



UNIVERSITÉ PARIS II  
PANTHÉON-ASSAS

## **BANQUE DES MÉMOIRES**

**Master 2 Droit social (finalité recherche)**  
**Dirigé par Madame le Professeur Françoise FAVENNEC-HERY**  
**2018 - 2019**

### ***Les accords de performance collective***

**Clément DUCHEMIN**

**Sous la direction de Monsieur le Professeur Arnaud MARTINON**

## **AVERTISSEMENT**

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

## **REMERCIEMENTS**

*Je remercie le Professeur Arnaud MARTINON pour ses conseils avisés et son exigence immensément profitable pour un jeune chercheur.*

*Je remercie toute l'équipe enseignante du Master pour leur professionnalisme et leur expertise tout au long de l'année.*

*Je remercie Jeanne BRAZILLIER pour son soutien et ses précieux conseils.*

*Je remercie le Professeur Franck HEAS pour m'avoir encouragé dans mon projet.*

*A ma grand-mère Annick, mon grand-père Lucien, mes parents.*

*A Alice.*

## **TABLE DES ABREVIATIONS**

a.	autres
AJDA	Actualité juridique droit administratif
AN	Assemblée nationale
ANI	Accord national interprofessionnel
Ass. plén.	Assemblée plénière
C. civ.	Code civil
C. trav.	Code du travail
CA	Cour d'appel
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale
CE	Conseil d'Etat
CEDS	Comité européen des droits sociaux
CFDT	Confédération française démocratique du travail
CFE-CGC	Confédération française de l'encadrement - Confédération générale des cadres
CFTC	Confédération française des travailleurs chrétiens
CGT	Confédération générale du travail
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNPF	Conseil national du patronat français
Cons. const.	Conseil constitutionnel
consid.	considérant
Conv.	Convention
CPF	Compte personnel de formation
CSB	Les Cahiers sociaux
CSE	Comité social et économique
D.	Recueil Dalloz
DC	Décision de conformité
DGEFP	Direction générale de l'emploi et de la formation professionnelle
DGT	Direction générale du travail
dir.	sous la direction de
Dr. ouvr.	Droit ouvrier
Dr. soc.	Droit social

éd.	édition
et s.	et suivants
ibid.	ibidem (au même endroit)
in	dans
infra	ci-dessous
IRJS	Institut de recherche juridique de la Sorbonne
JCP E	La Semaine juridique Entreprise et Affaires
JCP S	La Semaine juridique Social
L.	Loi
n°	numéro
obs.	observations
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OIT	Organisation internationale du travail
op. cit.	opus citatum (ouvrage cité)
p.	page
préc.	précité
préf.	préface
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Rapp.	Rapport
RDT	Revue de droit du travail
Rec.	Recueil
Rev. fr. éco	Revue française d'économie
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RPDS	Revue pratique de droit social
s.	suivants
SMIC	Salaires minimum interprofessionnel de croissance
SSL	Semaine sociale Lamy
t.	tome
UE	Union européenne
UES	Unité économique et sociale
V.	voir
vol.	volume

# **SOMMAIRE**

<b>PARTIE I. LA RATIONALITE DE L'ACCORD COLLECTIF .....</b>	<b>24</b>
<b>TITRE 1. La finalité : méthode de gestion cybernétique de l'entreprise.....</b>	<b>25</b>
<i>Chapitre 1. L'autorégulation visée par les conditions de recours à l'accord collectif .....</i>	<i>26</i>
<i>Chapitre 2. L'autorégulation réalisée par l'instrument de l'accord collectif .....</i>	<i>33</i>
<b>TITRE 2. Le contenu : facteur de performance collective dans l'entreprise .....</b>	<b>46</b>
<i>Chapitre 1. Les bornes de la loi autour du domaine de l'accord collectif .....</i>	<i>47</i>
<i>Chapitre 2. Les suggestions de la loi en marge du domaine de l'accord collectif .....</i>	<i>63</i>
<b>PARTIE II. LE RAYONNEMENT DE LA VOLONTE COLLECTIVE .....</b>	<b>71</b>
<b>TITRE 1. La légitimité collective : vecteur d'adaptation du contrat individuel.....</b>	<b>72</b>
<i>Chapitre 1. L'adaptation recherchée du contrat individuel au statut collectif.....</i>	<i>73</i>
<i>Chapitre 2. L'adaptation optionnelle du contrat individuel au statut collectif.....</i>	<i>88</i>
<b>TITRE 2. La résistance individuelle : cause de rupture du contrat individuel.....</b>	<b>99</b>
<i>Chapitre 1. La nature spécifique du motif de rupture du contrat individuel.....</i>	<i>100</i>
<i>Chapitre 2. Le contrôle verrouillé du motif de rupture du contrat individuel.....</i>	<i>111</i>

***« Un homme qui serait seul dans l'univers n'aurait aucun droit,  
mais seulement des obligations. »***

Simone WEIL, *L'Enracinement*, éd. Gallimard, 1949, p. 9

# **INTRODUCTION**

**1. Qui dit conventionnel dit juste**<sup>1</sup>. « *La solidité du système de normes du travail édifié depuis un siècle tenait au respect de quelques grands équilibres. (...) Equilibres entre la liberté de gestion de l'employeur et la sécurité des salariés, entre l'idée de statut salarial imposé à tous, et celle de contrat librement négocié, ou entre les dimensions individuelles et collectives de la relation de travail. Or, il paraît douteux qu'un droit du travail assis sur l'idée d'autoréglementation de l'entreprise puisse respecter de tels équilibres.* »<sup>2</sup> Les doutes du Professeur SUPIOT se sont probablement épaissis à la lecture du nouvel article L. 2254-2 du Code du travail, issu de l'article 3 de l'Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective. L'accord de performance collective constitue un accord d'entreprise auquel est greffé un régime dérogatoire au principe selon lequel le contrat de travail plus favorable prime sur l'accord collectif. Il peut être conclu afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi. Il permet aux clauses de l'accord collectif de se substituer de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail. Son domaine substitutif englobe la durée du travail, la rémunération et la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise. Le salarié peut refuser l'application de l'accord à son contrat. Le cas échéant, il s'expose à un licenciement préconstitué pour motif spécifique. Le salarié licencié bénéficie de l'assurance chômage et d'un abondement spécifique de son CPF. Des contreparties pourront être prévues pour susciter l'adhésion des négociateurs salariaux aux concessions prévues. Le dispositif est profondément marqué par l'idée de liberté conventionnelle. L'accord de performance collective est un fruit juridique constitué d'un noyau dur. Il appartient aux négociateurs de définir la teneur de la chair qui entoure ce noyau. En réalité, il existe autant d'accords de performance collective que d'entreprises et de contextes différents. La terminologie au pluriel est teintée d'un réalisme factuel. Mais par réalisme légistique, il conviendra d'étudier le caractère général et impersonnel du dispositif

---

<sup>1</sup> Selon l'expression dénaturée d'Alfred Fouillé « Qui dit contractuel dit juste », V. en ce sens : LOKIEC (P.), Accord collectif et contrat de travail, *Dr. soc.* 2017, p. 1024

<sup>2</sup> SUPIOT (A.), Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise, *Dr. soc.* 1989, p. 195



par la dissection de son noyau dur. Ce qui permettra d'envisager les différentes pistes de négociation qui peuvent s'ouvrir aux parties. Une terminologie au singulier sera très largement utilisée. Cet accord constitue un outil taillé pour répondre aux besoins de flexibilité des entreprises (**section 1**). Il s'inscrit dans une tendance de fond de promotion de la négociation collective au service de cette flexibilité (**section 2**). Il rationalise les décevantes tentatives l'ayant précédé (**section 3**). Son économie générale est amplement protégée de l'incertitude du juge (**section 4**).

## Section 1 — La quête de la flexibilité

**2. L'impératif de l'adaptation.** La naissance des revendications patronales en faveur d'un assouplissement des règles applicables à la relation de travail est souvent reliée aux chocs pétroliers des années 1970<sup>3</sup>. Cette causalité a été largement nuancée, notamment par Michèle VOISSET, pour qui « *l'évolution que connaît actuellement le droit du travail est antérieure à la crise du pétrole proprement dite. Elle a commencé dès les années 60 quand la restructuration de l'appareil productif a elle-même commencé. La crise du pétrole a seulement facilité une prise de conscience et a été aussi un facteur d'accélération de cette évolution* »<sup>4</sup>. Dans un contexte de mondialisation et de compétition toujours plus intenses, les entreprises doivent constamment veiller à ajuster leur organisation et leur fonctionnement aux évolutions économiques et technologiques<sup>5</sup>. Pour le Professeur TEYSSIE, cette impératif d'adaptation implique pour l'entreprise de « *réagir en temps utile aux modifications de l'environnement économique, financier ou économique dans lequel elle déploie son activité* »<sup>6</sup>. Dans ce contexte, les réorientations prônées par le patronat dans les années 1980 vont opérer un retournement de la logique du droit du travail. Cantonné auparavant à une logique purement défensive face aux revendications syndicales, le CNPF va adopter une logique

---

<sup>3</sup> Pour un panorama complet : LOPES (P.), L'adaptation de la relation de travail pour motif économique, *Lexis Nexis, Thèses*, p. 15

<sup>4</sup> VOISSET (V.), *Droit du travail et crise*, *Dr. soc.* 1980, p. 287

<sup>5</sup> VERICEL (M.), *Adaptabilité des entreprises*, *Lamy*, 2011, p. 11

<sup>6</sup> TEYSSIE (B.), *Le principe de compétitivité en droit du travail*, *Mél. P. DIDIER, Economica*, 2008, p. 405

offensive en obtenant la suppression ou l'allègement de contraintes imposées aux employeurs<sup>7</sup>. Le vocable « flexibilité » fit son entrée dans le débat public. Pour certains, la terminologie implique « *une affaire de calcul de résistances, de rigidités, de déformations, de stabilité et d'endurance, appliqués au droit* »<sup>8</sup>. Cette terminologie a connu plusieurs variantes, destinées à concilier compétitivité des entreprises et sécurisation de l'emploi<sup>9</sup>. Le terme de « flexicurité » traduit cette conciliation. Le droit du travail s'est peu à peu orienté vers un droit du marché du travail. Son objectif contemporain est de répondre aux besoins des entreprises et de lutter contre le chômage.

**3. La lutte contre le chômage.** Les mesures de flexibilité ont reçu l'aval du Conseil constitutionnel. Ce dernier s'appuie sur la liberté d'entreprendre, constitutionnellement protégée<sup>10</sup>. Cette liberté permet d'octroyer à l'employeur le pouvoir de décider des « *choix économiques de l'entreprise* »<sup>11</sup>. Comme le souligne Grégoire DUCHANGE, ces bases constitutionnelles permettent d'appréhender l'entreprise « *comme une finalité propre* », justifiant le « *libre court à l'activité d'entreprendre en restreignant le jeu des règles susceptibles de l'entraver* »<sup>12</sup>. Parmi les entraves fréquemment dénoncées, il faut inclure la rigidité du marché du travail. Jacques BARTHELEMY et Gilbert CETTE soutiennent que « *les rigidités réglementaires sur le marché du travail peuvent réduire les flux bruts d'emploi et la fluidité du marché du travail et ainsi abaisser le taux d'emploi. On observe d'ailleurs, parmi les pays industrialisés de l'OCDE, une corrélation négative entre le taux d'emploi et le*

---

<sup>7</sup> V. en ce sens l'analyse de FOREST (V.) et JULIEN (M.), Analyse du discours patronal sur la flexibilité - Une lecture juridique et économique, *SSL 2015*, n° 1680

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> V. en ce sens l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 « pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés ».

<sup>10</sup> Cons. constit., 16 janv. 1982, n° 81-182 DC

<sup>11</sup> Cons. constit., 27 mars 2014, n° 2014-692 DC

<sup>12</sup> DUCHANGE (G.), Le concept d'entreprise en droit du travail, *thèse, préf. B. TEYSSIE, LexisNexis, 2015*, p. 159, n° 200

niveau des rigidités »<sup>13</sup>. Le droit du travail ne serait plus adapté à l'impératif d'efficacité économique du marché du travail. Richard POSNER, père de l'analyse économique du droit, affirmait que le but légitime du droit était de mimer le marché en assurant sa concordance<sup>14</sup>. Cette vision économique du droit fait néanmoins face à de nombreux contradicteurs. Le Professeur LOKIEC dénonce ce postulat, affirmant que « *L'économie n'est pas davantage que le droit une science exacte ; les analyses économiques sont, comme les analyses juridiques, plurielles, ouvertes à la discussion... C'est pourquoi l'affirmation si fréquente d'un lien de causalité entre droit du travail et chômage, sur laquelle aucun consensus n'existe du côté des économistes, ne peut être prise pour un donné par le juriste* »<sup>15</sup>. Néanmoins, les positions de l'efficacité économique ont trouvé écho dans de nombreux rapports<sup>16</sup>. Elles ont fini par emporter la conviction du législateur au stade de l'élaboration de règle de droit<sup>17</sup>. L'axe majeur emprunté a été celui de l'effacement de l'hétéronomie de la loi.

**4. L'effacement de l'hétéronomie.** Pour le Professeur SUPIOT, cette instrumentalisation du droit du travail témoigne d'une évolution qui n'a d'autre *imperium* que celui du réalisme juridique : la loi devient réduite à l'état d'outil de la politique économique<sup>18</sup>. Toutefois, le constat de ce recul de la loi n'a pas attendu la période récente pour être dressé. Georges BURDEAU soulignait dès la première moitié du XXe siècle que « *le règne de la loi, dont les philosophes du XVIIIème siècle se firent les prophètes et dont 1791 devait connaître l'avènement est l'histoire d'une grande espérance déçue* »<sup>19</sup>. Dans le champ du droit du travail, il faut souligner une accélération des mouvements qui ont étroitement inscrit la

---

<sup>13</sup> BARTHELEMY (J.), CETTE (G.), Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique, *Conseil d'Analyse Economique*, 2010, p. 12

<sup>14</sup> HARNAY (S.) et MARCIANO (A.), Posner : l'analyse économique du droit, *Michalon*, 2003, pp. 76 et s.

<sup>15</sup> LOKIEC (P.), Le droit du travail à l'épreuve de l'emploi, *Dr. soc.* 2016, p. 319

<sup>16</sup> Pour un panorama non exhaustif : BADINTER (R.) et LYON-CAEN (A.), Rapport « Le travail et la loi », *Fayard*, 2015 ; BARTHELEMY (J.) et CETTE (G.), Rapport « Réformer le droit du travail », Institut Terra Nova, *Odile Jacob*, 2015 ; COMBREXELLE (J.-D.), Rapport au premier Ministre « La négociation collective, le travail et l'emploi », 2015

<sup>17</sup> BOLLEE (S.) (*dir.*), L'efficacité économique en droit, *Economica* 2010, p.8

<sup>18</sup> SUPIOT (A.), Le droit du travail, *Que sais-je ?*, PUF, 6ème édition 2016, p. 35

<sup>19</sup> BURDEAU (G.), Essai sur l'évolution de la notion de loi, *APD*, 1939, p. 30

conduite des affaires publiques dans le cadre de « *politiques contractuelles* »<sup>20</sup>. L'exemple le plus marquant est celui de la loi négociée, consacrée à l'article L. 1 du Code du travail<sup>21</sup>. Le Professeur SUPIOT souligne que « *Le sens de la loi procède alors des accords qui accompagnent son élaboration et la distinction s'estompe entre négociation (i.e. transaction des intérêts particuliers) et délibération (i.e. recherche de l'intérêt général)* »<sup>22</sup>. Il faut ainsi constater une mise sur le même plan de la norme hétéronome et de la norme contractuelle. Mais aussi de la démocratie sociale et de la démocratie représentative. Le Professeur VERKINDT met en garde contre l'effet de substitution de l'une sur l'autre : « *La démocratie sociale n'a pas à se substituer à la démocratie représentative et l'intérêt collectif professionnel, aussi légitime soit-il, n'a pas à prendre le pas, dans une démocratie, sur l'intérêt général* »<sup>23</sup>. La tendance actuelle ne semble pas devoir être analysée comme une substitution, puisque c'est la loi qui garde la main. Il s'agit plutôt d'une dévolution de compétences de la loi vers les niveaux les plus proches des réalités. La loi du 8 août 2016 a octroyé aux acteurs de terrain la possibilité de « *pouvoir adapter l'organisation collective du travail aux variations d'activité, à un changement de conjoncture ou à la perspective d'un investissement de moyen terme* »<sup>24</sup>. Dans la continuité, les ordonnances du 22 septembre 2017 ont souhaité renforcer le poids du droit conventionnel, notamment dans l'entreprise, au détriment d'un droit législatif et réglementaire jugé inefficace<sup>25</sup>.

---

<sup>20</sup> COMMAILLE (J.), *L'Esprit sociologique des lois, Essai de sociologique politique des lois*, PUF 1994

<sup>21</sup> Issu de la L. n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social : tout projet de réforme doit fait l'objet d'une « *concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation.* »

<sup>22</sup> SUPIOT (A.), *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Points, 2009, p. 244

<sup>23</sup> VERKINDT (P.-Y.), *L'article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale*, *Dr. soc.* 2010, p. 520

<sup>24</sup> Etude d'impact, L. n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels

<sup>25</sup> L'Etude d'impact desdites ordonnances diagnostiquait que « *l'empreinte législative et réglementaire du droit du travail est lourde et mal adaptée à la réalité des entreprises* » et qu'il « *apparaît de plus en plus nécessaire [...] d'asseoir et de promouvoir le rôle, certes encadré mais prééminent, de la négociation d'entreprise* ».

## Section 2 — La négociation collective : agent de flexibilité

**5. La légitimité des négociateurs.** L'alinéa 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 prévoit que « *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises.* » Sur la base de ce principe de participation, le Conseil constitutionnel permet au législateur de déterminer les modalités par lesquelles les travailleurs participent à la détermination de leurs conditions de travail ou à la gestion de l'entreprise<sup>26</sup>. Comme le souligne Josepha DIRRINGER, le droit des salariés à la négociation collective est une modalité du principe de participation qui possède une assise constitutionnelle<sup>27</sup>. Au plan international, le droit à la négociation collective est reconnu par de nombreuses sources : la Convention n°98 de l'OIT ; l'article 6 de la Charte sociale européenne, l'alinéa 12 de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux de 1989 ; et l'article 12 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE de 2000. Le droit de l'UE avait aussi conféré dans les traités une place importante à la négociation collective à la suite du Traité d'Amsterdam de 1997. La CJUE a érigé le droit à la négociation collective en un droit fondamental de l'Union<sup>28</sup>. Pour la CEDH, « *le droit de mener des négociations collectives avec l'employeur est l'un des éléments essentiels du droit d'un salarié de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts, énoncé à l'article 11 de la Convention* »<sup>29</sup>. Au plan légal, les lois du 19 mars 1919, du 24 juin 1936 et du 11 février 1950 ont participé de l'instauration du système français de négociation collective. Le Conseil d'Etat a érigé au rang de principe fondamental du droit du travail le droit de passer des accords collectifs en 1970<sup>30</sup>. Il faut néanmoins rappeler que ce droit à la négociation collective était réservé aux cinq organisations syndicales

---

<sup>26</sup> Cons. const., 16 décembre 1993, n°93-328 DC

<sup>27</sup> DIRRINGER (J.), Les sources de la représentation collective des salariés, Contribution à l'étude des sources du droit, *Thèse, LGDJ, 2015, p. 91*

<sup>28</sup> CJUE, 12 oct. 2010, aff. C-45/09, Arbeitsgericht de Hamburg, *AJDA 2010. 2305, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat*

<sup>29</sup> CEDH, 12 nov. 2008, n° 34503/97, Demir et Baykara c/ Turquie, § 154 ; *AJDA 2009. 872, chron. J.-F. Flauss*

<sup>30</sup> CE 21 juillet 1970, *Dr. soc. 1971 p. 112*

qui bénéficiaient de la présomption irréfragable de représentativité<sup>31</sup>. La loi du 20 août 2008<sup>32</sup> a mis fin à ce système, en instaurant une forme de démocratie sociale à l'instar de la démocratie politique<sup>33</sup>. Outre de nouvelles règles en matière de représentativité, cette loi a constitué le point de départ de l'idée majoritaire. Elle subordonnait la validité d'une convention collective à sa signature par des organisations représentatives réunissant 30% des suffrages exprimés. La loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013<sup>34</sup> a renforcé cette exigence à hauteur de 50% s'agissant des accords de maintien de l'emploi. La montée en puissance de la légitimité des négociateurs est notable. Elle s'est accompagnée d'une redistribution des rôles au profit de la convention d'entreprise.

**6. Le centre de gravité de l'entreprise.** La loi du 8 août 2016<sup>35</sup> a opéré un redéploiement de l'articulation des sources du droit du travail, faisant la partage entre des dispositions impératives, le renvoi à la négociation collective et les dispositions supplétives. L'accord d'entreprise s'est vu conférer une priorité dans plusieurs domaines. L'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017<sup>36</sup> et la loi de ratification<sup>37</sup> constituent le point d'orgue du renforcement de la négociation d'entreprise. L'accord d'entreprise prime sur l'accord de branche dans tous les domaines non listés expressément par le Code du travail<sup>38</sup>. La capacité de négociation des élus dans les petites entreprises a été consolidée. Ce mouvement de décentralisation concrétise avec force ce que le Professeur ROTSCILD-SOURIAC nomme

---

<sup>31</sup> CFDT, CFE-CGC, CFTC, CGT, CGT-FO

<sup>32</sup> L. n°2008-789 du 20 août 2008 relative à la rénovation de la démocratie sociale

<sup>33</sup> FAVENNEC-HERY (F.) et VERKINDT (P.-Y.), Droit du travail, *LGDJ Manuel*, 6e édition, 2018, p. 152

<sup>34</sup> L. n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi

<sup>35</sup> L. n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels

<sup>36</sup> Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective

<sup>37</sup> L. n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la L. n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social

<sup>38</sup> V. l'ensemble des articles L. 2253-1, L. 2253-2 et L. 2253-3 du Code du travail

l'autoréglementation conventionnelle de l'entreprise<sup>39</sup>. Beaucoup d'auteurs ont critiqué ce mouvement de fond. Pour le Professeur LOKIEC « *On ne peut pas construire, dans un contexte asymétrique, un modèle de régulation autour de la confiance en la capacité des partenaires sociaux, même majoritaires, à ne signer que des accords justes.* »<sup>40</sup> Certains auteurs dénoncent quant à eux le changement de paradigme de la négociation collective, passée d'une négociation d'acquisition de droits, à une négociation de gestion<sup>41</sup>. Ce nouveau paradigme est en parfaite osmose avec les demandes de flexibilité des entreprises. Il faut néanmoins préciser que la pratique s'était déjà saisie de l'instrument de l'accord d'entreprise afin de répondre à ces besoins. Calqués sur la philosophie du « *concession bargaining* » américain<sup>42</sup>, certains accords prévoyaient des concessions réciproques de la part de l'employeur et des syndicats pour faire face à des difficultés économiques. Elles portaient essentiellement sur la rémunération et le temps de travail contre des engagements de l'employeur en matière d'emploi. La pratique consistait à privilégier l'emploi sur les conditions d'emploi. Dans un contexte de chômage massif, ces accords « donnant-donnant » se sont diffusés en Europe occidentale dans les années 1980<sup>43</sup>. Toutefois, le contrat de travail pouvait encore constituer un rempart de stabilité contre ces demandes de flexibilité. Cela a de nouveau interrogé les rapports entre statut et contrat.

**7. Le statut et le contrat.** A l'instar d'autres pays latins (Espagne, Italie, Portugal), le droit français fait du contrat de travail l'acte-condition de l'application d'un ensemble systématique de normes, et ce indépendamment de la volonté des parties au contrat<sup>44</sup>. La place de l'autonomie individuelle n'est pas pour autant négligée, conformément à l'héritage contractualiste du louage de services, en permettant l'insertion de dispositions plus favorables.

---

<sup>39</sup> ROTSCCHILD-SOURIAC (M.-A.), Les accords collectifs au niveau de l'entreprise, *thèse Univ. Paris I, 1986, p. 1795*

<sup>40</sup> LOKIEC (P.), La qualité et l'innovation au cœur du modèle social, *SSL 2018, N° 1828*

<sup>41</sup> V. en ce sens notamment : ADAM (P.), La négociation des conventions et accords collectifs de travail, A propos de la gestation des volontés collectives, *RJS 6/16, Chronique*

<sup>42</sup> JAVILLIER (J.-C.), Négociations et accords d'entreprise en matière de rémunération, *Dr. soc. 1988, p. 56*

<sup>43</sup> SOUBIE (R.), Quelques observations sur les accords « donnant-donnant », *Dr. soc. 1985, p. 614*

<sup>44</sup> V. en ce sens : SUPIOT (A.), Critique du droit du travail, 3<sup>e</sup> éd. Quadrige, PUF, 2016, p. 30

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, sauf stipulations plus favorables.* » Le contrat de travail conserve une autonomie vis à vis du statut collectif, lorsque ses dispositions sont plus favorables. Le système britannique consacre la protection absolue de la liberté contractuelle, qui prévaut sur l'intérêt collectif même plus favorable. L'accord collectif n'emportera effet que s'il est visé par le contrat de travail, selon une logique d'incorporation<sup>45</sup>. Dans les systèmes américain et canadien, la signature par un syndicat accrédité dans l'entreprise d'un accord collectif suspend le contrat de travail. Pour le Professeur MORIN, cette tradition juridique rend « *pratiquement sans objet la conclusion d'un contrat individuel de travail* », notamment en ce sens qu'« *Il n'y a pas de distinction entre intérêt collectif et intérêt individuel* »<sup>46</sup>. En Allemagne, le principe de faveur ne s'applique pas dans l'articulation entre la convention collective d'entreprise et le contrat de travail<sup>47</sup>. Le droit du travail allemand dit « de crise » a alors pu se développer à droit constant, notamment par la signature de nombreux accords d'entreprise. L'employeur s'engage à sauvegarder l'emploi en échange d'une acceptation par les syndicats d'une réduction des coûts du travail. Ces accords ont été érigés en modèle pour construire un droit du travail français dit « de crise »<sup>48</sup>. C'est dans ce contexte que certains auteurs ont préconisé de faire advenir une autonomie parfaite de la convention collective d'entreprise, en renonçant à la capacité de résistance du contrat de travail<sup>49</sup>. L'objectif est de faire échec à l'application de l'article L. 2254-1 du Code du travail dans des domaines ciblés de manière à favoriser la flexibilité des conditions et coûts de production du travail. L'objectif s'est concrétisé par la naissance d'accords dits « dérogatoires » (à l'articulation classique des accords collectifs et du

---

<sup>45</sup> BENEDICTUS (R.) et BERCUSSON (B.), *Labour Law, Cases and materials*, London, Sweet and Maxwell, 1987, p. 465-473

<sup>46</sup> MORIN (M.-L.), *Principe majoritaire et négociation collective, un regard de droit comparé*, *Dr. soc.*, 2000, p. 1080

<sup>47</sup> REMY (P.), *Allemagne*, in « *Le discours sur la flexibilité, le droit du travail et l'emploi* », *RDT 2006*, p. 48, *spéc. p. 55*

<sup>48</sup> REMY (P.), *Les accords collectifs sur l'emploi en Allemagne : un « modèle » pour le droit français ?*, *RDT 2012*, p. 133

<sup>49</sup> BARTHELEMY (J.) et CETTE (G.), *Relativiser l'autonomie du contrat de travail à l'égard du tissu conventionnel*, *Rev. fr. éco.* 2010/2, vol. XXV, p. 251



contrat) ou, selon les usages, de « compétitivité », de « flexibilité », de « gestion » ou « sui generis »<sup>50</sup>. Leur monté en puissance ne s'est pas faite sans obstacles.

### **Section 3 — Aube(s) et crépuscule(s) des accords dérogatoires**

**8. La naissance.** Le développement de ces accords est d'abord le fruit du dialogue entre les partenaires sociaux. Une première négociation nationale et interprofessionnelle sur les accords compétitivité-emploi<sup>51</sup> a été impulsée en 2012. Mais elle fut un échec. Le nouvel exécutif reprit à son compte cette initiative, mais en l'imbriquant dans une discussion plus globale sur la sécurisation de l'emploi. Des négociations postérieures firent aboutir l'ANI du 11 janvier 2013<sup>52</sup>, fleuron d'une « *flexisécurité à la française* »<sup>53</sup> ambitionnant d'offrir plus de souplesse aux entreprises et davantage de protection aux salariés. Les principales mesures adoptées dans le cadre de l'ANI ont été retranscrites dans la loi du 14 juin 2013. Deux outils de flexibilité à disposition des entreprises ont été consacrés : les accords de maintien de l'emploi<sup>54</sup> et les accords de mobilité interne<sup>55</sup>. Les premiers avaient pour objet de modifier temporairement le salaire et/ou la durée du travail du salarié, moyennant un engagement de maintien de l'emploi de la part de l'employeur en cas de graves difficultés économiques conjoncturelles dans l'entreprise. Ils s'inscrivaient dans une logique défensive, se négociant « à chaud ». Les deuxièmes visaient à permettre aux entreprises de se réorganiser en l'absence de projet de réduction des effectifs, en modifiant le lieu ou le poste de travail du salarié. Contrairement aux accords de maintien de l'emploi, ils s'inscrivaient dans une réorganisation de l'entreprise « à froid ». Comme ces derniers, ils ont constitué un échec.

---

<sup>50</sup> LOKIEC (P.), Le nouveau modèle du droit du travail est-il viable ?, *SSL 2017*, N° 1790

<sup>51</sup> Conformément à l'article L.1 du Code du travail, par une lettre du 30 janvier 2012, le premier ministre avait saisi les partenaires sociaux pour que s'ouvre une négociation nationale au niveau interprofessionnel sur la définition d'un cadre juridique approprié pour les accords dits de « compétitivité-emploi ».

<sup>52</sup> Il fut signé avec les organisations patronales et les confédérations syndicales suivantes : CFDT, CFTC, CFE-CGC.

<sup>53</sup> ANTONMATTEI (P.-H.), Fléxisécurité : nouvelle victoire de la démocratie sociale, *Dr. soc. 2013*, p. 97

<sup>54</sup> C. trav., anc. art. L. 5125-1 et s.

<sup>55</sup> C. trav., anc. art. L.2242-17 et s.

**9. L'échec.** Les accords de maintien de l'emploi et de mobilité interne n'ont pas connu le succès escompté par le législateur de l'époque<sup>56</sup>. L'échec de ces derniers s'explique principalement par leur difficile articulation avec les clauses de mobilité préexistantes dans les contrats de travail. Les conditions de recours à ces premiers étaient très rigides. La situation économique de l'entreprise devait être caractérisée par de graves difficultés conjoncturelles. Le diagnostic était analysé avec les organisations syndicales représentatives. Sa conclusion était subordonnée à une condition de majorité. Les cadres dirigeants devaient faire des efforts proportionnés à ceux demandés aux salariés : « *La flexibilité se paie : pas de flexibilité sans solidarité.* »<sup>57</sup> La loi du 8 août 2016 a alors institué, en sus des dispositifs mentionnés, les accords de préservation et de développement de l'emploi. En permettant le « développement de l'emploi », le législateur a intégré une logique offensive à cet outil. Aucune considération d'ordre économique n'était exigée. Une entreprise pérenne avait la possibilité de conclure ce type d'accord. Cependant, ces accords n'ont pas eu le temps de produire leurs effets. Cette frénésie textuelle a eu pour conséquence la démultiplication de dispositifs de flexibilité conventionnelle tournés vers l'emploi<sup>58</sup>. Cohabitaient des conditions de recours, un contenu, et un traitement du refus du salarié différents. Face à cette superposition, une clarification générale s'imposait.

**10. Le nouveau.** L'accord de performance collective remplace les anciens dispositifs, qui ont été abrogés. Le nouvel article L. 2254-2 est censé rationaliser l'objectif de dialogue au plus près du terrain. La logique de préservation et de développement de l'emploi est maintenue. La logique d'adaptation du fonctionnement de l'entreprise à son environnement économique est considérablement assouplie. Contrairement aux anciens

---

<sup>56</sup> Selon le bilan de la loi du 14 juin 2013, en date du 15 mars 2015, seulement 10 AME ont été recensés par les services du ministère du travail. Parallèlement, 21 accords de compétitivité s'inscrivant en dehors de tout cadre juridique ont été signés. Concernant l'AMI, l'échec est total : aucun accord n'avait été signé à cette même date.

<sup>57</sup> DANIEL (J.), L'AME : un mélange détonnant de complexité et d'insécurité, *JCP S 2014*, n° 18-19, *Etude n°1187*

<sup>58</sup> Il faut aussi penser aux accords de réduction du temps de travail issus de la L. n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail - art. 30-II

accords, ses débuts sont prometteurs. Au 31 mars 2019, 142 accords ont été recensés<sup>59</sup>. Ce succès est aussi notable au regard du caractère exponentiel de sa montée en puissance. En effet, une cinquantaine d'accords étaient recensés fin 2018<sup>60</sup>. Les partenaires sociaux se sont parfaitement saisis du caractère non cumulatif des domaines de l'accord. Il faut recenser au 31 mars 2019 : 56 accords traitant du temps de travail ; 17 accords traitant de la rémunération ; 29 accords traitant de la mobilité géographique ; 37 accords traitant à la fois du temps de travail et de la rémunération. Son caractère très large amène certains auteurs à penser que le dispositif pourrait constituer une « *voie bis de négociation et conclusion des accords collectifs*. »<sup>61</sup> L'accord de performance collective constitue avant tout un dispositif d'adaptation conjoncturelle de la relation contractuelle. Il est aussi très critiqué. Il semble constituer l'aboutissement de ces lois qui, selon le Professeur BORENFREUND, prennent à rebours l'histoire du droit du travail, en faisant du principe de participation « *un instrument de soumission pure et simple du sujet individuel à l'accord collectif* »<sup>62</sup>. L'une de ses forces réside dans sa capacité à se présenter comme une alternative au licenciement pour motif économique. Le risque de la fraude au plan de sauvegarde de l'emploi devrait être évacué, en raison de leur régime juridique distinct<sup>63</sup>. Le licenciement pour motif spécifique se présente comme une solution de dernier recours face au refus du salarié. En outre, ce mode de rupture original permet de limiter les incertitudes découlant du procès.

## Section 4 — La maîtrise de l'incertitude du procès

**11. Le juge et la rationalité économique.** « *Qu'en est-il de la capacité du juge, singulièrement de la chambre sociale de la Cour de cassation, à accepter le jeu de*

<sup>59</sup> Discours de Muriel Pénicaud, ministre du Travail, le mardi 30 avril 2019 à l'AN

<sup>60</sup> IZARD (S.), Ordonnances : les premiers effets se font attendre, *SSL 2018, N° 1842-1843*

<sup>61</sup> LOKIEC (P.), *préc.*, p. 7

<sup>62</sup> BORENFREUND (G.), La volonté des salariés dans les relations collectives de travail, in SACHS T. (*dir.*), La volonté du salarié, *coll. « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2012. p. 28*

<sup>63</sup> CAA Versailles, 14 mars 2019, n° 18VE4158 : les juges ont rejeté l'argument tiré d'une fraude au licenciement pour motif économique s'agissant d'une rupture conventionnelle collective. V. en ce sens BROTONS (S.), Une première contribution de la CAA de Versailles sur la RCC, *SSL 2019, N° 1854, 25 mars 2019*

*mécanismes qui visent à ouvrir le champ des techniques d'adaptation de la force de travail de l'entreprise ? »<sup>64</sup> Cette interrogation du Professeur TEYSSIE irrigue les débats contemporains du droit du travail. Comment intégrer la rationalité économique dans les décisions de justice ? Nombre de courants économiques voient en la figure du juge un obstacle au bon fonctionnement du marché. Friedrich HAYEK s'exprimait en faveur d'un pouvoir d'interprétation limité par l'existence même de l'ordre spontané du marché<sup>65</sup>. Philippe AGHION avait évoqué « *l'arbitraire du juge prud'homal* »<sup>66</sup>. Parmi les juristes, les freins à la liberté de licencier sont particulièrement mis en cause depuis une trentaine d'années. Les Professeurs RIVERO et SAVATIER soulignaient que « *les entraves au licenciement ont, du point de vue d'une politique de l'emploi, plusieurs inconvénients : d'abord, on protège ainsi ceux qui ont un emploi au détriment de ceux qui en ont un ; ensuite, la crainte de ne pas pouvoir licencier crée, chez les employeurs, une hésitation à embaucher qui joue contre le développement de l'emploi ; enfin, faute d'avoir licencié à temps, l'entreprise risque d'être conduite à la faillite et à la fermeture, ce qui compromettra un plus grand nombre d'emplois* »<sup>67</sup>. Or, pour Tatiana SACHS, les juges sanctionnent l'inadéquation de la mesure patronale : « *Ce type de contrôle assis sur une évaluation, conduit à une explicitation ainsi qu'à une appréciation des objectifs poursuivis par l'employeur et des moyens qu'il utilise pour les atteindre.* »<sup>68</sup> Les récentes réformes ont accéléré cette mise en retrait du contrôle du juge. Cette volonté d'intégration du raisonnement économique au sein du procès s'est notamment concrétisée par l'objectivation du motif économique de licenciement dans le Code du travail<sup>69</sup>. L'actualité du contentieux prud'homal est marquée de l'emprunte de la barémisation des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse<sup>70</sup>. Certains auteurs dénoncent que*

---

<sup>64</sup> TEYSSIE (B.), À propos de l'adaptation négociée des effectifs de l'entreprise, *Dr. soc.* 2011, p. 611

<sup>65</sup> FERREY (S.), L'économiste et le juge : réflexions sur la théorie hayékienne du droit, *Cahiers d'économie Politique*, 2008/1 (n° 54), p. 57 à 83

<sup>66</sup> V. Libération, 7 mars 2016

<sup>67</sup> RIVERO (J.) et SAVATIER (J.), *Droit du travail*, PUF, 13<sup>e</sup> éd., 1993, p. 408

<sup>68</sup> V. en ce sens SACHS (T.), La raison économique en droit du travail, 2<sup>e</sup> partie : une raison pluraliste, *RDT* 2011, p. 618

<sup>69</sup> C. trav., art. L. 1233-3

<sup>70</sup> C. trav., art. L. 1235-3

la lutte pour l'emploi puisse justifier la mise en retrait de ce pilier de la démocratie que constitue le juge<sup>71</sup>. Le phénomène est parfaitement observable sous l'angle de l'évolution des accords dérogatoires et de l'émergence de la notion de licenciement *sui generis*.

