, les salariés acceptent des concessions qui portent principalement sur les salaires et avantages sociaux, sur la durée et l'aménagement du temps de travail, parfois sur les conditions de recours aux formes d'emploi précaire.

Le principe même d'acceptation de ce type de négociation a engendré de vifs conflits entre les organisations syndicales ou en leur sein. Selon certains, il n'est pas acceptable qu'un syndicat légitime par sa signature un recul sur des droits qui ont été antérieurement conquis par les luttes des travailleurs. Selon d'autres, il s'agit pour le syndicat de rester un acteur capable d'infléchir les choix de gestion de l'employeur et, au minimum, d'en atténuer les coûts sociaux. Certains ont nourri l'espoir d'accords « gagnant-gagnant » qui, dans le vocabulaire anglo-saxon, signifiaient le passage de l'« *adversarial bargaining* » (négociation conflictuelle) aux « *partnership agreements* » (accords de partenariat).

Pour les syndicats, un problème additionnel apparaît lorsque ces négociations se situent dans le cadre d'une stratégie de firmes multinationales qui, avec l'annonce de projets de fermetures ou de délocalisations, mettent en concurrence leurs sites de production situés dans des pays différents. Soumis à ces « concours de beauté », les différents syndicats de site risquent d'entrer dans une surenchère de concessions que chacun accepte pour retenir des activités ou attirer de nouveaux investissements de la maison-mère.

Remarquons que ces accords portent sur l'échange de contreparties de nature différente qui ne sont donc pas commensurables : il n'est pas possible d'établir un tableau comparatif quantifié de ce qui a été cédé et obtenu. Une autre difficulté tient à ce que bien souvent, en l'absence d'un dispositif paritaire de suivi, on parvient mal à identifier et à évaluer leur impact à moyen terme. Il n'est donc pas surprenant qu'au-delà même des controverses sur le principe de l'acceptation de tels accords, il existe au sein des organisations syndicales une réelle perplexité quant à l'appréciation de leurs résultats.

Quels changements apportent les accords de maintien dans l'emploi ?

Les accords de contreparties au niveau de l'entreprise sont longtemps restés peu nombreux en France, même si des exemples peuvent être trouvés dès la décennie 1980. La hiérarchie des normes, le principe de faveur et l'obligation de respecter les contrats de travail leur laissaient peu de place, sauf principalement dans le cadre des possibilités de dérogation en matière de temps de travail (voir *supra*, I.2). La situation change avec la loi du 4 mai

2004 [35], adoptée sur la base de la « position commune [36] » du 16 juillet 2001 (Souriac, 2004 ; Borenfreund *et al.*, 2005).

La loi du 4 mai 2004 dispose que l'accord d'entreprise peut comporter des dispositions moins favorables aux salariés que celles de l'accord de branche sous deux réserves. D'une part, la loi fixe quatre domaines où les dérogations sont impossibles : salaires *minima*, classifications, protection sociale complémentaire et fonds mutualisés de la formation professionnelle. D'autre part, l'accord de branche peut exclure explicitement certains thèmes de la négociation d'entreprise dérogatoire.

En règle générale, d'après cette loi, la validité des accords d'entreprise repose sur l'absence d'opposition majoritaire des syndicats non signataires [37].

Dans plusieurs domaines, la loi élargit le champ de compétence de la négociation d'entreprise en matière de dérogation à la loi (dans des cas où cette possibilité était jusqu'alors réservée aux accords de branche). Il s'agit principalement de certaines modalités des contrats de travail, de la durée du travail et de la santé et sécurité au travail.

La loi du 20 août 2008 [38] introduit la règle de validité des accords d'entreprise qui s'applique aujourd'hui : au moins 30 % de voix pour les signataires et absence d'opposition majoritaire. Alors que s'amorçait ou se déroulait la négociation de l'ANI du 11 janvier 2013, puis au cours du processus d'approbation de la loi de transposition, il est significatif qu'un certain nombre d'accords aient illustré l'ampleur des marges de liberté que le cadre juridique existant offrait déjà aux accords de contreparties sur l'emploi au niveau des entreprises [39]. Ce sont toujours des accords complexes dont nous mentionnons seulement les dispositions principales.

Un accord sur « l'adaptation des conditions de travail, la pérennisation des emplois et de développement » est signé le 26 juillet 2012 [40] pour trois ans dans la société Sevelnord (groupe Peugeot). La direction s'engage, pendant cette durée, à ne pas recourir aux PSE ; elle évoque, sans s'engager explicitement, la production d'un nouveau véhicule sur le site. Les salaires sont gelés pour 2013 et 2014 avec un éventuel rattrapage ultérieur et des engagements sur l'intéressement. Les possibilités d'allongements exceptionnels de la durée du travail et de mobilité intra-site sont élargies.

35. Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.
36. « Position commune sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective », adoptée du côté syndical par toutes les confédérations sauf la CGT.
37. Un accord de branche peut imposer la condition d'accords d'entreprise majoritaires, mais il doit pour cela être approuvé par la majorité des organisations représentatives au niveau de la branche. Comme seules la CGT et la CFDT soutiennent les accords majoritaires, cette modalité constitue une concession de forme introduite *in extremis* dans la position commune à la demande de la CFDT.
38. Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.
39. D'autres exemples sont présentés dans : « Accords de compétitivité. Le défi du maintien de l'emploi », *Entreprises et carrières*, 19-25 février 2013.
40. Accord majoritaire signé par le SPI GSEA (syndicat maison), la CGT-FO et la CFE-CGC, non signé par la CGT alors que la CFDT et la CFTC sont absentes.

Le 18 janvier 2013, face à une menace de licenciements collectifs et de mutations, un accord est signé pour l'usine de Saint-Désirat de la société Plastic Omnium Composites [41]. La direction s'engage sur un investissement pour sauver le site. Les syndicats acceptent la perte durable de trois jours de RTT et, jusqu'en 2015, d'une prime de participation ainsi qu'un gel des salaires en 2013 et une modération pour 2014.

Le 11 mars 2013, Michelin signe un accord-cadre d'entreprise « portant sur des mesures pour faire face à la baisse d'activité [42] ». Il prévoit notamment la mise en place, par accord d'établissement, d'un compte épargne-temps négatif dans les sites touchés par une chute d'activité au cours des années 2013, 2014 et 2015.

