



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

BANQUE DES MEMOIRES

Master 2 de droit social

Dirigé par Madame le Professeur Françoise Favennec

2019

***Les alternatives au licenciement collectif
pour motif économique :
la voie de l'accord d'entreprise***

Léa CRAMAZOU

Sous la direction de Madame le Professeur Françoise Favennec

Remerciements

Je tiens à exprimer mes plus vifs remerciements à Madame le Professeur Françoise Favennec, pour ses précieux conseils et son écoute bienveillante. Au-delà du mémoire, je la remercie pour toute cette année passée au sein de son Master II, qui a été d'une grande richesse intellectuelle.

Je remercie Madame Louise Michelin, directrice des ressources humaines du groupe Photonis, pour l'éclairage pratique qu'elle m'a apporté. Grâce à elle, j'ai pu mieux comprendre les enjeux humains des différents instruments juridiques.

Je remercie également Maître Virigile Zeimet, avocat au sein du cabinet Chassany Watrelot & Associés, pour avoir partagé son expertise sur les restructurations d'entreprise.

Je remercie mes parents, pour leur soutien indéfectible et leur gentillesse, sans qui ce mémoire n'aurait pas été possible. Je remercie tout particulièrement mon père, fidèle relecteur, et correcteur aussi attentif que bienveillant.

Pour finir, je remercie Clément Duchemin, ami et camarade de promotion, pour nos multiples échanges sur nos sujets de mémoires respectifs, qui ont grandement contribué à enrichir ma réflexion.

Liste des abréviations

al.	alinéa
AP	Assemblée plénière
Art.	Article
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
CA	Cour d'appel
<i>Contra</i>	position contraire
CSE	Comité social et économique
CSS	Code de la sécurité sociale
DGT	Direction générale du travail
DIRECCTE	Direction des Entreprises, de la Concurrence, de la Consommation, du Travail et de l'Emploi
éd.	édition
GPEC	Gestion prévisionnelle des emplois et des compétences
<i>Ibid.</i>	Au même endroit
<i>JCP S</i>	La Semaine juridique Social
JOFR	Journal officiel de la République Française
OIT	Organisation internationale du travail
p.	page
préc.	précité
PDV	Plan de départs volontaires
Q/R	Questions réponses du Gouvernement sur la RCC
RCC	Rupture conventionnelle collective
RJS	Revue de jurisprudence sociale
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
SSL	Semaine Sociale Lamy
RDT	Revue trimestrielle de droit social
TGI	Tribunal de grande instance
v.	voir

*« Le droit du travail est [...] en train de donner corps à un nouvel adage : “**qui dit conventionnel dit juste**” ! Suspecte dans les rapports individuels, la volonté devient légitime, presque intouchable, lorsqu'elle est collective. »¹*

¹ P. LOKIEC, « “Qui dit conventionnel dit juste !” L'avènement d'un nouveau dogme », *JCP S*, 2015, p. 129

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS	1
LISTE DES ABREVIATIONS	2
SOMMAIRE	4
INTRODUCTION	5

PARTIE 1 : L'IDENTIFICATION DES ALTERNATIVES 16

CHAP. 1 : L'aménagement de la relation de travail 16

Section I. L'aménagement proposé aux salariés 17

Section II. L'aménagement imposé aux salariés 27

CHAP. 2 : La rupture amiable de la relation de travail 45

Section I. Un dispositif sécurisé : la rupture conventionnelle collective 45

Section II. Un dispositif renouvelé : le congé de mobilité 68

PARTIE 2 : LA DYNAMIQUE DES ALTERNATIVES 76

CHAP. 1 : La place centrale de l'accord collectif 76

Section I. Le recours à l'accord collectif 76

Section II. La résistance à l'accord collectif 92

CHAP. 2 : L'éviction du licenciement pour motif économique 108

Section I. En droit positif : l'émergence d'un régime autonome 108

Section II. En droit prospectif : la disparition à terme du licenciement pour motif économique ? 123

CONCLUSION 128

ANNEXES 0

BIBLIOGRAPHIE 0

TABLES DES MATIERES 11

INTRODUCTION

1. De nouveaux outils de restructuration. Carrefour, PSA, la Société Générale, ou encore IBM...² Nombreuses sont les entreprises à s'être emparées de la « *rupture conventionnelle collective* » (RCC), nouvel outil de gestion de l'emploi créé par les Ordonnances du 22 septembre 2017³. Forme sécurisée du plan de départs volontaires (PDV), elle s'ajoute à toute une palette d'alternatives au *licenciement collectif pour motif économique*. Qu'il s'agisse de l'ancien accord de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC) ou du nouvel accord de performance collective, l'employeur dispose désormais d'un large choix pour adapter son effectif par accord collectif.

L'exemple du groupe Carrefour est, à ce titre, particulièrement éclairant. Confronté au déclin du modèle de l'hypermarché, cette enseigne française cherche aujourd'hui à s'imposer sur le marché du e-commerce alimentaire⁴. Sur le plan social, cette stratégie se traduit par l'adaptation des effectifs aux secteurs du numérique, et par d'inévitables suppressions d'emplois dans le secteur des hypermarchés. Dans cette perspective, le groupe Carrefour a conclu, le 12 mars 2019, un accord de *GPEC* pour favoriser la mobilité interne et la formation des salariés⁵. Le 15 mai 2019, il a mis en place une *RCC* proposant 3 000 départs volontaires aux salariés, dans l'optique de supprimer au moins 1 200 emplois⁶. Ainsi a-t-il pu éviter le recours au *licenciement collectif pour motif économique*, dont la procédure contraignante et l'effet traumatisant sont particulièrement problématiques⁷. Cet exemple met en lumière l'utilité des nouvelles formes de restructuration négociées, mises au service d'une stratégie d'entreprise à long terme.

² « La flexibilité des RCC a un prix », *Challenges*, 18/04/2019

³ Ordonnance du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, n°2017-1387, JORF n°0223 du 23 septembre 2019

⁴ Dossier « La rupture conventionnelle collective », *Liaisons sociales quotidien*, 15/03/2018

⁵ <https://www.lsa-conso.fr/alexandre-bompard-devoile-la-strategie-digitale-a-5-ans-de-carrefour-analyse,278352>

⁶ « Le groupe Carrefour consolide sa politique de GPEC », *Liaisons sociales Quotidien*, 23/05/2019

⁷ S. DUMAS et M. LE ROY « Rupture conventionnelle collective : un hybride vraiment séduisant ? », *Les cahiers du DRH*, 2017, n°247

2. Précisions terminologiques. Utilisée par la doctrine, la formule d'« *alternatives au licenciement collectif pour motif économique* »⁸ est absente du Code du travail. Elle mérite donc quelques précisions.

Le terme « **alternative** » fait référence à l'existence d'un *choix entre deux possibilités*⁹. Plus précisément, si l'on en revient à son étymologie¹⁰, il s'agit de l'*autre choix*, mettant en lumière l'existence d'une autre voie. Utilisé en matière de restructuration, le terme n'est pas neutre. Il montre que l'employeur, détenteur du pouvoir de gestion et donc acteur du choix, dispose d'une autre possibilité que la traditionnelle voie du *licenciement collectif pour motif économique*.

De manière générale, le **licenciement pour motif économique** renvoie à la *rupture unilatérale du contrat de travail par l'employeur*¹¹ pour un motif *non inhérent à la personne du salarié*¹². Il se différencie donc du licenciement pour motif personnel, intimement lié à la personne même du salarié (par exemple, parce qu'il a commis une faute)¹³. Strictement encadré par le Code du travail, le licenciement pour motif économique doit, en outre, répondre à l'un des quatre cas prévus par l'article L 1233-3 du Code du travail. Ainsi ne peut-il être déclenché qu'en cas de « *difficultés économiques* », de « *mutations technologiques* », de « *réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité* » ou de « *cessation d'activité* ». Il doit, par ailleurs, respecter une procédure particulière, variant selon le nombre de suppression d'emplois envisagé. C'est la raison pour laquelle on distingue les licenciements pour motif économique « *individuels* » - portant sur un seul salarié - et les licenciements « *collectifs* » - portant sur plusieurs salariés. Au sein de cette deuxième catégorie, une procédure spéciale est prévue pour les « **grands** » **licenciements collectifs**, portant sur plus de dix salariés. L'employeur est alors obligé de mettre en place un « Plan de sauvegarde de l'emploi » (PSE), destiné à offrir un véritable accompagnement aux salariés licenciés. Or, c'est justement à cette procédure particulièrement contraignante que répondent, en pratique, les alternatives au licenciement collectif pour motif économique.

⁸ Ex : S. PÉLICIER-LOEVENBRUCK et C. DUMEL, « Le nouveau paysage des dispositifs d'adaptation de l'emploi alternatifs au PSE », *SSL*, 2018, n°1800 : parle d'« *alternatives au licenciement collectif pour motif économique* »

⁹ <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/alternative/2568>

¹⁰ « Alternative » vient de « *alter* », ce qui signifie « autre » en latin

¹¹ F. FAVENNEC et P-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2018

¹² Art. L 1233-3 du Code du travail

¹³ G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 32^{ème} éd., 2019

Que faut-il entendre au juste par « **alternative au licenciement collectif pour motif économique** » ? Il s'agit de toutes les mesures destinées à éviter les départs *contraints* de salariés pour motif économique¹⁴. Cela correspond donc aux mesures destinées à *adapter plutôt qu'à rompre* la relation de travail¹⁵, et à celles destinées à *rompre la relation de travail en commun accord avec le salarié*, ce qui correspond à la pratique des « départs volontaires »¹⁶. Comme nous nous intéressons uniquement aux alternatives *négociées* au licenciement collectif pour motif économique, qui plus est par voie d'*accord d'entreprise*, un travail de délimitation s'impose.

3. Délimitation du sujet. L'essor d'alternatives au PSE s'explique par la montée en puissance de la négociation d'entreprise¹⁷, définie comme la négociation entre l'employeur et les syndicats représentatifs des salariés au niveau de l'entreprise¹⁸. C'est la raison pour laquelle nous avons limité notre champ d'étude aux seules alternatives *négociées par voie d'accord collectif d'entreprise* .

Six dispositifs correspondent à la délimitation ainsi opérée. Dans une perspective dynamique, ils seront présentés en reprenant la typologie proposée par le Rapport Rouilleaut¹⁹, distinguant les outils de gestion de l'emploi « à froid » (*très en amont* des difficultés économiques), « à tiède » (*simplement en amont* des difficultés économiques) et « à chaud » (*en aval* des difficultés économiques).

Parmi les outils de gestion de l'emploi « à froid » se trouvent des accords destinés à *aménager* plutôt qu'à rompre la relation de travail. Y figure, au premier chef, l'accord de **gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC)**²⁰, destiné à adapter les compétences des salariés aux évolutions de l'entreprise, en proposant des mesures de mobilité et de formation²¹. Plus efficace, mais aussi plus redoutable, **l'accord de performance collective**²²

¹⁴ S. PÉLICIER-LOEVENBRUCK et C. DUMEL, « Le nouveau paysage des dispositifs d'adaptation de l'emploi alternatifs au PSE », *SSL*, 2018, n°1800

¹⁵ B. TEYSSIÉ, « À propos de l'adaptation négociée des effectifs de l'entreprise », *Dr. soc.*, 2011, p. 611

¹⁶ S. PÉLICIER-LOEVENBRUCK et C. DUMEL, « Le nouveau paysage des dispositifs d'adaptation de l'emploi alternatifs au PSE », *SSL*, 2018, n°1800

¹⁷ E. PESKINE, « La célébration de l'accord collectif d'entreprise », *Dr. soc.*, 2014, p. 438

¹⁸ G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 32^{ème} éd., 2019

¹⁹ H. ROUILLEAU, *Anticiper et concerter les mutations : rapport sur l'obligation triennale de négocier*, La documentation française, 2007

²⁰ Art. L 2242-20 du Code du travail

²¹ H-J. LEGRAND, « Sur un nouvel objet juridique non identifié la " GPEC " », *Dr. soc.*, 2006, p. 330

²² Art. L 2254-2 du Code du travail

modifie la relation de travail des salariés sans leur consentement préalable, pour répondre aux nécessités de fonctionnement de l'entreprise²³. Son rayonnement tend à éclipser un autre dispositif, l'**accord d'aménagement du temps de travail**²⁴, permettant d'imposer aux salariés une nouvelle répartition du temps de travail en fonction des fluctuations d'activité de l'entreprise²⁵.

Lorsque l'enjeu n'est plus de sauver des emplois, mais de les *supprimer* de la manière la plus « douce » possible, interviennent alors les outils de gestion de l'emploi « à tiède ». S'y trouve le célèbre **plan de départs volontaires (PDV)**, proposant aux salariés de quitter volontairement l'entreprise tout en bénéficiant d'un accompagnement pour trouver un nouvel emploi²⁶. Poursuivant la même finalité, la **rupture conventionnelle collective (RCC)**²⁷ propose un régime plus sécurisé que le PDV, sans pour autant s'y substituer²⁸. Pour finir, le **congé de mobilité**²⁹ assortit le départ volontaire d'une protection supplémentaire, en maintenant la rémunération du salarié pendant quelques mois. Plus anecdotique, il est nécessairement intégré à un autre accord collectif, qu'il s'agisse d'un accord de GPEC ou d'une RCC³⁰.

La terminologie d'outils de gestion de l'emploi « à chaud » doit, quant à elle, être réservée au cas de suppression d'emploi *imposée* aux salariés. On sort alors de l'hypothèse des « alternatives au licenciement collectif pour motif économique » pour entrer dans celle du « licenciement collectif pour motif économique » lui-même. Les outils se trouvant dans cette catégorie doivent alors être écartés de notre sujet. Il s'agit au premier chef du plan de sauvegarde de l'emploi (**PSE**)³¹. Si son intitulé laisse penser qu'il sert uniquement à « *sauvegarder l'emploi* », et donc à éviter les licenciements, il constitue en réalité *le versant procédural des grands licenciements collectifs pour motif économique*³². Il est obligatoire dans les entreprises de plus de 50 salariés, lorsqu'au minimum dix licenciements sont déclenchés sur une même période de 30 jours. Il impose alors la mise en place d'un plan de reclassement pour les salariés, et fait à ce titre l'objet d'un contrôle rigoureux de la part de l'Administration. Autre

²³ I. DAUZET et Ph. ROZEC, « L'accord "à froid" après l'ordonnance du 22 septembre : de la négociation d'adaptation ? » *JCP S*, 2018

²⁴ L 3121-44 du Code du travail

²⁵ M. MORAND, « L'accord d'aménagement du temps de travail », *JCP S*, 2012, p. 1145

²⁶ F. FAVENNEC, « Le droit et la gestion des départs », *Dr. soc.*, 1992, p. 581

²⁷ Art. L 1237-19 du Code du travail

²⁸ C. CHEVRIER, « La RCC, un nouvel outil de gestion prévisionnelle des emplois », *SSL*, 2018

²⁹ Art. L 1237-18 du Code du travail

³⁰ *Ibid.*

³¹ Art. L 1233-61 du Code du travail

³² G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 32^{ème} éd., 2019

accord collectif, l'« **accords de méthode** »³³ permet quant à lui d'aménager la procédure d'information-consultation des représentants du personnel en cas de licenciement pour motif économique, sans apporter d'alternative au licenciement lui-même.

Certains outils, tout en constituant de réelles alternatives au licenciement collectif pour motif économique, ne rentrent pas dans notre sujet du fait de leur nature juridique. C'est le cas de **l'activité partielle**³⁴ (anciennement dénommée « chômage partiel »³⁵), qui ne repose pas sur un *accord collectif* mais sur une *décision unilatérale de l'employeur*, validée par l'Administration. De même, doit être écarté le **transfert d'entreprise**, qui opère non par l'effet d'un *accord collectif*, mais par l'effet de la *loi* ou d'un *contrat entre employeurs successifs*³⁶. Si accord collectif il y a, pour préciser les conséquences du transfert, il s'agit en pratique d'un *accord collectif de branche* et non d'un *accord collectif d'entreprise* qui, par hypothèse, peut tomber après le transfert.

4. Évolution des alternatives. Historiquement, les alternatives au licenciement collectif pour motif économique ont toutes suivi un schéma similaire. Nées dans la pratique des années 1970-80 pour échapper aux contraintes du PSE, elles ont été progressivement ramenées par les juges dans le giron du droit du licenciement, avant d'être consacrées et « autonomisées » par le législateur. Trois temps se dégagent donc, qu'il convient d'examiner plus en détail.

La naissance. Dans les années 1970, touchées de plein fouet par la crise économique et la hausse du prix du pétrole, les entreprises des secteurs de la sidérurgie et de l'automobile ont mis au point les premiers *plans de départ volontaire*³⁷ et *accords de compétitivité*³⁸ (ancêtres des accords de performance collective) pour procéder plus facilement à des réductions d'effectif. Dans les années 1980, l'objectif étant cette fois la rationalisation de la gestion du personnel, les grands groupes de société ont commencé à développer des accords de *GPEC*³⁹, annonçant la diffusion de cette pratique à plus grande échelle. À la même époque, l'Ordonnance du 16 janvier 1982

³³ Art. L 1233-21 du Code du travail

³⁴ Art. L 5122-1 du Code du travail

³⁵ G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 32^{ème} éd., 2019

³⁶ G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 32^{ème} éd., 2019

³⁷ I. MEFTA, *Les accords collectifs de gestion de l'emploi*, Thèse, 2018, p. 29

³⁸ *Ibid.*, p. 26

³⁹ *Ibid.*, p. 36

autorisait déjà les employeurs à moduler la durée de travail en fonction des variations d'activité de l'entreprise, annonçant les futurs *accords d'aménagement du temps de travail*⁴⁰.

Les remous jurisprudentiels. À partir des années 1990, ces outils alternatifs au PSE ont été ramenés par les juges dans le giron du droit du licenciement collectif, perdant de fait une grande partie de leur utilité. À cet égard, l'arrêt « **CEPME** »⁴¹ de 1991 a ouvert la voie, en soumettant le PDV au régime du PSE. Quelques années plus tard, en 1996, les arrêts « **Framatome** »⁴² et « **Majorette** »⁴³ ont sonné le glas de la modification du contrat de travail pour motif économique ; celle-ci étant soumise dès son déclenchement au régime du PSE. En effet, dès lors que l'employeur envisageait simplement la modification du contrat de plus de dix salariés, il devait alors mettre en œuvre un PSE, sans pouvoir attendre de savoir si dix salariés allaient effectivement refuser la modification et devoir être licenciés. Ce mouvement jurisprudentiel ne s'est pas arrêté aux années 1990, se prolongeant dans les années 2000.

En 2005, la Cour de cassation autorisait ainsi les salariés à contester le motif économique de la rupture intervenue dans le cadre d'un *congé de mobilité*, alors même qu'elle était en principe fondée sur un accord de volontés⁴⁴. En 2006⁴⁵, certains juges du fond faisaient de la *GPEC* un préalable obligatoire au PSE, érigeant le licenciement en mesure de dernier recours. Progressivement, toutefois, la jurisprudence a fait marche arrière. En 2009⁴⁶, la Cour de cassation a ainsi censuré la solution consistant à faire de la *GPEC* un préalable obligatoire au PSE. En 2010, par un célèbre arrêt « *Renault* »⁴⁷, elle a même admis que le PDV *autonome* (c'est-à-dire exclusif de tout licenciement) puisse échapper à l'une des obligations phares du PSE, le plan de reclassement interne.

Le temps de la « maturité » législative. À partir des années 2000, le législateur est venu « sécuriser » les différentes alternatives au PSE, en leur conférant un régime distinct du

⁴⁰ P. LOPES, *L'adaptation de la relation de travail pour motif économique*, Thèse, LexisNexis, 2018, p. 60

⁴¹ Soc, 10 avril 1991 – *CEPME*, n°89-18.485

⁴² Soc, 3 décembre 1996, n°95-17.352

⁴³ Soc, 3 décembre 1996, n°95-20.360

⁴⁴ Soc., 12 nov. 2015 - n° 14-15.430 ; note F. TAQUET, « Congé de mobilité et contestation du caractère économique du licenciement », *Rev. proc. coll.*, 2016

⁴⁵ Ex : TGI Paris, 5 oct. 2006 – *Nextiraone*, n°06/57817 ; TGI Créteil, 20 nov. 2006 – *EDF*, n°06/01596

⁴⁶ Soc, 30 septembre 2009, n°07-20.525

⁴⁷ Soc, 26 oct. 2010 – *RENAULT*, n° 09-15.187 FS-PBRI. Les juridictions administratives, qui sont désormais en charge du contentieux sur le PSE ont jugé de la même manière : CAA Paris, 12 mars 2015 - *FRANCE TELEVISIONS*, n°14PA05025, *RDT*, 2015

licenciement pour motif économique. En 2012, la loi «Warsmann»⁴⁸ a ainsi précisé que *l'accord d'aménagement du temps de travail* n'était « pas une modification du contrat de travail », afin de déclencher la seule procédure pour motif personnel en cas de refus du salarié⁴⁹. Récemment, les Ordonnances du 22 septembre 2017⁵⁰ ont mis au point deux nouveaux outils parfaitement autonomes vis-à-vis du licenciement pour motif économique, pour sécuriser la pratique des entreprises. Il s'agit de « l'accord de performance collective », construit par référence à l'accord de compétitivité, et la « RCC », créée à partir du PDV *autonome*, c'est-à-dire exclusif de tout licenciement. Par ailleurs, ces Ordonnances ont renouvelé le régime du congé de mobilité⁵¹, pour lui accorder une véritable autonomie. Désormais, l'employeur dispose donc de toute une palette d'alternatives au PSE.

5. Éclairage international et européen. « C'est devenu un lieu commun de constater que les sources du droit se multiplient et que leurs rapports se complexifient »⁵². Le droit des restructurations n'échappe pas à ce constat ; le licenciement pour motif économique faisant l'objet de plusieurs textes supranationaux.

En droit international, la **convention n°158 de l'OIT**⁵³ (1982) protège les travailleurs contre tout type de licenciement, en leur accordant des garanties minimales. Elle impose par exemple l'existence d'un « *motif valable* »⁵⁴ de licenciement et le respect d'un préavis d'une « *durée raisonnable* »⁵⁵.

En droit européen, la **Charte sociale européenne (1961)** prévoit des garanties équivalentes. En matière de licenciement pour motif économique, le texte phare reste cependant la **directive**

⁴⁸ Loi du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, n° 2012-387, JO du 23 mars 2012

⁴⁹ En principe, le refus de la modification du contrat n'est pas une faute donc il ne peut entraîner le licenciement du salarié que s'il est justifié par un motif économique

⁵⁰ Ici sont concernées 2 Ordonnances du même jour : Ordonnance du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, n° 2017-1385, JOFR n°0223 du 23 septembre 2017 et Ordonnance du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, n° 2017-1387, JOFR n°0223 du 23 septembre 2017

⁵¹ Ordonnance du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, n° 2017-1387, JOFR n°0223 du 23 septembre 2017

⁵² C. THIBIERGE, « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 519 et suivants, spéc. p. 519

⁵³ Convention n°158 de l'OIT concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur (1982)

⁵⁴ Art. 4 de la Convention n°158 de l'OIT

⁵⁵ Art. 11 de la Convention n°158 de l'OIT

européenne de 1998⁵⁶, encadrant la procédure des licenciements collectifs. Deux arrêts de la CJUE de 2017⁵⁷ lui ont d'ailleurs conféré une portée inédite, en l'élargissant aux ruptures issues de la modification du contrat de travail pour motif économique, c'est-à-dire au-delà des licenciements pour motif économique⁵⁸. Prises à propos du droit roumain, ces décisions pourraient avoir des conséquences en droit français. En effet, elles pourraient remettre en cause le régime de l'accord de performance collective, échappant jusque-là à la directive européenne sur les licenciements collectifs⁵⁹.

6. Approche comparée. La recherche d'alternatives au licenciement collectif pour motif économique n'est pas un phénomène proprement français. À cet égard, l'étude des droits étrangers - et leur incidence sur le droit français - est particulièrement éclairante.

Concernant *l'aménagement* de la relation de travail, l'exemple allemand est riche d'enseignements. Lors de la crise économique de 2008, le développement massif des accords de « compétitivité » en Allemagne, destinés à éviter les suppressions d'emploi en échange d'une baisse du coût du travail, a fortement influencé le législateur français⁶⁰. Ce dernier n'a d'ailleurs pas tardé à consacrer cette pratique en 2013 dans le Code du travail, en la baptisant « accord de maintien de l'emploi ». À cette époque, la France se trouvait cependant dans un contexte juridique très différent de celui de l'Allemagne, ce que certains auteurs n'ont pas manqué de souligner⁶¹. Là où en Allemagne, l'accord de compétitivité nécessitait simplement l'introduction de « clauses d'ouverture » dans les accords de branche (pour autoriser la dérogation aux garanties de la branche), il impliquait en France la mise à l'écart de l'un des principes majeurs du droit du travail, le principe de faveur (pour écarter la primauté de la norme la plus favorable). Le législateur ne s'est cependant par arrêté à cet obstacle, et a même été plus loin en 2017, en mettant au point un accord de compétitivité aux effets redoutables, l'« accord de performance collective ». Il n'a cependant pas été jusqu'à consacrer, comme aux États-Unis, la primauté définitive de l'accord collectif sur le contrat de travail⁶².

⁵⁶ Directive du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs, 98/59/CE

⁵⁷ CJUE, 21 sept. 2017, aff. C 149/16, Socha (1er arrêt) et C 429/16, Ciupa (2e arrêt)

⁵⁸ L. DIGUEZ, « Le droit français de la modification du contrat de travail pour motif économique bousculé par la CJUE », *Dr. soc.*, 2018, p. 356

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ P. RÉMY, « Les accords collectifs sur l'emploi en Allemagne : un “modèle” pour le droit français », *RDT*, 2012, p. 133

⁶¹ *Ibid.*

⁶² P. LOKIEC, « Accord collectif et contrat de travail », *Dr. soc.*, 2017, p. 1024

Concernant *la rupture* de la relation de travail, la spécificité française des alternatives au licenciement est ici plus grande encore. La France est en effet l'un des seuls pays à avoir réglementé avec autant de précision la *rupture amiable* du contrat de travail. À titre d'exemple, elle a fortement encadré les PDV, en les soumettant d'abord au régime du licenciement collectif puis en leur offrant un cadre juridique autonome à travers la RCC, alors qu'ils sont simplement abandonnés à la liberté contractuelle à l'étranger⁶³.

7. Des enjeux théoriques. Les alternatives au licenciement collectif pour motif économique mettent en lumière les grandes transformations à l'œuvre en droit du travail. Elles reflètent la montée en puissance de la *négociation collective d'entreprise*⁶⁴, amorcée par la loi de Sécurisation de l'emploi de 2013⁶⁵, et prolongée récemment par la loi « Travail » de 2016⁶⁶ et les Ordonnances dites « Macron » du 22 septembre 2017⁶⁷. Plus encore, elles mettent en évidence le changement de nature de cette négociation, devenue une « *négociation d'entreprise gestionnaire* »⁶⁸. En effet, force est de constater qu'elle ne porte plus seulement sur les conditions de travail des salariés, mais qu'elle investit également le champ des restructurations d'entreprise, domaine traditionnellement réservé à l'employeur⁶⁹. S'opère, en toile de fond, une nouvelle articulation entre *pouvoir de direction* de l'employeur et *accord collectif*, c'est-à-dire entre norme *unilatérale* et norme *négociée*.

Cette évolution s'accompagne d'un passage progressif d'une « *négociation d'acquisition* »⁷⁰, toujours plus favorable aux salariés, à une « *négociation de concession* »⁷¹, par laquelle les salariés consentent à réduire leurs droits en contrepartie d'une préservation de leurs emplois.

⁶³ Y. MIZUMACHI, E. MARTIN PUEBLA, P-P VAN GEHUCHTEN, M. HENSSLER, « Entretiens sur le droit du licenciement pour motif économique », *RDT*, 2013 (Japon, Espagne, Belgique, Allemagne) ; P. LOKIEC, A. PERRULLI, H. COLLINS et M. RÖNNMAR, « Entretiens sur le droit du licenciement pour motif économique (suite et fin) », *RDT*, 2013 (Italie, R-U, Suède) : ces auteurs répondent à chaque fois à la question suivante : « Y-a-t-il dans votre droit une régulation des départs volontaires, en général, et en particulier dans un contexte de difficulté économique ? Force est de constater qu'ils répondent à chaque fois par la négative.

⁶⁴ E. PESKINE, « La célébration de l'accord collectif d'entreprise », *Dr. soc.*, 2014, p. 438

⁶⁵ Loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, n°2013-504, JOFR du 16 juin 2013

⁶⁶ Loi du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, n° 2016-1088, JOFR n°0184 du 9 août 2016

⁶⁷ Ordonnances du 22 septembre 2017 n°2017-1385, n°2017-1386, n°2017-1387, n°2017-1388, n°2017-1389, JOFR du 23 septembre 2017

⁶⁸ I. MEFTAH, *Les accords collectifs de gestion de l'emploi*, Thèse, 2018

⁶⁹ E. PESKINE, « La célébration de l'accord collectif d'entreprise », *Dr. soc.*, 2014, p. 438

⁷⁰ G. AUZERO, « La légitimité intrinsèque de l'accord collectif et de la règle majoritaire », *Dr. soc.*, 2018, p. 154

⁷¹ *Ibid.*

Jusqu'où, cependant, le « tout pour l'emploi »⁷² peut-il justifier les atteintes faites aux règles protectrices du droit du travail ? Dans ce contexte, l'accord collectif a un rôle essentiel à jouer, pour concilier flexibilité du travail et protection des salariés⁷³. Est-il cependant l'outil le plus pertinent, ou le plus légitime, pour opérer une telle transformation ? Ces questions renouvèlent le conflit classique entre la flexibilité de l'accord collectif et la stabilité du contrat de travail, et plus généralement entre la volonté collective des salariés et la volonté individuelle de chacun d'entre eux.

8. Des enjeux pratiques. En pratique, les entreprises ont recours aux alternatives aux licenciements collectifs pour éviter, d'abord et avant tout, la mise en place d'un PSE⁷⁴. Obligatoire à partir de dix licenciements pour motif économique, ce dernier impose en effet une procédure particulièrement contraignante. Au-delà, elles cherchent à éviter toutes les contraintes légales du droit du licenciement pour motif économique. *Exit* donc l'obligation de reclassement, la priorité de réembauche, l'obligation d'informer et consulter les représentants du personnel. *Exit* surtout l'exigence d'un motif économique, restreignant les modifications ou suppressions d'emplois aux seuls cas de difficultés économiques.

Il ne faudrait pas croire, cependant, que les entreprises cherchent uniquement à échapper aux contraintes légales du licenciement collectif. En pratique, elles veulent également éviter l'effet traumatisant de l'annonce d'un PSE, et le caractère nécessairement contraint des départs qui s'en suivent⁷⁵.

Les questions pratiques demeurent toutefois nombreuses. Ces alternatives au licenciement peuvent-elles être conclues au niveau du *groupe* ? Peuvent-elles être négociés avec *d'autres interlocuteurs que les délégués syndicaux* ? Permettent-elles *réellement* d'échapper aux contraintes du licenciement ? Ces questions seront développées dans le mémoire.

⁷² M. MORAND et M-A SOURIAC, « Accords de compétitivité : quels engagements sur l'emploi », *RDT*, 2012, p. 194

⁷³ J. BARTHÉLEMY et G. CETTE, *Refonder le droit social. Mieux concilier protection du travailleur et efficacité économique*, La documentation française, 2011

⁷⁴ S. PÉLICIER-LOEVENBRUCK et C. DUMEL, « Le nouveau paysage des dispositifs d'adaptation de l'emploi alternatifs au PSE », *SSL*, 2018, n°1800

⁷⁵ S. DUMAS et M. LE ROY « Rupture conventionnelle collective : un hybride vraiment séduisant ? », *Les cahiers du DRH*, 2017, n°247

9. Positionnement du problème. En créant deux nouveaux accords collectifs de gestion de l'emploi, la RCC et l'accord de performance collective, les Ordonnances du 22 septembre 2017 ont remis en lumière la question des outils alternatifs au PSE. Dès lors, elles ont fait émerger la question suivante :

Dans quelle mesure existe-t-il un droit conventionnel des alternatives au licenciement collectif pour motif économique ?

10. Plan. Répondre à cette question implique une analyse en deux temps. Il convient tout d'abord d'*identifier* les différentes alternatives au licenciement collectif pour motif économique, pour vérifier qu'elles forment effectivement un champ d'application spécifique (**Partie 1**). Il convient ensuite d'étudier la *dynamique* de ces alternatives, pour comprendre le régime auquel elles sont soumises. (**Partie 2**). Dans le premier cas, se pose le défi de la *pluralité* des alternatives ; dans le second cas, s'impose la recherche de l'*unité* des alternatives.

Partie 1 : L'identification des alternatives

11. La classification des alternatives, une opération nécessaire. La profusion récente des alternatives conventionnelles au licenciement pour motif économique peut « *susciter tant l'espoir que l'inquiétude* »⁷⁶. Toutefois, comme le souligne Monsieur le Professeur Patrick Morvan, « *de quelque bord qu'on soit, [cette profusion] inspire surtout de la confusion* »⁷⁷. Face à cette incertitude juridique, une classification des différentes alternatives s'impose.

12. Plan. Les alternatives au licenciement pour motif économique peuvent être distinguées en fonction de leur *finalité*, c'est-à-dire en fonction de l'effet principal recherché. En suivant ce critère, deux catégories d'alternatives émergent.

La première catégorie permet à l'employeur d'*aménager, plutôt que rompre, la relation de travail (Chap. 1)*. Si la suppression d'emplois n'est pas impossible dans ce contexte, elle n'est toutefois pas l'effet principal recherché. La seconde catégorie, quant à elle, permet de *rompre la relation de travail de manière amiable, c'est-à-dire en commun accord avec le salarié (Chap. 2)*. Schématiquement, chacune de ces deux catégories expriment des temps différents du processus d'anticipation des restructurations. La première est utilisée « à froid », en amont des difficultés économiques de l'entreprise ; la seconde est utilisée « à tiède », lorsque l'enjeu n'est plus de sauver des emplois mais d'en supprimer par des départs volontaires.

CHAP. 1 : L'aménagement de la relation de travail

13. Plan. Dans un environnement économique incertain, la capacité d'adaptation des entreprises constitue un enjeu stratégique majeur⁷⁸. En droit du travail, cette préoccupation se traduit par *l'aménagement de la relation de travail* des salariés en fonction des nécessités de l'entreprise. Opéré en amont des difficultés économiques, cet aménagement évite ainsi la rupture de la relation de travail, et constitue à ce titre une véritable alternative au licenciement pour motif économique. L'aménagement de la relation de travail peut prendre plusieurs formes selon la place laissée au consentement du salarié. Il peut être simplement *proposé* aux salariés (**Section I**) ou *imposé* à ces derniers (**Section II**).

⁷⁶ P. MORVAN, « La salade des ruptures conventionnelles », *Dr. soc.*, 2018, p. 26

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ P. LOPES, *L'adaptation de la relation de travail pour motif économique*, Thèse, LexisNexis, 2018

Section I. L'aménagement proposé aux salariés

14. Plan. L'aménagement de la relation de travail proposé aux salariés trouve sa traduction, sur le plan juridique, dans le très classique accord de « GPEC ». Ce dispositif constitue un véritable *outil de gestion des compétences* (A) qui demeure néanmoins *insuffisamment exploité* (B).

A. Un outil de gestion des compétences

15. Plan. Analyser l'accord de GPEC implique de mieux comprendre *ce qu'il est* (1) mais également *ce qu'il n'est pas*, un accord de PSE, avec lequel il doit s'articuler (2).

L'accord de « GPEC »

16. Plan. La nature duale de l'accord de GPEC, *au carrefour du droit et de la pratique* (a) rejaillit sur son *contenu, extrêmement variable* (b).

a) Un dispositif au carrefour du droit et de la pratique

17. « Un objet juridique non identifié ? » Depuis 2005⁷⁹, le législateur impose à toutes les entreprises de plus de 300 salariés de négocier un accord de Gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences⁸⁰, plus connu sous l'acronyme « GPEC ». Or, lorsqu'on étudie cet accord, un premier constat s'impose : il ne fait l'objet d'aucune définition légale. L'article L 2242-20 du Code du travail traite en effet de ses modalités de mise en œuvre, mais pas de sa définition. Le flou juridique autour de la notion de GPEC lui a valu le qualificatif, particulièrement évocateur, d'« *objet juridique non identifié* »⁸¹.

Deux auteurs, Messieurs Sauret et Thierry⁸², ont toutefois proposé une définition de la GPEC. Elle serait « *la conception, la mise en œuvre et le suivi des politiques et de plans d'actions cohérents, visant à réduire de façon anticipée les écarts entre les besoins et les*

⁷⁹ Loi du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale, n° 2005-32, JOFR n° 15 du 19 janvier 2005

⁸⁰ Art. L 2242-20 du Code du travail

⁸¹ H-J. LEGRAND, « Sur un nouvel objet juridique non identifié la “ GPEC ” », *Dr. soc.*, 2006, p. 330

⁸² Ch. SAURET et D. THIERRY, *La Gestion prévisionnelle et préventive des emplois et des compétences*, éd. L'Harmattan, 2000

ressources humaines de l'entreprise (en termes d'effectifs et de compétences), en fonction de son plan stratégique (ou au moins d'objectifs à moyen terme bien identifiés) et impliquant le salarié dans le cadre d'un projet d'évaluation professionnelle ».

Cette définition fait ressortir plusieurs idées forces. En premier lieu, la GPEC est une démarche préventive, destinée à anticiper et adapter les compétences du personnel aux évolutions de l'entreprise. Il s'agit donc d'un outil de restructuration sur le long terme. En second lieu, la GPEC s'inscrit plus largement dans la réflexion stratégique de l'entreprise⁸³, et correspond à son volet social – c'est-à-dire aux conséquences de la stratégie sur l'emploi. Ceci est corroboré par le Code du travail lui-même, fondant la négociation de la GPEC sur « *les orientations stratégiques de l'entreprise* »⁸⁴.

18. Un nouvel outil ? « *Outil de gestion, la GPEC est longtemps restée l'apanage des responsables des ressources humaines. Ce n'est que récemment [...] que les juristes ont « découvert » ce nouvel [outil]* »⁸⁵ lorsque le législateur s'en est emparé. Par une loi du 2 août 1989⁸⁶, la GPEC est d'abord devenue un objet de *consultation* obligatoire du Comité d'entreprise, avant de devenir, par une loi du 18 janvier 2005⁸⁷, un objet de *négociation* obligatoire.

Désormais, tous les trois ans, les entreprises de plus de 300 salariés ont l'obligation de négocier un accord de GPEC, dans le but d'adapter les compétences de leur personnel à l'évolution de leur environnement économique. La loi a donc transformé une *pratique de gestion des ressources humaines*, associée au « management de compétences », en *obligation juridique*, annonçant le développement d'un véritable *droit de l'employabilité*⁸⁸. L'objectif est de favoriser, en amont, la mobilité des salariés, pour éviter qu'il se retrouvent, en aval, licenciés pour motif économique.

⁸³ H-J. LEGRAND, « Sur un nouvel objet juridique non identifié la “ GPEC ” », *Dr. soc.*, 2006, p. 330

⁸⁴ Art. L 2242-20 du Code du travail

⁸⁵ J-M. ALBIOL, « La démarche GPEC : une alternative aux plans de sauvegarde de l'emploi », *Les cahiers du DRH*, n°137, 2017

⁸⁶ Loi du 2 août 1989 modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion, n°89-549, JOFR n° 89-549 du 8 août 1989

⁸⁷ Loi du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale, n° 2005-32, JOFR n°2005-32 du 19 janvier 2005

⁸⁸ F. FAVENNEC, « Du droit du licenciement pour motif économique au droit de l'employabilité », *SSL*, 2017, n°1291

b) *Un contenu variable*

19. Approche globale. Laissé à la libre négociation des partenaires sociaux, l'accord de GPEC peut prendre des formes très variées selon les entreprises. En reprenant la grille d'analyse du rapport *Rouilleault*⁸⁹, on peut toutefois tenter d'en avoir une approche globale. L'auteur identifie trois types de mode de gestion de l'emploi : la gestion « à froid », anticipant les mutations économiques et prévoyant des *mesures de mobilité*, la gestion « à tiède » proposant des *départs volontaires*, et la gestion « à chaud » pour les situations non anticipées incluant un *plan de licenciement*. En suivant cette typologie, l'accord de GPEC correspond à la première catégorie de ces modes de gestion de l'emploi, et le PSE à la dernière d'entre elles.

20. Analyse détaillée. Pour mieux cerner le contenu de l'accord de GPEC, il faut examiner plus en détail les thèmes de négociation prévus par le Code du travail⁹⁰, et les accords de GPEC effectivement conclus par les entreprises. Schématiquement, on y trouve quatre volets.

Le premier volet de l'accord de GPEC correspond à une **cartographie de l'emploi** dans l'entreprise. Il identifie les compétences stratégiques, les compétences manquantes et les emplois menacés. Par exemple, l'accord de GPEC de l'entreprise PHOTONIS⁹¹, spécialiste mondial de la vision nocturne, met l'accent sur le manque de personnel ayant une connaissance du verre ou de la photocatode (un matériau utilisé pour la détection de la lumière). Dans le groupe SAFRAN, les métiers en développement ont été identifiés parmi ceux du service-client et de l'expertise en matière de logiciels, tandis que le génie électrique est apparu en décroissance⁹².

Le second volet de l'accord de GPEC concerne la **mobilité professionnelle**, c'est-à-dire le changement de postes des salariés. Pour cela, l'entreprise propose à ses salariés des outils tels que le *bilan de compétences* (série d'entretiens et de tests réalisés par un organisme externe pour évaluer les connaissances du salarié) et la *validation des acquis de l'expérience* (certification de l'acquisition d'une compétence par les salariés). Elle propose également des actions de formation. À titre d'exemple, l'accord de GPEC du groupe CARREFOUR prévoit

⁸⁹ H. ROUILLEAU, *Anticiper et concerter les mutations : rapport sur l'obligation triennale de négocier*, La documentation française, 2007

⁹⁰ Art. L 2242-20 et L 2242-21 du Code du travail

⁹¹ Accord de GPEC de l'entreprise PHOTONIS 2017-2019

⁹² M-S. RAMSPACHER, « Safran dépoussière la GPEC », *Les Echos Executives*, 2016

un droit à la formation de 14 heures par an pour l'ensemble des salariés, porté à 28 heures pour les salariés occupant un métier sensible⁹³.

Le troisième volet de l'accord de GPEC concerne la **mobilité géographique**, c'est-à-dire le changement de lieu de travail des salariés. Elle peut être *interne* (au sein de l'entreprise ou du groupe) ou *externe* (hors de l'entreprise ou du groupe).