**12. Les chemins de traverse.** La doctrine majoritaire<sup>72</sup> corrèle l'apparition de la notion de licenciement *sui generis* à la création du régime de la modification du contrat de travail en cas d'accord de réduction du temps de travail<sup>73</sup>. En cas de refus du salarié de la modification de son contrat résultant de l'accord, le dispositif prévoyait un licenciement individuel ne reposant pas sur un motif économique<sup>74</sup>. La loi écartait la jurisprudence posant pour principe que la rupture résultant du refus par le salarié d'une modification de son contrat de travail, imposée par l'employeur pour un motif non inhérent à sa personne, constitue un licenciement économique<sup>75</sup>. Sous une autre forme, la loi « Warsmann » du 22 mars 2012 a posé pour principe qu'un accord collectif qui répartit la durée légale du travail sur une période supérieure à la semaine ne modifie pas le contrat de travail pour les salariés à temps complet<sup>76</sup>. Le refus pouvant être considéré comme fautif, le licenciement n'est pas *sui generis* mais pour motif personnel. Ce régime est encore en vigueur<sup>77</sup>. S'agissant des conséquences du refus de l'application des accords de mobilité interne par les salariés, la loi du 14 juin 2013 prévoyait que leur licenciement reposait sur un motif économique. Mais il était prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique<sup>78</sup>. S'agissant des

---

<sup>71</sup> LOISEAU (G.) et LOKIEC (P.), L'Ani du 11 janvier 2013 à l'ombre du droit, *SSL 2013*, N° 1569

<sup>72</sup> V. en ce sens : MORAND (M.), Licenciement *sui generis* : entre précisions et interrogations, *SSL 2006*, n° 1260 ; Même auteur, L'accord d'aménagement du temps de travail, *JCP S 2012*, n°14 Etude n°1145 ; Cass. soc., 15 mars 2006, n° 04-40.504 : *JurisData* n° 2006-032822 : *JCP S 2006*, 1355, note B. Bossu Cass. soc., 23 sept. 2009, n° 07-44.712 : *JurisData* n° 2009-049564 : *JCP S 2009*, 1503, note A. Martinon

<sup>73</sup> MORAND (M.), *Ibid.*, *JCP S 2012*, Etude n°1145 ; Cass. soc., 23 sept. 2009, n° 07-44.712 : *JurisData* n° 2009-049564 : *JCP S 2009*, 1503, note A. Martinon

<sup>74</sup> L. n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail - art. 30-II, abrogé par l'Ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 - art. 3

<sup>75</sup> Cass. soc., 14 mai 1997 n° 94-43.712 : *Juris-Data* n° 1997-002094 ; *Bull. civ. 1997*, V, n° 177

<sup>76</sup> L. n° 2012-387 du 22 mars 2012 - art. 45, C. trav. art.

<sup>77</sup> C. trav., art. L. 3121-43

<sup>78</sup> C. trav., art. L. 2242-23 anc.

accords de maintien de l'emploi, le raisonnement ne différait point<sup>79</sup>. La loi « Macron » du 6 août 2015 avait rajouté que le licenciement reposait sur une cause réelle et sérieuse<sup>80</sup>. L'originalité de cette dernière technique légistique résidait dans la qualification d'un licenciement pour motif économique « *sans identifier précisément la cause matérielle de la rupture* »<sup>81</sup>. L'ombre des motifs personnel et économique va ensuite s'effacer devant la consécration d'un motif spécifique de licenciement, encore plus sécurisé.

**13. L'aboutissement du motif spécifique.** L'article L. 2254-2 du Code du travail, applicable aux accords de préservation et de développement de l'emploi, disposait que le licenciement reposait sur un motif spécifique qui constituait une cause réelle et sérieuse. Ce motif est spécifique en ce qu'il constitue son propre genre. En revanche, du point de vue de la procédure applicable, le législateur opérait un renvoi aux modalités et conditions de l'entretien préalable applicables au licenciement individuel pour motif économique<sup>82</sup>. Les ordonnances de 2017 ont repris cette notion dans le cadre des accords de performance collective. A la différence près que la procédure applicable est celle du licenciement pour motif personnel, ce qui assouplit encore un peu plus le régime juridique. La sécurité juridique recherchée permet en toile de fond la limitation de l'incertitude du procès. En présence d'un accord de performance collective et d'un refus, le juge ne peut que constater la cause réelle et sérieuse de licenciement. L'épée de Damoclès du licenciement constitue la clé de voûte de l'effectivité de l'application de l'accord au contrat de travail. Le succès de l'accord de performance collective s'explique par sa souplesse, son efficacité pour répondre aux demandes de flexibilité et sa sécurité juridique renforcée. Il n'est resté pas moins que de nombreuses questions restent à trancher. Son apport théorique est aussi remarquable.

---

<sup>79</sup> C. trav., art. L. 5125-2 anc.

<sup>80</sup> L. n°2015-990 du 6 août 2015 - art. 287

<sup>81</sup> BORENFREUND (G.) : Le refus du salarié face aux accords collectifs de maintien de l'emploi et de mobilité interne, *RDT 2013*, p. 316

<sup>82</sup> C. trav., art. L. 1233-11 à L. 1233-15

**14. Problématique.** L'accord de performance collective réinterroge nombre de tensions du droit du travail. Il illustre à merveille la « *technique réversible* »<sup>83</sup> que matérialise cette branche du droit, marquée par les évolutions politiques, économiques et sociales. Il s'inscrit dans un mouvement de bouleversement de la hiérarchie entre norme publique et norme privée. La norme économique constitue le postulat dogmatique du législateur. Elle commande de substituer l'autorégulation de l'entreprise à la réglementation substantielle de l'Etat. La négociation collective est présentée dans ses deux versants : instrument d'échange marchand entre intérêts antagonistes et instrument de démocratie sociale. La démocratie sociale dans l'entreprise et la légitimité renforcée des partenaires sociaux justifient une mise en retrait des piliers historiques du droit du travail : la loi, la branche, le contrat individuel et le juge. L'accord incarne l'effritement de l'ordre public social jusque dans les rapports entre convention collective et contrat de travail. Les places de l'individu dans la communauté de travail et du contrat dans l'ensemble statutaire se transforment. La force de la parole donnée cède du terrain à une conception orientée vers la rupture efficace du contrat de travail. Une question innovera l'analyse de ces constats. *Comment la volonté collective issue de l'accord de performance collective légitime-t-elle un affaiblissement circonstancié de la capacité de résistance du contrat individuel au statut collectif ?* Ces enjeux théoriques ne pourront être traités qu'à l'aune d'une analyse concrète de la mise en oeuvre de ce dispositif.

**15. Plan.** L'objet de cette étude consistera à mettre l'accent sur les difficultés d'application que pourraient rencontrer les acteurs qui se saisiront de ce dispositif. Comment tracer précisément les contours des cas de recours ? Quelles sont les marges de manoeuvre pour élaborer un prototype d'accord adapté aux spécificités des entreprises ? Comment se saisir des domaines substitutifs de l'accord ? Comment susciter l'adhésion des salariés par la signature de contreparties ? Quelle est la nature de la substitution des clauses de l'accord collectif aux stipulations du contrat de travail ? Quelles sont les modalités d'acceptation ou de refus du salarié ? Comment aborder l'éventuelle mise en oeuvre d'un licenciement pour motif spécifique ? Le juge est-il réellement réduit à l'impuissance face aux conséquences d'un tel accord ? Répondre à ces interrogations implique d'entreprendre une démarche classique, mais

---

<sup>83</sup> LYON-CAEN (G.), Le droit du travail, une technique réversible, *Dalloz 1995, Connaissance du droit*

dynamique. Les conditions et le contenu de l'accord de performance collective doivent être étudiés à l'aune de sa rationalité (**partie I**). Ses effets s'étudieront sous le prisme du rayonnement de la volonté collective (**partie II**).



# PARTIE I. LA RATIONALITE DE L'ACCORD COLLECTIF

**16. Plan.** La rationalité est ce qui procède du calcul rationnel d'intérêts qui va motiver le recours à un accord de performance collective en vue de répondre à une situation donnée. L'article L. 2254-2 I du Code du travail dispose « *Afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi, un accord de performance collective peut : aménager la durée du travail [...], aménager la rémunération [...] déterminer les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise. »*

La première partie vise la *ratio legis* du dispositif, c'est à dire la raison d'être de la loi. Il s'agit d'adapter les règles de droit applicables à la relation de travail entre des personnes physiques (les salariés employés) et morales (l'entreprise à travers la ou les personnes morales qui lui donnent existence juridique) face à un environnement économique concurrentiel. Il convient d'y déceler implicitement un domaine d'application *ratione personae*. Il s'agira de démontrer que le dispositif a pour finalité la mise en œuvre d'une méthode de gestion cybernétique visant l'autorégulation de l'entreprise en réaction aux évolutions de son environnement (**titre 1**).

La deuxième partie de l'article vise la rationalité établie par le domaine de l'accord, c'est à dire sa *ratione materiae*. Le champ de la négociation cible des matières cardinales régissant la relation de travail. Elles peuvent constituer l'essence même de la contrepartie ou des conditions d'exécution de la prestation de travail. Il s'agira de mettre en lumière que ces matières constituent des variables d'ajustement de nature à favoriser la performance collective, c'est à dire de la collectivité de travail se déployant dans l'entreprise (**titre 2**).

# **TITRE 1. La finalité : méthode de gestion cybernétique de l'entreprise**

**17. Plan.** Le rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 précise que la finalité de l'accord de performance collective est « *de permettre aux entreprises d'anticiper et de s'adapter rapidement aux évolutions à la hausse ou à la baisse du marché par des accords* ». Elle matérialise à la perfection ce que le Professeur SUPIOT a dénommé l'imaginaire cybernétique<sup>84</sup>. La cybernétique consiste dans l'étude de l'information et sa fonction dans les interactions systémiques. Elle a pour finalité l'autorégulation, qui désigne un ajustement spontané à des objectifs qui sont assignés<sup>85</sup>. Cet ajustement prend la forme d'un programme, concrétisé par un *feedback*, destiné à favoriser la réactivité sur sa propre action dans une optique de performance.

Ainsi, l'entreprise qui opère sur un marché agit en fonction de ses signaux pour *in fine* s'adapter aux évolutions de ce marché, notamment par la gestion de l'emploi. L'accord de performance collective, en fixant comme objectif aux négociateurs de « *répondre* », « *de préserver* » ou de « *développer* », obéit à une logique d'autorégulation de l'entreprise par la définition des conditions de recours à l'accord (**chapitre 1**).

L'article L. 2254-2 II du Code du travail dispose que ces objectifs doivent être précisés dans un préambule<sup>86</sup>. Par cette disposition, la loi fait de l'accord collectif d'entreprise l'instrument de la réalisation de l'autorégulation visée par l'incorporation des objectifs (**chapitre 2**). L'accord joue aussi le rôle de *feedback* par la rétroaction aux signaux émis par l'environnement économique de l'entreprise. Les parties sont libres de déterminer nombre de caractéristiques intrinsèques à l'accord. Le silence assourdissant de la loi s'agissant de ces caractéristiques est facteur de beaucoup de controverses.

---

<sup>84</sup> Dans son ouvrage « Critique du droit du travail » (*op. cit.*, p. 14), ce dernier reprend la théorie de Norbert WIENER *in* Cybernétique et société, Paris, Les Deux Rives / UGE, 1962, p. 250.

<sup>85</sup> SUPIOT (A.), *op. cit.*, p. 14, préface p. XVIII

<sup>86</sup> Contrairement aux accords de préservation et de développement de l'emploi, l'absence de préambule est insusceptible d'être sanctionnée par la nullité de l'accord (C. trav., art. L. 2254-2 anc.)

# **Chapitre 1. L'autorégulation visée par les conditions de recours à l'accord collectif**

**18. Plan.** Plus que le produit d'une simple fusion, l'accord de performance collective s'inscrit dans un mouvement législatif entre tradition et innovation vis à vis des anciens accords. Tradition d'abord, s'agissant de la préservation et du développement de l'emploi. La préservation de l'emploi est une constante originelle des accords de gestion. Le développement de l'emploi est essentiellement un héritage de la loi du 8 août 2016. Ces deux sous-branches se rejoignent par la méthode employée : celle d'une autorégulation par l'ajustement de la gestion de l'emploi (**section 2**). Innovation ensuite, s'agissant des nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise. Ce cas de recours permet de dépasser la stricte exigence de l'établissement de difficultés économiques. Devant le constat de ces nécessités, les négociateurs seront chargés d'emprunter une démarche réflexive mêlant diagnostic et prescription de solutions visant à y remédier (**section 1**).

## **Section 1 — La réponse réflexive au fonctionnement de l'entreprise**

**19. Plan.** Selon Elsa PESKINE, « *L'entreprise constitue [...] la délimitation d'un périmètre de contrôle des raisons d'agir, ou une norme de justification des décisions. [...] Les nécessités de fonctionnement de l'entreprise constituent ainsi une condition de justification de la conclusion d'un accord de performance collective* »<sup>87</sup>. C'est ainsi que le fonctionnement de l'entreprise constitue le standard à l'aune duquel l'action des négociateurs pourra être évaluée. Cette notion, aussi inspirée de conventions internationales, frappe d'entrée par son caractère particulièrement large (§1). C'est dans ce contexte que l'identification des limites de la notion s'avère particulièrement délicat (§2).

---

<sup>87</sup> PESKINE (E.), À la recherche de l'organisation en droit du travail. Penser l'entreprise et son dépassement, *RDT* 2019, p. 19

## §1. La largesse des nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise

**20. Allégerie législative.** Les nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise constituent une inspiration du législateur de divers instruments internationaux qui consacrent le droit pour le salarié à être licencié pour un motif valable. Il faut penser à l'article 24 de la Charte sociale européenne et les articles 4 et 9 de la Convention n°158 de l'OIT, qui visent parmi ces motifs les « *nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service* ». Cette technique législative est tout particulièrement intéressante. En effet, le législateur a semblé vouloir court-circuiter toute critique susceptible de mettre en cause la conventionnalité de cette première branche de cas de recours à un accord de performance collective. Pour cela, la loi française fait allégerie *a priori* aux conventions internationales afin de tenter de sécuriser juridiquement le dispositif. Malgré son caractère plutôt programmatique, la notion permet d'envisager une réorganisation « à froid » de l'entreprise.

**21. Réorganisation « à froid ».** La conclusion d'un accord de maintien de l'emploi nécessitait l'établissement de graves difficultés économiques conjoncturelles dans l'entreprise<sup>88</sup>. Par conséquent, la réorganisation éventuelle de l'entreprise ne pouvait se faire que dans un contexte « à chaud », voire « brûlant ». En effet, de simples difficultés économiques susceptibles de constituer un motif économique de licenciement ne pouvaient suffire. L'accord de performance collective a une finalité toute autre : il s'agit de permettre aux entreprises de répondre à des situations très variées, y compris en amont de toute difficulté économique. C'est dans ce contexte que « *toute décision en matière de gestion, d'organisation est en principe utile au fonctionnement de l'entreprise* »<sup>89</sup>. La finalité de ce dispositif « à froid » est de permettre une réorganisation « *sans avoir à mettre en œuvre des licenciements collectifs contraints* »<sup>90</sup>. *A fortiori*, l'existence de difficultés économiques, même graves, pourra tout à fait justifier de recourir à un accord de performance collective afin

---

<sup>88</sup> C. trav., art. 5125-1 ancien

<sup>89</sup> OLLIVIER (M.) et TAILLARDAT-PIETRI (B.), L'APC : opportunités et précautions d'emploi, *SSL 2018*, N°1827

<sup>90</sup> *Ibid.*

de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise. Le champ d'action offert par ce cas de recours semble extrêmement large. Il s'agit toutefois d'identifier les limites à cette largesse.

## §2. Les limites des nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise

**22. Légitimité et nécessité.** Dans sa décision du 21 mars 2018, le Conseil constitutionnel a considéré qu'« *il ne saurait rechercher si les objectifs que s'assigne le législateur pourraient être atteints par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé* ». Le Conseil de préciser qu'il appartient aux partenaires sociaux de déterminer, lors de la négociation de l'accord, « *les motifs liés au fonctionnement de l'entreprise justifiant d'y recourir et, à ce titre, de s'assurer de leur légitimité et de leur nécessité* »<sup>91</sup>. Le Professeur GAURIAU a d'ailleurs justement analysé ce considérant comme un « *hommage en forme de défi* » lancé aux partenaires sociaux<sup>92</sup>. Ces exigences de légitimité et de nécessité conduisent à déceler un intérêt transcendantal de l'entreprise qui dépasserait les divers intérêts en présence. Or, pour Elsa PESKINE et Tatiana SACHS, « *la transcendance devient l'autre nom d'un consensus qui écrase les conflits de valeurs* »<sup>93</sup>. Concrètement, il s'agira d'apprécier la pertinence des actes de gestion de l'entreprise.

**23. Nuages noirs à l'horizon.** Il est particulièrement compliqué d'envisager des actes de gestion qui ne seraient pas de nature à répondre au bon fonctionnement de l'entreprise. Toutefois, le terme au pluriel de « nécessités » devrait conduire à limiter les interprétations tout à fait extensives. En effet, il impliquerait d'identifier un ensemble de contraintes auxquelles l'entreprise doit faire face. Dans ce courant, nombre d'auteurs soulignent l'illusion de la déconnexion de toute « menace » économique. Maïté OLLIVIER et Béatrice

---

<sup>91</sup> Cons. const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, consid. 27

<sup>92</sup> GAURIAU (B.), L'accord de performance collective depuis la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018, *Dr. soc.* 2018, p. 504

<sup>93</sup> PESKINE (E.) et SACHS (T.), La refondation de l'entreprise à la croisée des chemins », in *À droits ouverts. Mélanges en l'honneur d'A. Lyon-Caen*, Dalloz, p. 745 s.

TAILLARDAT-PIETRI soulignent à ce titre que « *sans que l'entreprise ait besoin de faire état de difficultés économiques, il lui est recommandé de pouvoir établir l'existence de motifs sérieux ainsi que d'un contexte spécifique* »<sup>94</sup>. Pour d'autres praticiens, il impliquera notamment de « *faire un pronostic justifiant de telles mesures sur les années à venir* »<sup>95</sup>. Le recours à l'accord de performance collective doit représenter le miroir de l'environnement économique rendant nécessaire l'adaptation de l'entreprise. Enfin, une acception plus didactique de ce cas de recours peut conduire à affirmer qu'il convient de répondre aux nécessités liées au « dysfonctionnement » de l'entreprise.



**24. Conclusion de section.** Le cas de recours des nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise présente une physionomie à double tranchant. Côté face, la marge de manœuvre dont peuvent bénéficier les négociateurs est intimement renforcée. Côté pile, il faut souligner le cadre flou et l'absence de critère tangible, de nature à identifier le périmètre et l'intensité de ces nécessités. Ces difficultés pourraient rebuter les négociateurs à se fonder sur ce seul cas de recours. Les cas de recours pouvant se fonder l'un dans l'autre, il s'agirait dans l'idéal d'y associer la question de la gestion de l'emploi.



## **Section 2 — L'ajustement par la gestion de l'emploi**

**25. Plan.** Dans sa décision du 20 octobre 2017 relative aux accords de préservation et de développement de l'emploi, le Conseil constitutionnel s'était fondé sur le droit à l'emploi pour considérer que « *le législateur a entendu favoriser la préservation et le développement de l'emploi en permettant aux entreprises d'ajuster leur organisation collective afin de*

---

<sup>94</sup> OLLIVIER (M.) et TAILLARDAT-PIETRI (B.), *préc.*, p. 27

<sup>95</sup> V. en ce sens DUPAYS (A.) (*dir.*) : Le Lamy social, éd. 2019, info. n° 1869

*garantir leur pérennité et leur développement* »<sup>96</sup>. L'ajustement, en tant qu'action concrétisant une gestion autorégulée de l'emploi, présente une dimension ambivalente. La préservation révèle une approche défensive de la gestion de l'emploi, tandis que le développement permet une approche offensive (§1). Le législateur n'ayant pas précisé d'objectifs chiffrés, il appartiendra aux négociateurs de justifier le recours à un accord de performance collective en terme de moyens ou de résultat. Ce choix ne restera pas sans conséquence au regard de sa portée juridique (§2).

## **§1. L'ambivalence de la gestion de l'emploi**

### **I - L'approche défensive de l'emploi**

**26. La préservation de l'emploi.** Cette première subdivision de la deuxième branche des cas de recours appelle une approche défensive de l'emploi, en ce qu'il s'agit de viser sa préservation. La préservation peut prendre deux formes. Une première forme purement défensive, dont l'objet serait de ne procéder à aucune réduction d'emploi. Une deuxième forme résolument défensive, dont l'objet serait cette fois de limiter quantitativement une réduction de l'emploi. Cette réduction d'emploi pourrait être répartie dans le temps, ou revêtir des aspects qualitatifs visant à transformer certains postes. Au plan macro-économique, l'objectif du législateur est explicitement celui de la lutte contre le chômage. Cette lutte peut aussi passer par une approche plus offensive visant la création d'emplois.

### **II - L'approche offensive de l'emploi**

**27. Le développement de l'emploi.** Le développement de l'emploi vise plutôt une approche expansionniste et positive de gestion de l'emploi. Il s'agirait en premier lieu de procéder à des embauches supplémentaires suite à des créations de nouveaux postes. De même, le développement de l'emploi pourrait se concrétiser par la création d'une nouvelle branche d'activité ou l'ouverture d'un nouvel établissement. Dans ce contexte, il

---

<sup>96</sup> Cons. const., 20 oct. 2017, n° 2017-665 QPC, consid. 7 ; D. 2017. 2105

appartiendrait aux négociateurs de démontrer qu'un tel objectif ne pourrait être atteint en l'absence de certaines concessions. Il convient dans l'idéal de s'assurer que l'accord de performance collective ne puisse constituer le réceptacle d'une forme d'effet d'aubaine, au risque d'en dénaturer la fonction. Le développement de l'emploi constitue un objectif bien plus exigeant que sa préservation. Néanmoins, la portée juridique de ces deux objectifs se révèle ambivalente et dépendante du degré d'engagement défini par l'accord.

## **§2. L'ambivalence de la portée juridique**

### **I - Des obligations de moyens**

**28. Incertitude du résultat.** Le contrôle de validité des cas de recours s'opérera probablement à l'aune du sérieux et de l'adéquation des moyens envisagés par les négociateurs au regard de l'objectif visé de préservation ou de développement de l'emploi. Il sera indubitablement restreint. C'est dans un second temps que la stipulation de ces moyens déployés produira nécessairement des effets juridiques découlant de leur nature conventionnelle. En effet, celui qui s'est engagé à faire tout ce qui est possible en vue d'un résultat qui reste incertain a souscrit à une obligation de moyens, qui s'oppose à l'obligation de résultat<sup>97</sup>. Si la préservation ou le développement de l'emploi sont fonctions de l'évolution incertaine du marché sur lequel se déploie l'entreprise, les actes de gestion en matière d'emploi prévus par l'accord constitueront des obligations de moyens incombant à l'employeur. La portée juridique sera renforcée lorsque le recours à l'accord a été justifié en terme de résultat.

### **II - Des obligations de résultat**

**29. La résurgence des engagements sur l'emploi.** La préservation et le développement de l'emploi peuvent aussi être générateurs d'une obligation de résultat. L'employeur s'engagerait, par exemple, à ne pas licencier ou à embaucher un nombre

---

<sup>97</sup> DEMOGUE (R.), Traité des obligations en général, t. 5, 1925, *Librairie Arthur Rousseau*, nos 1237 s., p. 536 s.



déterminé ou déterminable de salariés. S'agissant du contrôle de la validité du cas de recours, celui-ci devrait être aussi restreint que dans le cadre d'un engagement de moyens. Toutefois, le non accomplissement du résultat serait susceptible d'être sanctionné dans le cadre d'une responsabilité civile contractuelle à l'égard des personnes subissant un préjudice. C'est la position de l'arrêt *Briou*<sup>98</sup>, qui avait pour la première fois considéré qu'un engagement de maintien de l'emploi stipulé dans un accord « donnant-donnant » était une obligation de résultat. Une indemnisation pouvait être octroyée aux salariés victimes de sa violation.



**30. Conclusion de section.** Conformément à la logique autorégulatrice, les acteurs de l'entreprise analysent, diagnostiquent et réagissent à leur environnement économique. La largesse des cas de recours est particulièrement notable. Mais il ne faudrait pas que cette largesse se transforme en peur du vide. Il sera donc souhaitable, et envisageable, que le contrôle soit tout à fait minimaliste. Elsa PESKINE de conclure : « *Si les nécessités de bon fonctionnement de l'entreprise sont constatées par les interlocuteurs sociaux, les magistrats viendront-ils en juger autrement ?* »<sup>99</sup> Il en va de la légitimité des partenaires sociaux. Et d'asseoir leur capacité à se saisir de l'instrument de l'accord de performance collective.



---

<sup>98</sup> Cass. soc. 22 janv. 1998, n° 95-45.400, Bull. civ. V, n° 29 ; *D.* 1998. 480, note T. Aubert-Monpeyssen

<sup>99</sup> PESKINE (E.), *préc.*, p. 26

## **Chapitre 2. L'autorégulation réalisée par l'instrument de l'accord collectif**

**31. Plan.** L'article 8 de l'Ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective a profondément transformé les modalités de conclusion des accords collectifs, notamment d'entreprise. L'accord de performance collective constitue le réceptacle de la liberté conventionnelle que vont exercer les acteurs de l'élaboration de l'accord (§1). Les parties à la négociation auront toute latitude pour fixer les caractéristiques spatio-temporelles de l'accord (§2).

### **Section 1 — Les acteurs de l'élaboration de l'accord**

**32. Plan.** Les employeurs sont susceptibles d'avoir pour cocontractant(s) une diversité de parties salariales à l'accord. Cette solution, conforme au droit commun de la conclusion des accords d'entreprise, ne devra pas occulter les débats portant sur l'éventuelle exception dont serait frappée l'accord de performance collective (§1). Durant la phase précontractuelle, le CSE ou l'expert-comptable pourront intervenir au titre de leurs attributions consultatives et d'expertise (§2).

#### **§1. Les parties salariales à l'accord**

##### **I - Le droit commun de la négociation collective**

**33. Les délégués syndicaux.** La validité d'un accord d'entreprise est soumise à la signature de l'employeur et d'organisations syndicales représentatives. Or, ces dernières doivent rassembler plus de 50% des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au CSE<sup>100</sup>. A défaut d'une ratification par des organisations réunissant 50% des suffrages exprimés au premier tour des

---

<sup>100</sup> C. trav., art. L. 2232-12, al. 1er

élections professionnelles, le recours au référendum des salariés est ouvert pour celles ayant recueilli plus de 30% des suffrages<sup>101</sup>. Une possibilité d'éviter le référendum est prévue si d'autres organisations ratifient l'accord en permettant de dépasser le seuil de 50%. Pour ce faire, un délai de huit jours est ouvert suite à la demande de consultation par ces dernières ou à l'initiative de l'employeur. Dans ce cas, l'accord devra être approuvé par la majorité des suffrages exprimés, à l'issue d'une consultation engagée dans les deux mois<sup>102</sup>. La présence d'un conseil d'entreprise est susceptible de venir transformer la priorité des délégués syndicaux en matière de conclusion des accords collectifs<sup>103</sup>.

**34. Les élus du CSE.** Dans les entreprises dont l'effectif habituel est au moins égal à cinquante salariés, la négociation avec des élus du CSE peut être engagée en l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise. Dans ce cas, les élus doivent être expressément mandatés à cet effet par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche dont relève l'entreprise ou, à défaut, au niveau national et interprofessionnel<sup>104</sup>. Dans les entreprises dont l'effectif habituel est compris entre onze et moins de cinquante salariés, et en l'absence de délégué syndical, un accord collectif peut être conclu par un ou des membres titulaires de la délégation du personnel du CSE<sup>105</sup>. Que ces élus soient mandatés par une organisation syndicale ou non, la validité de l'accord est subordonnée à la signature par des membres du CSE représentant la majorité des suffrages exprimés en faveur de ces membres lors des dernières élections professionnelles<sup>106</sup>.

**35. Les salariés mandatés.** Dans les entreprises dont l'effectif habituel est compris entre onze et moins de cinquante salariés, l'accord peut être conclu soit par un ou plusieurs

---

<sup>101</sup> C. trav., art. L. 2232-12, al. 2

<sup>102</sup> C. trav., art. L. 2232-12, al. 3

<sup>103</sup> Le conseil d'entreprise mis en place est seul compétent pour négocier, conclure et réviser les conventions et accords d'entreprise ou d'établissement - C. trav., art. L. 2321-1

<sup>104</sup> C. trav., art. L. 2232-24

<sup>105</sup> C. trav., art. L. 2232-23-1 I 2°

<sup>106</sup> C. trav., art. L. 2232-23-1 II al. 1er

salariés expressément mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche ou, à défaut, par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel. Dans ce cas, l'accord nécessite l'approbation par les salariés à la majorité des suffrages exprimés<sup>107</sup>.

**36. Les salariés consultés.** Dans les entreprises dépourvues de délégué syndical et dont l'effectif habituel est inférieur à onze salariés, l'employeur peut proposer un projet d'accord. La consultation du personnel est organisée à l'issue d'un délai minimum de quinze jours courant à compter de la communication à chaque salarié du projet d'accord<sup>108</sup>. Lorsque le projet est validé à la majorité des deux tiers du personnel, il est considéré comme un accord valide<sup>109</sup>. Il faut enfin préciser que cette méthode de conclusion est possible dans les entreprises dont l'effectif habituel est compris entre onze et vingt salariés, en l'absence de membre élu de la délégation du personnel du CSE<sup>110</sup>. Pour le Professeur PAGNERRE, « *Si la majorité est renforcée avec un vote favorable des deux tiers des salariés, l'accord n'est pas le résultat d'une négociation* » ce qui pourrait « *rendre illégitime* » (mais pas illégal) le recours à un accord de performance collective par cette voie<sup>111</sup>.

## II - Une exception au droit commun ?

**37. Accord majoritaire ?** Dans sa décision du 21 mars 2018, le Conseil constitutionnel est venu jeter un pavé dans la mare quant à la possibilité de négocier un accord de performance collective en l'absence de délégué syndical. Ce dernier a clairement affirmé qu'« *en vertu de l'article L. 2232-12 du Code du travail, l'accord, pour être adopté, doit soit être signé par des organisations syndicales représentatives majoritaires, soit être approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés s'il n'a été signé que par des*

---

<sup>107</sup> C. trav., art. L. 2232-23-1 II al. 3

<sup>108</sup> C. trav., art. L. 2232-21

<sup>109</sup> C. trav., art. L. 2232-22

<sup>110</sup> C. trav., art. L. 2232-23

<sup>111</sup> PAGNERRE (Y.), Les accords de performance collective, *Dr. soc.* 2018, p. 694

*organisations syndicales représentatives minoritaires ayant recueilli plus de 30 % des voix au premier tour des dernières élections des membres titulaires du comité social et économique* »<sup>112</sup>. Il faut aussi préciser que, dans ses observations, le gouvernement avait soutenu que l'accord ne pouvait être conclu que « *dans les conditions de validité définies à l'article L. 2232-12 du Code du travail* ». Pour le Professeur GAURIAU<sup>113</sup>, les décisions du Conseil constitutionnel qui précèdent la promulgation d'une loi relèvent d'un contentieux objectif et sont dotées d'une autorité absolue de chose jugée<sup>114</sup>. De même, malgré le fait qu'il ne s'agisse pas expressément d'une réserve d'interprétation, il est aussi admis que ses décisions ont autorité de la chose interprétée s'agissant de la loi qui a donné lieu à cette interprétation<sup>115</sup>. En effet, en vertu de l'article 62 alinéa 3 de la Constitution, « *les décisions du Conseil (...) s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* ». Un juge saisi de la validité d'un accord de performance collective conclu selon les modalités dérogatoires de négociation pourrait en prononcer la nullité.

**38. Controverse.** Le Professeur PAGNERRE s'est opposé à l'analyse développée ci-avant<sup>116</sup>. Ce dernier s'appuie d'abord sur les travaux préparatoires, qui n'ont nullement affiché une volonté de restreindre et de complexifier le nouveau dispositif mais bien au contraire de l'élargir et de le simplifier<sup>117</sup>. Or, les accords de préservation et de développement de l'emploi ou de maintien de l'emploi pouvaient être conclus selon des modalités dérogatoires de négociation<sup>118</sup>. Pour le Conseil d'Etat, la ratification majoritaire avait suffi à écarter l'atteinte à

---

<sup>112</sup> Cons. const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, consid. 27

<sup>113</sup> GAURIAU (B.), L'accord de performance collective est-il un accord majoritaire ?, *JCP S 2019, N° 7, Actualité n°64 ; préc., p. 28*

<sup>114</sup> FAVOREAU (L.) et a., *Droit constitutionnel, Dalloz, 17e éd. 2015, n° 470 et s.*

<sup>115</sup> FAVOREAU (L.) et a., *ibid.*, n° 472. ; DISANT (M.), L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel, *Bibl. const. et sc. pol., t.13 : LGDJ, 2010*

<sup>116</sup> PAGNERRE (Y.), *préc., p. 35*

<sup>117</sup> L. Pietraszewski, rapp. AN n° 369, 9 nov. 2017. 6-7. ; A. Milon, rapp. Sénat (2017-2018) n° 194, 20 déc. 2017. 28

<sup>118</sup> C. trav., anc. art. L. 2254-2, I, al. 5, et L. 5125-4

la liberté contractuelle et au droit à l'emploi<sup>119</sup>. Toujours dans sa décision de mars 2018, le Conseil constitutionnel a par ailleurs considéré, que « *le législateur a souhaité développer les accords collectifs dans les petites entreprises en prenant en compte l'absence fréquente de représentants des salariés pouvant négocier de tels accords dans ces entreprises.* »<sup>120</sup> L'auteur met en lumière une contradiction d'opportunité, puisque « *réserver aux seules entreprises ayant des syndicats représentatifs serait favoriser les « grosses entreprises » au détriment des TPE qui en ont fort besoin* »<sup>121</sup>. Ce dernier de s'appuyer enfin sur un argument juridique en considérant qu'une « *telle différence de traitement ne repose sur aucun motif légitime et est [...] contraire au principe constitutionnel d'égalité* »<sup>122</sup>. L'identité des parties susceptibles de conclure un accord de performance collective reste à éclaircir. D'autres doutes entourent les personnes susceptibles d'intervenir dans le processus d'élaboration de l'accord.

## **§2. Les intervenants à l'accord**

### **I - La consultation du CSE**

**39. Réorganisation de l'entreprise.** L'article L. 2312-14 alinéa 2 du Code du travail dispose que les projets d'accord collectif ne sont pas soumis à la consultation du CSE. Néanmoins, la DGEFP a apporté des nuances<sup>123</sup>. Lorsque le projet d'accord suppose une réorganisation de l'entreprise susceptible d'avoir des implications sociales importantes, mais qui ne seraient pas traitées dans l'accord collectif, une consultation du CSE serait à prévoir. Il ne s'agirait donc pas d'une consultation sur l'accord lui-même, mais sur un projet de réorganisation entrant dans le champ d'attribution du comité. Cette consultation s'imposerait, que ce projet soit une cause ou une conséquence d'un accord de performance collective.

---

<sup>119</sup> CE, 7 déc. 2017, n<sup>OS</sup> 408379 et 408450

<sup>120</sup> Cons. const., 21 mars 2018, n<sup>o</sup> 2018-761 DC, préc., consid. 7

<sup>121</sup> Ce regret d'opportunité est également appuyé par le Professeur GAURIAU dans son article : *préc.*, p. 36

<sup>122</sup> PAGNERRE (Y.), *préc.*, p. 35

<sup>123</sup> V. en ce sens la position rapportée : OLLIVIER (M.) et TAILLARDAT-PIETRI (B.), *préc.*, p. 27

## II - Le mandatement de l'expert-comptable

**40. Désignation.** L'article L. 2315-92 II du Code du travail prévoit que le CSE peut mandater un expert-comptable afin qu'il apporte toute analyse utile aux organisations syndicales pour préparer la négociation prévue à l'article L. 2254-2. Cette faculté de mandatement était déjà prévue dans le cadre des accords de préservation et de développement de l'emploi. Toutefois, à la différence de ces derniers, la lettre du texte ne réserve cette possibilité que dans le cas où la négociation est conduite par des organisations syndicales. Pour certains auteurs, il faut entendre cette disposition comme réservant cette faculté de désignation au seul cas de négociation avec des délégués syndicaux<sup>124</sup>. Cette interprétation semble assez restrictive, en ce qu'elle exclurait cette possibilité en faveur des élus ou salariés mandatés par une organisation syndicale. Or, il faut rappeler que nombre d'auteurs, comme le Professeur TEYSSIE<sup>125</sup>, soutiennent qu'en cas de mandat syndical, le cocontractant se révèle être l'organisation syndicale ayant mandaté le salarié ou l'élu.

**41. Financement.** Par une analyse croisée des articles L. 2315-80 et L. 2315-92 du Code du travail, il faut déduire que les frais d'expertise devraient être répartis sur la base de 20% par le CSE et de 80% par l'employeur. En effet, l'article L. 2315-80 2° prévoit une prise en charge dans de telles proportions pour les consultations ponctuelles. Or, l'expertise en vue de la négociation de l'article L. 2254-2 est régie par l'article L. 2315-92 II, lui-même inclus dans un paragraphe relatif aux expertises en vue d'une consultation ponctuelle. Enfin, cet article n'est pas non plus visé au titre des exceptions de l'article L. 2315-80 1°.



**42. Conclusion de section.** Sur les 47 accords recensés à la fin de l'année 2018, 12 accords ont été signés avec des élus et 4 par le biais de la ratification dans les très petites

---

<sup>124</sup> OLLIVIER (M.) et TAILLARDAT-PIETRI (B.), *préc.*, p. 27

<sup>125</sup> TEYSSIE (B.), La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, *JCP S 2018*, p. 1112

entreprises<sup>126</sup>. Il serait regrettable qu'une interprétation, probablement malencontreuse<sup>127</sup>, du Conseil constitutionnel ne transforme cette dynamique en un pêché originel. De même, si la volonté du législateur a été de ne pas exclure les petites et très petites entreprises, il est regrettable d'avoir réservé l'accès à l'expertise aux seules organisations syndicales. Cette incohérence ne sera pas de nature à favoriser la compréhension des enjeux en présence, notamment lorsqu'il s'agira de déterminer les caractéristiques spatio-temporelles de l'accord.



## Section 2 — Les caractéristiques spatio-temporelles

**43. Plan.** Le site internet du ministère du travail précise que les accords de performance collective peuvent être conclus au niveau de l'entreprise ou de l'établissement<sup>128</sup>. Mais une interprétation littérale des textes laisse entrevoir que le cadre de conclusion de l'accord pourrait être plus large, notamment en cas d'éclatement ou de concentration des entreprises (§1). Désormais, 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<sup>129</sup>. La question de la durée de l'accord pourra être traitée par les négociateurs, notamment pour éviter qu'une durée supplétive ne vienne s'imposer (§2).

---

<sup>126</sup> France stratégie, note d'étape, déc. 2018. Il faut aussi préciser que le terme « entreprise » de l'article L. 2254-2 du Code du travail n'est pas à entendre restrictivement.