Le 13 mars 2013, Renault signe un « contrat pour une nouvelle dynamique de croissance et de développement social en France [43] ». Il s'engage, jusqu'en 2016, sur des niveaux de production et sur le maintien de tous les sites industriels et de certaines fonctions stratégiques en France au prix d'une réorganisation en pôles régionaux. L'accord programme le non-remplacement de 7 500 postes d'ici 2016, sans PSE ni plan de départs volontaires (PDV), une modération salariale provisoire et un allongement et aménagement du temps de travail.

Le 5 avril 2013, la direction du site Bosch de Rodez et l'intersyndicale Sud-CGT aboutissent à un accord [44] pour « augmenter la compétitivité de l'usine française ». Le groupe s'engage sur un volume d'investissements productifs. L'accord prévoit 112 départs en préretraite avec 22 embauches, une modération salariale pour 2014 et un système de modulation du temps de travail *via* un compteur temps collectif.

Ces exemples, qui n'ont qu'une valeur illustrative, montrent la variété des mécanismes mis en œuvre et la diversité des configurations syndicales à l'égard des accords. Ils permettent aussi d'identifier les innovations apportées par l'ANI du 11 janvier et la loi de transcription.

D'abord, les accords de contrepartie pour la défense de l'emploi étaient et demeureront possibles dans le cadre de la loi du 4 mai 2004. La loi du 20 août 2008 a seulement ajouté à la condition d'absence d'opposition majoritaire, celle que les signataires représentent au moins 30 % des suffrages.

Ensuite, les AME sont soumis à des conditions plus restrictives tant dans leurs conditions de validité (accord majoritaire) que dans leur contenu, leur durée, leurs conditions de négociation et leur suivi (voir *supra*, II.1).

En revanche, interviennent avec les AME deux éléments nouveaux qu'il faut examiner de manière plus approfondie. En premier lieu, l'introduction

41. Accord signé par les trois syndicats du site : CGT, CFDT, CFE-CGC.
42. Accord minoritaire signé par la CFDT et la CFE-CGC, non signé par la CGT et Sud.
43. Accord majoritaire signé par la CFDT, la CGT-FO et la CFE-CGC, non signé par la CGT.
44. Approuvé par la CFDT et la CFE-CGC.

d'une clause pénale modifie les conditions dans lesquelles se pose la question de l'effectivité des engagements de l'employeur en matière d'emploi (voir *infra*). En second lieu, l'exclusion des procédures de licenciement collectif face à des refus multiples de modification du contrat de travail constitue le principal avantage que le patronat ait tiré de la négociation ; nous en traiterons plus loin (voir *infra*, III.3) puisque la même solution a finalement été retenue pour les accords de mobilité interne.

La valeur des engagements sur l'emploi

La question de l'efficacité juridique des engagements sur l'emploi qui sont contenus dans un accord collectif est de longue date l'objet d'interrogations (Lyon-Caen, 1996 ; Thuderoz *et al.*, 1996:2e partie, chapitre 2 ; Souriac-Rotschild, 1997 ; Gaudu, 1998 ; Couturier, 1998 ; Gélineau-Larrivet, 1998 ; Katz, 2007 ; Souriac, Morand, 2012). En effet, ces engagements limitent le pouvoir de décision économique de l'employeur alors que ce pouvoir constitue une prérogative patronale fondamentale : dans quelle mesure l'employeur peut-il en être privé ?

Avant l'ANI, les sources d'incertitude étaient multiples. L'emploi n'est-il désigné dans l'accord (parfois dans son préambule) que comme un objectif commun des signataires ? Il n'engendre alors pour l'employeur qu'une obligation de moyens. S'agit-il au contraire d'un engagement contractuel pris par l'employeur avec une obligation de résultat ? Dans ce second cas, l'employeur peut-il s'en exonérer en invoquant la force majeure, par exemple, l'évolution imprévisible de la conjoncture économique ? S'il y a une obligation de résultat, quels sont, au plan individuel, les bénéficiaires de l'engagement et quelles sont les sanctions du non-respect ? En cas d'engagement de non-suppression d'emplois ou de non-recours au licenciement, d'éventuels salariés victimes du non-respect peuvent agir, mais qu'en est-il en cas de non-respect d'un engagement d'embauches ou de création d'emplois ? Les victimes ne peuvent être identifiées. Enfin, un licenciement en violation d'un engagement est-il nul ou seulement dépourvu de cause réelle et sérieuse, donc générateur de dommages et intérêts ? Au plan collectif, comment les syndicats signataires peuvent-ils faire sanctionner l'obligation d'exécuter les accords collectifs de façon loyale ?

Les juristes soulignaient que les sanctions n'étaient envisageables que dans le cas d'un engagement non ambigu, quantifié et pris pour une période déterminée. Le pouvoir de décision de l'employeur restait intact avec seulement le risque de dommages et intérêts pour violation d'un engagement contractuel. Le faible volume du contentieux en la matière pouvait s'interpréter comme une absence d'illusions des salariés et des syndicats sur son efficacité possible.

L'ANI innove en ce domaine pour les accords de maintien dans l'emploi en introduisant une clause pénale : les accords doivent comporter « les sanctions en cas de non-respect de celui-ci ». La loi précise que les sanctions peuvent s'appliquer quel que soit l'engagement non tenu et ne se réduisent pas au non-respect des engagements sur l'emploi : « L'accord contient une clause pénale. […] Celle-ci s'applique lorsque l'employeur n'a pas respecté ses engagements, notamment ceux de maintien de l'emploi. […] Elle donne lieu au versement de dommages et intérêts aux salariés lésés dont le montant et les modalités d'exécution sont fixés dans l'accord. » Seul le suivi des futurs accords permettra d'apprécier l'efficacité de l'introduction explicite dans la loi d'un mécanisme de sanction en cas de non-respect des engagements contractuels.

Pour conclure sur ce premier point, soulignons que le contenu de l'ANI du 11 janvier 2013 ne change rien aux termes du débat de principe qui s'est développé au sein du mouvement syndical quant à l'acceptation ou au refus de négociations qui impliquent des sacrifices sur les salaires et le temps de travail en échange d'engagements sur l'emploi. Dans la pratique, de tels accords ont été signés de longue date et les confédérations ont reconnu à leurs structures d'entreprise une large liberté d'appréciation de l'opportunité en fonction du contexte. L'ANI, dans ce cadre, pose une question nouvelle : est-il opportun, en échange d'un ensemble de règles protectrices des droits des salariés, de donner une légitimité au niveau interprofessionnel et donc peut-être une impulsion supplémentaire à des accords qu'il conviendrait, au contraire, de cantonner aux seules situations locales où ils apparaissent inévitables ?