Au titre de la **mobilité interne**, l'accord de GPEC pouvait autrefois inclure un « accord de mobilité interne » (AMI) avant sa suppression par les Ordonnances du 22 septembre 2017. Il permettait à l'employeur de proposer une mutation à ses salariés, sans que ce soit prévu par une clause de mobilité dans le contrat de travail. Cette faculté est désormais remplacée par l'accord de performance collective, dispositif plus efficace encore, dans lequel il n'y a pas besoin du consentement préalable du salarié. Le Code du travail impose toutefois qu'il soit prévu dans un chapitre séparé à l'intérieur de l'accord de GPEC, au vu de sa portée spécifique⁹⁴.

Au titre de la **mobilité externe**, l'accord de GPEC peut inclure des mesures *individuelles*, telle que la *période de mobilité sécurisée*⁹⁵ (permettant au salarié de partir travailler dans une autre entreprise tout en conservant un droit de retour dans son entreprise d'origine) ou des aides financières, telle que *l'indemnité différentielle de rémunération* (prenant en charge la différence de rémunération entre l'ancien et le nouvel emploi pendant un certain temps). L'accord de GPEC peut également inclure des mesures *collectives*, telle que les départs volontaires ou les aides à la création d'entreprise. À titre d'exemple, la SOCIÉTÉ GÉNÉRALE a inclus un accord de RCC au sein de son accord de GPEC, c'est-à-dire des départs volontaires⁹⁶.

21. L'aide à l'emploi des salariés fragiles. Le Code du travail précise que l'accord de GPEC « peut » porter sur l'insertion des salariés fragiles, c'est-à-dire les « *jeunes* » et les « *salariés âgés* »⁹⁷. L'adverbe « peut » révèle qu'il ne s'agit pas d'une obligation contraignante, mais elle est très souvent respectée en pratique. À titre d'exemple, l'accord de GPEC

⁹³ Accord du 12 mars 2019 relatif à la GPEC dans le groupe Carrefour ; « Le groupe Carrefour consolide sa politique de GPEC », *Liaisons sociales Quotidien*, 2019, n°17808

⁹⁴ Art. 2242-20, 2° du Code du travail

⁹⁵ Art. L 1222-12 du Code du travail

⁹⁶ Accord de GEPC du 13 mars 2019 de la Société Générale ; La Société générale renouvelle son accord sur l'emploi en y insérant un volet RCC, *Liaisons sociales Quotidien*, 2019, n°17783

⁹⁷ Art. L 2242-21 du Code du travail

d'ALSTOM TRANSPORT⁹⁸ annonce dès son intitulé qu'il s'agit d'un « *accord de gestion des âges* » et prévoit des régimes de cession anticipée d'activité pour les salariés seniors.

Le contenu des accords de GPEC est donc extrêmement variable, ce qui pose la question de son articulation avec le PSE, qu'il cherche à éviter.

2. L'articulation avec le PSE

22. Plan. Un temps qualifié de *préalable* au PSE (a), l'accord de GPEC s'impose aujourd'hui comme une *alternative* au PSE (b).

a) La GPEC comme préalable au PSE ?

Les errements de la jurisprudence. De 2006 à 2009, certains juges⁹⁹ ont fait de l'accord de GPEC un *préalable obligatoire* à la mise en place d'un PSE. Ils estimaient que pour déclencher la procédure d'information et de consultation du Comité d'entreprise sur le PSE, l'employeur devait avoir préalablement tenté de négocier un accord de GPEC. Or cette position était contestable à plusieurs titres. D'un point de vue textuel, tout d'abord, le Code du travail n'incluait pas la GPEC dans la procédure de PSE¹⁰⁰. D'un point de vue factuel, ensuite, les deux mécanismes avaient des objets différents que l'on pourrait résumer ainsi : « *à la GPEC le soin de gérer les mobilités ; au PSE la mission de traiter les licenciements* »¹⁰¹.

Par un arrêt du 30 septembre 2009¹⁰², la Cour de cassation a donc censuré la solution consistant à faire de la GPEC un préalable obligatoire au PSE.

b) La GPEC comme alternative au PSE

23. La dissociation de la GPEC et du PSE. Outre l'arrêt précédemment cité du 30 septembre 2009, le législateur et les partenaires sociaux ont agi de concert pour dissocier

⁹⁸ Accord du 2 janvier 2019 relatif à la GPEC et à la gestion des âges au sein d'Alstom Transport, « Alstom Transport conclut un nouvel accord de GPEC et organise ses IRP », *Liaisons sociales Quotidien*, 2019, n°17794

⁹⁹ Ex : TGI Paris, 5 oct. 2006 – *Nextiraone*, n°06/57817 ; TGI Créteil, 20 nov. 2006 – *EDF*, n°06/01596 ; CA Paris, 7 mars 2007 – *Nextiraone*, n°06/17500

¹⁰⁰ F. FAVENNEC, « Du droit du licenciement pour motif économique au droit de l'employabilité », *SSL*, 2017, n°1291

¹⁰¹ A. MARTINON, « La gestion prévisionnelle des emplois et compétences », *Dr. soc.*, 2011, p. 613

¹⁰² Soc, 30 septembre 2009, n°07-20.525

GPEC et PSE. À l'occasion de la recodification du Code du travail en 2007, le **législateur** a déplacé les dispositions relatives à la GPEC de la partie sur le *licenciement pour motif économique* à celle sur les *négociations obligatoires*. Si la démarche était avant tout symbolique, elle n'en était pas neutre pour autant. En 2013, le législateur a été plus loin en rattachant la GPEC aux « *orientations stratégiques de l'entreprise* », montrant ainsi qu'il ne pouvait s'agir que d'un outil de restructuration à long terme¹⁰³, contrairement au PSE.

En outre, lors d'un accord national interprofessionnel du 14 novembre 2008¹⁰⁴, les **partenaires sociaux** ont rappelé l'importance de dissocier GPEC et PSE. À ce titre, ils ont affirmé que la GPEC ne devait pas « *être un outil favorisant les licenciements collectifs* ».

24. Plutôt qu'un préalable au PSE, la GPEC est donc conçue comme une alternative à ce dernier. Il demeure toutefois insuffisamment exploité.

B. Un outil insuffisamment exploité

25. Plan. Depuis sa consécration dans le Code du travail en 2005, la GPEC a fait l'objet de plusieurs rapports¹⁰⁵, dressant tous un bilan nuancé. Si le nombre d'accords conclus n'est pas négligeable, leur contenu s'avère néanmoins décevant¹⁰⁶. Il existe en effet plusieurs *obstacles* au succès de la GPEC (1), qu'il convient de *dépasser* (2).

1. Les obstacles

26. Plan. Sur le plan technique, la GPEC souffre d'un *faible effet contraignant* (a). Sur le plan pratique, elle se heurte à une *réticence traditionnelle au changement* (b).

¹⁰³ I. MEFTAH, *Les accords collectifs de gestion de l'emploi*, Thèse, 2018

¹⁰⁴ Accord national interprofessionnel relatif à la gestion prévisionnelle des emplois et compétences, 14 novembre 2008

¹⁰⁵ R. VATINET, « Développer la gestion prévisionnelle négociée des emplois et des compétences », *JCP S*, 2013, p. 1274 : fait référence à un bilan dressé dans l'étude d'impact du 5 mars 2013, et à des rapports déposés au nom des commissions des affaires sociales de l'Assemblée nationale par M. Jean-Marc Germain et du Sénat par M. Claude Jeannerot.

¹⁰⁶ *Ibid.*

a) *Sur le plan technique : un faible effet contraignant*

27. Un régime peu contraignant. À l'analyse, le régime légal de l'accord de GPEC s'avère peu contraignant. Il ne concerne que les entreprises de *plus de 300 salariés*, ce qui est en parfait décalage avec le tissu économique français, très majoritairement composé de petites et moyennes entreprises (PME /TPE) employant moins de 20 salariés¹⁰⁷. De plus, si l'employeur a l'*obligation de négocier* un accord de GPEC, il n'a aucunement l'*obligation de le conclure*. Il peut donc parfaitement respecter son obligation légale sans avoir mis en place un accord de GPEC dans son entreprise. Pour finir, si le Code du travail confère un caractère *obligatoire* à certains thèmes de négociation en matière de GPEC (telle la mobilité ou la formation), il ne confère qu'un caractère *facultatif* aux matières les plus sensibles (telle l'insertion des salariés fragiles, ou la qualification des emplois menacés)¹⁰⁸, ce qui en diminue d'autant la portée.

Faiblement contraignant, l'accord de GPEC semble donc surtout relever de la *Soft Law*. Il s'agit avant tout d'un instrument de responsabilité sociale des entreprises.

28. L'absence de toute sanction ? Il ne faudrait toutefois pas en déduire l'absence de toute sanction en matière de GPEC.

Sur le *plan pénal*, tout d'abord, le manquement de l'employeur à son obligation de négocier un accord de GPEC est puni d'un an d'emprisonnement et d'une amende administrative¹⁰⁹. Cette sanction, relativement lourde, a cependant un caractère très formel : elle ne réprime que l'absence de négociations, et non pas l'absence de négociations de *bonne foi* ¹¹⁰.

Sur le *plan civil*, ensuite, les règles de la responsabilité civile demeurent invocables¹¹¹. Plusieurs cas peuvent être envisagés. Si l'employeur refuse de négocier un accord de GPEC, les salariés pourraient alors engager la *responsabilité délictuelle* de ce dernier sur le fondement de son obligation légale de négocier. Le préjudice invoqué pourrait être la perte de chance de bénéficier de mesures de mobilité et de formation. Si l'employeur met en place un accord de GPEC mais que celui-ci s'avère largement insuffisant, cette fois, les salariés pourraient engager

¹⁰⁷ <https://www.insee.fr/fr/statistiques>

¹⁰⁸ A. MARTINON, « La gestion prévisionnelle des emplois et compétences », *Dr. soc.*, 2011, p. 613

¹⁰⁹ Art. L 2243-2 du Code du travail

¹¹⁰ Ex : Crim, 4 octobre 1989 (arrêt rendu à propos d'une négociation annuelle obligatoire, mais pouvant être interprété par analogie pour une négociation triennale obligatoire)

¹¹¹ B. GAURIAU, « Les accords de GPEC, régime et sanctions », *Gaz. Pal.*, 2007, p. 24

la *responsabilité contractuelle* de ce dernier sur le fondement de son obligation d'adaptation¹¹². En effet, en 1992¹¹³, la jurisprudence a tiré du contrat de travail « *le devoir [de l'employeur] d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois* », aujourd'hui consacré dans le Code du travail¹¹⁴. En somme, les salariés pourraient alors invoquer leur perte de chance de conserver un niveau de compétence suffisant pour garder leur emploi. Allant plus loin, ils pourraient remettre en cause le caractère « sérieux » de leur licenciement pour motif économique¹¹⁵. Ceci ne résoudrait toutefois pas le problème initial : l'absence de tout accord de GPEC dans l'entreprise.

b) Sur le plan pratique : une réticence traditionnelle au changement

29. Dans le domaine des relations sociales, la figure de l'accord de GPEC traduit un véritable changement de paradigme, ce qui peut expliquer sa lente diffusion en pratique.

30. Du registre des postes au registre des compétences.¹¹⁶ L'accord de GPEC reflète tout d'abord une nouvelle vision de l'emploi au sein de l'entreprise. Au registre des *postes*, traditionnellement attaché au droit du licenciement, succède le registre des *compétences*, caractéristique du droit de l'employabilité. En effet, l'employeur est incité à ne plus regarder les seules fonctions exercées par les salariés à un instant T (les « *postes* ») mais à envisager les connaissances actuelles et futures que son personnel pourra acquérir au cours de sa carrière (les « *compétences* »). Plus dynamique, cette approche s'avère néanmoins plus complexe à mettre en œuvre.

31. Une redistribution des rôles. L'accord de GPEC implique un changement de comportement de toutes les parties prenantes de l'entreprise, en décalage avec les pratiques actuelles.

Apanage traditionnel du *pouvoir de gestion de l'employeur*¹¹⁷, l'organisation des ressources humaines devient, avec l'accord de GPEC, le fruit d'une *construction commune* avec les délégués syndicaux. Il en ressort une plus grande implication des salariés, et souvent, une plus

¹¹² A. MARTINON, « La gestion prévisionnelle des emplois et compétences », *Dr. soc.*, 2011, p. 613

¹¹³ Soc, 25 février 1992, n°89-41.634

¹¹⁴ Art. L 6321-1 du Code du travail

¹¹⁵ A. MARTINON, « La gestion prévisionnelle des emplois et compétences », *Dr. soc.*, 2011, p. 613

¹¹⁶ A. LYON-CAEN, « Le droit et la gestion des compétences », *Dr. soc.*, 1992, p. 573

¹¹⁷ F. FAVENNEC, « Le droit et la gestion des départs », *Dr. soc.*, 1992, p. 581

grande rationalisation de la décision, par le recours à des expertises externes. Pour cela, une redistribution des rôles doit toutefois être opérée. L'employeur doit accepter de partager des informations stratégiques avec les représentants du personnel, abandonnant sa méfiance traditionnelle à leur égard¹¹⁸. Les syndicats, quant à eux, doivent accepter de passer du rôle de revendication à celui de force de proposition, se rapprochant ainsi de la co-gestion à l'allemande¹¹⁹. Enfin, les salariés français, traditionnellement peu mobiles¹²⁰, doivent se saisir des opportunités offertes dans le cadre de la GPEC pour devenir de véritables acteurs du changement. Ce n'est qu'à ce prix que la GPEC pourra fonctionner.

32. Le succès mitigé de la GPEC s'explique donc aussi bien par des obstacles *juridiques* que *pratiques*. Des pistes de réforme sont cependant envisageables.

2. Les pistes de réforme

33. Plan. Pour redonner un nouveau souffle à la GPEC, il conviendrait d'agir dans deux directions : *clarifier son rôle par rapport au PSE (a) et mieux prendre en compte le cas des petites entreprises (b)*.

a) Une frontière plus claire avec le PSE

34. Le brouillage des frontières entre GPEC et PSE. La pratique des GPEC « à chaud », incluant des suppressions d'emplois plutôt que des mesures d'adaptation, a généré un véritable brouillage des frontières entre GPEC et PSE, extrêmement préjudiciable pour le premier des deux.

Sur le plan théorique, il fait perdre à l'accord de GPEC son essence même. En effet, en supprimant des emplois, il ne sert plus d'outil d'anticipation mais d'outil de gestion de crise. Il ne s'inscrit plus dans cadre d'une stratégie établie sur le long terme mais dans celui d'une réponse à un problème ponctuel. Comme le relève Monsieur le Professeur Lokiec¹²¹, clarifier la frontière entre GPEC et PSE reviendrait donc à condamner la pratique des départs volontaires insérés au sein des accords de GPEC, incompatibles avec l'idée même de prévisibilité et

¹¹⁸ J-M. ALBIOL, « La démarche GPEC : une alternative aux plans de sauvegarde de l'emploi », *Les cahiers du DRH*, n°137, 2017

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ J-E. RAY, « Opinion : Anticipation en matière d'emploi et mythes nécessaires », *Gaz. Pal.*, 2007, p. 4

¹²¹ P. LOKIEC, « Départs volontaires, GPEC et licenciement pour motif économique », *Dr. soc.*, 2008, p. 1238

d'anticipation. Cela ne signifierait pas pour autant l'interdiction absolue des départs volontaires. Ils s'inscriraient simplement dans des dispositifs qui leurs seraient réservés : les plans de départs volontaires (PDV) ou la rupture conventionnelle collective (RCC).

35. Le régime fiscal et social de la GPEC et du PSE. La loi de financement de la Sécurité sociale pour 2007¹²² avait aligné le régime fiscal et social de la GPEC sur celui du PSE. Les mêmes exonérations fiscales et sociales étaient donc prévues pour les indemnités de départs volontaires versées dans le cadre d'une GPEC et celles prévues pour les licenciements pour motif économique.

Dans sa chasse aux niches fiscales¹²³, la loi de finances pour 2011¹²⁴ a cependant supprimé ce dispositif. Si elle a rendu la GPEC moins attractive, cette suppression n'est pas en soi condamnable. Elle évite l'incitation à la suppression des emplois (plutôt qu'à leur maintien) et atténue le dévoiement du recours à la GPEC¹²⁵.

b) La prise en compte des petites entreprises

36. Abaisser le seuil d'effectif. Actuellement, l'obligation de négocier un accord de GPEC est imposée aux seules entreprises de plus de 300 salariés¹²⁶. Comme cela a été précédemment relevé, ceci est en parfait décalage avec le tissu économique français, très majoritairement composé de petites et moyennes entreprises (PME /TPE) employant un nombre bien inférieur de salariés¹²⁷. Pour favoriser le recours à la GPEC, on pourrait donc envisager d'abaisser le seuil d'effectifs à 50 salariés, comme en matière de PSE¹²⁸, ce qui en ferait une véritable alternative à ce dernier. On ne peut toutefois ignorer l'argument selon lequel il y aurait là un alourdissement des contraintes pesant sur les PME/TPE¹²⁹. Loin d'être infondé, cet argument peut toutefois être dépassé. En premier lieu, la GPEC est avant tout un système souple de bonnes pratiques, bien moins contraignant qu'un système d'obligations assorties de sanctions

¹²² Loi du 21 décembre 2006 de financement de la sécurité sociale pour 2007, n° 2006-1640, JOFR du 22 décembre 2006

¹²³ A. FABRE, « Coup de froid sur la GPEC - Quand anticipation ne rime plus avec exonération ! », *SSL*, 2011, n°1483

¹²⁴ Loi du 29 décembre 2010 de finances pour 2011, n° 2010-1657, JOFR n°0302 du 30 décembre 2006

¹²⁵ P. LOKIEC, « Départs volontaires, GPEC et licenciement pour motif économique », *Dr. soc.*, 2008, p. 1238

¹²⁶ Art. L 2242-20 du Code du travail

¹²⁷ <https://www.insee.fr/fr/statistiques>

¹²⁸ J-M. ALBIOL, « La démarche GPEC : une alternative aux plans de sauvegarde de l'emploi », *Les cahiers du DRH*, n°137, 2017

¹²⁹ P. LOPES, *L'adaptation de la relation de travail pour motif économique*, Thèse, LexisNexis, 2018

comme le PSE¹³⁰. En second lieu, rien n'interdirait d'assortir le recours à la GPEC d'aides financières pour les plus petites entreprises, ce qui serait nature à favoriser son recours.

37. Par conséquent, l'accord de GPEC permet aux entreprises de s'adapter à leur environnement économique tout en garantissant aux salariés un niveau élevé d'employabilité. En ce sens, l'aménagement de la relation de travail répond aussi bien à l'intérêt de l'entreprise qu'à celui des salariés. Depuis les années 2000, émerge toutefois un nouveau modèle d'accord collectif, donnant priorité au seul intérêt de l'entreprise. Plus brutal, plus efficace, il ne nécessite plus le consentement individuel des salariés. L'aménagement de la relation de travail est alors *imposé* au salarié.

Section II. L'aménagement imposé aux salariés

38. Plan. Pour faire face aux besoins accrus de *flexibilité du travail*, l'employeur peut aménager, par accord collectif, la relation de travail des salariés sans solliciter leur consentement préalable (A). Les salariés conservent le droit de refuser le changement opéré, mais ils peuvent alors être licenciés pour ce seul motif. Dans ce cas, la loi met à l'écart le régime du licenciement pour motif économique au profit de celui du *licenciement pour motif personnel*, plus souple (B).

A. Un outil de flexibilité du travail

39. Plan. Depuis la simplification opérée par les Ordonnances du 22 septembre 2017¹³¹, l'employeur ne dispose plus que deux accords pour imposer un aménagement de la relation de travail aux salariés. Il s'agit de l'*accord de performance collective* (1) et de l'*accord d'aménagement du temps de travail* (2).

¹³⁰ J-M. ALBIOL, « La démarche GPEC : une alternative aux plans de sauvegarde de l'emploi », *Les cahiers du DRH*, n°137, 2017

¹³¹ Ordonnance du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, n°2017-1385, JOFR n°0223 du 23 septembre 2017

L. L'accord de performance collective

40. Plan. Issu des Ordonnances du 22 septembre 2017¹³², l'accord de performance collective fait suite à de nombreuses tentatives législatives en matière d'accord de compétitivité. Son *recours facilité* (a) et son régime consolidé lui donnent un *effet redoutable* (b).

a) Un recours facilité

41. « L'accord de compétitivité », une idée ancienne. L'idée qu'il faille, par la négociation collective, permettre un assouplissement des conditions de travail en fonction des besoins de l'entreprise n'est pas nouvelle¹³³. Généralement accompagnée d'un engagement de l'employeur à maintenir l'emploi, cette idée correspond à la pratique de l'accord de compétitivité, inspirée de nos voisins allemands¹³⁴. Le législateur ayant empilé différents régimes juridiques en la matière, les Ordonnances du 22 septembre 2017 se sont employées à les unifier et les simplifier. À ce titre, l'accord de performance collective fusionne quatre anciens dispositifs prévus par la loi.

Il absorbe en premier lieu **l'accord de réduction du temps de travail**¹³⁵, créé par la loi « Aubry » du 19 janvier 2000, tirant les conséquences du passage à une durée légale de 35 heures par semaine¹³⁶. En second lieu, il recouvre **l'accord de maintien de l'emploi**¹³⁷, créé par la loi du 14 juin 2013, permettant à l'employeur d'assouplir la rémunération et la durée de travail des salariés en échange d'un engagement de l'employeur à maintenir l'emploi. Limité aux seuls cas de graves difficultés économiques, cet accord donnant-donnant était néanmoins trop contraignant¹³⁸. Contourné en pratique par les entreprises, concluant des accords de compétitivité hors de ce cadre juridique¹³⁹, l'accord de maintien de l'emploi constituait un échec retentissant. L'accord de performance collective absorbe également **l'accord de mobilité**

¹³² Ordonnance du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, n°2017-1385, JOFR n°0223 du 23 septembre 2017

¹³³ I. DAUZET et Ph. ROZEC, « L'accord "à froid" après l'ordonnance du 22 septembre : de la négociation d'adaptation ? » *JCP S*, 2018

¹³⁴ F. FAVENNEC, « Les accords de maintien de l'emploi », *JCP S*, 2014, p. 1186

¹³⁵ Ancien art. 1222-8 du Code du travail

¹³⁶ G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 32^{ème} éd., 2019

¹³⁷ Ancien art. 5125-1 du Code du travail

¹³⁸ I. DAUZET et Ph. ROZEC, « L'accord "à froid" après l'ordonnance du 22 septembre : de la négociation d'adaptation ? » *JCP S*, 2018

¹³⁹ F. FAVENNEC, « Les accords de maintien de l'emploi », *JCP S*, 2014, p. 1186

interne¹⁴⁰, créé par la loi du 14 juin 2013, permettant à l'employeur de proposer une mutation aux salariés sans qu'une clause de mobilité soit prévue dans leurs contrats de travail. Pour finir, l'accord de performance collective supprime aussi **l'accord de développement et de préservation de l'emploi**¹⁴¹, destiné à sauver des emplois en intervenant d'avantage en amont des difficultés économiques. Créé par la loi « Travail » du 8 août 2016, ce dispositif n'avait toutefois pas eu le temps de faire ses preuves avant son abrogation par les Ordonnances du 22 septembre 2017.

Loin d'être une figure complètement nouvelle, l'accord de performance collective apparaît donc comme l'héritier de quatre anciens accords collectifs, s'inscrivant dans le cadre de la « *négociation d'adaptation* »¹⁴².

42. Des cas de recours élargis. L'accord de performance collective peut être utilisé en vue de « *répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise* » ou en vue de « *préserver, ou de développer l'emploi* »¹⁴³. Ce sont des cas de recours bien plus larges que les anciens accords de maintien de l'emploi, limités aux seuls cas de « *graves difficultés économiques conjoncturelles* »¹⁴⁴.

Si on analyse en détail ces deux cas de recours, on constate que le second ne fait pas réellement difficulté. Il s'agit d'une simple reprise de la formule utilisée pour les anciens *accords de développement et de préservation de l'emploi*. Il révèle simplement l'existence d'accords offensifs (destinés à « développer » l'emploi) aux côtés des traditionnels accords défensifs (destinés à « préserver » l'emploi).

Le premier cas de recours – les « *nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise* » - pose en revanche plus de difficultés. Si le législateur semble s'être prémuni d'un risque de contrariété au Droit international en reprenant la même formule que l'article 4 de la Convention n°158 de l'OIT, il s'agit néanmoins d'une formule extrêmement large. En effet, toute décision prise par l'employeur en matière de gestion n'est-elle pas « *nécessaire au fonctionnement de l'entreprise* » ? Pour caractériser la spécificité de ce cas de recours, le contrôle du juge sera ici

¹⁴⁰ Ancien art. 2242-19 du Code du travail

¹⁴¹ Ancien art. 2254-2 du Code du travail

¹⁴² I. DAUZET et Ph. ROZEC, « L'accord "à froid" après l'ordonnance du 22 septembre : de la négociation d'adaptation ? » *JCP S*, 2018

¹⁴³ Art. 2254-2 du Code du travail

¹⁴⁴ Ancien art. 5125-1 du Code du travail

déterminant. À ce sujet, le Conseil constitutionnel¹⁴⁵ a précisé que le juge devrait contrôler la « *pertinence des motifs* » de l'accord, ce que l'on peut comprendre comme le contrôle de la *réalité* des motifs, et le contrôle du *lien entre ces motifs et les mesures* envisagées¹⁴⁶. Toutefois, cela ne devra en aucun cas s'apparenter à un contrôle d'opportunité, car il est de jurisprudence constante depuis l'arrêt *SAT*¹⁴⁷ que l'employeur est seul juge de ses choix de gestion¹⁴⁸.

43. Un domaine d'application ciblé. L'accord de performance collective peut porter sur l'un des trois sujets suivants : la « *durée de travail* », la « *rémunération* » et la « *mobilité géographique ou professionnelle* »¹⁴⁹. Si ce domaine d'application paraît à première vue limité, il est en réalité ciblé sur les éléments essentiels du contrat de travail. Ces derniers relèvent traditionnellement de la « *modification du contrat de travail* » et non du simple « *changement des conditions de travail* »¹⁵⁰ et ne peuvent donc être pas modifiés sans l'accord préalable du salarié. C'est ici tout l'intérêt de l'accord de performance collective que de déroger à une telle exigence.

En cas de fluctuations de l'activité, l'employeur pourra ainsi plus facilement réduire la durée de travail ou aménager celle-ci d'une façon différente pour éviter le paiement d'heures supplémentaires. À ce titre, l'accord de performance collective peut inclure ou modifier deux dispositifs préexistants en matière de temps de travail : *l'accord d'aménagement du temps de travail* et les *conventions de forfait-jours*. Cette incorporation n'est toutefois pas sans poser difficulté.

Lorsque l'accord de performance collective intègre un **accord d'aménagement du temps de travail**, le Code du travail précise qu'il en respecte tout le régime, à l'exception d'une disposition : l'article L 3121-43 du Code du travail, selon laquelle l'accord d'aménagement du temps « *ne constitue pas une modification du contrat de travail* ». Pourquoi une telle disposition est-elle écartée ? Ceci peut s'expliquer de la manière suivante : dans le cas de l'accord de performance collective, l'aménagement du temps de travail est justement reconnu comme une

¹⁴⁵ CC, 21 mars 2018, n°2018-761 DC

¹⁴⁶ F. ROSA, « Nouveaux outils d'anticipation - Trois questions/réponses autour des nouveaux outils d'anticipation pour l'entreprise - Étude », *Cahiers du droit de l'entreprise*, 2019, dossier 13

¹⁴⁷ AP, 8 décembre 2000, n°97-44.219 ; D, 2001, p. 1125

¹⁴⁸ Y. PAGNERRE, « Les accords de performance collective », *Dr. soc.*, 2018, p. 694

¹⁴⁹ Art. L 2254-2 du Code du travail

¹⁵⁰ G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 32^{ème} éd., 2019

« *modification* » du contrat de travail, pour permettre le licenciement du salarié s'il la refuse¹⁵¹. Le refus de la qualification de « *modification* » doit donc être écarté.

En outre, lorsque l'accord de performance collective intègre une **convention de forfait-jours**, une distinction est opérée selon qu'il la « *met en place* » ou qu'il la « *modifie* »¹⁵². Si l'accord « *met en place* » une convention de forfait-jours, il doit respecter l'intégralité de son régime, dont la nécessité d'un accord préalable du salarié. Si l'accord modifie simplement une convention de forfait-jours préexistante, il n'a pas besoin de respecter un tel accord préalable du salarié. La portée de l'accord de performance collective est donc affaiblie dans le premier cas : l'accord ne peut pas alors *imposer* le forfait-jours au salarié, mais seulement le lui *proposer*. Dès lors, si le salarié refuse le forfait-jours, il ne sera pas considéré comme ayant refusé l'accord de performance collective lui-même, et ne pourra pas faire l'objet d'un licenciement pour ce seul motif du refus¹⁵³, seul applicable pour l'accord.

Outre le temps de travail, l'accord de performance collective peut aussi porter sur la rémunération et la mobilité. En cas de difficultés de l'entreprise, l'employeur pourra ainsi geler les salaires¹⁵⁴, ou redéployer les effectifs sur les zones de productions les moins touchées¹⁵⁵.

Si l'employeur dispose donc d'une assez grande marge de manœuvre pour déterminer les contours de l'accord de performance collective, il doit toutefois respecter les limites d'ordre public. En matière de durée de travail, par exemple, l'accord ne doit pas contrevenir à la durée maximale du temps de travail et aux périodes de repos¹⁵⁶. En matière de rémunération, l'accord ne peut pas réduire le salaire en dessous du SMIC (Salaire minimum interprofessionnel de croissance) ou en-dessous des *minimas* conventionnels¹⁵⁷. Enfin, en matière de mobilité professionnelle, l'accord ne doit pas remettre en cause la classification professionnelle établie par la branche, qui conserve sur ce point la primauté sur l'accord collectif¹⁵⁸.

¹⁵¹ M. OLLIVIER et B. TAILLARDAT-PIETRI, « L'accord de performance collective (APC) », *Liaisons sociales Quotidien*, dossier pratique n°204/2018, 2018

¹⁵² Art. L 2254-2 I du Code du travail

¹⁵³ G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 32^{ème} éd., 2019

¹⁵⁴ *Le Lamy social*, Wolters Kluwer, 2018, chapitre 9 : accord de performance collective

¹⁵⁵ I. DAUZET et Ph. ROZEC, « L'accord "à froid" après l'ordonnance du 22 septembre : de la négociation d'adaptation ? » *JCP S*, 2018

¹⁵⁶ *Le Lamy social*, Wolters Kluwer, 2018, chapitre 9 : accord de performance collective

¹⁵⁷ M. OLLIVIER et B. TAILLARDAT-PIETRI, « L'accord de performance collective (APC) », *Liaisons sociales Quotidien*, dossier pratique n°204/2018, 2018

¹⁵⁸ *Le Lamy social*, Wolters Kluwer, 2018, chapitre 9 : accord de performance collective

44. Un mécanisme adopté par la pratique. Au 31 mars 2019, 142 accords de performance collective avaient déjà été conclus¹⁵⁹, ce qui en atteste l'intérêt. Nous sommes bien loin de l'échec des anciens « accords de maintien de l'emploi », dont seule une dizaine avaient été conclus en quatre ans¹⁶⁰. Parmi les thèmes abordés vient en premier lieu le temps de travail, puis la rémunération, et enfin la mobilité géographique¹⁶¹.

45. Toutefois, le succès (relatif) de l'accord de performance collective pose question au regard de sa grande force de frappe.

b) Un effet redoutable

46. La « substitution ». D'après l'article L 2254-2 III du Code du travail, « *les stipulations de l'accord [de performance collective] se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail* ». Que faut-il entendre par cet effet de « substitution » ?

D'une manière générale, la « **substitution** » désigne le « remplacement »¹⁶². Ici, les clauses de l'accord collectif *remplacent* celles du contrat de travail avec lesquelles elles entrent en contradiction. Si la notion de substitution attire l'attention, elle n'est pourtant pas nouvelle en droit du travail¹⁶³. On la retrouve par exemple dans le domaine de l'articulation entre accords collectifs, à travers la figure des « accords de substitution »¹⁶⁴ (en cas de dénonciation d'un accord collectif antérieur). On la retrouve également – et c'est ce qui nous importe ici – dans le domaine de l'articulation entre accord collectif et contrat de travail, en jurisprudence. Pour expliquer le principe de faveur, la Cour de cassation affirme en effet que « *seules les dispositions plus favorables d'un accord collectif peuvent se substituer aux clauses du contrat* »¹⁶⁵. Cherchant à vaincre ce principe dans le cas de l'accord de performance collective, rien d'étonnant à ce que le gouvernement reprenne la même formule. Cette fois, les clauses de l'accord collectif « se substituent » à celles du contrat de travail même si elles sont moins

¹⁵⁹ F. MEHREZ, « Nouvelles opportunités de négociation en entreprise : quelques points de vigilance à garder à l'esprit », *Actuel RH*, 2018

¹⁶⁰ « Muriel Pénicaut : “La réforme du Code du travail commence à porter ses fruits” », *Les Echos*, 29/04/2019

¹⁶¹ F. MEHREZ, « Nouvelles opportunités de négociation en entreprise : quelques points de vigilance à garder à l'esprit », *Actuel RH*, 2018

¹⁶² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Puf, 12^{ème} éd., 2018

¹⁶³ B. GAURIAU, « L'accord de performance collective depuis la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 (À propos de l'article L. 2254-2 du code du travail) », *Dr. soc.*, 2018, p.504

¹⁶⁴ Art. L 2261-14 du Code du travail

¹⁶⁵ Soc, 13 novembre 2001, n°99-42.978

favorables. À ce stade, on peut en déduire que la substitution fait référence à une simple *règle de conflit de normes* : les clauses du contrat de travail sont suspendues (ou neutralisées) pendant la durée de l'accord collectif, et reprennent vie à l'expiration de ce dernier¹⁶⁶.

Le terme de « substitution » intrigue cependant lorsqu'il est rapproché du terme de « **modification** » utilisé un peu plus loin au sein du même article L 2254-2 du Code du travail. Les clauses du contrat de travail ne seraient pas simplement *suspendues* par l'accord collectif, mais *transformées* par ce dernier. Cette considération serait d'ailleurs confirmée par le changement de terminologie opéré par rapport aux anciens accords de maintien de l'emploi de 2013 : alors que ces derniers utilisaient le terme de « suspension », le Code du travail n'a pas repris cette formule et lui a préféré le terme de « substitution »¹⁶⁷. Poursuivant cette logique jusqu'au bout, certains députés ont craint une « *modification irrévocable* » du contrat de travail par l'accord de performance collective ; question à laquelle le Conseil constitutionnel n'a d'ailleurs pas véritablement répondu¹⁶⁸.

Toutefois, analyser la substitution opérée par l'accord de performance collective en une « *modification* » du contrat de travail plutôt qu'en une simple « *suspension* » se heurte à deux grands principes du droit du travail. Cela remettrait, en effet, en cause le *principe de l'autonomie des sources en droit du travail*, selon lequel la modification de l'accord collectif n'est pas considérée comme une modification du contrat de travail, et le *principe de la non-incorporation*, selon lequel l'accord collectif ne peut pas être intégré au contrat de travail. Autrement dit, l'accord collectif ne peut, en principe, « modifier » le contrat de travail. Cela découle de nature *réglementaire* de l'accord collectif en droit français : l'accord collectif régit le contrat de travail comme une loi le ferait, et s'applique à ce titre à tous les salariés sans qu'ils puissent en tirer des conséquences personnelles¹⁶⁹.

Dès lors, *comment interpréter le terme de « modification » utilisé par l'article L 2254-2 du Code du travail ?* Trois interprétations sont possibles.

En premier lieu, il pourrait s'agir d'une **dérogation** aux deux grands principes précédemment évoqués, au premier rang desquels se trouve le *principe de non-incorporation*. L'accord

¹⁶⁶ M. MORAND, « Substitution aux clauses conventionnelles ou contractuelle », *SSL*, 2018, n°1801

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ Y. PAGNERRE, « Les accords de performance collective », *Dr. soc.*, 2018, p. 694

¹⁶⁹ G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 32^{ème} éd., 2019

collectif serait donc incorporé au contrat de travail et viendrait, à ce titre, le modifier. Toutefois, il ne semble pas qu'un tel bouleversement ait été voulu par le gouvernement.

En second lieu, il pourrait s'agir d'une **erreur** du gouvernement. L'emploi du terme « modification » serait juridiquement impropre. Il s'agirait en réalité d'une modification « matérielle » du contrat de travail, au sens où le salarié en subirait les conséquences concrètes sur son travail, et non d'une modification « juridique », au sens où l'accord collectif aurait modifié le contrat de travail.

Une **voie intermédiaire** est envisageable. Il s'agirait bien d'une modification *juridique* du contrat de travail (contrairement à la deuxième solution), mais avec un caractère *temporaire*, ce qui ne pourrait pas s'apparenter à une incorporation de l'accord collectif au contrat de travail (contrairement à la première solution). Cette hypothèse a notre faveur. Au vu de la cible de l'accord de performance collective - les éléments essentiels du contrat de travail - il est en effet problématique de ne pas y voir une véritable modification du contrat de travail. Cette modification a cependant un caractère temporaire, en raison de la durée nécessairement limitée de l'accord de performance collective. En effet, soit l'accord de performance collective est à durée déterminée et il a alors un terme, soit il est à durée indéterminée et il est en réalité limité par l'objectif auquel il répond (la fameuse « nécessité de fonctionnement de l'entreprise »). Il y a donc une sorte de condition résolutoire implicite dans l'accord lui-même. Cette troisième hypothèse a l'avantage de valider le terme de « modification » utilisé par l'article L 2254-2 du Code du travail, sans y voir une admission de la théorie de l'incorporation.

47. La substitution de « plein droit ». Les clauses de l'accord de performance collective ne sont pas seulement « substituées » aux clauses du contrat de travail, elles lui sont substituées « de plein droit »¹⁷⁰. Cela signifie que l'accord collectif s'applique *immédiatement*, sans que soit requis le consentement préalable des salariés. Toutefois, cet effet automatique s'articule mal avec la possibilité de refus laissée aux salariés¹⁷¹. En effet, le Code du travail prévoit que les salariés disposent d'un délai d'un mois pour refuser l'application de l'accord collectif à leurs situations personnelles¹⁷². Dès lors, l'accord de performance collective entre-t-il en vigueur *immédiatement* ou seulement *après l'exercice par les salariés de leur droit au refus* ? Cette

¹⁷⁰ Art. 2254-2 du Code du travail

¹⁷¹ G. AUZÉRO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 32^{ème} éd., 2019, n°1383

¹⁷² Art. 2254-1 IV du Code du travail

question est loin d'être purement théorique : elle détermine la situation des salariés pendant le temps de réflexion d'un mois qui leur est laissé. Si l'accord est immédiatement applicable, les salariés y sont soumis (et subissent donc une modification de leurs contrats de travail) alors même qu'ils n'ont pas encore fait leur choix. Si l'accord n'est applicable qu'après l'exercice du droit au refus, les salariés n'y sont soumis qu'une fois le choix opéré, mais cela a pour effet de retarder la mise en œuvre de l'accord et peut poser problème pour l'employeur.

La réponse n'étant pas tranchée par la loi, la prudence est de mise. On ne peut que conseiller à l'employeur d'attendre l'expiration du délai de refus d'un mois avant de déclencher l'application de l'accord¹⁷³.

48. Le licenciement sui generis. Si le salarié refuse l'application de l'accord de performance collective, l'employeur peut le licencier pour le *seul motif du refus*, ce qui est traditionnellement rejeté par la jurisprudence¹⁷⁴. La doctrine nomme cela le « licenciement sui generis » (v. n° 56). Concrètement, le salarié a donc le choix de se soumettre à l'accord collectif ... ou de perdre son emploi.

49. Le bouleversement potentiel du droit du travail. L'accord de performance collective porte en lui de nombreuses dérogations au droit du travail, qui, si elles étaient étendues, pourraient s'avérer problématiques. À ce titre, trois éléments sont particulièrement révélateurs.

En premier lieu, l'accord de performance collective déroge au **droit commun de la modification du contrat de travail**. En effet, au mépris du principe de *force obligatoire* du contrat de travail, l'employeur peut modifier les éléments essentiels du contrat de travail sans l'accord préalable du salarié¹⁷⁵. De même, il peut licencier le salarié pour le seul motif du refus de la modification alors qu'elle ne constitue pas, en principe, une faute¹⁷⁶.

En deuxième lieu, l'accord de performance collective déroge au **principe de faveur**, régissant traditionnellement l'articulation entre accord collectif et contrat de travail. En effet, les clauses de l'accord collectif s'appliquent ici au salarié alors même qu'elles sont moins favorables. L'affaiblissement du principe de faveur ne date toutefois pas de l'accord de performance collective. Il s'inscrit dans un long mouvement législatif, entamé dès la loi du

¹⁷³ M. OLLIVIER et B. TAILLARDAT-PIETRI, « L'accord de performance collective (APC) », *Liaisons sociales Quotidien*, dossier pratique n°204/2018, 2018

¹⁷⁴ Soc, 28 janvier 2005, n° 03-40639

¹⁷⁵ Contraire à l'arrêt de principe Soc, 10 juillet 1996 – *Le Berre*, n°93-41137

¹⁷⁶ Soc, 28 janvier 2005, n° 03-40639

4 mai 2004¹⁷⁷, permettant à l'accord d'entreprise de déroger à l'accord de branche alors même qu'il est moins favorable.

En troisième lieu, l'accord de performance collective déroge au **droit du licenciement**. En effet, en principe, lorsque le salarié refuse une modification de son contrat de travail, il ne peut être licencié que pour motif économique¹⁷⁸. Il bénéficie alors d'une obligation de reclassement et de mesures d'accompagnement. S'il n'est pas le seul salarié à refuser la modification, il bénéficie d'une procédure collective de licenciement pour motif économique¹⁷⁹. Rien de tel ici avec l'accord de performance collective, écartant toutes les garanties du licenciement pour motif économique au profit de la procédure de licenciement pour motif personnel, beaucoup moins protectrice.

La justification de l'accord de performance collective étant extrêmement large, on peut donc craindre qu'il puisse facilement écartier tout un pan protecteur du droit du travail¹⁸⁰. À ce titre, la négociation avec les partenaires sociaux sera déterminante, jouant le rôle de garde-fou.