<sup>127</sup> S'appuyant sur la contribution du Professeur TROPER (La liberté de l'interprète, *in L'office du juge*, 29-30 sept. 2006), le Professeur PAGNERRE (*préc.*, p. 35) souligne d'ailleurs qu'un juge suprême, comme tout être humain, commet des erreurs d'interprétation.

<sup>128</sup> <https://travail-emploi.gouv.fr/emploi/accompagnement-des-mutations-economiques/article/des-accords-de-performance-collective-peuvent>

<sup>129</sup> C. trav., art. L. 2232-11 al. 2



## §1. Le cadre de conclusion

### I - L'entreprise éclatée

**44. L'établissement.** La possibilité de conclure un accord de performance collective au niveau de l'établissement ne fait guère de doute. Une difficulté apparaît néanmoins dans l'appréciation des cas de recours à l'accord. En effet, les nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise devraient-elles par exemple s'apprécier au niveau de l'établissement ? Ou au niveau de l'entreprise ? Il semble possible de prendre en compte les spécificités d'un établissement pour apprécier ces cas de recours au niveau de cet établissement. Il semble également possible de s'appuyer sur des nécessités au niveau de l'entreprise. *A fortiori* lorsqu'elles sont susceptibles de rejaillir spécifiquement sur l'établissement. Le travail de motivation devra être minutieux, tout comme dans l'UES.

**45. L'UES.** L'UES est classiquement entendue comme la reconstitution d'une entreprise au sens social<sup>130</sup>. Cependant, à l'image de sa place dans l'ordre juridique, son utilité dans le cadre d'un accord de performance collective est mystérieuse<sup>131</sup>. Malgré le fait qu'elle n'ait pas la qualité d'employeur<sup>132</sup>, il y a toutes les raisons de penser qu'elle peut constituer un niveau de négociation autorisé<sup>133</sup>. Tout d'abord, à la différence des anciens accords, le terme « employeur » est mentionné à l'article L. 2254-2 non au stade de la conclusion de l'accord mais au stade de ses effets. L'employeur est simplement créancier et débiteur des obligations découlant de l'accord. Par conséquent, les différents employeurs membres d'une UES pourraient tout à fait conclure un accord de performance collective au niveau de l'UES. Les cas de recours devraient être justifiés à travers une analyse globale de l'UES. Le caractère

---

<sup>130</sup> Cass. soc., 16 oct. 2001, n°99-44.037, Bull. civ. V, n°324 : « lorsqu'il existe un groupe de personnes morales ou physiques constitutif d'une seule entreprise ce qui est le cas (...) lorsqu'une unité économique et sociale est reconnue »

<sup>131</sup> Selon l'expression de AUZERO (G.), *Mystérieuse unité économique*, RJS 4/16, p. 267

<sup>132</sup> BEAL (S.), *L'UES n'est pas un employeur*, JCP E, n°6, 5 février 2009, 1149

<sup>133</sup> La circulaire DRT n° 9 du 22 septembre 2004 prévoit que ce type d'accord est soumis aux règles de négociation et de conclusion des accords d'entreprise.

« économique » et « social » de l'UES justifie d'autant plus la pertinence d'un tel niveau en vue de mettre en place un dispositif d'adaptation des effectifs à un contexte économique spécifique. Le même raisonnement peut butter sur des obstacles supplémentaires s'agissant des différents cas de concentrations des entreprises.

## II - Les entreprises concentrées

**46. Obstacles au niveau du groupe.** La définition du groupe au sens du comité de groupe implique l'existence d'une entreprise dominante et d'une ou plusieurs entreprises dominées<sup>134</sup>. A la différence de l'UES, le groupe ne constitue pas une « entreprise », ce qui peut poser problème lorsqu'il s'agit de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de « l'entreprise ». Outre ce décalage avec la lettre du texte, le Professeur FAVENNEC-HERY souligne une difficulté s'agissant de son esprit et de la représentativité des parties salariales à l'accord : « *Leur représentativité, comme le caractère majoritaire de l'accord, vont être appréciés à l'échelle de l'ensemble des entreprises ou établissements compris dans le périmètre de cet accord* »<sup>135</sup>. Un accord de performance collective majoritaire dans le groupe pourrait ne pas l'être dans une entreprise concernée. Aussi, la réalité des nécessités du recours à l'accord pourrait ne pas être attestée dans cette entreprise. L'auteur met aussi en avant le caractère volatile des entreprises constitutives du groupe. Il faut craindre des stratégies de contournement des représentativités au niveau des entreprises. La légitimité collective de l'accord en ressortirait affaiblie. Dans ce contexte, il faut craindre une détérioration du climat social au regard des effets puissants de l'accord de performance collective.

**47. Ouvertures au niveau du groupe.** Tout d'abord, toutes les négociations prévues par le Code du travail au niveau de l'entreprise peuvent être engagées et conclues au niveau du groupe dans les mêmes conditions<sup>136</sup>. Or, aucune adaptation n'est expressément prévue

---

<sup>134</sup> C. trav., art. L. 2331-1

<sup>135</sup> FAVENNEC-HERY (F.), L'accord de groupe, instrument privilégié des relations de travail ?, *RJS* 3/19, *Chronique*

<sup>136</sup> C. trav., art. L. 2232-33 al. 1er

s'agissant de l'accord de performance collective. Par conséquent, le Code du travail non seulement n'interdit pas, mais semble permettre une négociation à ce niveau. Pour surmonter les différents obstacles, il pourrait être tout à fait envisageable d'établir un contexte spécifique à chaque entreprise comprise dans le champ d'application de l'accord. Les cas de recours pourraient aussi être justifiés par la constatation d'un contexte commun à plusieurs entreprises constitutives du groupe. L'esprit du texte serait concilié avec la possibilité de coordonner une stratégie au niveau du groupe et destinée à améliorer la situation des entreprises prises individuellement.

**48. Incertitudes au niveau interentreprises.** Les mêmes difficultés et solutions rencontrées s'agissant de la négociation de groupe peuvent se présenter s'agissant des accords interentreprises<sup>137</sup>. Les nombreux montages économiques et financiers, tels que les réseaux d'entreprises<sup>138</sup>, peuvent engendrer des problématiques communes. L'accord de performance collective conclu au niveau interentreprises pourrait constituer une réponse adéquate. Il permettrait d'harmoniser le statut social et de limiter le dumping social en cas de difficultés communes. Toutefois, il faut craindre l'immense flou entourant les matières susceptibles de négociation<sup>139</sup>, ainsi que l'absence de disposition analogue à celle de l'article L. 2232-33 du Code du travail relatif aux accords de groupe. Cela ne devrait pas inciter les négociateurs à s'engager dans cette voie. Ils sont en revanche incités à négocier sur la durée de l'accord.

## §2. La durée de l'accord

### I - La durée négociée

**49. Durée déterminée.** L'article L. 2254-2 du Code du travail n'impose et ne précise aucune condition de durée de l'accord de performance collective. Or, le droit commun fixé

---

<sup>137</sup> C. trav., art. L. 2232-36 à L. 2232-38 : ces accords nécessairement majoritaires n'ont pas de domaine réservé, ce qui ouvre la voie

<sup>138</sup> V. notamment PESKINE (E.), Réseaux d'entreprises et droit du travail, préf. A. Lyon-Caen, *LGDJ, coll. Bibl. de droit social*, 2008

<sup>139</sup> ANTONMATTEI (P.-H.) (*dir.*), *Le Lamy négociation collective*, éd. 2019, *info. n°364*

par l'article L. 2222-4 alinéa premier du Code du travail dispose que « *La convention ou l'accord est conclu pour une durée déterminée ou indéterminée.* » Par conséquent, les parties ont toute latitude pour fixer de manière conventionnelle le caractère déterminé ou indéterminé de la durée de l'accord. S'il est à durée déterminée, le terme, certain ou incertain, peut être fixé librement selon une date ou un événement. La liberté des parties devrait aller jusqu'à leur permettre de mettre en place des mécanismes de mise en sommeil ou d'intermittence de l'application de l'accord.

**50. Durée indéterminée.** Si l'accord de performance collective peut être signé pour une durée indéterminée, de nombreux auteurs se sont interrogés sur la pertinence de cette solution. Pour les Professeurs ANTONMATTEI, CANUT et VACHET ainsi que Valérie BARDIN et Damien CHENU, une durée indéterminée « *correspond mal à son objet, à savoir assurer l'adaptabilité de l'organisation de l'entreprise et de la masse salariale aux aléas du marché.* »<sup>140</sup> Lorsque les parties négocient uniquement sur l'aménagement de la durée du travail, Michel MORAND soutient qu'« *il semble plus conforme à l'esprit du texte de considérer que l'accord à durée déterminée devrait s'imposer et qu'il vaille mieux recourir à l'accord de l'article L. 3121-43 du Code du travail resté en vigueur [...] si l'aménagement du temps de travail n'a pas pour finalité de répondre à un besoin temporaire.* »<sup>141</sup> Enfin, il faut mentionner les risques de dénonciation<sup>142</sup>, qui ne peuvent affecter que les accords à durée indéterminée. Cette liberté constitue une véritable rupture. Les accords de maintien de l'emploi et de préservation et de développement de l'emploi ne pouvaient être signés que pour une durée déterminée maximale de cinq ans. Cette durée correspond à la durée supplétive aujourd'hui retenue, conformément au droit commun.

---

<sup>140</sup> ANTONMATTEI (P.H.), BARDIN (V.), CANUT (F.), CHENU (D.) VACHET (G.), Réforme du Code du travail : analyse des nouvelles règles sur la rupture du contrat de travail, *RJS 2/18, Chronique*

<sup>141</sup> MORAND (M.), La durée du travail dans l'accord de performance collective, *JCP S 2018, n°11, Etude n°1094*

<sup>142</sup> C. trav., art. L. 2261-9

## II - La durée supplétive

**51. Durée quinquennale.** L'article L. 2222-4 du Code du travail dispose dans son deuxième alinéa qu'« à défaut de stipulation de la convention ou de l'accord sur sa durée, celle-ci est fixée à cinq ans. » Néanmoins, il conviendra de toujours recommander aux parties de fixer expressément cette durée. Il s'agira également d'inciter les négociateurs à prévoir les éventuelles modalités de renouvellement ou de révision<sup>143</sup>.



**52. Conclusion de section.** Les nombreuses incertitudes relatives au cadre de conclusion portent atteinte à la sécurité juridique du dispositif. L'accord de performance collective pourrait se révéler adapté à la démultiplication des entreprises organisées en groupes ou réseaux. Pourtant, les juges pourraient se retrancher derrière ces incertitudes afin de préserver la figure de l'employeur et de l'entreprise entendue comme un bloc monolithique. Il s'agirait d'être vigilant face aux éventuelles stratégies de contournement d'une représentation défavorable à l'employeur. L'idée développée par le Professeur MARTINON d'un « contrôle de légalité de l'accord à l'issue de la négociation »<sup>144</sup> pourrait être d'un grand soutien.



**53. Conclusion du titre I.** Deux types de négociations précéderont très probablement la mise en place d'un accord de performance collective. Une première « négociation » impliquerait plutôt une validation par les parties salariales du projet d'accord proposé par l'employeur. L'accord se rapprocherait de la figure du contrat d'adhésion. Un deuxième type de négociation impliquerait de véritables pourparlers, notamment en cas de dissymétrie

---

<sup>143</sup> C. trav., art. L. 2222-5

<sup>144</sup> MARTINON (A.) et PESKINE (E.), Le juge et le contenu de l'accord collectif. Regards croisés, *Dr. soc.* 2017. p. 115

d'information moins importante sur la situation de l'entreprise entre les parties. L'accord se rapprocherait dans ce cas de la figure du contrat de gré à gré. Egalement, la possibilité pour les salariés de se prononcer sur le fonctionnement de l'entreprise ferait ressurgir la figure des quasi-associés, référence faite à RIPERT qui prônait que la « *solution idéale serait l'entente [du travail et du capital] sur le choix du chef d'entreprise* »<sup>145</sup>. L'esprit de la loi PACTE pourrait renforcer cette tendance<sup>146</sup>. C'est ainsi qu'après avoir esquissé les traits de l'*instrumentum*, il s'agit de se plonger dans le *negotium* de l'accord.



---

<sup>145</sup> RIPERT (G.), Aspects juridiques du capitalisme moderne, *LGDJ 1951*, 2<sup>e</sup> éd., p. 308, n° 139.

<sup>146</sup> L'article 61 du Projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises prévoit une réécriture de l'article 1833 du Code civil en ce sens : « *La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* ». V. en ce sens : DEBARRATS (I.), De l'entrée de la RSE dans le code civil, *Dr. soc.* 2019, p. 47.

## **TITRE 2. Le contenu : facteur de performance collective dans l'entreprise**

**54. Plan.** Le substantif « performance » apparût dans la langue française pour désigner l'ensemble des résultats obtenus par un cheval de course sur les hippodromes<sup>147</sup>. Repris par la suite dans les champs sportif, mécanique, puis, plus récemment, économique, cette notion est indissociable de celle de compétitivité. L'importance de la notion a été particulièrement éloquente lorsque le Sénat, se satisfaisant de l'appellation définitive retenue par la commission mixte paritaire, affirmait son attachement à la préservation de la notion de performance, pour permettre aux entreprises de « *réagir plus rapidement et avec plus de souplesse aux fluctuations et aux exigences économiques.* »<sup>148</sup>

En droit, il s'agira de discerner les contours de l'objet de l'accord, c'est à dire le domaine de négociation substitutif permis par la loi. La loi borne ce domaine autour de trois thématiques : la durée du travail, la rémunération et la mobilité professionnelle et géographique interne (**chapitre 1**). Ces thématiques répondent aux préoccupations d'adaptation dans une optique de performance collective de la communauté de travail qui se déploie dans l'entreprise.

Toutefois, la loi n'a pas qu'un effet impératif. Elle suggère une liste de modalités et de contreparties facultatives. Celles-ci sont destinées à préciser l'opposabilité de l'accord et à favoriser son acceptabilité. Ces suggestions gravitent en marge du domaine substitutif de l'accord (**chapitre 2**). Par cette méthode, la loi entend laisser une large part de liberté aux signataires, rompant avec le cadre jugé trop contraignant des anciens accords. La performance collective est ici favorisée par l'association des apporteurs en capital aux efforts collectifs. Elle participe de l'idée de « *performance sociale* »<sup>149</sup> au profit des salariés.

---

<sup>147</sup> V. en ce sens : Trésor de la langue française, 1839 plur. « *résultats, actions accomplies par un cheval de course* » (*J. des Haras, XXIII, 191 ds BONN., p. 105*)

<sup>148</sup> Sénat, Compte rendu intégral de la Séance du 14 février 2018, p. 1477

<sup>149</sup> *Ibid* : le Sénat avait dans un premier temps proposé la dénomination d' « accord de performance sociale et économique » (APSE).

# **Chapitre 1. Les bornes de la loi autour du domaine de l'accord collectif**

**55. Plan.** Ce domaine doit être entendu comme strictement borné par la loi<sup>150</sup>. Les contours du domaine substitutif de l'accord de performance collective englobent des notions historiques et fondatrices du droit du travail. Il s'agit d'abord du temps de travail, dont la limitation de la durée assure aux travailleurs une « *sécurité physique dans le travail* »<sup>151</sup>. Cette sécurité se double d'une « *sécurité économique par le travail* »<sup>152</sup>, assurée par l'intermédiaire de la rémunération. Il ne faut pas non plus manquer de rappeler la fameuse expression de Gérard LYON-CAEN, selon lequel « *Le droit du travail dans sa totalité est construit autour de la question du salaire* »<sup>153</sup>. Mais bien au-delà de ces objectifs, l'accord de performance collective concrétise les aspirations contemporaines visant à « *relativiser l'autonomie du contrat de travail à l'égard du tissu conventionnel* »<sup>154</sup> sous l'angle d'une approche quantitative du travail (**section 1**). Outils d'adaptation à l'ultra-mobilité du capital, les thématiques de la mobilité professionnelle et géographique interne font l'objet d'une approche dynamique du travail (**section 2**).

## **Section 1 — L'approche quantitative du travail**

**56. Plan.** Isabelle DAUZET et Philippe ROZEC soulignent avec justesse qu'« *En pratique, comme en théorie d'ailleurs, les thèmes de la rémunération et du temps de travail*

---

<sup>150</sup> Le paragraphe III de l'article L. 2254-2 du Code du travail dispose que « *Les stipulations de l'accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération, de durée du travail et de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise.* » Cette insertion énigmatique de l'expression « *y compris* » ne doit pas être interprétée comme une possibilité d'étendre à d'autres thématiques les effets substitutifs de l'accord collectif.

<sup>151</sup> SUPIOT (A.), *op. cit.*, p. 14, p. 68 et s.

<sup>152</sup> *Ibid.*

<sup>153</sup> LYON-CAEN (G.), Les salaires, t. II du Traité de droit du travail, *Dalloz*, 1969

<sup>154</sup> V. en ce sens : BARTHELEMY (J.) et CETTE (G.), Réformer et simplifier le droit du travail via un rôle accru du droit conventionnel, *Dr. soc.* 2006 p.24 ; *préc.*, p. 15



*ne sont pas indépendants l'un de l'autre en période de difficulté ou, plus largement, de mutation.* »<sup>155</sup> C'est dans cette perspective que ces thématiques doivent être rassemblées sous une même approche. S'agissant de la durée du travail, les négociateurs peuvent opter pour une approche purement quantitative, moyennant son aménagement, ou plus qualitative, par son organisation et sa répartition (§1). S'agissant de la rémunération, il faut rappeler que l'article L. 2254-2 du Code du travail, issu de la loi du 8 août 2016, prohibait la diminution de la rémunération mensuelle du salarié. Désormais, les négociateurs pourront envisager cette possibilité en se saisissant des largesses de la notion dans les limites du champ de la négociation (§2).

## **§1. La durée du travail**

### **I - L'aménagement de la durée**

**57. Qui peut le plus, peut le moins.** L'article L. 2254-2 I du Code du travail permet d'aménager la durée du travail. Cet aménagement peut s'opérer sous deux aspects purement quantitatifs : l'augmentation ou la diminution de la durée légale ou conventionnelle de travail. En effet, il est d'abord permis de réduire la durée du travail en réduisant concomitamment, proportionnellement ou non, la rémunération. Il est également permis d'allonger cette durée sans augmenter le salaire ou en l'augmentant de manière non proportionnelle à l'allongement<sup>156</sup>. Cette possibilité d'aménagement réversible n'est pas allée de soi si l'on remonte l'histoire de la négociation d'entreprise sur le temps de travail. Comme le souligne Michel MORAND, « *Les accords concernant le temps de travail pouvaient réduire le temps de travail (faciliter l'abaissement de la durée légale du travail), ou aménager le temps de travail, l'accord de performance collective réunit toutes ces possibilités mais il peut aussi augmenter le temps de travail. De ce point de vue, meilleure qualification ne pouvait lui être*

---

<sup>155</sup> DAUZET (I.) et ROZEC (P.), L'accord « à froid » après l'ordonnance du 22 septembre : de la négociation d'adaptation ?, *JCP S 2017*, n° 41, *Etude n°1321*

<sup>156</sup> V. en ce sens DUPAYS (A.) (*dir.*) : *op. cit.*, p. 29, *info. n° 1869*

*donnée.* »<sup>157</sup> En effet, poursuit l'auteur, l'augmentation peut permettre de s'adapter à un surcroît d'activité temporaire, notamment dans une perspective de création d'emplois, tandis que la diminution peut pallier une baisse d'activité afin de préserver l'emploi<sup>158</sup>.

**58. Les salariés concernés.** Plusieurs difficultés peuvent venir se dresser s'agissant du champ d'application personnel de l'aménagement de la durée du travail. La première réside dans la possibilité de cibler, par exemple, un établissement, un service ou une catégorie particulière de salariés. Un consensus est établi sur le fait qu'il n'est pas obligatoire que l'aménagement concerne tous les salariés de l'entreprise. Une telle distinction devrait être justifiée par l'objectif défini dans le préambule<sup>159</sup>. Ensuite, en l'absence de stipulation contraire, les salariés recrutés pendant l'application de l'accord devraient se voir appliquer les dispositions de l'accord de performance collective. Selon Louis ALUOME, « *la conclusion du contrat de travail, voire l'apposition de la signature du salarié sur l'écrit le constatant, vaut acceptation expresse de l'intéressé.* »<sup>160</sup> Cependant, les salariés à temps partiel recrutés postérieurement ne devraient pas être concernés du fait de la contractualisation de l'horaire<sup>161</sup>. S'agissant des salariés à temps partiel présents dans l'entreprise au moment de l'application de l'accord, un avenant pourrait être signé afin de définir les modalités selon lesquelles seraient modifiées, notamment, la durée hebdomadaire ou mensuelle ainsi que la nouvelle répartition<sup>162</sup>. Néanmoins, selon une partie de la doctrine<sup>163</sup>, il ne faut pas assimiler cette exigence d'ordre public avec la possibilité pour ces salariés de se soustraire à l'application de l'accord. Michel MORAND envisage même qu'un nouvel horaire imposé par l'accord

---

<sup>157</sup> MORAND (M.), *préc.*, p. 43

<sup>158</sup> *Ibid.*

<sup>159</sup> *Ibid.* S'agissant des établissements, les avantages accordés par un accord d'entreprise aux salariés de l'un des établissements sont présumés justifiés au regard du principe d'égalité de traitement : Cass. soc. 4-10-2017 n° 16-17.517 FS-PBRI

<sup>160</sup> ALUOME (L.), L'accord de performance collective et le consentement du salarié, *JCP S 2019, N° 19, Etude n°1138*

<sup>161</sup> MORAND (M.), *préc.*, p. 43

<sup>162</sup> C. trav., art. L. 3123-6

<sup>163</sup> V. en ce sens : MORAND (M.), *préc.*, p. 43 ; ANTONMATTEI (P.H.), BARDIN (V.), CANUT (F.), CHENU (D.) VACHET (G.), *préc.*, p. 43

collectif puisse exclure pour ces salariés « *toute nouvelle contractualisation même temporaire, en limitant alors le seul formalisme à une information faite aux salariés* »<sup>164</sup>. Dans ce contexte, l'accord collectif devrait reprendre, selon les besoins, tout ou partie des conditions de l'écrit imposé par l'article L. 3123-6 du Code du travail pour les adapter aux nouvelles exigences visées par l'accord. Une telle technique juridique satisferait aux conditions d'ordre public du contrat de travail à temps partiel tout en dispensant l'employeur de l'accord individuel du salarié aux nouvelles conditions. Il semble aussi envisageable d'opérer des distinctions ou exclusions selon la durée contractuelle du temps partiel. Enfin, lorsqu'il s'agit d'une augmentation de la durée du travail, une majorité d'auteurs s'accorde à considérer qu'« *un accord ne visant qu'à amener les salariés à temps partiel à travailler à temps complet, ou inversement, constituerait un détournement du dispositif.* »<sup>165</sup>

**59. Les limites d'ordre public.** Les limites résident purement et simplement dans les dispositions d'ordre public, qui sont particulièrement présentes s'agissant de la durée du travail. La limite la plus évidente est constituée par la définition légale du temps de travail effectif, qui ne saurait être modifiée par les négociateurs<sup>166</sup>. Il est également interdit d'aménager des périodes d'astreintes dans un sens défavorable aux salariés<sup>167</sup> ; de réduire ou supprimer la pause quotidienne d'au moins vingt minutes après 6 heures de travail<sup>168</sup> ; d'allonger la durée quotidienne maximale de travail<sup>169</sup> et *a fortiori* de dépasser la durée maximale hebdomadaire de travail<sup>170</sup>. Au-delà de l'aménagement de la durée, les négociateurs peuvent également organiser et répartir cette durée.

---

<sup>164</sup> MORAND (M.), *préc.*, p. 43

<sup>165</sup> V. en ce sens : ANTONMATTEI (P.H.), BARDIN (V.), CANUT (F.), CHENU (D.) VACHET (G.), *préc.*, p. 43

<sup>166</sup> C. trav., art. L. 3121-1 à L. 3121-5

<sup>167</sup> C. trav., art. L. 3121-9 et L. 3121-10

<sup>168</sup> C. trav., art. L. 3121-13

<sup>169</sup> C. trav., art. L. 3121-18

<sup>170</sup> C. trav., art. L. 3121-20 à L. 3121-22

## II - L'organisation et la répartition de la durée

**60. L'aménagement sur une période supérieure à la semaine.** L'article L. 2254-2 I du Code du travail dispose qu'un accord de performance collective peut aménager les modalités d'organisation et de répartition de la durée du travail. L'article L. 2254-2 II précise qu'il peut constituer le réceptacle pour mettre en place ou modifier un dispositif d'aménagement du temps de travail sur une période de référence supérieure à la semaine. Si les négociateurs usent d'une telle faculté, l'accord de performance collective emprunte de manière non exhaustive le régime de cet instrument, en vigueur depuis la loi « Warsmann » du 22 mars 2012. En effet, les dispositions d'ordre public des articles L. 3121-41 et L. 3121-42 du Code du travail s'appliqueront. Par conséquent, il est notamment impossible de prévoir des périodes de référence supérieures à trois ans<sup>171</sup>. Les négociateurs devront informer les salariés, dans un délai raisonnable, de tout changement dans la répartition de leur durée de travail. Sur ce dernier point, l'article L. 3121-47, auquel l'article L. 2254-2 fait aussi référence, prévoit qu'à défaut de stipulations, le délai de prévenance des salariés en cas de changement de durée ou d'horaires de travail est fixé à sept jours. L'article L. 3121-44, qui prévoit le champ de la négociation, permet de prévoir des périodes de référence et délais de prévenance différents et impose de prévoir les modalités de communication des horaires aux salariés à temps partiel. Il faut en outre préciser qu'en cas de négociation d'un accord de performance collective portant uniquement sur le temps de travail, il s'agira de bien préciser le régime applicable. En effet, en cas d'accord d'aménagement sur une période supérieure à la semaine, l'article L. 3121-43, auquel l'article L. 2254-2 n'opère pas de renvoi, prévoit que ce dernier ne constitue pas une modification du contrat de travail. Cette disposition permet de retenir un licenciement pour motif personnel en cas de refus du salarié, ce qui, comme le font remarquer certains auteurs, conduit les accords de performance collective « à traiter moins

---

<sup>171</sup> CEDS, 18 oct. 2018, n° 154/2017, CGT c/ France : « une période supérieure à un an et pouvant atteindre trois ans pour le calcul de la durée moyenne du travail (...) n'est pas raisonnable ». Elle est contraire à l'article 4, § 2 de la Charte sociale européenne qui garantit aux travailleurs le droit à une rémunération équitable. Dans l'attente d'une clarification par la Cour de cassation, il s'agit dans l'idéal d'éviter de dépasser un an. V. en ce sens : ROUSPIDE-KATCHADOURIAN (M.-N.), Comité européen des droits sociaux et aménagement du temps de travail, *JCP S* 2019, n°19, *Etude n°1139*

*durement les salariés récalcitrants.* »<sup>172</sup> Pour Michel MORAND, la coexistence de ces deux régimes tient à leur finalité différente : un accord d'aménagement sur une période supérieure à la semaine correspondrait à un besoin pérenne tandis que l'accord de performance collective répondrait à un besoin plus temporaire<sup>173</sup>.

**61. La mise en place d'un dispositif de forfait annuel.** L'article L. 2254-2 II du Code du travail prévoit ensuite la possibilité de la mise en place d'un dispositif de forfait annuel. Il faut à ce titre préciser que la thématique des forfaits annuels n'a été envisagée qu'à partir de la loi de ratification des ordonnances. Ainsi, si les négociateurs souhaitent faire de la conclusion d'un accord de performance collective le véhicule juridique de cette mise en place, la loi précise que tout le régime juridique sur les conventions de forfait s'appliquera, et ce sans exception. Par conséquent, les champs de l'ordre public du forfait en heures<sup>174</sup>, du forfait en jours<sup>175</sup> ainsi que les dispositions communes<sup>176</sup> s'appliqueront. Aussi, les négociateurs pourront se saisir de tout le champ de la négociation collective en la matière<sup>177</sup>, tandis que l'absence de négociation sur certains points entraînera l'application des dispositions supplétives<sup>178</sup>. Cependant, une limite majeure apparaît. En effet, l'article L. 3121-55 du Code du travail, qui prévoit que la forfaitisation de la durée du travail doit faire l'objet de l'accord du salarié et d'une convention individuelle de forfait établie par écrit, s'applique. Cela met à mal l'effectivité de l'accord de performance collective, dont l'objectif est l'imposition par la négociation collective de l'adaptation des relations individuelles. Le salarié conserve ici un droit de ne pas consentir, sans risquer pour autant d'être licencié pour cause de son refus.

---

<sup>172</sup> ANTONMATTEI (P.H.), BARDIN (V.), CANUT (F.), CHENU (D.) VACHET (G.), *préc.*, p. 43

<sup>173</sup> MORAND (M.), *préc.*, p. 43

<sup>174</sup> C. trav., art. L. 3121-56 et L. 3121-57

<sup>175</sup> C. trav., art. L. 3121-58 à 3121-62

<sup>176</sup> C. trav., art. L. 3121-53 à L. 3121-55

<sup>177</sup> C. trav., art. L. 3121-63 et L. 3121-64

<sup>178</sup> C. trav., art. L. 3121-65 et L. 3121-66

**62. La modification d'un dispositif de forfait annuel.** L'article L. 2254-2 II du Code du travail prévoit enfin la possibilité de modifier un dispositif de forfait annuel, c'est à dire déjà existant avant la conclusion de l'accord de performance collective. Le régime est cette fois-ci assoupli. En effet, si la loi prévoit également l'application des articles L. 3121-53 à L. 3121-66 du Code du travail, elle exclut expressément l'application des articles L. 3121-55 et L. 3121-64 I 5° du Code du travail. Par conséquent, la loi exclut l'exigence de l'accord du salarié, la solution se justifiant par le fait que le salarié a déjà consenti au principe même de la forfaitisation. De même, les stipulations contraires et incompatibles de la convention individuelle de forfait déjà existante seront modifiées par celles de l'accord collectif. Par conséquent, l'accord de performance collective peut constituer un réceptacle efficace pour adapter un dispositif de forfait annuel. Il est en revanche déconseillé d'utiliser ce levier afin de mettre en place un tel dispositif, malgré les potentialités d'amélioration de la performance collective s'agissant de la durée et donc, mécaniquement, de la rémunération du travail.

## **§2. La rémunération du travail**

### **I - Les largesses de la notion**

**63. Le salaire de base.** L'article L. 2254-2 I du Code du travail dispose qu'un accord de performance collective peut aménager la rémunération au sens de l'article L. 3221-3 du Code du travail. Ce dernier article définit dans un premier temps la rémunération comme le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum. Au regard de cette définition, il semble parfaitement envisageable, selon nombre de praticiens<sup>179</sup>, de réduire purement et simplement les salaires uniformément ou de moduler la réduction selon le montant de la rémunération. Les rédacteurs pourraient opter simultanément ou de manière alternative pour la modification de la structure de la rémunération. Par exemple en changeant la proportion entre le salaire fixe et le salaire variable ou en instaurant de nouvelles règles d'acquisition d'un bonus. Enfin, à défaut de modifier directement ou indirectement le montant de la rémunération, une dernière option pourrait consister dans le gel des salaires pendant une durée déterminée.

---

<sup>179</sup> V. en ce sens DUPAYS (A.) (*dir.*) : *op. cit.*, p. 29, *info. n° 1869*

**64. Les avantages et accessoires.** L'article L. 3221-3 du Code du travail définit également la rémunération comme constituée de tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier. Il est conseillé par certains praticiens<sup>180</sup> de modifier ou supprimer certaines catégories de primes telles que la prime d'ancienneté. Il est encore possible de geler ou supprimer purement et simplement une prime de treizième mois. Enfin, il semble tout à fait envisageable de réduire la durée ou le taux de la garantie de ressources en cas de maladie. La notion de rémunération permet donc de dépasser la notion plus stricte de salaire de base, qu'elle englobe largement. Les rédacteurs pourront se saisir avec souplesse de cet outil afin d'ajuster collectivement les coûts de l'entreprise. Néanmoins, certaines limites peuvent se dresser devant eux.

## **II - Les limites de la négociation**

**65. Le SMIC.** La première limite est d'ordre public absolu. Elle vise le respect du SMIC qui doit continuer d'assurer aux salariés dont les rémunérations sont les plus faibles une garantie de leur pouvoir d'achat ainsi qu'une participation au développement économique de la nation<sup>181</sup>. De même, un accord de performance collective ne pourra comporter des indexations sur le SMIC ou des références à ce dernier en vue de la fixation et de la révision des salaires<sup>182</sup>.

**66. Les salaires minima hiérarchiques.** L'article L. 2254-2 I du Code du travail prévoit que l'aménagement de la rémunération doit s'opérer dans le respect des salaires minima hiérarchiques mentionnés au 1° du I de l'article L. 2253-1. Il s'agit cette fois d'une limite d'ordre public social, qui prend sa source dans les rapports entre accords collectifs de branche et d'entreprise. En effet, dans le domaine des salaires minima hiérarchiques, la

---

<sup>180</sup> DUPAYS (A.) (*dir.*) : *op. cit.*, p. 29, *info. n° 1869*

<sup>181</sup> C. trav., art. L. 3231-2

<sup>182</sup> C. trav., art. L. 3231-3

branche conserve une priorité d'application. Il est donc impossible pour un accord de performance collective, du fait de sa nature d'accord d'entreprise, de déroger dans un sens moins favorable à ces stipulations. Il faut noter que cette référence aux salaires minima hiérarchiques a été précisée par la loi de ratification du 29 mars 2018. Le texte issu des ordonnances visait initialement les « *salaires minima conventionnels mentionnés au 1° du I de l'article L. 2253-1* », ce qui ne manquait pas de susciter des interrogations<sup>183</sup>.

**67. Le verrouillage de la branche.** La première difficulté se présente s'agissant des primes. Ne faisant partie des domaines où la convention de branche prédomine, elles relèvent de toutes les autres matières où l'accord d'entreprise prévaut<sup>184</sup>. Toutefois, si la convention de branche le prévoit expressément, elle conservera la priorité s'agissant des primes pour travaux dangereux ou insalubres<sup>185</sup>. Il faut aussi rappeler que dans le domaine visé par l'article L. 2353-2 du Code du travail, les conventions de branche avaient jusqu'au 1er janvier 2019 pour pérenniser les interdictions de déroger à leurs clauses<sup>186</sup>.

**68. Le respect du domaine substitutif.** Le domaine de la rémunération, s'il semble particulièrement large, ne saurait s'étendre aux formes de rémunérations collectives. Il faut penser aux dispositifs d'intéressement, de participation ou encore d'épargne salariale. L'actionnariat salarié (stock-options, attribution gratuite d'actions etc.) ne pourrait également pas être visé, d'autant plus que des obstacles issus du droit des sociétés viendraient se dresser. Enfin, le remboursement des frais professionnels ou les indemnités de licenciement contractuelles, notamment des cadres supérieurs, ne sauraient non plus intégrer le domaine substitutif de l'accord<sup>187</sup>. Si de telles clauses venaient à viser ces matières, leur application au contrat de travail individuel souffrirait des dispositions de l'article L. 2254-1 du Code du travail.

---

<sup>183</sup> V. en ce sens : GAURIAU (B.), *préc.*, p. 28

<sup>184</sup> C. trav., art. L. 2253-3

<sup>185</sup> C. trav., art. L. 2353-2 4°

<sup>186</sup> Ord. n° 2017-1385, 22 sept. 2017, art. 16 I et II

<sup>187</sup> DUPAYS (A.) (*dir.*) : *op. cit.*, p. 29, *info. n° 1869*



**69. A travail égal, salaire égal.** La tentation de mettre en place par un accord de performance collective des systèmes de rémunération variable est grande. Il est couramment admis que les formes de rémunération variables permettent effectivement de « *valoriser la (sur-)performance des salariés.* »<sup>188</sup> De même, il peut être tout aussi tentant de prévoir des formes variables de rémunération ou primes différentes selon les catégories de salariés. Cependant, ces différences de traitement tomberaient sous la coupe de la jurisprudence *Ponsolle* par laquelle la chambre sociale de la Cour de cassation avait énoncé le principe à travail égal, salaire égal, dont « *il se déduit que l'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés de l'un ou l'autre sexe, pour autant que les salariés en cause sont placés dans une situation identique.* »<sup>189</sup> Cependant, la chambre sociale n'empêche nullement les partenaires sociaux de négocier des accords collectifs comprenant des différences de traitement, y compris fondées sur des différences de catégories professionnelles<sup>190</sup>. De même, les rédacteurs devraient bénéficier d'une bouffée d'oxygène supplémentaire en s'appuyant sur la jurisprudence qui décide désormais que « *les différences de traitement entre les salariés opérées par accord collectif sont présumées justifiées de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle* »<sup>191</sup>. La marge de manoeuvre, certes confortable, ne pourra toutefois pas être illimitée au regard du droit de l'UE<sup>192</sup>.



## **70. Conclusion de section.** L'approche originale du législateur a consisté à rassembler

---

<sup>188</sup> V. en ce sens BONNET (C.) et OLCZAK-GODEFERT (G.), Rémunération variable, le difficile équilibre entre exigence de flexibilité et protection du salaire, *RJS 8-9/12, Chronique*

<sup>189</sup> Cass. soc. 29 octobre 1996 n° 92-43.680 : *RJS 12/96 n° 1272, Bull. civ. V n° 359*

<sup>190</sup> Cass. soc. 7 avril 2010 n° 08-44.865 : *RJS 6/10 n° 570, Bull. civ. V n° 86*

<sup>191</sup> Cass. soc., 27 janv. 2015, n° 13-22.179 ; Cass. soc., 8 juin 2016, n° 15-11.324

<sup>192</sup> V. en ce sens notamment le dernier arrêt : Cass. soc., 3 avr. 2019, n° 17-11.970, FP-P+B+R+I : La chambre sociale a récemment écarté toute présomption de justification des différences de traitement résultant d'un accord collectif, dans le champ du droit de l'UE où des dispositions spécifiques s'appliquent. V. en ce sens : RADE (C.), La Cour de cassation et l'égalité de traitement : l'exception communautaire, *Dr. soc. 2019 p. 447*

dans un même dispositif des possibilités de moduler aussi bien à la hausse qu'à la baisse des thématiques déterminantes de la performance des entreprises. S'agissant des limites d'ordre public social, il faut préciser que les rédacteurs pourraient se saisir de la notion de « garanties au moins équivalentes »<sup>193</sup>. D'après le ministère du travail, cette appréciation des garanties devra s'opérer de manière globale, « *la seule différence résidant dans le fait que le niveau inférieur peut désormais "faire aussi bien", alors qu'il devait "faire mieux" sous l'empire du principe de faveur.* »<sup>194</sup> Au-delà de cette approche quantitative, les rédacteurs peuvent aussi favoriser la performance de l'entreprise en optant pour une approche plus dynamique du travail.