III.2. Le périmètre des accords

L'ANI du 11 janvier 2013 et la loi de transposition renvoient toujours à l'entreprise comme lieu de négociation et de mise en œuvre des trois nouveaux types d'accords. L'indétermination de la notion d'entreprise [45] crée pour les syndicats un enjeu stratégique dans la détermination du « bon niveau » de négociation (Freyssinet, 2005).

L'indétermination de la notion d'entreprise

La notion d'entreprise est pertinente si l'on accepte l'hypothèse d'une identité entre trois définitions possibles, donc trois modes de délimitation de ses frontières :

- l'entreprise est une unité de production réunissant un ensemble de moyens de production interdépendants qui sont mis en œuvre par un collectif de travailleurs bien identifié ;

45. Pour une mise au point récente, voir l'ensemble des contributions réunies dans le dossier « Les périmètres sociaux de l'entreprise » (*Droit social*, 2012) ; voir aussi Rescourio-Gilabert (2012), Pécaut-Rivolier (2013).

- l'entreprise est un employeur, c'est-à-dire le point de jonction d'un faisceau de contrats de travail ayant d'un côté le même sujet juridique, le chef d'entreprise ;
- l'entreprise est un centre de décision sur un capital ; elle est le lieu où s'exerce le pouvoir de gestion et, en particulier, où se prennent les décisions structurantes en matière d'emploi.

Cette hypothèse d'identité est aujourd'hui radicalement invalidée par les transformations des systèmes productifs. Les disjonctions entre les collectifs de travail définis par référence soit à la notion d'employeur, soit à celle d'unité de production résultent de tous les mécanismes qui rendent possible l'existence d'une multiplicité d'employeurs au sein d'un même collectif de travail concret (par exemple, intérim, externalisation sur site, tours de bureaux…). Il n'existe pas, pour les travailleurs présents dans l'unité de production, un lien juridique avec un employeur unique, mais seulement un lien d'appartenance à un ensemble qui est soumis à une seule organisation hiérarchisée et/ou placé dans le même environnement de travail.

Les disjonctions entre les frontières définies par référence à la notion d'employeur ou à celle de centre de décision sur le capital sont devenues massives avec le développement des groupes d'entreprises et la complexification de leurs organigrammes. Dans ces cas, ce n'est en général que sur la base d'une fiction juridique qu'il est possible d'imputer à l'employeur la responsabilité des décisions majeures sur l'emploi. L'employeur (en pratique, souvent une filiale de énième rang) ne fait que prendre en charge les conséquences juridiques et sociales d'une décision adoptée, selon des critères industriels ou financiers, à un niveau supérieur de l'organigramme du groupe, souvent difficile à identifier.

La différenciation des niveaux de la négociation décentralisée ne traduit qu'imparfaitement cette situation :

- l'accord d'établissement se situe au voisinage des collectifs de travail concrets, sous réserve de l'externalisation sur site ;
- l'accord d'entreprise renvoie plutôt à l'unité d'employeur ;
- l'accord de groupe, consacré par la loi de 2004 déjà citée, se rapproche du lieu de décision sur le capital, même s'il ne couvre souvent qu'une fraction du groupe.

La question de l'emploi se pose aux trois niveaux mais avec des contenus, des marges de négociation et des rapports de force différents. Les accords récents mentionnés plus haut (voir *supra*, III.1) illustrent la variété des situations :

- l'accord Renault, d'application directe, couvre l'ensemble des activités en France [46] ;
- l'accord Michelin est un accord d'entreprise pour la France qui doit être mis en œuvre par des accords d'établissement ;
- l'accord Sevelnord ne concerne qu'une société filiale de PSA, mais, négocié avec la participation de la DRH du groupe, il a été conçu pour servir de référence à une négociation depuis lors entamée à l'échelle du groupe ;
- l'accord signé dans le cadre du groupe Bosch ne concerne que l'établissement de Rodez.

Pour les syndicats, des exigences contradictoires

Deux options extrêmes, toujours plus ou moins articulées en pratique, peuvent être distinguées.

En premier lieu, constatant la disjonction de plus en plus fréquente au sein des groupes entre d'une part, leur interlocuteur dans les négociations d'établissement ou d'entreprise (un chef d'établissement, un DRH de la société…) et, d'autre part, les détenteurs du pouvoir de décision économique (l'état-major du groupe), les syndicats ont pu juger essentiel d'imposer une négociation là où se trouve le pouvoir économique, d'où l'idée de comités de groupe et d'accords de groupe. Malgré la forte résistance initiale du côté patronal, des progrès importants ont été réalisés au niveau national, européen ou international dans la création d'instances et de procédures qui permettent l'information, la consultation et finalement parfois la négociation à l'échelle des groupes (da Costa, Rehfeldt, 2011). La difficulté tient au fait qu'il est particulièrement difficile d'établir un rapport de force à ce niveau. Il existe quelques exemples encourageants et instructifs de mobilisations multinationales coordonnées au sein d'un groupe, mais ils sont rares. Même entre les établissements français d'un groupe, il n'est pas facile bien souvent de déclencher des actions solidaires. Le niveau choisi est économiquement pertinent, mais, sauf exceptions, peu propice à la mobilisation, donc à la construction d'un rapport de force pour la négociation. Celle-ci risque alors d'exclure les enjeux stratégiques centraux. Les exemples actuels d'accords de groupe européens ou mondiaux portent surtout sur le droit à l'information et à la consultation, sur le respect des droits fondamentaux de l'OIT ou sur la responsabilité sociale de l'entreprise. Cependant, il existe aussi quelques accords intéressants sur les procédures de gestion des restructurations.

46. Mais, par exemple, l'accord n'était pas d'application directe pour une filiale de Renault, « La fonderie de Bretagne ». Sa transposition a exigé un accord spécifique signé par la CFE-CGC et, finalement, après quelques ultimes modifications, par la CGT. Cette dernière est majoritaire dans la filiale avec 80 % des voix, mais non signataire de l'accord-cadre.