2. L'accord d'aménagement du temps de travail

50. Plan. Anciennement appelé « *accord de modulation de temps de travail* »¹⁸¹, « *l'accord d'aménagement du temps de travail* » permet d'adapter la durée de travail aux variations d'activité de l'entreprise. Annonçant les grands bouleversements du droit du travail, son évolution en a fait un *dispositif précurseur* (a). Depuis la création de l'accord de performance collective, il est toutefois *menacé* par l'effet d'attraction opéré par ce dernier (b).

a) Un dispositif précurseur

51. Description du mécanisme. L'accord d'aménagement du temps de travail autorise l'employeur à répartir la durée de travail sur une période supérieure à la semaine, généralement

¹⁷⁷ Loi du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, n° 2004-391, JOFR n°105 du 5 mai 2004

¹⁷⁸ Soc, 11 décembre 2001, n°99-42906 et art. L 1222-6 du Code du travail

¹⁷⁹ Art. L 1233-25 du Code du travail

¹⁸⁰ P. LOKIEC, « Le nouveau modèle du droit du travail est-il viable ? », *SSL*, 2017, n°1790

¹⁸¹ Avant la loi du 20 août 2008 n° 2008-789 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, JOFR du 21 août 2008

sur l'année, et au maximum sur trois ans¹⁸². Ce dispositif a deux avantages. En premier lieu, il permet à l'employeur d'adapter la durée de travail aux variations d'activité de son entreprise, et évite ainsi les situations de sous-effectif ou de sur-effectif¹⁸³. En second lieu, il permet à l'employeur de décompter les heures supplémentaires à la fin de la période de référence, et non pas chaque semaine, ce qui permet d'en diminuer le montant. En effet, les périodes de *haute activité*, au cours desquelles les salariés dépassent la durée légale de 35 heures de travail hebdomadaire - et effectuent donc des heures supplémentaires - sont compensées par des périodes de *basse activité*, au cours desquelles ils travaillent en deçà de cette durée légale moyenne de travail¹⁸⁴.

L'accord d'aménagement du temps de travail répond donc aux besoins de flexibilité des entreprises. Il peut être mis en œuvre en cas de difficultés économiques, pour faire face à des périodes de basse activité. En ce sens, il constitue une véritable alternative au licenciement pour motif économique.

52. La soumission du contrat de travail à l'accord collectif. La loi du 22 mars 2012, dite « loi Warsmann »¹⁸⁵ a introduit un nouvel article au sein du Code du travail selon lequel « *la mise en place d'un dispositif d'aménagement du temps de travail (...) ne constitue pas une modification du contrat de travail* »¹⁸⁶. Par cette formule, le législateur a brisé une jurisprudence contraire, affirmant qu'il s'agissait d'une modification du contrat et imposant à ce titre l'accord préalable des salariés avant la mise en place du dispositif¹⁸⁷. Or, cette solution jurisprudentielle était critiquable à plus d'un titre. En premier lieu, l'accord d'aménagement du temps de travail n'entraînait ni réduction ni augmentation du temps de travail, mais un simple changement dans la répartition des horaires de travail, ce qui constituait moins une « modification du contrat de travail » qu'un simple « changement des conditions de travail »¹⁸⁸. En deuxième lieu, le dispositif était alors soumis à l'exigence systématique du consentement préalable des salariés, risquant de conduire à la « *mort annoncée des accords d'annualisation du temps de travail* »¹⁸⁹. Le législateur a donc pris les devants et instauré dans ce cas précis la

¹⁸² Art. L 3121-44 du Code du travail

¹⁸³ P. LOPES, L'adaptation de la relation de travail pour motif économique, Thèse, LexisNexis, 2018, n°116

¹⁸⁴ G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 32^{ème} éd., 2019

¹⁸⁵ Loi du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, n° 2012-387, JOFR n°0071 du 23 mars 2012

¹⁸⁶ Art. L 3121-43 du Code du travail

¹⁸⁷ Soc, 28 sept. 2010, n°08-43.161

¹⁸⁸ F. FAVENNEC, « Une mort annoncée des accords collectifs d'annualisation du temps de travail ? », *SSL*, 2010, n°1464

¹⁸⁹ *Ibid.*

primauté de l'accord collectif sur le contrat de travail¹⁹⁰. Par-là, il annonçait les bouleversements futurs du droit du travail, caractérisés par la montée en puissance de l'accord d'entreprise et le déclin du contrat de travail. En ce sens, il confirmait le statut de la durée de travail comme *terrain d'expérimentation* pratique¹⁹¹.

b) *Un dispositif menacé*

53. L'effet d'attraction de l'accord de performance collective. S'il n'a pas été absorbé par *l'accord de performance collective*, contrairement à d'autres mécanismes¹⁹², *l'accord d'aménagement du temps de travail* en subit néanmoins la concurrence directe et immédiate. Il porte en effet sur le même objet – la durée de travail – tout en disposant d'une force de frappe bien plus réduite. L'accord d'aménagement du temps de travail ne peut *qu'aménager* la durée de travail, c'est-à-dire en modifier la répartition, sans pouvoir ni l'augmenter, ni la réduire¹⁹³. L'accord de performance collective peut, quant à lui, *aménager, augmenter ou réduire* la durée de travail, et même *modifier la rémunération* en conséquence¹⁹⁴. Créé dans les années 1980¹⁹⁵, l'accord d'aménagement du temps de travail semble donc perdre toute utilité face au tout nouvel accord de performance collective. *Pour autant, l'accord d'aménagement du temps de travail est-il amené à disparaître ?* À cette question, une réponse négative semble s'imposer.

En pratique, l'accord d'aménagement du temps de travail peut tirer avantage de son caractère ancien et donc « *rassurant* » auprès des salariés. À titre d'exemple, l'entreprise PHOTONIS a préféré proposer aux syndicats un accord d'aménagement du temps de travail plutôt qu'un accord de performance collective, pourtant plus efficace, car elle le savait mieux connu par ces derniers et donc plus simple à négocier ¹⁹⁶.

¹⁹⁰ M. MORAND, « L'accord d'aménagement du temps de travail », *JCP S*, 2012, p. 1145

¹⁹¹ F. FAVENNEC, « Nouvelles articulations : la durée du travail comme terrain d'expérimentation », *JCP S*, n°25, 2016, p.1293

¹⁹² Accord de réduction du temps de travail, accord de mobilité interne, accord de maintien de l'emploi, accord de préservation et de développement de l'emploi

¹⁹³ F. FAVENNEC, « Une mort annoncée des accords collectifs d'annualisation du temps de travail ? », *SSL*, 2010, n°1464

¹⁹⁴ Art. L 2254-2 du Code du travail

¹⁹⁵ Il est issu de l'Ordonnance du 16 janvier 1982 relative à la durée du travail et aux congés payés, n° 82-41, JOFR du 17 janvier 1982

¹⁹⁶ Interview avec Louise MICHEL, DRH de l'entreprise PHOTONIS

En outre, le Code du travail permet à l'employeur d'inclure un accord d'aménagement du temps de travail au sein d'un accord de performance collective. Ceci pose néanmoins une difficulté technique. En effet, en cas de refus de l'accord par un salarié, l'accord d'aménagement du temps de travail entraîne un licenciement *pour faute*, alors que l'accord de performance collective entraîne un licenciement *sui generis*. Le conflit semble se résoudre en faveur du licenciement *sui generis*, mais rien n'est indiqué clairement dans la loi. Lorsqu'un accord de performance collective intègre un accord d'aménagement du temps de travail, la loi précise simplement que l'article L 3121-43 du Code du travail est écarté. Or, selon cet article, la mise en place d'un accord d'aménagement du temps de travail constitue une modification du contrat de travail – ce qui fait du refus de l'accord, une faute du salarié. En écartant l'article L 3121-43 du Code du travail, la loi semble donc ici écarter le régime du *licenciement pour faute*. C'est ce qui permet d'en déduire que le régime du licenciement *sui generis* prime ici.

54. La menace du droit européen. Dans une décision du 15 mars 2019, le Comité des droits sociaux¹⁹⁷ a condamné le recours à l'accord d'aménagement du temps de travail lorsqu'il porte sur une période de référence de plus d'un an. Depuis la loi « Travail » du 8 août 2016¹⁹⁸, l'employeur peut en effet aménager le temps de travail sur une période de plus d'un an - et de maximum 3 ans - si cela est autorisé par un accord de branche. Or, en 2016, la branche métallurgie s'est emparée de cette possibilité, ce qui a fait l'objet d'une saisine devant le Comité européen des droits sociaux par la CGT (Confédération générale des travailleurs). Le Comité a donc été amené à se prononcer sur la conventionnalité d'un tel dispositif. S'il ne condamne pas toute faculté d'aménagement du temps de travail par accord collectif, il estime qu'une période de référence supérieure à 1 an viole l'article 4 § 2 de la Charte sociale européenne, selon lequel les salariés ont droit à une majoration de rémunération pour les heures de travail supplémentaires. Selon le Comité, il serait déraisonnable de priver les salariés de cet avantage pendant plus d'un an. Cette analyse est néanmoins contestable¹⁹⁹. En effet, lorsque la période de référence est supérieure à un an, le Code du travail impose de prévoir une limite hebdomadaire au-delà de laquelle les heures supplémentaires sont considérées comme

¹⁹⁷ CEDS, 18 octobre 2018 - *CGT c. France*, n°154/2017

¹⁹⁸ Loi du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, n° 2016-1088, JOFR n°0184 du 9 août 2016

¹⁹⁹ M-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, « Comité européen des droits sociaux et aménagement du temps de travail », *JCP S*, 2019, p. 1139

effectuées, et payées avec le salaire considéré à la fin du mois²⁰⁰. Les salariés bénéficient donc bien du paiement de leurs heures supplémentaires.

La portée de cette décision doit être relativisée. Organe non juridictionnel, le Comité des droits sociaux rend de simples avis, sans force contraignante²⁰¹.

B. L'emprunt au licenciement pour motif personnel

55. Plan. Si le salarié refuse l'accord de performance collective ou l'accord d'aménagement du temps de travail, il peut être licencié pour ce simple motif. Il s'agit d'un *licenciement sui generis* dans le premier cas (a) et d'un *licenciement pour faute* dans le second cas (b). Derrière la différence de terminologie, la logique est identique : la procédure du licenciement pour motif économique est mise à l'écart au profit de celle du licenciement pour motif personnel, beaucoup plus souple.

1. Le licenciement sui generis

56. Plan. Le licenciement sui generis est un *mécanisme particulier* (a) sur lequel plane la *menace de l'inconventionalité* (b).

a) La description du mécanisme

57. La qualification du licenciement sui generis. Si le salarié refuse l'application de l'accord de performance collective à son contrat de travail, son licenciement repose sur « *un motif spécifique* »²⁰², que la doctrine a nommé « licenciement *sui generis* »²⁰³. Cette appellation se justifie au regard de la nature particulière de ce licenciement.

D'une part, il ne s'agit pas d'un licenciement pour *motif personnel*, car le refus de la modification du contrat de travail n'est, en principe, pas une faute du salarié (sauf si le législateur en décide autrement, ce qui n'est pas le cas ici). D'autre part, il ne s'agit pas non plus d'un licenciement pour *motif économique*, car il suit ici la procédure de licenciement pour

²⁰⁰ Art. L 3121-44 al. 3 du Code du travail

²⁰¹ M-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, « Comité européen des droits sociaux et aménagement du temps de travail », *JCP S*, 2019, p. 1139

²⁰² Art. L 2254-2 du Code du travail

²⁰³ G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 32^{ème} éd., 2019

motif personnel. En effet, l'article L 2254-2 du Code du travail, relatif à l'accord de performance collective, fait référence aux principales dispositions du licenciement pour motif personnel : l'exigence d'un entretien préalable²⁰⁴, d'une notification du licenciement²⁰⁵, d'un préavis²⁰⁶, d'une indemnité de licenciement²⁰⁷, de la remise d'un certificat de travail²⁰⁸ et d'un reçu de solde de tout compte²⁰⁹.

Pourquoi la procédure du licenciement pour motif personnel s'impose-t-elle ici ? Cela s'explique par la volonté du gouvernement de faire échapper l'employeur aux contraintes de la procédure du licenciement pour motif économique, plus particulièrement à celles du licenciement *collectif* pour motif économique (c'est-à-dire à l'obligation de mettre en place un PSE). Cela entraîne toutefois une moindre protection pour les salariés : ils ne bénéficient pas, par exemple, de l'obligation de reclassement et des mesures d'accompagnement hors de l'entreprise. Le Conseil constitutionnel a cependant validé cela en estimant, dans une analyse un peu rapide, que les garanties du licenciement pour motif personnel étaient suffisantes²¹⁰.

58. La présomption de cause réelle et sérieuse. Le Code du travail dispose que le « *motif spécifique* » sur lequel repose le licenciement *sui generis* constitue une « *cause réelle et sérieuse* ». Certains auteurs y ont vu une présomption *irréfragable*²¹¹ de cause réelle et sérieuse, empêchant toute contestation du licenciement aux prud'hommes²¹². Cette analyse est toutefois contestable. Si présomption il y a, il s'agit plus vraisemblablement d'une présomption *simple*, c'est-à-dire admettant la preuve contraire. En effet, le salarié garde toujours la possibilité de contester le défaut de régularité de la procédure, dont certaines violations peuvent être sanctionnées par un licenciement sans cause réelle et sérieuse, comme des garanties de fond. C'est par exemple le cas du non-respect du délai d'un mois laissé au salarié pour refuser l'accord, si on raisonne par analogie avec le régime de la modification du contrat de travail pour motif économique²¹³.

²⁰⁴ Art. L 1232-2 du Code du travail

²⁰⁵ Art. L 1232-6 du Code du travail

²⁰⁶ Art. L 1234-1 du Code du travail

²⁰⁷ Art. L 1234-9 du Code du travail

²⁰⁸ Art. L 1234-19 du Code du travail

²⁰⁹ Art. L 1234-20 du Code du travail

²¹⁰ CC, 21 mars 2018, n°2018-761 DC, considérant 28

²¹¹ B. GAURIAU, « L'accord de performance collective depuis la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 (À propos de l'article L. 2254-2 du code du travail) », *Dr. soc.*, 2018, p.504

²¹² P. LOKIEC, « Accord collectif et contrat de travail », *Dr. soc.*, 2017, p. 1024

²¹³ Soc, 10 décembre 2003, n° 01-40225

b) *La menace de l'inconventionalité*

59. La confrontation avec le Droit de l'OIT. Le motif du licenciement *sui generis* étant présumé justifié par la loi, le contrôle du juge sur le licenciement en est considérablement affaibli. Dès lors, on peut se demander si cela ne viole pas l'article 8 de la convention n°158 de l'OIT, garantissant au salarié le *droit d'accès à un juge* en cas de licenciement injustifié, et l'article 9 de cette même convention, selon lequel « *en cas de licenciement motivé par les nécessités du fonctionnement de l'entreprise* », le juge doit vérifier si le licenciement est véritablement intervenu pour ce motif. On voit que l'article 9 correspond même exactement à la situation de l'accord de performance collective, destiné à répondre aux « *nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise* ». Un véritable risque d'inconventionalité plane donc sur le régime du licenciement *sui generis*.

Face à cela, il est possible de répliquer que le salarié garde la possibilité de contester son licenciement sur d'autres fondements.

En premier lieu, plutôt que de s'attaquer au motif du licenciement, le salarié a toujours la possibilité de combattre *le motif de l'accord collectif* qui constitue le fondement. Autrement dit, il peut contester l'existence même d'une « *nécessité de fonctionnement de l'entreprise* »²¹⁴. En second lieu, comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel²¹⁵, le salarié peut toujours contester la *régularité de la procédure de licenciement*, c'est-à-dire le respect des délais d'1 mois de réflexion et de 2 mois pour licencier, ainsi que les garanties du licenciement pour motif personnel (entretien préalable, notification, préavis...). Il est vrai cependant que les irrégularités de licenciement ne sont que faiblement sanctionnées en droit : elles donnent lieu à des dommages-intérêts d'un mois de salaire²¹⁶ (sauf lorsqu'elles sont assimilées à des garanties de fond et sanctionnées par des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse). Enfin, le salarié peut réfuter l'une des conditions essentielles d'application de l'accord de performance collective : *la contrariété entre les clauses de son contrat de travail et celles de l'accord collectif*²¹⁷.

²¹⁴ Y. PAGNERRE, « Les accords de performance collective », *Dr. soc.*, 2018, p. 694

²¹⁵ CC, 21 mars 2018, n°2018-761 DC, considérant 28 : « *le fait que la loi ait réputé le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse n'interdit pas au salarié de contester ce licenciement devant le juge afin que ce dernier examine si les conditions prévues aux paragraphes III à V de l'article L. 2254-2 du code du travail sont réunies* »

²¹⁶ Art. L 1235-2 al. 4 du Code du travail

²¹⁷ B. GAURIAU, « L'accord de performance collective depuis la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 (À propos de l'article L. 2254-2 du code du travail) », *Dr. soc.*, 2018, p.504

60. La confrontation avec le Droit de l'Union européenne. Deux arrêts rendus le 21 septembre 2017 par la Cour de justice de l'Union européenne²¹⁸, les affaires « Socha » et « Ciupa », interrogent sur la compatibilité de l'accord de performance collective avec la directive européenne de 1998 sur les licenciements collectifs²¹⁹. Ces décisions ont été rendues à propos du *congé-modification* du droit polonais, un mécanisme permettant une modification du contrat de travail pour motif économique, proche de l'accord de performance collective du droit français. Dans ces affaires, la CJUE a estimé que les ruptures du contrat de travail découlant du refus des salariés étaient assimilables à des « *licenciements pour un motif non inhérent à la personne du travailleur* », et entraient donc dans le champ d'application de la directive européenne de 1998. À ce titre, elles devaient être comptabilisées dans le seuil de déclenchement de la procédure de licenciement collectif, et entraînaient donc l'obligation de consulter les représentants des travailleurs - notamment sur des mesures d'accompagnement - et l'obligation de notifier le projet de licenciement à l'Administration. Deux garanties que l'accord de performance collective français ne respecte pas, et qui pourraient donc être invoquées contre lui²²⁰.

2. Le licenciement pour faute

61. Une insoumission fautive²²¹. En matière d'aménagement du temps de travail, la loi ne précise pas la qualification du licenciement pour refus du salarié. Celle-ci peut néanmoins être déduite de l'article L 3121-44 du Code du travail, selon lequel « *la mise en place d'un dispositif d'aménagement du temps de travail ne constitue pas une modification du contrat de travail* ». On comprend en effet qu'en s'opposant à l'accord d'aménagement du temps de travail, le salarié refuse un simple changement de ses conditions de travail – et non pas une modification de son contrat de travail – ce qui constitue une faute, justifiant son licenciement. Cela produit donc le même effet que le licenciement *sui generis* étudié précédemment, à savoir la mise à l'écart du régime du licenciement pour motif économique au profit de celui plus souple de licenciement pour motif personnel, mais par une technique différente - la disqualification de la modification du contrat de travail.

²¹⁸ CJUE, 21 sept. 2017, aff. C 149/16, Socha (1er arrêt) et C 429/16, Ciupa (2e arrêt)

²¹⁹ Directive du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs, 98/59/CE

²²⁰ L. DIGUEZ, « Le droit français de la modification du contrat de travail pour motif économique bousculé par la CJUE », *Dr. soc.*, 2018, p. 356

²²¹ Formule utilisée par M. MORAND, « L'accord d'aménagement du temps de travail », *JCP S*, p. 1145

62. Conclusion de chapitre. Par conséquent, la loi offre à l'employeur un certain nombre d'instruments pour *aménager* – plutôt que *rompre* - la relation de travail, et éviter ainsi les effets dévastateurs d'un PSE. En cas de refus des salariés, c'est-à-dire lorsque la rupture de la relation de travail devient inévitable, la loi va plus loin en autorisant un licenciement délié des contraintes du PSE. En ce sens, l'employeur dispose de véritables alternatives au licenciement pour motif économique.

L'aménagement de la relation de travail n'a toutefois de sens que lorsqu'elle est mise en œuvre suffisamment en amont des difficultés économiques. Si l'employeur tarde à agir, d'autres alternatives prennent le relais, consistant à *rompre la relation de travail de manière amiable*.

CHAP. 2 : La rupture amiable de la relation de travail

63. La rupture amiable, un outil plébiscité par les entreprises. « Lorsque les dirigeants d'une entreprise envisagent une restructuration [...], ils se posent généralement deux questions. Comment mener cette opération sans faire de vague ? Comment éviter tout risque de contentieux ? »²²². C'est ainsi qu'est née la pratique des « plans de départs volontaires », dans laquelle la suppression des effectifs ne concerne que les salariés volontaires. Concrètement, un acte *collectif* offre la possibilité aux salariés de conclure, au niveau *individuel*, une rupture amiable avec leur employeur. En évitant les départs contraints, une telle pratique constitue une alternative au licenciement pour motif économique.

64. Plan. Récemment, les Ordonnances du 22 septembre 2017²²³ ont cherché à promouvoir ce recours au volontariat²²⁴. Au traditionnel plan de départs volontaires (PDV), encadré par la seule jurisprudence, elles ont ajouté un dispositif plus sécurisé dans le Code du travail : la *rupture conventionnelle collective* (RCC) (**Section I**). Quant au *congé de mobilité*, jusque-là sous-exploité, elles lui ont donné une nouvelle place en le transformant en mesure d'accompagnement privilégiée de la RCC (**Section II**).

Section I. Un dispositif sécurisé : la rupture conventionnelle collective

65. Plan. Déplorant le manque de sécurité juridique entourant les plans de départs volontaires, les Ordonnances dites « Macron » du 22 septembre 2017 ont cherché à y remédier en créant la RCC. Hérité du *passé* (A), ce mécanisme n'en est pas moins une solution *d'avenir*, dont il convient d'analyser les potentialités (B).

²²² S. NIEL, « PDV/ RCC : tests comparatifs », *Les cahiers du DRH*, 2018, p. 38-43

²²³ Ordonnance du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, n° 2017-1387, JOFR du 23 septembre 2017

²²⁴ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, n° 2017-1387 : « Dans la mesure où cela permet de limiter le nombre de licenciements contraints et d'encourager les projets professionnels et personnels des salariés, le développement du recours au volontariat doit être encouragé »

A. L'héritage de la rupture conventionnelle collective

66. Plan. La RCC, loin d'être une *révolution*, correspond plutôt à une *innovation*. En effet, elle puise ses origines dans des dispositifs connus, dont elle cherche à imiter les succès et à corriger les défauts²²⁵.

D'une part, elle est présentée comme transposant au niveau *collectif* un mécanisme ayant fait ses preuves au niveau *individuel*, **la rupture conventionnelle** (1). D'autre part, elle consacre dans le *Code du travail* un mécanisme né dans la *pratique*, **le plan de départs volontaires** (2).

1. L'influence de la rupture conventionnelle individuelle

67. Plan. « *La rupture conventionnelle a fait ses preuves, elle est plébiscitée par la pratique, pourquoi ne pas la consacrer au plan collectif ! Voilà pour la communication du gouvernement* » résume Monsieur le Professeur Alexandre Fabre ²²⁶. Pourtant, comme il l'explique lui-même, le régime de la RCC est très éloigné de celui de la rupture conventionnelle individuelle. En réalité, cette dernière a surtout eu une influence sur le *plan théorique*, en opérant un changement de paradigme (a). En revanche, sur le *plan pratique*, elle n'a joué qu'un rôle modeste, étant inadaptée au niveau collectif (b).

a) Une influence décisive sur le plan théorique

68. La création de la rupture conventionnelle individuelle a entraîné un véritable changement de paradigme en droit du travail. Elle a entériné l'idée selon laquelle la rupture du contrat de travail pouvait être *contractualisée*, et a encouragé la *mise à l'écart du droit du licenciement*.

69. La contractualisation de la rupture. Largement admise aujourd'hui, la rupture du contrat de travail par un accord de volontés a longtemps fait l'objet d'une grande méfiance. Certains auteurs y ont en effet vu un contournement au droit du licenciement²²⁷, et donc une

²²⁵ L. MARQUET DE VASSELOT et A. MARTINON « Rupture du contrat de travail et suppression d'emplois », *JCP S*, 2017, p. 1312

²²⁶ A. FABRE, « Que reste-t-il du droit du licenciement pour motif économique ? », *SSL*, 2017, n°1784, p. 3

²²⁷ C. RADÉ, « L'autonomie du droit du licenciement, brefs propos sur les accords de résiliation amiable du contrat de travail et les transactions », *Dr. soc.*, 2000, p. 178 ; J. SAVATIER, « Les limites de la faculté de résiliation amiable du contrat de travail », *RJS*, 2004, n°179

mise à l'écart des garanties qu'il contenait. La jurisprudence a toutefois fini par en admettre la validité, affirmant que « *le contrat de travail peut prendre fin non seulement par un licenciement ou par une démission, mais encore du commun accord des parties* »²²⁸. Par la loi du 25 juin 2008, le législateur est allé plus loin, en consacrant et encadrant cette possibilité. La « rupture conventionnelle » était née²²⁹.

À première vue, la création de la rupture conventionnelle ne constitue pas un changement majeur. Elle s'inscrit simplement dans les pas de la jurisprudence antérieure, et ne fait qu'appliquer un célèbre principe du droit commun, le *mutuus dissensus*²³⁰, selon lequel ce que les parties ont fait à deux elles peuvent le défaire pareillement. En réalité, il s'agit d'un véritable changement de paradigme. Le législateur « *adme[t] la liberté contractuelle dans un droit [le droit du licenciement] largement dominé par l'ordre public de protection* »²³¹. En ce sens, la rupture conventionnelle participe d'un véritable mouvement de contractualisation de la rupture du contrat de travail²³², qui s'est étoffé récemment avec la création de la RCC.

70. L'autonomie vis-à-vis du licenciement pour motif économique. Outre leur logique contractuelle commune, la rupture conventionnelle individuelle et la RCC partagent également une même logique d'autonomie²³³. Elles sont, en effet, toutes deux extraites du régime du licenciement pour motif économique, et constituent une catégorie autonome de rupture du contrat de travail. Les deux logiques – contractuelle et d'autonomie - ne sont d'ailleurs pas sans lien : l'accord de volonté, propre à la logique *contractuelle*, vient légitimer l'absence de motif économique, propre à la logique *d'autonomie*.

Dans ce mouvement de repli du droit du licenciement, la rupture conventionnelle individuelle a donc constitué la première pierre. L'article L 1237-11 du Code du travail énonce ainsi qu'elle est « *exclusive du licenciement* », une formule que l'on retrouve de manière similaire dans la RCC. L'article L 1237-19 du Code du travail précise en effet que la RCC « *exclu[t] tout licenciement pour atteindre les objectifs qui lui sont assignés en termes de suppression d'emplois* », ce qui se matérialise en pratique par un engagement de maintien de l'emploi. Dans

²²⁸ Soc, 2 déc. 2003, n°01-46.540, *RJS* 2004, n°179

²²⁹ Art. 1237-11 et suivants du Code du travail

²³⁰ Nouvel art. 1193 du Code civil

²³¹ A. MAZEAUD, *Droit du travail*, 10^{ème} éd., LGDJ, 2016, § 743

²³² G. LOISEAU, « Quelques observations sur les ruptures collectives d'un commun accord », *SSL*, 2017, n°1788, p. 9

²³³ *Ibid.*

les deux cas, la référence au motif économique est donc inopérante et la procédure de licenciement pour motif économique est écartée.

Toutefois, lorsque la rupture conventionnelle (individuelle ou collective) intervient dans un contexte de difficultés économiques, la frontière avec le droit du licenciement pour motif économique – plus particulièrement avec le PSE – est mise à rude épreuve. Deux logiques sont alors à l'œuvre : d'une part *l'autonomie* de la rupture conventionnelle, et d'autre part *l'impérativité* du droit du licenciement pour motif économique.

Pour la rupture conventionnelle individuelle, le problème s'est posé lors d'un célèbre arrêt du 9 mars 2011²³⁴. La question était la suivante : *les ruptures conventionnelles individuelles doivent-elles être comptabilisées aux côtés des licenciements pour motif économique pour déclencher la procédure de PSE ?* La Cour d'appel a répondu par l'affirmative à cette question, faisant primer l'impérativité du droit du licenciement sur l'autonomie de la rupture conventionnelle. Toute l'opération de restructuration a donc été soumise à la procédure de PSE, sans pour autant que les salariés partis en ruptures conventionnelles puissent en bénéficier (ils n'ont fait que permettre le déclenchement de la procédure de PSE pour les départs postérieurs). Pour la RCC, la Cour de cassation n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur ses liens avec le PSE, mais cela ne saurait tarder. En effet, dans un récent arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 14 mars 2019²³⁵, s'est posée la question suivante : *l'existence d'un motif économique fait-elle obstacle à la mise en place d'une RCC, au prétexte que cela constituerait une fraude au PSE ?* La Cour d'appel a répondu par la négative. Cette fois, contrairement à l'arrêt précédent, l'autonomie de la rupture conventionnelle a été préservée.

Ces deux solutions jurisprudentielles, rendues dans des sens différents, interrogent. En réalité, une même logique s'en dégage. La jurisprudence veille à ce que la rupture conventionnelle *ne serve pas à contourner* le droit du licenciement (cas du 1^{er} arrêt), sans pour autant *assujettir* directement celle-ci au droit du licenciement (cas du 2^{ème} arrêt).

²³⁴ Soc, 9 mars 2011, n°10-11.581 ; F. FAVENNEC, « Ruptures collectives pour motif économique », in *Les rencontres de la chambre sociale de la Cour de cassation*, Dalloz, mars 2011

²³⁵ CAA Versailles, 4^{ème} ch, 14 mars 2019, n°18VE04158 ; « L'existence d'un motif économique n'exclut pas le recours à la RCC », *Liaisons sociales*, 26/03/2019

b) *Une influence relative sur le plan technique*

71. Des différences notables. La RCC serait-elle, *au niveau collectif*, la simple transposition de la rupture conventionnelle *individuelle* comme l'affirme le Gouvernement ?²³⁶ Rien n'est moins sûr. Techniquement, les deux régimes sont en effet très différents.

La première différence tient à **l'identité des parties**. Dans la rupture conventionnelle individuelle les clauses sont négociées entre *l'employeur et le salarié*, tandis que dans la RCC, elles sont négociées entre *l'employeur et les partenaires sociaux* (par accord collectif)²³⁷. Dès lors, dans la RCC, le salarié ne peut qu'adhérer à un dispositif déjà défini par d'autres, et sa marge de manœuvre est beaucoup plus limitée que dans la rupture conventionnelle individuelle.

La deuxième différence tient à **l'étendue du contrôle administratif**²³⁸. Dans la rupture individuelle, le contrôle de la Direccte porte sur *l'accord de rupture* conclu entre l'employeur et le salarié. Si plusieurs ruptures individuelles sont conclues, il y a aura donc autant de contrôles administratifs que d'accords de rupture. Or, c'est justement pour remédier à cette contrainte que la RCC a été créée. En effet, dans ce deuxième cas, seul *l'accord collectif posant le principe de la rupture* est contrôlé, et non chaque accord de rupture individuel en découlant. Dès lors, le contrôle de la RCC est beaucoup plus souple.

La troisième différence tient à la **nature des dispositifs**. La RCC comprend deux phases : un accord collectif autorisant des ruptures individuelles, et des *accords individuels de rupture* en découlant. La rupture conventionnelle individuelle ne comprend qu'une seule phase : *l'accord individuel de rupture*. Dans les deux hypothèses on retrouve donc un *accord individuel de rupture*, ce qui pourrait laisser penser qu'il s'agit du même type d'acte. En réalité, il n'en est rien. En effet, l'article L 1237-17 du Code du travail, relatif à la rupture conventionnelle individuelle, prend soin d'exclure de son champ d'application toute rupture conclue dans le cadre d'une RCC. Dans la pratique, cette dernière est donc dénommée « *rupture*

²³⁶ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail : « *transposer ce qui a constitué un succès au niveau individuel - la rupture conventionnelle, créée par une négociation interprofessionnelle en 2008 -, au niveau collectif.* »

²³⁷ L. de MONTVALON « Le point sur les ruptures conventionnelles du contrat de travail », *Cahier Lamy du CSE*, 2018, n°187

²³⁸ J-M. MIR et F. AKNIN, « La rupture conventionnelle collective, une simplicité apparente et de nombreuses questions pratiques », *JCP S*, 2017, p. 2140-2141

amiable », pour la différencier de la « *rupture conventionnelle* » individuelle. Dès lors, le régime très protecteur de la rupture conventionnelle individuelle ne s'applique pas aux ruptures amiables conclues dans une RCC. Sont notamment exclus les entretiens préalables avec l'employeur²³⁹ et le droit de rétractation de 15 jours ²⁴⁰, destinés à garantir l'intégrité du consentement du salarié. De même, la formalisation de la rupture du contrat de travail est réduite au strict minimum dans le cadre d'une RCC ²⁴¹ : il suffit que l'accord du salarié soit accepté par l'employeur²⁴² ; rien n'indiquant que cela doit être fait par écrit comme dans la rupture conventionnelle individuelle²⁴³.

72. Un effet d'annonce à dépasser. Techniquement, la RCC est donc très éloignée de la rupture conventionnelle individuelle. Pourquoi, dans ce cas, la création de la première a-t-elle été présentée comme une transposition de la seconde *au niveau collectif* ? Au vu du succès de la rupture conventionnelle individuelle, il s'agissait probablement là d'un moyen de légitimer le nouveau dispositif de la RCC. En raison de sa force symbolique²⁴⁴, l'expression « rupture conventionnelle » collective a donc été préférée à celle initialement choisie de « plan de départs volontaires ». Toutefois, les mots ne doivent pas tromper : c'est bien du plan de départs volontaires que la RCC s'est principalement inspirée.

2. L'influence du plan de départs volontaires

73. Plan. « *Personne ne peut [l']ignorer, l'objectif premier [de la RCC est de] clarifier le régime des plans de départs volontaires* »²⁴⁵. Depuis quelques années, le cadre juridique des PDV était en effet fortement critiqué²⁴⁶ pour son manque de lisibilité et de prévisibilité. La RCC a donc été créée pour *sécuriser* les PDV (a). Dans cette perspective, s'est posée la question de l'éventuelle *absorption* des PDV par la RCC (b).

²³⁹ Art. L 1237-12 du Code du travail

²⁴⁰ Art. L 1237-12 al. 3 du Code du travail

²⁴¹ S. DUMAS et M. LE ROY « Rupture conventionnelle collective : un hybride vraiment séduisant ? », *Les cahiers du DRH*, 2017, n°247

²⁴² Art. L 1237-19-2 du Code du travail

²⁴³ Art. L 1237-11 du Code du travail

²⁴⁴ A. FABRE, « Que reste-t-il du droit du licenciement pour motif économique ? », *SSL*, 2017, n°1784, p. 3

²⁴⁵ L. MARQUET DE VASSELOT et A. MARTINON « Rupture du contrat de travail et suppression d'emplois », *JCP S*, 2017

²⁴⁶ *Ibid.*

a) *La sécurisation des plans de départs volontaires*

74. L'insécurité juridique, fléau des PDV. Nés dans la pratique, les PDV ont été créés comme une alternative moins traumatisante que les licenciements pour motif économique²⁴⁷. Ils permettent en effet d'éviter les départs contraints, en proposant aux salariés volontaires de quitter l'entreprise et de les accompagner dans leurs projets professionnels.

À partir des années 1990, la jurisprudence a toutefois cherché à ramener les PDV dans le giron du droit du licenciement pour motif économique²⁴⁸. Le PDV a alors perdu ce qui avait fait son intérêt : son régime autonome. Dans un célèbre arrêt « CEPME » du 10 avril 1991²⁴⁹, la Haute Cour a ainsi affirmé que « toute opération de gestion du personnel tendant pour un motif économique à la suppression de nombreux emplois s'analyse en un projet de licenciement collectif ». Cette vision, par trop simpliste et réductrice, a par la suite été affinée. Cette rectification n'a toutefois fait qu'ajouter un second problème au premier : en plus de perdre son autonomie, le PDV, à force de raffinements, est devenu source d'une extrême complexité.

75. Le régime jurisprudentiel des PDV. Par souci de clarté, tentons d'esquisser le régime actuel des PDV.

En principe, dès lors qu'ils reposent sur une cause économique, les PDV sont soumis au droit du licenciement pour motif économique – plus particulièrement au régime du PSE. Cette solution, posée par la jurisprudence précitée « CEPME »²⁵⁰, a été consacrée dans le dernier alinéa de l'article L 1233-3 du Code du travail.

Par exception, en raison de leur spécificité (le recours au volontariat), la jurisprudence a fait échapper le PDV à certaines dispositions du droit du licenciement pour motif économique. Ainsi, l'employeur n'a pas l'obligation de respecter l'**ordre des licenciements**²⁵¹ ou de **notifier le licenciement** au salarié²⁵². Ces solutions sont logiques : puisque qu'il s'agit de *ruptures amiables* et non de *licenciements*, les garanties classiques du licenciement ne trouvent pas à s'appliquer.

²⁴⁷ S. DUMAS et M. LE ROY « Rupture conventionnelle collective : un hybride vraiment séduisant ? », *Les cahiers du DRH*, 2017, n°247

²⁴⁸ F. FAVENNEC, « Les plans de départs volontaire », *Dr. soc.*, 2011, p. 622

²⁴⁹ Soc, 10 avril 1991 – CEPME, n°89-18.485 confirmé par Soc, 22 fév. 1995 – IBM, n°92-11.566

²⁵⁰ Soc, 10 avril 1991 – CEPME, n°89-18.485, préc.

²⁵¹ Soc, 12 juillet 2004 – Société Elf EP - n° 02.19-175 confirmé récemment par Soc, 1^{er} juin 2017 - n°16-15.456

²⁵² Soc, 2 nov. 2005 - n°02-44.721

En outre, depuis un célèbre arrêt « Renault » (2010)²⁵³, lorsque le PDV est dit « *autonome* », c'est-à-dire lorsqu'il exclut tout recours au licenciement pour atteindre les objectifs de suppression de postes, il échappe également à l'une des dispositions phare du PSE : **le plan de reclassement interne**. Ce dernier consiste à chercher, au sein de l'entreprise, un autre poste au salarié dont l'emploi est supprimé. Cette solution peut s'expliquer de la manière suivante : dans un PDV le salarié veut quitter l'entreprise, donc il est inutile de lui proposer un autre poste dans cette même entreprise.

Cependant, une telle position n'est pas exempte de critiques. Sur le plan *pratique*, en effet, si les salariés ne connaissent pas toutes leurs possibilités de reclassement, il est probable qu'ils ne puissent pas faire le choix de quitter l'entreprise en toute connaissance de cause²⁵⁴. De plus, sur un plan plus *technique*, retirer le plan de reclassement interne au PDV risque de le vider de sa substance²⁵⁵.

Ces critiques peuvent toutefois être relativisées. En effet, la solution posée par l'arrêt « Renault » de 2010 ne vaut que pour les PDV *autonomes* (c'est-à-dire exclusifs de tout licenciement), et non pour les PDV *mixtes* (associés à des licenciements). Or c'est dans le deuxième cas, impliquant des départs contraints, que la protection des salariés est la plus nécessaire. De plus, si le plan de reclassement *interne* est écarté, le plan de reclassement *externe* demeure quant à lui obligatoire²⁵⁶. Il permet d'accompagner le salarié dans sa recherche d'emploi, une fois qu'il est hors de l'entreprise. En effet, de nos jours, les PDV ne se résument plus comme dans les années 1970 à de simples *chèques-valises*²⁵⁷, c'est-à-dire au versement d'indemnités de départ.

La jurisprudence a donc exclu l'application de nombreuses dispositions du PSE aux PDV. *Dès lors, que reste-il du régime du PSE dans les PDV ?* C'est là que l'opération de clarification devient nécessaire. En premier lieu, demeure l'obligation d'**information-consultation** des

²⁵³ Soc, 26 oct. 2010 – *RENAULT*, n° 09-15.187 FS-PBRI. Les juridictions administratives, qui sont désormais en charge du contentieux sur le PSE ont jugé de la même manière : CAA Paris, 12 mars 2015 - *FRANCE TELEVISIONS*, n° 14PA05025, *RDT*, 2015

²⁵⁴ J. PÉLISSIER, « Le reclassement interne est-il incompatible avec les départs volontaires ? », *SSL*, 2010

²⁵⁵ E. DOCKÈS, « le plan de sauvegarde de l'emploi sans reclassement : naissance d'une chimère », *SSL*, 2010, n°1465

²⁵⁶ Soc, 25 janvier 2012 – *COMPLETEL*, n°10-23.516 ; Soc, 9 oct. 2012 – *Air France KLM*, n° 11-23.142

²⁵⁷ F. FAVENNEC, « Les plans de départs volontaire », *Dr. soc.*, 2011, p. 622

représentants du personnel²⁵⁸, caractéristique des procédures de licenciements collectifs. En second lieu, persiste la **priorité de réembauche**²⁵⁹, permettant à un salarié de retrouver un poste de manière prioritaire dans l'entreprise après en être parti. À première vue, la priorité de réembauche paraît peu compatible avec le départ volontaire : en effet, si le salarié a voulu partir de l'entreprise, ce n'était pas pour y revenir. En réalité, on peut considérer que comme la rupture a eu lieu dans un contexte de difficultés économiques, ce n'était pas un départ *purement* volontaire.

76. PDV et motif économique. Une question se pose à propos de la nécessité d'un **motif économique** dans le PDV. On sait qu'au niveau *individuel*, un salarié ne peut pas contester la rupture amiable découlant du PDV sur le fondement du motif économique²⁶⁰. En revanche, au niveau *collectif*, l'employeur doit-il justifier d'un motif économique pour mettre en place un PDV ? La jurisprudence ayant admis les PDV autonomes, c'est-à-dire déconnectés de tout licenciement pour motif économique, la logique voudrait qu'un tel motif ne soit pas nécessaire dans ce cas-là. En outre, les PDV pouvant être inclus dans les accords de GPEC, c'est-à-dire en amont de tout risque de licenciement collectif, la même réponse devrait là aussi s'imposer²⁶¹. Toutefois, comme la jurisprudence sur les PDV s'est principalement prononcée dans des cas où il y avait des difficultés économiques – et donc un motif économique - un tel motif semble être devenu une obligation.

La jurisprudence a donc joué un rôle majeur dans la construction du PDV, oscillant entre *autonomie* à l'égard du droit du licenciement (en raison de l'accord de volontés sur lequel il repose) et *dépendance* vis-à-vis de ce dernier (en raison de son contexte de difficultés économiques)²⁶².

Cette construction prétorienne, dénuée de toute référence textuelle, n'était pas satisfaisante. C'est pour remédier à ce problème qu'a été créée la RCC.

²⁵⁸ Exemples : Soc, 2 déc. 2003 – Crédit Lyonnais - n°01-46540, *Dr soc*, 2004 p. 318 ; Soc, 4 avril 2006 n° 04-48.055

²⁵⁹ Soc, 13 sept. 2005 n°04-40.135

²⁶⁰ Soc, 8 février 2012 – n°10-27.176

²⁶¹ F. FAVENNEC, « Les plans de départs volontaire », *Dr. soc.*, 2011, p. 622

²⁶² L. MARQUET DE VASSELOT et A. MARTINON « Rupture du contrat de travail et suppression d'emplois », *JCP S*, 2017

77. La sécurisation introduite par la RCC. Dans son rapport accompagnant les Ordonnances du 22 septembre 2017, le Gouvernement regrettait que « *l'employeur [soit] contraint d'appliquer la procédure prévue dans le cadre des [PSE] alors même qu'il n'envisage pas de suppression de poste si les salariés ne sont pas volontaires au départ* »²⁶³. C'est pourquoi, d'emblée, l'article L 1237-19 du Code du travail relatif à la RCC exclut l'application du droit du licenciement pour motif économique.