## Section 2 — L'approche dynamique du travail

**71. Plan.** L'approche dynamique de la performance dans sa dimension collective est encore parfaitement représentée par Isabelle DAUZET et Philippe ROZEC pour lesquels « *L'intégration du thème de la mobilité professionnelle et géographique est pertinente, non pas comme phénomène individuel de gestion de carrières, mais comme rouage d'un ajustement de la main-d'œuvre en phase, là encore, avec l'évolution des besoins, conjoncturelle voire structurelle.* »<sup>195</sup> Il s'agira d'étudier dans un premier temps la mobilité professionnelle interne, qui revêt un caractère fonctionnel (§1). Ensuite, il s'agira de mettre en exergue que la mobilité géographique interne permet de dépasser les limites spatiales dans l'entreprise tout en continuant de pâtir de la persistance de limites au-delà de l'entreprise-employeur (§2).

---

<sup>193</sup> C. trav., art. L. 2253-1

<sup>194</sup> Bilan de la négociation collective 2017, p. 202

<sup>195</sup> DAUZET (I.) et ROZEC (P.), *préc.*, p. 48

## §1. La mobilité professionnelle interne

**72. Mobilité fonctionnelle.** Il faut entendre la mobilité professionnelle interne comme une mobilité fonctionnelle. En effet, elle vise les situations dans lesquelles le salarié est amené à changer d'emploi<sup>196</sup>. L'idée directrice s'inscrit dans la lignée de l'article 15 de la loi du 14 juin 2013 portant création des accords de mobilité interne. L'objectif est ici d'apporter à l'entreprise des souplesses de fonctionnement. En effet, il s'agit de rechercher l'évolution des compétences nécessaires à une gestion rentable de son activité afin d'améliorer sa réactivité, de s'adapter aux mutations, de préserver ses emplois et d'améliorer sa compétitivité<sup>197</sup>.

**73. Champ des possibles.** Concrètement, il s'agirait par exemple de prévoir la mise en place d'une alternance entre des périodes de formation et des périodes de travail sur un nouveau poste ou bien l'institution de périodes probatoires en cas d'évolution dans un nouveau métier<sup>198</sup>. Il semble également possible de prévoir l'instauration d'une politique de mutation à l'intérieur du groupe, bien que la jurisprudence en la matière ne puisse permettre de contraindre une mobilité intra-groupe<sup>199</sup>. Deux autres difficultés viennent également contraindre la mobilité professionnelle.

**74. Limites.** Tout d'abord, il est impossible de remettre en cause la classification professionnelle de la branche, qui conserve la primauté par rapport à l'accord d'entreprise<sup>200</sup>. Ensuite, il est également impossible de contrevenir à l'ordre public régissant les principes de l'entretien professionnel<sup>201</sup>. Il faut également préciser qu'en matière de négociation obligatoire en entreprise relative à la gestion des emplois et des parcours professionnels, l'employeur doit prévoir une négociation sur les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique

---

<sup>196</sup> ROUSSEAU (D.) (*dir.*), Modèles RH au quotidien, F380-5 – Accord de performance collective

<sup>197</sup> BACH (P.-O.), Accord de mobilité interne, *JCP S 2013, N° 39, Etude n°1370*

<sup>198</sup> V. en ce sens DUPAYS (A.) (*dir.*) : *op. cit.*, p. 29, info. n° 1869

<sup>199</sup> V. *infra*. §2 II

<sup>200</sup> C. trav., art. L. 2253-1

<sup>201</sup> C. trav., art. L. 6315-1

interne à l'entreprise prévue à l'article L. 2254-2, qui doivent, en cas d'accord, faire l'objet d'un chapitre spécifique<sup>202</sup>. La mobilité professionnelle est intimement liée à la mobilité géographique interne.

## **§2. La mobilité géographique interne**

### **I - Le dépassement des limites dans l'entreprise**

**75. Le secteur géographique.** Il faut tout d'abord rappeler que la notion de secteur géographique a été consacrée par la chambre sociale de la Cour de cassation. Cette dernière a posé pour principe que le changement d'affectation du salarié « *dans le même secteur géographique, n'entraîne pas modification du lieu de travail et constitue un simple changement des conditions de travail relevant du pouvoir de direction de l'employeur* »<sup>203</sup>. *A contrario*, le dépassement du même secteur géographique nécessite le consentement du salarié à la modification du contrat de travail. C'est dans ce premier contexte que les accords de performance collective peuvent prévoir une zone géographique de mobilité au-delà du secteur afin de passer outre cet obstacle.

**76. La contractualisation d'un lieu précis.** Il faut également préciser qu'un accord de performance collective pourrait parfaitement faire échec à la contractualisation d'un lieu précis de travail. Cette clause doit être claire et non pas simplement informative<sup>204</sup>. Elle permet au salarié de faire échec au pouvoir de direction de l'employeur, qui ne saurait affecter le salarié dans un autre lieu que celui prévu par le contrat, y compris au sein du même secteur géographique. Selon les besoins de l'entreprise, cette clause pourrait se révéler contraire et incompatible avec les stipulations de l'accord collectif.

---

<sup>202</sup> C. trav., art. L. 2242-20

<sup>203</sup> Cass., soc., 16 déc. 1998, n° 96-40.227, T. c/ C. : RJS 1999, n°157

<sup>204</sup> Cass. soc., 3 juin 2003, RJS 2003, n°980 ; Cass. soc., 21 janv. 2004, RJS 2004, n°301

**77. La clause de mobilité.** Il faut rappeler que la clause de mobilité est particulièrement encadrée par la jurisprudence. En effet, la clause doit être rédigée en des termes clairs et précis et doit prévoir une zone géographique limitée<sup>205</sup>. Elle ne peut porter atteinte au libre choix du domicile du salarié<sup>206</sup>. Elle obéit à une exigence de proportionnalité puisque que sa mise en oeuvre doit se faire dans l'intérêt légitime de l'entreprise<sup>207</sup>. Elle ne doit pas non plus porter atteinte au droit à une vie personnelle et familiale<sup>208</sup>. Les accords de performance collective pourraient ainsi être en mesure de définir des zones géographiques de mobilité autres que celles prévues dans les contrats individuels. L'entreprise fragmentée en plusieurs établissements distincts est ici visée au premier chef, notamment si l'accord de performance collective répond à une fermeture d'établissement. Cependant, l'apparente liberté offerte aux rédacteurs doit être nuancée. Les risques d'une atteinte à la liberté individuelle du salarié sont importants dans ce domaine. Or, au visa des articles 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du code civil et L. 1121-1 du code du travail, la chambre sociale consacre que « *toute personne dispose de la liberté de choisir son domicile et que nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché* »<sup>209</sup>. Nul doute qu'un tel contrôle persistera. Le choix de la zone géographique de mobilité devra être en parfaite adéquation avec les objectifs proclamés par l'accord. Des limites persistent à l'intérieur de l'entreprise, mais également au-delà de l'entreprise confondue avec l'employeur.

---

<sup>205</sup> Cass. soc., 19 mai 2004, SSL, 2004, n°1171, p.12 ; Cass. soc., 9 nov. 2011, n°10-10320

<sup>206</sup> Cass. soc., 12 janv. 1999, *Dr. soc. 1999*, p.287, *obs. J.-E. Ray*

<sup>207</sup> Cass. soc., 23 janv. 2002, *RJS 2003*, *obs. F. Favennec-Héry*

<sup>208</sup> Cass. soc., 2 janv. 2008, n°07-40522

<sup>209</sup> Cass. soc., 28 févr. 2012, n°10-18.308, FS-P+B, *JSL 2012*, n°320

## II - La persistance des limites au-delà de l'entreprise

**78. La mobilité dans l'UES.** Les différentes positions qui visent à assimiler UES et entreprise<sup>210</sup> ne rencontrent guère de succès s'agissant de la mobilité géographique ou professionnelle. En préambule, il s'agit de ne pas confondre la négociation de l'accord au niveau de l'UES, qui semble parfaitement permise, et la possibilité de prévoir une mobilité au sein de l'UES. En effet, la jurisprudence en la matière invite à penser qu'une telle mobilité n'est pas envisageable. Comme le soulignent certains auteurs<sup>211</sup>, il faut d'abord rappeler qu'un accord ne saurait décider que l'UES devient l'employeur direct des salariés<sup>212</sup>. Cette solution tient d'abord du fait qu'un changement d'employeur ne peut être imposé à un salarié<sup>213</sup>. Mais aussi parce que l'UES est dépourvue de personnalité juridique<sup>214</sup>. C'est ainsi qu'il a été décidé que les accords prévoyant la permutabilité automatique des salariés à l'intérieur de l'UES, sans passer par la modification consentie des contrats de travail, ne peuvent imposer à un salarié, sans obtenir son accord, un changement d'employeur<sup>215</sup>. Il s'agit plus ici d'une persistance des limites au-delà de la société employeur et partie au contrat de travail plutôt que de l'entreprise, reconstituée par la notion d'UES. La clé résiderait dans l'attribution de la personnalité juridique à l'UES afin de permettre à l'avance la mobilité en son sein.

**79. La mobilité intra-groupe.** Qu'elle soit géographique ou professionnelle, la mobilité interne ne devrait pas permettre d'envisager une mobilité entre différentes sociétés constitutives du groupe. En effet, une telle mobilité ne constitue pas une modification du contrat de travail<sup>216</sup> et suppose un changement d'employeur que le salarié doit expressément

---

<sup>210</sup> V. en ce sens la Circulaire DRT n°09 du 22 septembre 2004

<sup>211</sup> DUPAYS (A.) (*dir.*), *op. cit.*, p. 29, *info. n° 1869*

<sup>212</sup> Cass. soc., 23 déc. 2009, n° 07-44.200

<sup>213</sup> Cass. soc., 16 déc. 2008, n° 07-43.875

<sup>214</sup> Cass. soc., 23 juin 2010, n° 09-60.341

<sup>215</sup> Cass. soc., 16 déc. 2008, n° 07-43.875

<sup>216</sup> Cass., soc., 23 novembre 2009, n° 07-44.200 ; Cass. soc., 19 mai 2016, n° 14-26.556

accepter<sup>217</sup>. Il faut rappeler les nombreuses critiques qui ont entouré ces jurisprudences. Vincent ROULET dénonçait une « *certaine forme de dogmatisme* » du droit du travail « *alors que la satisfaction des besoins des entreprises ne nuirait pas aux salariés.* »<sup>218</sup> Le législateur n'a pas souhaité y remédier, renforçant même la position de la jurisprudence. En effet, la lettre du texte, qui vise la mobilité « interne », écarte par l'effet de la seule loi toute hypothèse contraire. Dans ce contexte, il n'est pas envisageable d'imaginer une substitution des clauses d'un accord de performance collective qui prévoiraient une mobilité intra-groupe. Enfin, pour Isabelle DAUZET et Philippe ROZEC, « *la limitation de l'effet de l'accord sur la mobilité interne à l'entreprise est une insuffisance du texte qui ne permettra pas de sécuriser les bonnes pratiques de solidarité à l'intérieur des groupes. Cette lacune est regrettable.* »<sup>219</sup>



**80. Conclusion de section.** La performance collective est ici favorisée par l'adaptation de la collectivité de travail à l'évolution fonctionnelle et géographique des emplois dans l'entreprise. Les deux faces de la mobilité peuvent être simultanées. Néanmoins, la logique contractuelle tient ici sa revanche en bloquant toute perspective de changement d'employeur, ce qui donne un goût d'inachevé au dispositif et constitue sans aucun doute sa plus grande limite. Cela explique en partie que la mobilité ne constitue pas un thème prioritaire de négociation<sup>220</sup>. L'autre partie de l'explication réside très probablement dans le risque d'atteinte aux libertés individuelles du salarié. Afin de diminuer ce risque, le législateur suggère des thèmes de négociation en marge du domaine substitutif de l'accord collectif.



---

<sup>217</sup> Cass., soc., 8 juin 2016, n° 15-17.555

<sup>218</sup> ROULET (V.), Variations sur la clause de mobilité personnelle, *JCP S 2010, n° 8, Etude n° 1077*

<sup>219</sup> DAUZET (I.) et ROZEC (P.), *préc.*, p. 48

<sup>220</sup> STRUILLLOU (Y.), Une dynamique est à l'œuvre, *SSL 2018, N° 1835* ; Discours de Muriel Pénicaud, ministre du Travail, le mardi 30 avril 2019 à l'AN

## **Chapitre 2. Les suggestions de la loi en marge du domaine de l'accord collectif**

**81. Plan.** Le législateur avait pour objectif d'alléger les contraintes des anciens accords. L'un des principaux apports réside dans la transformation en éléments facultatifs de contreparties auparavant déclinées en clauses obligatoires. Ces clauses ne sont plus que suggérées par la loi et ne devront pas même faire l'objet d'une négociation obligatoire. Car il n'est plus ici question de circonscrire le domaine de l'accord mais bien de favoriser et d'accompagner l'épanouissement de la liberté contractuelle des parties en marge du domaine substitutif. Les modalités d'information sur la naissance, la vie et la mort de l'accord constituent les premiers éléments suggérés (**section 1**). En second lieu, le législateur ne perd pas de vue que l'objet de l'accord est d'exiger des efforts d'adaptation de la communauté de travail. Ces efforts, pour être acceptés par les négociateurs salariaux, devront probablement donner lieu à des mesures compensatrices. Leur adoption est encouragée (**section 2**).

### **Section 1 — Les modalités d'information**

**82. Plan.** L'information est au cœur du dispositif. C'est pour cela que le législateur suggère aux négociateurs de préciser les modalités de l'information aux salariés dès le stade initial de l'application de l'accord (§1). Le législateur suggère ensuite de prévoir des modalités d'information au cours de son application et jusqu'à son éventuel terme (§2).

#### **§1. Sur l'application de l'accord**

**83. Les moyens de l'information.** L'article L. 2254-2 II 1° du Code du travail encourage les partenaires sociaux à l'adoption de modalités par lesquelles l'information sur l'application de l'accord sera notifiée aux salariés. Néanmoins, il ne faut pas confondre la négociation sur ces modalités avec l'exigence impérative et d'ordre public du principe de la notification aux salariés de l'existence de l'accord. C'est ainsi que les négociateurs pourront aménager une information collective par l'intermédiaire des représentants du personnel (par



exemple un procès-verbal d'une réunion du CSE) ou encore une information directe des salariés. Concrètement, il s'agit d'envisager les moyens de communication qui peuvent être divers : réunion, note dans les bulletins de paye, information sur l'intranet etc<sup>221</sup>. Il faudra s'assurer que chaque salarié a bien reçu individuellement l'information de l'existence de l'accord. Certains praticiens conseillent une information par un double canal collectif et individuel<sup>222</sup>.

**84. La finalité de l'information.** Cette information fait courir le délai de réflexion pour le salarié. Elle constitue le fait générateur du début de ce délai. Les modalités de l'information seront de nature à lier les parties, ce qui peut avoir des conséquences non négligeables. En effet, un salarié informé par un autre moyen que celui prévu par l'accord pourra être réputé comme n'ayant pas eu connaissance de son existence.

## **§2. Durant l'application de l'accord**

**85. Du suivi à l'examen.** L'article L. 2254-2 II 1° du Code du travail prévoit la possibilité de préciser les modalités du suivi de l'accord pendant toute sa durée. Au plan collectif, des réunions périodiques avec le CSE pourront être négociées. Au plan individuel, des entretiens périodiques ayant pour objet l'application de l'accord pourraient être envisagés, notamment sur demande du salarié. Enfin, un examen de la situation des salariés au terme de l'accord pourra être planifié. Cela peut avoir pour objectif d'anticiper la transition entre la fin de l'application de l'accord et le retour aux clauses initiales du contrat.



**86. Conclusion de section.** Si le législateur incite les partenaires sociaux à négocier sur l'information de l'application de l'accord, c'est avant tout pour asseoir l'opposabilité de

---

<sup>221</sup> CESARO (J.-F.), L'automne dans les branches professionnelles et quelques mesures portant sur la négociation collective, *JCP S 2017, n°39, Etude n°1306*

<sup>222</sup> V. en ce sens DUPAYS (A.) (*dir.*) : *op. cit.*, p. 29, *info. n° 1871*

l'accord aux salariés. Les négociateurs ne devront pas badiner avec ces modalités au risque de rendre inefficace tout l'édifice de l'accord. La finalité des modalités de suivi et d'examen est bien plus à rechercher sous le prisme des relations sociales que du droit. Les modalités compensatrices procèdent de la même logique.



## **Section 2 — Les modalités compensatrices**

**87. Plan.** Pour rendre l'accord acceptable aux négociateurs salariaux, la loi suggère un certain nombre de modalités compensatrices. En forme d'hommage à ce qu'il reste de l'ANI du 11 janvier 2013, le législateur suggère d'abord l'association des dirigeants et actionnaires aux efforts collectifs (§1). Celle-ci n'est pas sans poser de difficultés d'application. Le législateur incite ensuite les négociateurs à aménager des dispositifs d'accompagnement aux dimensions individuelles et collectives (§2).

### **§1. Par l'association des dirigeants et actionnaires aux efforts collectifs**

#### **I - L'identification des personnes concernées**

**88. Les dirigeants salariés.** L'article L. 2254-2 II 2° du Code du travail dispose que l'accord peut prévoir les conditions dans lesquelles les dirigeants salariés exerçant dans le périmètre de l'accord fournissent des efforts proportionnés à ceux demandés aux salariés pendant toute la durée de cet accord. Par conséquent, cette suggestion laisse place à une pleine liberté conventionnelle afin d'identifier précisément les catégories de dirigeants salariés soumis à ces efforts proportionnés.

**89. Les mandataires sociaux et actionnaires.** Contrairement aux dirigeants salariés, la disposition visée ci-avant ne soumet pas ces catégories à la marge d'appréciation du périmètre de l'accord. Ces notions, qui sont issues du droit des sociétés, ne peuvent être

saisies par les négociateurs afin d'identifier les personnes soumises à ces efforts. Il faudra alors se reporter à la personnalité juridique du ou des sociétés parties à l'accord pour identifier les mandataires sociaux ou actionnaires visés. Il semble néanmoins possible de demander des efforts proportionnés en opérant des distinctions, le cas échéant, entre les différentes sociétés parties à l'accord. Il semble aussi envisageable de demander des efforts proportionnés à certaines catégories de mandataires sociaux ou d'actionnaires selon le degré de pouvoir détenu : pourcentage de droits de vote ou encore niveau plancher de détention du capital.

## **II - L'identification des efforts collectifs**

**90. Les efforts proportionnés.** L'article L. 2254-2 II 2° du Code du travail précise simplement que ces efforts doivent être proportionnés. Pourrait-on imaginer un contrôle du juge sur la proportionnalité de ces efforts ? Il s'agirait de remettre en cause la justification de l'accord collectif ou la décision émanant des organes d'administration et de surveillance. Cela semble difficile, d'autant plus que la force contraignante de cette précision est loin d'être évidente et semble présenter un caractère programmatique. A l'égard d'abord des dirigeants salariés ou des mandataires sociaux, la demande pourrait prendre la forme d'une réduction de la rémunération proportionnelle à la réduction demandée aux salariés. À l'égard ensuite des actionnaires, la demande pourrait se traduire par le gel ou la réduction des dividendes<sup>223</sup>. Il ne faut pas perdre de vue la perspective d'un éventuel engagement du maintien de l'emploi pendant une période donnée, même en cas de survenance de difficultés économiques mettant en péril la rentabilité de l'entreprise. Tout licenciement pour motif économique opéré pourrait être sanctionné par une indemnité.

**91. Limites.** S'agissant d'abord des efforts demandés aux dirigeants salariés, il faut distinguer selon que ces efforts sont compris ou non dans les domaines substitutifs de l'accord de performance collective. En marge du domaine, le consentement individuel sera requis, puisque l'article L. 2254-1 du Code du travail trouverait à s'appliquer. S'agissant ensuite des efforts des mandataires sociaux et actionnaires éventuellement contractés, la loi préserve de

---

<sup>223</sup> DUPAYS (A.) (*dir.*) : *op. cit.*, p. 29, *info. n° 1871*

manière impérative le respect des compétences des organes d'administration et de surveillance des sociétés concernées. Or, comme le soulignait le Professeur LOISEAU à l'occasion des accords de maintien de l'emploi, « *Le droit des sociétés a ses règles propres sur lesquelles les partenaires sociaux n'ont pas vraiment d'autorité.* »<sup>224</sup> Toutefois, si l'engagement contracté n'est finalement pas validé par ces organes, pourrait-on imaginer une responsabilité contractuelle de l'employeur ? Rien ne s'y oppose, à condition pour les salariés ou représentants de rapporter un préjudice et un lien de causalité. Le régime de responsabilité se rapprocherait du schéma de celui de la promesse de porte-fort par laquelle le promettant (l'employeur) du fait (les efforts proportionnés) d'un tiers (les mandataires sociaux et actionnaires) peut être condamné à des dommages et intérêts si ce fait n'a pas été accompli<sup>225</sup>. L'insertion d'une clause pénale sanctionnant le non respect de l'engagement serait plus efficace.

## **§2. Par des mécanismes d'accompagnement des salariés**

### **I - La dimension individuelle**

**92. La conciliation vie professionnelle et vie personnelle.** L'article L. 2254-2 II 3° du Code du travail suggère aux négociateurs de préciser les modalités selon lesquelles sont conciliées la vie professionnelle et la vie personnelle et familiale des salariés. Si l'accord a pour objectif proclamé de viser la performance « collective », l'aspect individuel et subjectif rattaché à la personne humaine du salarié doit nécessairement refaire surface. Cette conciliation pourra ainsi s'opérer en amont même des propositions de mobilité géographique, d'aménagement du temps de travail ou de mise en place d'un régime de forfait-jours. Concrètement, ces mesures autoriseront des différences entre certains salariés pris individuellement. Pourront par exemple être exclues des actions de mobilité géographique les personnes placées dans une situation familiale ou personnelle particulièrement délicate. En matière de temps de travail, il peut s'agir d'engagements contraignants sur la limitation des

---

<sup>224</sup> LOISEAU (G.), Les accords de maintien de l'emploi, *JCP S 2013, n°25, Etude n°1260*

<sup>225</sup> C. civ., art. 1204

heures supplémentaires ou encore la mise en place de garanties en matière de droit à la déconnexion<sup>226</sup>. Ces suggestions offrent un terrain propice à la mise en place de mécanismes de suivi destinés à prévenir la surcharge de travail.

**93. L'intérêt de cette conciliation.** Ces mesures peuvent en réalité permettre aux négociateurs d'assurer la conformité de l'accord à nombre d'exigences supra-légales dont notamment : l'article 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ; l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'UE et les principes généraux du droit de l'UE<sup>227</sup> ; la Charte sociale européenne ; ou encore l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. De même, le Conseil d'Etat avait retenu dans un arrêt du 7 décembre 2017, relatif aux accords de préservation et développement de l'emploi, que le caractère obligatoire de ces clauses écartait l'atteinte à la liberté contractuelle, au droit à l'emploi et à la convention OIT n° 158<sup>228</sup>. Or, le Conseil constitutionnel ne s'est pas non plus prononcé sur la conformité du paragraphe II de l'article L. 2254-2 du Code du travail dans sa décision du 21 mars 2018. Le mystère persiste, et l'incertitude menace. Ne faut-il pas songer au fameux arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation relatif au forfait-jours<sup>229</sup> ? Il vaut mieux prévenir que guérir.

## II - La dimension collective

**94. Les dispositifs facultatifs d'accompagnement.** L'article L. 2254-2 II 4° du Code du travail prévoit que l'accord peut préciser les modalités d'accompagnement des salariés. Au nom du principe d'égalité de traitement, ces dispositifs d'accompagnement devront nécessairement avoir un caractère collectif. Le législateur invite les négociateurs à faire preuve d'une grande imagination conventionnelle de manière à accompagner l'adaptation des

---

<sup>226</sup> DUPAYS (A.) (*dir.*) : *op. cit.*, p. 29, *info. n° 1871*

<sup>227</sup> Sur cette question V. notamment : GARDIN (A.), L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale, *RJS 2/19, Chronique*

<sup>228</sup> CE, 7 déc. 2017, nos 408379 et 408450

<sup>229</sup> Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107 : *JurisData n° 2011-012756* ; *JCP S 2011, 1333, étude M. Morand*

salariés à l'application de l'accord. A titre d'illustration, il s'agit d'envisager l'amélioration des garanties de retraite, de chômage et de prévoyance ; un allongement des congés payés ou des congés pour événements personnels ou familiaux ; la création de nouveaux congés pour raisons personnelles etc.<sup>230</sup>

**95. L'abondement complémentaire du CPF.** Le même paragraphe susmentionné invite les négociateurs à prévoir un abondement du CPF au-delà du montant minimal de 3 000 euros s'appliquant obligatoirement aux salariés licenciés<sup>231</sup>. Cet abondement pourra autant s'appliquer aux salariés ayant accepté l'accord qu'à ceux ayant refusé son application à leur contrat. Il semble aussi envisageable de pouvoir justifier objectivement d'un abondement supérieur pour les salariés licenciés suite au refus de l'application de l'accord.



**96. Conclusion de section.** Ces suggestions compensatrices brillent par leur caractère facultatif et non plus impératif. Toutefois, il y a fort à parier que la négociation de contreparties, suggérées ou non par le législateur, constituera un élément essentiel de l'engagement des représentants salariaux. Pour illustrer le propos, l'accord PSA du 14 juin 2018 avait prévu que les salariés recevront « une prime de performance » de 100 euros en fin d'année. Ces éléments facultatifs constituent le deuxième facteur de la performance collective dans l'entreprise par l'ajustement naturel des intérêts des parties à l'accord collectif plutôt que l'imposition de l'intérêt général par la loi.



**97. Conclusion du titre II.** Le gouvernement justifiait la réforme des ordonnances du 22 septembre 2017 en ce qu'elle permettrait de trouver des solutions innovantes pour « *articuler performance sociale et performance économique au plus près du terrain, dans le*

---

<sup>230</sup> Selon les suggestions *in* DUPAYS (A.) (*dir.*) : *op. cit.*, p. 29, info. n° 1871

<sup>231</sup> C. trav., art. D. 6323-3-2 I

*dialogue et dans un cadre souple et protecteur.* »<sup>232</sup> Les objectifs de performance économique semblent avoir été bien ciblés au sein du domaine substitutif. L'objectif de dialogue au plus près du terrain semble se concrétiser, comme en témoigne les 142 accords recensés au 31 mars 2019<sup>233</sup>. Cette envolée, que n'ont pu connaître les précédents accords dérogatoires, doit inévitablement son succès à un autre objectif proclamé : la souplesse. Jusqu'ici inégalée, elle permet aux négociateurs de se saisir de tout ou partie du domaine selon les besoins de performance de l'entreprise<sup>234</sup>. S'agissant des objectifs de performance sociale et de protection, il faut néanmoins constater que tout ce qui relève de la contrepartie aux salariés s'insère dans le domaine facultatif de l'accord. Toutefois, l'esprit de l'article 18 de l'ANI du 11 janvier 2013, qui proclamait que l'acceptabilité ne pouvait passer que par « *le respect d'une certaine symétrie des formes* » et des « *efforts* » perdurera nécessairement. Cette symétrie constituera l'engrenage nécessaire à la propagation du rayonnement de la volonté collective sur les contrats individuels.



---

<sup>232</sup> Communiqué de presse du Conseil des ministres du 28 juin 2017

<sup>233</sup> Discours de Muriel Pénicaud, ministre du Travail, le mardi 30 avril 2019 à l'AN. L'évolution est très exponentielle puisqu'une cinquantaine d'accords étaient signés fin 2018 : IZARD (S.), *préc.*, p. 18

<sup>234</sup> *Ibid.* Au 31 mars 2019, ont été signés : 56 accords traitant du temps de travail ; 17 accords traitant de la rémunération ; 29 accords traitant de la mobilité géographique ; 37 accords traitant à la fois du temps de travail et de la rémunération.

## PARTIE II. LE RAYONNEMENT DE LA VOLONTE COLLECTIVE

**98. Plan.** Le rapport Combrexelle préconisait que « *Lorsque l'emploi est en cause et que l'accord vise à le protéger, le maintenir, le préserver et le développer, l'accord et l'intérêt collectif qu'il incarne priment sur l'intérêt individuel concrétisé par le contrat de travail.* »<sup>235</sup> Il illustre avec acuité ce qu'il faut entendre par rayonnement de la volonté collective, qui renvoie à l'idée d'émission<sup>236</sup> d'effets juridiques nés collectivement. Il faut même ajouter que les nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise permettent d'élargir l'intensité de la volonté collective au-delà de la question de l'emploi. Mais quelle est la trajectoire de ce rayonnement ?

Sa première caractéristique est sa dimension rectiligne, en ce qu'il émane de l'accord collectif pour se diffuser vers le contrat de travail. Le contrat de travail, qui constitue la loi des parties à la relation de travail, constitue un accord de volontés individuelles. Ainsi, le rayonnement de la volonté collective constitue le vecteur<sup>237</sup> de l'adaptation des stipulations même plus favorables du contrat individuel à celles de l'accord collectif (**titre 1**). L'accord du salarié entraîne l'absorption de ce rayonnement par le contrat.

Inversement, le refus du salarié fait obstacle à l'absorption par le contrat de ce rayonnement. Le rayonnement, à défaut d'être absorbé, va subir un mouvement de réfraction. La trajectoire va se détourner du contenu obligationnel pour faire naître une cause de rupture du contrat, découlant de cette non absorption. Ainsi, l'éventuelle résistance individuelle constituera, en elle-même, une cause de rupture du contrat (**titre 2**).

---

<sup>235</sup> COMBREXELLE (J.-D.), Rapport au premier Ministre, La négociation collective, le travail et l'emploi, 2015, p. 102

<sup>236</sup> En ce sens, définition du Trésor de la langue française

<sup>237</sup> Dans le sens d'un segment de droite orienté, définition du Trésor de la langue française



# **TITRE 1. La légitimité collective : vecteur d'adaptation du contrat individuel**

**99. Plan.** La légitimité peut renvoyer à la conformité d'un acte, avec le droit et la raison<sup>238</sup>. Pour le Professeur TEYSSIE<sup>239</sup>, la légitimité constitutionnellement consacrée de l'accord majoritaire et des acteurs syndicaux leur permet de négocier dans l'intérêt de la collectivité de travail. Cet intérêt supplanterait l'intérêt de l'individu. Elle permet de fonder la commutativité de l'échange conventionnel avec l'employeur, dont la raison est de viser l'adaptation des relations de travail aux besoins de l'entreprise et de l'emploi.

S'agissant des modalités de l'adaptation, l'article L. 2254-2 III du Code du travail prévoit que « *les stipulations de l'accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail.* » Cette substitution matérialise la recherche de l'adaptation du contenu du contrat individuel de travail (**chapitre 1**).

Toutefois, comme le soulignent le Professeur WOLMARK et Elsa PESKINE, « *la résistance du contrat de travail [donc du salarié] n'est pas frontalement remise en cause* »<sup>240</sup>. Le salarié conserve le choix d'opter ou non pour l'adaptation de son contrat. L'option, dérivée du latin *optare*, signifie « *examiner avec soin, choisir, prendre le parti de, souhaiter* »<sup>241</sup>. En effet, le salarié bénéficie d'un choix pour exprimer son refus ou son acceptation à la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord. Si le vecteur de la volonté collective est la recherche de l'adaptation, celle-ci n'en reste pas moins optionnelle (**chapitre 2**). La gravité de la décision conduit la loi à encadrer tant les conditions que les modalités d'exercice de l'option.

---

<sup>238</sup> V. en ce sens la définition du Trésor de la langue française

<sup>239</sup> TEYSSIE (B.), Droit du travail, Relations collectives, *LexisNexis*, 11<sup>e</sup> éd., 2018, p. 1051, n° 2072

<sup>240</sup> PESKINE (E.) et WOLMARK (C.), Droit du travail 2019, *Dalloz HyperCours*, 12<sup>e</sup> éd., 2018, p. 626, n° 1001

<sup>241</sup> Selon l'étymologie retenue par le Trésor de la langue française

# **Chapitre 1. L'adaptation recherchée du contrat individuel**

## **au statut collectif**

**100. Plan.** La rationalité première de l'accord collectif n'est pas de procéder à des licenciements mais bien de rechercher l'adaptation de la relation de travail. Depuis l'adoption des accords de préservation et de développement de l'emploi, la modification du contrat prend la forme d'une substitution de plein droit et non d'une simple suspension. Cette notion doit être disséquée (**section 1**) afin de mieux en mesurer les effets (**section 2**).

### **Section 1 — La notion de substitution de plein droit**

**101. Plan.** La notion de substitution en droit du travail est bien connue dans les rapports entre normes collectives à travers les accords de substitution. Dans les rapports entre statut collectif et contrat de travail, une difficulté apparaît d'emblée : la confrontation entre plusieurs sources du droit du travail. Or, cette notion revêt de prime abord un caractère définitif contrairement à la technique de la suspension, par nature temporaire. Elle semble donc réinterroger le débat entre les interactions et l'indépendance des sources du droit du travail (§1). Aussi, la formule « de plein droit » utilisée par le législateur semble mystérieuse, en l'absence d'une pleine automaticité de la substitution (§2).

#### **§1. Les débats autour de la notion de substitution**

##### **I - Les interactions des sources du droit du travail**

**102. L'impérativité de l'accord collectif.** L'impérativité de l'accord collectif d'entreprise doit être analysée sous le prisme de la notion de pouvoir. S'agissant de l'employeur, Gérard LYON-CAEN inscrivait cette impérativité dans une perspective de limitation du pouvoir patronal<sup>242</sup>. Au contraire, le Professeur SUPIOT l'analyse sous le prisme

---

<sup>242</sup> LYON-CAEN (G.), Critique de la négociation collective, *Dr. soc.* 1979, p. 350

du salarié en y décelant un mouvement de restitution au niveau collectif de l'autonomie du salarié<sup>243</sup>. Dans ce contexte, quel peut être l'apport de la notion de substitution au débat entourant le principe de l'impérativité de l'accord collectif ? Elsa PESKINE analysait les premiers accords dérogatoires comme une redistribution des espaces du pouvoir et de l'accord collectif. Dans ce contexte, cette redistribution « *autorise l'employeur à faire ce qu'il n'aurait pu réaliser unilatéralement.* »<sup>244</sup> En effet, dans le cas d'une suspension des clauses contraires et incompatibles du contrat de travail avec l'accord collectif, l'objectif du législateur était déjà de faire céder la digue du contrat de travail plus favorable. Le contenu du contrat de travail plus favorable était, avant les premiers accords dérogatoires, hors d'atteinte tant du pouvoir de direction de l'employeur que de sa capacité normative unilatérale ou de négociation collective. S'agissant du fondement de l'impérativité de l'accord collectif, il ne faut non plus oublier sa dimension hétéronome. L'impérativité résultant d'une substitution s'opère toujours sous la coupe de la loi garante de la force obligatoire des conventions et accords collectifs de travail. En la matière, il s'agit de se référer au triptyque des articles 6 et 1102 alinéa 2 du Code civil, ainsi qu'à l'article L. 2254-1 du Code du travail. Ainsi, il semble difficile de trouver une contribution majeure de la notion de substitution tant du point de vue de l'objectif que du fondement de l'impérativité de l'accord collectif. Il s'agit toujours de neutraliser les clauses du contrat de travail moins favorables (droit commun) et plus favorables (exception résultant d'une suspension ou d'une substitution).

**103. L'absence de hiérarchie.** L'accord de performance collective peut conduire, dans le cadre de son contexte spécifique, à s'interroger sur l'établissement d'une hiérarchie entre l'accord collectif et le contrat de travail. Dans un contexte de débat doctrinal où l'idée de renversement de la hiérarchie des normes refait surface, il s'agit ici de balayer toute idée de hiérarchie. Le Professeur CANUT résume parfaitement la logique d'articulation, en opposition à la hiérarchie : l'accord doit s'appliquer au contrat de travail (impérativité) mais il se conjugue ainsi avec l'autonomie de l'un par rapport à l'autre. Par conséquent, il faut affirmer que l'accord collectif « *n'a aucune supériorité hiérarchique sur le contrat de*

---

<sup>243</sup> SUPIOT (A.), *op. cit.*, p. 14, p. 139 s.

<sup>244</sup> PESKINE (E.), La célébration de l'accord collectif d'entreprise, *Dr. soc.* 2014 p.438

*travail* »<sup>245</sup>. Le droit du travail confère simplement un ordre de priorité à des dispositions conventionnelles ou contractuelles selon le caractère plus favorable de ces dernières. Une véritable hiérarchie entre les sources conventionnelles et contractuelles du droit du travail impliquerait une prévalence absolue de l'une sur l'autre découlant de leur seule place dans la hiérarchie et indépendamment de leur contenu. L'accord de performance collective n'apporte toujours rien de neuf sur ce point. En effet, il faut toujours se référer au contenu de l'accord de performance collective et identifier les trois domaines substitutifs pour lui conférer une priorité d'application uniquement dans ce champ. Les dispositions sortant de ces trois domaines sont simplement soumises au régime de l'article L. 2254-1 du Code du travail. Des incertitudes restent à éclaircir s'agissant du principe de non-incorporation.

## II - L'indépendance des sources du droit du travail

**104. Le principe de non-incorporation.** La finalité de ce principe est la concrétisation de la préservation de l'autonomie des sources. Pour le Professeur VATINET, « *Le principe de non-incorporation a bien pour finalité d'éviter que la révision d'un accord collectif puisse, au plan individuel, s'analyser en une modification du contrat de travail nécessitant le consentement du salarié.* »<sup>246</sup> De ce point de vue, il s'agit de préserver l'effet utile du statut sur le contrat. Autrement, le principe de non-incorporation trouve sa pleine traduction dans les rapports entre statut collectif et contrat de travail dans la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation, laquelle prohibe la modification du contrat de travail par une convention collective<sup>247</sup>. Dans cette autre perspective, il s'agit de mettre le contrat à l'abri des variations statutaires. Seul pouvait être assimilé à une entorse à ce principe le maintien des avantages individuels acquis. Toutefois, l'article 17 de la loi du 8 août 2016 a supprimé ce maintien qui s'opérait en cas de non remplacement d'une convention ou accord collectif dans le délai d'un an. Mais même dans ce cas de figure, le Professeur VATINET

---

<sup>245</sup> CANUT (F.), L'ordre public en droit du travail, *LGDJ*, 2004, n° 396, p. 193

<sup>246</sup> VATINET (R.), L'articulation de la loi et des accords collectifs avec le contrat individuel de travail, *JCP S* 2016 n°17-18, *Etude* n°1151

<sup>247</sup> Cass. soc., 14 mai 1998, n° 96-43.797 à n° 96-43.800 : *JurisData* n° 1998-002088. – Cass. soc., 25 févr. 2003, n° 01-40.588 : *JurisData* n° 2003-017933 ; *RJS* 2003, n° 567

soulignait à juste titre que le maintien de ces avantages était mis en oeuvre « *sans traduire pour autant une incorporation de ces avantages au contrat individuel de travail mais pour en prolonger la survie* »<sup>248</sup>. Le principe de non-incorporation est très puissant en droit du travail : un élément de nature conventionnelle ne pourrait par principe se muer en stipulation contractuelle en l'absence de consentement du salarié et de l'employeur à la contractualisation de cet élément.