En second lieu, les syndicats peuvent considérer que le niveau privilégié de l'action revendicative, du conflit et de la négociation se situe là où les solidarités concrètes, la perception immédiate d'intérêts communs, la force des réseaux sociaux engendrent des mobilisations unificatrices et durables. C'est souvent le site de production qui correspond le mieux à ces exigences, en particulier lorsque apparaissent des menaces sur l'emploi. De multiples exemples illustrent la puissance et la ténacité des capacités d'action à cette échelle, mais aussi les difficultés qu'elles rencontrent pour engendrer des solidarités autres que locales. Les résultats immédiats peuvent ne pas être négligeables, mais sont toujours sous la menace des stratégies patronales de mise en concurrence des sites.

Il ne s'agit pas, à l'évidence, de choisir entre les deux stratégies, mais de réfléchir aux conditions qui permettraient de les articuler efficacement. Par ailleurs, dans deux domaines au moins, la négociation d'entreprise sur l'emploi est confrontée à la question d'un élargissement de ses frontières.

Les décisions sur l'emploi ont souvent une répercussion directe sur la situation des sous-traitants et les syndicats ont avancé de longue date la revendication d'une négociation d'entreprise incluant la sous-traitance. L'objectif est de favoriser la prise de conscience d'intérêts communs entre des travailleurs qui participent à un même segment du processus productif, mais qui connaissent, selon leur employeur, des inégalités de statuts, de salaires et de garanties d'emploi. Il faut éviter un double danger : d'une part, les stratégies de mise en concurrence utilisées par les donneurs d'ordre pour faire pression sur les coûts salariaux et sur les conditions de travail ; d'autre part, le risque, en cas de difficultés économiques, de voir les salariés du donneur d'ordre privilégier la revendication de rapatriement de la sous-traitance aux dépens des salariés des sous-traitants. À ce jour, les syndicats n'ont guère obtenu que des déclarations d'intentions dans certains ANI (par exemple, sur la GPEC) ou certains accords de branche.

Les décisions qui concernent l'emploi dans un site productif déterminé peuvent avoir un lourd impact sur le bassin d'emploi environnant. Une coordination territoriale des négociations sur l'emploi permettrait de mettre en évidence les interdépendances et de créer des solidarités. Depuis la loi de 2004, des commissions paritaires territoriales peuvent être le lieu de négociation d'accords sur des sujets d'intérêt local. Ces accords d'un type nouveau n'ont connu à ce jour qu'un très faible développement.

Évoquer, sans autre précision, le développement de la négociation d'entreprise sur l'emploi laisse dans l'ombre une difficulté majeure : les accords d'établissement, de site, d'entreprise *stricto sensu*, de groupe (ou pour une fraction du groupe) constituent un ensemble discontinu et hétérogène, le plus souvent mal articulé, avec une délimitation incertaine des compétences des différents niveaux. Une négociation « décentralisée » sur l'emploi

n'est efficace que si elle établit une cohérence entre les contenus qui sont définis aux différents niveaux. Les décisions structurantes sur l'évolution quantitative et qualitative de l'emploi ainsi que sa localisation sont la traduction d'une stratégie économique à moyen et long terme du groupe. Elles devraient être négociées au niveau où se définit cette stratégie. La gestion des effectifs, des postes de travail, de l'organisation et de la division du travail, avec ses traductions en termes de qualifications, de compétences et de formations doit s'ancrer dans l'unité de production ou dans le site et être négociée à ce niveau. En fonction de la complexité de l'organigramme, les niveaux intermédiaires de négociation devraient assurer les articulations nécessaires. En se bornant à l'usage unique des termes « accords d'entreprise », l'ANI et la loi laissent entière une difficulté centrale posée par le développement des négociations décentralisées sur l'emploi.

III.3. Les rapports entre accord d'entreprise et contrat de travail

Dans les termes où elle était posée initialement, la négociation sur les accords compétitivité emploi introduisait une question d'importance centrale quant aux rapports entre normes juridiques. En droit du travail, un accord d'entreprise s'applique à tous les contrats de travail conclus ultérieurement. Le problème est de savoir s'il peut être appliqué aux contrats de travail en cours sans requérir l'accord des salariés concernés lorsque l'accord modifie certains éléments de leur contrat de travail. Un retour sur l'histoire est indispensable pour comprendre pourquoi le patronat et certains syndicats ont semblé lutter à fronts renversés sur ce terrain.

Incertitudes de la jurisprudence et précisions de la loi

Pour éviter de remonter trop loin dans un dossier particulièrement complexe, nous prendrons comme point de départ la jurisprudence établie en 1996 par la chambre sociale de la Cour de cassation (Pélissier, 2005). Elle distingue entre les décisions de l'employeur selon qu'elles modifient le contrat de travail et donc supposent l'accord du salarié [47] ou qu'elles ne modifient que les conditions de travail et relèvent alors du pouvoir de décision de l'employeur [48]. La frontière entre les deux catégories est progressivement précisée par la Cour. Si des changements de la rémunération ou de la durée du travail constituent à coup sûr des modifications du contrat, la position est moins tranchée quant aux changements apportés dans les horaires de travail. Un passage au travail du dimanche, au travail de nuit, à la modulation des horaires sur une base hebdomadaire ou annuelle constitue une modification du contrat. Tel n'est pas le cas pour une réorganisation des horaires de travail dans le cadre de la journée, « sauf atteinte excessive

47. Si le salarié refuse, l'employeur doit s'incliner ou licencier et, dans ce cas, établir l'existence d'une cause réelle et sérieuse.
48. Le refus du salarié peut alors justifier son licenciement pour faute.

au droit du salarié au respect de sa vie personnelle et familiale ou à son droit au repos ». D'autres types de modifications ont fait l'objet de décisions jurisprudentielles, par exemple celle du lieu de travail ou de la cadence de travail. En pratique, avec ou sans accord d'entreprise, une modification des horaires de travail par l'employeur engendre pour ce dernier une incertitude sur la qualification qui serait adoptée par les juges si survenait un litige créé par un refus d'acceptation d'un ou plusieurs salariés. Deux dispositions législatives ont été adoptées pour limiter ce risque.

D'abord, la deuxième loi Aubry édicte, contrairement à l'état du droit et de la jurisprudence à l'époque, que la seule diminution de la durée du travail par un accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail, mais une simple modification des conditions de travail. En cas de refus par un salarié, celui-ci peut être l'objet d'un licenciement pour faute.