Conceptuellement, le changement est majeur. Comme le relève le Professeur Grégoire Loiseau, « *alors que les plans de départs volontaires dérogent, sur certains points, au droit du licenciement économique dont ils subissent pour le reste l'attraction, les ruptures conventionnelles collectives n'ont plus de lien avec celui-ci, la cessation de la relation de travail s'inscrivant dans une logique strictement contractuelle.* »²⁶⁴

Techniquement, en revanche, le changement est moindre. En effet, le régime du PDV avait d'ores et déjà été partiellement soustrait au droit du licenciement pour motif économique par la jurisprudence. Venant à sa suite, la RCC sert donc principalement à consacrer les solutions jurisprudentielles acquises. Plus précisément, c'est le régime du PDV autonome que l'on retrouve dans la RCC²⁶⁵. Dans les deux cas, un acte collectif propose aux salariés de quitter leur entreprise, par le relais d'accords individuels de rupture, tout en excluant le licenciement pour atteindre les objectifs de suppression d'emplois. Dans cette perspective, il y a donc obligation de maintien de l'emploi²⁶⁶, absence de plan de reclassement interne (mais présence d'un plan de reclassement externe)²⁶⁷, et absence de critères d'ordre des licenciements (remplacés par des « critères de départage » des candidats)²⁶⁸.

Si le régime des anciens PDV est donc plus clair grâce à la RCC, l'objectif de sécurisation est toutefois partiellement rempli. Il reste en effet de nombreuses questions non résolues, qui devront être précisées lors du contrôle administratif auquel est soumise la RCC (v. n°95)

²⁶³ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, n° 2017-1387

²⁶⁴ G. LOISEAU, « Quelques observations sur les ruptures collectives d'un commun accord », *SSL*, 2017, n°1788, p. 9

²⁶⁵ F. CHAPEAUX, « La RCC cheval de troie du PSE ? », *SSL*, 2018, n°1838

²⁶⁶ Art. L 1237-19 du Code du travail

²⁶⁷ Art. L 1237-19-1, 7° du Code du travail

²⁶⁸ Art. L 1237-19-1, 6° du Code du travail

b) *La disparition des plans de départs volontaires ?*

78. Le positionnement du problème. « À peine sortie de sa coquille, la RCC suscite un premier débat : vient-[elle] se substituer aux PDV autonomes, ou constitue-t-[elle] un mécanisme de plus dans la palette des plans de départs volontaires ? »²⁶⁹. La question de l'articulation de la RCC avec les PDV concerne uniquement les *PDV autonomes*, et non les *PDV mixtes*, car elle n'est en concurrence qu'avec les premiers. En effet, la RCC est exclusive de tout licenciement, comme les PDV autonomes, ce qui n'est pas le cas des PDV mixtes²⁷⁰. Autrement dit, un employeur voulant mettre en place des départs volontaires doit-il forcément respecter la procédure de RCC ou peut-il encore passer par un *PDV autonome* ? L'enjeu est de taille car une différence majeure subsiste entre RCC et PDV autonome. Dans le premier cas, l'employeur ne peut avoir recours qu'à un *accord collectif*, tandis que dans le second cas, il peut avoir recours à un accord collectif ou à *un acte unilatéral*. Dès lors, si la RCC a vocation à absorber le PDV autonome, l'employeur ne pourra plus jamais décider *unilatéralement* de mettre en place des départs volontaires.

79. La résolution du problème. Sur la question de l'absorption des PDV autonomes par la RCC, les avis divergent. La doctrine majoritaire réfute cependant une telle absorption. Cette position semble la plus convaincante, comme nous allons le démontrer.

Concernant l'**esprit** des textes sur la RCC, certains auteurs ont pu soutenir qu'il serait « *illogique de critiquer les solutions applicables aux PDV autonomes, incertaines et incomplètes, [et de les laisser subsister]* »²⁷¹. Il faudrait donc, selon eux, que la RCC remplace définitivement le PDV autonome. À cela, le Gouvernement a lui-même répondu que son « *intention n'a[vait] jamais été de substituer [la RCC] aux régimes antérieurs* »²⁷². En réalité, en consacrant ce nouveau dispositif, il a simplement souhaité « *donner une "prime" à la mise en place d'un PDV autonome par accord. Ainsi seules les entreprises concluant un tel accord bénéficient d'une procédure spéciale hors PSE, aux contraintes allégées, tant au regard du rôle*

²⁶⁹ L. MARQUET DE VASSELLOT et A. MARTINON « Rupture du contrat de travail et suppression d'emplois », *JCP S*, 2017, p. 1312

²⁷⁰ P. MORVAN, « La salade des ruptures conventionnelles », *Dr. soc.*, 2018, p. 26

²⁷¹ G. AUZÉRO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 32^{ème} éd., *Précis Dalloz*, 2019

²⁷² C. CHEVRIER (Déléguée générale à l'emploi et à la formation professionnelle), « La RCC, un nouvel outil de gestion prévisionnelle des emplois », *SSL*, 2018

des IRP que du contrôle de l'administration »²⁷³. L'esprit des textes sur la RCC ne permet donc pas d'en déduire la disparition des PDV autonomes.

Lorsqu'on examine, non plus l'esprit des textes, mais la **lettre** de ceux-ci, les arguments militent là encore pour un maintien du PDV autonome.

En premier lieu, aucune disposition du Code du travail n'exclut la cohabitation des deux dispositifs que sont PDV autonome et RCC²⁷⁴.

En second lieu, la rédaction de certains articles du Code du travail continue de laisser une place au PDV autonome. Ainsi, le dernier alinéa de l'article L 1233-3 du Code du travail (sur le motif économique) évoque la « rupture du contrat de travail » pour motif économique et non le « licenciement » pour motif économique, ce qui montre qu'il peut exister d'autres modes de rupture du contrat de travail que ceux visés par la loi, tel le PDV²⁷⁵. De plus, comme le fait remarquer le Professeur Grégoire Loiseau, l'article 80 *duodecies* du Code général des impôts, réformé par les lois de finances pour 2018 et pour 2019, a fait le choix de distinguer les indemnités versées dans le cadre de l'article « *L 1237-19 du Code du travail* » (c'est-à-dire de la RCC) et celles issues d'un « *départ volontaire* » (c'est-à-dire d'un PDV)²⁷⁶.

L'obstacle majeur au maintien du PDV autonome pourrait cependant résider dans l'application de l'**adage *specialia generalibus derogant*** (« **le spécial déroge au général** »). En vertu de cet adage, la RCC (le dispositif spécial) aurait vocation à prendre la place du PDV autonome (le dispositif général). Cette crainte est alimentée par la position qu'a eu la jurisprudence en matière de rupture conventionnelle individuelle²⁷⁷. En effet, dans un arrêt du 15 octobre 2014²⁷⁸, elle a estimé qu'au niveau individuel la *rupture amiable* ne pouvait plus intervenir que dans le cadre de la *rupture conventionnelle individuelle*. De la même manière, au niveau collectif, pourrait-

²⁷³ S. PÉLICIER-LOEVENBRUCK et C. DUMEL, « Le nouveau paysage des dispositifs d'adaptation de l'emploi alternatifs au PSE », *SSL*, 2018, n°1800

²⁷⁴ A. FABRE « Rupture conventionnelle collective et congé de mobilité : de faux jumeaux », *SSL*, 2018, n°1800

²⁷⁵ S. PÉLICIER-LOEVENBRUCK et C. DUMEL, « Le nouveau paysage des dispositifs d'adaptation de l'emploi alternatifs au PSE », *SSL*, 2018, n°1800

²⁷⁶ G. LOISEAU, « Quelques observations sur les ruptures collectives d'un commun accord », *SSL*, 2017, n°1788, p. 9

²⁷⁷ C. CHEVRIER (Déléguée générale à l'emploi et à la formation professionnelle), « La RCC, un nouvel outil de gestion prévisionnelle des emplois », *SSL*, 2018 : « *Il est vrai qu'une partie de la doctrine s'est interrogée sur le maintien des PDV autonomes compte tenu de la solution dégagée par la Cour de cassation dans son arrêt du 15 octobre 2014 à propos de la rupture conventionnelle individuelle.* »

²⁷⁸ Soc, 15 oct. 2014, n°11-22.251, Bull. civ. V, n°241, *Dr. soc.* 2014, p. 1066, note J. MOULY ; *JCP S* 2014, note G. LOISEAU ; *RDT* 2014, p. 752, note L. BENTO DE CARVALHO, *SSL* n°1693, p. 16, note F. FAVENNEC

elle affirmer que les *départs volontaires* ne peuvent plus intervenir que dans le cadre de la *RCC* ?

La réponse est à notre sens négative. Le raisonnement par analogie ne fonctionne pas ici. En effet, la rupture conventionnelle individuelle avait le même champ d'application que la rupture amiable, de sorte que les dispositifs étaient en concurrence directe²⁷⁹. Or, la *RCC* n'a pas le même champ d'application que le *PDV* autonome, et n'englobe donc pas toutes les hypothèses de départs volontaires. La *RCC* a été conçue comme un outil de restructuration « à froid », l'autorisant à prévoir des mesures hors de toute difficulté économique, contrairement au *PDV* autonome, qui ne semble ne pouvoir être mis en place qu'en cas de motif économique²⁸⁰. Les deux dispositifs ne portent donc pas sur le même objet, et ne peuvent se voir appliquer l'adage *specialia generalibus derogant*.

Pour toutes ces raisons, la *RCC* n'a pas vocation à absorber le *PDV* autonome.

80. Les sources d'influence de la *RCC* étant précisées, il convient d'analyser ses potentialités pour l'avenir.

B. L'avenir de la rupture conventionnelle collective

81. Plan. « *Pimkie, PSA, la Société Générale, IBM ou encore Les Inrocks... Alors que le nouveau dispositif de la rupture conventionnelle collective (RCC) n'est opérationnel que depuis [un peu plus d'un an], plusieurs grandes entreprises s'en sont déjà emparées.* »²⁸¹ La *RCC* semble promise à un bel avenir, en raison de ses *multiples atouts* (1). Il y a tout de même une ombre au tableau : le risque d'un *contrôle administratif sévère* (2).

1. Les atouts de la rupture conventionnelle collective

²⁷⁹ G. LOISEAU, « Quelques observations sur les ruptures collectives d'un commun accord », *SSL*, 2017, n°1788, p. 9

²⁸⁰ Étude, « Trois questions/réponses autour des nouveaux outils d'anticipation pour l'entreprise », *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 2, 2019, dossier 13

²⁸¹ Dossier « La rupture conventionnelle collective », *Liaisons sociales Quotidien*, 15 mars 2018

82. Plan. À sa création, la RCC a été présentée comme un outil innovant, « *donnant [à l'employeur] la capacité d'anticiper et de s'adapter de façon simple, rapide et sécurisée* »²⁸². Qu'en est-il en réalité ? Il convient de se pencher plus en détail sur les atouts de la RCC, pour démêler le *fantasme* (a) de la *réalité* (b).

a) *Les atouts apparents*

83. Un régime parfaitement autonome ? La RCC a été conçue et présentée comme un moyen de soustraire les plans de départs volontaires au droit du licenciement pour motif économique. Sans être fausse, cette analyse mérite d'être nuancée. En effet, lorsqu'on étudie précisément le régime de la RCC, on constate que certaines contraintes du licenciement pour motif économique n'ont pas disparu. Nous allons en étudier deux exemples.

La première contrainte tient à l'exigence d'un **contrôle administratif**. En effet, l'accord portant RCC doit être validé par la Direccte²⁸³, tout comme le PSE lorsqu'il est établi par accord collectif²⁸⁴. Dès lors, rien d'étonnant à ce qu'y on retrouve les mêmes conséquences : le silence de l'Administration au terme d'un délai de quinze jours emporte décision tacite de validation²⁸⁵, et il existe un bloc de compétence au profit du juge administratif pour statuer tant sur la décision de validation que sur l'accord en lui-même²⁸⁶.

La deuxième contrainte tient à la nécessité de **mesures d'accompagnement**. Même si l'employeur dispose d'une grande liberté conventionnelle dans le cadre de la RCC, il n'en demeure pas moins obligé de proposer des mesures d'accompagnement aux salariés²⁸⁷, comme dans un PSE. À ce titre, le Professeur Patrick Morvan relève que « *le copier-coller le plus spectaculaire figure aux articles L. 1237-19-9 à L. 1237-19-14 [sur la RCC] où a été transposé l'entier dispositif de "revitalisation des bassins d'emploi", qui s'applique aux licenciements collectifs de grande ampleur prononcés par des entreprises ou groupes d'entreprises d'au moins 1 000 salariés* »²⁸⁸.

²⁸² Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail

²⁸³ Art. L 1237-19-3 du Code du travail pour la RCC

²⁸⁴ Art. L 1233-57-2 du Code du travail pour le PSE

²⁸⁵ Art. L 1237-19-4 du Code du travail pour la RCC ; Art. L 1233-57-4 du Code du travail pour le PSE

²⁸⁶ Art. L 1237-19-8 pour la RCC, Art. L 1235-7-1 pour le PSE

²⁸⁷ Art. L 1237-19-1, 7° du Code du travail pour la RCC ; Art. 1233-62 du Code du travail pour le PSE

²⁸⁸ P. MORVAN, « La salade des ruptures conventionnelles », *Dr. soc.*, 2018, p. 26

84. Une durée plus courte ? La rapidité est souvent mise en avant pour vanter les mérites de la RCC par rapport au PSE ou au PDV²⁸⁹. À la différence de ces derniers, elle pourrait être conclue plus rapidement car elle ne serait encadrée par aucun des délais légaux de consultation des représentants du personnel et d'expertise²⁹⁰. En réalité, les praticiens²⁹¹ expriment plutôt le constat inverse : comme la RCC ne peut se faire que par accord collectif, et non par décision unilatérale (contrairement au PSE ou PDV), elle est beaucoup plus longue à mettre en place car elle dure tout le temps de la négociation collective. À titre d'exemple, au sein de la société Téléperformance, l'accord de RCC a nécessité au moins quatre mois de négociation²⁹².

85. Un coût moindre ? De manière provocatrice, un journal a pu écrire : « *sabrer dans les effectifs en s'exonérant d'un trop coûteux plan de licenciements ? C'est possible, grâce à la "rupture conventionnelle collective"* »²⁹³. En réalité, tous les praticiens s'accordent à réfuter une telle affirmation. En premier lieu, la loi prévoit elle-même que les indemnités de rupture versées dans le cadre de la RCC ne peuvent pas être inférieures à celles d'un PSE²⁹⁴. En second lieu, en pratique, les délégués syndicaux acceptent difficilement de signer l'accord de RCC si l'employeur ne prévoit pas de généreuses indemnités de rupture²⁹⁵. Cela prend le plus souvent la forme d'« indemnités additionnelles de rupture » (allant au-delà du montant prévu pour les indemnités légales de licenciement), et d'« indemnités différentielles de salaire »²⁹⁶ (prenant en charge, pendant un certain temps, la différence de salaire entre l'ancien emploi et le nouvel emploi).

86. Les avantages de la RCC ne sont donc pas ceux exposés ci-dessus. Ils existent toutefois bel et bien, et sont exposés ci-dessous.

²⁸⁹ « Avantages et inconvénients de la rupture conventionnelles collectives », *Les Echos*, 18/07/2018

²⁹⁰ S. NIEL, « PDV/ RCC : tests comparatifs », *Les cahiers du DRH*, 2018, p. 38-43

²⁹¹ Entretien avec deux avocats : Maître Virigile ZEIMET et Maître Anastasia FLEURY

²⁹² J. SPORTES, « Rupture conventionnelle collective et PSE : deux dispositifs aux modalités divergentes mais répondant à des finalités similaires », *Les cahiers Lamy du CSE*, N° 18, 2018

²⁹³ « Pimkie, PSA, IBM : Peinard, la DRH, avec la rupture conventionnelle collective » *Alternatives Libertaires*, 02/08/201

²⁹⁴ Art. L 1237-19-1, 5° du Code du travail

²⁹⁵ « Avantages et inconvénients de la rupture conventionnelle collective », *Les Echos*, 18/07/2018

²⁹⁶ Entretien avec deux avocats : Maître Virigile ZEIMET (Cabinet Chassany Watrelot & Associés) et Maître Anastasia FLEURY (Cabinet Desfilis)

b) *Les atouts réels*

87. L'indifférence du motif économique. Si la RCC présente de nombreuses similitudes avec le PDV, elle s'en différencie néanmoins sur un point majeur : le motif économique. En effet, « dans le cadre de la RCC, aucune justification économique n'est imposée pour initier un accord »²⁹⁷ contrairement au PDV. Dès lors, la RCC peut être envisagée simplement pour renforcer la compétitivité de l'entreprise, par exemple en vue d'une évolution des qualifications, d'une réduction des coûts salariaux ou d'un redéploiement des activités²⁹⁸. Cela a par exemple été le cas en 2018 dans l'entreprise IBM, où la RCC n'a pas eu lieu pour cause de difficultés économiques, mais pour opérer un changement de stratégie. Elle a en effet servi à redéployer les effectifs de l'entreprise dans le département intelligence artificielle et sécurité informatique²⁹⁹.

De l'indifférence du motif économique, découle une règle importante : l'employeur a la *possibilité de prévoir un nombre de départs plus importants que le nombre de suppression de postes*³⁰⁰. Autrement dit, contrairement à un PDV, l'employeur peut accepter le départ de certains salariés tout en réembauchant ensuite des salariés sur les postes laissés vacants. Cela s'explique par le fait qu'il n'y ait pas ici de difficultés économiques, donc d'impératif de suppression de postes. Par exemple, en 2018, l'entreprise PSA a conclu une RCC portant sur 1 300 postes, en annonçant qu'elle effectuerait dans la foulée 1 300 embauches, et ferait entrer 2 000 jeunes en alternance³⁰¹. Le projet s'inscrivait ainsi dans le cadre d'une pratique connue, consistant à renouveler la pyramide des âges dans l'entreprise³⁰².

Le motif économique étant indifférent dans la RCC, elle peut donc être conclue sans qu'il en existe un, tout comme elle peut être conclue alors qu'il est présent. C'est ce qu'ont décidé les

²⁹⁷ J. SPORTES, « Rupture conventionnelle collective et PSE : deux dispositifs aux modalités divergentes mais répondant à des finalités similaires », *Les cahiers Lamy du CSE*, N° 18, 2018

²⁹⁸ S. NIEL, « PDV/ RCC : tests comparatifs », *Les cahiers du DRH*, 2018, p. 38-43

²⁹⁹ « Pimkie, PSA, IBM : Peinard, la DRH, avec la rupture conventionnelle collective » *Alternatives Libertaires*, 02/08/2018

³⁰⁰ Q/R n°2

³⁰¹ « PSA prévoit 1 300 ruptures conventionnelles collectives en 2018 », *Le Monde*, 09/01/2018

³⁰² « Pimkie, PSA, IBM : Peinard, la DRH, avec la rupture conventionnelle collective » *Alternatives Libertaires*, 02/08/201

juges administratifs dans un jugement du 16 octobre 2018³⁰³, confirmé par la Cour d'appel dans un arrêt du 14 mars 2019³⁰⁴ (pour plus de précisions, v. n°94).

88. Une procédure allégée. La RCC bénéficie d'une procédure plus souple que celle du droit du licenciement économique. En effet, elle n'impose *pas d'obligation de consultation* préalable du CSE, et requiert seulement qu'il soit informé (pour plus de précisions, v. n°94) En outre, la *logique des seuils* – propre au PSE - est écartée : le dispositif est accessible quelle que soit la taille de l'entreprise et le nombre de suppressions de postes envisagé³⁰⁵. Enfin, la RCC n'impose aucune obligation de reclassement interne des salariés, contrairement au PSE.

89. Un régime fiscal et social de faveur. La loi de finances pour 2018³⁰⁶ a aligné le régime des indemnités de départ versées dans le cadre de la RCC sur celui, très favorable, des indemnités de licenciement du PSE. Elles bénéficient ainsi des mêmes exonérations d'impôt sur le revenu (totales) et de cotisations sociales (dans la limite de deux fois le PASS, soit environ 80 000 €)³⁰⁷. Certains y ont vu un « *mélange des genres* » condamnable³⁰⁸, mais force est de constater que cela favorise le recours à la RCC.

90. La RCC présente donc de nombreux avantages, de nature à lui garantir un rapide succès. Toutefois, un tel phénomène pourrait être annihilé par un contrôle trop strict de la part de l'Administration.

2. Le risque d'un contrôle administratif sévère

91. Plan. Pour être mise en œuvre, la RCC doit obtenir une autorisation administrative. À ce titre, elle fait l'objet d'un contrôle de la part de l'Administration, qui, s'il est sévère, pourra

³⁰³ TA Cergy Pontoise, 16 oct. 2018 n°1807099 ; F. GEA « Rupture conventionnelle collective, étape 2 : le regard du juge administratif », RTD 2018 p 762

³⁰⁴ CAA Versailles, 4^{ème} ch, 14 mars 2019, n°18VE04158 ; « L'existence d'un motif économique n'exclut pas le recours à la RCC », *Liaisons sociales*, 26/03/2019

³⁰⁵ S. DUMAS et M. LE ROY « Rupture conventionnelle collective : un hybride vraiment séduisant ? », *Les cahiers du DRH*, 2017, n°247

³⁰⁶ Loi du 30 décembre 2017 de finances pour 2018, n° 2017-1837, JOFR du 31 décembre 2017

³⁰⁷Ar. 80 *duodecies* 1, 1^o du CGI ; Art. L. 242-1 dernier alinéa du CSS ; P. MORVAN, « La salade des ruptures conventionnelles », *Dr. soc.*, 2018, p. 26

³⁰⁸ P. MORVAN, « La salade des ruptures conventionnelles », *Dr. soc.*, 2018, p. 26

freiner son développement. Analysons d'abord la *teneur* de ce contrôle (a) avant d'envisager les *points sensibles* de ce contrôle (b).

a) *La teneur du contrôle*

92. Le contenu légal du contrôle. L'article 1237-19-3 du Code du travail dispose que la RCC est soumise à un contrôle de « *validation* » de la part de la Direccte.

L'Administration doit d'abord vérifier la « *conformité à l'article L 1237-19* » du Code du travail, c'est-à-dire à l'exclusion de tout recours aux licenciements pour motif économique pendant la durée de la RCC. Ceci revient à contrôler les conditions de fond de RCC, et correspond donc à un **contrôle de validité**. L'Administration doit ensuite vérifier « *la présence des clauses prévues à l'article L 1237-19-1* » du Code du travail, et plus particulièrement « *la régularité de la procédure d'information du comité économique et social* ». Ces clauses, détaillant la procédure à suivre, servent à garantir l'intégrité du consentement des salariés. Il s'agit ici d'un contrôle de la procédure, donc d'un **contrôle de régularité**.

Pour finir, le dernier point de contrôle porte sur « *le caractère précis et concret des mesures prévues au 7° de l'article 1237-19-1* » du Code du travail, ce qui fait référence au « *mesures visant à faciliter l'accompagnement et le reclassement externe des salariés* ». L'Administration vérifie donc que l'employeur a pris les mesures appropriées dans le cadre de la RCC pour permettre aux salariés de retrouver un emploi, ce qui correspond à un **contrôle de proportionnalité**. Cela va même plus loin que le contrôle de validation opéré dans le cadre du PSE³⁰⁹, dans lequel seule la « *présence* »³¹⁰ des mesures d'accompagnement est vérifiée, et non leur « *caractère précis et concret* ». Quoi qu'il en soit, il ne s'agit en aucun cas d'un **contrôle d'opportunité** : l'Administration ne vérifie pas s'il fallait faire ou non une RCC, mais si, une fois que la RCC a été décidée, elle est suffisamment protectrice des salariés.

93. Les conséquences du contrôle. L'Administration a quinze jours pour valider l'accord portant RCC. À partir de là, trois hypothèses sont envisageables. Étudions-les, de la plus simple à la plus complexe.

³⁰⁹ G. AUZÉRO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 32^{ème} éd., *Précis Dalloz*, 2019, n°499

³¹⁰ Art. L 1233-57-2 du Code du travail

L'hypothèse la plus simple correspond à la situation dans laquelle l'Administration valide l'accord. Ce dernier entre alors en vigueur, et cela ne pose pas de difficulté particulière. Dans la deuxième hypothèse, légèrement plus complexe, l'Administration refuse de valider l'accord. L'employeur doit alors modifier ce dernier s'il veut le soumettre à nouveau à la validation. Or, à ce sujet, une question a pu se poser : *l'employeur doit-il repasser par une négociation collective pour modifier l'accord ?*³¹¹ Avant la loi de ratification du 29 mars 2018, la voie unilatérale semblait possible. En effet, dans sa version initiale, l'article L 1237-19-6 du Code du travail disposait que « *l'employeur, s'il souhaite reprendre son projet, présente une nouvelle demande [auprès de l'Administration]* ». Aucune référence à la négociation collective n'était donc imposée. Toutefois, depuis la loi de ratification de 2018, la voie unilatérale semble fermée. L'article L 1237-19-6 du Code du travail dispose en effet qu'« *en cas de refus de validation, un nouvel accord peut être négocié, qui tient compte des éléments de motivation accompagnant la décision de l'administration* ».

Dans la dernière hypothèse, plus complexe, l'Administration valide l'accord mais la décision de validation est ensuite annulée par le juge administratif. Quelle est la conséquence d'une telle annulation ? Les textes « *restent étonnement silencieux* »³¹² sur cette question. Certains proposent de raisonner par analogie avec le PSE³¹³. Depuis un arrêt « *Samaritaine* » de 1997³¹⁴, la jurisprudence affirme que la *nullité du PSE* entraîne la *nullité de toutes les ruptures amiables* qui en découlent. Il faut noter que cette solution a été étendue en 2013³¹⁵ aux PDV mixtes et récemment, en 2018³¹⁶, aux PDV autonomes. Toutefois, cela ne correspond pas exactement à la situation décrite ci-dessus. En effet, ici, il ne s'agit pas de l'annulation de *l'accord* lui-même (de PSE ou de RCC), mais de l'annulation de la *décision de validation* de l'accord, ce qui est différent³¹⁷. Il est donc possible de proposer une autre interprétation. Si la validation de la RCC est annulée, on peut considérer que le régime dérogatoire de la RCC est écarté et qu'il est remplacé par le régime commun du licenciement pour motif économique. Dès lors, les ruptures amiables intervenues en violation du régime commun s'analysent en des licenciements sans

³¹¹ J.-M. MIR et F. AKNIN, « La rupture conventionnelle collective, une simplicité apparente et de nombreuses questions pratiques », *JCP S*, 2017, p. 2140-2141

³¹² G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 32^{ème} éd., *Précis Dalloz*, 2019, n°500

³¹³ P. MORVAN, « La salade des ruptures conventionnelles », *Dr. soc.*, 2018, p. 26

³¹⁴ Soc, 13 fév. 1997 – Samaritaine n°96-41.874

³¹⁵ Soc, 15 mai 2013 – n°11-26.414

³¹⁶ Soc. 17 oct. 2018 - n° 17-16.869 ; H. CIRAY, « Les conséquences de l'annulation d'un plan de départs volontaires », *Dalloz actualité*, 2018

³¹⁷ G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 32^{ème} éd., *Précis Dalloz*, 2019, n°500

cause réelle et sérieuse. L'entreprise devrait donc verser de lourdes indemnités aux salariés partis dans le cadre de la RCC annulée.

b) Les points sensibles du contrôle

94. Les premières précisions jurisprudentielles. Récemment, les juges administratifs ont eu l'occasion de préciser le contrôle opéré par l'Administration sur la RCC. Par un jugement du 16 octobre 2018³¹⁸, confirmé par un arrêt de Cour d'appel du 14 mars 2019³¹⁹, ils ont en effet répondu à plusieurs questions.

La première question portait sur le **non-respect du délai d'information de l'Administration**, et plus particulièrement sur la sanction d'un tel manquement. En l'espèce, l'employeur n'avait pas informé la Direccte dès le début des négociations de la RCC comme l'impose l'art. L 1237-19 du Code du travail. *Ce manquement devait-il entraîner la nullité de la RCC ?* Les juges administratifs ont répondu par la négative. Pour cela, ils ont avancé deux arguments. Le premier repose sur l'idée qu'il n'y a pas de nullité sans texte. Or, en l'espèce, la loi n'a prévu aucune nullité pour le non-respect du délai d'information. Le deuxième argument relève d'une considération plus pratique. En l'espèce, malgré le non-respect du délai d'information, l'Administration a quand même été informée de la préparation de la RCC, et n'en a subi aucune conséquence. Dès lors, la sanction de la nullité n'était pas nécessaire. Les juges administratifs ont donc refusé d'opérer une application formelle de l'obligation d'information, comme cela aurait pu être le cas en Droit de la consommation.

La deuxième question portait sur la régularité de la procédure **d'information des représentants du personnel**. En l'espèce, les requérants reprochaient à la Direccte d'avoir validé la RCC alors que ni le CE ni le CHSCT n'avaient été consultés par l'employeur. Toutefois, là encore le moyen n'a pas prospéré. Les juges ont mis en avant le fait que la loi ne prévoit aucune consultation du CSCT, et ne prévoit qu'une information du CE (futur CSE). En effet, l'article L 1237-19-1, 1° du Code du travail dispose que l'accord de RCC fixe les modalités « *d'information* » du CSE, sans imposer qu'il soit préalablement consulté. De même,

³¹⁸ TA Cergy Pontoise, 16 oct. 2018 n°1807099 ; F. GEA « Rupture conventionnelle collective, étape 2 : le regard du juge administratif » - RTD 2018 p 762

³¹⁹ CAA Versailles, 4^{ème} ch, 14 mars 2019, n°18VE04158 ; « L'existence d'un motif économique n'exclut pas le recours à la RCC », *Liaisons sociales*, 26/03/2019

l'article L 2312-39 du Code du travail, relatif à l'obligation de consultation préalable sur les projets de restructurations, soustrait le cas de la RCC. Cela correspond plus généralement au principe posé par la loi *Rebsamen* de 2015, selon lequel la consultation préalable des représentants du personnel est supprimée en cas de projet d'accord collectif³²⁰.

Évincée dans le cas de la RCC, l'obligation de consultation préalable ne pourrait-elle pas être réintroduite sur un autre fondement ? La question se pose car l'article L 2312-8 du Code du travail dispose que le CSE est consulté sur toute question « *intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise* ». Or toute RCC suppose un projet de restructuration concernant « *la marche générale de l'entreprise* ». La consultation préalable du CSE pourrait donc être réintroduite au titre de ses compétences économiques générales, malgré son éviction dans le cadre de la RCC. Sur ce point, les juges administratifs se sont gardés de prendre position³²¹. Se retranchant derrière les limites du contrôle administratif, ils ne se sont prononcés que sur la seule conformité de la RCC à L 1237-19-1, 1° du Code du travail (sur l'information du CSE en cas de RCC), et non sur la conformité à l'article L 2312-8 du Code du travail (sur les compétences économiques générales du CSE). Dès lors que le premier de ces deux articles était respecté, les juges ont considéré que la validation administrative était justifiée. Or, l'obligation d'information prévue par L 1237-19-1, 1° du Code du travail est facilement remplie, car elle peut avoir lieu aussi bien en amont qu'en aval de la négociation de la RCC³²². Il est d'ailleurs plus probable qu'elle ait lieu en aval car, comme elle doit être prévue par l'accord de RCC, « *on comprend mal comment un accord non encore signé pourrait fixer les modalités de l'information du CSE* »³²³.

La troisième question portait sur **l'existence d'un motif économique**. En l'espèce, les requérants considéraient que le fait de recourir à une RCC en présence d'un motif économique constituait une fraude au PSE. Le tribunal administratif de Cergy-Pontoise a refusé ce moyen, en considérant que la présence d'un motif économique ne faisait pas obstacle à la mise en place d'une RCC. Ceci est conforme à la lettre des textes sur la RCC, dans lesquels le motif économique est inopérant. La Cour d'appel a confirmé cette analyse, mais n'a pas repris à son compte la notion de « *délai raisonnable* » de 12 mois séparant la RCC d'éventuels licenciements

³²⁰ Art. L 2312-14 du Code du travail

³²¹ F. GEA « Rupture conventionnelle collective, étape 2 : le regard du juge administratif » - RTD 2018 p 762

³²² Q/R n°19

³²³ S. DUMAS et M. LE ROY « Rupture conventionnelle collective : un hybride vraiment séduisant ? », *Les cahiers du DRH*, 2017, n°247

pour apprécier l'éventuelle fraude au PSE³²⁴. En revanche, elle s'est fondée sur le fait que le nombre de départs volontaires était supérieur au nombre de suppressions envisagés. Cette interprétation souveraine des faits par les juges du fond sera très importante en cas de contrôle de la Cour de cassation.

À l'analyse, les premières décisions des juges administratifs peuvent être qualifiées de « rassurantes »³²⁵. Elles respectent scrupuleusement la lettre des textes, et ne semblent pas vouloir imposer un contrôle sévère.

95. Les autres points sensibles non tranchés. Si elles apportent de précieuses informations, les deux décisions précédemment évoquées n'épuisent pas toutes les questions relatives à la RCC. Il reste encore de nombreux points à éclaircir.

Le premier point concerne **l'obligation de maintien de l'emploi par l'employeur**. Il s'agit du délai pendant lequel l'employeur met en œuvre la RCC et s'interdit, à ce titre, de recourir à des licenciements pour motif économique. Comme le précise la DGT, cela constituera « *un point de vérification obligatoire de la DIRECCTE lors de l'examen de la demande de validation* »³²⁶. Il s'agit en effet d'une condition de fond de la RCC. La durée de l'engagement est fondamentale car elle détermine le « *délai en-deçà duquel des licenciements pour motif économique ne pourront être envisagés* ». ³²⁷ Or, en pratique, si l'employeur n'a pas réussi à supprimer suffisamment de postes avec la RCC (car il n'a pas obtenu assez de départs volontaires), il n'aura d'autre choix que de procéder à des licenciements. Dès lors, les praticiens conseillent à l'employeur de ne pas fixer une durée trop longue dans l'accord de RCC pour pouvoir plus facilement se lancer dans un PSE³²⁸.

Le deuxième point concerne les **mesures ciblées sur les salariés âgés**. Dans son document explicatif, la DGT prévient qu'elle sera particulièrement vigilante aux « mesures seniors »³²⁹ proposées dans le cadre de la RCC. En effet, elle considère que l'accord ne doit pas cibler uniquement les salariés les plus âgés car cela constituerait une discrimination liée à l'âge. En

³²⁴ Étude, « Trois questions/réponses autour des nouveaux outils d'anticipation pour l'entreprise », *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 2, 2019, dossier 13

³²⁵ F. LALANE, « Rupture conventionnelle collective : une première décision ! », *JSL*, 2018, n°465

³²⁶ Q/R n°3

³²⁷ *Ibid.*

³²⁸ C. MARTIN, J-M. ALBIOL, « La RCC, un outil de restructuration à froid ? », *SSL*, 2018

³²⁹ Q/R n°13

outre, cela ferait peser sur les comptes publics une charge supplémentaire, en raison du coût lié aux allocations-chômage et du financement des mesures de pré-retraite. Pourtant, en pratique, les départs volontaires sont souvent proposés en priorité aux salariés seniors, dans la perspective de renouveler la pyramide des âges dans l'entreprise. Pour éviter toute censure de l'Administration, il est donc conseillé à l'employeur d'être particulièrement vigilant sur les critères de sélection, et de ne pas privilégier le seul critère de l'âge.

Le troisième point concerne **l'articulation entre RCC et rupture conventionnelle individuelle**. Le problème peut être formulé ainsi : l'Administration pourrait-elle refuser d'homologuer des ruptures conventionnelles individuelles au motif que, *trop nombreuses*, elles ressortiraient plutôt d'une RCC ? Loin d'être purement théorique, cette question s'est récemment posée en pratique, et la Direccte a refusé l'homologation³³⁰. La difficulté tient au fait qu'il n'existe pas de critère clair de distinction entre rupture conventionnelle individuelle et RCC. Pourtant, certains auteurs avancent l'idée qu'on pourrait les différencier selon leur finalité³³¹. La rupture conventionnelle servirait à *se séparer d'une personne* (élément subjectif) tandis que la RCC servirait à *supprimer un poste* (élément objectif). Toutefois, ce critère de distinction a ses limites. En effet, comme le rappelle la DGT, la RCC ne sert pas forcément à supprimer des postes³³² puisque l'employeur a le droit de réembaucher des salariés sur les postes laissés vacants par les départs volontaires. De plus amples précisions seront donc nécessaires.

Par conséquent, si certains points demeurent encore incertains, l'Administration ne semble pas vouloir imposer un contrôle trop sévère de la RCC.

96. Globalement, la RCC apparaît donc comme un dispositif efficace, promis à un certain succès. Pour l'employeur, elle constitue un régime plus sécurisé et plus cohérent que les PDV, auxquels elles ont vocation à s'ajouter. Pour les salariés, elles permettent de partir volontairement de l'entreprise tout en bénéficiant d'un certain accompagnement. À ce titre, le congé de mobilité constitue le dispositif d'accompagnement privilégié de la RCC, qu'il convient d'étudier plus en détails.

³³⁰ F. MEHREZ, « Nouvelles opportunités de négociation en entreprise : quelques points de vigilance à garder à l'esprit », *Actuel RH*, 2018

³³¹ *Ibid.*

³³² Q/R n°9

Section II. Un dispositif renouvelé : le congé de mobilité

97. Plan. Créé par la loi du 30 décembre 2006, le congé de mobilité permet aux salariés de sécuriser leurs départs de l'entreprise. Concrètement, il maintient leurs contrats de travail (et leurs rémunérations) pendant un certain temps, durant lequel ils sont accompagnés pour retrouver un nouvel emploi. A l'issue du congé, le contrat est rompu d'un commun accord. Tombé en désuétude, ce dispositif a été *renové* par les Ordonnances du 22 septembre 2017 (A). Son nouveau régime interroge : est-ce un dispositif à *promouvoir* ? (B).

A. Un dispositif renouvelé

98. Plan. Les Ordonnances du 22 septembre 2017 ont profondément réformé le congé de mobilité. Ce dispositif a acquis une véritable *spécificité* par rapport au congé de reclassement, issu du PSE (1), et *une réelle autonomie* par rapport au droit du licenciement pour motif économique (2).

1. La spécificité du congé de mobilité

99. Plan. Le congé de mobilité se différencie du *congé de reclassement*, qui lui a servi du modèle (1). Il complète également les autres alternatives au licenciement que sont *la RCC et la GPEC* (2).

a) La distinction avec le congé de reclassement

100. Le modèle du congé de reclassement. Le congé de mobilité a été construit sur le modèle du congé de reclassement³³³, alliant *suspension* et *rupture* du contrat de travail.

Dans un premier temps, le contrat est *suspendu* : le salarié est dispensé de travailler mais continue à percevoir son salaire, et peut mettre à profit ce temps libre pour rechercher un nouvel emploi. Dans cette démarche, il bénéficie d'une aide de la part de l'employeur, composée de « mesures d'accompagnement, d'actions de formation, et de période de travail »³³⁴. Puis, dans un deuxième temps, à l'issue du congé, le contrat de travail est *rompu*. Plus précisément, il

³³³ Art. L 1233-71 du Code du travail

³³⁴ Art. L 1237-18 du Code du travail

s'agit d'une *rupture amiable*, c'est-à-dire d'une rupture d'un commun accord entre l'employeur et le salarié³³⁵.

Le terme « congé de mobilité » illustre ce processus : le contrat de travail est suspendu, ce qui correspond à un « *congé* », et doit permettre à terme au salarié de quitter son emploi pour en trouver un autre, ce qui correspond à une « *mobilité* » externe.

101. La différence avec le congé de reclassement. De nombreux auteurs doutent de l'intérêt du congé de mobilité, n'y voyant qu'une simple reprise du congé de reclassement³³⁶. Il est vrai qu'avec avec le temps, la différence entre ces deux types de congés s'est estompée. Par exemple, le congé de mobilité permet au salarié de travailler pendant le congé (dans son entreprise ou en dehors), ce qui a été étendu en 2011 au congé de reclassement.

Cependant, les deux dispositifs demeurent différents. Le congé de mobilité est un dispositif *facultatif*³³⁷, contrairement au congé de reclassement, qui doit obligatoirement être proposé au salarié en cas de licenciement pour motif économique. En outre, le congé de mobilité bénéficie d'une *grande liberté conventionnelle*³³⁸, là où le congé de reclassement est fortement encadré par la loi. Par exemple, le congé de mobilité n'est enfermé dans une aucune limite de délai tandis que le congé de reclassement ne peut pas durer plus de 12 mois. En pratique, le congé de mobilité s'étend d'ailleurs souvent sur une durée de 18 mois³³⁹. Pour finir, depuis les Ordonnances du 22 septembre 2017, une différence de taille s'est ajoutée entre les deux dispositifs. Le congé de mobilité est détaché du droit du licenciement économique³⁴⁰, tandis que le congé de reclassement y demeure soumis. Le premier des deux congés est donc beaucoup moins contraignant que le second.

³³⁵ Art. L 1237-18-3 du Code du travail

³³⁶ Ex : A. TEISSIER, « La congé de mobilité », *Gaz. Pal.*, 2007, p. 32 ; A. FABRE « Rupture conventionnelle collective et congé de mobilité : de faux jumeaux », *SSL*, 2018, n°1800 ; P. MORVAN, « La salade des ruptures conventionnelles », *Dr. soc.*, 2018, p. 26

³³⁷ L'art. L 1237-18 du Code du travail dispose que l'employeur « peut » proposer un congé de mobilité

³³⁸ Le contenu du congé de mobilité est entièrement déterminé par accord collectif. Voir Art. L 1237-18-2 du Code du travail

³³⁹ Entretien avec Maître Virigile ZEIMET

³⁴⁰ Art. L 1237-17 du Code du travail

b) *La complémentarité avec les autres alternatives au licenciement*

102. La complémentarité avec la GPEC et la RCC. D'après l'article L 1237-18 du Code du travail, le congé de mobilité peut être mis en place par un accord de GPEC ou de RCC. Il n'aura cependant pas la même signification dans les deux cas.

Dans le premier cas, celui de la GPEC, le congé de mobilité introduit une solution plus radicale que celles habituellement proposées : le départ volontaire de l'entreprise³⁴¹. Conçue comme un outil de restructuration à froid, la GPEC propose traditionnellement des mesures de mobilité *interne* et non de mobilité *externe* des salariés. En 2006, le législateur n'a toutefois pas hésité à rompre avec cette idée en permettant d'y inclure le congé de mobilité. Il en a même fait l'un des thèmes privilégiés de l'obligation triennale de négociation sur la GPEC prévue à l'article L. 2242-21, 5° du Code du travail. Toutefois, si le congé de mobilité apporte une plus grande flexibilité à la GPEC, il introduit également une forme d'ambiguïté dans l'accord : *s'agit-il de préserver les emplois, en les faisant évoluer, ou de les supprimer ?*

Dans le deuxième cas, celui de la RCC, le congé de mobilité s'inscrit dans un accord ayant d'ores et déjà pour objet le départ volontaire des salariés. Dès lors, son utilité ne réside pas dans son *résultat* (le départ volontaire des salariés), mais dans son *processus* (l'accompagnement et la formation des salariés). À ce titre, il constitue l'une des modalités de reclassement de la RCC prévue par l'article 1237-19-1 du Code du travail. En pratique, l'Administration exige systématiquement la présence d'un congé de mobilité pour valider la RCC³⁴².