**105. L'exception de la substitution ?** Avant l'adoption du terme de « substitution » par la loi du 8 août 2016, la Cour de cassation avait récemment infléchi sa jurisprudence constante en posant pour principe que « *Sauf disposition légale contraire, une convention collective ne peut permettre à l'employeur de procéder à la modification du contrat de travail sans recueillir l'accord exprès du salarié* »<sup>249</sup>. Cet arrêt, rendu au visa de l'article 1134 ancien du Code civil, permet d'envisager la possibilité de déroger à ce principe par la loi. Le Professeur VATINET de souligner qu'« *une telle disposition devrait probablement être très précise, spécialement ciblée* »<sup>250</sup>. Or, l'article L. 2254-2 III du Code du travail précise que le salarié peut refuser « *la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord* ». Le terme « modification » pourrait sembler explicite et suffisamment précis pour envisager une incorporation des dispositions substitutives par le contrat. La lettre du texte pourrait recommander de retenir la thèse de « *l'imbrication* », en opposition à « *l'interaction* » pour reprendre la typologie établie par Philippe ROZEC<sup>251</sup>. De plus, le Conseil constitutionnel a retenu dans sa décision du 21 mars 2018 que le paragraphe III opérait une conciliation non manifestement déséquilibrée entre, d'une part, les exigences constitutionnelles qui découlent de la liberté contractuelle ainsi que du droit d'obtenir un emploi et, d'autre part, la liberté d'entreprendre. Le Conseil balaye toute autre forme de critique en précisant plus largement qu'aucune autre exigence constitutionnelle n'a été

---

<sup>248</sup> VATINET (R.), *préc.*, p. 75

<sup>249</sup> Cass. soc., 10 févr. 2016, n° 14-26.147 : *JurisData* n° 2016-001969 ; *JCP S* 2016, 1135, étude D. Jacotot ; *RJS* 2016, n° 277

<sup>250</sup> VATINET (R.), *préc.*, p. 75

<sup>251</sup> ROZEC (P.), Indépendance, interaction ou imbrication de l'accord individuel, de l'accord collectif et de la loi ? Pour une contextualisation du contrat de travail, *JCP S* 2016 n° 17-18, *Etude* n°1152

méconnue. Les arguments tirés de l'application des lois dans le temps ne pourraient alimenter d'éventuelles autres critiques, comme celles qui viseraient l'expression « de plein droit ».

## §2. Les mystères de la notion de plein droit

**106. Notion.** La notion « de plein droit » renvoie à l'idée d'immédiateté et d'automatisme d'effets juridiques. Dans le cas de l'accord de performance collective, cette première idée pourrait renvoyer à deux éléments. Premièrement, elle impliquerait une entrée en vigueur simultanée de tous les effets de l'accord, en l'absence de toute condition suspensive. L'article L. 2261-1 du Code du travail prévoit une entrée en vigueur à partir du jour qui suit le dépôt auprès du service de dépôt des accords collectifs d'entreprise. L'absence de publication des accords de performance collective ne doit d'ailleurs pas être confondue avec l'obligation d'effectuer ce dépôt<sup>252</sup>. S'agissant des effets substitutifs de l'accord, ceux-ci devraient en principe être immédiats à partir de l'opposabilité régulièrement effectuée par notification aux salariés entrant dans le champ d'application. Ainsi, les effets de l'accord ne devraient être conditionnés par aucun acte complémentaire, tel que par exemple l'accord du salarié. Ces suppositions, une fois confrontées au régime l'accord de performance collective, mettent en lumière des incohérences.

**107. Incohérences.** L'entrée en vigueur de l'accord s'opère par défaut le lendemain du dépôt. Ainsi, les clauses non substitutives (en ce comprises les éventuelles contreparties) prendront effet à ce jour si rien n'est prévu par les parties. Mais s'agissant de la prise d'effet des clauses substitutives régulièrement opposées, le délai d'un mois concédé au salarié pour exprimer son refus peut-il justifier de repousser cette prise d'effet malgré l'entrée en vigueur de l'accord ? Dans ce cas, la substitution ne prendrait effet qu'après l'éventuel accord du salarié. Cependant, une autre lecture de la notion de plein droit pourrait laisser penser que les clauses se substitueraient dès la date d'opposabilité régulièrement effectuée à chaque salarié. Cela poserait de grands problèmes pratiques : comment la substitution pourrait-elle provisoirement opérer tout en sachant qu'un refus postérieur du salarié ferait reprendre ses

---

<sup>252</sup> C. trav., art. L. 2231-5-1 et R. 2231-1-1

droits aux clauses plus favorables du contrat ? La substitution pourrait prendre effet seulement quelques jours, durant le temps de réflexion du salarié. Cette solution n'est évidemment pas souhaitable, au risque d'une crise d'épilepsie juridique. Le délai d'un mois, qui doit constituer un droit d'ordre public du salarié, doit faire obstacle à toute substitution pendant le temps du silence du salarié. Cela doit conduire à écarter toute idée d'automaticité de principe qu'est censée incarner la notion « de plein droit ». La notion n'est toutefois pas dénuée de toute utilité.

**108. Eclaircissements.** L'utilité de la notion prend tout son sens lorsqu'il s'agit d'envisager le cas de figure selon lequel le salarié aurait conservé son silence à l'issue du délai d'un mois. L'article L. 2254-2 du Code du travail ne mentionne pas expressément la possibilité d'une acceptation tacite. Or, faute de disposition légale contraire et expresse, la jurisprudence rappelle que le silence du salarié ne peut jamais valoir acceptation<sup>253</sup>. Pour Louis ALUOME, « *Il faut comprendre de cette formulation que l'acceptation du salarié est présumée donnée* » en l'absence de refus<sup>254</sup>. Le silence vaudra ici acceptation par l'effet de la substitution « de plein droit »<sup>255</sup>.



**109. Conclusion de section.** Le principe d'impérativité de l'accord collectif sur le contrat de travail se trouve renforcé dans les domaines substitutifs de l'accord. Aussi, l'article L. 2254-2 du Code du travail pourrait être considéré comme une exception légale au principe de non-incorporation. L'enjeu de ce débat rejaillira dans l'étude de la nature temporaire ou non des effets de cette substitution, dont la portée est encore en proie au doute.



---

<sup>253</sup> Cass. soc., 29 nov. 2011, n° 10-19.435 : *JurisData* n° 2011-026627 ; *JCP S* 2012, 1061, note C. Leborgne-Ingelaere ; *Bull. civ.* V, n° 275

<sup>254</sup> ALUOME (L.), *préc.*, p. 49

<sup>255</sup> V. en ce sens : AUZERO (G.), BAUGARD (D.) et DOCKES (E.), *Droit du travail, Précis Dalloz*, 32<sup>e</sup> éd., 2018, p. 1632, n° 1383

## Section 2 — La portée des effets de la substitution

**110. Plan.** Etudier les effets de la substitution ne renvoie plus à une analyse de l'apport de la notion dans l'environnement global des sources du droit du travail. Il s'agit plutôt d'étudier concrètement les modalités de prise d'effet de la substitution des stipulations de l'accord de performance collective aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail. Ses effets présentent deux dimensions : une dimension matérielle sur le contenu du contrat et une dimension temporelle de l'application dans le temps. S'agissant de la dimension matérielle, il s'agit d'envisager les manifestations d'un affaiblissement de l'intangibilité du contrat et de l'achèvement du principe de faveur (§1). S'agissant des effets dans le temps, il s'agit de trancher la question suivante : la notion de substitution renvoie-t-elle à une simple « *mise en sommeil* » ? Ou au contraire à une « *mise en cause définitive* »<sup>256</sup> des clauses contraires et incompatibles du contrat de travail (§2) ?

### §1. Les effets sur le contenu du contrat

#### I - L'affaiblissement de l'intangibilité du contrat

**111. Le déclin accentué du contractualisme.** Les débats doctrinaux n'ont pas attendu l'avènement des accords dérogatoires pour constater, non pas un déclin du contrat de travail, mais des principes contractualistes. Comme le soulignait le conseiller Jean-Marc BERAUD, « *le contrat devient « situé » dans un système organisé et rationalisé. Il n'est plus vu en lui-même, mais comme un élément d'un ensemble articulant respect des libertés individuelles du salarié et exigences liées à l'organisation de l'entreprise* »<sup>257</sup>. Pour le Professeur FAVENNEC-HERY, l'intangibilité était déjà devenue un « *anachronisme* » et la liberté

---

<sup>256</sup> CANUT (F.) et GEA (F.), Le droit du travail, entre ordre et désordre, 2de partie (à propos de la loi travail du 8 août 2016), *Dr. soc.* 2017. p. 47

<sup>257</sup> BERAUD (J.-M.), Autour de l'idée de constitution sociale de l'entreprise, *Études offertes à J. Pélissier, Dalloz* 2004, p. 55



contractuelle une « *illusion* »<sup>258</sup>. Aussi, l'émergence des droits fondamentaux du salarié avait bridé la liberté contractuelle des parties notamment en posant des restrictions ou contreparties à l'élaboration de certaines clauses : dédit-formation, non-concurrence, mobilité etc. De même, le contrat de travail, en tant que contrat à exécution successive, « *n'a de chance de perdurer que si les modalités de son exécution évoluent* »<sup>259</sup>. Pour préserver le lien contractuel, il est parfois nécessaire de flexibiliser le contenu obligationnel<sup>260</sup>. Dans cette lignée, l'accord de performance collective doit pouvoir porter une atteinte à l'intangibilité du contrat en recherchant son adaptation aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou pour préserver ou développer l'emploi.

**112. De la stabilité à l'adaptation.** Le contrat de travail est un acte de liberté, mais aussi de prévisibilité. Ce dernier objectif est nécessairement antinomique avec ceux de variation, d'adaptation, ou le terme d'imprévision. Sa prévisibilité l'éloigne de la logique qui préside à l'élaboration du statut collectif : le contrat était déjà analysé par le doyen WAQUET comme un outil de stabilité, au contraire du statut collectif perçu comme un outil de flexibilité<sup>261</sup>. Concilier stabilité et adaptation pose alors de nombreuses difficultés. D'autant plus que la jurisprudence a récemment rappelé la puissance de la prohibition pour l'employeur de modifier unilatéralement le contrat de travail<sup>262</sup>. Cet arrêt rendu au visa de l'article L. 1121-1 du Code du travail ensemble l'article 1134 ancien du Code civil établit même, selon le Professeur TOURNAUX, un lien « *entre la force obligatoire du contrat de travail et l'intangibilité de son contenu qui sont hissées au rang de « droits des personnes » ou de « libertés individuelles et collectives* »<sup>263</sup>. L'adaptation n'est pourtant pas un objectif étranger du

---

<sup>258</sup> BORENFREUND (G.) et FAVENNEC-HERY (F.), Le renforcement de la légitimité des accords collectifs justifie-t-il un effacement de la volonté individuelle du salarié ?, *Dr. soc.* 2016, p. 309

<sup>259</sup> *Ibid.*

<sup>260</sup> MARTINON (A.), Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée : th. préf. B Teyssie : *Dalloz*, 2005, p. 3, n° 2

<sup>261</sup> WAQUET (P.), Contrat de travail et statut collectif, *RJS* 6/94, *Chronique*

<sup>262</sup> Cass. soc., 14 nov. 2018, no 17-11.757 P + B

<sup>263</sup> TOURNAUX (S.), Les clauses de variation du contrat de travail au prisme de l'article L. 1121-1 du Code du travail, *SSL* 2018, N°1840

droit du travail qui l'érige en obligation juridique à la charge de l'employeur. Il faut penser en premier lieu à l'obligation d'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi, fondée sur la bonne foi contractuelle depuis l'arrêt *Expovit* de 1992<sup>264</sup>. Mais cette dernière n'agit pas nécessairement sur le contenu obligationnel du contrat. Dans cette quête de mécanismes d'adaptation circonstanciée du contenu obligationnel du contrat, il faut penser à l'insertion dans le Code civil de la théorie de la révision pour imprévision en cas de « *changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat* » rendant « *l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque* »<sup>265</sup>. Pour le Professeur VATINET, deux difficultés majeures sont à soulever s'agissant de son éventuelle application au contrat de travail. D'abord, « *Des difficultés économiques rencontrées par l'entreprise ou une modification d'un accord collectif ne sont jamais à proprement parler des "circonstances imprévisibles"* ». Ensuite, poursuit l'auteur, « *les contrats de travail étant conclus en très grand nombre, il n'est pas concevable de reconnaître au juge du travail le pouvoir de révision que le second alinéa de l'article 1195 reconnaît au juge du droit commun des contrats* »<sup>266</sup>. C'est dans ce contexte que l'accord de performance collective permet de franchir les différents obstacles érigeant la stabilité en un puissant principe. Il pallie l'insuffisance des solutions légales qui permettraient de rechercher l'adaptation du contrat de travail dans une perspective de flexibilité. Le chemin emprunté est celui de la mise à l'écart du principe de faveur dans trois domaines clés du droit du travail.

## II - L'achèvement du principe de faveur

**113. L'individu et le groupe.** Pour la conseillère Laurence PECAUT-RIVOLIER, « *Ce qui change, notamment avec le nouvel article L. 2254-2 [dans sa version issue de la loi du 8 août 2016], et qui est évidemment fondamental, c'est la mise en retrait du principe de*

---

<sup>264</sup> Cass. soc., 25 févr. 1992, n°89-41634, *Publié au bulletin*

<sup>265</sup> C. civ., art. 1195

<sup>266</sup> VATINET (R.), *préc.*, p. 75

*faveur. Mais il n'y a pas inversion formelle des normes.* »<sup>267</sup> L'objectif est que les nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou la préservation ou le développement de l'emploi priment sur l'intérêt individuel du salarié. C'est le coeur du réacteur du dispositif. Là se trouve matérialisée la puissance de la volonté collective sur la sphère contractuelle. Dans ce contexte, la tradition contractuelle cède du terrain au profit d'une conception plus statutaire du droit du travail. Car traditionnellement, c'est bien le contrat de travail qui, en tant qu'acte-condition, permet au salarié d'accéder à des droits collectifs qui viennent se surajouter aux stipulations contractuelles. Or dans ce cas de figure, c'est la logique communautaire d'appartenance à l'entreprise qui prime. Cette appartenance implique que le statut collectif ne puisse plus uniquement conférer des avantages qui viennent s'additionner aux stipulations contractuelles. Les intérêts verticaux de l'entreprise viennent justifier une mise en échec de certains des avantages du salarié, qui prennent leur source dans sa relation contractuelle horizontale avec l'employeur. Cette conception remet néanmoins en cause la position de certains auteurs comme le Professeur PELISSIER, pour qui il ne fallait pas déceler d'opposition entre l'individuel et collectif puisque « *La prise en compte du collectif n'a jamais eu, en France, pour but de faire échec aux droits individuels des salariés.* »<sup>268</sup> Inversement, pour le Professeur FAVENNEC-HERY, construire un droit collectif ne suppose pas que l'individuel serve de remise en cause permanente du collectif. Car « *La remise en cause individuelle de l'accord déséquilibre le tout et rend inefficace toute organisation collective.* »<sup>269</sup> Ainsi, la remise en cause du principe individuel de faveur ne pouvait trouver sa source que dans la puissance de la volonté collective émanant des représentants légitimes des salariés. Ces derniers sont titulaires d'une capacité réversible de négociation.

**114. Une capacité réversible de négociation.** La débat autour du pouvoir de représentation des négociateurs salariaux au sens large ressurgit avec les accords dérogatoires et la montée en puissance de la légitimité syndicale. A ce propos, certains auteurs ont pu

---

<sup>267</sup> PECAUT-RIVOLIER (L.), Quel ordonnancement des sources du droit du travail ? - Les rapports de l'accord collectif avec la loi et le contrat de travail, *Dr. soc.* 2016, p. 791

<sup>268</sup> FAVENNEC-HERY (F.) et PELISSIER (J.), L'interaction entre l'individuel et le collectif, *SSL* 2011, n°1508

<sup>269</sup> *Ibid.*

analyser que la motivation des arrêts du 27 janvier tendrait à faire des syndicats négociant et signant un accord collectif des « *mandataires des salariés* »<sup>270</sup>. Ainsi que l'observe le Professeur AUZERO, « *dans la mesure où les salariés habiliter les syndicats afin qu'ils négocient pour leur compte, ne faut-il pas [...] remettre en discussion la capacité de résistance du contrat de travail à l'encontre des conventions et accords collectifs de travail ?* »<sup>271</sup> Mais l'auteur souligne qu'une habilitation n'est pas un mandat. La position de la Cour de cassation, dont la portée est devenue incertaine<sup>272</sup>, est surtout de refuser que des salariés se soustraient trop aisément aux stipulations d'un accord négocié et conclu par des personnes qu'ils ont contribué à habiliter pour agir pour leur compte. Jacques BARTHELEMY prône également que « *la primauté de l'accord collectif d'entreprise et les nouveaux objets de la négociation nécessitent une moindre résistance du contrat de travail pour trouver une efficacité* »<sup>273</sup>. Dans ce contexte, les effets de cette habilitation peuvent être très puissants. Les représentants ont une capacité de négociation réversible dans des domaines clés du droit du travail : ils peuvent à la fois négocier des avantages statutaires à travers l'accord de droit commun, mais aussi des stipulations moins favorables dans le cadre d'un accord de performance collective. Les effets dans le temps de ce dernier restent sujets à débat.

## §2. Les effets dans le temps

### I - Une substitution non définitive

**115. Consensus.** Une très grande majorité d'auteurs s'accorde à considérer que la substitution ne produit pas d'incorporation et n'a qu'un effet temporaire et dépendant de l'application de l'accord<sup>274</sup>. Pour le Professeur PAGNERRE, cette substitution ne peut être

---

<sup>270</sup> JEAMMAUD (A.), De l'incidence de l'accord collectif sur le contrat de travail, *RDT 2016 p. 228*

<sup>271</sup> AUZERO (G.), Les syndicats, mandataires des salariés ?, *SSL 2015, n° 1666, p. 10*

<sup>272</sup> V. en ce sens notamment le dernier arrêt : Cass. soc., 3 avr. 2019, n° 17-11.970, FP-P+B+R+I (V. supra)

<sup>273</sup> BARTHELEMY (J.), Contrat de travail et accord collectif : une bienheureuse nouvelle articulation, *Dr. soc. 2018, p. 70*

<sup>274</sup> En ce sens : ALUOME (L.), *préc.*, p. 49 ; BORENFREUND (G.), Les rapports de l'accord collectif avec la loi et le contrat de travail, *RDT 2016, p. 781* ; CESARO (J.-F.), *préc.*, p. 64

que temporaire puisque cette solution serait « *moins attentatoire à la liberté contractuelle et plus conforme au principe de l'autonomie des sources en droit du travail.* »<sup>275</sup> Pour Aude LE MIRE, la solution inverse reviendrait à considérer que les contrats de travail peuvent « *muter constamment au gré des accords collectifs de travail* »<sup>276</sup>. Les Professeurs ANTONMATTEI, CANUT et VACHET ainsi que Valérie BARDIN et Damien CHENU soulignent conjointement que cette solution est tout à fait conforme aux objectifs proclamés par l'étude d'impact du 24 mars 2016 ayant servi de base aux accords de préservation et de développement de l'emploi<sup>277</sup>. La philosophie alors proclamée était de permettre aux entreprises d'« *ajuster très rapidement leur organisation collective du travail aux variations d'activité par la mobilisation de mécanismes d'ajustements temporaires sur les salaires et/ou la durée du travail.* »<sup>278</sup> Pour le Professeur LOKIEC, une solution autre qu'une substitution temporaire serait « *assez improbable* » tout en reconnaissant la nécessité d'éclaircissements futurs<sup>279</sup>. En effet, au-delà de l'esprit du texte, sa lettre pourrait commander une autre voie, mais débouchant sur un résultat en pratique similaire.

**116. Exégèse.** L. 2254-2 III du Code du travail dispose que « *le salarié peut refuser la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord.* » La position des auteurs négligeant la thèse de l'incorporation semble butter sur le terme de « modification ». Une interprétation littérale du texte pourrait commander d'envisager une incorporation. Elle affecterait directement le contenu obligationnel, au-delà d'un simple aménagement de l'ordre de priorité. Mais cette incorporation ne signifierait pas pour autant qu'elle serait définitive. Elle resterait intimement liée à l'application de l'accord puisque résultant de celui-ci. Il faudrait considérer que le salarié consent à la modification du contrat à la condition de l'application de l'accord, qui atteste de la situation temporaire nécessitant l'adaptation. *A*

---

<sup>275</sup> PAGNERRE (Y.), *préc.*, p. 35

<sup>276</sup> LE MIRE (A.), Les accords de performance collective, *RPDS 2018*, p. 227, n° 879

<sup>277</sup> ANTONMATTEI (P.H.), BARDIN (V.), CANUT (F.), CHENU (D.) VACHET (G.) : *préc.*, p. 43

<sup>278</sup> « *Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs* » p. 153

<sup>279</sup> LOKIEC (P.), *préc.*, p. 7

*contrario*, son extinction dans l'ordre juridique ou son inefficacité anéantiraient la modification. Les clauses initiales se substitueraient à leur tour aux clauses issues de l'accord collectif. Les clauses substitutives ne devraient leur nature contractuelle qu'au non accomplissement d'une condition résolutoire (dans le cadre d'un accord à durée indéterminée) ou d'un terme extinctif d'origine légale (dans le cadre d'un accord à durée déterminée). Incorporation ou non, le caractère d'ordre public de l'effet temporaire de la substitution serait préservé. Il convient néanmoins d'évoquer d'autres positions dissidentes.

## II - Une substitution définitive ?

**117. Dissensus.** Certains auteurs mettent l'accent sur la liberté contractuelle des parties. Pour Maïté OLLIVIER et Béatrice TAILLARDAT-PIETRI « *il semble possible de considérer que l'accord collectif fixe la durée de la modification convenue, selon qu'il est conclu pour une durée déterminée ou indéterminée.* »<sup>280</sup> Par une approche plus pragmatique, Gwennaël FRANCOIS et Michel MORAND opèrent quant à eux une distinction selon les éléments contractuels visés : « *la modification de la qualification du salarié ou de son lieu de travail donnerait plutôt lieu à une modification pérenne, le retour aux clauses antérieures après plusieurs années dans ces domaines étant plus difficile à gérer* »<sup>281</sup>. D'autres auteurs, comme Stéphane BEAL et Raphaëlle LABAT, considèrent plutôt que cette modification définitive du contrat est indépendante de la durée de l'accord. Par conséquent, l'existence d'un terme de l'accord n'emporterait pas le retour de l'application des clauses initiales du contrat de travail<sup>282</sup>. *A fortiori*, toute dénonciation d'un accord à durée indéterminée n'emporterait pas le retour des clauses initiales du contrat de travail. Du côté de l'exécutif, les contradictions exprimées sont assez déroutantes.

---

<sup>280</sup> OLLIVIER (M.) et TAILLARDAT-PIETRI (B.), *préc.*, p. 27

<sup>281</sup> FRANCOIS (G.) et MORAND (M.), *Liaisons sociales-Les thématiques*, avr. 2018, n° 58, p. 98

<sup>282</sup> BEAL (S.) et LABAT (R.), *Accord sur le fonctionnement de l'entreprise, un recours facilité, un régime unifié*, *JCP E*, 18 janv. 2018, n°1032

**118. Imbroglia gouvernemental.** Dans ses observations transmises au Conseil constitutionnel à l'occasion de la décision du 21 mars 2018, le gouvernement avait été dans le sens du consensus : « *cette substitution de plein droit ne saurait s'analyser comme une atteinte inconstitutionnelle aux contrats en cours. [Il] sera observé [...] que la substitution en cause n'est pas irrévocable, les clauses du contrat de travail n'étant que suspendues pendant la durée d'application, déterminée ou indéterminée selon les cas, de l'accord conclu sur le fondement des dispositions contestées* ». Néanmoins, la position de la DGT semble plus nuancée : « *les clauses du contrat de travail ne sont suspendues que pendant la durée de l'accord. Si l'accord est à durée indéterminée, les clauses contraires du contrat de travail sont modifiées de manière permanente. C'est donc l'accord lui-même qui, par nature, fixe la durée de cette substitution* »<sup>283</sup>. Le premier temps de cette position semble confirmer la position majoritaire. Et ce malgré la très étrange utilisation du terme « suspension », dont la compatibilité avec celui de « modification » est incertaine. Cependant, la première impression de clarté est balayée par la formule maladroite qui suit. Devrait-on entendre que, si l'accord est à durée indéterminée, les clauses du contrat seraient modifiées de manière permanente ? Quid de la dénonciation ? Si l'interprétation que donne le gouvernement n'est ni de nature à lier les juges ou les praticiens, il faut néanmoins prendre en compte ses positions qui participent de la vie des débats doctrinaux. Encore faudrait-il qu'une position univoque puisse émaner de la même institution...



**119. Conclusion de section.** L'accord de performance collective s'inscrit dans le sens d'une histoire qui avait déjà bien effrité la toute puissance des principes contractualistes. Toutefois, les principes directeurs gouvernant les « *rapports entre conventions et accords collectifs de travail et contrat de travail* »<sup>284</sup> ne devraient pas conduire les juges à envisager une quelconque incorporation. Comme le souligne Louis ALUOME, « *une interprétation littérale de l'article L. 2254-2, III, du Code du travail paraît [...] extrêmement hasardeuse. Il*

---

<sup>283</sup> *Liaisons sociales quotidien*, n° 17582, 2 juin 2018, p. 1.

<sup>284</sup> Pour reprendre l'intitulé du chapitre du Code du travail au sein duquel est inséré l'article L. 2254-2.

*faut lui préférer une interprétation téléologique fondée sur la volonté exprimée par les pouvoirs publics »<sup>285</sup>. Malgré certaines maladresses, il faut déduire de ces derniers que la substitution produirait les mêmes effets qu'une suspension. Il ne s'agirait donc pas d'une modification juridique du contrat de travail mais d'une modification de l'application concrète du contrat. Cette modification resterait dépendante de la condition *sine qua non* de l'application de l'accord attestant et légitimant l'impératif d'adaptation. Le rayonnement de l'accord collectif ne pourra perdurer après sa mort. Néanmoins, comme le soulignent justement les Professeurs ANTONMATTEI, CANUT et VACHET ainsi que Valérie BARDIN et Damien CHENU, « Il y a fort à parier que, pour « sécuriser » le dispositif, les employeurs solliciteront des salariés la formalisation d'un avenant au contrat de travail »<sup>286</sup>. De même, l'adaptation recherchée du contrat de travail au statut collectif trouve ses limites à travers le spectre de l'accord du salarié, qui confère un caractère optionnel à cette adaptation.*



---

<sup>285</sup> ALUOME (L.), *préc.*, p. 49

<sup>286</sup> ANTONMATTEI (P.H.), BARDIN (V.), CANUT (F.), CHENU (D.) VACHET (G.), *préc.*, p. 43



## **Chapitre 2. L'adaptation optionnelle du contrat individuel au statut collectif**

**120. Plan.** L'accord de performance collective permet de rechercher l'adaptation du contrat, mais si et seulement si un droit d'option d'y consentir est octroyé au salarié. Pour certains auteurs comme Pierre LOPES, le fait de ne pas « *imposer la primauté de l'accord collectif à l'égard du contrat de travail* » constituerait un « *manque de courage politique* »<sup>287</sup>. En effet, l'accord du salarié constitue une limite majeure, aléatoire et source d'insécurité juridique vis à vis de l'objectif d'adaptation. L'insertion d'une condition suspensive subordonnant l'application de l'accord à un seuil minimum d'acceptations permettrait de limiter les risques d'une application à un nombre trop restreint de salariés. Dès lors, il s'agit d'identifier les conditions de ce droit d'option (**section 1**) avant d'étudier la dynamique de ses modalités d'exercice (**section 2**).

### **Section 1 — Les conditions du droit d'option**

**121. Plan.** Les conditions du droit d'option concédé au salarié sont particulièrement encadrées par le dispositif de l'accord de performance collective. L'impérativité de la loi est ici particulièrement présente s'agissant tout d'abord de la naissance du droit d'option, qui prend sa source tant dans l'opposabilité de l'accord que celle du droit d'option lui-même (§1). Une fois né, ce droit d'option survit dans l'environnement juridique par l'encadrement de son délai et la protection légale dont il bénéficie (§2).

---

<sup>287</sup> LOPES (P.), L'adaptation de la relation de travail pour motif économique, *JCP S*, n° 47, *Etude n°1376*

## §1. La naissance du droit d'option

### I - L'opposabilité de l'accord

**122. La liberté des moyens.** L'article L. 2254-2 IV du Code du travail dispose que le délai commence à courir à compter d'une date à laquelle l'employeur a informé les salariés par tout moyen. Cette liberté des moyens d'information, en apparence d'une grande simplicité, doit néanmoins être nuancée en fonction de divers paramètres. En effet, il faut rappeler que l'article L. 2254-2 II 1° du Code du travail suggère une négociation facultative sur les modalités d'information des salariés sur l'application de l'accord. Ces modalités pourront jouer un rôle important afin d'identifier la date de point de départ du délai.

**123. La certitude et la précision de la date.** L'article L. 2254-2 IV du Code du travail exige que la date à laquelle l'employeur a informé les salariés de l'application de l'accord soit certaine et précise. Une équivoque quelconque sur la date ferait obstacle à l'accomplissement de l'exigence légale de certitude. Les moyens de communication électronique peuvent être particulièrement problématiques s'agissant de leur compatibilité avec la théorie de la réception, qui tend à s'appliquer au regard des exigences de l'article L. 2254-2 IV<sup>288</sup>. Aussi, la seule possibilité de déterminer la date au sein d'une fourchette relativement large méconnaîtrait l'exigence de précision. Dans l'idéal, il faudra avoir déterminé une date d'information correspondant à un jour, un mois et une année.

**124. L'existence et le contenu de l'accord.** L'article L. 2254-2 IV du Code du travail dispose que l'objet de l'information doit porter sur l'existence et le contenu de l'accord. Si l'application de l'accord est intimement liée à la question de son entrée en vigueur, son existence s'en distingue. Il faut rappeler que l'entrée en vigueur s'opère, sauf stipulations contraires, le lendemain du dépôt de l'accord dans la base de données des accords collectifs

---

<sup>288</sup> L'article évoque la date à laquelle l'employeur « a informé les salariés », ce qui suppose que les salariés ont eu effectivement connaissance de l'information.

d'entreprise<sup>289</sup>. A défaut d'accomplissement du dépôt, l'information sur l'existence de l'accord ne serait pas recevable. Inversement, si les parties ont effectué le dépôt mais reporté la date d'entrée en vigueur par une stipulation expresse, l'accord devrait être considéré comme existant. Enfin, l'information sur le contenu de l'accord devrait dans l'idéal porter sur l'intégralité des stipulations de l'accord. La lettre du texte semble toutefois peu exigeante au regard de son importance déterminante dans le choix du salarié<sup>290</sup> : consentir à la modification *in pejus* de son contrat de travail ou courir le risque d'être licencié. Idéalement, une note explicative additionnelle permettrait d'asseoir l'accomplissement de cette obligation. Conformément à la lettre du texte, l'obligation devrait peser sur l'employeur, et ce même si les parties avaient notamment prévu que l'information transiterait via le CSE. Il en va de l'opposabilité du droit d'option.

## II - L'opposabilité du droit d'option

**125. Un droit individuel.** Une fois que l'opposabilité de l'accord a régulièrement été effectuée par l'employeur, l'article L. 2254-2 IV du Code du travail dispose que l'employeur doit informer chacun des salariés du droit d'accepter ou de refuser l'application à son contrat de travail de cet accord. L'expression « *chacun des salariés* » est sans équivoque : il s'agit bien de conférer à chaque salarié un droit d'option. Ce droit d'option ne peut s'exercer collectivement, d'autant plus qu'il s'agit pour le salarié de se prononcer sur l'application de l'accord « *à son contrat* ».

**126. Le droit d'accepter.** Le salarié doit être informé qu'il peut accepter l'application de l'accord collectif à son contrat de travail. L'enjeu principal est ici, pour le salarié, de peser s'il lui serait plus profitable d'accepter la substitution des clauses de l'accord collectif aux clauses contraires et incompatibles de son contrat de travail plutôt que de risquer un licenciement. L'enjeu sous-jacent est aussi pour le salarié d'apprécier son intérêt à bénéficier

---

<sup>289</sup> C. trav., art. L. 2261-1

<sup>290</sup> ALUOME (L.), *préc.*, p. 49 : pour l'auteur, une simple communication suffit puisque l'article L. 2254-1 IV ne fait peser sur l'employeur qu'une obligation d'information et non de consultation ou de conseil.

d'éventuelles contreparties et de mécanismes d'accompagnement qui pourraient venir compenser cette modification *in pejus*. A défaut, il peut exercer un droit au refus.

**127. Le droit de refuser.** Le salarié doit aussi être informé de son droit de refuser l'application de l'accord collectif à son contrat de travail. En réalité, il est informé que le délai qui lui est octroyé vise avant tout à lui permettre d'exprimer son refus. L'employeur doit donc impérativement s'assurer de bien informer ce dernier qu'à l'expiration du délai d'option, l'absence de réponse de sa part constituera une acceptation de la modification de son contrat. Il est vivement conseillé d'informer le salarié du risque de licenciement pour motif spécifique encouru en cas de refus. En effet, si la loi ne le prévoit pas expressément, il est fort probable qu'une telle exigence soit consacrée par la jurisprudence. Il est aussi conseillé d'informer le salarié sur le bénéfice des mécanismes légaux d'accompagnement et d'abondement de son CPF consacré par l'article L. 2254-2 VI du Code du travail en cas de licenciement. En l'absence de stipulations sur ces thèmes dans l'accord, ces mécanismes se situent hors du champ de l'obligation d'information sur le contenu de l'accord. L'opposabilité du droit d'option permettra sa survie dans le temps du délai imparti.

## **§2. La survie du droit d'option**

### **I - L'encadrement temporel**

**128. Le délai d'un mois.** L'article L. 2254-2 IV du Code du travail prévoit que le salarié dispose d'un délai d'un mois pour faire connaître son refus. Le délai ne pourra commencer à courir que lorsque tous les éléments étudiés précédemment auront été régulièrement communiqués au salarié. Le point de départ du délai coïncidera avec le jour même de cette communication. L'écoulement du délai d'un mois devrait s'opérer en jours calendaires. Concrètement, une opposabilité régulièrement effectuée un 15 février devrait faire courir le délai jusqu'au 14 mars inclus.

**129. L'expiration du délai.** La communication *in extremis* de la décision d'acceptation ou de refus par le salarié à l'employeur peut poser des problèmes pratiques quant au respect du délai. Typiquement, l'émission de la décision avant l'expiration du délai mais réceptionnée après son expiration interroge le débat entre les théories de l'émission et de la réception. L'article L. 2254-2 IV du Code du travail prévoit que le salarié dispose du délai d'un mois pour faire connaître son refus à l'employeur. Ainsi, l'expression « *faire connaître* » semble plaider pour la théorie de la réception<sup>291</sup>. Un salarié qui refuse l'application de l'accord avant l'expiration du délai, mais qui n'a pu faire connaître sa décision qu'après son expiration devrait être réputé avoir accepté l'application de l'accord. Et ce malgré la protection légale entourant le délai.

## II - La protection légale

**130. Un délai d'ordre public social.** La lettre et l'esprit du texte de l'article L. 2254-2 IV du Code du travail ne semblent pas laisser la moindre perspective qui permettrait de conférer un caractère supplétif à l'étendue du délai. Par analogie, la jurisprudence en matière de modification du contrat pour motif économique est également éclairante : « *Le délai d'un mois constitue une période de réflexion destinée à permettre au salarié de prendre parti sur la proposition de modification en mesurant les conséquences de son choix.* »<sup>292</sup> Une telle position, eu égard à la similitude de l'étendue du délai, à la nature des enjeux et à la gravité de la décision, devrait être parfaitement transposable s'agissant de l'accord de performance collective. Il ne devrait pas être permis aux négociateurs de prévoir un délai inférieur. Toutefois, il semble possible d'envisager un délai initial supérieur au profit des salariés ou d'aménager une prolongation postérieure à la conclusion de l'accord. En raison du caractère protecteur des dispositions, il faut conclure que ce délai relève de l'ordre public social.

---

<sup>291</sup> Il faut préciser que l'article 1121 nouveau du Code civil plaide pour cette théorie, le contrat étant conclu « *dès lors que l'acceptation parvient à l'offrant.* »

<sup>292</sup> Cass. soc. 10 déc. 2003 : *JCP E 2004. 1145*, obs. P. Morvan



**131. Conclusion de section.** L'employeur est débiteur de l'obligation de conférer au salarié le droit d'opter ou non pour la modification non définitive de son contrat par l'accord collectif. Par conséquent, en vertu de l'article 1353 alinéa 2 du Code civil, l'employeur devrait rapporter la preuve qu'il a satisfait non seulement à l'octroi de ce droit mais aussi aux conditions attachées à l'existence de ce droit. La méconnaissance de ces obligations peut être lourde de conséquences. Elle priverait d'effet tout rayonnement de la volonté collective sur le contrat individuel. L'opposabilité constitue le préalable à l'exercice du droit d'option.



## **Section 2 — L'exercice du droit d'option**

**132. Plan.** L'exercice du droit d'option conféré au salarié offre *prima facie* un tableau très simple de solutions possibles : accepter ou refuser l'application de l'accord. Toutefois, des nuances doivent être apportées. Ainsi, les modalités d'expression de l'accord du salarié présentent une dimension duale (§1), tandis que le refus du salarié ne peut s'exercer qu'expressément (§2).

### **§1. Les modalités duales de l'accord du salarié**

#### **I - L'accord exprès**

**133. Réponse expresse et positive.** L'article L. 2254-2 IV du Code du travail envisage la possibilité pour le salarié d'accepter l'application de l'accord collectif à son contrat de travail. Il s'agit de se reporter à l'article 1101 du Code civil qui dispose que le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations. Il s'agirait donc ici d'un accord de volonté exprimé par le salarié et destiné à modifier le contenu obligationnel de son contrat. L'analogie avec la proposition de

modification du contrat pour motif économique est éclairante pour envisager les conditions de l'accord exprès<sup>293</sup>. Dans un avis, la Cour de cassation s'était prononcée en ce sens : « *Seule une réponse expresse et positive, ou le silence gardé par le salarié pendant plus d'un mois, vaut acceptation de la modification proposée par l'employeur* »<sup>294</sup>. Rien ne s'oppose à ce que le salarié puisse manifester expressément un accord de volonté à la modification du contrat.