Ensuite, alors que les négociations sur les accords compétitivité emploi (voir *supra*, II.1) venaient de s'ouvrir, le Parlement adopte, le 29 février 2012, une loi dite Warsman, du nom du député UMP qui en a été le promoteur. L'une de ses dispositions porte sur la modulation du temps de travail : « La mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année prévue par un accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail. » Le Conseil constitutionnel a validé ce point : « Le législateur a entendu conforter les accords collectifs relatifs à la modulation du temps de travail destinés à permettre l'adaptation du temps de travail des salariés aux évolutions des rythmes de production de l'entreprise. Cette possibilité de répartition des horaires de travail sans obtenir l'accord préalable de chaque salarié est subordonnée à l'existence d'un accord collectif applicable à l'entreprise permettant une telle modulation. » De ce fait, « l'article 45 de la loi déférée ne porte pas atteinte à la liberté contractuelle. »

Une offensive patronale persistante

De longue date, le Medef a tenté, soit en prenant appui sur certains rapports officiels, soit dans le cadre de la négociation interprofessionnelle, de desserrer la contrainte juridique qui pèse sur les modifications du contrat de travail, en particulier de la durée et des horaires de travail.

Remis le 4 mars 2004, le rapport de la Commission présidée par Michel de Virville recommande, pour sécuriser les utilisateurs, de codifier l'état de la jurisprudence sur la modification du contrat de travail (Virville, 2004). Dans sa proposition n° 14, il n'inclut pas l'organisation du temps de travail parmi les éléments constitutifs du contrat de travail : « La commission préconise […] que soient définis par la loi les éléments qui doivent obligatoirement figurer dans le contrat de travail, à savoir la nature du contrat, la qualification, les éléments garantis de la rémunération, le secteur géographique,

la durée du travail (au sens du volume de la prestation) et que soit expressément précisé le fait que ces éléments ne peuvent être modifiés sans l'accord exprès du salarié. » Le Medef approuve les orientations du rapport de Virville sur ce point en ajoutant une précision importante : « L'absence de réponse du salarié dans un délai d'un mois doit valoir dans tous les cas acceptation de la modification proposée » (Medef, 2004).

Au dernier trimestre 2007, lors de la négociation de l'accord sur « la modernisation du marché du travail », la question est introduite à la demande du Medef (Freyssinet, 2007), mais ce n'est que dans le quatrième avant-projet d'accord qu'apparaît une formulation précise : « Seuls sont considérés comme contractuels, sauf volonté expresse des parties : le lieu de travail, la fonction ou l'objet du contrat, la durée de travail (lorsqu'elle ne résulte pas de l'horaire collectif) ». Le cinquième avant-projet ajoute la rémunération et supprime le lieu de travail parmi les éléments contractuels. Les réticences syndicales font que le texte final de l'accord renvoie à plus tard l'examen de la question : « Par ailleurs, le contrat de travail doit déterminer ceux de ses éléments qui ne pourront être modifiés sans l'accord du salarié. Afin d'atteindre l'objectif de pouvoir déterminer, *a priori* et de manière limitative, les éléments qui doivent toujours être considérés comme contractuels, les parties signataires conviennent de l'ouverture d'une réflexion dans les plus brefs délais » (article 11).

Il semble qu'aucune suite n'ait été donnée à cette résolution commune, mais, s'agissant du temps de travail, le Medef a réaffirmé ultérieurement sa volonté de faire prévaloir l'accord collectif sur le contrat de travail : « La fixation de la durée effective du travail et son organisation devraient […] relever exclusivement de l'accord collectif ou, à défaut, du contrat de travail. En d'autres termes les durées et les modalités d'organisation fixées par accord collectif, quand il existe, devraient s'imposer au contrat de travail » (Medef, 2007).

Des positions syndicales paradoxales ?

Que l'accord collectif s'impose au contrat de travail semble refléter la position historique des syndicats. Ceux-ci se sont longtemps heurtés aux principes du droit civil qui énonce la fiction d'un contrat de travail négocié entre deux sujets libres et égaux. Le contrat est alors la loi des parties et ne peut être modifié que par elles et d'un commun accord. Lorsque les premiers accords collectifs furent signés, à la fin du XIX^{e} siècle, il a fallu leur trouver une légitimité dans le droit civil, en un temps où l'autonomie (partielle) du droit du travail n'était pas reconnue. On a invoqué, par exemple, la théorie du mandat : le mandat est supposé donné par les individus concernés aux organisations qui les représentent. L'accord ne s'impose donc qu'aux membres de l'organisation. Comme tout mandat est

révocable, un salarié ou un employeur qui rejette l'accord ou qui démissionne de l'organisation ne serait plus tenu par ses dispositions. Un combat séculaire des syndicats a visé à imposer l'accord collectif comme la loi de la profession et à lui soumettre les contrats de travail individuels. Il peut paraître surprenant aujourd'hui de voir certains syndicats rejeter l'idée qu'un accord puisse s'imposer aux contrats de travail ; ils doivent pour cela en appeler aux principes généraux du contrat, qui sont issus du droit civil, alors que tout le droit du travail s'est construit dans un effort de libération à l'égard de la domination exercée par le droit civil.

Le paradoxe s'éclaire par les transformations du contexte et du contenu de la négociation collective.

Pour les syndicats, surtout à partir de 1936, la loi de la profession devait être la convention collective de branche. Dans ce cadre, l'accord d'entreprise et le contrat de travail respectaient le principe de faveur (Jeammaud, 1999). Le développement de la négociation d'entreprise sur l'emploi a suscité parmi les organisations syndicales des réactions variées, souvent méfiantes, dans la crainte que des rapports de force locaux défavorables entraînent des reculs et la mise en concurrence des salariés avec une amplification des inégalités.

Ce sentiment s'est accru lorsque l'entreprise est devenue le lieu privilégié de développement des accords dérogatoires, puis marginalement du principe de subsidiarité. Si, dans une logique de concessions réciproques, l'accord collectif peut consacrer le recul de certains droits, ne serait-ce que pour certaines catégories de salariés, alors l'exigence de l'acceptation individuelle de toute modification du contrat de travail peut devenir un mécanisme protecteur.

On mesure ainsi la profondeur des difficultés auxquelles se heurtent les syndicats : craignant des régressions engendrées par des accords d'entreprise, même s'ils ont été régulièrement conclus, même s'ils sont majoritaires, ils invoquent comme ultime protection le droit civil et sa théorie du contrat. Le débat est ouvert sur la pertinence respective de cette stratégie « civiliste » ou de celle qui, continuant à privilégier l'accord collectif, ferait porter l'action sur les garanties de légitimité des signataires, de loyauté et de transparence des procédures dans la négociation d'accords d'entreprise ainsi que sur la définition des caractéristiques et des champs de compétence respectifs des accords interprofessionnels, de branche ou d'entreprise (Barthélémy, Cette, 2013).