2. L'autonomie du congé de mobilité

103. Plan. Initialement *soumis* au droit du licenciement pour motif économique (a), le congé de mobilité s'en progressivement *émancipé* (b).

³⁴¹ J-M. MIR, « Notion et fonction de l'outil de gestion : anticiper la mobilité », *JCP S*, 2014, n°11

³⁴² Entretien avec Maître Virigile ZEIMET ; S. PÉLICIER-LOEVENBRUCK et C. DUMEL, « Le nouveau paysage des dispositifs d'adaptation de l'emploi alternatifs au PSE », *SSL*, 2018, n°1800

a) *La soumission initiale au Droit du licenciement pour motif économique*

104. La perte d'autonomie. À sa création, le congé de mobilité était placé dans la partie du Code du travail consacrée au licenciement pour motif économique. L'idée sous-jacente était de faire de ce dispositif un simple préalable au licenciement. C'est pourquoi, à l'occasion du contrôle de la loi du 30 décembre 2006, le Conseil constitutionnel y a vu non « *pas une nouvelle forme de rupture du contrat de travail, mais une rupture pour motif économique qui intervient d'un commun accord* »³⁴³. Dans la même ligne, la Cour de cassation a inscrit le congé de mobilité dans le sillon du licenciement pour motif économique. Elle a en effet permis aux salariés de contester le motif économique de la rupture³⁴⁴, ce qui est contraire à l'idée même de rupture d'un commun accord. Or, comme le rapporte un auteur, « *le résultat de cette analyse était aberrant : l'employeur se trouvait dans l'impossibilité de justifier d'un tel motif puisque le congé de mobilité [s'inscrivait dans un accord de GPEC, donc, a priori, en amont de toute difficultés économiques]* »³⁴⁵.

b) *L'émancipation progressive du Droit du licenciement pour motif économique*

105. L'autonomie retrouvée. Les Ordonnances du 22 septembre 2017 ont sorti le congé de mobilité de « *l'ornière* »³⁴⁶, c'est-à-dire de la partie du Code du travail consacrée au licenciement pour motif économique. Désormais, le dispositif figure dans une section consacrée aux « *ruptures d'un commun accord* ». En conséquence, l'ancienne jurisprudence ayant appliqué, par voie détournée, le droit du licenciement est neutralisée³⁴⁷. De même, le congé de mobilité n'est plus appelé à s'appliquer durant la période de préavis³⁴⁸, puisque n'étant plus soumis au droit du licenciement, il ne comporte plus de préavis.

³⁴³ CC, 28 décembre 2006, n°2006-545 DC

³⁴⁴ Soc., 12 nov. 2015 - n° 14-15.430 ; note F. TAQUET, « Congé de mobilité et contestation du caractère économique du licenciement », *Rev. proc. coll.*, 2016

³⁴⁵ P. MORVAN, « La salade des ruptures conventionnelles », *Dr. soc.*, 2018, p. 26

³⁴⁶ *Ibid.*

³⁴⁷ L. MARQUET DE VASSELOT et A. MARTINON « Rupture du contrat de travail et suppression d'emplois », *JCP S*, 2017, p. 1312

³⁴⁸ A. TEISSIER, « La congé de mobilité », *Gaz. Pal.*, 2007, p. 32

B. Un dispositif à promouvoir ?

106. Plan. Parfois présenté comme inutile, voire anecdotique, le congé de mobilité est en réalité un dispositif *d'avenir* (1). Sur le plan technique, il reste cependant *perfectible* (2).

1. Un dispositif d'avenir : les prémisses d'un nouveau Droit de la mobilité

107. Plan. Le congé de mobilité annonce la création d'un nouveau Droit de la mobilité, conçu comme un *outil de restructuration anticipée* pour l'employeur (a) et de *sécurisation du parcours professionnel* pour le salarié (b).

a) La mobilité comme outil de restructuration anticipée

108. Un outil de restructuration. En étant détaché du droit du licenciement pour motif économique, le congé de mobilité a changé de signification pour l'employeur. Il ne s'agit plus d'une *mesure préalable à un licenciement* mais d'un véritable *outil d'anticipation des restructurations*³⁴⁹. En effet, par ce mécanisme, l'employeur peut désormais proposer une mobilité externe à ses salariés, bien en amont de toute difficulté économique. En outre, comme il dispose d'une grande liberté conventionnelle pour en déterminer le contenu, il peut en faire un outil sur mesure, adapté aux besoins de son entreprise.

b) La mobilité comme outil de sécurisation des parcours professionnels

109. Un outil de sécurisation. Extrait du droit du licenciement pour motif économique, le congé de mobilité a également changé de signification pour le salarié. Il ne constitue plus une *mesure d'accompagnement du licenciement* mais un *outil de sécurisation de son parcours professionnel*³⁵⁰. Au-delà du slogan³⁵¹, maintes fois utilisé en politique, la « *sécurisation des parcours professionnels* » constitue un enjeu contemporain majeur. Son objectif est de permettre aux salariés de s'adapter à l'évolution de leurs emplois en améliorant leurs

³⁴⁹ A. TEISSIER, « Le congé de mobilité », *Gaz. Pal.*, 2007, p. 32

³⁵⁰ E. DURLACH, « Le congé de mobilité : entre enrichissement et éviction du droit au licenciement économique », *RDT*, 2007, p. 440

³⁵¹ G. VACHET, « Sécurisation des parcours professionnels : utopie ou réalité », *Dr. soc.*, 2006, p. 963

compétences³⁵². Autrement dit, dans un monde du travail devenu incertain, il ne s'agit plus de sécuriser des *postes*, mais des *personnes*³⁵³.

Le congé de mobilité s'inscrit parfaitement dans cette perspective : le salarié accepte de quitter son entreprise, mais bénéficie en échange d'une formation et d'un accompagnement pour retrouver un nouvel emploi « *stable* »³⁵⁴. En outre, pendant toute la durée du congé, il continue de percevoir une rémunération, au moins égale au montant de l'allocation de conversion³⁵⁵ c'est-à-dire à 65% de son ancienne rémunération brute³⁵⁶.

110. Une tendance de fond. Par sa nature contractuelle, le congé de mobilité « *s'inscrit dans une tendance relativement ancienne de "contractualisation" des objectifs de reclassements professionnels* »³⁵⁷, renforçant les obligations de l'employeur (en matière d'accompagnement) mais aussi celles du salarié (en matière d'adaptabilité). Plus généralement, le dispositif correspond au contexte actuel de « *valorisation du changement* »³⁵⁸, confinant parfois à l'inconstance du rapport d'emploi³⁵⁹.

Détaché du *droit du licenciement*, le congé de mobilité participe donc à la construction d'un nouveau *droit de l'employabilité*³⁶⁰ destiné à faciliter les transitions professionnelles.

2. Un dispositif perfectible : une attractivité à renforcer

111. Plan. Le gouvernement a cherché à donner une nouvelle place au congé de mobilité, jusque-là sous-exploité. Certaines *avancées ont été opérées* (a) mais des *améliorations demeurent possibles* (b).

³⁵² J.-M. MIR, « Notion et fonction de l'outil de gestion : anticiper la mobilité », *JCP S*, 2014, n°11

³⁵³ G. VACHET, « Sécurisation des parcours professionnels : utopie ou réalité », *Dr. soc.*, 2006, p. 963

³⁵⁴ Art. L 1237-18 du Code du travail

³⁵⁵ Art. L 1237-19-1 du Code du travail

³⁵⁶ Art. R 5123-2 du Code du travail

³⁵⁷ E. DURLACH, « Le congé de mobilité : entre enrichissement et éviction du droit au licenciement économique », *RDT*, 2007, p. 440

³⁵⁸ *Ibid.*

³⁵⁹ *Ibid.*

³⁶⁰ Expression employée par F. FAVENNEC, « Du droit du licenciement au droit de l'employabilité », *SSL*, 2007, n°1291

a) Les avancées opérées

112. L'abaissement du seuil. Lors de sa création en 2006, le congé de mobilité n'était accessible qu'aux entreprises de plus de 1 000 salariés. Les Ordonnances du 22 septembre 2017 ont allégé cette condition en visant les entreprises soumises à l'obligation de négocier une GPEC, c'est-à-dire les entreprises de plus de 300 salariés³⁶¹. La loi de ratification du 29 mars 2018 a achevé de supprimer toute condition d'effectifs, en permettant d'inclure le congé de mobilité dans une RCC, c'est-à-dire sans qu'aucun seuil ne soit imposé. Le dispositif est donc accessible aux PME/TPE, et non plus seulement aux grands groupes de sociétés, ce qui est de nature à accroître sa diffusion.

113. Un régime autonome. Les Ordonnances du 22 septembre 2017 ont donné un nouveau souffle au congé de mobilité en le détachant du droit du licenciement pour motif économique. Moins contraignant, il est ainsi devenu une véritable alternative au licenciement (v. n°105)

114. Un régime fiscal et social avantageux. Pour renforcer l'attractivité du congé de mobilité, le Gouvernement a aligné son régime fiscal et social sur celui du licenciement. En effet, les indemnités de rupture versées dans le cadre du congé de mobilité bénéficient des mêmes exonérations d'impôt sur le revenu (totales) et de cotisations sociales (dans la limite de deux fois le PASS, soit environ 80 000 €)³⁶² que les indemnités de licenciement. Elles bénéficient également des mêmes exonérations de forfait social³⁶³ depuis la loi de financement de la sécurité sociale pour 2019. En revanche, elles sont soumises à la CSG et à la CRDS, mais là encore elles ne font que suivre le régime des indemnités de licenciement.

b) Les améliorations possibles

115. Le problème du régime dual. Comme nous l'avons vu précédemment, le congé de mobilité peut être mis en place dans le cadre d'une GPEC ou d'une RCC. Or, une différence majeure existe entre ces deux dispositifs : la RCC exige une autorisation administrative tandis que la GPEC n'y est pas soumise. Par conséquent, alors qu'il produit le même résultat dans les

³⁶¹ A. FABRE « Rupture conventionnelle collective et congé de mobilité : de faux jumeaux », *SSL*, 2018, n°1800

³⁶² Art. 80 *duodecies* 1, 1° du CGI ; Art. L. 242-1 dernier alinéa du CSS ; P. MORVAN, « La salade des ruptures conventionnelles », *Dr. soc.*, 2018, p. 26

³⁶³ Art. L 137-15 du CSS ; « La RCC et le congé de mobilité échappent-ils au forfait social ? », *SSL*, 2018, n°1820

deux cas (le départ volontaire des salariés), le congé de mobilité fera tantôt l'objet d'un contrôle administratif (s'il est intégré à une RCC) et sera tantôt librement mis en œuvre (s'il est intégré à une GPEC). Une telle différence de régime, pour le même dispositif, est difficilement justifiable. Ceci l'est d'autant moins qu'elle permet à l'employeur, pour échapper au contrôle administratif, de faire le choix de la GPEC plutôt que de la RCC.

Il conviendrait de *modifier l'article L 1237-18 du Code du travail, relatif au congé de mobilité*, pour y supprimer la voie de la GPEC et ne laisser que celle de la RCC. Ainsi serait préservé le régime de la RCC, soumis au contrôle administratif. En outre, cela permettrait de préserver la cohérence de l'accord GEPC, outil de restructuration à « froid », dans laquelle l'introduction d'un congé de mobilité peut être source d'ambiguïté (v. n°102).

116. Le problème du délai de carence. Le délai de carence correspond à un différé d'indemnisation appliqué par Pôle Emploi. Il correspond au nombre de jours avant lequel le salarié peut percevoir l'allocation-chômage, à partir du moment où il a perdu son emploi. Ce délai dépend notamment du montant des indemnités qu'il a reçu lors de la rupture. Plus le montant des indemnités est élevé, plus le délai de carence est long, car on estime que le salarié a suffisamment de ressources pour ne pas solliciter immédiatement l'assurance-chômage. Le délai de carence est au maximum de 150 jours, sauf dans le cas du licenciement pour motif économique, dans lequel il est au maximum de 75 jours³⁶⁴. En cette matière, un alignement du délai de carence du congé de mobilité sur celui du licenciement pour motif économique permettrait donc de le rendre plus attractif.

117. Conclusion de chapitre. Depuis les Ordonnances du 22 septembre 2017, le congé de mobilité constitue donc une véritable alternative au licenciement pour motif économique. Plus accessible, plus souple et plus attractif, il est promis à un bel avenir. Loin d'être un mécanisme purement anecdotique, il annonce la construction d'un véritable Droit de l'employabilité. Il s'ajoute à la RCC, outil plus connu de rupture amiable du contrat de travail, connaissant d'ores et déjà un certain succès.

³⁶⁴ Règlement général annexé à la convention du 14 avril 2017 relative à l'assurance chômage

Partie 2 : La dynamique des alternatives

118. Plan. Étudier la « dynamique » des alternatives au licenciement collectif pour motif économique revient à se poser la question suivante : au-delà de la *pluralité* des instruments offerts à l'employeur, un *régime unique* est-il possible ? La réponse semble positive. En effet, il émerge en droit du travail un *régime commun* des alternatives, construit autour de la *place centrale de l'accord collectif* (**Chap. 1**). Ce mouvement se prolonge par l'apparition d'un *régime autonome* d'alternatives, fondé sur *l'éviction du licenciement pour motif économique* (**Chap. 2**).

CHAP. 1 : La place centrale de l'accord collectif

119. Plan. Les alternatives au licenciement pour motif économique donnent une place prépondérante à *l'accord collectif* (**Section I**). Doté d'une puissance renouvelée, ce dernier réduit considérablement la *capacité de résistance des salariés* (**Section II**).

Section I. Le recours à l'accord collectif

120. Plan. La profusion des alternatives au licenciement collectif pour motif économique a donné naissance à une nouvelle catégorie d'accord collectif, l'« *accord d'anticipation* » (A). Se pose alors la question du *régime juridique* de ce dernier, entre application et dérogation au droit commun (B).

A. La figure nouvelle de l'accord d'anticipation

121. Plan. « L'accord d'anticipation » est d'abord et avant tout un *accord collectif* (1), dont la singularité provient de son caractère d'*anticipation* (2).

L. Un accord collectif

122. Plan. En matière de restructuration, le recours à l'accord collectif n'est pas neutre. Il convient de s'interroger sur sa *légitimité* (a) et sur son *efficacité* (b).

a) La légitimité de l'accord collectif

123. La légitimité de la norme. « *En droit du travail plus que dans toute autre matière, le souci de légitimité de la norme semble primordial* »³⁶⁵. L'accord collectif répond au premier chef à cette préoccupation en permettant aux acteurs sociaux de fixer eux-mêmes les normes qui vont leur être appliquées, dans une forme « *d'auto-gouvernement* »³⁶⁶. D'une manière générale, l'accord collectif est le fruit d'une négociation entre d'une part, un employeur (ou un groupement d'employeurs) et d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales³⁶⁷. Au fil des réformes, il s'est progressivement affirmé comme une composante essentielle de la démocratie sociale³⁶⁸. Il représente en effet la primauté de *l'intérêt collectif* sur *l'intérêt individuel* ; la prééminence de solutions *globales* sur les considérations purement *individuelles*.

Aujourd'hui, la légitimité de l'accord collectif se concentre principalement sur l'échelon de l'entreprise. L'accord d'entreprise est en effet perçu comme le meilleur moyen d'adapter le droit du travail aux réalités de l'entreprise³⁶⁹. Juridiquement, cela se traduit par une **primauté de l'accord d'entreprise** sur l'accord de branche, même lorsqu'il lui est moins favorable, au détriment du traditionnel *principe de faveur*³⁷⁰. Entamé dès la loi du 4 mai 2004, ce mouvement a été érigé au rang de principe par les Ordonnances Macron du 22 septembre 2017³⁷¹. Ces dernières ont également renforcé la légitimité des accords d'entreprise en généralisant le **principe majoritaire**³⁷². En effet, depuis le 1^{er} mai 2018, la validité des accords d'entreprise est subordonnée à leur signature par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives

³⁶⁵ A. FIORENTINO et G. FRANÇOIS, « La légitimité de la norme en droit du travail », *Dr. soc.*, 2018, p.112

³⁶⁶ B. TEYSSIÉ, « À propos de la négociation collective d'entreprise », *Dr. soc.*, 1990, p. 577

³⁶⁷ F. FAVENNEC et P-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2018

³⁶⁸ *Ibid.*

³⁶⁹ P-H. ANTONMATTEI, « À propos de la légitimité de la primauté de l'accord d'entreprise », *Dr. soc.*, 2018, p. 160

³⁷⁰ J-F. CESARO, « L'automne dans les branches professionnelles et quelques mesures portant sur la négociation collective », *JCP S*, 2017, p. 1306

³⁷¹ Ordonnance du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, n° 2017-1385, JO du 23 septembre 2017

³⁷² P-H. ANTONMATTEI, « À propos de la légitimité de la primauté de l'accord d'entreprise », *Dr. soc.*, 2018, p. 160

ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles³⁷³, contre 30 % auparavant. Même lorsque la négociation a lieu selon des modes subsidiaires, c'est-à-dire en l'absence de délégué syndical, le principe majoritaire s'impose. Il se traduit par l'exigence d'une ratification de l'accord par la majorité des salariés ou des membres du CSE.

Cependant, pour être véritablement légitime, l'accord collectif doit être le fruit d'une négociation entre **partenaires d'égale force**. Or, ce n'est toujours le cas en pratique entre employeurs et syndicats. Sans même user du chantage à l'emploi, l'employeur pourra être tenté de ne pas livrer à ses interlocuteurs toutes les informations leur permettant d'opérer un choix éclairé³⁷⁴. Pour y remédier, un auteur³⁷⁵ propose de mobiliser l'article 1112-1 du Code civil, issu du droit commun des contrats, imposant aux parties un devoir général d'information. Il est vrai que si l'accord collectif a une nature *réglementaire* en cours d'exécution, il a en revanche une nature *contractuelle* lors de sa formation³⁷⁶, ce qui pourrait justifier sa soumission au droit commun des contrats.

124. La légitimité de l'acteur. La légitimité de la *norme négociée* est souvent présentée comme indissociable de la légitimité de l'*acteur de la négociation*³⁷⁷. En ce domaine, tout le problème tourne autour de la notion de « représentativité syndicale ». En effet, au niveau de l'entreprise, l'employeur doit négocier avec les syndicats qualifiés de « représentatifs » des salariés. Or, pour être représentatif, un syndicat doit simplement recueillir 10% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles au sein de l'entreprise³⁷⁸, ce qui est une audience électorale relativement faible. Si ce critère constitue certes une avancée par rapport au système antérieur³⁷⁹, fondé sur une présomption irréfragable de représentativité, il n'est pas pour autant gage d'une réelle légitimité des syndicats.

Ce constat peut être cependant relativisé par la généralisation récente du *principe majoritaire*. En effet, si les syndicats peuvent être invités à la table des négociations alors qu'ils ne représentent que 10% des salariés, ils ne peuvent valablement conclure un accord collectif que

³⁷³ Art. L 2232-12 du Code du travail

³⁷⁴ G. AUZERO, « La légitimité intrinsèque de l'accord collectif et de la règle majoritaire », *Dr. soc.*, 2018, p. 154

³⁷⁵ *Ibid.*

³⁷⁶ G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 32^{ème} éd., 2019, n°1330

³⁷⁷ G. AUZERO, « La légitimité intrinsèque de l'accord collectif et de la règle majoritaire », *Dr. soc.*, 2018, p. 154

³⁷⁸ Art. L 2122-1 du Code du travail

³⁷⁹ Antérieur à la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, n° 2008-789, JO du 21 août 2008

s'ils représentent au moins 50 % des salariés. En ce sens, le déficit de légitimité de *l'acteur de la négociation* ne rejaillit pas nécessairement sur la légitimité de la *norme négociée*.

b) *L'efficacité de l'accord collectif*

125. L'effet impératif. Doté d'une nature *réglementaire* en droit français, l'accord collectif présente un caractère *impératif*, gage de son efficacité. En effet, l'accord s'impose à tous les salariés comme un *règlement* le ferait, c'est-à-dire alors même que les salariés ne l'ont pas signé ou ne sont pas adhérents du(des) syndicat(s) l'ayant signé. On trouve le fondement de l'effet impératif à l'article L 2254-1 du Code du travail, un texte pourtant plus connu pour la limite qui lui est posée, le *principe de faveur*. L'article L 2254-1 du Code du travail dispose que « *lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui* (ce qui correspond à l'effet impératif), *sauf stipulations plus favorables* (ce qui correspond au principe de faveur) ».

À première vue, l'effet impératif de l'accord collectif paraît donc considérablement affaibli par le principe de faveur. En réalité, ces dernières années, les gouvernements successifs se sont tous employés à restreindre le champ du principe de faveur, renforçant corrélativement le principe de l'effet relatif. À ce titre, l'Ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 a acté la primauté de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche même lorsqu'il est moins favorable pour le salarié, et a expressément écarté le principe de faveur en matière d'accord de performance collective³⁸⁰. L'effet impératif de l'accord collectif est donc assuré.

126. La sécurisation des accords collectifs. Fruit du consensus, l'accord collectif s'expose de ce fait à un risque de contentieux moins élevé que la décision unilatérale de l'employeur ; ce qui est gage de son efficacité. L'Ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 a d'ailleurs cherché à renforcer cette sécurité juridique. À ce titre, elle a institué une *présomption simple de légalité* des accords collectifs, selon laquelle il appartient à celui qui en conteste la légalité d'apporter la preuve de cette non-conformité à la loi³⁸¹. S'il ne s'agit là, en réalité, que d'un rappel du droit commun de la preuve³⁸², on peut y voir un signal fort adressé aux partenaires sociaux. En principe, ils n'ont donc pas besoin de justifier *a priori* leurs choix puisqu'ils sont

³⁸⁰ Art. L 2254-2 du Code du travail

³⁸¹ Art. L 2262-13 du Code du travail

³⁸² F. FAVENNEC et P-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2018

considérés comme conformes à la loi. L'Ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 a également raccourci le *délai de prescription* de l'action en nullité contre un accord collectif. Il est désormais de 2 mois à compter de la notification ou de la publication de l'accord³⁸³. À cela, deux précisions ont été ajoutées. Le juge doit maintenant prononcer la nullité de l'accord dans un *délai de 6 mois* et il dispose du *pouvoir de moduler dans le temps* l'effet de sa décision de nullité (c'est-à-dire qu'il doit pouvoir en écarter l'effet rétroactif). Il est toutefois possible de s'interroger sur la pertinence de telles dispositions, quand on sait qu'en pratique, la jurisprudence sanctionne l'illégalité des accords collectifs par *l'inopposabilité*, et non par la *nullité*³⁸⁴. Ces modifications envoient néanmoins un signal fort de sécurisation des accords collectifs, qui n'est pas négligeable du point de vue de leur efficacité.

127. L'art difficile de la négociation. La conclusion d'un accord collectif est subordonnée à l'existence d'une réelle volonté de négocier, ce qui n'est pas toujours le cas, en pratique, des partenaires sociaux³⁸⁵. En matière de restructuration, certains syndicats refusent d'ailleurs systématiquement de négocier tout projet d'accord portant destruction d'emplois, dans une posture relativement dogmatique. La nécessité d'un accord majoritaire, imposée par le Code du travail, accentue encore cette difficulté. À ce titre, l'exemple de l'entreprise PIMKIE, entreprise de prêt-à-porter féminin, est particulièrement éclairant. Voulant aller vite, la direction avait décidé de recourir à la RCC plutôt qu'au PSE pour atteindre son objectif de suppression de 208 postes (sur un effectif de 1.900 salariés en France)³⁸⁶. Lors des négociations, elle s'est toutefois heurtée à l'opposition des trois syndicats principaux de l'entreprise (la CGT, la CFDT et FO), représentant à eux-seuls 75% du personnel. Après l'échec de la RCC, la direction a proposé de négocier un PDV, mais il a connu le même sort. Dans l'impasse, l'entreprise a finalement opté pour un PSE unilatéral³⁸⁷. Cet exemple met en lumière la limite du caractère *négocié* des alternatives au licenciement pour motif économique, plus longues et difficiles à mettre en œuvre qu'une décision unilatérale de l'employeur. Au-delà, cela permet de nuancer l'efficacité de l'accord collectif.

2. Un accord collectif d'anticipation

³⁸³ Art. L 2262-14 du Code du travail

³⁸⁴ G. AUZÉRO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 32^{ème} éd., 2019, n°1391

³⁸⁵ B. TEYSSIÉ, « À propos de la négociation collective d'entreprise », *Dr. soc.*, 1990, p. 577

³⁸⁶ « Pimkie : premier échec d'une rupture conventionnelle collective », *Les Echos*, 09/01/2018

³⁸⁷ « Pimkie, PSA, IBM : Peinard, la DRH, avec la rupture conventionnelle collective », *Alternatives Libertaires*, 2/08/2018

128. Plan. La profusion d'alternatives négociées au licenciement collectif pour motif économique fait émerger une nouvelle catégorie d'accord collectif. La *recherche de la qualification adéquate* (a) conduit à opter pour la formule d'« *accord d'anticipation* » (b).

a) *La recherche de la qualification adéquate*

129. Un accord « donnant-donnant » ? En pratique, la qualification d'*accord « donnant-donnant »* est souvent utilisée pour désigner les accords exigeant un effort des salariés, généralement en termes d'assouplissement des conditions de travail, en échange d'un engagement de l'employeur à maintenir l'emploi dans l'entreprise³⁸⁸. Ce terme est parfois utilisé de manière négative par les auteurs, pour exprimer une détérioration des droits des salariés, sous forme de chantage à l'emploi³⁸⁹. Quel que soit l'opinion portée sur les accords donnant-donnant, il convient de vérifier si cette qualification épouse les contours des différentes alternatives au licenciement collectif pour motif économique.

L'accord de performance collective entre parfaitement dans cette catégorie puisqu'il aménage la relation de travail des salariés en échange d'un engagement de maintien de l'emploi. Si la loi n'impose pas expressément cet engagement, contrairement aux anciens *accords de maintien de l'emploi*³⁹⁰, nul doute qu'en pratique il sera systématiquement exigé par les syndicats. En matière de **RCC**, le Code du travail « *exclut* »³⁹¹ tout recours au licenciement pour motif économique pendant la durée de l'accord, ce que la Direction générale du travail a interprété comme un « *engagement de maintien de l'emploi* »³⁹². La même exclusion est prévue en matière de **congé de mobilité**. La qualification d'« engagement de maintien de l'emploi », ici, est cependant contestable puisque ces accords ont pour objet de *supprimer des emplois*, non de les *préserver*. Pour admettre une telle qualification, il faut donc comprendre que l'accord supprime *aujourd'hui* certains emplois, pour en préserver un plus grand nombre *demain*. En revanche, lorsque les mesures proposées par l'employeur sont destinées, comme dans **l'accord de GPEC** à préserver l'emploi, non de *demain*, mais *d'après-demain*, la qualification d'accord

³⁸⁸ F. FAVENNEC, « Les accords de maintien de l'emploi », *JCP S*, 2014, p. 1186

³⁸⁹ G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 32^{ème} éd., 2019

³⁹⁰ Ancien art. L 5125-2 du Code du travail : « *un accord d'entreprise peut, en contrepartie de l'engagement de la part de l'employeur de maintenir les emplois pendant la durée de validité de l'accord, aménager, pour les salariés occupant ces emplois, la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ainsi que la rémunération* »

³⁹¹ Art. L 1237-19 du Code du travail

³⁹² Q/R n°3

donnant-donnant ne semble pas adaptée. En effet, la contrepartie en terme d'emploi semble alors trop incertaine et éloignée dans le temps pour faire partie de l'essence même de l'accord collectif.

Techniquement, la qualification d'accord donnant-donnant ne parvient donc pas à englober toutes les alternatives au licenciement collectif pour motif économique. Juridiquement, l'existence même de cette qualification semble d'ailleurs peu pertinente, car tous les accords impliquent des concessions réciproques, et donc un échange « donnant-donnant ». Par définition, un accord « donnant-donnant » n'est donc rien d'autre qu'un accord collectif³⁹³.

130. Un « accord de gestion » ? Dans sa thèse intitulée *Les accords collectifs de gestion de l'emploi*, Madame Inès Meftah tente d'appréhender le phénomène des restructurations négociées en dessinant les contours d'une nouvelle catégorie juridique, « *les accords de gestion* ». Ces derniers sont définis comme des accord s'inscrivant « *dans la perspective d'une opération de restructuration, par lesquels les parties habilite l'employeur à mettre en œuvre des outils de gestion de l'emploi* »³⁹⁴. Quatre critères sont donc dégagés, qu'il convient d'expliquer, avant de les nuancer.

Le premier critère remet l'accord collectif dans son contexte, c'est-à-dire la « **perspective d'une opération de restructuration** ». L'auteur montre que, loin d'être un acte juridique isolé, l'accord de gestion s'inscrit dans une opération juridique qui le dépasse – la restructuration. Le second critère porte sur la nature de l'accord de gestion : il s'agit d'une « **norme d'habilitation** ». En effet, selon l'auteur, les partenaires sociaux *habilite* par accord collectif l'employeur à prendre de futures décisions unilatérales pour le mettre en œuvre. Par exemple, l'accord de PDV habilite l'employeur à mettre en place une cellule chargée de sélectionner les candidatures des salariés. Les deux derniers critères correspondent à l'objet de l'accord collectif, à savoir la mise en œuvre d'« **outils de gestion** » portant sur « **l'emploi** ». Il s'agit ici de mettre en évidence la nature *instrumentale* de cet accord, destiné à rationaliser l'organisation des ressources humaines.

³⁹³ I. MEFTAH, *Les accords collectifs de gestion de l'emploi*, Thèse, 2018, n°87 p. 61

³⁹⁴ *Ibid.*, n°88, p. 62

La qualification juridique « d'accord de gestion » a le mérite de proposer une lecture renouvelée des restructurations négociées. Elle met en lumière la nature ambivalente des nouveaux outils offerts par le Code du travail, au carrefour du droit et de la pratique. Quelques critiques peuvent cependant être émises.

En premier lieu, l'idée selon laquelle l'accord de gestion serait une « **norme d'habilitation** » de l'employeur est contestable. En effet, le pouvoir de gestion appartient en principe à l'employeur : il n'a donc pas besoin d'être « *habilité* » par les salariés pour agir. En réalité, il ne faut pas considérer que les salariés « *habilitent* » l'employeur à prendre des actes unilatéraux après l'accord collectif, mais plutôt considérer qu'au moment de conclure l'accord collectif, l'employeur « *abandonne* » ou, plutôt, « *délègue* », une partie de son pouvoir de gestion aux salariés. Alors qu'il pourrait décider seul de la restructuration, il choisit de faire participer ses salariés. Dès lors, l'accord de gestion est moins une *norme d'habilitation*, qu'une *norme de délégation*.

En second lieu, la qualification d'« accord de gestion » proposée par l'auteur paraît trop large pour notre sujet. En effet, elle englobe aussi bien le *PSE négocié* que les *alternatives négociées au PSE*, alors que nous cherchons pour notre part à isoler ces dernières. En ce sens, il convient dès lors de chercher une autre qualification que celle proposée par Madame Inès Meftah.

b) *Le choix de la qualification d'« accord d'anticipation »*

131. « L'accord d'anticipation ». Dans cette qualification que nous proposons, qu'anticipe l'accord collectif ainsi nommé ? Les difficultés économiques de l'entreprise, et plus précisément les licenciements collectifs pour motif économique qui en découlent. En effet, aucune des alternatives étudiées dans ce mémoire ne peut fonctionner si elle n'est pas mise en œuvre suffisamment *en amont* des difficultés économiques de l'entreprise. C'est le cas, au premier chef, des alternatives destinées à *aménager* et non à *supprimer* des emplois (accord de GPEC, accord de performance collective, accord d'aménagement du temps de travail), puisqu'elles n'allègent pas la masse salariale. C'est également le cas, de manière moins explicite certes, des alternatives destinées à *supprimer des emplois par le seul recours au volontariat* (PDV, RCC et congé de mobilité). En effet, la réduction de l'effectif de l'entreprise est alors subordonnée au choix des salariés, ce qui n'est pas adapté à l'urgence d'une situation

de grande difficulté économique. Rien d'étonnant, dès lors, à ce que la RCC soit majoritairement utilisée par les grands groupes de société, car ils disposent d'une surface financière suffisante pour échelonner dans le temps le départ des salariés.

En ce sens, la qualification d'« accord d'anticipation » semble la plus adaptée pour appréhender l'ensemble des alternatives au licenciement collectif pour motif économique.

B. Le régime de l'accord d'anticipation

132. Plan. De par sa nature juridique, l'accord d'anticipation est soumis au droit des conventions collectives. Ceci amène à se poser deux questions. Le droit *commun* des conventions collectives est-il parfaitement adapté à l'accord d'anticipation ? (1). En outre, peut-il être négocié sans délégué syndical, c'est-à-dire selon les modes *dérogatoires* de la négociation collective ? (2).

1. Les ajustements du droit commun des conventions collectives

133. Plan. Forme particulière d'accord collectif d'entreprise, l'accord d'anticipation nécessite quelques ajustements du droit commun des conventions collectives. Ceci concerne aussi bien les règles gouvernant la *validité* de l'accord (a) que celles gouvernant son *effet* (b).

a) La validité de l'accord

134. Le principe majoritaire. Depuis l'Ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017, tout accord collectif d'entreprise doit être signé par des syndicats ayant recueilli au moins 50% des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles³⁹⁵. Le principe majoritaire s'applique parfaitement aux accords d'anticipation, dont certains y étaient déjà soumis avant même qu'il soit généralisé. C'était le cas des anciens *accords de maintien de l'emploi*³⁹⁶, et des *accords de préservation et de développement de l'emploi*³⁹⁷, ancêtres de **l'accord de performance collective**. C'était également le cas des **PDV** négociés, par analogie avec le régime des *PSE négociés*³⁹⁸ auxquels ils étaient (et sont toujours) soumis.

³⁹⁵ Art. L 2232-12 al. 1^{er} du Code du travail

³⁹⁶ Ancien art. L 5121-3 du Code du travail

³⁹⁷ Ancien art. L 2254-2 du Code du travail

³⁹⁸ Art. L 1233-24-1 du Code du travail

L'exigence d'un accord majoritaire se justifie par la recherche d'une plus grande **légitimité**, particulièrement en matière d'accords d'anticipation au vu de leurs conséquences brutales sur l'emploi. Monsieur le Professeur Gilles Auzero relativise toutefois, à juste titre, cette légitimité en expliquant que le seuil de 50% est apprécié au regard des *suffrages exprimés* par les votants et non de l'ensemble des *électeurs inscrits*³⁹⁹. Compte tenu du fort taux d'abstention des salariés aux élections professionnelles⁴⁰⁰, modifier ce niveau d'appréciation rendrait toutefois très difficile le franchissement du seuil de 50%. Or, en matière d'accords d'adaptation, la recherche de *légitimité* ne doit pas se faire au détriment de la logique *d'efficacité*, dont elle est une composante essentielle.

C'est pourquoi, à la différence du PSE négocié⁴⁰¹, les accords d'anticipation n'exigent pas un accord « strictement » majoritaire⁴⁰². En effet, si l'accord en cause n'a été signé que par des syndicats représentant 30% des suffrages (et non pas 50% des suffrages), il peut être « sauvé » par l'approbation de la majorité des salariés⁴⁰³. Ce « référendum ratification »⁴⁰⁴ est perçu par certains comme un « contournement du système représentatif, consistant à en appeler directement aux salariés lorsque leurs représentants ne souhaitent pas signer l'accord »⁴⁰⁵. En réalité, on peut y voir une simple application de la nature *individuelle* du droit de négociation collective : les salariés exercent ici directement leur droit, sans passer par l'intermédiaire de leurs représentants⁴⁰⁶.

135. Le niveau de négociation de l'accord. Conclut en principe au niveau de *l'entreprise*, les accords d'anticipation peuvent-ils être négociés à *d'autres niveaux* ? Autrement dit, l'employeur peut-il mettre en place une alternative au PSE par *accord d'établissement ou de groupe* plutôt que par *accord d'entreprise* ?

³⁹⁹ G. AUZERO, « La légitimité intrinsèque de l'accord collectif et de la règle majoritaire », *Dr. soc.*, 2018, p. 154
⁴⁰⁰ *Ibid.*

⁴⁰¹ Art. L 1233-24-1 du Code du travail

⁴⁰² A l'exception du PDV négocié, par analogie avec le PSE négocié

⁴⁰³ Art. L 2232-12 al. 6 du Code du travail

⁴⁰⁴ G. AUZERO, « La légitimité intrinsèque de l'accord collectif et de la règle majoritaire », *Dr. soc.*, 2018, p. 154

⁴⁰⁵ L. PÉCAUT-RIVOLIER, « Conventions et accords collectifs. La solidification des accords collectifs : les nouvelles conditions de conclusions et d'interprétation », *JCP S*, 2016, p. 1300

⁴⁰⁶ G. AUZERO, « La légitimité intrinsèque de l'accord collectif et de la règle majoritaire », *Dr. soc.*, 2018, p. 154

Aucune disposition spécifique n'étant prévue à ce sujet, il convient de mobiliser **l'article L 2232-11 du Code du travail**, au terme duquel « *sauf disposition contraire, les termes “ convention d'entreprise ” désignent toute convention ou accord conclu soit au niveau du groupe, soit au niveau de l'entreprise, soit au niveau de l'établissement.* » À première vue, on peut tirer de cette assimilation la conséquence suivante : puisque les alternatives au PSE peuvent être conclues par accord *d'entreprise*, elles doivent également pouvoir l'être par accord *d'établissement* ou de *groupe*.

En matière de **GPEC**, l'accord de groupe paraît même l'échelon le plus adapté, car il anticipe des mutations de fond dépassant le seul cadre de l'entreprise. On peut d'ailleurs ici appliquer l'article L 2232-33 du Code du travail, au terme duquel les négociations imposées au niveau de l'entreprise peuvent être menées au niveau du groupe. Cet article s'applique parfaitement à la GPEC, faisant l'objet d'une obligation de négociation au niveau de l'entreprise.

Pour les autres alternatives au licenciement pour motif économique, en revanche, l'incertitude demeure quant à leur mise en place au niveau du groupe. Concernant la **RCC** par exemple, certains auteurs⁴⁰⁷ se fondent sur les dispositions du Code du travail pour écarter tout recours à l'accord de groupe. À la lecture des textes relatifs au contrôle de la DIRECCTE⁴⁰⁸, ils constatent en effet que la loi fait référence au seul « employeur ». Or, privé de personnalité juridique, le groupe n'a jamais la qualité d'employeur, et ne peut donc pas être concerné. En pratique, pourtant, force est de constater que le groupe CARREFOUR a expérimenté une RCC conclue par accord de groupe, et que cela a été validé par l'Administration⁴⁰⁹. Concernant **l'accord de performance collective**, l'article L 2254-2 du Code du travail fait référence au seul échelon de « *l'entreprise* ». En effet, l'accord doit répondre aux « *nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise* » et il ne peut mettre en place qu'une mobilité « *interne à l'entreprise* ». Cela ferme-t-il la voie à toute mise en place au niveau du groupe ? L'analyse téléologique de l'article L 2254-2 du Code du travail semble pencher en ce sens. En matière de mobilité, pourtant, on pourrait envisager une autre solution : l'accord de performance collective pourrait bel et bien être conclu au niveau du *groupe*, mais il aurait alors pour objet une mobilité

⁴⁰⁷ G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 32^{ème} éd., 2019, p. 616

⁴⁰⁸ *Ibid.*

⁴⁰⁹ Discussion avec Maître WATRELOT (Cabinet Chassany Watrelot & Associés)

exclusivement *intra-entreprise* et non pas *intra-groupe*. Il laisserait en effet le soin à chaque entreprise du groupe de définir les modalités de mise en œuvre de sa propre mobilité⁴¹⁰.

136. Le champ d'application de l'accord. L'accord d'anticipation peut-il s'appliquer à une partie seulement des salariés de l'entreprise ? Le silence des textes à ce sujet pourrait laisser penser que les parties disposent d'une totale autonomie en la matière. En réalité, elles doivent respecter un grand principe du droit commun des conventions collectives : le *principe d'égalité de traitement* entre salariés (v. n°163).

b) *L'effet de l'accord*

137. La durée de l'accord. En droit commun, un accord collectif peut être à durée *déterminée* ou *indéterminée*⁴¹¹. Depuis la loi « Travail » du 8 août 2016, à défaut de précision, l'accord est réputé à *durée déterminée* et cette durée est fixée à cinq ans⁴¹². Qu'en est-il en matière d'accord d'anticipation ?

Concernant la **GPEC**, la loi prévoit expressément une obligation de renégociation tous les 3 ans, ce qui correspond en pratique à la durée de l'accord. En matière de **RCC**, la loi impose aux parties de prévoir une durée dans l'accord, sans toutefois indiquer de limite chiffrée. Cela laisse donc une grande marge de manœuvre aux partenaires sociaux, et permet une meilleure adaptation aux besoins spécifiques de l'entreprise. D'autant que, comme le rappelle la Direction générale du travail, la durée est déterminante car elle fixe le délai en-deçà duquel des licenciements pour motif économique ne pourront être envisagés⁴¹³. En pratique, elle constitue donc un enjeu important de négociation entre l'employeur et les syndicats, et un point sensible du contrôle de l'Administration. À titre d'exemple, le groupe CARREFOUR a conclu une RCC⁴¹⁴ d'une durée d'environ 7 mois. De taille bien plus réduite, l'entreprise PHOTONIS a prévu la même durée pour son accord de RCC⁴¹⁵, ce qui a été validé par l'Administration. C'est toutefois en matière **d'accord de performance collective** que la durée de l'accord interroge le

⁴¹⁰ M. OLLIVIER et B. TAILLARDAT-PIETRI, « L'accord de performance collective (APC) », *Liaisons sociales Quotidien*, dossier pratique n°204/2018, 2018

⁴¹¹ Art. L 2222-4 al.1^{er} du Code du travail

⁴¹² Art. L 2222-4 al. 2 du Code du travail

⁴¹³ Q/R n°3

⁴¹⁴ Accord collectif de RCC de la société CARREFOUR Hypermarché SAS du 15 mai 2019

⁴¹⁵ Accord collectif de RCC de la société PHOTONIS du 16 mai 2018

plus. Un tel accord peut-il être conclu à durée *indéterminée* alors même qu'il doit en principe répondre à une nécessité *ponctuelle* de l'entreprise ? En théorie, cela semble possible, puisque la loi ne précise plus que l'accord doit être à « *durée déterminée* » comme dans l'ancien accord de maintien de l'emploi et l'ancien accord de préservation et développement de l'emploi. En pratique, toutefois, il semble peu probable que les syndicats signent un tel accord. En outre, cela serait lourd de conséquences pour les salariés. Ils ne pourraient en effet espérer aucun retour aux clauses antérieures de leurs contrats de travail ; la modification de ces derniers étant alors irrévocable. Dans un tel cas, toutefois, on pourrait concevoir que soient mobilisées certaines notions de droit civil pour neutraliser la durée indéterminée de l'accord de performance collective. On pourrait par exemple utiliser le concept de « caducité »⁴¹⁶, c'est-à-dire l'annulation d'un acte juridique pour disparition d'une condition de validité⁴¹⁷. En effet, une fois « les nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise » disparues, l'accord serait alors frappé de caducité. On pourrait également recourir à la notion de « condition résolutoire », entraînant l'anéantissement d'une obligation en cas de réalisation d'un événement futur et incertain.⁴¹⁸ Ici, on pourrait considérer qu'une fois que l'accord a répondu aux « nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise », les obligations en découlant sont anéanties.