**134. Renonciation au délai.** L'intérêt de la distinction entre les accords exprès et implicite réside dans les conséquences de la survie ou non du délai octroyé au salarié pour exprimer son refus. Deux analyses issues du droit des contrats et du régime général des obligations peuvent être éclairantes. Sur la base de l'article 1113 du Code civil, la situation peut s'analyser comme une offre de modification du contrat parvenue au salarié, stipulée avec délai. La modification contractuelle se formera en cas de manifestation de la volonté du salarié de s'engager. Or, en vertu de l'article 1118 du Code civil, si l'acceptation du salarié parvient à l'employeur, cette acceptation ne peut plus être rétractée. La seconde analyse peut se fonder sur la jurisprudence rendue en matière de modification du contrat pour motif économique. La jurisprudence considère dans ce cas que « *Le délai d'un mois constitue une période de réflexion destinée à permettre au salarié de prendre parti sur la proposition de modification en mesurant les conséquences de son choix* ». Selon le Professeur MORVAN, « *Un tel délai est, par nature, édicté au profit du salarié qui peut seul y renoncer en exprimant une acceptation expresse et non équivoque avant le terme prévu* »<sup>295</sup>. Ainsi, le salarié ayant exprimé son accord exprès renoncerait au bénéfice d'un terme en application de l'article 1305-3 du Code civil.

**135. Incitation au silence.** De ces deux points de vue, il semble compliqué de percevoir l'intérêt éventuel pour le salarié à manifester son accord exprès. Non seulement il ne pourrait se rétracter, mais en plus il serait susceptible de se voir appliquer tous les effets de l'accord par anticipation. A moins que les contreparties découlant de l'accord soient

---

<sup>293</sup> C. trav., art. 1222-6

<sup>294</sup> Cass., avis, 6 juill. 1998, n°09-80.005 P: *RJS 1998. 616, no 959*; D. 1998. IR 207

<sup>295</sup> Cass. soc. 10 déc. 2003 : *JCP E 2004. 1145*, obs. P. Morvan

particulièrement avantageuses et immédiates. Néanmoins, les rédacteurs pourraient prévoir un terme suspensif afin de différer l'intégralité des effets de l'accord à l'expiration du délai. Cela ne freinera pas les salariés à exprimer leur acceptation de manière expresse, ce qui permettra à l'entreprise une meilleure anticipation s'agissant de la gestion des effectifs.

## II - L'accord implicite

**136. Le silence vaut acceptation.** L'article 1193 du Code civil dispose que « *Toute modification d'un contrat suppose le consentement de chacune des parties* ». L'article 1120 du Code civil dispose que « *Le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières* ». L'exception selon laquelle le silence vaut acceptation, y compris lorsqu'elle est susceptible de porter atteinte au contrat de travail, n'est pas inconnue du droit du travail. Ne faut-il pas songer aux anciens accords de maintien de l'emploi qui prévoyaient que « *Le salarié, en l'absence de réponse dans ce délai, est réputé avoir accepté l'application de l'accord à son contrat de travail.* »<sup>296</sup> Ou encore à la proposition de modification du contrat pour motif économique prévoyant, qu'à défaut de réponse dans le délai, « *le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée.* »<sup>297</sup> Une différence doit pourtant être mise en exergue. L'exception de l'article L. 2254-2 du Code du travail n'est pas si clairement affirmée. Elle se déduit d'une interprétation *a contrario* de l'exigence d'un refus par écrit comme unique possibilité de se soustraire à la modification du contrat. Elle se complète par la substitution « de plein droit », qui s'opérerait alors à l'issue du délai, et en l'absence de refus exprès. Il peut être soutenu que la loi est en mesure de diriger le consentement du salarié.

**137. Dirigisme contractuel.** Ce dirigisme était déjà constaté par JOSSERAND, lequel regrettait que le rôle joué par la volonté des parties soit « *de plus en plus secondaire et effacé* » lorsque c'est notamment « *la formation même de l'accord qui va se réaliser en dehors*

---

<sup>296</sup> C. trav., art. L. 5125-2 ancien

<sup>297</sup> C. trav., art. L. 1222-6



*de la pleine et libre volonté des parties* »<sup>298</sup>. En droit du travail, ce constat a été particulièrement mis en lumière ces dernières années sous l'influence grandissante de la notion « d'accord » dans le Code du travail, dont l'acception diffère de celle entendue classiquement en droit des contrats<sup>299</sup>. Plus particulièrement, l'émergence des accords dérogatoires a été analysée par Lydie DAUXERRE comme une « *occultation* » et un « *outrage* » porté au consentement, étant donné que « *Pour préserver son emploi, le salarié doit faire le sacrifice de son accord* »<sup>300</sup>. Enfin, le Professeur FABRE-MAGNAN s'inscrit également dans ce courant, en soutenant que ces accords constituent une application de la théorie du « *forçage du consentement du salarié* »<sup>301</sup>.

## §2. La modalité unique du refus du salarié

### I - Le refus exprès

**138. L'exigence d'un écrit.** L'article L. 2254-2 IV du Code du travail prévoit que le salarié doit faire connaître son refus par écrit avant l'expiration du délai d'un mois. Par conséquent, un refus oral ne pourra être pris en compte. Le refus n'obéit donc pas à une logique purement consensuelle mais bien à une logique formelle : le respect de la forme conditionne l'existence du refus indépendamment de la quelconque volonté exprimée par le salarié par un autre moyen. Un accord implicite serait retenu, ce qui priverait de toute évidence un éventuel licenciement de cause réelle et sérieuse. Une sanction lourde est donc attachée à l'absence de l'écrit qui garantit la protection des intérêts du salarié. Il faut en conclure que l'écrit constitue une exigence *ad validitatem* du refus du salarié et non pas seulement une exigence *ad probationem*. Il faut souligner l'emprunt de cette technique au droit de la consommation.

---

<sup>298</sup> JOSSERAND (L.), Les dernières étapes du dirigisme contractuel, le contrat forcé et le contrat légal, *D. 1940*, *chron. I*, p.5 et 6

<sup>299</sup> V. en ce sens : LOKIEC (P.), L'accord du salarié, *Dr. soc. 2010*, p. 140

<sup>300</sup> DAUXERRE (L.), Le consentement dans le droit des relations collectives de travail, *JCP S 2014*, n°13, *Etude n°1120*

<sup>301</sup> FABRE-MAGNAN (M.), Le forçage du consentement du salarié, *Dr. Ouv., juillet 2012*, n° 768, p. 459

**139. Critiques.** La portée du refus a été critiquée, notamment dans le monde syndical. Stéphane LARDY assimilait cette exigence, s'agissant des accords de maintien de l'emploi, à une « *logique sacrificielle* »<sup>302</sup>. Parmi la doctrine juridique, certains auteurs dénoncent l'illusion du caractère volontaire et réfléchi du départ du salarié. C'est le cas du Professeur ADAM, pour qui « *Le volontariat semble un voile commode renvoyant sur l'individu (aliste) la responsabilité de la perte de son emploi* » dont il résulte un « *discret transfert d'une partie du risque économique sur les salariés* »<sup>303</sup>. L'auteur s'appuie sur l'exemple de l'accord de maintien de l'emploi signé en 2013 par les syndicats de l'entreprise *Mahle Behr* qui avait causé le licenciement de 162 salariés, alors que l'accord avait été mis en place en alternative à un plan de compression visant initialement 102 postes. Enfin, le Professeur BORENFREUND dénonce que la prérogative du refus « *se voit réduite ou presque à un écran de fumée* » sous la pression de la perte d'emploi<sup>304</sup>, tandis que le Professeur BONNECHERE dépeint un « *modèle de gestion violente de la force de travail* »<sup>305</sup>. Pourtant, cette exigence se veut protectrice en interdisant toute possibilité de refus implicite.

## II - L'impossible refus implicite

**140. La solennité du refus.** En matière de modification du contrat pour motif économique, la Cour de cassation considère qu'une « *réponse dilatoire ou conditionnelle, telle qu'une demande de prorogation du délai de réflexion supplémentaire, constitue une réponse négative.* »<sup>306</sup> Mais cette analogie ne peut cette fois prospérer, puisque l'article L. 1222-6 du Code du travail ne prévoit pas l'exigence d'un refus par écrit. Le refus est donc moins grave, moins solennel, que dans le cadre de l'accord de performance collective. En effet, le risque de la rupture du contrat est beaucoup plus indirect s'agissant de l'article L.

---

<sup>302</sup> LARDY (S.), in *Compétitivité des entreprises et sécurisation de l'emploi*, dir. G. Couturier et J.-F. Akandji-Kombé, *IRJS 2013*

<sup>303</sup> ADAM (P.), Le « prodigieux » accord de maintien de l'emploi Escapade en Pays de Rouffach, *SSL 2013*, N°1611

<sup>304</sup> BORENFREUND (G.), *préc.*, p. 21

<sup>305</sup> BONNECHERE (M.), Où va le droit du travail ?, *Dr. Ouv.*, juin 2016, n°815, p. 315

<sup>306</sup> Cass., avis, 6 juill. 1998, n°09-80.005, *préc.*, p. 93

1222-6. Le refus ne dispense pas d'établir l'un des motifs économiques énoncés à l'article L. 1233-3 du Code du travail. Dans le cadre de l'article L. 2254-2 du Code du travail, la solennité du refus se justifie puisqu'il est susceptible d'entraîner par lui-même la rupture du contrat.



**141. Conclusion de section.** La soustraction de la volonté individuelle à la volonté collective doit être solennelle. Au regard des éventuelles conséquences, le silence ou tout comportement équivoque ou non formalisé par écrit vaut acceptation de l'application de l'accord. L'adaptation par défaut du contenu obligationnel traduit une fois encore l'objectif prioritaire du maintien du lien contractuel.



**142. Conclusion du titre I.** Le doyen WAQUET mettait en évidence la vigueur du débat portant sur la « *question de l'intégration dans le contrat de travail des avantages du statut collectif.* »<sup>307</sup> L'intérêt de ce débat est aujourd'hui renversé. Celui-ci s'anime autour de la question de l'éventuelle intégration de dispositions moins favorables dans le contrat. La notion de substitution est innovante en ce qu'elle permet d'envisager la contractualisation d'éléments issus de l'accord collectif. La thèse de la neutralisation devrait toutefois l'emporter. Comprendre la justification de cette thèse nécessite de garder à l'esprit les enjeux qui en découlent. Comme le soulignent les Professeurs AUZERO et CANUT, le consentement du salarié ne saurait être entier, puisque pèse sur lui la menace du licenciement<sup>308</sup>. Le refus individuel de se plier à la volonté collective a un prix : celui de pouvoir causer la rupture du contrat individuel de travail.



---

<sup>307</sup> WAQUET (P.), *préc.*, p. 80

<sup>308</sup> AUZERO (G.) et CANUT (F.), *Le juge et la modification du contrat de travail, Dr. soc. 2017, p. 11*

## **TITRE 2. La résistance individuelle : cause de rupture du contrat individuel**

**143. Plan.** Le substantif « résistance » vise dans son sens physique un phénomène qui s'oppose à une action ou à une force<sup>309</sup>. Il s'agit, en l'espèce, de désigner l'action d'opposition de la volonté du salarié au rayonnement de la volonté collective sur son contrat de travail. Cette résistance ne peut être qu'antinomique avec l'objectif de flexibilité, inhérent au dispositif de l'accord de performance collective.

C'est dans la perspective d'offrir une alternative à cette résistance que le refus de l'application de l'accord par le salarié pourra entraîner un licenciement pour un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse. La nature de ce licenciement reste parfaitement dérogoire au cadre législatif classique régissant le licenciement pour motif économique et le licenciement pour motif personnel (**chapitre 1**).

Afin d'assurer la sécurité juridique de la rupture, la préconstitution de la cause réelle et sérieuse a pour effet de verrouiller le contrôle du juge sur le motif spécifique (**chapitre 2**). Ce verrouillage signifie la limitation de l'office du juge et non de l'accès au juge en cas de contestation du motif de licenciement. En effet, le juge conserve un jeu de clés lui permettant de remédier aux effets de l'accord de performance collective.

---

<sup>309</sup> V. en ce sens la définition du Trésor de la langue française

# **Chapitre 1. La nature spécifique du motif de rupture du contrat individuel**

**144. Plan.** Le licenciement pour motif spécifique constitue encore un objet juridique mal identifié. Rompant avec les catégories classiques du droit du licenciement, il s'agit d'identifier ses traits de caractère qui font sa nature spécifique. Il faut entendre le terme de nature comme le cadre sous-jacent de réflexion du législateur ayant conduit à sa structuration. Pour ce faire, il s'agit tout d'abord de disséquer cette notion qui constitue son propre genre (**section 1**) afin de mieux appréhender son régime juridique dérogatoire (**section 2**).

## **Section 1 — Le caractère *sui generis* du motif spécifique**

**145. Plan.** Le trait dominant de la loi du 13 juillet 1973 a été de substituer au contrôle de l'abus du droit de résiliation du contrat de travail l'exigence d'un motif réel et sérieux comme condition de fond du licenciement<sup>310</sup>. La cause réelle et sérieuse est fondée sur un motif personnel<sup>311</sup> ou un motif économique<sup>312</sup>. Les objectifs de facilitation des licenciements se sont concrétisés par l'apparition dans le Code du travail de catégories de licenciements originales. Ces catégories ont pu emprunter des éléments propres aux licenciements pour motif économique ou personnel. D'autres créées de toutes pièces constituent leur propre genre, tout en reposant expressément sur une cause réelle et sérieuse. Si le licenciement pour motif spécifique n'entre pas dans la catégorie du licenciement pour motif économique, sa structure s'en rapproche inévitablement. Le motif est non inhérent à la personne (§1) et fait ressortir une nature économique (§2).

---

<sup>310</sup> COUTURIER (G.), Quel avenir pour le droit du licenciement ? Perspectives d'une régulation européenne, *Dr. soc. janvier 1997*, p. 75

<sup>311</sup> C. trav., art. L. 1232-1

<sup>312</sup> C. trav., art. L. 1233-2

## §1. Un motif non inhérent à la personne

**146. Liberté du salarié.** D'abord, il ressort de l'évidence que ce motif spécifique ne tire pas sa cause réelle et sérieuse d'un motif inhérent à la personne<sup>313</sup>. Le salarié ne commet aucune faute passible du pouvoir de sanction de l'employeur. Comme l'affirmait Henri-José LEGRAND « *Le rejet de l'accord étant l'expression d'une liberté reconnue au salarié, il ne saurait, non plus, être regardé comme fautif* »<sup>314</sup>. Cette position exprimée s'agissant des accords de maintien de l'emploi est incontestablement transposable au nouvel accord de performance collective. Le refus du salarié n'a bien évidemment pas non plus pour effet de rendre le salarié inapte au travail. En outre, le refus du salarié n'est pas de nature à caractériser une insuffisance professionnelle. La perte de confiance se rapproche éventuellement de la nature du licenciement pour motif spécifique. En effet, le salarié s'oppose à un accord collectif qui bénéficie d'une légitimité collective. Toutefois, la perte de confiance ne constitue pas en soi un motif de licenciement<sup>315</sup>. Cela contraste avec l'automatisme de la constitution du motif spécifique. Enfin, le trouble objectif dans le fonctionnement de l'entreprise consécutif à un élément de la vie personnelle du salarié ne permet pas non plus, en lui-même, de prononcer une sanction disciplinaire<sup>316</sup>. Le refus n'est de plus pas un élément de la vie personnelle du salarié. Le motif spécifique est intrinsèquement non inhérent à la personne du salarié. Il suppose aussi la réunion d'éléments matériel et causal prenant des formes plus souples que le motif économique.

## §2. Les ressorts économiques

**147. L'élément matériel.** Le motif économique suppose l'identification d'au moins un élément matériel. Le licenciement est effectué par l'employeur « *pour un ou plusieurs motifs*

---

<sup>313</sup> C. trav., art. 1233-3

<sup>314</sup> LEGRAND (J.-H.) : Les accords collectifs de « maintien de l'emploi » : entre deux « frontières » de la négociation collective ?, *Dr. soc.* 2013, p. 245

<sup>315</sup> Cass. soc., 29 nov. 1990, *D.* 1991, 190, note J. Pelissier, *Dr. soc.* 1992, p. 38, note F. Gaudu

<sup>316</sup> Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, n°05-40803 ; cf WAQUET (P.), Trouble objectif, le retour à la case départ, *SSL* 2007, n°1310

*non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail* »<sup>317</sup>. Il faut rappeler que le motif spécifique est consécutif tout d'abord à un refus du salarié de permettre à un accord de performance collective de se substituer aux clauses contraires et incompatibles de son contrat de travail. La parenté entre le refus de la modification pour motif économique et le refus de la substitution des clauses contraires et incompatibles au contrat de travail est notable. D'autant plus si l'on considère les deux autres éléments matériels que sont la suppression ou la transformation d'emploi. Car l'accord de performance collective conclu peut tout autant avoir pour objet de permettre à l'entreprise de s'adapter à d'éventuelles suppressions ou transformations d'emploi. Il en a même forcément la vocation : l'aménagement de nouvelles conditions de rémunération, de durée du travail ou de mobilité constitue nécessairement une réponse à une transformation même légère des emplois occupés par les salariés compris dans le champ d'application professionnel et géographique de l'accord. Toutefois, à la différence du licenciement pour motif économique, la suppression ou la transformation d'emploi ne peuvent suffire à constituer un motif spécifique de licenciement. L'élément matériel du motif spécifique réside dans le refus du salarié de l'application de l'accord. L'accord collectif doit bien évidemment satisfaire aux conditions légales de conclusion qui vont causer la rupture.

**148. L'élément causal.** L'article L. 1233-3 du Code du travail relatif au motif économique de licenciement impose que les éléments matériels soient consécutifs à des éléments causaux. Ceux-ci peuvent résider dans des difficultés économiques ; des mutations technologiques ; une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité ; ou encore une cessation d'activité de l'entreprise. L'accord de performance collective obéit également à une logique causale à travers les conditions de recours à l'accord. Celui-ci doit en effet répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou être conclu en vue de préserver, ou de développer l'emploi. Bien évidemment, ces conditions sont bien plus souples et plus larges que les éléments causaux du licenciement pour motif économique. Néanmoins, ces éléments peuvent se recouper lorsque l'adaptation de

---

<sup>317</sup> C. trav., art. 1233-3

l'entreprise et des emplois est nécessitée par des difficultés économiques, des mutations technologiques ou la sauvegarde de la compétitivité. Ce dernier élément, introduit notamment par la loi du 8 août 2016, se rapproche même de la logique préventive des conditions de recours à l'accord de performance collective. Ce dernier se détache néanmoins par sa vocation à développer l'emploi. Aussi, la préservation de l'emploi peut tout autant conduire à des licenciements ayant pour effet de réduire les effectifs<sup>318</sup>. L'efficacité du dispositif peut tenir à l'effet de contrainte d'un éventuel licenciement. C'est toute la nature « à tiède »<sup>319</sup> de l'accord de performance collective qui préside ici.



**149. Conclusion de section.** Selon le Professeur GAURIAU, « *L'employeur qui notifie un licenciement "pour un motif spécifique" use d'un pouvoir "spécifique" qui, pour ne pas être disciplinaire, ne relève pas non plus du champ économique* ». Dans ce contexte, « *l'employeur met en œuvre son pouvoir de direction et de gestion* »<sup>320</sup> en décidant de licencier ou non les salariés ayant exprimé leur refus. L'auteur alimente la démonstration soutenant que la constitution du motif spécifique suit la logique structurelle du motif économique sans relever de son champ d'application. Son régime emprunte une logique personnelle mais dérogatoire.



## **Section 2 — Le régime dérogatoire du motif spécifique**

**150. Plan.** Le régime juridique doit être entendu comme étant les règles applicables dont va dépendre la régularité du licenciement pour motif spécifique. Au-delà de cette

---

<sup>318</sup> V. en ce sens : ADAM (P.), *préc.*, p. 97

<sup>319</sup> DUMEL (C.) et PELICIER-LOEVENBRUCK (S.) : Le nouveau paysage des dispositifs d'adaptation de l'emploi alternatifs au PSE, *SSL 2018*, N° 1800

<sup>320</sup> GAURIAU (B.), *préc.*, p. 28



fonction, le régime juridique a été parfaitement instrumentalisé par le législateur. En effet, son aménagement a constitué une opportunité de simplification et d'allègement des contraintes pesant sur les anciens accords. Il s'est agi de retenir un nombre limitatif de dispositions insérées dans les chapitres relatifs au licenciement pour motif personnel et aux conséquences communes des licenciements. Ces « *seules modalités et conditions* »<sup>321</sup> semblent exclure *de jure* les dispositions propres à l'Alsace-Moselle<sup>322</sup>. Au-delà même de ces seules exclusions, cela met en évidence le caractère dérogatoire du régime juridique. Ce caractère s'observe tout particulièrement sous l'angle de la procédure à mettre en œuvre (§1) et des mesures d'accompagnement du salarié licencié (§2).

## **§1. Une procédure simplifiée**

### **I. La procédure pour motif personnel**

**151. L'entretien préalable.** Le licenciement pour motif spécifique suit le régime du licenciement pour motif personnel du point de vue des règles de l'entretien préalable<sup>323</sup>. L'employeur qui envisage de licencier un salarié le convoque, avant toute décision, à un entretien préalable. La convocation doit être effectuée par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge. Ladite lettre doit indiquer l'objet de la convocation et mentionner les informations prévues par voie réglementaire<sup>324</sup>. L'entretien préalable ne peut non plus avoir lieu moins de cinq jours ouvrables après la présentation de la lettre recommandée ou la remise en main propre de la lettre de convocation<sup>325</sup>. Au moment du déroulé de l'entretien, l'employeur devra expliquer les motifs le conduisant à prendre la

---

<sup>321</sup> C. trav., art. L. 2254-2 V : un renvoi est opéré aux articles L. 1232-2 à L. 1232-14 ainsi qu'aux articles L. 1234-1 à L. 1234-11, L. 1234-14, L. 1234-18, L. 1234-19 et L. 1234-20.

<sup>322</sup> C. trav., art. L. 1234-15 et s. : cela pose notamment la question de savoir si, dans le cadre d'un accord collectif couvrant ce champ géographique, l'employeur devra mettre en œuvre ces dispositions lorsqu'il procède à un licenciement. L'analyse stricte du texte semble induire une réponse négative.

<sup>323</sup> L'article L. 2254-2 V du Code du travail opère un renvoi aux articles L. 1232-2 à L. 1232-5 du Code du travail

<sup>324</sup> C. trav., art. L. 1232-5 ; C. trav., art. R. 1232-1 à R. 1232-3

<sup>325</sup> C. trav., art. L. 1232-2

décision de licencier ce salarié à la suite de son refus de se voir appliquer l'accord de performance collective à son contrat<sup>326</sup>. Cette garantie permet éventuellement de contrôler l'absence de motif discriminatoire. Cela se justifie parfaitement : l'employeur met en œuvre un pouvoir discrétionnaire de licencier. Ce pouvoir doit s'accompagner du respect des droits de la défense. La lettre doit également mentionner la possibilité de se faire assister par une personne de son choix, membre du personnel de l'entreprise ou conseiller du salarié<sup>327</sup>.

**152. La notification.** L'employeur dispose « *d'un délai de deux mois à compter de la notification du refus du salarié pour engager une procédure de licenciement* »<sup>328</sup>. Cette condition a été ajoutée par la loi de ratification suite à la décision du Conseil constitutionnel rendue à l'occasion d'une QPC relative aux accords de préservation et de développement de l'emploi. Le Conseil constitutionnel avait considéré que « *le licenciement fondé sur ce motif spécifique ne saurait, sans méconnaître le droit à l'emploi, intervenir au-delà d'un délai raisonnable à compter de ce refus* »<sup>329</sup>. Le Professeur PAGNERRE ne manque pas de souligner que « *Ce délai de péremption ressemble à celui imposé en matière de sanction disciplinaire* »<sup>330</sup>. Cela rapproche encore une fois le régime du licenciement pour motif spécifique de celui pour motif personnel. Il faut noter que conformément à la jurisprudence établie, l'échéance du délai doit s'apprécier non pas lors de la notification du licenciement mais lors de l'engagement de la procédure de licenciement<sup>331</sup>. Le texte opère même une reprise expresse de cette jurisprudence. Lorsque l'employeur décide de licencier le salarié, il doit lui notifier sa décision par lettre recommandée avec avis de réception. Cette lettre comporte l'énoncé du motif spécifique et précise *a minima* le refus de l'application de l'accord de performance collective. Elle ne peut être expédiée moins de deux jours ouvrables après la date prévue de l'entretien préalable au licenciement auquel le salarié a été

---

<sup>326</sup> C. trav., art. L. 1232-3

<sup>327</sup> C. trav., art. L. 1232-4 et L. 1232-7 à L. 1232-14

<sup>328</sup> C. trav., art. L. 2254-2 V

<sup>329</sup> Cons. const. no 2017-664, 20 oct. 2017, JO 22 oct.

<sup>330</sup> PAGNERRE (Y.), *préc.*, p. 35 - C. trav., art. L. 1332-4

<sup>331</sup> Cass. soc., 17 oct. 2007 n° 06-41.716 F-D.

convoqué<sup>332</sup>. Il faut enfin noter que les nouveaux modèles de lettre type de licenciement institués par le décret 2017-1820 du 29 décembre 2017 ne visent pas le cas du licenciement pour motif spécifique<sup>333</sup>. Si la procédure de licenciement pour motif personnel est largement suivie à quelques exceptions près, les conséquences du licenciement sont d'un classicisme absolu.

## II. Les conséquences du licenciement

**153. Le préavis.** Le salarié a droit à un préavis d'un ou deux mois s'il justifie respectivement chez le même employeur d'une ancienneté de services continus comprise entre six mois et moins de deux ans ou d'au moins deux ans<sup>334</sup>. Ces dispositions pouvant être aménagées par convention ou accord collectif, il semble possible en théorie de prévoir des stipulations plus favorables au sein d'un accord de performance collective<sup>335</sup>. Si cela semble toutefois contraire à la rationalité du dispositif, la mesure pourrait être envisagée comme une contrepartie préalable à la conclusion de l'accord. La date de présentation de la lettre recommandée notifiant le licenciement au salarié fixe le point de départ du préavis<sup>336</sup>. Son inexécution n'a pas pour conséquence d'avancer la date à laquelle le contrat prend fin<sup>337</sup>.

**154. L'indemnité compensatrice de préavis.** Lorsque le salarié n'exécute pas le préavis, il a droit à une indemnité compensatrice. De plus, l'inexécution du préavis, notamment en cas de dispense par l'employeur, n'entraîne aucune diminution des salaires et avantages que le salarié aurait perçus s'il avait accompli son travail jusqu'à l'expiration du préavis, indemnité de congés payés comprise. De même, l'indemnité compensatrice de préavis se cumule avec l'indemnité de licenciement et avec l'indemnité pour licenciement

---

<sup>332</sup> C. trav., art. L. 1232-6

<sup>333</sup> PAGNERRE (Y.), « Précisions » sur la précision de la lettre de licenciement, *RJS 5/18, Chronique*

<sup>334</sup> C. trav., art. L. 1234-1

<sup>335</sup> C. trav., art. L. 1234-1 et L. 1234-2

<sup>336</sup> C. trav., art. L. 1234-3

<sup>337</sup> C. trav., art. L. 1234-4

irrégulier dans les conditions de l'article L. 1235-2 du Code du travail<sup>338</sup>. Par conséquent, l'accord de performance collective ne peut produire des effets contraires à ces dispositions, y compris dans le domaine des salaires et avantages. Les autres événements de nature à impacter le salaire à prendre en considération, l'exécution ou la durée du préavis sont pris en compte conformément au droit commun<sup>339</sup>.

**155. L'indemnité de licenciement.** L'Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail et le décret n° 2017-1398 du 25 septembre 2017 ont constitué les véhicules de mesures emblématiques des ordonnances « Macron » relatives au droit du licenciement. Les nouvelles dispositions prévoient notamment que le salarié titulaire d'un contrat de travail à durée indéterminée, licencié alors qu'il compte 8 mois d'ancienneté ininterrompus au service du même employeur, a droit, sauf en cas de faute grave, à une indemnité de licenciement<sup>340</sup>. L'indemnité de licenciement prévue à l'article L. 1234-9 ne peut être inférieure à une somme calculée par année de service dans l'entreprise et tenant compte des mois de service accomplis au-delà des années pleines. En cas d'année incomplète, l'indemnité est calculée proportionnellement au nombre de mois complets<sup>341</sup>. Les montants ne peuvent être inférieurs à un quart de mois de salaire par année d'ancienneté pour les années jusqu'à dix ans ou un tiers de mois de salaire par année d'ancienneté pour les années à partir de dix ans<sup>342</sup>. Le salaire à prendre en considération pour le calcul de l'indemnité de licenciement est, selon la formule la plus avantageuse pour le salarié : soit la moyenne mensuelle des douze derniers mois précédant le licenciement ; soit, lorsque la durée de service du salarié est inférieure à douze mois, la moyenne mensuelle de la rémunération de l'ensemble des mois précédant le licenciement ; soit le tiers des trois derniers mois. Dans ce cas, toute prime ou gratification de caractère annuel ou exceptionnel, versée au salarié pendant cette période, n'est prise en compte que

---

<sup>338</sup> C. trav., art. L. 1234-5

<sup>339</sup> C. trav., art. L. 1234-6 à L. 1234-8

<sup>340</sup> C. trav., art. L. 1234-9

<sup>341</sup> C. trav., art. R. 1234-1

<sup>342</sup> C. trav., art. R. 1234-2

dans la limite d'un montant calculé à due proportion<sup>343</sup>. Toute prime exceptionnelle éventuellement stipulée en faveur des salariés licenciés dans le cadre d'un accord de performance collective devra susciter l'attention de ces dispositions. Les autres dispositions relatives à la cessation de l'entreprise, au calcul de l'ancienneté, au cumul avec une autre indemnité de même nature et aux travailleurs du secteur public s'appliquent<sup>344</sup>.

**156. Les documents remis par l'employeur.** L'employeur doit délivrer au salarié un certificat de travail qui contient les mentions prévues par le droit commun<sup>345</sup>. En outre, le solde de tout compte, établi par l'employeur et dont le salarié lui donne reçu, doit faire l'inventaire des sommes versées au salarié lors de la rupture du contrat de travail. Il peut toujours être dénoncé dans les six mois qui suivent sa signature, par lettre recommandée<sup>346</sup>. Passé ce délai, il devient libératoire pour l'employeur pour les sommes qui y sont mentionnées<sup>347</sup>. Il est enfin toujours établi en double exemplaire<sup>348</sup>. La simplicité de la procédure de licenciement se double d'un accompagnement allégé.

## §2. Un accompagnement allégé

### I. En vue du retour à l'emploi

**157. L'assurance chômage de droit commun.** L'article L. 2254-2 VI du Code du travail prévoit que le salarié licencié pour motif spécifique « *peut s'inscrire et être accompagné comme demandeur d'emploi à l'issue du licenciement et être indemnisé dans les conditions prévues par les accords mentionnés à l'article L. 5422-20 du Code du travail* ». Il s'agit des accords relatifs à l'assurance chômage. Il faut souligner l'allègement du régime

---

<sup>343</sup> C. trav., art. R. 1234-4

<sup>344</sup> C. trav., art. L. 1234-10, L. 1234-11, L. 1234-14 et R. 1234-5

<sup>345</sup> C. trav., art. L. 1234-19 et D. 1234-6

<sup>346</sup> C. trav., art. D. 1234-8

<sup>347</sup> C. trav., art. L. 1234-20

<sup>348</sup> C. trav., art. D. 1234-7

d'accompagnement vis à vis des anciens accords de mobilité interne, de maintien de l'emploi ou de préservation ou de développement de l'emploi. On notera tout particulièrement l'absence de toute disposition légale visant à faire bénéficier le salarié de dispositifs d'aide au reclassement : congé de reclassement ; contrat de sécurisation professionnelle ou parcours d'accompagnement personnalisé. Cela est néanmoins conforme à l'objectif de simplification prôné par le dispositif de l'accord de performance collective. Le salarié licencié pourra obtenir sous conditions le bénéfice de l'allocation d'aide au retour à l'emploi.

**158. L'allocation d'aide au retour à l'emploi.** Conformément à la Convention du 14 avril 2017 relative à l'assurance chômage, à son règlement, ses annexes et accords d'application, les travailleurs involontairement privés d'emploi devront justifier de droits suffisants pour être indemnisés au titre de l'allocation d'aide au retour à l'emploi. Le Règlement général précise notamment dans son article 2 que « *Sont involontairement privés d'emploi ou assimilés, les salariés dont la cessation du contrat de travail résulte d'un licenciement* ». Le motif de licenciement n'étant pas précisé, l'esprit du texte englobe naturellement le cas dérogatoire du licenciement pour motif spécifique. La précision légale de l'article L. 2254-2 VI du Code du travail permet toutefois de graver dans le marbre ce bénéfice indépendamment des négociations conventionnelles. L'échec des négociations de février 2019 en vue de la signature d'une nouvelle convention d'assurance chômage et la reprise en main par le gouvernement risquent d'impacter mécaniquement l'accompagnement au titre des politiques de l'emploi des salariés licenciés. Ces derniers bénéficieront également d'un accompagnement par la formation professionnelle.

## **II. Par la formation professionnelle**

**159. Un abondement minimal du CPF.** Le salarié licencié pour motif spécifique bénéficiait initialement d'un abondement minimum de 100 heures de son CPF. Il faut rappeler que l'article L. 2254-2-II 4° du Code du travail suggère qu'il est évidemment possible d'aller au-delà. Nul doute que les parties salariales à l'accord seront particulièrement attentives à la

négociation sur ces mesures, au risque d'une sanction électorale. Ce montant en heures a fait l'objet d'une conversion en euros fixée par voie réglementaire.

**160. La conversion des heures en euros.** Le décret n°2018-1171 du 18 décembre 2018<sup>349</sup> prévoit que « *Le salarié licencié à la suite du refus d'une modification de son contrat de travail résultant de l'application d'un accord d'entreprise mentionné à l'article L. 2254-2 bénéficie d'un abondement de son compte personnel de formation d'un montant minimal de 3 000 euros.* »<sup>350</sup> De même, l'entreprise doit adresser dans les quinze jours calendaires après la notification du licenciement à l'opérateur de compétences dont elle relève, les informations nécessaires à l'abondement, notamment son montant, le nom du salarié bénéficiaire ainsi que les données permettant son identification<sup>351</sup>. Une somme d'un montant égal à celui de l'abondement est enfin versée par l'entreprise à l'opérateur de compétences dont elle relève<sup>352</sup>.



**161. Conclusion de section.** L'éviction de la procédure de licenciement pour motif économique au profit de celle pour motif personnel constitue une opportunité d'allègement des contraintes procédurales. Aussi, la « *législation auxiliaire du licenciement* »<sup>353</sup> que constitue les mesures d'accompagnement a été assouplie. Il y a ici encore une logique constante de l'accord de performance collective : point trop d'obligations légales puisque l'ajustement contractuel des intérêts entraînera la conclusion d'un véritable accord donnant-donnant. Le verrouillage du contrôle du juge sur le motif spécifique de licenciement participe aussi de cette incitation à la conclusion d'un accord de performance collective.



---

<sup>349</sup> Décret n°2018-1171 du 18 décembre 2018 - art. 3

<sup>350</sup> C. trav., art. D. 6323-3-2 I

<sup>351</sup> C. trav., art. D. 6323-3-2 II

<sup>352</sup> C. trav., art. D. 6323-3-2 III

<sup>353</sup> Selon l'expression de Gérard LYON-CAEN, V. en ce sens : GAUDU (F.), La « Sécurité sociale professionnelle » : un seul lit pour deux rêves ?, *Dr. soc.* 2007 p. 393

## **Chapitre 2. Le contrôle verrouillé du motif de rupture du contrat individuel**

**162. Plan.** L'office du juge consiste à trancher des différends en appréciant les prétentions respectives des parties. Cet office est traditionnellement représenté par la déesse *Iusticia* au travers de l'allégorie de la balance et du glaive. En droit du travail, le juge doit s'assurer en matière de licenciement de l'existence d'un motif justifié. Il opère un contrôle en considération de la réalité et du sérieux du motif invoqué par l'employeur causant la rupture. Or, dans le cadre du motif spécifique de licenciement, le législateur a entendu limiter l'office du juge pour sécuriser les effets de l'accord collectif en préconstituant par l'effet de la loi une cause réelle et sérieuse. Or, selon MONTESQUIEU, le juge n'est que « *la bouche qui prononce les paroles de la loi* »<sup>354</sup>. Cette limitation se matérialise dans un premier temps sur la contestation du licenciement sur laquelle l'office du juge se trouve obstrué (**section 1**). Aussi, dans un contexte général de restriction des possibilités de remise en cause des accords collectifs, l'office du juge sur l'accord de performance collective se trouve limité (**section 2**).

### **Section 1 — L'office obstrué du juge sur la contestation du licenciement**

**163. Plan.** « *La contestation du licenciement ne doit pas être confondue avec celle portant sur l'accord collectif. Tant que la validité de l'accord n'a pas été contestée et constatée, le refus de son application préconstitue une cause réelle et sérieuse* »<sup>355</sup>. Ces propos du Professeur PAGNERRE illustrent parfaitement la difficulté de situer les bornes du raisonnement qui va suivre. Il ne s'agit pas ici de démontrer que le juge serait impuissant à contrecarrer les effets sur la rupture du contrat en application de l'accord de performance collective. C'est seulement sur la contestation en elle-même du licenciement que son office est obstrué. La préconstitution du motif constitue d'abord un obstacle, vraisemblablement

---

<sup>354</sup> MONTESQUIEU, De l'Esprit des Lois, Tome 1 : 1777 Garnier, Liv. XI. Chap. VI, p. 327

<sup>355</sup> PAGNERRE (Y.), *préc.*, p. 35



insurmontable (§1). Néanmoins, et sans aller jusqu'à contrôler l'accord collectif, plusieurs brèches s'ouvrent au juge s'agissant des conditions de forme et de fond visant la mise en œuvre du licenciement (§2).

## §1. L'obstacle de la préconstitution du motif

**164. Une présomption irréfragable.** Le Professeur GAURIAU soulève la « *présence d'une présomption irréfragable de cause réelle et sérieuse puisque le licenciement est "réputé" fondé sur celle-ci.* »<sup>356</sup> La présomption irréfragable de cause réelle et sérieuse empêche la démonstration de toute preuve contraire devant le juge par un demandeur. Cette présomption est tout à fait dérogoire eu égard au droit du licenciement. En effet, la cause réelle et sérieuse peut en principe toujours se contester aussi bien du point de vue de son existence que de sa gravité. A titre d'illustration, un salarié peut apporter la preuve contraire de l'absence de la réalité ou du sérieux de difficultés économiques pour contester son licenciement pour motif économique. Il peut également contester la réalité et la gravité d'un fait constitutif d'une faute dans le cadre d'un licenciement pour motif personnel. Dans le cadre du motif spécifique, un salarié ayant refusé l'application d'un accord de performance collective légalement conclu ne peut apporter la preuve contraire de la réalité ou du sérieux de la cause. La réalité repose sur des faits constatés objectivement et dont la gravité est inappréciable sur une échelle de mesures. Dans ces conditions, le juge ne pèse pas les arguments des parties mais constate l'existence de faits objectifs. La réalité et le sérieux de la cause de licenciement s'imposent à lui sous l'effet de la loi. La conventionnalité et la constitutionnalité du motif semblent solides.