Deux compromis dans l'ANI dont l'un rejeté par la loi

Si la question des rapports entre les accords d'entreprise et les contrats de travail a constitué un point de clivage central dans la négociation de l'ANI, la nature du débat a finalement été limitée à la qualification des

ruptures qui résulteraient du refus par un ou plusieurs salariés de la modification de leur contrat de travail du fait de l'accord.

Comme nous l'avons vu (voir *supra*, II.1), la négociation portant sur les « accords compétitivité emploi » est partie, en cas de refus du salarié, de la notion de licenciement *sui generis* « réputé reposer sur une cause réelle et sérieuse » et de « nature non économique ». Elle a abouti dans l'ANI, en ce qui concerne les accords de maintien dans l'emploi, à une qualification de licenciement économique qui ne libère l'entreprise que des obligations résultant « d'un licenciement collectif pour motif économique ». La loi, quant à elle, dispose que, pour les salariés qui refusent, « leur licenciement repose sur un motif économique, est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique ». S'agissant des accords de mobilité interne, l'ANI prévoit que le refus du salarié entraîne un licenciement pour motif personnel et non pour motif économique. À l'opposé, la loi adopte la même formulation que celle qui s'applique aux accords de maintien dans l'emploi.

Finalement, dans les deux cas (AME et AMI), l'avantage majeur pour l'employeur réside dans l'évitement des obligations associées aux licenciements collectifs. En revanche, il n'apparaîtrait plus, à première vue, de modifications dans la nature des rapports entre accord d'entreprise et contrat de travail. Les analyses des juristes révèlent une situation plus complexe chargée d'incertitudes [49]. Il est clair que la qualification de licenciement pour motif personnel a été écartée en cas de refus du salarié. En revanche, on ne peut ignorer le risque que l'existence d'un accord (en particulier d'un accord majoritaire dans les cas des AME) soit interprétée comme une cause suffisante de justification du licenciement économique sans que les tribunaux s'imposent d'examiner dans les litiges individuels l'existence d'une cause réelle et sérieuse.

Après avoir analysé les différentes modalités d'« effacement » ou d'« écrasement » du contrat de travail qui sont repérables dans diverses dispositions de l'ANI, Géa souligne que ce mouvement participe d'un changement de modèle de droit du travail : « À la décontractualisation individuelle répond une forme de recontractualisation au niveau collectif […] ; l'écrasement du contrat de travail passe par la conclusion d'un acte collectif négocié » (Géa, 2013a). Le diagnostic du juriste renvoie donc les organisations syndicales à la question posée plus haut : sans ignorer les choix d'opportunité que peut imposer la conjoncture, l'objectif stratégique est-il de défendre le contrat de travail individuel contre l'accord collectif (en l'occurrence, l'accord d'entreprise dérogatoire) ou est-il de construire des garanties de légitimité, de loyauté, d'équilibre des ressources et d'articulation

49. Voir, par exemple, Borenfreund (2013), avec des références à de nombreuses contributions de juristes sur cette question.

hiérarchisée pour la négociation et la signature d'accords collectifs à différents niveaux ?

Conclusion

L'ANI du 11 janvier 2013 s'inscrit dans une triple dynamique : celle de la coproduction des normes, celle de la décentralisation de la négociation collective, celle des accords de contreparties sur l'emploi. En ayant conscience de l'incertitude qui s'attache à l'effectivité future d'un accord aussi complexe et conflictuel, il peut être utile de s'interroger sur les éléments de continuité, sur les inflexions et, éventuellement, sur les ruptures que cet accord est susceptible d'introduire dans ces trois domaines.

En premier lieu, les procédures de coproduction des normes interprofessionnelles, parfois qualifiées de « loi négociée », ont une assez longue histoire en France. Après l'expérience pionnière de l'indemnisation du chômage, depuis 1958, elles ont été consacrées par le projet de Protocole de Grenelle (27 mai 1968). Si elles ont trouvé leur illustration principale dans le domaine de la formation professionnelle continue, elles se sont ensuite étendues à divers autres aspects de la relation d'emploi. En 2007, la loi Larcher [50] a défini les règles d'articulation entre ANI et loi.

Si l'ANI du 11 janvier 2013 et la loi de transcription se situent dans ce cadre légal, ils démontrent une nouvelle fois que celui-ci ne peut se réduire à une simple technique de délégation de pouvoir aux négociateurs qui serait suivie de ratification législative (Couturier, Akandji-Kombé, 2013). Le projet a été inscrit dans l'agenda social au terme d'une procédure de concertation tripartite (« grande conférence sociale ») ; le document d'orientation gouvernemental a encadré de manière précise et détaillée la négociation après avoir été mis au point lors de dialogues bilatéraux avec les organisations patronales et syndicales ; les pressions que le gouvernement a été supposé exercer pendant la négociation ont suscité les protestations de certaines organisations ; la mise au point du projet de loi s'est accompagnée d'un dialogue serré entre le gouvernement et les organisations (signataires ou non) ; il en a été ensuite de même avec les groupes parlementaires lors du vote de la loi. La loi est loin d'être une simple transcription de l'accord. Tout au long du processus sont intervenus en permanence, tantôt officiellement, tantôt officieusement, trois groupes d'acteurs eux-mêmes hétérogènes : patronat, syndicats et pouvoirs publics. Rien ne confirme la perspective d'une régulation autonome de la sphère sociale par les « partenaires sociaux ».

Un élément nouveau est apparu à cette occasion : le calendrier de mise en œuvre de la loi sur la représentativité ouvrait la possibilité (le risque ?)

50. Loi du 31 janvier 2007 sur la modernisation du dialogue social.

d'un ANI qui aurait été valide selon les règles en vigueur au moment de sa signature, mais qui ne l'aurait pas été avec les règles nouvelles dont l'application était imminente. Les scores de représentativité rendus publics avant le vote de la loi ont libéré le gouvernement et les parlementaires d'un débat difficile sur la légitimité de l'accord.

En second lieu, le mouvement de décentralisation de la négociation collective, sensible depuis le début de la décennie 1980, est incontestablement favorisé par l'ANI du 11 janvier 2013, en particulier dans le domaine de la gestion de l'emploi. Cependant ce mouvement s'insère dans une logique plus complexe.