2. Le recours aux modes dérogatoires de négociation collective

138. Plan. Complexe, le *mécanisme* des modes dérogatoires de négociation collective mérite un examen préalable (a) avant d'être envisagé dans le cadre des *accords d'anticipation* (b).

a) *Le mécanisme*

139. La carence syndicale. En principe, les accords collectifs sont négociés avec les délégués syndicaux⁴¹⁹. Or, en pratique, de nombreuses entreprises françaises sont dépourvues de toute implantation syndicale, notamment en raison de leur effectif réduit⁴²⁰. Cherchant à remédier à ce problème, l'Ordonnance n°2017-1385 a renforcé les *modes dérogatoires* de négociation collective, c'est-à-dire en cas d'absence de délégué syndical dans l'entreprise⁴²¹.

⁴¹⁶ P. LOPES, *L'adaptation de la relation de travail pour motif économique*, Thèse, LexisNexis, 2018, p. 55

⁴¹⁷ Art. 1186 du Code civil

⁴¹⁸ Art. 1304 du Code civil

⁴¹⁹ G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 32^{ème} éd., 2019, p. 616

⁴²⁰ *Ibid.*

⁴²¹ *Ibid.*

De nouveaux acteurs sont aujourd'hui habilités à conclure des accords collectifs. Dans les entreprises supérieures à 11 salariés, il s'agit des **membres élus du CSE** ou des **salariés mandatés** par un syndicat⁴²². Aucune priorité n'existant en faveur de la deuxième voie, certains auteurs y ont vu une atteinte à la *liberté syndicale*⁴²³. Cependant, il résulte d'une jurisprudence constitutionnelle constante depuis 1996 qu'il n'existe aucun monopole syndical en matière de négociation collective⁴²⁴.

Dans les entreprises inférieures à 11 salariés (ou inférieures à 20 salariés si elles sont dépourvues de CSE), l'employeur peut directement soumettre son projet d'accord à la ratification des **salariés**, subordonnée à l'obtention d'une majorité des deux tiers du personnel⁴²⁵. Originale, cette démarche cristallise la plupart des critiques. Il y aurait cette fois atteinte, non plus à la *liberté syndicale*, mais au principe même de *participation des travailleurs*, qui s'exerce en principe par « *l'intermédiaire de leurs délégués* »⁴²⁶. En effet, par ce référendum, l'employeur contournerait ici, aussi bien les syndicats que les élus du personnel, en s'adressant directement aux salariés. Le Conseil constitutionnel a cependant écarté ce grief, estimant que ce dispositif n'était prévu qu'en l'absence d'élus dans l'entreprise⁴²⁷ et qu'il était justifié par la nécessité de développer la conclusion d'accords collectifs dans les petites entreprises. Allant plus loin, on peut toutefois se demander si la ratification d'un projet d'accord par le personnel peut véritablement être qualifié d'« accord collectif ».

140. Un cas problématique : le référendum d'entreprise. Lorsque l'employeur soumet un projet d'accord collectif à la ratification de ses salariés, deux arguments sont généralement avancés contre la qualification d'« accord collectif ». Examinons-les tour à tour.

En premier lieu, certains auteurs considèrent que l'accord n'est pas le fruit d'une véritable négociation collective mais le résultat d'un projet établi par le seul employeur⁴²⁸. En ce sens, il serait bien plutôt une « décision unilatérale » de l'employeur qu'un « accord collectif ». À ceci,

⁴²² S. MAYOUX et A. SERVOUZE-MERCIER, « Les Ordonnances Travail révolutionnent-elles l'art de négocier dans l'entreprise ? », *JCP S*, 2018, p. 1182

⁴²³ B. BAUDUIN, « La négociation collective dans les entreprises de moins de 50 salariés », *Dr. soc.*, 2018, p. 682

⁴²⁴ *Ibid.*

⁴²⁵ Art. L 2232-21 à Art. L 2232-23 du Code du travail

⁴²⁶ B. BAUDUIN, « La négociation collective dans les entreprises de moins de 50 salariés », *Dr. soc.*, 2018, p. 682.

⁴²⁷ CC, 21 mars 2018, n°2018-761 DC

⁴²⁸ P. ADAM, « La négociation (collective) sans la négociation », *SSL*, 2017, n°1790, p. 52

on peut toutefois opposer l'existence, en pratique, d'une négociation informelle dans les petites entreprises, au sein desquelles *l'intuitu personae* est fondamental⁴²⁹. En outre, l'exigence d'une majorité des deux tiers du personnel confère une certaine légitimité au projet de l'employeur⁴³⁰.

En second lieu, certains auteurs mettent en avant le fait que l'accord est conclu avec une partie ne disposant pas de la personnalité morale (les « salariés ») alors même qu'il s'agit d'une condition de validité indispensable⁴³¹. Cette fois, l'argument emporte notre conviction. En effet, si la jurisprudence reconnaît certes la personnalité juridique à certains groupements d'individus⁴³², il paraît peu probable qu'elle le reconnaisse à une collectivité de salariés dépourvue de toute représentation collective et très ponctuellement soumise à un projet d'accord⁴³³. Le projet d'accord ratifié par les salariés ne semble donc pas véritablement correspondre aux canons de l'« accord collectif ». Dans le Code du travail, toutefois, il demeure qualifié ainsi⁴³⁴.

b) *L'application aux accords d'anticipation*

141. Négociation dérogatoire et alternatives au PSE. *L'employeur peut-il avoir recours aux modes dérogatoires de négociation collective en matière d'accords d'anticipation ?* Autrement dit, en l'absence de délégués syndicaux, peut-il quand même mettre en place une alternative au PSE ? La réponse dépend de l'alternative concernée.

Dans certains cas, une réponse négative s'impose. C'est le cas, au premier chef, du **PDV** négocié. Il est en effet soumis au régime du PSE négocié, exigeant expressément la signature des syndicats majoritaires dans l'entreprise⁴³⁵. L'accord ne peut donc pas être conclu avec d'autres interlocuteurs que les délégués syndicaux. En matière d'accord de **GPEC**, la réponse est également négative, bien que l'explication soit différente. L'obstacle est cette fois d'origine pratique. En effet, la GPEC est imposée par le Code du travail aux seules entreprises de plus de

⁴²⁹ F. FAVENNEC, « Les PME dans les ordonnances Macron », *Dr. soc.*, 2018, p. 46

⁴³⁰ Ibid.

⁴³¹ G. AUZERO, « La légitimité intrinsèque de l'accord collectif et de la règle majoritaire », *Dr. soc.*, 2018, p. 154

⁴³² Civ2, 28 janvier 1954 – *Comité d'établissement de Saint-Chamond*, n°54-07.081

⁴³³ G. AUZERO, « La légitimité intrinsèque de l'accord collectif et de la règle majoritaire », *Dr. soc.*, 2018, p. 154.

⁴³⁴ Art. L 2232-22 du Code du travail : parle d'« accord d'entreprise valide »

⁴³⁵ Art. L 1233-24 du Code du travail

300 salariés, ce qui rend improbable en pratique l'absence de délégués syndicaux dans les entreprises en question⁴³⁶.

Dans d'autres cas, en revanche, la réponse semble positive. C'est le cas, par exemple, de la **RCC**. Le silence du Code du travail sur ses modalités de négociation, et l'absence de seuil d'effectif minimum, orientent en effet la réponse en ce sens. La Direction générale du travail y est d'ailleurs favorable, puisqu'elle intègre les modes dérogatoires de négociation dans son rapport consacré à la RCC⁴³⁷. Par conséquent, la même possibilité doit être ouverte au **congé de mobilité** puisqu'il peut être intégré à un accord de RCC⁴³⁸.

C'est en matière **d'accord de performance collective** que la réponse semble plus délicate. Dans sa décision de validation, le Conseil constitutionnel a en effet jeté le trouble en affirmant que l'accord devait être signé aux seules conditions de l'article L 2232-12 du Code du travail, c'est-à-dire avec des délégués syndicaux⁴³⁹. Monsieur le Professeur Bernard Gauriau en a déduit qu'il s'agissait d'une réserve d'interprétation, fermant implicitement le recours à négociation collective dérogatoire⁴⁴⁰. Cette interprétation est cependant contestable, à plus d'un titre. Elle est tout d'abord contraire à la *lettre* du texte sur l'accord de performance collective, qui ne prévoit pas une telle restriction⁴⁴¹. Elle est, ensuite, contraire à *l'esprit* même de ce texte car il ne semble pas que le gouvernement ait voulu créer un dispositif plus rigide que ce qui existait dans le droit antérieur⁴⁴². Or, dans les anciens accords de maintien de l'emploi ou accords de préservation et de développement de l'emploi, la négociation dérogatoire était expressément admise. Par conséquent, l'accord de performance collective doit pouvoir être conclu même en l'absence de délégué syndicaux. D'ailleurs, en pratique, cela commence déjà à être le cas⁴⁴³.

⁴³⁶ A. FABRE « Rupture conventionnelle collective et congé de mobilité : de faux jumeaux », *SSL*, 2018, n°1800

⁴³⁷ Tableau à la fin des Questions réponses du Gouvernement sur la RCC

⁴³⁸ A. FABRE « Rupture conventionnelle collective et congé de mobilité : de faux jumeaux », *SSL*, 2018, n°1800

⁴³⁹ CC, 21 mars 2018, n°2018-761 DC

⁴⁴⁰ B. GAURIAU, « L'accord de performance collective depuis la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 (À propos de l'article L. 2254-2 du code du travail) », *Dr. soc.*, 2018, p.504 ; position réaffirmée : B. GAURIAU, « L'accord de performance collective est-il un accord majoritaire ? », *JCP S*, 2019, p. 64

⁴⁴¹ Y. PAGNERRE, « Les accords de performance collective », *Dr. soc.*, 2018, p. 694

⁴⁴² *Ibid.*

⁴⁴³ FRANCE STRATÉGIE, *Évaluation des ordonnances relatives au dialogue social et aux relations de travail - Note d'étape sur les travaux du comité d'évaluation*, 2018, p. 54 : au 31 décembre 2018, 12 accords avaient déjà été conclus avec des élus du personnel et 4 accords avaient été ratifiés par le personnel

142. Une fois l'accord collectif conclu, les salariés ont-ils encore un moyen d'y échapper ? Ici se pose la question de la *résistance des salariés à l'accord collectif*.

Section II. La résistance à l'accord collectif

143. Plan. Pour résister à un accord collectif, les salariés disposent de deux moyens. En amont, ils peuvent refuser de *consentir* à son application (A). En aval, ils peuvent *agir en justice* pour le contester (B). En matière d'accord d'anticipation, ces deux obstacles sont néanmoins de faible portée.

A. Le consentement du salarié, un obstacle affaibli

144. Plan. Les accords d'anticipation se caractérisent par un double mouvement, en sens inverse : le *déclin de la volonté individuelle* des salariés (1), remplacé par la *primauté de la volonté collective* (2).

1. Le déclin de la volonté individuelle

145. Plan. En matière d'accords d'anticipation, le déclin de la volonté individuelle du salarié est manifeste, qu'il s'agisse de son *acceptation* (a) ou de son *refus* (b).

a) L'acceptation du salarié

146. L'indifférence de l'acceptation. En matière d'aménagement de la relation de travail, l'acceptation préalable du salarié n'est pas toujours requise. En effet, dans certains cas, l'employeur peut modifier le contrat de travail des salariés sans solliciter au préalable leur accord *individuel*, en recourant simplement à un accord *collectif*. Répondant au besoin de flexibilité des entreprises, cette solution déroge au *droit commun de la modification du contrat de travail* ⁴⁴⁴, exigeant le consentement préalable de chacun des salariés dans cette hypothèse. Deux accords collectifs d'anticipation permettent cette dérogation, en utilisant toutefois des techniques différentes. Il s'agit en premier lieu de l'**accord de performance collective**, autorisant expressément la « modification » du contrat de travail sans exiger le consentement

⁴⁴⁴ P. WAQUET, « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », *RJS*, 1999, p. 793

préalable des salariés ⁴⁴⁵. Il s'agit en second lieu de **l'accord d'aménagement du temps de travail**, rejetant à la source la qualification de « modification du contrat de travail »⁴⁴⁶ pour en écarter le régime. Dans les deux cas, le consentement préalable des salariés n'est donc pas exigé, ce qui diminue considérablement la capacité de résistance de ces derniers. Il faut toutefois noter qu'en aval, ils gardent la possibilité de refuser l'accord. Cette faculté a cependant une faible portée (v. n°148).

147. Une acceptation en trompe-l'œil. En matière de rupture amiable de la relation de travail, l'affaiblissement de la volonté individuelle des salariés est plus subtil.

Le dispositif fonctionne cette fois sur une « *addition d'accord de volonté* » ⁴⁴⁷ : un accord collectif propose des départs volontaires se double d'un accord individuel actant le départ de chaque salarié. L'acceptation préalable du salarié est donc maintenue. On retrouve cela dans la **RCC, le PDV et le congé de mobilité**. Toutefois, que vaut le consentement du salarié donné sous la menace d'une suppression d'emploi ? En effet, comme le remarque Monsieur le Professeur Pascal Lokiec, la subordination exercée par l'employeur s'articule mal avec l'exigence d'un consentement libre et éclairé du salarié⁴⁴⁸.

b) *Le refus du salarié*

148. Le choix de refuser... ou d'être licencié. Lorsque l'accord collectif d'anticipation n'exige pas, *en amont*, le consentement préalable du salarié, il peut toutefois, *en aval*, être refusé par ce dernier. C'est plus particulièrement le cas en matière d'**accord de performance collective**, qui peut être expressément refusé par le salarié dans un délai d'un mois⁴⁴⁹. Le salarié a alors le choix de refuser la modification de son contrat de travail ... ou d'être licencié pour ce refus. Drôle de choix, s'il en est !

Il ne faudrait pas, cependant, se laisser abuser par une analyse aussi sommaire. La capacité de « résistance » du contrat de travail à un accord collectif n'a jamais signifié que le salarié pouvait faire obstacle à l'entrée en vigueur d'un accord collectif, mais simplement qu'il pouvait - à titre

⁴⁴⁵ Art. L 2254-2 III du Code du travail

⁴⁴⁶ Art. L 3121-43 du Code du travail

⁴⁴⁷ A. FABRE, « Que reste-t-il du droit de licenciement pour motif économique ? », *SSL*, 2017, n°1784, p. 3

⁴⁴⁸ P. LOKIEC, « L'accord du salarié », *Dr. soc.*, 2010, p. 140

⁴⁴⁹ Art. 2254-2 III du Code du travail

individuel - refuser de s'y soumettre⁴⁵⁰. En ce sens, le refus ne peut se traduire que par le départ du salarié de l'entreprise.

149. Un « droit » au refus ? Nous l'avons vu, le salarié peut refuser qu'un accord collectif modifie son contrat de travail. *Toutefois, s'agit-il d'une simple « faculté » de refus ou d'un véritable « droit » au refus ?* Au-delà de son intérêt théorique, la question détermine la date d'application de l'accord collectif. En effet, s'il ne s'agit que d'une « faculté » de refus, l'accord s'applique immédiatement au salarié, sans attendre qu'il ait opéré son choix. S'il s'agit en revanche d'un véritable « droit » au refus, l'accord ne s'applique au salarié qu'une fois le choix opéré.

Pour répondre à cette question, une comparaison avec le régime du **transfert d'entreprise** s'impose. En effet, dans ce domaine comme dans celui des accords collectifs de modification du contrat de travail, le consentement du salarié n'est pas pris en compte en amont de l'opération, mais il reste une faculté de refus, en aval. Or, le refus n'a pas la même portée dans les deux cas. Dans le cas du transfert d'entreprises, le refus du salarié est considéré comme une « démission »⁴⁵¹. Le refus est donc *matériellement* possible, mais il n'est pas *juridiquement* reconnu : le salarié ne bénéficiera d'aucune garantie, notamment d'aucune indemnité de départ. À l'inverse, en cas de modification du contrat de travail par accord collectif, le refus du salarié est considéré comme un « licenciement » (qu'il s'agisse du licenciement *sui generis* pour l'accord de performance collective, ou du licenciement *pour faute* dans le cadre de l'accord d'aménagement du temps de travail). Le refus du salarié est donc juridiquement reconnu car entouré de garanties, notamment par une indemnité de licenciement. Par conséquent, on peut considérer que le salarié dispose d'un vrai « droit » au refus dans le deuxième cas (modification du contrat de travail par accord collectif), mais pas dans le premier (transfert d'entreprise).

150. Le délai du refus. En matière d'accord de performance collective, les salariés disposent d'un délai d'un mois pour refuser la modification de leurs contrats de travail. Dès lors, une question surgit : *dans l'hypothèse où les salariés auraient tous exprimé leur choix avant la fin du délai de réflexion d'un mois, l'employeur est-il tenu d'attendre l'expiration de ce délai pour agir ?* Ici, l'enjeu est celui du **droit de rétractation** des salariés. En effet, si l'employeur est

⁴⁵⁰ F. GÉA et M-F. MAZARS, « Contrat de travail et normes collectives », in *Les rencontres de la chambre sociale de la Cour de cassation*, BICC, 2012

⁴⁵¹ G. AUZÉRO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 32^{ème} éd., 2019, p. 434

tenu de respecter ce délai, les salariés gardent la possibilité de changer d'avis et donc de se rétracter. Dans le cas inverse, leur choix les engage définitivement. Pour répondre à cette question, on peut raisonner par analogie avec un mécanisme proche de l'accord de performance collective, la **modification individuelle du contrat de travail pour motif économique**⁴⁵². Certes, la logique est légèrement différente : dans le cas de la modification individuelle du contrat de travail pour motif économique, le délai d'un mois sert à « *accepter* » la modification ; tandis que dans l'accord de performance collective, le délai d'un mois sert à « *refuser* » la modification. En pratique, cependant, la conséquence est la même : le salarié doit choisir entre la modification de son contrat de travail et le licenciement. Par conséquent, si on applique le même régime que la *modification individuelle du contrat de travail*, l'employeur est tenu de respecter le délai d'un mois avant d'agir.

Quoi qu'il en soit, en l'absence de précision dans la loi, la prudence est de mise. Nous conseillons donc à l'employeur d'attendre le délai de réflexion d'un mois avant d'agir⁴⁵³. Pour éviter des dépenses inutiles, nous pourrions même proposer d'inclure une **clause suspensive** dans l'accord, subordonnant la mise en œuvre de celui-ci à l'acceptation d'un nombre minimum de salariés.

2. La primauté de la volonté collective

151. Plan. Les accords collectifs d'anticipation remettent en lumière la question de la primauté de la *volonté collective* sur la *volonté individuelle*, c'est-à-dire de *l'accord collectif* sur le *contrat de travail*. Après avoir posé les termes du débat (a), il convient de s'interroger sur sa portée (b).

a) Le conflit entre accord collectif et contrat de travail

152. Les normes en conflit. « *La rencontre entre la force obligatoire du contrat [de travail] et l'effet quasi-réglementaire de l'accord collectif est depuis longtemps source de tensions* »⁴⁵⁴. La force respective de ces deux sources du droit du travail mérite d'être précisée.

⁴⁵² *Contra* : L. ALUOME, « L'accord de performance collective et le consentement du salarié », *JCP S*, 2019, p. 1138

⁴⁵³ M. OLLIVIER et B. TAILLARDAT-PIETRI, « L'accord de performance collective (APC) », *Liaisons sociales Quotidien*, dossier pratique n°204/2018, 2018

⁴⁵⁴ P. LOKIEC, « Accord collectif et contrat de travail », *Dr. soc.*, 2017, p. 1024

Conclu entre l'employeur et les syndicats, l'**accord collectif** a un *effet impératif* : il s'impose à tous les salariés, qu'elle que soit leur appartenance syndicale. Cela s'explique par sa nature réglementaire, lui conférant une certaine « *impérativité institutionnelle* »⁴⁵⁵. Le **contrat de travail**, quant à lui, présente une *force obligatoire* : il s'impose à ses deux parties, l'employeur et le salarié, et ne peut pas être modifié sans leur commun accord⁴⁵⁶. Restaurée par la jurisprudence à partir des années 1990, cette force obligatoire protège plus précisément le « *socle contractuel* »⁴⁵⁷ de la relation individuelle de travail, c'est-à-dire les fonctions du salarié, sa rémunération, son secteur géographique de travail et sa durée de travail⁴⁵⁸. Concrètement, elle permet au salarié de s'opposer à la modification de son contrat sans son accord préalable, dans une forme de « résistance » contractuelle⁴⁵⁹.

153. La résolution traditionnelle du conflit. Traditionnellement, l'articulation entre accord collectif et contrat de travail est marquée par l'idée d'*autonomie*⁴⁶⁰. En effet, il n'y a pas d'incorporation de l'accord collectif dans le contrat de travail ; et inversement le contrat de travail ne peut pas être modifié par l'accord collectif (sans accord préalable du salarié).

S'il existe donc une autonomie entre les *sources* du droit du travail (c'est-à-dire entre l'accord collectif et le contrat de travail), il peut en revanche y avoir opposition entre le *contenu de ces sources* (c'est-à-dire entre les *clauses* de l'accord collectif et celles du contrat de travail)⁴⁶¹. Comment le conflit est-il alors résolu ? Traditionnellement, deux règles sont combinées. En principe, en vertu de l'*effet impératif* de l'accord collectif, les clauses de ce dernier s'imposent à celles du contrat de travail. Par tempérament, en vertu du *principe de faveur*, les clauses plus favorables du contrat de travail peuvent s'y substituer. C'est ce que pose, en substance, l'article L 2254-1 du Code du travail⁴⁶².

⁴⁵⁵ Si l'on se réfère à la classification de l'impérativité établie par Pierre Moor : P. MOOR, *Dynamique du système juridique, Une théorie générale du droit*, LGDJ, 2010

⁴⁵⁶ F. GÉA et M-F. MAZARS, « Contrat de travail et normes collectives », in *Les rencontres de la chambre sociale de la Cour de cassation*, BICC, 2012

⁴⁵⁷ P. WAQUET, « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », *RJS*, 1999, p. 793

⁴⁵⁸ F. GÉA et M-F. MAZARS, « Contrat de travail et normes collectives », in *Les rencontres de la chambre sociale de la Cour de cassation*, BICC, 2012

⁴⁵⁹ *Ibid.*

⁴⁶⁰ G. BLANC-JOUVAN, « Accords individuels et accords collectifs en droit du travail », *JCP S*, 2007, p. 1265

⁴⁶¹ F. GÉA et M-F. MAZARS, « Contrat de travail et normes collectives », in *Les rencontres de la chambre sociale de la Cour de cassation*, BICC, 2012 : met en lumière la différence entre les « normes » et leur « énoncé normatif »

⁴⁶² *Ibid.*

154. La nouvelle résolution du conflit. Toutefois, une nouvelle figure conventionnelle remet en cause cette analyse traditionnelle. En effet, dans le cas de **l'accord de performance collective**, deux piliers de l'articulation entre accord collectif et contrat de travail sont écartés. En premier lieu, il est expressément indiqué que l'accord collectif peut « *modifier* » le contrat de travail, ce qui porte atteinte au *principe d'autonomie* entre ces deux sources du droit du travail. En second lieu, les clauses de l'accord collectif s'imposent à celles du contrat de travail même lorsqu'elles sont moins favorables au salarié, ce qui porte atteinte au *principe de faveur*. Si on peut certes y voir un simple retour à *l'effet impératif* de l'accord collectif (puisque son tempérament, le principe de faveur, est écarté), force est de constater qu'il s'agit d'un changement complet de paradigme. L'idée est de réduire la capacité de résistance du contrat de travail pour renforcer l'efficacité de l'accord collectif. Justifié, ici, par les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, la primauté de l'accord collectif doit-elle être établie de manière définitive ?

b) *Vers une primauté définitive de l'accord collectif ?*

155. Un nouveau modèle. Par sa puissance inégalée, l'accord de performance collective invite à poser la question suivante : annonce-t-il la primauté définitive de l'accord collectif sur le contrat de travail ?

Il semble, en effet, s'inscrire dans un contexte favorable à la promotion de la norme collective. L'axiome « *qui dit conventionnel dit juste* »⁴⁶³ est aujourd'hui porté aux nues, particulièrement au niveau de l'entreprise, où l'accord collectif apparaît comme le moyen le plus légitime et le plus efficace de réguler les rapports professionnels⁴⁶⁴. Certains auteurs proposent donc d'aller plus loin et d'instaurer une primauté définitive de l'accord d'entreprise⁴⁶⁵. Celui-ci serait conçu comme une sorte de *contrat collectif*, conclu par l'employeur avec des syndicats majoritaires (donc légitimes), permettant de trouver le meilleur compromis entre flexibilité du travail et protection des travailleurs. Doté d'une efficacité sans pareille, il ne pourrait pas être mis en échec individuellement par les salariés, et conduirait donc à l'abandon du principe de faveur. Sans être aussi radical, le législateur a introduit plusieurs mesures allant dans ce sens, telle que

⁴⁶³ P. LOKIEC, « "Qui dit conventionnel dit juste !" L'avènement d'un nouveau dogme », *JCP S*, 2015, p. 129

⁴⁶⁴ P-H. ANTONMATTEI, « La primauté de l'accord d'entreprise », *Dr. soc.*, 2016, p. 513

⁴⁶⁵ J. BARTHÉLEMY et G. CETTE, *Refonder le droit social. Mieux concilier protection du travailleur et efficacité économique*, La documentation française, 2011 ; « Quelle articulation entre contrat de travail et accord collectif », *Les Cahiers du DRH*, 2011, n°181

la généralisation des accords majoritaires et la primauté de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche.

Toutefois, cette « *sacralisation de la négociation collective* »⁴⁶⁶ a des effets pervers. Sans aller jusqu'à considérer l'accord collectif comme un simple habillage de la décision unilatérale de l'employeur⁴⁶⁷, on peut craindre en effet l'existence d'un certain déséquilibre dans le rapport de force des parties en présence. En effet, au niveau de l'entreprise, « *même protégé contre le licenciement, [le délégué syndical] négocie en face de son propre employeur* »⁴⁶⁸. En outre, si la doctrine s'intéresse aujourd'hui principalement à la promotion de la norme collective en droit du travail, il existe également un mouvement inverse d'« individualisation du droit du travail »⁴⁶⁹, qu'il ne faudrait pas ignorer. Ce mouvement vise aussi bien à favoriser l'autonomie des salariés (ex : forfait-jours, télétravail) qu'à les inciter à une plus grande performance (ex : clause de variation de rémunération, indexée sur les résultats du salarié).

Radicale, la primauté *générale* de l'accord collectif ne semble donc ni souhaitable ni probable. Il semble, à l'inverse, plus vraisemblable que le législateur reconnaisse une primauté *ponctuelle* à certains accords collectifs dont l'efficacité est considérée comme essentielle⁴⁷⁰, comme il l'a fait pour l'accord de performance collective.

⁴⁶⁶ P. LOKIEC, « “Qui dit conventionnel dit juste !” L'avènement d'un nouveau dogme », *JCP S*, 2015, p. 129

⁴⁶⁷ C. NICOD, « L'accord collectif, succédané de l'acte unilatéral », *SSL*, 2008, n°1340, p. 38

⁴⁶⁸ P. LOKIEC, « “Qui dit conventionnel dit juste !” L'avènement d'un nouveau dogme », *JCP S*, 2015, p. 129

⁴⁶⁹ P. ADAM, *L'Individualisation du droit du travail. Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, Thèse, LGDJ, 2005

⁴⁷⁰ F. GÉA et M-F. MAZARS, « Contrat de travail et normes collectives », in *Les rencontres de la chambre sociale de la Cour de cassation*, BICC, 2012 : « À la reconnaissance d'une *habilitation générale* de l'accord collectif à s'imposer sur le contrat de travail ou d'une libre et totale détermination par les négociateurs de la portée de leur acte normateur pourraient être préférées des *habilitations ponctuelles*, ciblées, et définies avec précision par le législateur au nom d'un intérêt supérieur, l'intérêt général. » (nous soulignons)

B. La contestation en justice, un obstacle incertain

156. Plan. Une fois que l'accord collectif d'anticipation entre en vigueur, les salariés gardent la possibilité de le contester en justice. Ils peuvent alors, naturellement, s'appuyer sur le *droit du travail* pour construire leur argumentaire (1). Ils peuvent également mobiliser des notions de *droit civil* ; l'accord collectif pouvant être considéré, en quelque sorte, comme un contrat (2).

157. La question préalable du juge compétent. Avant d'envisager les moyens invocables par les salariés, il faut se poser la question de la juridiction compétente. Quel est le juge compétent en cas de litige relatif à un accord collectif d'anticipation ? Tout dépend, en réalité, de la *nature* du litige.

Si le litige concerne exclusivement *l'accord collectif*, il présente un caractère collectif et relève donc de la compétence du **TGI**⁴⁷¹. En revanche, si le litige concerne les *conséquences individuelles de l'accord collectif* (par exemple : la modification ou la rupture d'un contrat de travail d'un salarié), il présente un caractère individuel et relève donc de la compétence des **conseils de prud'hommes**⁴⁷². La frontière n'est pas toujours évidente à tracer. Par exemple, à l'occasion d'un litige *individuel*, le salarié peut solliciter la nullité ou l'inopposabilité d'un accord collectif, ce qui ressort traditionnellement d'un *litige collectif*. Quel sera alors le juge compétent entre le TGI et le conseil des prud'hommes ? En pareille hypothèse, la jurisprudence considère que le litige conserve un caractère *individuel* et maintient donc la compétence du conseil des prud'hommes⁴⁷³.

Il faut noter qu'en matière de PDV négocié et de RCC, l'accord collectif ne relève pas du TGI mais du **juge administratif**. En effet, à l'instar du PSE⁴⁷⁴, le contentieux de *l'accord collectif* ne peut pas faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la *décision administrative* de validation. Cette règle est formellement indiquée dans le Code du travail pour la RCC⁴⁷⁵, mais se déduit implicitement pour le PDV négocié à partir du régime du PSE (car il y est en grande partie soumis).

⁴⁷¹ *Le Lamy Négociation collective*, Wolters Kluwer, 2018, n°769 - Juridiction compétente

⁴⁷² *Ibid.*

⁴⁷³ *Ibid.*

⁴⁷⁴ Art. L 1235-7-1 du Code du travail

⁴⁷⁵ Art. L 1237-19-8 du Code du travail

158. Le juge compétent étant précisé, il convient maintenant de s'intéresser aux moyens susceptibles d'être invoqués par les salariés.

1. Le recours au droit du travail

159. Plan. Au sein du droit du travail, deux éléments peuvent être mobilisés : le *droit du licenciement* (a) et le *principe d'égalité de traitement* (b).

a) Le droit du licenciement

160. Les accords d'anticipation peuvent déclencher la rupture du contrat de travail des salariés. Pour contester cela, ces derniers peuvent alors invoquer la méconnaissance du droit du licenciement.

161. Le cause réelle et sérieuse de licenciement. Les salariés peuvent tout d'abord contester le motif de la rupture de leurs contrats de travail, en estimant qu'il s'agit en réalité d'un licenciement *sans cause réelle et sérieuse*. Cet argument a toutefois une portée relativement faible, car le régime des accords d'anticipation est construit de manière à mettre à l'écart l'exigence d'un motif économique. En matière **d'accord de performance collective**, par exemple, les salariés se heurtent à l'existence d'un motif *sui generis*⁴⁷⁶, réputé par la loi être une cause réelle et sérieuse de licenciement (sur la conventionnalité du mécanisme :v. n°59). En matière de **PDV**, les salariés sont irrecevables à contester le motif économique de leurs départs volontaires⁴⁷⁷, car celui-ci est fondé sur un accord de volontés avec l'employeur et non sur un motif économique. Cette solution peut d'ailleurs être étendue à tous les modes de rupture amiable prévue par accord collectif, telle que la **RCC** et le **congé de mobilité**. Le droit du licenciement s'avère donc ici peu probant.

162. La procédure de licenciement. Plutôt que de contester le motif de la rupture du contrat de travail, les salariés peuvent contester la régularité de la procédure suivie, en estimant qu'elle méconnaît les garanties prévues en matière de licenciement. L'argument a cette fois plus de poids. En effet, dans **l'accord de performance collective** comme **l'accord d'aménagement**

⁴⁷⁶ Art. L2254-2 V du Code du travail

⁴⁷⁷ Soc, 8 février 2012 – n°10-27.176

du temps de travail, l'employeur doit respecter la procédure du licenciement pour motif personnel. Il est donc envisageable que celui-ci ait commis une irrégularité et doive payer des dommages-intérêts. Le montant prévu par la loi est cependant relativement faible : il correspond au versement d'un mois de salaire. En outre, la procédure de licenciement pour motif personnel prévoit nettement moins de garanties que celle du licenciement pour motif économique, spécifiquement exclue en matière d'accord d'anticipation. (Il existe une possibilité, toutefois, de soumettre l'accord de performance collective à la procédure de licenciement collectif du droit de l'Union européenne : v. n°59). Le droit du licenciement s'avère donc, ici aussi, peu probant.

b) *Le principe d'égalité de traitement*

163. Le principe. Au sein d'une même entreprise, les restructurations sont parfois appliquées à certains salariés mais pas à d'autres. Portées par des accords collectifs d'anticipation, ces restructurations peuvent être contestées sur le fondement du principe d'égalité de traitement.

Absent du Code du travail, le principe d'égalité de traitement a été dégagé par la jurisprudence à partir de la règle « *à travail égal, salaire égal* »⁴⁷⁸. Il ne signifie pas que toute différence de traitement est interdite, mais que celle-ci doit être justifiée par un critère objectif et pertinent. Or, à partir de 2015⁴⁷⁹, prenant acte de la légitimité renforcée des partenaires sociaux, la Cour de cassation a considérablement assoupli son contrôle en matière de différence de traitement opérée par voie d'accord collectif. En effet, elle a considéré que dans ce cas la différence de traitement était *a priori* justifiée, et qu'il appartenait alors à celui qui la contestait (le salarié) de prouver le contraire. Au départ, cette *présomption de justification* était restreinte aux seules différences de traitement fondées sur une différence de catégorie professionnelle⁴⁸⁰. Elle a toutefois rapidement été élargie à d'autres critères, tels que la différence de fonctions⁴⁸¹ exercées par les salariés au sein d'une même catégorie professionnelle, ou la différence d'établissements dans lesquels travaillent les salariés⁴⁸². Cette généralisation progressive de la présomption de justification a donc amené à se poser la question suivante : toute différence de

⁴⁷⁸ G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 32^{ème} éd., 2019

⁴⁷⁹ Soc, 27 janvier 2015, n°13-22.179, n°12-25.437, n°12-14.773 ; A. FABRE, « Les négociateurs sociaux, « seuls juges » du principe d'égalité », *Dr. soc.*, 2015, p. 237 E. PESKINE, « La chambre sociale architecte imprudent de la négociation collective », *RDT*, 2015, p. 339

⁴⁸⁰ Arrêts précités : Soc, 27 janvier 2015, n°13-22.179, n°12-25.437, n°12-14.773

⁴⁸¹ Soc, 8 juin 2016, n°15-11.324

⁴⁸² Soc., 3 novembre 2016, pourvoi n° 15-18.444

traitement opérée par voie d'accord est-t-elle devenue *a priori* justifiée ? Un arrêt du 3 avril 2019⁴⁸³ y a apporté une réponse négative.

164. Le frein du 3 avril 2019. Dans un arrêt du 3 avril 2019⁴⁸⁴, la Cour de cassation a refusé de reconnaître une présomption *générale* de justification en matière de différence de traitement opérée par voie conventionnelle, portant un coup d'arrêt à sa jurisprudence antérieure. Cette solution, précise l'arrêt, vaut dans « *le champ du droit de l'Union européenne* ». Y domine en effet le principe de non-discrimination et de renversement de la charge de la preuve (selon lequel c'est à l'auteur de la discrimination de prouver), qui est contraire à l'idée même d'une présomption générale de justification (puisque c'est alors à la victime de prouver). La formule « *le champ du droit de l'Union européenne* » prête toutefois à confusion. Cela correspond-t-il aux seuls *critères visés en matière de non-discrimination*, tels que le sexe ou la religion ? Il ne semble pas que ce soit le cas, car ce sont des expressions particulières du principe général de non-discrimination⁴⁸⁵, confondu avec le principe d'égalité de traitement en droit de l'Union européenne. Cela correspond-il plutôt aux seuls *domaines de compétence* dans lequel peut intervenir le droit de l'Union européenne, visés par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ? Cela semble plus probable. Rien, toutefois, n'est précisé dans l'arrêt. Une note explicative⁴⁸⁶ de la Cour de cassation explique simplement que l'arrêt du 3 avril 2019 ne remet pas en cause les cas de *présomption de justification* précédemment dégagés par la jurisprudence, notamment ceux fondés sur une différence de catégorie professionnelle ou d'établissement distincts. La portée de l'arrêt apparaît donc plus limitée qu'elle n'y paraît de prime abord. Il s'agirait simplement de rappeler la primauté du droit de l'Union européenne⁴⁸⁷. Force est de constater, néanmoins, qu'une telle solution jette le trouble sur les orientations futures du principe d'égalité de traitement⁴⁸⁸.

165. L'application. En matière d'accord d'anticipation, les salariés peuvent invoquer la violation du principe d'égalité de traitement lorsqu'il concerne seulement certains salariés. Il peut s'agir de contester *l'application* de l'accord (lorsqu'il réduit les droits des salariés, par

⁴⁸³ Soc, 3 avril 2019, n°17-11.970

⁴⁸⁴ Soc, 3 avril 2019, n°17-11.970

⁴⁸⁵ G. LOISEAU, « L'égalité de traitement à l'heure européenne », *JCP S*, 2019, p. 1134

⁴⁸⁶ Note explicative de la Chambre sociale relative à l'arrêt du 3 avril 2019, n°17-11.970

⁴⁸⁷ C. RADÉ, « La Cour de cassation et l'égalité de traitement : l'exception communautaire », *Dr. soc.*, 2019, p. 447

⁴⁸⁸ M. PEYRONNET, « Égalité de traitement et accord collectif : la présomption de justification a ses limites », *Dalloz actualité*, 2019

exemple en cas de gel des salaires décidé par un accord de performance collective) ou son *absence d'application* (lorsqu'il prévoit des avantages pour les salariés, par exemple en cas de départs volontaires proposés par un PDV⁴⁸⁹ ou une RCC⁴⁹⁰). Qu'il existe ou non une présomption de justification, la différence de traitement n'est licite que si elle est fondée sur un critère objectif et pertinent.

Si tel n'est pas le cas, quelle sera alors la sanction ? Peu étudiée en doctrine, cette question est très importante en pratique. Les juges ont tendance à décider d'un alignement vers le haut, c'est-à-dire à rétablir l'égalité en se fondant sur la situation des salariés les plus avantagés, ce que contestent certains auteurs⁴⁹¹. Lorsque ce n'est pas possible, les salariés ont toujours la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts⁴⁹².

2. Le secours du droit civil

166. Plan. L'accord collectif peut être assimilé à un contrat, et de ce fait, considéré comme soumis au droit commun des contrats. Cette branche du droit civil peut donc être mobilisée pour contester la *conclusion* de l'accord (a) ou son *inexécution* (b).

a) Contester la conclusion de l'accord

167. Les conditions de validité. Les conditions de validité des accords collectifs sont celles du droit commun des contrats⁴⁹³. Au terme de l'article 1128 du Code civil, il faut donc un consentement des parties, une capacité à contracter et un contenu licite et certain. Par exemple, dans l'hypothèse où toutes les informations n'auraient pas été données aux syndicats lors de la négociation de l'accord collectif, on pourrait imaginer qu'ils invoquent l'invalidité de l'accord pour absence de consentement réel et sérieux. Les conditions de validité sont toutefois rarement invoquées en matière d'accord collectif. Elles sont plus souvent invoquées pour les accords individuels de rupture du contrat de travail, découlant de l'accord collectif (en matière de RCC ou de PDV). On peut ici raisonner par analogie avec la jurisprudence sur la rupture

⁴⁸⁹ Soc, 1^{er} fév 2011 – GIE Eurotunnel, n°09-43343

⁴⁹⁰ Q/R n°12

⁴⁹¹ G. DUCHANGE, *Le concept d'entreprise en droit du travail*, thèse, LexisNexis, 2015, p. 30 ; J-F. CESARO, « L'ascension du principe jurisprudentiel d'égalité », *JCP S*, 2015, p. 1242

⁴⁹² P. LOPES, *L'adaptation de la relation de travail pour motif économique*, Thèse, LexisNexis, 2018, p. 152

⁴⁹³ F. FAVENNEC et P-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2018

conventionnelle individuelle, dont la nullité ne peut intervenir que dans les conditions du droit commun⁴⁹⁴, principalement pour vice du consentement⁴⁹⁵.

168. La fraude. Pour contester un accord collectif d'anticipation, c'est-à-dire la mise en œuvre d'une alternative au licenciement pour motif économique, les salariés pourraient invoquer la fraude au droit du licenciement. Dans ce cas, il faudrait que l'employeur ait choisi de recourir à une alternative au PSE *dans le seul but* de contourner les règles du PSE. Pour la RCC, la Direction générale du travail envisage expressément cette hypothèse et précise que les juges pourraient alors y voir un « licenciement économique déguisé », passible de sanctions civiles (la nullité des ruptures du contrat de travail) et pénales (pour défaut de notification du licenciement)⁴⁹⁶.

Toutefois, en pratique, la fraude de l'employeur est difficile à prouver. En premier lieu, il existe généralement d'autres raisons justifiant le recours à une alternative au licenciement que la seule volonté d'échapper aux contraintes légales. En second lieu, le contrôle du juge reste relativement léger car il ne peut pas s'immiscer dans la gestion de l'employeur. Il reconnaît d'ailleurs rarement l'hypothèse de la fraude. Par exemple, dans une récente affaire concernant la participation des salariés aux résultats, il a même refusé d'examiner le moyen de la fraude à la loi, dès lors que le bénéfice net avait été certifié par le commissaire aux comptes⁴⁹⁷.