**165. Une conventionnalité vraisemblable.** Ce motif préconstitué doit être confronté aux diverses normes supranationales. Tout d'abord, la Convention n°158 de l'OIT, d'effet direct<sup>357</sup>, garantit le droit à un licenciement pour un « *motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de*

---

<sup>356</sup> GAURIAU (B.), *préc.*, p. 28

<sup>357</sup> Cass. soc., 1er juill. 2008 n° 07-44.124

*l'entreprise* »<sup>358</sup>. Cette même convention garantit au salarié le droit à un recours devant un tribunal impartial<sup>359</sup>. Dans le même registre, la Charte sociale européenne consacre « *le droit des travailleurs à ne pas être licenciés sans motif valable lié à leur aptitude ou conduite, ou fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise* » et le droit à un recours devant « *un organe impartial* »<sup>360</sup>. Cette Charte est vraisemblablement d'effet direct dans l'ordre juridique interne<sup>361</sup>. Au niveau des sources internationales dont le domaine ne porte pas spécifiquement sur les relations de travail, il s'agit de mentionner la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Cette dernière garantit que « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial* »<sup>362</sup>. La conventionnalité du dispositif ne devrait poser guère de problème. Les sources supranationales visées ne prohibent pas en soi la préconstitution d'un motif dès lors qu'il est justifié notamment par les nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise. En effet, le droit d'être licencié pour un motif valable est assuré par les conditions de recours à l'accord. Le législateur a même eu la prudence de reprendre *in extenso* la formule des nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise. L'autre droit garanti est l'accès à un tribunal impartial. Les salariés licenciés pourront toujours demander au juge d'opérer un contrôle de l'accord collectif. Il pourra également s'assurer que l'accord ou le licenciement ne dissimulent aucun motif discriminatoire prohibé, notamment par l'article 5 de la Convention n°158 de l'OIT. Il s'agira toutefois d'être vigilant dans un contexte où l'actualité judiciaire démontre que les juges du fond n'hésitent pas à mobiliser l'instrument du contrôle de conventionnalité<sup>363</sup>.

---

<sup>358</sup> Conv. n°158 OIT, art. 4

<sup>359</sup> Conv. n°158 OIT, art. 8§1

<sup>360</sup> Charte sociale européenne, art. 24

<sup>361</sup> AKANDJI-KOMBE (J.-F.), Réflexions sur l'efficacité de la Charte sociale européenne : à propos de la décision du Comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010, *RDT 2011*, p. 233 ; V. également : CE, Décision « Fisher », 10 février 2014, n° 358992

<sup>362</sup> Conv. sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, art. 6-1

<sup>363</sup> V. en ce sens : ICARD (J.), La logique juridique n'est pas absente des jugements prud'homaux sur le barème, *SSL 2019*, n°1846 : sur le contentieux de la barémisation des indemnités de licenciement.

**166. Une constitutionnalité approuvée.** Le Conseil constitutionnel a estimé que « *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.* »<sup>364</sup> Il en résulte que « *le législateur a opéré une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre, d'une part, les exigences constitutionnelles qui découlent de la liberté contractuelle ainsi que du droit d'obtenir un emploi et, d'autre part, la liberté d'entreprendre.* » Il faut aussi insister sur le fait que la préconstitution du motif ne peut être compatible avec des motifs discriminatoires. La nullité peut être encourue à l'occasion d'un litige individuel en cas de discrimination<sup>365</sup>, comme l'avait notamment affirmé le Conseil constitutionnel<sup>366</sup>. Ainsi, la constitutionnalité du dispositif ne fait aucun doute : la liberté d'entreprendre justifie une telle présomption irréfragable du motif de licenciement. Mais la condition *sine qua non* de la constitutionnalité semble aussi résider dans la possibilité pour le juge de contrôler en amont les éléments qui permettent la naissance de la cause réelle et sérieuse en aval. C'est notamment en cela que des brèches sur les conditions de mise en œuvre du licenciement s'ouvrent.

## **§2. Les brèches dans la mise en œuvre du licenciement**

### **I - Les conditions de forme**

**167. La procédure de licenciement.** Selon le Professeur GAURIAU, les juges sont « *incités à vérifier la conformité du licenciement aux diverses conditions posées dans les paragraphes III à V de l'article L. 2254-2 du code du travail* » ce qui ouvrirait « *aux salariés un espace de contestation judiciaire.* »<sup>367</sup> Parmi ces conditions, figure la procédure de

---

<sup>364</sup> Cons. const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, consid. 28

<sup>365</sup> Soc., 24 sept. 2008, n° 06-46.179 - C. trav., art. L. 1132-4. Il faut aussi préciser que l'inspection du travail interviendra pour s'assurer que les licenciements mis en œuvre n'ont eu aucun motif discriminatoire vis à vis des salariés protégés.

<sup>366</sup> Cons. const., 30 mars 2006, n° 2006-535, consid. 25.

<sup>367</sup> GAURIAU (B.), *préc.*, p. 28

licenciement du paragraphe V. Cette procédure étant encadrée par des dispositions spécifiques, toute irrégularité exposerait alors l'employeur à une sanction dans le respect des dispositions communes à la rupture du contrat. Les motifs énoncés dans la lettre de licenciement pourront, après la notification de celle-ci, être précisés par l'employeur soit à son initiative soit à la demande du salarié. A défaut, l'irrégularité que constitue une insuffisance de motivation de la lettre de licenciement ne prive pas, à elle seule, le licenciement de cause réelle et sérieuse et ouvre droit à une indemnité qui ne peut excéder un mois de salaire. La même sanction est appliquée en cas de non respect de la procédure d'entretien préalable<sup>368</sup>.

**168. L'absence de consultation.** Le contrôle qui pourrait être opéré par le juge met cette fois aux prises la loi française avec le droit dérivé de l'UE. En effet, l'article 2§1 de la directive n°98/59/CE du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs prévoit une obligation pour l'employeur qui envisage d'effectuer des licenciements collectifs<sup>369</sup> de « *procéder, en temps utile, à des consultations avec les représentants des travailleurs en vue d'aboutir à un accord.* » L'article 2§2 de ladite directive prévoit que « *Les consultations portent au moins sur les possibilités d'éviter ou de réduire les licenciements collectifs ainsi que sur les possibilités d'en atténuer les conséquences par le recours à des mesures sociales d'accompagnement visant notamment l'aide au reclassement ou à la reconversion des travailleurs licenciés.* » Il faut souligner qu'une partie de la doctrine avait déjà mis en doute la conformité des anciens accords de compétitivité avec la directive<sup>370</sup>. Ces doutes se sont accentués après les arrêts *Ciupa* et *Socha* rendus par la CJUE le 21 septembre 2017<sup>371</sup>. Saisie d'une question préjudicielle sur

---

<sup>368</sup> C. trav., art. 1235-2

<sup>369</sup> Est entendu comme licenciement collectif au choix des Etats, pour une période de trente jours des licenciements : - au moins égal à 10 dans les établissements employant habituellement plus de 20 et moins de 100 travailleurs, - au moins égal à 10 % pour des effectifs d'au moins 100 et moins de 300 travailleurs, - au moins égal à 30 pour des effectifs d'au moins 300 travailleurs; soit, pour une période de 90 jours, au moins égal à 20, quel que soit le nombre des travailleurs habituellement employés dans les établissements concernés.

<sup>370</sup> BAUGARD (D.), Questions de conventionnalité : droit international et européen, *in* COUTURIER (G.) et AKANDJI-KOMBE (J.-F.) (*dir.*), Compétitivité des entreprises et sécurisation de l'emploi - le passage de l'accord à la loi, *IRJS*, 2013, *spéc. p.* 36 ; MOIZARD (N.), Des mises à l'écart flagrantes du droit international et européen, *SSL* 2013, n° 1569, *p.* 12.

<sup>371</sup> DRIGUEZ (L.) : CJUE, 21 sept. 2017 aff. C-429/16 *Ciupa* et aff. C-149/16 *Socha*, Le droit français de la modification du contrat de travail pour motif économique bousculé par la CJUE, *Dr. soc.* 2018, *p.* 356

l'interprétation des articles 1er et 2 de la Directive, la Cour a estimé qu'une « *modification unilatérale, au détriment des travailleurs, par l'employeur, des conditions de rémunération qui, en cas de refus du travailleur, entraîne la cessation du contrat de travail est susceptible d'être qualifiée de "licenciement"* » au sens de l'article 1er. La Cour poursuit en posant pour principe que « *l'article 2 de cette directive doit être interprété en ce sens qu'un employeur est tenu de procéder aux consultations prévues à ce dernier article lorsqu'il envisage de procéder à une telle modification unilatérale des conditions de rémunération, dans la mesure où les conditions prévues à l'article 1<sup>er</sup> de ladite directive sont remplies* ». Pour Laetitia DRIGUEZ « *Nul doute en effet que les possibilités données par le nouvel article L. 2254-2 du code du travail [...] devraient pour nombre d'entre elles conduire à des modifications de contrats relevant de la définition du licenciement au sens de l'article 1er de la directive n° 98/59/CE, peu important qu'il soit question, selon les vœux du législateur, de substitution de plein droit pour ceux qui acceptent ces modifications ou de licenciements sui generis pour les autres.* » Or, s'il est envisageable de considérer que les règles de conclusion de l'accord peuvent être assimilées à des consultations, il reste que le dispositif ne prévoit pas d'obligation de consultation portant sur les possibilités d'atténuer les effets ou de réduire les licenciements. Les mesures d'accompagnement prévues pourraient être considérées comme insuffisantes. Et puisque la loi française ne l'interdit pas non plus, l'auteur soutient que « *la voie de l'interprétation conforme pourrait en effet permettre, y compris dans un contentieux horizontal, d'harmoniser le droit français avec l'interprétation européenne.* » Il faut enfin noter que le juge pourrait en outre opérer un simple contrôle de conventionnalité en confrontant la loi française avec la Convention n°158 de l'OIT qui prévoit en substance les mêmes obligations<sup>372</sup>. Le juge pourrait accorder au salarié compris dans un licenciement collectif une indemnité à la charge de l'employeur calculée en fonction du préjudice subi comme en matière de licenciement pour motif économique<sup>373</sup>.

**169. L'absence de notification à l'administration.** Le dispositif de l'accord de performance collective peut être considéré comme défaillant vis à vis du droit dérivé de l'UE.

---

<sup>372</sup> Conv. n°158 OIT, art. 13

<sup>373</sup> C. trav., art. L. 1235-12

En effet, la même directive n°98/59/CE du 20 juillet 1998 prévoit dans ses articles 3 et 4 que « *l'employeur est tenu de notifier par écrit tout projet de licenciement collectif à l'autorité publique compétente* ». Cette exigence constitue un nouvel angle mort du dispositif de l'article L. 2254-2. Elle pourrait dans les mêmes conditions que l'obligation de consultation faire l'objet d'une interprétation conforme par les juges en l'absence de disposition *contra legem*. Enfin, le contrôle de conventionnalité est également permis vis à vis des exigences de la Convention n°158 de l'OIT qui prévoit une obligation de « *notifier à l'autorité compétente aussi longtemps à l'avance que possible* » les licenciements<sup>374</sup>. Comme en matière de licenciement pour motif économique, le juge pourrait encore une fois accorder au salarié compris dans un licenciement collectif une indemnité à la charge de l'employeur calculée en fonction du préjudice subi<sup>375</sup>. Les sanctions encourues consécutives à la violation de ces conditions de forme sont tout de même bien moindres que s'agissant des conditions de fond.

## II - Les conditions de fond

**170. Le délai de deux mois pour licencier.** Un raisonnement différent doit être appliqué en cas de non respect du délai de deux mois à compter de la notification du refus du salarié pour engager une procédure de licenciement<sup>376</sup>. Selon le Professeur PAGNERRE « *la violation de cette garantie de fond doit alors rendre le licenciement sans cause réelle et sérieuse* »<sup>377</sup>. La jurisprudence en la matière érige cette garantie en condition de fond, et non en irrégularité de procédure<sup>378</sup>. L'application du barème d'indemnisation du licenciement pour cause réelle et sérieuse devra en conséquence s'appliquer. Le juge retrouve alors un office encore plus important qu'en cas d'irrégularité puisqu'il peut fixer le montant de l'indemnité de licenciement entre le montant minimum et maximum fixé par le barème, notamment en fonction du préjudice subi. Il peut même proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise,

---

<sup>374</sup> Conv. n°158 OIT, art. 14

<sup>375</sup> C. trav., art. L. 1235-12

<sup>376</sup> C. trav., art. L. 2254-2 V

<sup>377</sup> PAGNERRE (Y.), *préc.*, p. 35

<sup>378</sup> Soc., 26 oct. 2017, n° 15-19.105 - Soc., 1<sup>er</sup> oct. 2014, n° 13-18.945

avec maintien de ses avantages acquis<sup>379</sup>. La cause réelle et sérieuse du licenciement pour motif spécifique peut alors tomber.

**171. Le délai de réflexion d'un mois.** Il faut rappeler que l'article L. 2254-2 IV du Code du travail prévoit que « *le salarié dispose d'un délai d'un mois pour faire connaître son refus par écrit à l'employeur à compter de la date à laquelle ce dernier a informé les salariés, par tout moyen conférant date certaine et précise, de l'existence et du contenu de l'accord.* » Un première difficulté apparaît lorsque l'employeur serait dans l'impossibilité de rapporter la preuve de la date certaine et précise de l'information des salariés qui commence à faire courir le délai. L'analyse de la jurisprudence par analogie avec le régime de la modification du contrat pour motif économique<sup>380</sup> est éclairante. En effet, « *L'employeur qui n'a pas respecté les formalités prescrites ne peut se prévaloir ni d'un refus, ni d'une acceptation de la modification du contrat de travail par le salarié.* »<sup>381</sup> Les conséquences sont lourdes : sans refus, le licenciement pour motif spécifique serait sans cause réelle et sérieuse. Un deuxième problème porte sur la situation dans laquelle l'employeur engagerait une procédure de licenciement avant l'expiration du délai d'un mois. La jurisprudence en matière de modification du contrat pour motif économique a pu préciser que « *Le délai d'un mois constitue une période de réflexion destinée à permettre au salarié de prendre parti sur la proposition de modification en mesurant les conséquences de son choix. L'inobservation de ce délai par l'employeur prive de cause réelle et sérieuse le licenciement fondé sur le refus par le salarié de la modification de son contrat de travail.* »<sup>382</sup> Pour le Professeur MORVAN, « *la volonté du débiteur se forme progressivement et non instantanément ; elle se cristallise au fil du temps et non en un trait de temps. En l'occurrence, le refus du salarié n'acquiert un caractère définitif qu'à l'expiration du délai légal d'un mois, à l'égard de l'employeur - qui peut alors licencier - comme du salarié lui-même - qui peut alors se rétracter en acceptant la*

---

<sup>379</sup> C. trav., art. L. 1235-3

<sup>380</sup> C. trav., art. 1222-6

<sup>381</sup> Cass. soc. 25 janv. 2005, n° 02-41.819 P: D. 2005. IR 458; RJS 2005. 255, n° 344; CSB 2005, A. 34, obs. A. Charbonneau

<sup>382</sup> Cass. soc. 10 déc. 2003 : JCP E 2004. 1145, obs. P. Morvan

*modification qu'il a d'abord refusée.* »<sup>383</sup> Une procédure de licenciement engagée avant l'expiration serait sans cause réelle et sérieuse puisque le refus du salarié ferait défaut. Pour Louis ALUOME, l'analogie avec l'article L. 1222-6 ne serait pas pertinente puisqu'il « ressort clairement du texte légal que l'employeur peut convoquer le salarié à l'entretien préalable dès réception du refus »<sup>384</sup>. L'employeur ne serait pas contraint d'attendre l'expiration du délai. Seulement, le texte légal reste silencieux sur le fait générateur de la notification du refus. Le refus est-il exprimé instantanément par la manifestation écrite de volonté ? Ou progressivement par la condition supplémentaire de l'expiration du délai ? L'analogie plaiderait pour la deuxième solution. Elle semble d'autant plus pertinente que la décision de refus est un acte plus grave dans le cadre de l'article L. 2254-2 que celui de l'article L. 1222-6. L'incertitude recommande dans la mesure du possible d'attendre le délai d'un mois avant d'engager une procédure de licenciement.

**172. La contrariété et l'incompatibilité des clauses.** L'article L. 2254-2 III du Code du travail prévoit que les stipulations de l'accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail. Selon le Professeur GAURIAU, ce paragraphe « ouvre un possible contentieux relatif à la contrariété et à l'incompatibilité des clauses du contrat de travail »<sup>385</sup>. Car si une clause n'est pas contraire et incompatible, ce n'est pas les conditions de l'expression du refus ou d'une acceptation qui seraient en cause. Ce serait la nécessité même pour le salarié d'exprimer son refus. Les clauses de l'accord n'auraient aucun effet substitutif. L'accord ne pouvant produire d'effet sur le contrat, le salarié n'a aucun refus à exprimer. Cela tranche les racines mêmes de la constitution du motif spécifique de licenciement. Il sera fait application d'un licenciement pour motif économique constitué par la rupture du contrat pour un motif non inhérent à la personne<sup>386</sup>. Dans ce

---

<sup>383</sup> MORVAN (P.) : Obs. sous Cass. soc. 10 déc. 2003 : *Ibid.*

<sup>384</sup> ALUOME (L.), *préc.*, p. 49 : L'article L. 2254-2 IV dispose que « L'employeur dispose d'un délai de deux mois à compter de la notification du refus du salarié pour engager une procédure de licenciement ».

<sup>385</sup> GAURIAU (B.), *préc.*, p. 28

<sup>386</sup> Cass. soc., 14 mai 1997 n° 94-43.712 : *Juris-Data* n° 1997-002094 ; *Bull. civ.* 1997, V, n° 177



contexte, l'office du juge ne se limiterait pas à s'assurer du respect d'un formalisme ou de quantifier un préjudice. Le juge retrouverait un véritable rôle interprétatif.



**173. Conclusion de section.** Le motif spécifique est incontestable dès lors qu'un accord valablement conclu est suivi du refus du salarié de son application à son contrat de travail. De ce point de vue, la seule fonction du juge est de constater la constitution du motif de licenciement. Outre le contrôle des conditions de forme, le juge retrouve une fenêtre de tir s'agissant des éléments qui fondent la cause réelle et sérieuse du licenciement. Il faut nuancer les affirmations véhiculant que le motif spécifique « *empêche toute contestation aux prud'hommes de la cause réelle et sérieuse du licenciement* »<sup>387</sup>. Les éléments constitutifs de la cause réelle et sérieuse peuvent être contestés, tout comme l'accord collectif lui-même.



## **Section 2 — L'office limité du juge sur l'accord collectif**

**174. Plan.** L'office du juge sur l'accord collectif est limité par l'effet de la loi, mais aussi de la jurisprudence. La montée en puissance de la norme conventionnelle, notamment d'entreprise, a eu pour corollaire le renforcement de la sécurisation des accords collectifs. L'objectif est de préserver leur validité et donc leur stabilité, surtout lorsqu'ils servent de base juridique à des actes d'application. C'est le cas de l'accord de performance collective dont le contrôle semble limité tant sur son contenu que sur son élaboration (§1). Mais lorsque le juge a pu retrouver son office sur le contrôle, il peut sanctionner l'acte et les cocontractants (§2).

---

<sup>387</sup> LOKIEC (P.), *préc.*, p. 7

## §1. Le contrôle de l'accord collectif

### I. Le contrôle du contenu de l'accord

**175. La pertinence des motifs.** Le Conseil constitutionnel affirme que, « *le cas échéant, la pertinence des motifs ayant justifié l'accord peut être contestée devant le juge.* »<sup>388</sup> Il s'agirait pour un salarié justifiant d'un intérêt ou pour une organisation syndicale ou groupement, en leur nom ou en faveur de leurs membres<sup>389</sup>, de contester le fait que l'accord n'aurait pas été conclu pour répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver ou développer l'emploi. Pour le Professeur PAGNERRE, il s'agit à la lumière des articles 24 de la Charte sociale européenne et 4 de la Convention n°158 de l'OIT, d'entendre concrètement ces notions comme renvoyant à des « *éléments de nature économique, technique, structurelle ou analogue* »<sup>390</sup>. S'agissant des conditions de ces contestations, il faut rappeler qu'il appartient à celui qui conteste la légalité d'une convention ou d'un accord collectif de démontrer qu'il n'est pas conforme aux conditions légales qui le régissent<sup>391</sup>. Ce principe issu des ordonnances du 22 septembre 2017 pose une présomption simple de légalité en matière d'accord collectif. Le juge reste compétent pour interpréter le sens d'un terme<sup>392</sup> ou d'une clause d'un accord collectif<sup>393</sup>. Toutefois, s'agissant de l'accord de performance collective, cette présomption se heurte à des difficultés supplémentaires. En effet, en matière de licenciement pour motif économique, l'Assemblée plénière a pu considérer qu'il n'appartenait pas aux juges du fond « *de contrôler le choix effectué par l'employeur entre les solutions possibles* »<sup>394</sup>. Par analogie, le juge ne devrait pas s'immiscer dans les choix de gestion de l'employeur et des négociateurs salariaux, qui de fait garantissent

---

<sup>388</sup> Cons. const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, préc., consid. 27

<sup>389</sup> C. trav., art. L. 2262-9

<sup>390</sup> PAGNERRE (Y.), *préc.*, p. 35

<sup>391</sup> C. trav., art. L. 2262-13

<sup>392</sup> Cass. soc., 30 nov. 2010, n° 08-43.499

<sup>393</sup> Cass. soc., 2 mars 2011, n° 09-68.008

<sup>394</sup> Cass., ass. plén., 8 déc. 2000, n° 97-44.219, *D.* 2001. 1125, note J. Pélissier

encore un peu plus la légitimité de ces choix. Les concepts de « *nécessités* » et de « *fonctionnement* » de l'entreprise ne devraient pas être contrôlés strictement. Le contrôle des motifs ne devrait s'exercer que dans des cas peu envisageables de déconnexion manifeste entre les objectifs affichés par l'accord et les moyens mis en œuvre pour atteindre ces objectifs. Il s'agirait, poursuit le Professeur PAGNERRE, « *d'interpréter l'expression « pertinence » a minima, comme une appréciation du « bien-fondé » du motif invoqué.* »<sup>395</sup> Aussi, l'intérêt de la présence d'un préambule retrouve toute son importance dans le cadre du contrôle des motifs.

**176. Le droit commun de la formation du contrat.** Il s'agit toujours d'un contrôle sur le contenu de l'accord, mais au stade du consentement des parties à l'élaboration de ce contenu. Les conditions ici retenues sont celles du droit civil qui doit évidemment s'appliquer<sup>396</sup>. Pour le Professeur PAGNERRE<sup>397</sup>, « *En tant qu'« acte juridique » et « contrat » au sens des art. 1100-1 et 1101 du code civil, les APC doivent prévoir des engagements déterminés ou déterminables à la charge de l'employeur (C. civ., art. 1163) ; ce sont, du reste, des « information[s] dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre » (C. civ., art. 1112-1) ».* La méconnaissance de ces règles peut être source de vices du consentement sans lesquels l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes. Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné<sup>398</sup>. Le contrôle du juge pourrait s'opérer principalement sur les circonstances justifiant les cas de recours à l'accord. Dans ce cas, il s'agira d'être vigilant sur la réalité de certains éléments, notamment de nature économique, justifiant le recours à l'accord. La dénaturation et falsification d'informations sur la marche de l'entreprise en la possession de l'employeur pourraient, dans certains cas, être retenues par le juge comme fondant une erreur excusable sur les qualités substantielles ou un

---

<sup>395</sup> PAGNERRE (Y.), *préc.*, p. 35

<sup>396</sup> TGI Nanterre, 17 juin 1994, *Dr. soc.* 1994. 876 : « *Un accord collectif peut être affecté d'un vice de nullité tant pour des raisons tenant à l'inobservation des règles civiles contractuelles que pour des motifs ayant trait à la méconnaissance des exigences propres au droit du travail* »

<sup>397</sup> PAGNERRE (Y.), *préc.*, p. 35

<sup>398</sup> C. civ., art. 1130

dol en cas de manœuvres<sup>399</sup>. Toutefois, l'erreur sur la valeur ou l'économie générale des éléments relevant du domaine de l'accord ou des contreparties ne pourrait être admise<sup>400</sup>. Les vices du consentement pourraient également permettre de maintenir des gardes-fous en matière de violence pour abus d'état de dépendance. Ce serait le cas si l'accord de performance collective conclu sous la contrainte faisait bénéficier l'employeur d'un avantage manifestement excessif<sup>401</sup>. Il faut néanmoins rappeler que la chambre sociale a par le passé considéré qu'un employeur n'avait pas manqué à son obligation de loyauté dans la négociation de réduction de salaires en invoquant l'éventuelle fermeture d'un établissement en raison de difficultés économiques<sup>402</sup>.

**177. Le droit spécial de la négociation collective.** Le consentement sur le contenu de l'accord collectif doit aussi s'apprécier en considération du droit spécial de la négociation collective. Il s'agit essentiellement du principe de mener des négociations loyales, affirmé notamment par la loi du 8 août 2016. La jurisprudence contrôle désormais les éventuels « *manquements caractérisant une déloyauté* » afin de s'assurer que les négociations soient régulièrement menées<sup>403</sup>. C'est particulièrement le cas lorsqu'une convention ou un accord collectif d'entreprise ou de branche<sup>404</sup> définit la méthode permettant à la négociation de s'accomplir dans des conditions de loyauté et de confiance mutuelle entre les parties<sup>405</sup>. A ce titre, les informations partagées dans la base de données économiques et sociales<sup>406</sup> ou les conditions de déroulement des négociations prévues peuvent être déterminantes. C'est d'autant plus le cas si l'accord de méthode stipule que la méconnaissance de ces stipulations

---

<sup>399</sup> C. civ., art. 1132, 1133 et 1137

<sup>400</sup> C. civ., art. 1136

<sup>401</sup> C. civ., art. 1143

<sup>402</sup> Cass., soc., 9 février 2010, n° 08-12218, *RDT 2011. 581*, obs. F. Canut

<sup>403</sup> Cass. soc., 8 mars 2017, n° 15-18.080, publié au Bulletin ; *D. 2017. 652* ; *RDT 2017. 434*, obs. I. Odoul-Asorey

<sup>404</sup> C. trav., art. L. 2222-3-2

<sup>405</sup> C. trav., art. L. 2222-3-1 al. 1er

<sup>406</sup> C. trav., art. L. 2323-8

serait de nature à entraîner la nullité de l'accord de performance collective conclu<sup>407</sup>. Le juge peut aussi effectuer un contrôle sur l'élaboration de l'accord.

## II. Le contrôle de l'élaboration de l'accord

**178. La capacité de négociation.** Le juge peut encore contrôler la capacité des parties à l'accord collectif<sup>408</sup>. Du côté de l'employeur, il s'agit de contrôler les pouvoirs réels des éventuels représentants de l'employeur. Une attention particulière devra être portée à la capacité de négociation des représentants de l'employeur dans le cas d'une négociation menée à des niveaux supérieurs ou inférieurs à l'entreprise<sup>409</sup>. Du côté de la partie salariale, le premier contrôle pourra porter sur le niveau de représentativité des organisations syndicales. Une contestation pourrait advenir si les syndicats signataires n'étaient pas réellement représentatifs à hauteur de 50% ou de 30% des suffrages exprimés. Les éventuels recours à la consultation des salariés pourront faire l'objet d'un contrôle s'agissant de son déroulement dans les conditions de l'article L. 2232-12 du Code du travail. La contestation pourrait également porter sur l'opposition motivée par 50% des organisations syndicales représentatives à l'entrée en vigueur d'un accord collectif<sup>410</sup>. Ensuite, le contrôle de la régularité du mandat délivré par une organisation syndicale à un salarié élu ou non pourra être opéré. Le respect de la condition de majorité des membres de la délégation du personnel du CSE pour l'approbation de l'accord pourrait être contesté. Il faut aussi rappeler les incertitudes causées par la décision du Conseil constitutionnel qui viserait à faire de l'accord de performance collective un accord exclusivement majoritaire<sup>411</sup>.

**179. Les conditions de forme.** Le juge aura la possibilité de contrôler des principes élémentaires du droit des conventions collectives. Tout d'abord, la convention doit être à

---

<sup>407</sup> C. trav., art. L. 2222-3-1 al. 3

<sup>408</sup> C. trav., art. L. 2231-1 et L. 2231-2

<sup>409</sup> C. trav., art. L. 2232-16

<sup>410</sup> C. trav., art. L. 2231-8 et L. 2231-9

<sup>411</sup> Pour rappel en ce sens : GAURIAU (B.), *préc.*, p. 36

peine de nullité, un acte écrit<sup>412</sup>. Ensuite, les conventions et accords d'entreprise ou d'établissement sont rédigés en français. Toute clause rédigée en langue étrangère est inopposable au salarié à qui elle ferait grief<sup>413</sup>. En outre, la convention ou l'accord contient un préambule présentant de manière succincte ses objectifs et son contenu. Toutefois, il faut rappeler que le contrôle du juge ne pourra aller jusqu'à entraîner la nullité de l'accord pour absence de préambule<sup>414</sup>. Contrairement au droit commun, l'accord n'est pas soumis à la procédure de publication des conventions et accords collectifs dans une base de données nationale<sup>415</sup>. A l'instar notamment des accords de plan de sauvegarde de l'emploi, cela se justifie par le caractère potentiellement confidentiel des informations contenues dans l'accord. Toutefois, l'entrée en vigueur reste subordonnée à la procédure de dépôt dans la base de données du service de dépôt des accords collectifs d'entreprise<sup>416</sup>. Plusieurs sanctions pourront découler de ces manquements.

## §2. Les sanctions découlant de l'accord collectif

### I. Les sanctions de l'accord

**180. La nullité.** Cette nullité sera encourue dès lors que la contestation porte sur son contenu ou sur ses conditions d'élaboration, à l'exception de l'absence de préambule en elle-même. Du fait de l'intérêt général protégé par le dispositif<sup>417</sup>, la nullité d'un accord collectif est nécessairement qualifiée d'absolue<sup>418</sup>. Une personne physique (tel un salarié licencié) ou morale (une organisation syndicale) justifiant d'un intérêt légitime, au sens des articles 1180

---

<sup>412</sup> C. trav., art. L. 2231-3

<sup>413</sup> C. trav., art. L. 2231-4

<sup>414</sup> C. trav., art. L. 2222-3-3

<sup>415</sup> C. trav., art. L. 2231-5-1

<sup>416</sup> C. trav., art. L. 2261-1 ; Il faut préciser que la nullité n'est pas encourue en l'absence de dépôt : Soc. 3 oct. 1963, n<sup>o</sup>, *Dr. soc.* 1962. 630

<sup>417</sup> C. civ., art. 1179

<sup>418</sup> Cass. soc., 9 juill. 1996, n<sup>o</sup> 95-13.010, *Bull. civ. V*, n<sup>o</sup> 269 ; *D.* 1998. 258, obs. M.-A. Souriac- Rotschild

du Code civil et 31 du Code de procédure civile, pourra saisir le juge. La nullité aurait semble-t-il un effet rétroactif, sauf si les effets sont manifestement excessifs au regard notamment de l'intérêt général<sup>419</sup>. Le Professeur PAGNERRE « *perçoit difficilement quels motifs d'intérêt général justifieraient de limiter dans le temps la portée de l'annulation d'un tel accord* »<sup>420</sup>. Toute procédure de licenciement engagée sur le fondement de l'existence de l'accord collectif serait sans cause réelle et sérieuse. L'intérêt principal de cette action est son effet *erga omnes*. La limite de cette action, portée devant le tribunal de grande instance, est son enfermement dans un délai de deux mois à compter de la notification de l'accord d'entreprise prévue à l'article L. 2231-5 du Code du travail au profit des organisations représentatives<sup>421</sup>. Quoi qu'il en soit, le délai ne saurait « *courir à l'encontre des autres personnes qu'à compter du moment où elles en ont valablement eu connaissance* »<sup>422</sup>.

**181. L'inopposabilité.** Selon la décision du Conseil constitutionnel, « *l'article L. 2262-14 ne prive pas les salariés de la possibilité de contester, sans condition de délai, par la voie de l'exception, l'illégalité d'une clause de convention ou d'accord collectif, à l'occasion d'un litige individuel la mettant en œuvre* »<sup>423</sup>. La formulation du Conseil constitutionnel est ici imprécise. Comme le souligne encore une fois le Professeur PAGNERRE, « *L'exception d'illégalité ne doit pas être confondue avec l'action individuelle intentée par un salarié soulevant, en demande (et non à titre d'exception), l'illégalité d'un accord collectif « cadre » pour remettre en cause la validité d'un « acte d'application* »<sup>424</sup>. La jurisprudence de la chambre sociale prévoit la possibilité de l'action en inopposabilité<sup>425</sup>. Le conseil de prud'hommes bénéficie d'une compétence accessoire pour statuer sur la légalité de l'accord

---

<sup>419</sup> C. trav., art. L. 2262-15

<sup>420</sup> PAGNERRE (Y.), *préc.*, p. 35

<sup>421</sup> C. trav., art. L. 2262-14

<sup>422</sup> Cons. const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, consid. 35

<sup>423</sup> Cons. const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, consid. 36

<sup>424</sup> PAGNERRE (Y.), *préc.*, p. 35

<sup>425</sup> Cass. soc., 5 oct. 2017, n° 16-23.106, publié au Bulletin. D. 2017. 298

collectif<sup>426</sup>. L'intérêt de cette action est cette fois-ci son délai. En effet, la jurisprudence a précisé que le délai applicable était celui de droit commun des actions personnelles et mobilières, soit cinq ans<sup>427</sup>. La limite de cette action réside dans ses effets *inter partes*<sup>428</sup>.

**182. La caducité.** Il s'agit cette fois d'envisager la sanction de l'accord valablement formé. En application de l'article 1186 du Code civil, un contrat valablement formé est caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît. La jurisprudence a déjà fait application de la caducité s'agissant d'un accord prévoyant de favoriser la création d'emplois dans le cadre de la loi 96-502 du 11 juin 1996 dite « de Robien »<sup>429</sup>. En l'espèce, un plan de cession postérieur prévoyait des licenciements. Or, compte tenu de l'objet de l'accord visant la création d'emplois, l'opération juridique était devenue vidée de signification. Il faudrait envisager un accord de performance collective dont le sort serait manifestement lié au maintien sur la durée d'un contexte économique bien spécifié justifiant sa conclusion. Michel MORAND soutenait cette solution s'agissant des accords de maintien de l'emploi : « *La disparition ou la modification d'un élément fondamental de l'accord (le contexte économique d'origine) devrait entraîner sa caducité, sans anéantir nécessairement ses effets antérieurs.* »<sup>430</sup> Contrairement à la nullité, la caducité est défaillante au moment de l'exécution du contrat. Les exceptions devant être interprétées strictement, la caducité ne pourrait être enfermée dans le délai de deux mois de l'action en nullité devant le tribunal de grande instance. Comme dans le cadre de l'inopposabilité, l'action serait probablement enfermée dans un délai de cinq ans et entraînerait la compétence accessoire du conseil de prud'hommes.

**183. La requalification ?** Cette opération de requalification tient son fondement de l'article 12 du Code de procédure civile posant pour principe que le juge doit restituer leur exacte qualification aux actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination des parties. Le

---

<sup>426</sup> Cass. soc., 15 mars 2006, n° 03-48.027, Bull. civ. V, n° 107 ; D. 2006. 883 ; RDT 2006. 96, obs. M. Véricel

<sup>427</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 26 janv. 2017, n° 14-29.272, publié au Bulletin ; D. 2017. 298 - C. civ. art. 2224

<sup>428</sup> C. civ., art. 1355

<sup>429</sup> Cass. soc. 17 juin 2003 n° 01-15.710 : RJS 8-9/03 n° 1024

<sup>430</sup> MORAND (M.), L'accord collectif de maintien dans l'emploi, *SSL 2013, N° 1570*



Professeur LOKIEC envisage cette situation de disqualification de l'accord de performance collective en accord de droit commun « *si par exemple les objectifs de l'accord n'ont pas été spécifiés* »<sup>431</sup>. C'est également ce que soutiennent Emeric JEANSEN et Guillaume THULEAU : « *Si une juridiction considère que la motivation invoquée dans le préambule n'est pas réelle, le texte perd sa nature d'accord de performance collective pour devenir un simple accord collectif.* »<sup>432</sup> Par conséquent, l'insuffisance de motivation n'aurait pas pour effet d'engager la validité de l'acte mais sa qualification. Cette requalification aurait pour effet de priver de cause réelle et sérieuse tout licenciement prononcé suite au refus de l'application de l'accord collectif. Cette requalification ne pourrait s'opérer que dans le cadre d'un contrôle sur les motifs de l'accord. Cette thèse est loin d'emporter la conviction : elle semble particulièrement sévère car elle priverait d'effet de substitution toutes les clauses d'adaptation de la durée du travail, de la rémunération et de la mobilité tout en maintenant en contrepartie les engagements éventuellement contractés. Or, les juges prêtent une attention toute particulière à ne pas bouleverser l'économie générale de l'acte conventionnel<sup>433</sup>. C'est notamment pour éviter de tels déséquilibres que la jurisprudence apprécie globalement les stipulations des accords collectifs donnant-donnant<sup>434</sup>. Il convient d'éviter une atteinte trop importante au principe d'indivisibilité de la volonté. Le caractère substitutif des clauses de l'accord constitue un élément déterminant de l'engagement de l'employeur<sup>435</sup>. Encore faudrait-il que l'intention des parties de se placer sous le régime de l'article L. 2254-2 du Code du travail puisse être clairement établie, malgré l'insuffisance de la motivation. Le rôle du juge sera déterminant, notamment lorsqu'il s'agira de sanctionner les cocontractants eux-mêmes.

---

<sup>431</sup> LOKIEC (P.), *préc.*, p. 7

<sup>432</sup> JEANSEN (E.) et THULEAU (G.), La publicité des accords collectifs, entre transparence et secret, *RJS 11/18, Chronique*

<sup>433</sup> V. en ce sens : CHALARON, Conventions et accords collectifs, Contenu, conditions d'applicabilité, *Trav. Traité, fasc. 19-20, n°16*

<sup>434</sup> Cass. soc. 19 février 1997 n° 94-45.286 : *RJS 4/97 n° 440, Bull. civ. V n° 70*

<sup>435</sup> C. civ., art. 1184

## II. Les sanctions des cocontractants

**184. La responsabilité contractuelle.** L'article L. 2262-4 du Code du travail prévoit que « *les organisations de salariés et les organisations ou groupements d'employeurs ou les employeurs pris individuellement, liés par une convention ou un accord collectif de travail, sont tenus de ne rien faire qui soit de nature à en compromettre l'exécution loyale. Ils ne sont garants de cette exécution que dans la mesure déterminée par la convention ou l'accord* ». La jurisprudence a par ailleurs considéré que le cocontractant qui n'exécute pas les obligations mises à sa charge par le texte conventionnel engage sa responsabilité contractuelle à l'égard de l'autre partie signataire. Dans le cadre de cette responsabilité contractuelle de droit commun, la chambre sociale est allée jusqu'à préciser que l'inexécution de la convention cause nécessairement un préjudice aux organisations signataires<sup>436</sup>.