L'ANI ne modifie pas les rapports entre les différents niveaux d'accords collectifs qui restent soumis aux règles fixées par la loi de 2004. Dans ce cadre, les dispositions de l'ANI relatives aux accords d'entreprise sur l'emploi s'imposent à ces derniers selon le principe classique de hiérarchie des normes conventionnelles.

Si le rôle des accords d'entreprise est potentiellement renforcé, c'est parce qu'ils ouvrent de nouvelles possibilités de dérogation à la loi dans le domaine des licenciements : pseudo-licenciements pour motif personnel dans le cas des accords de mobilité interne (dérogation ensuite exclue par la loi de transcription), pseudo-licenciements économiques individuels dans le cas des accords de maintien dans l'emploi, accords de dérogation aux procédures de licenciement collectif (sous réserve de la validation par l'administration du travail qui a été introduite par la loi).

Enfin, dans deux cas sur trois, la dérogation est conditionnée à une signature majoritaire, ce qui renforce la légitimé de l'accord, mais rend plus difficile sa conclusion.

En dernier lieu, l'ANI du 11 janvier 2013 marque une deuxième étape du développement des accords interprofessionnels multidimensionnels dans le domaine de l'emploi. Après l'échec des négociations dites de flexibilité en 1984, il avait fallu attendre le 11 janvier 2008 pour que soit signé le premier accord de ce type (ANI sur la modernisation du marché du travail). Cinq ans plus tard, la même logique est à l'œuvre, mais les enjeux sont transformés par le contexte économique.

Au premier trimestre 2008, le taux de chômage atteint un minimum de 6,8 % et les prévisions annoncent sa baisse. Cette tendance, combinée au vieillissement de la population active, fait craindre un accroissement durable des pénuries de qualification et des difficultés de recrutement. La négociation se déroule dans un contexte où la priorité pour le patronat est de créer ou d'assouplir des dispositifs permettant d'accélérer les mouvements de réallocation de la main-d'œuvre tandis que les syndicats privilégient en contrepartie des garanties sur la sécurisation des mobilités.

Ces préoccupations sont toujours présentes lors de la négociation de l'ANI de 2013, mais dans un contexte où quatre années d'une crise économique à durée indéterminée font craindre des *maxima* historiques pour le taux de chômage, tandis que le ralentissement de la productivité laisse prévoir une accélération des rationalisations et des restructurations productives. La pression de la conjoncture crée une fenêtre d'opportunité pour promouvoir des réformes dites structurelles du marché du travail. Il n'est donc pas surprenant que, sur le volet de l'accord qui concerne la gestion de l'emploi, les affrontements se soient polarisés autour des règles du licenciement.

L'élément nouveau, même si les accords de méthode constituaient un modeste précédent en la matière, est que la gestion de l'emploi, qui relevait historiquement d'une logique d'information et de consultation des instances élues de représentation, est désormais potentiellement transférée dans la sphère de la négociation collective. Les responsabilités des syndicats, dans tous les sens du terme, s'en trouveraient considérablement accrues. L'élément inchangé est le refus patronal de toute négociation qui porterait sur la gestion de l'entreprise, domaine réservé de l'employeur. L'élément d'incertitude porte sur la question de savoir si la multiplication des négociations sur les modalités et les conséquences de la gestion de l'emploi dans l'entreprise, accompagnée dans l'ANI par un élargissement des différents moyens d'intervention des représentants des salariés, n'entraînera pas inéluctablement l'ouverture d'un débat explicite sur la stratégie globale de l'entreprise, donc une intervention des syndicats dans la gestion.

Références bibliographiques

Barthélemy J., Cette G. (2013), « Pour une nouvelle articulation des normes en droit du travail », *Droit social*, n° 1, janvier, p. 17-23.

Bélanger J., Thuderoz C. (1998), « La recodification de la relation d'emploi », *Revue française de sociologie*, vol. 39, n° 3, p. 469-494.

Béthoux É., Jobert A. (2012), « L'emploi en débat ? Dynamiques de l'action syndicale dans les entreprises en restructuration », *La Revue de l'IRES*, n° 72, p. 115-144.

Béthoux É., Jobert A. (2013), « Négocier sur l'emploi pour le sécuriser ? L'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 en perspectives », *Recherche socialiste*, n° 62-63, p. 129-146.

Béthoux É., Jobert A., Surubaru A. (2011), *Quel renouvellement de l'action syndicale sur l'emploi ?*, IRES, Agence d'objectifs, Rapport de recherche pour la CFDT.

Béthoux É., Jobert A., Surubaru A. (2014), « Négocier sur l'emploi dans l'entreprise : la CFDT et le renouvellement de l'action syndicale », *in* Béthoux É, Koster J.-V., Monchatre S., Rey F., Tallard M., Vincent C. (dir.), *Emploi, formation, compétences : les régulations de l'action salariale en questions*, Toulouse, Octarès, à paraître.

Borenfreund G. (2013), « Le refus du salarié face aux accords collectifs de maintien de l'emploi et de mobilité interne. De l'ANI du 11 janvier 2013 à la loi », *Revue de droit du travail*, mai, p. 316-325.

Borenfreund G., Lyon-Caen A., Souriac M.-A., Vacarie I. (dir.) (2005), *La négociation collective à l'heure des révisions*, Paris, Dalloz.

Braun A. (2013), « Accord de maintien de l'emploi : et pourtant, ils signent… », *Semaine sociale Lamy*, n° 1592, 8 juillet.

Caigny (de) P. (2001), « L'employeur seul juge du choix économique », *Droit social*, n° 2, février, p. 126-134.

Couturier G. (1998), « La méconnaissance d'un engagement de maintien de l'emploi », *Droit social*, n° 4, avril, p. 375-379.

Couturier G., Akandji-Kombé J.-F. (2013), *Compétitivité des entreprises et sécurisation de l'emploi. Le passage de l'accord à la loi*, Paris, IRJS Éditions.

da Costa I., Rehfeldt U. (2011), « Les négociations collectives transnationales : dynamique des accords-cadres européens et mondiaux », *La Revue de l'IRES*, n° 71, p. 115-146.

DGEFP-DGT (2013), *Instruction DGEFP/DGT n° 2013/13 du 19 juillet 2013 relative à la mise en œuvre de la procédure sur le licenciement économique collectif.*

Droit social (2012), Dossier : « Les périmètres sociaux de l'entreprise », n° 11-12, p. 974-1013.