169. L'obligation de loyauté. Consacré à l'article 1104 du Code civil, le devoir de bonne foi occupe une place importante en droit commun des contrats. Il s'impose aussi bien au stade de la négociation du contrat qu'à celui de sa formation ou de son exécution. À ce titre, il peut parfaitement être appliqué en droit des conventions collectives⁴⁹⁸. La jurisprudence sanctionne d'ailleurs les pratiques déloyales de l'employeur lors des négociations collectives, telle que les négociations séparées avec les syndicats⁴⁹⁹. En revanche, elle refuse de reconnaître un « chantage à l'emploi » – et donc un acte de déloyauté – dans le cas où l'employeur aurait justifié la baisse des coûts salariaux par la survie de l'entreprise⁵⁰⁰. On peut y voir ici une forme

⁴⁹⁴ Soc, 29 janvier 2014, n°14-13.830

⁴⁹⁵ Ex : Soc, 6 octobre 2017, n°16-12.202 pour dol ; Soc, 30 janvier 2013, n°11-22.332 pour violence

⁴⁹⁶ Q/R n°3

⁴⁹⁷ Soc, 28 fév. 2018 n° 16-50.015

⁴⁹⁸ T. PASQUIER, « Les nouveaux visages de la loyauté dans la négociation collective », *RDT*, 2018, p. 44

⁴⁹⁹ Soc, 10 oct. 2007 – *SEB*, n°06-42.721

⁵⁰⁰ Soc., 9 février 2010, n° 08-12.218, *RDT* 2011

de sécurisation de l'accord de performance collective, entrant parfaitement dans ce cas de figure.

Au demeurant, si la déloyauté est reconnue, quelle est alors sa sanction ? Dans un célèbre arrêt « SEB » de 2007⁵⁰¹, la Cour de cassation a jugé que le manquement à l'obligation de loyauté entraînait la nullité de l'accord collectif. Elle se prononçait cependant dans un cas particulier, celui d'une obligation de négociation. Dans l'article L 2222-3-1 du Code du travail, la loi prévoit expressément que le manquement à une méthode de négociation loyale, prévue par accord, n'entraîne pas la nullité de l'accord collectif conclu. La sanction de la nullité ne semble pas véritablement s'imposer. Dès lors, on peut envisager le versement de dommages-intérêts, pour perte de chance d'obtenir un accord collectif conclu à des conditions loyales.

b) *Contester l'inexécution de l'accord*

170. Le respect des clauses de l'accord. En droit commun, si une partie viole une clause contractuelle, elle s'expose à une sanction qui est le plus souvent l'exécution forcée du contrat ou le versement de dommages-intérêts⁵⁰². Cette règle a vocation à s'appliquer aux accords collectifs, qui obligent tout autant les parties que les contrats de droit commun⁵⁰³. En matière de PDV, par exemple, la jurisprudence sanctionne l'employeur violant les critères de sélection des candidats prévus par le plan⁵⁰⁴. En effet, si le salarié remplit toutes les conditions au moment de sa candidature, l'employeur ne peut pas s'opposer à son départ. Il ne faudrait pas oublier, en effet, que les accords collectifs sont des « *actes normateurs* »⁵⁰⁵ qui engagent aussi bien les salariés que les employeurs.

171. Un cas particulier : l'obligation de maintien de l'emploi. Au cœur des accords d'anticipation se trouve généralement un *engagement de maintien de l'emploi* pris par l'employeur. Quid si ce dernier ne le respecte pas ? Tout dépend, en premier lieu, de la teneur de cet engagement⁵⁰⁶. Comme le relève Madame le Professeur Marie-Armelle Souriac, « *la seule évocation de l'emploi comme objectif n'engage pas à grand-chose. Seuls les engagements*

⁵⁰¹ Soc, 10 oct. 2007 – *SEB*, n°06-42.721

⁵⁰² Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNK, *Les obligations*, LGDJ, 2018

⁵⁰³ G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 32^{ème} éd., 2019, p. 1637

⁵⁰⁴ Ex : Soc, 12 janvier 2016, n°13-27.776

⁵⁰⁵ A. FABRE, « Du caractère normateur des plans de départs volontaires », *RDT*, 2016, p. 97

⁵⁰⁶ M-A SOURIAC, « Engagement et arrangements sur l'emploi : quelle efficacité juridique ? », *Dr. soc.*, 1997, p. 1061

suffisamment précis ont un sens »⁵⁰⁷. Si l'engagement est juridiquement contraignant, se pose alors une autre difficulté : quelle sanction appliquer en cas de violation ? Doit-on considérer que les licenciements intervenus en violation de l'accord collectif sont privés de *cause réelle et sérieuses*⁵⁰⁸, voire même, *nuls* ?⁵⁰⁹ Ce n'est pas l'orientation prise par la jurisprudence, qui préfère retenir la responsabilité contractuelle de l'employeur. Dans un ancien arrêt *Case France* de 1997⁵¹⁰, elle l'a en effet condamné à verser des dommages-intérêts aux salariés. Purement indemnitaire, cette sanction paraît cependant trop faible au regard des attentes suscitées par un engagement de maintien de l'emploi. Elle implique, en outre, que les salariés établissent le préjudice qu'ils ont *réellement* subi du fait de la perte d'emploi, ce qui peut s'avérer compliqué⁵¹¹. Dans un arrêt SFR de 2016⁵¹², la jurisprudence considère que ce préjudice équivalait simplement à la *perte de chance de conserver son emploi* dans l'entreprise, et non pas à la *perte d'emploi* elle-même, ce qui aurait alors entraîné le versement de tous les salaires restants dus jusqu'au terme de la période garantie. C'est pourquoi, dans ce cas, la saisine en urgence du juge des référés peut paraître plus efficace. L'idée est alors de suspendre, en urgence, la mise en œuvre des suppressions d'emploi. Cette solution est cependant, par nature, provisoire.

172. Conclusion de chapitre. Encore balbutiant, un régime commun des alternatives au licenciement collectif pour motif économique émerge bel et bien en droit du travail. Ce régime accorde une place centrale à l'accord collectif d'entreprise, conçu comme un outil de restructuration particulièrement flexible et efficace. Au carrefour du droit des conventions collectives et du droit commun des contrats, il tend à se rapprocher de la figure du *contrat collectif*.

⁵⁰⁷ M. MORAND et M-A SOURIAU, « Accords de compétitivité : quels engagements sur l'emploi », *RDT*, 2012, p. 194

⁵⁰⁸ F. FAVENNEC, « Le droit et la gestion des départs », *Dr. soc.*, 1992, p. 581 : à propos des PSE, mais la question peut être généralisée : « *La violation d'une clause de garantie d'emploi dans le plan de sauvegarde de l'emploi prive les licenciements de cause réelle et sérieuse ?* »

⁵⁰⁹ *Ibid.* : à propos des plans de départs volontaires, mais la question peut être généralisée : « *L'exclusion de licenciements ultérieurs dans le plan de départs volontaires est-elle une condition résolutoire de cet acte, la survenance de licenciements postérieurs remettant en cause rétroactivement l'acte collectif lui-même et les accords de rupture qui en sont la déclinaison ?* »

⁵¹⁰ Soc, 1^{er} avril 1997 – *Case France*, n° 95-45284 : dans cet arrêt, la Cour de cassation reconnaît certes que le licenciement est « sans cause réelle et sérieuse » mais elle sanctionne l'employeur sur un autre fondement : la violation de l'accord collectif.

⁵¹¹ A. FABRE observe cependant une tendance à forfaitisation de l'indemnisation du salarié par le juge (A. FABRE, « Le contentieux de la violation des engagements en matière d'emploi », *Dr. ouvrier*, 2015, n°805)

⁵¹² Soc, 8 décembre 2016, n°15-21.145 : en l'espèce, l'employeur a décidé d'externaliser un service, au mépris d'un engagement de maintien de l'emploi dans le groupe inclus dans un accord de GPEC

Si le régime *commun* des alternatives semble donc en construction, s'agit-il pour autant d'un régime *autonome* ? Ici se pose la question de l'articulation entre les alternatives au licenciement et l'objet même qu'elles cherchent à éviter, le licenciement.

CHAP. 2 : L'éviction du licenciement pour motif économique

173. Plan. « *Sous le feu des critiques, le droit du licenciement pour motif économique est progressivement devenu un repoussoir* »⁵¹³. Perçu comme trop contraignant, voire même traumatisant, son champ d'application s'est rétréci à mesure qu'ont été créés de nouveaux outils de gestion de l'emploi. Aujourd'hui, mis bout à bout, ces nouveaux outils donnent à voir la formation d'un régime spécifique, dit « *autonome* », dont il convient d'analyser les ressorts en droit positif. (**Section I**). Affaibli, le licenciement pour motif économique est-il pour autant amené à *disparaître* en droit prospectif ? (**Section II**).

Section I. En droit positif : l'émergence d'un régime autonome

174. Plan. Progressivement, les nouveaux outils de gestion de l'emploi se sont dotés d'un régime spécifique, distinct de celui du licenciement pour motif économique. À grande échelle, ils contribuent à faire émerger un *régime autonome*, fondé sur la mise à l'écart de deux contraintes légales du licenciement pour motif économique. La première est une contrainte de fond et concerne l'exigence d'un *motif économique* (A) ; la seconde est une contrainte de forme et correspond à la *procédure* du licenciement pour motif économique (B).

A. L'indifférence du motif économique

175. Plan. *Évincé*, le motif économique (1) n'est-il pas, en réalité, *remplacé* par de nouveaux motifs ? (2).

L. L'éviction du motif économique

176. Plan. Il convient tout d'abord de *constater* l'éviction du motif économique (a) avant d'en analyser la *portée* (b).

⁵¹³ S. PÉLICIER-LOEVENBRUCK et C. DUMEL, « Le nouveau paysage des dispositifs d'adaptation de l'emploi alternatifs au PSE », *SSL*, 2018, n°1800

a) *Le constat*

177. Le motif économique. Pilier du droit du licenciement, l'exigence d'un « motif » a pour but d'encadrer le pouvoir *unilatéral* de l'employeur de rompre le contrat de travail des salariés. Lorsqu'il est d'ordre économique, le motif de licenciement fait l'objet d'un encadrement légal particulièrement strict, qui peut s'avérer complexe à comprendre⁵¹⁴. Dans un but pédagogique, la doctrine distingue alors la cause économique « *qualificative* » du licenciement⁵¹⁵ (permettant de savoir que la rupture du contrat de travail est un licenciement pour motif économique, et non un licenciement pour motif personnel), et la cause économique « *justificative* » du licenciement⁵¹⁶ (qui, une fois la rupture qualifiée de licenciement pour motif économique, vérifie que l'employeur pouvait valablement y procéder).

Dès lors, l'employeur doit d'abord prouver que le licenciement est fondé sur un motif « *non-inhérent à la personne du salarié* », c'est-à-dire qu'il présente une cause économique « *qualificative* ». Il doit ensuite prouver que le licenciement répond aux critères posés par l'article L 1233-3 du Code du travail, c'est-à-dire qu'il a une cause économique « *justificative* ». Pour cela, le licenciement doit s'inscrire dans un contexte de difficultés économiques (quatre cas sont prévus : « *difficultés économiques* », « *mutations technologiques*, « *sauvegarde de la compétitivité* » et « *cessation d'activité* ») qui a nécessairement des répercussions sociales sur l'emploi (« *suppression* », « *transformation* » ou « *modification* » de l'emploi). Le licenciement pour motif économique est donc enfermé dans un cadre très strict.

178. L'éviction du motif économique. Plus souples, les alternatives au licenciement collectif n'exigent pas de motif économique.

L'accord de performance collective, par exemple, doit simplement répondre aux « *nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise* » ou à l'objectif de « *préserver ou de développer l'emploi* », deux cas de recours particulièrement larges⁵¹⁷. En matière de RCC et de congé de mobilité, aucun motif spécifique n'est même exigé. Pour la RCC, les juges du fond ont

⁵¹⁴ P. LOPES, *L'adaptation de la relation de travail pour motif économique*, Thèse, LexisNexis, 2018, p. 160

⁵¹⁵ J. PÉLISSIER, « La cause économique du licenciement », *RJS*, 1992, p. 527

⁵¹⁶ *Ibid.*

⁵¹⁷ F. ROSA, « Nouveaux outils d'anticipation - Trois questions/réponses autour des nouveaux outils d'anticipation pour l'entreprise – Étude », *Cahiers du droit de l'entreprise*, 2019, dossier 13

d'ailleurs eu l'occasion de le rappeler par un jugement du 16 octobre 2018⁵¹⁸, confirmé par un arrêt de Cour d'appel du 14 mars 2019⁵¹⁹.

Le cas du PDV est revanche plus problématique. Il n'est pas certain, en effet, qu'il ne soit pas soumis à l'exigence d'un motif économique. La jurisprudence sur les PDV s'est principalement prononcée dans des cas où il y avait des difficultés économiques – donc un motif économique – et elle soumet partiellement le régime du PDV à celui du PSE. Or, le régime juridique des PDV étant exclusivement jurisprudentiel, un motif économique semble s'imposer.

b) *La portée*

179. *En quoi l'éviction du motif économique modifie-t-elle profondément les restructurations d'entreprises ?*

180. Les avantages. L'éviction du motif économique apporte, indéniablement, une plus grande **souplesse** aux restructurations d'entreprises. L'employeur n'est plus obligé, en effet, de justifier d'un contexte *de difficultés économiques*, et peut donc parfaitement agir alors que l'entreprise est *in bonis*. Il peut, par exemple, agir en vue d'opérer une évolution des qualifications des salariés, une réduction des coûts salariaux ou un redéploiement des activités⁵²⁰.

Face à cela, certains répliqueront sans doute que le droit du licenciement pour motif économique s'était déjà suffisamment assoupli ces dernières années pour couvrir de telles situations. En effet, depuis un arrêt Vidéocolor de 1995⁵²¹, consacrés par la loi « Travail » de 2016⁵²², le licenciement pour motif économique pouvait désormais servir à *sauvegarder la compétitivité* de l'entreprise, et non plus simplement à faire face à des *difficultés économiques*. Cette analyse mérite toutefois d'être nuancée. En effet, en matière de licenciement pour motif économique, seule est visée la « *sauvegarde* » de la compétitivité – ce qui implique l'existence

⁵¹⁸ TA Cergy Pontoise, 16 oct. 2018 n°1807099 ; F. GEA « Rupture conventionnelle collective, étape 2 : le regard du juge administratif » - RTD 2018 p 762

⁵¹⁹ CAA Versailles, 4^{ème} ch, 14 mars 2019, n°18VE04158 ; « L'existence d'un motif économique n'exclut pas le recours à la RCC », *Liaisons sociales*, 26/03/2019

⁵²⁰ S. NIEL, « PDV/ RCC : tests comparatifs », *Les cahiers du DRH*, 2018, p. 38-43

⁵²¹ Soc, 5 avril 1995 - *Vidéocolor*, n°93-42.690

⁵²² Loi du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, n° 2016-1088, JORF n°0184 du 9 août 2016

d'une menace pesant sur la survie de l'entreprise⁵²³ - et non le simple « *renforcement* » de la compétitivité, dans une pure logique de réduction des coûts. Par conséquent, un contexte de difficultés économiques demeure exigé. Seules les alternatives au licenciement pour motif économique permettent de s'en détacher.

L'éviction du motif économique permet également d'éviter la « *dramatisation* »⁵²⁴ de la situation de l'entreprise. En effet, comme le constate un auteur, « *l'essence d'un PSE (fondé sur l'exigence d'un motif économique) requiert qu'un scénario "catastrophe" soit présenté aux partenaires sociaux* »⁵²⁵, ce qui peut conduire à une dramatisation artificielle des résultats de l'entreprise. En outre, en dehors même de cet aspect, l'annonce d'un PSE a toujours un aspect extrêmement **traumatisant** pour les salariés, qui se savent exposés à des départs contraints⁵²⁶.

Pour finir, l'éviction du motif économique offre une plus **grande sécurité juridique** à l'employeur, en même temps qu'elle lui permet d'agir plus **rapidement**⁵²⁷. En pratique, le motif économique est fréquemment contesté par les salariés, et constitue à ce titre une source intarissable de contentieux⁵²⁸. Au cœur du litige se trouve généralement le *périmètre d'appréciation* du motif économique (particulièrement le *secteur d'activité du groupe*)⁵²⁹, impliquant une bataille d'experts.

Pour toutes ces raisons, l'éviction du motif économique présente de nombreux avantages.

181. Les dangers. *L'éviction du motif économique ne risque-t-elle pas d'affaiblir la protection des salariés ?*

Garantie de fond pour les salariés, le motif économique encadre le recours de l'employeur aux suppressions d'emplois, en les enfermant dans des cas limités⁵³⁰. Dès lors, on peut craindre que la disparition du motif économique entraîne l'augmentation corrélative du nombre de suppressions d'emplois, et affaiblisse ainsi la protection des salariés. Cette analyse paraît

⁵²³ A. LYON-CAEN, « Le contrôle judiciaire du motif économique et ses turbulences », *Dr. ouvrier*, 2007, p. 156

⁵²⁴ J.-M. ALBIOL, « La démarche GPEC : une alternative aux plans de sauvegarde de l'emploi », *Les cahiers du DRH*, n°137, 2017

⁵²⁵ *Ibid.*

⁵²⁶ *Ibid.*

⁵²⁷ G. LOISEAU, « Quelques observations sur les ruptures collectives d'un commun accord », *SSL*, 2017, n°1788, p. 9 : il l'observe pour la RCC mais ce constat peut être généralisé

⁵²⁸ L. MARQUET DE VASSELOT et A. MARTINON « Rupture du contrat de travail et suppression d'emplois », *JCP S*, 2017, p. 1312

⁵²⁹ A. FABRE, « Que reste-t-il du droit du licenciement pour motif économique ? », *SSL*, 2017, n°1784, p. 3

⁵³⁰ A. LYON-CAEN, « Le contrôle judiciaire du motif économique et ses turbulences », *Dr. ouvrier*, 2007, p. 156

cependant trop rapide. En premier lieu, il ne faudrait pas oublier le mécanisme même des nouveaux outils de gestion de l'emploi : reposant sur un accord collectif, ils ne peuvent être mis en place qu'avec l'accord des syndicats. Or, il semble peu probable que ces derniers acceptent facilement des suppressions d'emploi. En second lieu, les nouveaux outils de gestion de l'emploi sont avant tout conçus comme des instruments d'anticipation du PSE, et non de simples instruments de contournement du PSE. Ils sont donc destinés à supprimer des emplois *aujourd'hui* pour en préserver un grand nombre *demain*.

2. Le remplacement par de nouveau(x) motif(s) ?

182. Plan. En matière de restructuration, l'éviction du motif économique semble remplacée par l'émergence de nouveaux motifs. Rien n'étant indiqué expressément dans la loi, il s'agit ici d'une interprétation de notre part, à partir des textes du Code du travail. Nous distinguons, en effet, deux nouveaux motifs : *l'intérêt de l'entreprise* (a) et la *volonté collective* des partenaires sociaux (b).

a) L'intérêt de l'entreprise

183. Un nouveau motif. À propos du licenciement pour motif économique, Monsieur le Professeur Antoine Lyon-Caen relève que « *l'intérêt de l'entreprise, en tant que tel, n'y a pas sa place* »⁵³¹. En effet, dans la mesure où le licenciement pour motif économique est enfermé dans des cas très spécifiques, il n'est pas traité comme une mesure de gestion ordinaire, et ne peut donc pas être justifié par un motif aussi général que « l'intérêt de l'entreprise ».

À l'inverse, les alternatives au licenciement pour motif économique accordent une place très importante à l'intérêt de l'entreprise. C'est plus particulièrement le cas des dispositifs d'*aménagement* de la relation de travail, qui y voient une manière de justifier les efforts demandés aux salariés. Dans ce cas, l'intérêt de l'entreprise vient primer l'intérêt individuel des salariés.

L'accord de performance collective illustre parfaitement cette idée. Il permet, en effet, de modifier les éléments essentiels du contrat de travail des salariés sans leur consentement

⁵³¹ A. LYON-CAEN, « Le contrôle judiciaire du motif économique et ses turbulences », *Dr. ouvrier*, 2007, p. 156

préalable, en vue de répondre aux « *nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise* », ce qui, implicitement, fait référence à l'intérêt de l'entreprise. Le Conseil constitutionnel y fait d'ailleurs allusion dans sa décision de validation⁵³², en estimant que « *le législateur a entendu permettre aux entreprises d'ajuster leur organisation collective afin de garantir leur pérennité et leur développement.* ». On perçoit, ici, une nette différence avec l'ancien *accord de préservation et de développement* de l'emploi, dont l'objectif exclusivement tourné vers la sauvegarde de l'emploi (et non vers l'activité de l'entreprise), confinait davantage à *l'intérêt général* qu'à *l'intérêt de l'entreprise*⁵³³.

Autre instrument, **l'accord d'aménagement du temps de travail** semble également reposer sur l'intérêt de l'entreprise. En effet, bien que cela ne soit pas expressément indiqué dans la loi, le Conseil constitutionnel a lui-même relevé que le dispositif était destiné à « *permettre l'adaptation du temps de travail des salariés aux évolutions des rythmes de production de l'entreprise* »⁵³⁴.

184. Une définition délicate. Incontournable, l'intérêt de l'entreprise demeure difficile à appréhender. Il dépend en effet d'une notion elle-même évanescence, « *l'entreprise* », qui ne fait l'objet d'aucune définition légale alors même qu'elle est au cœur du droit du travail⁵³⁵.

Dès lors, il convient de se tourner vers la doctrine pour définir le concept d'entreprise, et la notion sous-jacente d'« intérêt de l'entreprise ». Deux approches sont possibles.

Dans une première approche, dite « contractuelle »⁵³⁶, l'entreprise appartient aux seuls actionnaires, définis comme les détenteurs des moyens de production, et se définit alors comme « un ensemble de contrats » entre ces derniers et les tiers (les salariés, les fournisseurs, les clients...). L'intérêt de l'entreprise s'identifie à celui des *seuls actionnaires* et correspond à la recherche du plus grand profit. Dans l'approche dite « institutionnelle »⁵³⁷, l'entreprise appartient à toutes les parties prenantes du processus de production, c'est-à-dire aussi bien aux actionnaires qu'aux dirigeants et aux salariés. L'« intérêt de l'entreprise » correspond alors à l'intérêt de *toutes ces parties prenantes*, et a pour but d'assurer la pérennité de l'entreprise.

⁵³² CC, 21 mars 2018, n°2018-761 DC

⁵³³ P. LOKIEC, « Accord collectif et contrat de travail », *Dr. soc.*, 2017, p. 1024

⁵³⁴ CC 15 mars 2012 n° 2012-649 D

⁵³⁵ G. DUCHANGE, *Le concept d'entreprise en droit du travail*, thèse, LexisNexis, 2015

⁵³⁶ F. FAVENNEC et P-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2018, p. 221

⁵³⁷ *Ibid.*

En droit du travail, *l'approche institutionnelle* de l'« intérêt de l'entreprise » semble avoir la faveur du juge⁵³⁸ comme celle du législateur. Le régime de l'accord de performance collective illustre cette idée. En effet, il doit répondre aux « nécessités de fonctionnement » de l'entreprise, ce qui fait davantage référence à la pérennité de l'entreprise qu'à la recherche du plus grand profit. En outre, la loi propose d'inclure une clause dans l'accord collectif précisant les « efforts » demandés aux « actionnaires » et aux « mandataires sociaux », « proportionnés à ceux demandés aux salariés », ce qui correspond à l'idée d'un intérêt commun entre toutes les parties prenantes de l'entreprise. Il s'agit cependant d'une clause facultative. En droit du travail, en effet, l'employeur reste le seul juge de ses choix de gestion⁵³⁹. Dès lors, en pratique, l'intérêt de l'entreprise risque surtout de correspondre à ce que l'employeur veut bien en faire.

b) *La volonté collective*

185. Définition. La « volonté collective » fonde toutes les alternatives au PSE (que nous étudions) car elles sont toutes concrétisées par un *accord collectif*.

Comment définir la volonté collective ? Dans une approche restrictive, on peut considérer qu'il s'agit de la *somme des volontés individuelles* des parties à l'accord collectif, c'est-à-dire la somme de la volonté de *l'employeur* et de celle des *syndicats*. Dans une approche plus large, on peut considérer qu'il s'agit de la *volonté commune* de l'employeur et des salariés (représentés par les syndicats). Dans tous les cas, la volonté collective prime ainsi sur la volonté individuelle des salariés.

Une question se pose toutefois, concernant la distinction entre volonté collective et intérêt de l'entreprise. En effet, lorsqu'elle est définie comme l'*intérêt commun* de l'employeur et des salariés, la volonté collective se rapproche alors de la définition *d'intérêt de l'entreprise*, conçue dans l'approche institutionnelle comme l'intérêt de toutes les parties prenantes de l'entreprise (donc comme l'intérêt de l'employeur et des salariés). On peut cependant considérer que *l'intérêt de l'entreprise* dépasse *l'intérêt commun* de ses membres, c'est-à-dire la volonté

⁵³⁸ P. LOPES, *L'adaptation de la relation de travail pour motif économique*, Thèse, LexisNexis, 2018, p. 128

⁵³⁹ Soc, 31 mai 1956 - *Brinon*, n°56-04.323 ; AP, 8 décembre 2000 – *SAT*, n°97-44.219

collective de l'employeur et des salariés. En effet, l'intérêt de l'entreprise représenterait un *objectif à long terme* (la pérennité de l'entreprise) auxquels ne correspondraient pas forcément la *volonté collective* de l'employeur ou des salariés, répondant parfois à des objectifs à plus court terme.

186. Un nouveau motif. Présente dans toutes les alternatives au PSE, la volonté collective a une place prépondérante dans les alternatives portant *suppression* de l'emploi. En effet, dans ce cas, comme la loi n'exige aucun motif spécifique, la mise en place de ces outils repose sur la seule volonté collective des partenaires sociaux. C'est le cas, par exemple en matière de RCC, ou de congé de mobilité.

Dans les alternatives portant *aménagement* de la relation de travail, en revanche, la volonté collective se double cette fois d'un autre motif, l'intérêt de l'entreprise. À cet égard, les décisions du Conseil constitutionnel en matière d'accord de performance collective⁵⁴⁰ et d'accord d'aménagement du temps de travail⁵⁴¹ sont particulièrement éclairantes. Dans les deux cas, le Conseil constitutionnel y tient le même raisonnement. Confronté à un dispositif modifiant le contrat de travail des salariés sans leur consentement préalable, il le valide au double motif qu'il répond à *l'intérêt de l'entreprise* et qu'il est le fruit d'une *volonté collective*. C'est à cette condition, à cette seule condition, que la volonté individuelle des salariés semble pouvoir être écartée.

Dès lors, on comprend mieux pourquoi, à l'inverse, les alternatives portant *suppression* de l'emploi maintiennent quant à elle l'accord individuel des salariés. En effet, contrairement aux alternatives portant *aménagement* de la relation de travail, elles sont justifiées par la volonté collective sans être doublées (dans la loi) de l'intérêt de l'entreprise. Elles ne semblent donc pas suffisamment légitimes (au regard de la loi) pour anéantir la volonté individuelle des salariés.

⁵⁴⁰ CC, 21 mars 2018, n°2018-761 DC : En matière d'accord de performance collective, le Conseil constitutionnel juge qu'« *il appartient aux partenaires sociaux de déterminer, lors de la négociation de l'accord [c'est-à-dire par la volonté collective], les motifs liés au fonctionnement de l'entreprise justifiant d'y recourir* [c'est-à-dire en vue de l'intérêt de l'entreprise]. »

⁵⁴¹ CC 15 mars 2012 n° 2012-649 D : en matière d'accord d'aménagement du temps de travail, le Conseil constitutionnel valide le dispositif au double motif que « *le législateur a entendu (...) permettre l'adaptation du temps de travail des salariés aux évolutions des rythmes de production de l'entreprise* » [c'est-à-dire pour répondre à l'intérêt de l'entreprise] et « *que cette possibilité (...) est subordonnée à l'existence d'un accord collectif* [c'est-à-dire par la volonté collective] »

187. Un pari. La volonté collective reçoit un « *hommage en forme de défi* »⁵⁴² : les partenaires sociaux ont désormais, tout à la fois, la liberté et la lourde responsabilité de définir les contours de la gestion de l'emploi au sein dans l'entreprise. En leur accordant cette confiance, le législateur a donc fait le choix du « *pari conventionnel* »⁵⁴³. Dès lors, se trouve renforcé le *principe de participation des travailleurs*⁵⁴⁴, auquel le Conseil constitutionnel n'hésite pas à faire référence pour valider les alternatives au licenciement pour motif économique⁵⁴⁵.

B. L'allègement des contraintes procédurales

188. Plan. « *Le constat est simple, et tout acteur économique l'ayant vécu peut le confirmer : les procédures actuelles du droit du licenciement pour motif économique sont particulièrement longues* »⁵⁴⁶. À ce titre, les modes alternatifs de gestion de l'emploi ont tous comme objectif d'alléger les contraintes procédurales. Deux éléments sont particulièrement significatifs : l'affaiblissement du *contrôle* opéré sur la mesure de restructuration (1) et l'allègement des *mesures d'accompagnement* des salariés (2).

1. L'allègement du contrôle

189. Plan. L'allègement du contrôle portant sur la restructuration concerne aussi bien le *contrôle interne* (a), c'est-à-dire l'information-consultation des représentants des salariés, que le *contrôle externe* (b), c'est-à-dire le contrôle opéré par l'Administration ou le juge.

⁵⁴² B. GAURIAU, « L'accord de performance collective depuis la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 (À propos de l'article L. 2254-2 du code du travail) », *Dr. soc.*, 2018, p.504

⁵⁴³ B. TEYSSIÉ, « Réforme du droit du travail : le pari conventionnel », *JCP S*, 2015, act. 357

⁵⁴⁴ Al. 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946

⁵⁴⁵ Ex : CC 15 mars 2012 n° 2012-649 D ; J-F AKANDJI-KOMBE, « La modulation du temps de travail : regard sur une validation constitutionnelle », *SSL*, 2012, n°1534

⁵⁴⁶ P. VIVIEN et P. PREVOSTEAU, « Les procès-dures de licenciement économique : un droit protecteur ou contre-productif ? », *Dr. soc.*, 2013, p. 223

a) *Un contrôle interne affaibli*

190. Le souci de la simplicité. En cas de licenciement pour motif économique économique, les représentants du personnel doivent être préalablement informés et consultés par l'employeur, quel que soit le nombre de salariés licenciés⁵⁴⁷. Cette obligation procédurale, nous allons le voir, a été presque entièrement évincée dans les modes alternatifs de gestion de l'emploi. Pourquoi une telle éviction ? La procédure d'information-consultation constitue traditionnellement un moyen de blocage redoutable des salariés⁵⁴⁸. En effet, les salariés invoquent régulièrement la violation de la procédure d'information-consultation devant le juge des référés dans le seul but de freiner la mise en œuvre du licenciement pour motif économique, et attirer l'attention du public à l'occasion d'un procès médiatique⁵⁴⁹. Dès lors, c'est moins le résultat (l'avis) qui pose problème que le processus (le recueil de l'avis). En effet, l'avis ici n'est pas contraignant.

L'éviction de la procédure d'information-consultation au sein des nouveaux outils de gestion de l'emploi apporte donc une indéniable souplesse aux restructurations d'entreprises.

191. Le contexte : de la consultation à la négociation. « *S'est progressivement opéré un renversement historique consistant à favoriser la négociation collective au détriment de la consultation, et ce même lorsqu'est en cause la gestion de l'entreprise* »⁵⁵⁰.

Traditionnellement, la négociation collective et la consultation sont deux procédures bien distinctes. Par la **négociation collective**, les syndicats concluent un accord collectif avec l'employeur portant sur les conditions de travail, c'est-à-dire sur des *questions sociales*. Par ce biais, les salariés participent ainsi à la détermination de leurs propres conditions de travail. Par la **consultation**, en revanche, les représentants élus du personnel (le CSE) donnent simplement leur avis (non contraignant) sur des *mesures de gestion* prises par l'employeur, c'est-à-dire sur

⁵⁴⁷ Art. L 1233-8 du Code du travail (pour les licenciements individuels), L 1233-30 du Code du travail (pour les licenciements collectifs)

⁵⁴⁸ I. MEFTAH, *Les accords collectifs de gestion de l'emploi*, Thèse, 2018, p. 212

⁵⁴⁹ P. VIVIEN et P. PREVOSTEAU, « Les procès-dures de licenciement économique : un droit protecteur ou contre-productif ? », *Dr. soc.*, 2013, p. 223

⁵⁵⁰ I. MEFTAH, *Les accords collectifs de gestion de l'emploi*, Thèse, 2018, p. 212

des *questions économiques*. Par ce biais, les représentants du personnel sont informés de décisions auxquelles ils n'ont pas pris part, et font entendre la voix des salariés à cette occasion.

Progressivement, toutefois, la négociation collective a investi le champ de la consultation. Elle s'est en effet déployée dans le domaine des restructurations d'entreprises, traditionnellement réservé à la seule consultation. Le glissement de la consultation à la négociation s'est fait en trois temps. Dans un premier temps, les partenaires sociaux ont été autorisés à aménager la *procédure de licenciement pour motif économique*, dans l'optique de la rendre plus souple⁵⁵¹. Ainsi ont-ils pu aménager l'obligation d'information-consultation du CSE (par accord de méthode) et la procédure des grands licenciements collectifs (par PSE négocié). Dans un deuxième temps, les partenaires sociaux ont été autorisés à *créer directement des alternatives* au licenciement pour motif économique, pour bénéficier d'outils plus souples. Pour finir, dans le cadre de ces alternatives, les représentants du personnel ont été dépossédés de l'obligation de consultation, laissant toute latitude aux partenaires sociaux.

192. L'éviction de la consultation du CSE. À la différence du licenciement pour motif économique, les alternatives à ce dernier ne requièrent pas la consultation préalable du CSE. En effet, depuis la loi Rebsamen du 17 août 2017⁵⁵², les projets d'accords collectifs ne sont plus soumis à l'obligation de consultation préalable. Or, les alternatives au licenciement pour motif économique sont justement prévues par accord collectif. Selon certains auteurs, il s'agit simplement d'un « *retour aux fondamentaux* »⁵⁵³ : la consultation du CSE doit, en principe, concerner les seules décisions *unilatérales* du chef d'entreprise, et non les décisions *bilatérales* des partenaires sociaux.

La suppression de l'obligation de consultation préalable éclipse-t-elle totalement le rôle du CSE en matière d'alternatives au PSE ?

Une réponse négative s'impose. En matière de RCC, si le CSE n'est certes plus *consulté* sur l'accord collectif, il demeure néanmoins *informé* de ce dernier. En effet, le Code du travail impose aux partenaires sociaux de prévoir dans l'accord « *les modalités d'information* » du

⁵⁵¹ F. GÉA, « Le licenciement comme objet de dialogue. (De la consultation à la négociation) », *Dr. soc.*, 2015, p. 994

⁵⁵² Loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, n° 2015-994, JORF n°0189 du 18 août 2015

⁵⁵³ S. PÉLICIER-LOEVENBRUCK et C. DUMEL, « Le nouveau paysage des dispositifs d'adaptation de l'emploi alternatifs au PSE », *SSL*, 2018, n°1800

CSE⁵⁵⁴. En outre, après la mise en place de la RCC, la loi fait même ressurgir une « consultation » *a posteriori* du CSE sur le suivi de l'accord collectif⁵⁵⁵. Dans les autres modes alternatifs de gestion de l'emploi, en revanche, aucune obligation d'information n'est expressément indiquée.

193. La restauration de la consultation du CSE ? *L'obligation de consultation préalable, évincée dans le cas des alternatives au licenciement pour motif économique (parce qu'ils constituent des accords collectifs), ne pourrait-elle pas être réintroduite sur un autre fondement ?*

La question se pose car l'article L 2312-8 du Code du travail dispose que le CSE est consulté sur toute question « *intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise* ». Or toute alternative au licenciement pour motif économique suppose nécessairement un projet de restructuration concernant « *la marche générale de l'entreprise* ». La consultation préalable du CSE pourrait donc être réintroduite au titre de ses *compétences économiques générales*, malgré son éviction dans le régime spécifique des *alternatives au licenciement pour motif économique*.

b) *Un contrôle externe affaibli*

194. Le contrôle administratif. En droit du licenciement pour motif économique, le « *grand* » licenciement collectif (c'est-à-dire le licenciement de plus de 10 personnes, sur une même période de 30 jours, dans une entreprise d'au moins 50 salariés) implique la mise en place d'une procédure spéciale - le PSE - et fait, à ce titre l'objet d'un contrôle administratif préalable. Supprimé en 1986, le contrôle administratif a été réintroduit en 2013, à la demande des employeurs. Le contrôle administratif *a priori* a en effet été préféré au contrôle judiciaire *a posteriori*, porteur d'une plus grande insécurité juridique.

Qu'en est-il en matière d'alternatives au licenciement collectif pour motif économique ? La logique d'autonomie voudrait que le contrôle administratif y soit complètement évincé. En réalité, ce contrôle demeure pour deux alternatives : le **PDV**, car il reste soumis au régime du

⁵⁵⁴ Art. L 1237-19-1, 1° du Code du travail

⁵⁵⁵ Art. L 1237-19-7 du Code du travail

PSE, et la **RCC**, construite à partir du modèle du PDV. Le **congé de mobilité** présente, quant à lui, un régime dual : intégré à une RCC, il fait l'objet d'un contrôle administratif ; intégré à un accord de GPEC, il ne fait l'objet d'aucun contrôle. Une telle différence de régime pour un même résultat (le départ volontaire des salariés) est problématique. Elle permet en effet à l'employeur, pour échapper au contrôle administratif, de faire le choix de la GPEC plutôt que de la RCC. Il conviendrait donc de *modifier l'article L 1237-18 du Code du travail, relatif au congé de mobilité*, pour y supprimer la voie de la GPEC et ne laisser que celle de la RCC. Ainsi serait préservé le régime de la RCC, soumis au contrôle administratif. En outre, cela permettrait de préserver la cohérence de l'accord de GEPC, outil de restructuration à « froid », dans laquelle l'introduction d'un congé de mobilité peut être source d'ambiguïté.

Que penser du maintien du contrôle administratif pour certaines alternatives au licenciement collectif pour motif économique ? Si ce contrôle peut paraître contraignant au premier abord, il est en réalité relativement souple. Calqué sur le contrôle du *PSE négocié* (le « contrôle de validation »), il est en effet moins exigeant que celui du *PSE unilatéral* (le « contrôle d'homologation »). À l'évidence, l'Administration ne peut pas contrôler de la même manière un licenciement décidé par *accord collectif* – fruit du compromis et porteur, à ce titre d'une forme de légitimité « sociale » – et un licenciement décidé par un *acte unilatéral* – pris par le seul employeur, sans l'aval des salariés. Dans le premier cas, l'Administration se limite à vérifier la régularité de la procédure et la présence d'un plan de reclassement⁵⁵⁶, tandis que dans le deuxième cas, elle vérifie la pertinence des moyens mis en œuvre⁵⁵⁷. Or, comme les modes alternatifs de gestion de l'emploi sont fondés sur des *accords collectifs*, seul un contrôle administratif restreint (le fameux « contrôle de validation ») peut donc s'opérer. En toile de fond, se joue ici un véritable changement de paradigme : d'une « *légitimation administrative* », nous sommes passés à une « *légitimation négociée* »⁵⁵⁸.

195. Le contrôle judiciaire. « *La problématique du juge et de l'accord collectif est l'une des plus sensibles de notre temps* »⁵⁵⁹. La tendance actuelle est à l'effacement du rôle du juge à l'égard de l'acte négociés⁵⁶⁰, à mesure que ce dernier gagne en légitimité. Le déclin du rôle du juge se manifeste de deux façons.

⁵⁵⁶ Art. L 1233-57-2 du Code du travail

⁵⁵⁷ Art. L 1233-57-3 du Code du travail

⁵⁵⁸ D. BALAMARY, « Le licenciement économique : du contrôle à la négociation ? », *Dr. soc.*, 2004, p. 272

⁵⁵⁹ F. GÉA, « Des accords (collectifs) sans juge ? », *Dr. soc.*, 2017, p. 98

⁵⁶⁰ *Ibid.*

En premier lieu, le contrôle judiciaire du **contenu** de l'accord collectif s'est considérablement affaibli. En effet, prenant acte de la légitimité renforcée des partenaires sociaux, la Cour de cassation a elle-même limité son pouvoir d'appréciation dans ce domaine. À ce titre, elle a considéré comme *a priori* justifiées certaines différences de traitement lorsqu'elles sont opérées par voie d'accord collectif. (Pour plus de précisions sur la présomption de justification :v. n°59).

En second lieu, le contrôle judiciaire des **conséquences** de l'accord collectif s'est également affaibli. Le régime de l'accord de performance collective est, en effet, particulièrement évocateur. La loi y prévoit que le licenciement du salarié, découlant du refus de l'accord collectif, est *présupposé justifié par une cause réelle et sérieuse*, ce qui limite considérablement le contrôle du juge sur le licenciement. Cette fois, à la différence du cas précédent, il ne s'agit pas d'une autolimitation de son pouvoir par le juge, mais bien d'une limite posée par la loi. L'idée est de sécuriser l'accord collectif : contrôler le licenciement reviendrait à contrôler l'accord collectif lui-même.

Il y a donc un véritable déclin du rôle du juge en droit des conventions collectives. Or, loin d'être isolé, ce phénomène suit en réalité un mouvement analogue du droit des contrats. En effet, il s'agit simplement de la déclinaison du principe de « non-ingérence du juge dans le contrat »⁵⁶¹ : le contrat (que l'on étend à la notion d'accord collectif) étant la chose des parties ; le juge ne doit pas s'y immiscer. Émerge alors un paradoxe, révélé par Monsieur le Professeur Frédéric Géa⁵⁶² : alors même que la jurisprudence affirme interpréter l'accord collectif « *comme une loi* »⁵⁶³, elle se comporte en réalité comme s'il s'agissait d'un *contrat*, et n'opère, à ce titre, qu'un contrôle restreint.

2. L'allègement des mesures d'accompagnement

196. Le plan de reclassement. Pilier du droit du licenciement pour motif économique⁵⁶⁴, l'obligation de reclassement est souvent perçue comme une lourde contrainte pour les

⁵⁶¹ F. GÉA, « Des accords (collectifs) sans juge ? », *Dr. soc.*, 2017, p. 98

⁵⁶² *Ibid.*

⁵⁶³ Note explicative accompagnant l'arrêt AP, 23 octobre 2015 - *Société Afone Monétics*, n°13-25.279

⁵⁶⁴ F. FAVENNEC et P-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2018, p. 562

employeurs. Elle impose à ces derniers, avant le licenciement, de s'assurer qu'un autre emploi n'est pas disponible pour le salarié⁵⁶⁵. Or, cette obligation a un large périmètre puisqu'elle s'applique aussi bien à *l'entreprise* qu'au *groupe* (restreint, toutefois, au seul territoire français depuis les Ordonnances du 22 septembre 2017⁵⁶⁶). Dans les entreprises projetant un licenciement de plus de 10 salariés, l'obligation de reclassement prend même la forme d'un *plan de reclassement*, partie intégrante du PSE. Or, pour la grande majorité des entreprises, « *la tâche est ardue, voir inefficace* »⁵⁶⁷, car elles ne disposent pas de moyens suffisants pour assurer un reclassement durable.

Rien d'étonnant, dès lors, à ce que l'obligation de reclassement soit considérablement affaiblie dans les alternatives au licenciement pour motif économique. En ce domaine, l'accord de performance collective est particulièrement significatif : en cas de licenciement, le salarié a simplement droit à un *abondement de son compte personnel de formation* (en plus évidemment de ses droits au chômage)⁵⁶⁸, ce qui est relativement faible.

L'obligation de reclassement est-elle pour autant complètement évincée ? La réponse est négative. Il ne faudrait pas confondre, en effet, l'obligation de reclassement *interne* (au sein de l'entreprise) et l'obligation de reclassement *externe* (hors de l'entreprise). Si la première a bel et bien disparu dans le régime des alternatives au licenciement pour motif économique, la seconde, en revanche, demeure. Par exemple, depuis le célèbre arrêt « Renault » (2010)⁵⁶⁹, la jurisprudence précise que même lorsque le **PDV** est dit « *autonome* », c'est-à-dire lorsqu'il exclut tout recours au licenciement pour atteindre les objectifs de suppression de postes, il reste soumis à l'obligation de mettre en place un plan de reclassement *externe*. Héritière de cette construction jurisprudentielle, la **RCC** prévoit la même solution. En effet, le Code du travail impose que l'accord de RCC mentionne « *les mesures destinées à faciliter le reclassement externe des salariés* »⁵⁷⁰. Quant au **congé de mobilité**, il est en lui-même une mesure de

⁵⁶⁵ F. FAVENNEC et P-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2018., p. 563

⁵⁶⁶ Ordonnance du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, n° 2017-1387, JORF n°0223 du 23 septembre 2017

⁵⁶⁷ P. VIVIEN et P. PREVOSTEAU, « Les procès-durs de licenciement économique : un droit protecteur ou contre-productif ? », *Dr. soc.*, 2013, p. 223

⁵⁶⁸ Art. L 2254-2 du Code du travail

⁵⁶⁹ Soc, 26 oct. 2010 – *RENAULT*, n° 09-15.187 FS-PBRI. Les juridictions administratives, qui sont désormais en charge du contentieux sur le PSE ont jugé de la même manière : CAA Paris, 12 mars 2015 - *FRANCE TELEVISIONS*, n°14PA05025, *RDT*, 2015

⁵⁷⁰ Art. L 1237-19-1, 7° du Code du travail

reclassement externe, puisqu'il permet aux salariés de bénéficier d'un accompagnement pour retrouver un nouvel emploi, tout en continuant à percevoir leurs rémunérations.

197. Les alternatives au licenciement pour motif économique s'inscrivent donc dans une logique d'autonomie, qui demeure toutefois inachevée. La prochaine étape implique-t-elle la disparition du licenciement pour motif économique lui-même ?

Section II. En droit prospectif : La disparition à terme du licenciement pour motif économique ?

198. Plan. Concurrencé, le licenciement pour motif économique ne semble pas pour autant amené à disparaître (A). Dès lors, plutôt que d'envisager sa *disparition*, il convient plutôt de proposer son *évolution*, dans le cadre plus général d'une recomposition du droit des restructurations (B).

A. La force persistante du licenciement pour motif économique

199. Plan. La force du licenciement pour motif économique repose à la fois sur sa valeur de *modèle* (1) et sur son ancrage dans les *habitudes* (2).

1. La force du modèle

200. L'effet d'attraction. Le droit français se caractérise par une forme de « *sanctuarisation du licenciement pour motif économique* »⁵⁷¹, devenu le « *Graal au fil des ans* »⁵⁷², rendant particulièrement difficile toute tentative d'émancipation.

Sur le plan symbolique, le terme même « d'alternative au licenciement pour motif économique » traduit cet effet d'attraction : on raisonne, encore et toujours, par rapport au *licenciement pour motif économique*.

⁵⁷¹ S. PÉLICIER-LOEVENBRUCK et C. DUMEL, « Le nouveau paysage des dispositifs d'adaptation de l'emploi alternatifs au PSE », *SSL*, 2018, n°1800

⁵⁷² *Ibid.*

Sur le plan juridique, les alternatives au licenciement pour motif économique empruntent encore de nombreux éléments au modèle dont elles sont censées s'être éloignées. C'est surtout le cas en matière de *suppression* d'emploi, où la vocation hégémonique du droit du licenciement se manifeste dès l'article L 1233-3 dernier alinéa du Code du travail. En effet, ce texte énonce que le droit du licenciement pour motif économique s'applique à toute rupture du contrat de travail pour motif économique. Pendant longtemps, d'ailleurs, « *chaque fois que le législateur créait des outils de suppressions d'emplois, pensés comme une alternative au licenciement pour motif économique, il ne parvenait jamais complètement à couper les ponts avec ce régime, comme s'il y avait là une transgression impossible, un tabou* »⁵⁷³. C'était la « *ligne rouge à ne pas dépasser* »⁵⁷⁴. Aujourd'hui, cet effet d'attraction est moins fort, mais il demeure. Les alternatives portant *suppression* d'emplois, telles la RCC et le PDV, sont en effet moins avancées dans le processus d'autonomisation que les alternatives portant *aménagement* de la relation de travail. À titre d'exemple, la RCC présente des contraintes identiques à celles du PSE, telle que l'autorisation administrative préalable⁵⁷⁵, et l'obligation de mise en place d'un plan de reclassement externe⁵⁷⁶. À l'inverse, l'accord de performance collective est complètement débarrassé de ces contraintes.

2. La force de l'habitude

201. Il est à craindre que, par habitude, les entreprises continuent à utiliser la voie du licenciement pour motif économique, là où le recours aux alternatives aurait été plus approprié. Ceci pourrait s'expliquer par plusieurs obstacles.

Le premier obstacle est celui de la méconnaissance. Les employeurs ignorent le plus souvent les nouveaux outils de gestion de l'emploi. Le second obstacle est celui de la méfiance. Les salariés voient souvent dans les alternatives au PSE un contournement du droit du licenciement pour motif économique, et peuvent avoir tendance à le refuser.

Il ne faudrait pas, cependant, dresser des conclusions trop hâtives. Une culture de l'anticipation semble émerger en France, comme en témoigne le succès – timide mais réel – des nouveaux outils de gestion de l'emploi. Au 1^{er} mars 2019, 120 accords de RCC avaient déjà été conclus,

⁵⁷³ A. FABRE, « Que reste-t-il du droit du licenciement pour motif économique ? », *SSL*, 2017, n°1784, p. 3

⁵⁷⁴ *Ibid.*

⁵⁷⁵ Art. L 1237-19-3 du Code du travail

⁵⁷⁶ Art. L 1237-19-1, 1^o du Code du travail

dont 78 accords avaient déjà été validés par l'administration du travail⁵⁷⁷. En outre, 142 accords de performance avaient été conclus⁵⁷⁸.

B. La recomposition du droit des restructurations

202. Plan. La recomposition du droit des restructurations, que nous proposons, passe par la *promotion des modes alternatifs de gestion de l'emploi* (1), et la rétrogradation du licenciement pour motif économique au rang de simple *disposition supplétive* (2).

1. La promotion des modes alternatifs de gestion de l'emploi

203. Comment assurer la promotion des alternatives au licenciement pour motif économique ? Plusieurs pistes peuvent être envisagées.

204. La voie contraignante. Le droit japonais pourrait ici nous servir de modèle. Il impose en effet à l'employeur d'appliquer des mesures alternatives avant de pouvoir licencier, telle qu'une baisse du temps de travail, le recours aux départs volontaires ou au chômage partiel, la mise en place de mutations ou de détachement du personnels⁵⁷⁹.

En France, pourrait-on envisager d'implanter ce système, c'est-à-dire d'imposer le recours aux modes alternatifs de gestion de l'emploi avant tout licenciement pour motif économique ? La jurisprudence l'a, un temps envisagé, en faisant de l'accord de GPEC un préalable obligatoire à la mise en place d'un PSE⁵⁸⁰. Cette solution a toutefois été rapidement fermée par la Cour de cassation⁵⁸¹. De manière générale, nous ne sommes pas favorables à une telle orientation. En effet, cela risquerait de porter une atteinte excessive à la liberté d'entreprendre de l'employeur. Or, tout l'intérêt des alternatives au licenciement pour motif économique est justement de renforcer cette liberté d'entreprendre. La voie incitative semble donc à privilégier.

⁵⁷⁷ « Au 31 mars 2019, 23 700 CSE ont été mis en place », *Actuel RH*, 03/05/2019

⁵⁷⁸ *Ibid.*

⁵⁷⁹ Y. MIZUMACHI, E. MARTIN PUEBLA, P-P VAN GEHUCHTEN, M. HENSSLER, « Entretiens sur le droit du licenciement pour motif économique », *RDT*, 2013

⁵⁸⁰ Ex : TGI Paris, 5 oct. 2006 – *Nextiraone*, n°06/57817 ; TGI Créteil, 20 nov. 2006 – *EDF*, n°06/01596 ; CA Paris, 7 mars 2007 – *Nextiraone*, n°06/17500

⁵⁸¹ Soc, 30 septembre 2009, n°07-20.525

205. La voie incitative. Les mesures fiscales et sociales constituent de puissantes mesures incitatives, permettant d'orienter le choix des acteurs économiques. À ce titre, pour encourager le recours aux alternatives au licenciement pour motif économique, le législateur pourrait jouer sur leur régime fiscal et social. C'est ce qu'il a d'ores et déjà fait en matière de RCC et de congé de mobilité, en alignant les indemnités de départ volontaire sur celles versées en cas de licenciement pour motif économique. L'idée était d'assurer une forme de « neutralité » fiscale et sociale : les modes alternatifs de gestion de l'emploi ne devaient pas paraître moins favorables que le licenciement pour motif économique. On pourrait toutefois concevoir que le législateur aille plus loin, en passant d'un régime de « neutralité » à un régime de « faveur ». Le régime fiscal et social des indemnités des modes alternatifs de gestion de l'emploi serait alors plus favorable que celui des indemnités de licenciement pour motif économique ! Cependant, comme le remarque un auteur « *qu'y a-t-il de comparable entre un licenciement subi et un départ consensuel ? Il y a perte d'emploi dans les deux cas, mais la collectivité doit-elle être mise à contribution de la même manière lorsque cette perte d'emploi est un « choix » partagé par tous les acteurs ?* »⁵⁸²

Pour promouvoir les alternatives au licenciement pour motif économique, plutôt que d'agir par la voie fiscale et sociale, nous proposons donc de mieux faire connaître ces outils auprès des acteurs concernés. L'idée serait de développer une véritable culture de l'anticipation. Encore trop méconnus, les modes alternatifs de gestion de l'emploi présentent d'indéniables avantages en termes de souplesse et d'anticipation, qui pourraient séduire employeurs comme salariés.

2. Le licenciement pour motif économique, une disposition supplétive

206. D'une disposition impérative à une disposition supplétive. Parallèlement à l'essor des nouveaux modes de gestion de l'emploi, le licenciement pour motif économique a vocation à devenir une simple *disposition supplétive*, c'est-à-dire une disposition prévue par la loi à défaut de choix des parties. Le terme « supplétif » est utilisé à dessein. Il correspond à la situation dans laquelle les parties n'ont pas saisi la possibilité qui leur était offerte de régir leur situation par contrat. Or, cette configuration s'applique parfaitement à notre cas : si les partenaires sociaux n'ont pas choisi de recourir à un mode alternatif de gestion de l'emploi par

⁵⁸² A. FABRE, « Que reste-t-il du droit du licenciement pour motif économique ? », *SSL*, 2017, n°1784, p. 3

accord collectifs, ils se verront alors appliquer le régime légal du licenciement pour motif économique. Dès lors, le droit du licenciement pour motif économique a vocation à couvrir deux hypothèses.

La première hypothèse correspond à la situation dans laquelle les partenaires sociaux n'ont pas suffisamment anticipé les difficultés économiques, et n'ont donc *pas eu le temps de négocier* une alternative au licenciement pour motif économique.

La seconde hypothèse correspond à la situation dans laquelle, bien qu'ayant anticipé les difficultés économiques, les partenaires sociaux n'ont *pas réussi à négocier* une alternative au licenciement pour motif économique.

Si le problème posé par la seconde hypothèse semble en pratique insoluble, le problème posé par la première hypothèse peut en revanche être plus facilement dépassé. Pour cela, il s'agit d'ancrer une culture de l'anticipation auprès des acteurs économiques. En effet, comme le regrette un auteur, « *le PSE est aujourd'hui utilisé, trop encore, pour réaliser des mutations qu'il eut été possible d'anticiper* »⁵⁸³.

Le droit du licenciement pour motif économique doit redevenir une mesure de gestion de crise, recentrée sur les « *cas véritablement pathologiques* »⁵⁸⁴.

⁵⁸³ J-M. ALBIOL, « La démarche GPEC : une alternative aux plans de sauvegarde de l'emploi », *Les cahiers du DRH*, n°137, 2017

⁵⁸⁴ F. FAVENNEC, « Du droit du licenciement au droit de l'employabilité », *SSL*, 2007, n°1291

CONCLUSION

207. Le constat. *Dans quelle mesure existe-t-il un droit conventionnel des alternatives au licenciement collectif pour motif économique ?*

À cette question, la réponse est nuancée. Les alternatives au licenciement collectif pour motif économique forment un champ d'application spécifique, mais elles ne disposent pas encore d'un régime propre et complet. S'il est donc trop tôt pour parler d'un « droit » conventionnel au sens strict, nous en percevons toutefois les prémisses.

208. L'analyse. Pour mieux se repérer dans le nouveau paysage des modes alternatifs de gestion de l'emploi, nous avons proposé de distinguer ces derniers en fonction de leur finalité. Une *summa divisio* a ainsi pu être dégagée. Certains dispositifs permettent d'*aménagement*, plutôt que de rompre, la relation de travail (accord de GPEC, accord de performance collective, accord d'aménagement de la relation de travail) ; d'autres permettent de *rompre la relation de travail en commun accord* avec le salarié (PDV, RCC, congé de mobilité).

Mis bout à bout, ces nouveaux outils donnent à voir l'émergence d'un *régime commun*, fondé sur le recours à l'accord d'entreprise. Pour en appréhender la spécificité, nous avons proposé la qualification d'« *accord d'anticipation* », doté d'une puissance et d'une légitimité sans pareille. Cet accord collectif fait renaître la figure du *contrat collectif*, au carrefour du droit du travail et du droit civil.

L'émergence d'un régime commun se prolonge par la construction d'un *régime autonome*, fondé sur l'éviction du licenciement pour motif économique. Dans ce domaine, le résultat est à géométrie variable. Les alternatives portant *suppression* d'emplois, telles la RCC et le PDV, sont en effet moins avancées dans le processus d'autonomisation que les alternatives portant *aménagement* de la relation de travail.

209. Demain ? Redouté, affaibli, concurrencé, le licenciement pour motif économique ne semble pas pour autant prêt à disparaître. Dès lors, plutôt que de proposer sa *suppression*, nous proposons d'en *affaiblir la portée*. Au sein du droit des restructurations, il s'agirait de déplacer le centre de gravité, du licenciement pour motif économique à ses alternatives. Dans cette

perspective, il ne serait alors plus pertinent de parler d'« alternative au licenciement pour motif économique », car c'est bien ce dernier qui deviendrait « l'alternative ». Que le titre même de ce mémoire devienne dépassé, voilà le plus bel hommage qui pourrait lui être rendu !

ANNEXES

Tableau général des alternatives au licenciement pour motif économique

	<i>AMÉNAGEMENT DE LA RELATION DE TRAVAIL</i>			<i>SUPPRESSION DE LA RELATION DE TRAVAIL</i>		
	<i>Accord de GPEC</i>	<i>Accord de performance collective</i>	<i>Accord d'aménagement du temps de travail</i>	<i>PDV</i>	<i>RCC</i>	<i>Congé de mobilité</i>
<i>Fondement juridique</i>	Art. L 2242-20 du Code du travail	Art. L 2254-2 du Code du travail	Art. L 3121-41 du Code du travail	Pas dans le Code du travail Encadré par la jurisprudence	Art. L 1237-19 du Code du travail	Art. L 1237-18 du Code du travail
<i>Avantages principaux</i>	- Outil de gestion des compétences	- Force de l'accord collectif : il s'impose au contrat de travail - En cas de refus du salarié : licenciement <i>sui generis</i> (→ pas de licenciement pour motif économique)	- Force de l'accord collectif : il s'impose au contrat de travail - Diminue le paiement des heures supplémentaires - En cas de refus du salarié : licenciement <i>pour faute</i> (→ pas de licenciement pour motif économique)	- Caractère volontaire (≠ contraint) des départs - Peut être combiné à un PSE (pour parer l'éventualité d'un nombre insuffisant de départs volontaires)	- Caractère volontaire (≠ contraint) des départs - Cadre juridique sécurisé par rapport au PDV	- Caractère volontaire (≠ contraint) des départs - Symbole de la <i>flexisécurité</i> : suppression d'emploi compensé par un réel accompagnement du salarié + maintien de la rémunération

<p><i>Inconvénients principaux</i></p>	<p>- Dépend du consentement individuel des salariés</p> <p>- Réel effet contraignant ?</p>	<p>- Pour les salariés : effet redoutable (dérogation à une grande partie du droit du travail)</p>	<p>- Pour les salariés : diminue le paiement des heures supplémentaires</p>	<p>- Insécurité juridique (encadré par la seule jurisprudence)</p> <p>- Soumission à une partie du régime du PSE</p> <p>- Dépend du consentement individuel des salariés</p>	<p>- Maintien du contrôle de l'Administration</p> <p>- Impossibilité de passer à un acte unilatéral (≠ PDV)</p> <p>- Dépend du consentement individuel des salariés</p>	<p>- Dispositif coûteux (car maintien de la rémunération pendant un certain temps + financement de mesures d'accompagnement)</p> <p>- Dépend du consentement individuel des salariés</p>
--	--	--	---	--	---	--

Comparaison détaillée des alternatives au licenciement pour motif économique

	Accord de GPEC	Accord de performance collective	Accord d'aménagement du temps de travail	PDV	RCC	Congé de mobilité
<i>Exigence d'un motif économique ?</i>	Non	Non mais « <i>nécessité de fonctionnement de l'entreprise</i> » ou « <i>préservation et développement de l'emploi</i> »	Non	La question est débattue	Non	Non
<i>Nécessité du consentement individuel du salarié ?</i>	Oui	Non	Non	Oui	Oui	Oui
<i>Accompagnement des salariés</i>	Mesures de mobilité géographiques et professionnelles	Abondement du compte personnel d'activité	Aucune mesure d'accompagnement n'est prévue	- Pas de plan de reclassement interne mais plan de reclassement externe - Priorité de réembauche	Pas de plan de reclassement interne mais plan de reclassement externe	- Maintien de la rémunération - Aide à la recherche d'un nouvel emploi
<i>Consultation du CSE ?</i>	Non	Non	Non	Non	Oui (a posteriori)	- Si c'est dans le cadre d'une GPEC : non

						- Si c'est dans le cadre d'une RCC : oui
<i>Contrôle de l'Administration (comme le PSE) ?</i>	Non	Non	Non	Oui	Oui	- Si c'est dans le cadre d'une GPEC : non - Si c'est dans le cadre d'une RCC : oui
<i>Régime fiscal et social : exonérations des indemnités de départs (comme pour le PSE) ?</i>	Non (depuis la loi de finances de 2011)	Non	Non	Oui	Oui	Oui
<u>Contestation</u>	<ul style="list-style-type: none"> - Action contre l'accord collectif : devant le TGI - Action à l'occasion d'un litige individuel : devant le conseil des prud'hommes 			Comme le PSE : <ul style="list-style-type: none"> - le contenu de l'accord et la décision de validation : devant le juge administratif - tout le reste : devant le conseil des prud'hommes 		Dépend du support : <ul style="list-style-type: none"> - Régime de l'accord GPEC - Ou régime de l'accord de RCC

Bibliographie

1/ Ouvrages

a) Ouvrages généraux

G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 32^{ème} éd., 2019

J-F. CESARO, A. MARTINON, B. TEYSSIE, *Droit du travail - Relations individuelles*, 3^{ème} éd., 2018

G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Puf, 12^{ème} éd., 2018

F. FAVENNEC et P-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2018

P. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNK, *Les obligations*, LGDJ, 2018

A. MAZEAUD, *Droit du travail*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2016

B. TEYSSIÉ, *Droit du travail – Relations collectives*, LexisNexis, 11^{ème} éd., 2018

b) Ouvrages spéciaux

J. BARTHÉLEMY et G. CETTE, *Refonder le droit social. Mieux concilier protection du travailleur et efficacité économique*, La documentation française, 2011

P. MORVAN, *Restructurations en droit social*, LexisNexis, 4^{ème} éd., 2017

H. ROUILLEAU, *Anticiper et concerter les mutations : rapport sur l'obligation triennale de négociation*, La documentation française, 2007

Ch. SAURET et D. THIERRY, *La Gestion prévisionnelle et préventive des emplois et des compétences*, éd. L'Harmattan, 2000

FRANCE STRATÉGIE, *Évaluation des ordonnances relatives au dialogue social et aux relations de travail - Note d'étape sur les travaux du comité d'évaluation*, 2018

Le Lamy social, Wolters Kluwer, 2018

Le Lamy Négociation collective, Wolters Kluwer, 2018

Questions réponses du Gouvernement sur la RCC

2/ Thèses

P. ADAM, *L'Individualisation du droit du travail. Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, Thèse Paris X, LGDJ, 2005

G. DUCHANGE, *Le concept d'entreprise en droit du travail*, Thèse Paris II, LexisNexis, 2015

C. JOTTREAU, *Le sort de la relation de travail dans les entreprises en difficulté*, Thèse Paris II, LexisNexis, 2015

P. LOPES, *L'adaptation de la relation de travail pour motif économique*, Thèse Paris II, LexisNexis, 2018

I. MEFTAH, *Les accords collectifs de gestion de l'emploi*, Thèse Paris X, 2018

4/ Articles de Doctrine

P. ADAM, « La négociation (collective) sans la négociation », *SSL*, 2017, n°1790, p. 52

J-F AKANDJI-KOMBE, « La modulation du temps de travail : regard sur une validation constitutionnelle », *SSL*, 2012, n°1534

J-M. ALBIOL, « La démarche GPEC : une alternative aux plans de sauvegarde de l'emploi », *Les cahiers du DRH*, n°137, 2017

L. ALUOME, « L'accord de performance collective et le consentement du salarié », *JCP S*, 2018, p. 1138

P-H. ANTONMATTEI, « Accord collectif et contrat de travail : réponse du berger à la bergère », *Dr. soc.*, 2012, p. 672

P-H. ANTONMATTEI, « À propos de la légitimité de la primauté de l'accord d'entreprise », *Dr. soc.*, 2018, p. 160

G. AUZERO, « La légitimité intrinsèque de l'accord collectif et de la règle majoritaire », *Dr. soc.*, 2018, p. 154

D. BALAMARY, « Le licenciement économique : du contrôle à la négociation ? », *Dr. soc.*, 2004, p. 272

J. BARTHÉLEMY et G. CETTE « Quelle articulation entre contrat de travail et accord collectif », *Les Cahiers du DRH*, 2011, n°181

B. BAUDUIN, « La négociation collective dans les entreprises de moins de 50 salariés », *Dr. soc.*, 2018, p. 682

S. BÉAL et R. LABAT, « Accord sur le fonctionnement de l'entreprise - Un recours facilité, un régime unifié », *JCP E*, 2018, p. 1032

G. BLANC-JOUVAN, « Accords individuels et accords collectifs en droit du travail », *JCP S*, 2007, p. 1265

G. BORENFREUND, « L'articulation du contrat de travail et des normes collectives », *Dr. ouvrier*, 1997, p. 514

J-F. CESARO, « L'automne dans les branches professionnelles et quelques mesures portant sur la négociation collective », *JCP S*, 2017, p. 1306

C. CHEVRIER, « La RCC, un nouvel outil de gestion prévisionnelle des emplois », *SSL*, 2018

H. CIRAY, « Les conséquences de l'annulation d'un plan de départs volontaires », *Dalloz actualité*, 2018

L. DIGUEZ, « Le droit français de la modification du contrat de travail pour motif économique bousculé par la CJUE », *Dr. soc.*, 2018, p. 356

E. DOCKÈS, « le plan de sauvegarde de l'emploi sans reclassement : naissance d'une chimère », *SSL*, 2010, n°1465

S. DUMAS et M. LE ROY « Rupture conventionnelle collective : un hybride vraiment séduisant ? », *Les cahiers du DRH*, 2017, n°247

E. DURLACH, « Le congé de mobilité : entre enrichissement et éviction du droit au licenciement économique », *RDT*, 2007, p. 440

A. FABRE, « Coup de froid sur la GPEC - Quand anticipation ne rime plus avec exonération ! », *SSL*, 2011, n°148

A. FABRE, « Le contentieux de la violation des engagements en matière d'emploi », *Dr. ouvrier*, 2015, n°805

A. FABRE, « Du caractère normateur des plans de départs volontaires », *RDT*, 2016, p. 97

A. FABRE, « Que reste-t-il du droit du licenciement pour motif économique ? », *SSL*, 2017, n°1784, p. 3

A. FABRE « Rupture conventionnelle collective et congé de mobilité : de faux jumeaux », *SSL*, 2018, n°1800

F. FAVENNEC, « Le droit et la gestion des départs », *Dr. soc.*, 1992, p. 581

F. FAVENNEC, « Du droit du licenciement au droit de l'employabilité », *SSL*, 2007, n°1291

F. FAVENNEC, « Une mort annoncée des accords collectifs d'annualisation du temps de travail ? », *SSL*, 2010, n°1464

F. FAVENNEC, « Les plans de départs volontaire », *Dr. soc.*, 2011, p. 622

F. FAVENNEC, « Ruptures collectives pour motif économique », in *Les rencontres de la chambre sociale de la Cour de cassation*, Dalloz, 2011

F. FAVENNEC, « Article 45 de la loi Warsmann : solution ponctuelle ou amorce d'une réforme de fond ? », *SSL*, 2012, p. 4

F. FAVENNEC, « Les accords de maintien de l'emploi », *JCP S*, 2014, p. 1186

F. FAVENNEC, « Nouvelles articulations : la durée du travail comme terrain d'expérimentation », *JCP S*, n°25, 2016, p.1293

F. FAVENNEC, « Les PME dans les ordonnances Macron », *Dr. soc.*, 2018, p. 46

A. FIORENTINO et G. FRANÇOIS, « La légitimité de la norme en droit du travail », *Dr. soc.*, 2018, p.112

B. GAURIAU, « Les accords de GPEC, régime et sanctions », *Gaz. Pal.*, 2007, p. 24

B. GAURIAU, « L'accord de performance collective depuis la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 (À propos de l'article L. 2254-2 du code du travail) », *Dr. soc.*, 2018, p.504

B. GAURIAU, « L'accord de performance collective est-il un accord majoritaire ? », *JCP S*, 2019, p. 64

F. GÉA, « Des accords (collectifs) sans juge ? », *Dr. soc.*, 2017, p. 98

F. GÉA « Rupture conventionnelle collective, étape 2 : le regard du juge administratif », *RTD* 2018 p 762

F. GÉA et M-F. MAZARS, « Contrat de travail et normes collectives », in *Les rencontres de la chambre sociale de la Cour de cassation*, BICC, 2012

I. DAUZET et Ph. ROZEC, « L'accord "à froid" après l'ordonnance du 22 septembre : de la négociation d'adaptation ? » *JCP S*, 2018

H-J. LEGRAND, « Sur un nouvel objet juridique non identifié la " GPEC " », *Dr. soc.*, 2006, p. 330

P. LOKIEC, « Départs volontaires, GPEC et licenciement pour motif économique », *Dr. soc.*, 2008, p. 1238

P. LOKIEC, « L'accord du salarié », *Dr. soc.*, 2010, p. 140

P. LOKIEC, A. PERRULLI, H. COLLINS et M. RÖNNMAR, « Entretiens sur le droit du licenciement pour motif économique (suite et fin) », *RDT*, 2013 (Italie, R-U, Suède)

P. LOKIEC, « "Qui dit conventionnel dit juste !" L'avènement d'un nouveau dogme », *JCP S*, 2015, p. 129

P. LOKIEC, « Le nouveau modèle du droit du travail est-il viable ? », *SSL*, 2017, n°1790

P. LOKIEC, « Accord collectif et contrat de travail », *Dr. soc.*, 2017, p. 1024

A. LYON-CAEN, « Le droit et la gestion des compétences », *Dr. soc.*, 1992, p. 573

G. LOISEAU, « Quelques observations sur les ruptures collectives d'un commun accord », *SSL*, 2017, n°1788, p. 9

G. LOISEAU, « L'égalité de traitement à l'heure européenne », *JCP S*, 2019, p. 1134

A. LYON-CAEN, « Le contrôle judiciaire du motif économique et ses turbulences », *Dr. ouvrier*, 2007, p. 156

L. MARQUET DE VASSELOT et A. MARTINON « Rupture du contrat de travail et suppression d'emplois », *JCP S*, 2017, p. 1312

A. MARTINON, « La gestion prévisionnelle des emplois et compétences », *Dr. soc.*, 2011, p. 613

S. MAYOUX et A. SERVOUZE-MERCIER, « Les Ordonnances Travail révolutionnent-elles l'art de négocier dans l'entreprise ? », *JCP S*, 2018, p. 1182

F. MEHREZ, « Nouvelles opportunités de négociation en entreprise : quelques points de vigilance à garder à l'esprit », *Actuel RH*, 2018

J-M. MIR, « Notion et fonction de l'outil de gestion : anticiper la mobilité », *JCP S*, 2014, n°11

J-M. MIR et F. AKNIN, « La rupture conventionnelle collective, une simplicité apparente et de nombreuses questions pratiques », *JCP S*, 2017, p. 2140-2141

J-M. MIR et F. AKNIN, « Les nouvelles ruptures amiables prévues par accord collectif », *JCP S*, 2017, p. 1317

Y. MIZUMACHI, E. MARTIN PUEBLA, P-P VAN GEHUCHTEN, M. HENSSLER, « Entretiens sur le droit du licenciement pour motif économique », *RDT*, 2013

L. de MONTVALON « Le point sur les ruptures conventionnelles du contrat de travail », *Cahier Lamy du CSE*, 2018, n°187

M. MORAND, « L'accord d'aménagement du temps de travail », *JCP S*, 2012, p. 1145

M. MORAND et M-A SOURIAC, « Accords de compétitivité : quels engagements sur l'emploi », *RDT*, 2012, p. 194

M. MORAND, « Substitution aux clauses conventionnelles ou contractuelle », *SSL*, 2018, n°1801

M. MORAND, « La durée de travail dans l'accord de performance collective », *JCP S*, 2018, p. 1094

P. MORVAN, « La salade des ruptures conventionnelles », *Dr. soc.*, 2018, p. 26

C. NICOD, « L'accord collectif, succédané de l'acte unilatéral », *SSL*, 2008, n°1340, p. 38

S. NIEL, « PDV/ RCC : tests comparatifs », *Les cahiers du DRH*, 2018, p. 38-43

M. OLLIVIER et B. TAILLARDAT-PIETRI, « L'accord de performance collective (APC) », *Liaisons sociales Quotidien*, dossier pratique n°204/2018, 2018

Y. PAGNERRE, « Les accords de performance collective », *Dr. soc.*, 2018, p. 694

T. PASQUIER, « Les nouveaux visages de la loyauté dans la négociation collective », *RDT*, 2018, p. 44

L. PÉCAUT-RIVOLIER, « Conventions et accords collectifs. La solidification des accords collectifs : les nouvelles conditions de conclusions et d'interprétation », *JCP S*, 2016, p. 1300

S. PÉLICIER-LOEVENBRUCK et C. DUMEL, « Le nouveau paysage des dispositifs d'adaptation de l'emploi alternatifs au PSE », *SSL*, 2018, n°1800

J. PÉLISSIER, « La cause économique du licenciement », *RJS*, 1992, p. 527

J. PÉLISSIER, « Le reclassement interne est-il incompatible avec les départs volontaires ? », *SSL*, 2010

E. PESKINE, « La célébration de l'accord collectif d'entreprise », *Dr. soc.*, 2014, p. 438

M. PEYRONNET, « Égalité de traitement et accord collectif : la présomption de justification a ses limites », *Dalloz actualité*, 2019

C. RADÉ, « L'autonomie du droit du licenciement, brefs propos sur les accords de résiliation amiable du contrat de travail et les transactions », *Dr. soc.*, 2000

C. RADÉ, « La Cour de cassation et l'égalité de traitement : l'exception communautaire », *Dr. soc.*, 2019, p. 447

J-E. RAY, « Opinion : Anticipation en matière d'emploi et mythes nécessaires », *Gaz. Pal.*, 2007, p. 4

F. ROSA, « Nouveaux outils d'anticipation - Trois questions/réponses autour des nouveaux outils d'anticipation pour l'entreprise – Étude », *Cahiers du droit de l'entreprise*, 2019, dossier 13

M-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, « Comité européen des droits sociaux et aménagement du temps de travail », *JCP S*, 2019, p. 1139

J. SPORTES, « Rupture conventionnelle collective et PSE : deux dispositifs aux modalités divergentes mais répondant à des finalités similaires », *Les cahiers Lamy du CSE*, N° 18, 2018

M-A SOURIAC, « Engagement et arrangements sur l'emploi : quelle efficacité juridique ? », *Dr. soc.*, 1997, p. 1061

F. TAQUET, « Congé de mobilité et contestation du caractère économique du licenciement », *Rev. proc. coll.*, 2016

A. TEISSIER, « La congé de mobilité », *Gaz. Pal.*, 2007, p. 32

B. TEYSSIÉ, « À propos de la négociation collective d'entreprise », *Dr. soc.*, 1990, p. 577

B. TEYSSIÉ, « À propos de l'adaptation négociée des effectifs de l'entreprise », *Dr. soc.*, 2011, p. 611

B. TEYSSIÉ, « Réforme du droit du travail : le pari conventionnel », *JCP S*, 2015, act. 357

C. THIBIERGE, « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 519 et suivants, spéc. p. 519

G. VACHET, « Sécurisation des parcours professionnels : utopie ou réalité », *Dr. soc.*, 2006, p. 963

R. VATINET, « Politique de l'emploi - Nouveaux cadres juridiques pour des parcours professionnels diversifiés », *JCP S*, 2007, p. 1131

R. VATINET, « Développer la gestion prévisionnelle négociée des emplois et des compétences », *JCP S*, 2013, p. 1274

P. VIVIEN et P. PREVOSTEAU, « Les procès-durs de licenciement économique : un droit protecteur ou contre-productif ? », *Dr. soc.*, 2013, p. 223

P. WAQUET, « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », *RJS*, 1999, p. 793

5/ Veille juridique

« Pimkie : premier échec d'une rupture conventionnelle collective », *Les Echos*, 09/01/2018

« PSA prévoit 1 300 ruptures conventionnelles collectives en 2018 », *Le Monde*, 09/01/2018

« Pimkie, PSA, IBM : Peinard, la DRH, avec la rupture conventionnelle collective », *Alternatives Libertaires*, 2/08/2018

Dossier « La rupture conventionnelle collective », *Liaisons sociales quotidien*, 15/03/2018

« Avantages et inconvénients de la rupture conventionnelles collectives », *Les Echos*, 18/07/2018

« La flexibilité des RCC a un prix », *Challenges*, 18/04/2019

« Muriel Pénicaud : “La réforme du Code du travail commence à porter ses fruits” », *Les Echos*, 29/04/2019

« Au 31 mars 2019, 23 700 CSE ont été mis en place », *Actuel RH*, 03/05/2019

« Le groupe Carrefour consolide sa politique de GPEC », *Liaisons sociales Quotidien*, 23/05/2019

5/ Site web

<https://www.lsa-conso.fr/alexandre-bompard-devoile-la-strategie-digitale-a-5-ans-de-carrefour-analyse,278352>

<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/alternative/2568>

Tables des matières

REMERCIEMENTS	1
LISTE DES ABREVIATIONS	2
SOMMAIRE	4
INTRODUCTION	5
PARTIE 1 : L'IDENTIFICATION DES ALTERNATIVES	16
CHAP. 1 : L'aménagement de la relation de travail	16
Section I. L'aménagement proposé aux salariés	17
A. Un outil de gestion des compétences	
1. <i>L'accord de « GPEC »</i>	17
a) <i>Un dispositif au carrefour du droit et de la pratique</i>	17
b) <i>Un contenu variable</i>	19
2. <i>L'articulation avec le PSE</i>	21
a) <i>La GPEC comme préalable au PSE ?</i>	21
b) <i>La GPEC comme alternative au PSE</i>	21
B. Un outil insuffisamment exploité	
1. <i>Les obstacles</i>	22
a) <i>Sur le plan technique : un faible effet contraignant</i>	23
b) <i>Sur le plan pratique : une réticence traditionnelle au changement</i>	24
2. <i>Les pistes de réforme</i>	25
a) <i>Une frontière plus claire avec le PSE</i>	25
b) <i>La prise en compte des petites entreprises</i>	26
Section II. L'aménagement imposé aux salariés	27
A. Un outil de flexibilité du travail	
1. <i>L'accord de performance collective</i>	28
a) <i>Un recours facilité</i>	28
b) <i>Un effet redoutable</i>	32
2. <i>L'accord d'aménagement du temps de travail</i>	36

a) <i>Un dispositif précurseur</i>	36
b) <i>Un dispositif menacé</i>	38
B. L'emprunt au licenciement pour motif personnel	
1. <i>Le licenciement sui generis</i>	40
a) <i>La description du mécanisme</i>	40
b) <i>La menace de l'inconventionalité</i>	42
2. <i>Le licenciement pour faute</i>	43
CHAP. 2 : La rupture amiable de la relation de travail	45
Section I. Un dispositif sécurisé : la rupture conventionnelle collective	45
A. L'héritage de la RCC	
1. <i>L'influence de la rupture conventionnelle individuelle</i>	46
a) <i>Une influence décisive sur le plan théorique</i>	46
b) <i>Une influence relative sur le plan technique</i>	49
2. <i>L'influence du plan de départs volontaires</i>	50
a) <i>La sécurisation des plans de départs volontaires</i>	51
b) <i>La disparition des plans de départs volontaires ?</i>	55
B. L'avenir de la RCC	
1. <i>Les atouts de la rupture conventionnelle collective</i>	57
a) <i>Les atouts apparents</i>	58
b) <i>Les atouts réels</i>	60
2. <i>Le risque d'un contrôle administratif sévère</i>	61
a) <i>La teneur du contrôle</i>	62
b) <i>Les points sensibles du contrôle</i>	64
Section II. Un dispositif renouvelé : le congé de mobilité	68
A. Un dispositif rénové	
1. <i>La spécificité du congé de mobilité</i>	68
a) <i>La distinction avec le congé de reclassement</i>	68
b) <i>La complémentarité avec les autres alternatives au licenciement</i>	70
2. <i>L'autonomie du congé de mobilité</i>	70
a) <i>La soumission initiale au Droit du licenciement pour motif économique</i>	71
b) <i>L'émancipation progressive du Droit du licenciement pour motif économique</i>	71
B. Un dispositif à promouvoir ?	
1. <i>Un dispositif d'avenir : les prémisses d'un nouveau Droit de la mobilité</i>	72
a) <i>La mobilité comme outil de restructuration anticipée</i>	72

<i>b) La mobilité comme outil de sécurisation des parcours professionnels</i>	72
2. <i>Un dispositif perfectible : une attractivité à renforcer</i>	73
<i>a) Les avancées opérées</i>	74
<i>b) Les améliorations possibles</i>	74

PARTIE 2 : LA DYNAMIQUE DES ALTERNATIVES **76**

CHAP. 1 : La place centrale de l'accord collectif **76**

Section I. Le recours à l'accord collectif 76

A. La figure nouvelle de l'accord d'anticipation

1. <i>Un accord collectif</i>	77
<i>a) La légitimité de l'accord collectif</i>	77
<i>b) L'efficacité de l'accord collectif</i>	79
2. <i>Un accord collectif d'anticipation</i>	80
<i>a) La recherche de la qualification adéquate</i>	81
<i>b) Le choix de la qualification d'« accord d'anticipation »</i>	83

B. Le régime de l'accord d'anticipation

1. <i>Les ajustements du droit commun des conventions collectives</i>	84
<i>a) La validité de l'accord</i>	84
<i>b) L'effet de l'accord</i>	87
2. <i>Le recours aux modes dérogatoires de négociation collective</i>	88
<i>a) Le mécanisme</i>	88
<i>b) L'application aux accords d'anticipation</i>	90

Section II. La résistance à l'accord collectif 92

A. Le consentement du salarié, un obstacle affaibli

1. <i>Le déclin de la volonté individuelle</i>	92
<i>a) L'acceptation du salarié</i>	92
<i>b) Le refus du salarié</i>	93
2. <i>La primauté de la volonté collective</i>	95
<i>a) Le conflit entre accord collectif et contrat de travail</i>	95
<i>b) Vers une primauté définitive de l'accord collectif ?</i>	97

B. La contestation en justice, un obstacle incertain

1. <i>Le recours au droit du travail</i>	100
<i>a) Le droit du licenciement</i>	100

<i>b) Le principe d'égalité de traitement</i>	101
2. <i>Le secours du droit civil</i>	103
<i>a) Contester la conclusion de l'accord</i>	103
<i>b) Contester l'inexécution de l'accord</i>	105
CHAP. 2 : L'éviction du licenciement pour motif économique	108
Section I. En droit positif : l'émergence d'un régime autonome	108
<i>A. L'indifférence du motif économique</i>	
1. <i>L'éviction du motif économique</i>	108
<i>a) Le constat</i>	109
<i>b) La portée</i>	110
2. <i>Le remplacement par de nouveau(x) motif(s) ?</i>	112
a) <i>L'intérêt de l'entreprise</i>	112
b) <i>La volonté collective</i>	114
<i>B. L'allègement des contraintes procédurales</i>	
1. <i>L'allègement du contrôle</i>	116
<i>a) Un contrôle interne affaibli</i>	117
<i>b) Un contrôle externe affaibli</i>	119
2. <i>L'allègement des mesures d'accompagnement</i>	121
Section II. En droit prospectif : La disparition à terme du licenciement pour motif économique ?	123
A. <i>La force persistance du licenciement pour motif économique</i>	
1. <i>La force du modèle</i>	123
2. <i>La force de l'habitude</i>	124
B. <i>La recomposition nécessaire du droit des restructurations</i>	
1. <i>La promotion des modes alternatifs de gestion de l'emploi</i>	125
2. <i>Le licenciement pour motif économique, une disposition supplétive</i>	126
CONCLUSION	128
ANNEXES	0
BIBLIOGRAPHIE	0
TABLES DES MATIERES	11