Droit social (2013), Dossier : « Loi relative à la sécurisation de l'emploi », n° 9, p. 662-739.

Fabre A. (2009), « Panorama critique de la négociation collective sur l'emploi », *in* Gomel B., Méda D., Serverin E. (dir.), *L'emploi en ruptures*, Paris, Dalloz, p. 249-260.

Fabre A. (2011), *Le contenu des accords collectifs de gestion de l'emploi*, IRES, Agence d'objectifs, Rapport de recherche pour la CFE-CGC.

Freyssinet J. (2005), « Quels acteurs et quels niveaux pertinents de représentation dans un système productif en restructuration ? », *La Revue de l'IRES*, n° 47, p. 319-336.

Freyssinet J. (2007), « L'accord du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail : un avenir incertain », *La Revue de l'IRES*, n° 54, p. 3-39.

Freyssinet J. (2010), *Négocier l'emploi. 50 ans de négociations interprofessionnelles sur l'emploi et la formation*, Paris, Éditions Liaisons.

Freyssinet J. (2012), « Les accords d'entreprise compétitivité-emploi : En attendant la reprise des négociations », *Cahiers Lasaire*, n° 46, note 3, p. 49-60.

Freyssinet J. (2013), « La "feuille de route" sociale, le dialogue social et l'emploi : un premier bilan au début de 2013 », *Note Lasaire*, n° 29, février.

Gaudu F. (1998), « Le contrôle de l'exécution des engagements en matière d'emploi », *Droit social*, n° 4, avril, p. 367-374.

Géa F. (2013a), « Vers un nouveau modèle de droit du travail ? À propos de l'ANI du 11 janvier 2013 », *Semaine sociale Lamy*, n° 1569, 28 janvier.

Géa F. (2013b), « Le droit du licenciement économique à l'épreuve de la sécurisation de l'emploi », *Droit social*, n° 3, mars, p. 210-222.

Gélineau-Larrivet G. (1998), « Quelques observations sur le respect des engagements en matière d'emploi », *Droit social*, n° 4, avril, p. 380-381.

Institut de l'entreprise (2013), *Dialogue social : l'âge de raison. Faire du dialogue social un levier de performance*, Policy Paper, mars.

Jeammaud A. (1999), « Le principe de faveur, enquête sur une règle émergente », *Droit social*, n° 2, février, p. 115-124.

Jobert A. (2013), « La négociation d'entreprise dans la crise : innovations institutionnelles et sociales », *Droit social*, n° 4, avril, p. 332-338.

Katz T. (2007), *La négociation collective et l'emploi*, Paris, LGDJ.

Legrand H.-J. (2013), « Les accords collectifs de "maintien dans l'emploi" : entre "deux frontières" de la négociation collective », *Droit social*, n° 3, mars, p. 245-249.

Lyon-Caen A. (1996), « Le maintien de l'emploi », *Droit social*, n° 7-8, juillet-août, p. 655-659.

Lyon-Caen A. (1998), « L'emploi comme objet de la négociation collective », *Droit social*, n° 4, avril, p. 316-320.

Medef (2004), *Moderniser le Code du travail. Les 44 propositions du Medef*, Paris.

Medef (dir. Parisot L.) (2007), *Besoin d'air*, Paris, Éditions du Seuil.

Morin M.-L. (2009), « L'office du juge : l'exemple du contrôle de la cause économique du licenciement, *in* Gomel B., Méda D., Serverin E. (dir.), *L'emploi en ruptures*, Paris, Dalloz, p. 155-170.

Morin M.-L., de Terssac G., Thoemmes J. (1998), « La négociation du temps de travail : l'emploi en jeu », *Sociologie du travail*, n° 2, p. 191-207.

Naboulet A. (2011), *Que recouvre la négociation collective d'entreprise en France ? Un panorama des acteurs des textes et des thématiques entre 2005 et 2008*, Dares, Document d'études, n° 163.

Naboulet A. (2013), « Les obligations et incitations portant sur la négociation collective », in *La négociation collective en 2012*, Paris, La documentation française, dossier n° 2, p. 559-580.

OCDE (1994), *L'étude de l'OCDE sur l'emploi*, Paris.

Pécaut-Rivolier L. (2013), « La détermination des unités de représentation », *Droit social*, n° 4, avril, p. 316-322.

Pélissier J. (2005), « La détermination des éléments du contrat de travail, *Droit ouvrier*, n° 680, mars, p. 92-97.

Ray J.-E. (2013), « Une mue salutaire, pour que la France épouse son temps », *Droit social*, n° 9, septembre, p. 664-672.

Rescourio-Gilabert M. (2012), *Réussir le déploiement des accords collectifs d'entreprise*, Entreprise et personnel, étude n° 308.

Revue de droit du travail (2013), « Regards sur l'ANI du 11 janvier 2013 », n° 3, mars, p. 162-223.

Savatier J. (1982), « Pouvoir patrimonial et direction des personnes », *Droit social*, n° 1, janvier, p. 1-10.

Semaine sociale Lamy (2013), « Loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 », n° 1592, 8 juillet.

Sisson K., Martin Artiles A. (2000), *Handling Restructuring. Collective Agreements on Employment and Competitiveness*, Dublin, Eurofound.

Souriac M.-A. (2004), « L'articulation des niveaux de négociation », *Droit social*, n° 6, juin, p. 579-589.

Souriac-Rotschild M.-A. (1997), « Engagements et arrangements sur l'emploi : quelle efficacité juridique ? », *Droit social*, n° 12, décembre, p. 1061-1069.

Souriac M.-A., Morand M. (2012), « Controverse : Accords de compétitivité : quels engagements sur l'emploi ? », *Revue de droit du travail*, avril, p. 194-199.

Thuderoz C. (dir.), Bélanger J., Lamotte B., Mériaux O., Quintero N., Souriac M.-A., Trompette P. (1996), *L'emploi et sa négociation dans l'entreprise*, CRISTO (Grenoble II), Département de relations industrielles (Université Laval), IREPD (Grenoble II), IRERP (Paris X), CERAT (IEP Grenoble), Rapport de recherche pour le Commissariat général du plan et le CNRS, novembre.

Virville (de) M. (2004), *Pour un Code du travail plus efficace*, Rapport au ministre des Affaires sociales, de l'Emploi et de la Solidarité, Paris, La documentation française.