**185. L'exécution forcée.** La jurisprudence a ensuite précisé que chaque salarié est recevable à agir individuellement pour la réalisation des droits qu'il tire de la convention collective notamment pour obtenir l'exécution des engagements énoncés dans le cadre d'une convention ou des dommages-intérêts contre les personnes liées par cet accord<sup>437</sup>. Toutefois, l'articulation entre l'exécution forcée et l'obtention de dommages-intérêts a été récemment limitée par la jurisprudence. Par un arrêt marquant, la chambre sociale a considéré que si l'inexécution par l'employeur d'une obligation permet d'obtenir une exécution forcée, potentiellement en référé, le salarié est obligé de prouver l'existence d'un préjudice soumis à l'évaluation et l'appréciation du juge du fond<sup>438</sup>. Par conséquent, l'exécution forcée d'un engagement pécuniaire tirée d'un accord de performance collective ne sera pas assortie automatiquement d'un préjudice. En revanche, lorsqu'il s'agit d'un engagement de maintien de l'emploi, la jurisprudence considère que sa violation ouvre droit pour le salarié licencié à

---

<sup>436</sup> Cass. soc., 19 janv. 1999, no 96-43.976

<sup>437</sup> Cass. soc., 12 juill. 2006, no 04-47.550, *Bull. civ. V*, no 263, *JCP S* 2006, p. 1763, note B. Boubli

<sup>438</sup> Cass. soc., 13 avr. 2016, n° 14-28.293 P+B

une indemnisation spécifique<sup>439</sup>. Par ailleurs, l'engagement de maintien de l'emploi ne constitue pas un simple objectif, mais une obligation de résultat.

**186. Clause pénale.** Une clause pénale pourrait être insérée dans le cadre d'un accord de performance collective pour sanctionner les éventuels manquements de l'employeur à ses engagements. Cette clause tomberait sous la coupe de la jurisprudence applicable en matière d'accord collectif. En effet, une clause prévoyant qu'à défaut de respect de son engagement par l'employeur, celui-ci s'oblige « à indemniser chaque salarié du montant total des efforts concédés entre la date de mise en application et la date de rupture de l'engagement » s'analyse en une clause pénale. Cela implique par conséquent que le juge peut en réduire le montant si la clause présente un caractère manifestement excessif<sup>440</sup>. En application de l'article 1231-5 du Code civil, le juge pourra même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Dans le cas où aucun mode d'évaluation du préjudice n'aurait été déterminé dans l'accord, il revient au juge de l'apprécier de manière souveraine.



**187. Conclusion de section.** Le mouvement général de montée en puissance de la légitimité collective de la norme conventionnelle est allé de pair avec le rétrécissement de l'office du juge sur les accords collectifs. S'agissant des accords de performance collective, la volontaire souplesse concédée par la loi aux signataires recommande de limiter l'immixtion du juge dans la volonté des parties. Néanmoins, comme le soulignait le Syndicat de la magistrature à l'occasion des accords de maintien de l'emploi « *la capacité des représentants des salariés à évaluer la nature et l'étendue des difficultés invoquées par l'employeur dépendra pour une large part de la sincérité des informations [que l'employeur] mettra à leur*

---

<sup>439</sup> Cass. soc., 22 janv. 1998, n° 95-45.400, *Bull. civ. V, no 29, Dr. soc. 1998, p. 379*, obs. G. Couturier et p. 292, obs. J.-E. Ray ; Cass. soc., 10 oct. 2002, n° 00-42.906, *Bull. civ. V, no 304*

<sup>440</sup> Cass. soc., 8 mars 2017, n° 15-26.975, *RJS 5/17, no 357*

*disposition.* »<sup>441</sup> La légitimité de l'accord sera intimement liée à la loyauté des négociations. Le contrôle du juge devrait alors s'ériger en filet de sécurité.



**188. Conclusion du titre II.** C'est ainsi qu'à la manière du personnage fictif de Victor Frankenstein, le législateur a, au fil des évolutions législatives, créé un motif de licenciement préconstitué et original. Son squelette, nécessaire à sa structuration, emprunte les éléments de la constitution du motif économique. Ses muscles, nécessaires à sa mise en mouvement, empruntent les éléments de la procédure pour motif personnel. A la différence que ce « monstre juridique » semble parfaitement adapté à la philosophie du dispositif : favoriser la souplesse d'une capacité de rétroaction à un environnement économique mouvant. Son automaticité permet de sécuriser la rupture du lien contractuel à défaut d'adaptation de ce lien à la situation de l'entreprise attestée dans l'accord collectif. Le Professeur RAY a parfaitement imagé cette situation : « *À défaut de faire plier le contrat, on fait plier le salarié* »<sup>442</sup>. Pour laisser place à toute l'étendue du pouvoir de gestion de l'employeur, la marge de manœuvre du juge est considérablement limitée en cas de contestation du motif de rupture. La puissance de la volonté collective justifie un contrôle restreint du juge.



**189. Conclusion générale.** L'accord de performance collective semble remettre en cause nombre de principes directeurs du droit du travail. Il constitue l'ornement d'un droit du travail dont la normativité a été déplacée de l'hétéronomie vers la convention collective d'entreprise. Il réinterroge avec force la place du salarié au sein de la communauté de travail. Toutefois, il y a des raisons de penser que l'article L. 2254-2 du Code du travail ne saurait constituer un point de bascule tangible dans l'histoire longue du droit du travail français. Cette

---

<sup>441</sup> Observations du Syndicat de la magistrature sur le projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi, *Dr. ouvrier* 2013. 317

<sup>442</sup> RAY (J.-E.), Trois rapports, pour quelle refondation, *Dr. soc.* 2016, p. 416

disposition porte la marque de son époque : celle d'un droit du travail d'adaptation aux contraintes économiques. Sa ponctualité et son originalité pourraient faciliter sa révision ou son démantèlement en cas de changement radical de majorité politique ou de contexte économique. Avant d'envisager sa destinée future, ce dispositif constitue un outil précieux de préservation de la santé des entreprises et donc de l'emploi. Préserver l'entreprise est un noble objectif dans un monde toujours plus compétitif. Préserver l'emploi permet de maintenir l'Homme au Travail, ce qui, au-delà des impératifs de sécurité économique, participe de la fonction anthropologique d'institution de la raison par le travail. Ce dispositif peut aussi constituer un outil dangereux, qu'il faut savoir manier avec précaution. De nombreuses questions devront être tranchées. Il convient d'éviter la dénaturation du dispositif dans une perspective d'effet d'aubaine. La capacité des représentants salariaux à négocier en pleine connaissance de cause et à consentir librement est à ce titre fondamentale. Leur formation à la négociation, leur appréhension des enjeux et leur capacité à endosser une responsabilité électorale peuvent aussi poser question. Les réponses dépendront des contextes. La sagesse recommande de garder en toile de fond la célèbre formule de LACORDAIRE : « *Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit* »<sup>443</sup>.



---

<sup>443</sup> Henri LACORDAIRE, Conférences de Notre-Dame de Paris, tome III, Cinquante-deuxième conférence, *Du double travail de l'homme*, 16 avril 1848

# **BIBLIOGRAPHIE**

## **I - OUVRAGES GENERAUX**

**AUZERO (G.), BAUGARD (D.) et DOCKES (E.) :**

- Droit du travail, *Précis Dalloz*, 32e éd., 2018

**DEMOGUE (R.) :**

- Traité des obligations en général, t. 5, 1925, *Librairie Arthur Rousseau*

**DUPAYS (A.) (dir.) :**

- Le Lamy social, éd. 2019

**FAVENNEC-HERY (F.) et VERKINDT (P.-Y.) :**

- Droit du travail, *LGDJ Manuel*, 6e éd., 2018

**FAVOREAU (L.) et a. :**

- Droit constitutionnel, *Dalloz*, 17e éd. 2015

**LYON-CAEN (G.) :**

- Les salaires, t. II du Traité de droit du travail, *Dalloz*, 1969

**PESKINE (E.) et WOLMARK (C.) :**

- Droit du travail 2019, *Dalloz HyperCours*, 12e éd., 2018

**RIVERO (J.) et SAVATIER (J.) :**

- Droit du travail, *PUF*, 13e éd., 1993

**TEYSSIE (B.) :**

- Droit du travail, Relations collectives, *LexisNexis, 11e éd., 2018*

## **II - OUVRAGES SPECIAUX, MONOGRAPHIES**

**ANTONMATTEI (P.-H.) (dir.) :**

- Le Lamy négociation collective, *éd. 2019*

**BENEDICTUS (R.) et BERCUSSON (B.) :**

- Labour Law, Cases and materials, *London, Sweet and Maxwell, 1987*

**BOLLEE (S.) (dir.) :**

- L'efficacité économique en droit, *Economica 2010*

**BURDEAU (G.) :**

- Essai sur l'évolution de la notion de loi, *APD, 1939*

**COMMAILLE (J.) :**

- L'Esprit sociologique des lois, Essai de sociologique politique des lois, *PUF 1994*

**HARNAY (S.) et MARCIANO (A.) :**

- Posner : l'analyse économique du droit, *Michalon, 2003*

**LYON-CAEN (G.) :**

- Le droit du travail, une technique réversible, *Dalloz 1995, Connaissance du droit*

**MONTESQUIEU :**

- De l'Esprit des Lois, Tome 1 : 1777 *Garnier*

**RIPERT (G.) :**

- Aspects juridiques du capitalisme moderne, *LGDJ 1951, 2e éd*

**ROUSSEAU (D.), (dir.) :**

- Modèles RH au quotidien, Lamy 2019

**SUPIOT (A.) :**

- Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit, *Points, 2009*
- Critique du droit du travail, 3<sup>e</sup> éd. *Quadrige, PUF, 2016*
- Le droit du travail, *Que sais-je ?, 6ème édition, PUF, 2016*

**TROPER (M.) :**

- La liberté de l'interprète, *in L'office du juge, 29-30 sept. 2006*

**VERICEL (M.) :**

- Adaptabilité des entreprises, *Lamy, 2011*

**III - THESES**

**CANUT (F.) :**

- L'ordre public en droit du travail, *LGDJ, 2004*

**DIRRINGER (J.) :**

- Les sources de la représentation collective des salariés, Contribution à l'étude des sources du droit, *Thèse, LGDJ, 2015*

**DISANT (M.) :**

- L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel, *Bibl. const. et sc. pol., t. 13 : LGDJ, 2010*



**DUCHANGE (G.) :**

- Le concept d'entreprise en droit du travail, *thèse, LexisNexis, 2015*

**LOPES (P.) :**

- L'adaptation de la relation de travail pour motif économique, *Lexis Nexis, Thèses, 2018*

**MARTINON (A.) :**

- Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée, *Dalloz, 2005*

**PESKINE (E.) :**

- Réseaux d'entreprises et droit du travail, *LGDJ, coll. Bibl. de droit social, 2008*

**ROTSCHILD-SOURIAC (M.-A.) :**

- Les accords collectifs au niveau de l'entreprise, *thèse Univ. Paris I, 1986*

**IV - ARTICLES DE DOCTRINE :**

**ADAM (P.) :**

- Le « prodigieux » accord de maintien de l'emploi Escapade en Pays de Rouffach, *SSL 2013, N°1611*
- La négociation des conventions et accords collectifs de travail, A propos de la gestation des volontés collectives, *RJS 6/16, Chronique*

**AKANDJI-KOMBE (J.-F.) :**

- Réflexions sur l'efficacité de la Charte sociale européenne : à propos de la décision du Comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010, *RDT 2011, p. 233*

**ALUOME (L.) :**

- L'accord de performance collective et le consentement du salarié, *JCP S 2019, N° 19, Etude n°1138*

**ANTONMATTEI (P.-H.) :**

- Fléxisécurité : nouvelle victoire de la démocratie sociale, *Dr. soc.* 2013. p. 97

**ANTONMATTEI (P.-H.), BARDIN (V.), CANUT (F.), CHENU (D.) et VACHET (G.) :**

- Réforme du Code du travail : analyse des nouvelles règles sur la rupture du contrat de travail, *RJS* 2/18, *Chronique*

**AUZERO (G.) :**

- Les syndicats, mandataires des salariés ?, *SSL* 2015, n° 1666, p. 10
- Mystérieuse unité économique, *RJS* 4/16, p. 267

**AUZERO (G.) et CANUT (F.) :**

- Le juge et la modification du contrat de travail, *Dr. soc.* 2017, p. 11

**BACH (P.-O.) :**

- Accord de mobilité interne, *JCP S* 2013, N° 39, *Etude n°1370*

**BARTHELEMY (J.) :**

- Contrat de travail et accord collectif : une bienheureuse nouvelle articulation, *Dr. soc.* 2018, p. 70

**BARTHELEMY (J.) et CETTE (G.) :**

- Réformer et simplifier le droit du travail via un rôle accru du droit conventionnel, *Dr. soc.* 2006 p.24
- Relativiser l'autonomie du contrat de travail à l'égard du tissu conventionnel, *Rev. fr. éco.* 2010/2, vol. XXV, p. 251

**BAUGARD (D.) :**

- Questions de conventionnalité : droit international et européen, *in* COUTURIER (G.) et AKANDJI-KOMBE (J.-F.) (dir.), *Compétitivité des entreprises et sécurisation de l'emploi - le passage de l'accord à la loi*, *IRJS*, 2013, *spéc. p. 36*

**BEAL (S.)**

- L'UES n'est pas un employeur, *JCP E*, n°6, 5 février 2009, 1149

**BEAL (S.) et LABAT (R.):**

- Accord sur le fonctionnement de l'entreprise, un recours facilité, un régime unifié, *JCP E*, 18 janv. 2018, n°1032

**BERAUD (J.-M.) :**

- Autour de l'idée de constitution sociale de l'entreprise, *Études offertes à J. Pélissier*, *Dalloz* 2004, p. 55

**BONNECHERE (M.) :**

- Où va le droit du travail ?, *Dr. Ouv.*, juin 2016, n°815, p. 315

**BONNET (C.) et OLCZAK-GODEFERT (G.) :**

- Rémunération variable, le difficile équilibre entre exigence de flexibilité et protection du salaire, *RJS* 8-9/12, *Chronique*

**BORENFREUND (G.) :**

- La volonté des salariés dans les relations collectives de travail, *in* SACHS T. (dir.), *La volonté du salarié*, coll. « *Thèmes et commentaires* », *Dalloz*, 2012. p. 28
- Le refus du salarié face aux accords collectifs de maintien de l'emploi et de mobilité interne, *RDT* 2013, p. 316
- Les rapports de l'accord collectif avec la loi et le contrat de travail, *RDT* 2016, p. 781

**BORENFREUND (G.) et FAVENNEC-HERY (F.) :**

- Le renforcement de la légitimité des accords collectifs justifie-t-il un effacement de la volonté individuelle du salarié ?, *Dr. soc. 2016, p. 309*

**BROTONS (S.) :**

- Une première contribution de la CAA de Versailles sur la RCC, *SSL 2019, N° 1854, 25 mars 2019*

**CANUT (F.) et GEA (F.) :**

- Le droit du travail, entre ordre et désordre, 2de partie (à propos de la loi travail du 8 août 2016), *Dr. soc. 2017, p. 47*

**CESARO (J.-F.) :**

- L'automne dans les branches professionnelles et quelques mesures portant sur la négociation collective, *JCP S 2017, n°39, Etude n°1306*

**CHALARON (Y.) :**

- Conventions et accords collectifs, Contenu, conditions d'applicabilité, *Trav. Traité, fasc. 19-20, n°16*

**COUTURIER (G.) :**

- Quel avenir pour le droit du licenciement ? Perspectives d'une régulation européenne, *Dr. soc. janvier 1997, p. 75*

**DANIEL (J.) :**

- L'AME : un mélange détonnant de complexité et d'insécurité, *JCP S 2014, n° 18-19, Etude n°1187*

**DAUXERRE (L.) :**

- Le consentement dans le droit des relations collectives de travail, *JCP S 2014, n°13, Etude n°1120*

**DAUZET (I.) et ROZEC (P.) :**

- L'accord « à froid » après l'ordonnance du 22 septembre : de la négociation d'adaptation ?, *JCP S 2017, n° 41, Etude n°1321*

**DEBARRATS (I.) :**

- De l'entrée de la RSE dans le code civil, *Dr. soc. 2019, p. 47*

**DRIGUEZ (L.) :**

- Le droit français de la modification du contrat de travail pour motif économique bousculé par la CJUE, *Dr. soc. 2018, p. 356*

**DUMEL (C.) et PELICIER-LOEVENBRUCK (S.) :**

- Le nouveau paysage des dispositifs d'adaptation de l'emploi alternatifs au PSE, *SSL 2018, N° 1800*

**FABRE-MAGNAN (M.) :**

- Le forçage du consentement du salarié, *Dr. Ouv., juillet 2012, n° 768, p. 459*

**FAVENNEC-HERY (F.) :**

- L'accord de groupe, instrument privilégié des relations de travail ?, *RJS 3/19, Chronique*

**FAVENNEC-HERY (F.) et PELISSIER (J.) :**

- L'interaction entre l'individuel et le collectif, *SSL 2011, n°1508*

**FEREY (S.) :**

- L'économiste et le juge : réflexions sur la théorie hayékienne du droit, *Cahiers d'économie Politique*, 2008/1 (n° 54), p. 57 à 83

**FOREST (V.) et JULIEN (M.) :**

- Analyse du discours patronal sur la flexibilité - Une lecture juridique et économique, *SSL* 2015, n° 1680

**FRANCOIS (G.) et MORAND (M.) :**

- Liaisons sociales-Les thématiques, *avr. 2018*, n°58, p. 98.

**GARDIN (A.) :**

- L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale, *RJS 2/19, Chronique*

**GAUDU (F.) :**

- La « Sécurité sociale professionnelle » : un seul lit pour deux rêves ?, *Dr. soc.* 2007 p. 393

**GAURIAU (B.) :**

- L'accord de performance collective depuis la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018, *Dr. soc.* 2018, p. 504
- L'accord de performance collective est-il un accord majoritaire ?, *JCP S 2019, N° 7, Actualité n°64*

**ICARD (J.) :**

- La logique juridique n'est pas absente des jugements prud'homaux sur le barème, *SSL* 2019, n°1846

**IZARD (S.) :**

- Ordonnances : les premiers effets se font attendre, *SSL 2018, N° 1842-1843*

**JAVILLIER (J.-C.) :**

- Négociations et accords d'entreprise en matière de rémunération, *Dr. soc.* 1988, p. 56

**JEAMMAUD (A.) :**

- De l'incidence de l'accord collectif sur le contrat de travail, *RDT* 2016 p. 228

**JEANSEN (E.) et THULEAU (G.) :**

- La publicité des accords collectifs, entre transparence et secret, *RJS* 11/18, *Chronique*

**JOSSERAND (L.) :**

- Les dernières étapes du dirigisme contractuel, le contrat forcé et le contrat légal, *D.* 1940, *chron.* I, p.5 et 6.

**LARDY (S.) :**

- *In* Compétitivité des entreprises et sécurisation de l'emploi, *dir.* G. Couturier et J.-F. Akandji-Kombé, *IRJS* 2013

**LE MIRE (A.) :**

- Les accords de performance collective, *RPDS* 2018, p. 227, n° 879

**LEGRAND (J.-H.) :**

- Les accords collectifs de « maintien de l'emploi » : entre deux « frontières » de la négociation collective ?, *Dr. soc.* 2013, p. 245

**LOISEAU (G.) :**

- Les accords de maintien de l'emploi, *JCP S*, n°25, *Etude* n°1260

**LOISEAU (G.) et LOKIEC (P.) :**

- L'Ani du 11 janvier 2013 à l'ombre du droit, *SSL* 2013, N° 1569

**LOKIEC (P.) :**

- L'accord du salarié, *Dr. soc. 2010, p. 140*
- Le droit du travail à l'épreuve de l'emploi, *Dr. soc. 2016, p. 319*
- Accord collectif et contrat de travail, *Dr. soc. 2017, p. 1024*
- Le nouveau modèle du droit du travail est-il viable ?, *SSL 2017, N° 1790*
- La qualité et l'innovation au cœur du modèle social, *SSL 2018, N° 1828*

**LOPES (P.) :**

- L'adaptation de la relation de travail pour motif économique, *JCP S 2018, n° 47, Etude n°1376*

**LYON-CAEN (G.) :**

- Critique de la négociation collective, *Dr. soc. 1979, p. 350*

**MARTINON (A.) et PESKINE (E.) :**

- Le juge et le contenu de l'accord collectif. Regards croisés, *Dr. soc. 2017, p. 115*

**MOIZARD (N.) :**

- Des mises à l'écart flagrantes du droit international et européen, *SSL 2013, n° 1569, p. 12*

**MORAND (M.) :**

- Licenciement sui generis : entre précisions et interrogations, *SSL 2006, n° 1260*
- L'accord d'aménagement du temps de travail, *JCP S 2012, n°14, Etude n°1145*
- L'accord collectif de maintien dans l'emploi, *SSL 2013, N° 1570*
- La durée du travail dans l'accord de performance collective, *JCP S 2018, n°11, Etude n°1094*



**MORIN (M.-L.) :**

- Principe majoritaire et négociation collective, un regard de droit comparé, *Dr. soc.*, 2000, p. 1080

**OLLIVIER (M.) et TAILLARDAT-PIETRI (B.) :**

- L'APC : opportunités et précautions d'emploi, *SSL 2018*, N°1827

**PAGNERRE (Y.) :**

- Les accords de performance collective, *Dr. soc. 2018*, p. 694
- « Précisions » sur la précision de la lettre de licenciement, *RJS 5/18, Chronique*

**PECAUT-RIVOLIER (L.) :**

- Quel ordonnancement des sources du droit du travail ? - Les rapports de l'accord collectif avec la loi et le contrat de travail, *Dr. soc. 2016*, p. 791

**PESKINE (E.) :**

- La célébration de l'accord collectif d'entreprise, *Dr. soc. 2014* p.438
- À la recherche de l'organisation en droit du travail. Penser l'entreprise et son dépassement, *RDT 2019*, p. 19

**PESKINE (E.) et SACHS (T.) :**

- La refondation de l'entreprise à la croisée des chemins », in *À droits ouverts. Mélanges en l'honneur d'A. Lyon-Caen*, Dalloz, p. 745 s.

**RADE (C.) :**

- La Cour de cassation et l'égalité de traitement : l'exception communautaire, *Dr. soc. 2019* p. 447

**RAY (J.-E.) :**

- Trois rapports, pour quelle refondation, *Dr. soc. 2016*, p. 416

**REMY (P.) :**

- Allemagne, in « Le discours sur la flexibilité, le droit du travail et l'emploi », *RDT 2006*, p. 48, spéc. p. 55
- Les accords collectifs sur l'emploi en Allemagne : un « modèle » pour le droit français ?, *RDT 2012*, p. 133

**ROULET (V.) :**

- Variations sur la clause de mobilité personnelle, *JCP S 2010*, n° 8, *Etude n° 1077*

**ROUSPIDE-KATCHADOURIAN (M.-N.) :**

- Comité européen des droits sociaux et aménagement du temps de travail, *JCP S 2019*, n°19, *Etude n°1139*

**ROZEC (P.) :**

- Indépendance, interaction ou imbrication de l'accord individuel, de l'accord collectif et de la loi ? Pour une contextualisation du contrat de travail, *JCP S 2016* n° 17-18, *Etude n°1152*

**SACHS (T.) :**

- La raison économique en droit du travail, 2e partie : une raison pluraliste, *RDT 2011*, p. 618

**SOUBIE (R.) :**

- Quelques observations sur les accords « donnant-donnant », *Dr. soc. 1985*, p. 614

**STRUILLOU (Y.) :**

- Une dynamique est à l'œuvre, *SSL 2018*, N° 1835

**SUPIOT (A.) :**

- Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise, *Dr. soc.* 1989, p. 195

**TEYSSIE (B.) :**

- Le principe de compétitivité en droit du travail, *Mél. P. DIDIER, Economica, 2008, p. 405*
- À propos de l'adaptation négociée des effectifs de l'entreprise, *Dr. soc. 2011, p. 611*
- La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, *JCP S 2018, p. 1112*

**TOURNAUX (S.) :**

- Les clauses de variation du contrat de travail au prisme de l'article L. 1121-1 du Code du travail, *SSL 2018, N°1840*

**VATINET (R.) :**

- L'articulation de la loi et des accords collectifs avec le contrat individuel de travail, *JCP S 2016 n°17-18, Etude n°1151*

**VERKINDT (P.-Y.) :**

- L'article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale, *Dr. soc. 2010, p. 520*

**VOISSET (V.) :**

- Droit du travail et crise, *Dr. soc. 1980, p. 287*

**WAQUET (P.) :**

- Contrat de travail et statut collectif, *RJS 6/94, Chronique*
- Trouble objectif, le retour à la case départ, *SSL 2007, n°1310*

## **V - RAPPORTS**

### **BADINTER (R.) et LYON-CAEN (A.) :**

- Rapport « Le travail et la loi », *Fayard, 2015*

### **BARTHELEMY (J.) et CETTE (G.) :**

- Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique, *Conseil d'Analyse Economique, 2010*
- Rapport « Réformer le droit du travail », *Institut Terra Nova, Odile Jacob, 2015*

### **COMBREXELLE (J.-D.) :**

- Rapport au premier Ministre, La négociation collective, le travail et l'emploi, *2015*

## **VI - DEBATS PARLEMENTAIRES, ETUDES D'IMPACT, PRESSE**

### **Débats parlementaires :**

- Rapp. AN n° 369, 9 nov. 2017. 6-7., L. Pietraszweski
- Rapp. Sénat (2017-2018) n° 194, 20 déc. 2017. 28, A. Milon
- Compte rendu intégral de la Séance du 14 février 2018, *p. 1477*
- Discours de Muriel Pénicaud, ministre du Travail, le mardi 30 avril 2019 à l'AN

### **Etudes d'impact :**

- Observations du Syndicat de la magistrature sur le projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi, *Dr. ouvrier 2013. 317*

- Etude d'impact de la L. n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels
- Etude d'impact des ordonnances du 22 septembre 2017
- Bilan de la négociation collective 2017 du Ministère du travail
- France stratégie, note d'étape, décembre 2018

**Article de presse :**

- Libération, 7 mars 2016, article de Philippe Aghion

**VII - OBSERVATIONS ET NOTES DE JURISPRUDENCE :**

**AUBERT (M.), BROUSSY (E.) et DONNAT (F.) :**

- Chron. sous CJUE, 12 oct. 2010, aff. C-45/09, Arbeitsgericht de Hamburg, *AJDA 2010*. 2305

**AUBERT-MONPEYSSEN (T.) :**

- Note sous Cass. soc. 22 janv. 1998, n° 95-45.400, Bull. civ. V, n° 29 ; *D. 1998*. 480

**BOSSU (B.) :**

- Note sous Cass. soc., 15 mars 2006, n° 04-40.504 : *JurisData n° 2006-032822 : JCP S 2006*, 1355

**BOUBLI (B.) :**

- Note sous Cass. soc., 12 juill. 2006, n° 04-47.550, *Bull. civ. V, no 263, JCP S 2006*, p. 1763

**CANUT (F.) :**

- Obs. sous Cass., soc., 9 février 2010, n° 08-12218, *RDT 2011. 581*

**CHARBONNEAU (A.) :**

- Obs. sous Cass. soc. 25 janv. 2005, n° 02-41.819 P ; *CSB 2005, A. 34*

**COUTURIER (G.) :**

- Obs. sous Cass. soc., 22 janv. 1998, n° 95-45.400, *Bull. civ. V, no 29, Dr. soc. 1998, p. 379*

**FAVENNEC-HERY (F.) :**

- Obs. sous Cass. soc., 23 janv. 2002, *RJS 2003*

**FLAUSS (J.-F.) :**

- Chron. sous CEDH, 12 nov. 2008, n° 34503/97, *Demir et Baykara c/ Turquie ; AJDA 2009. 872.*

**GAUDU (F.) :**

- Note sous Cass. soc., 29 nov. 1990, *Dr. soc. 1992, p. 38*

**JACOTOT (D.) :**

- Obs. sous Cass. soc., 10 févr. 2016, n° 14-26.147 : *JurisData n° 2016-001969 ; JCP S 2016, 1135, étude*

**LEBORGNE-INGELAERE (C.) :**

- Note sous Cass. soc., 29 nov. 2011, n° 10-19.435 : *JurisData n° 2011-026627 ; JCP S 2012, 1061 ; Bull. civ. V, n° 275*

**MARTINON (A.) :**

- Note sous Cass. soc., 23 sept. 2009, n° 07-44.712 : JurisData n° 2009-049564 : *JCP S 2009, 1503*

**MORAND (M.) :**

- Obs. sous Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107 : *JurisData n° 2011-012756 ; JCP S 2011, 1333, étude*

**MORVAN (P.) :**

- Obs. sous Cass. soc. 10 déc. 2003 ; *JCP E 2004. 1145*

**ODOUL-ASOREY (I.) :**

- Obs. sous Cass. soc., 8 mars 2017, n° 15-18.080, *publié au Bulletin ; RDT 2017. 434*

**PELISSIER (J.) :**

- Note sous Cass. soc., 29 nov. 1990, *D. 1991, 190*
- Note sous Cass., ass. plén., 8 déc. 2000, n° 97-44.219, *D. 2001. 1125*

**RAY (J.-E.) :**

- Obs. sous Cass. soc., 22 janv. 1998, n° 95-45.400, *Bull. civ. V, no 29, Dr. soc. 1998, p. 292*
- Obs. sous Cass. soc., 12 janv. 1999, *Dr. soc. 1999, p.287*

**SOURIAC-ROTSCHILD (M.-A.) :**

- Obs. sous Cass. soc., 9 juill. 1996, n° 95-13.010, *Bull. civ. V, n° 269 ; D. 1998. 258*

**VERICEL (M.) :**

- Obs. sous Cass. soc., 15 mars 2006, n° 03-48.027, *Bull. civ. V, n° 107 ; RDT 2006. 96*

## **INDEX**

- A -

### **Accompagnement :**

- compte personnel de formation : 95, 159, 160
- licenciement pour motif spécifique :
  - abondement minimum du compte personnel de formation : 159, 160
  - allocation d'aide au retour à l'emploi : 158
  - assurance chômage : 157
- modalités facultatives : 94, 95, 159

### **Accord de performance collective :**

- accord majoritaire : 37, 178
- autonomie : 104, 105
- condition suspensive : 120
- conditions de validité : 33 et s.
- contrôle de l'accord :
  - capacité à négocier : 178
  - conditions de forme : 179
  - consentement : 176
  - déloyauté : 177
  - motifs de l'accord : 175
- dénonciation : 50, 117, 118
- dépôt : 106, 179
- différences de traitement : 58
- durée : 49 à 51

- entrée en vigueur : 106
- garantie équivalente : 70
- hiérarchie : 103
- impérativité : 102
- niveau de conclusion : 44 à 48
- notification aux salariés de l'existence de l'accord : 83, 84, 122
- préambule : 17, 58, 175, 179
- publication : 106, 179
- relations avec l'accord de branche : 66, 67, 74
- renouvellement : 51
- révision : 51
- sanctions de l'accord :
  - caducité : 182
  - inopposabilité : 181
  - nullité : 180
  - requalification : 183
- sanctions des cocontractants :
  - clause pénale : 186
  - exécution forcée : 185
  - responsabilité contractuelle : 184
- suivi de l'application : 85, 86
- terme suspensif : 135

### **Accord compétitivité-emploi : 8**



**Accord d'aménagement du temps de travail :**

- conditions : 60
- contenu : 60
- effets : 12, 60

**Accord de maintien de l'emploi :**

- conditions : 9, 21, 50, 182, 187
- contenu : 8, 157
- effets : 12, 136, 139

**Accord de mobilité interne :**

- conditions : 9
- contenu : 8, 72, 157
- effets : 12

**Accord de préservation et de développement de l'emploi :**

- conditions : 9, 17, 18, 25, 40, 50
- contenu : 56, 157
- effets : 13, 100, 152

**Accord de réduction du temps de travail :**

- effets : 12

**Analyse économique du droit : 3, 11**

**Arrêts :**

- Ciupa : 168
- Briou : 29

- Ponsolle : 69
- SAT : 175
- Socha : 168

**Avantages individuels acquis : 104**

- C -

**Comité social et économique :**

- accord collectif : 34
- consultation : 39
- expert-comptable : 40, 41
- notification aux salariés de l'application d'un accord collectif : 83
- réunion de suivi d'un accord collectif : 85

**Conseil d'entreprise : 33**

**Consentement du salarié :**

- acceptation expresse : 133
- acceptation implicite : 108, 136
- option : 99
- refus exprès : 138, 171
- refus implicite : 140

**Contrat de travail :**

- adaptation : 112, 141
- autonomie : 104
- consentement : *V. consentement du salarié*

- contractualisme : 111
- dirigisme contractuel : 137
- hiérarchie : 103
- intangibilité : 111
- modification : *V. modification du contrat de travail*
- principe de faveur : 113
- révision pour imprévision : 112
- stabilité : 112

### **Cybernétique : 17**

### **- D -**

#### **Délai de réflexion du salarié :**

- durée : 128
- expiration : 129
  - théorie de la réception : 129
- opposabilité de l'existence et du contenu de l'accord : 84, 122 et s.
- opposabilité du droit d'option : 125 et s.
- ordre public : 107, 130
- renonciation : 134, 135
- rétractation : 171

#### **Droit comparé : 7**

#### **Droit international :**

- Charte sociale européenne : 5, 20, 60, 93, 165, 175

- Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales : 5, 77, 93, 165
- OIT : 5, 20, 93, 165, 168, 169, 175

#### **Droit de l'Union européenne :**

- Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux : 5
- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : 5
- Directive n°98/59/CE du 20 juillet 1998 : 168, 169
- Principes généraux du droit de l'UE : 93
- Traité d'Amsterdam : 5
- Traité sur le fonctionnement de l'UE : 93

#### **Durée du travail :**

- augmentation : 57
- ordre public : 59
- réduction : 57
- temps partiel : 58

### **- E -**

#### **Efforts proportionnés :**

- actionnaires et mandataires sociaux : 89
- clause pénale : 91
- dirigeants salariés : 88
- dividendes : 90
- limites : 91

- promesse de porte-fort : 91
- rémunération : 90

### **Emploi :**

- développement : 25, 27
- préservation : 25, 26
- obligation de moyens : 28
- obligation de résultat : 29

### **Engagement de maintien de l'emploi :** 6, 29, 90, 185

### **Entreprise :**

- difficultés : 21, 23, 147, 148
- finalité propre : 3
- fonctionnement : 19, 175
- intérêt : 20, 22, 77
- niveau de conclusion d'un accord collectif : 43, 52
- théorie institutionnelle : 53, 113

### **Etablissement :**

- égalité de traitement : 58
- mobilité : 77
- niveau de conclusion d'un accord collectif : 44

### **- F -**

### **Forfait annuel :**

- mise en place : 61
- modification : 62

### **- G -**

### **Groupe :**

- mobilité : 73, 79
- niveau de conclusion d'un accord collectif : 46, 47

### **- I -**

### **Interentreprises :**

- niveau de conclusion d'un accord collectif : 48

### **- L -**

### **Licenciement pour motif économique :**

- 145
- Accord de maintien de l'emploi : 12, 146
- Accord de mobilité interne : 12
- élément causal : 148
- élément matériel : 147
- modification du contrat pour motif économique : 147

- accord du salarié : 133, 136, 140
- délai de réflexion : 130, 134, 171
- motif non inhérent à la personne : 147
- Plan de sauvegarde de l'emploi : 10

**Licenciement pour motif personnel : 145**

- Accord d'aménagement du temps de travail : 12, 60
- motif inhérent à la personne : 146

**Licenciement pour motif spécifique : 145**

- Accord de réduction du temps de travail : 12
- Accord de préservation et de développement de l'emploi : 13
- Alsace-Moselle : 150
- constitutionnalité : 166
- contestation :
  - contrariété et incompatibilité des clauses : 172
  - contrôle et sanctions découlant de l'accord : *V. accord de performance collective*
  - délai de notification : 170
  - délai de réflexion : 171
  - procédure : 167
- conventionnalité : 165
- discrimination : 151, 165, 166
- documents à remettre : 156
- élément causal : 148

- élément matériel : 147
- entretien préalable : 151
- indemnité compensatrice de préavis : 154
- indemnité de licenciement : 155
- licenciement collectif : 168, 169
- mesures d'accompagnement : *V. accompagnement*
- modèle de lettre de licenciement : 152
- motif non inhérent à la personne : 146
- notification : 152
- pouvoir de direction : 149
- préavis : 153
- préconstitution de la cause réelle et sérieuse : 164

**Loi :**

- loi du 19 mars 1919 : 5
- loi du 24 juin 1936 : 5
- loi du 11 février 1950 : 5
- loi du 13 juillet 1973 : 145
- loi du 11 juin 1996 : 182
- loi du 19 janvier 2000 : 9
- loi du 20 août 2008 : 5
- loi du 22 mars 2012 : 12, 60
- loi du 14 juin 2013 : 5, 8, 12, 72
- loi du 6 août 2015 : 12
- loi du 8 août 2016 : 4, 6, 9, 13, 18, 56, 104, 148, 177
- loi du 29 mars 2018 : 6, 61, 66, 152
- loi PACTE : 53

**- M -**

**Mobilité :**

- classification professionnelle : 74
- clause de mobilité : 77
- contractualisation d'un lieu précis : 76
- entretien professionnel : 74
- gestion des emplois et des parcours professionnels : 74
- groupe : 73, 79
- mobilité professionnelle : 72 et s.
- ordre public : 74, 77
- secteur géographique : 75
- UES : 78

**Modification du contrat de travail  
découlant de l'accord collectif :**

- incorporation de l'accord collectif : 116
- non-incorporation de l'accord collectif :  
104, 105, 119
- substitution : 101, 102, 103, 105
  - caractère définitif : 117, 118
  - caractère temporaire : 115, 116, 118,  
119
  - de plein droit : 106 et s., 136
- suspension : 101, 102
  - caractère temporaire : 118, 119

**- P -**

- **Performance** : 54, 80, 96, 97

**- R -**

**Rémunération :**

- avantages et accessoires : 64
- égalité : 69
- frais professionnels : 68
- indemnité de licenciement contractuelle :  
68
- intéressement, participation, épargne  
salariale, actionnariat salarié : 68
- minima hiérarchiques : 66
- ordre public : 65 et s.
- réduction : 63
- rémunération variable : 69
- salaire de base : 63
- SMIC : 65

**- S -**

**Substitution** : *V. modification du contrat de travail*

**Suspension** : *V. modification du contrat de travail*

**- U -**

**Unité économique et sociale :**

- mobilité : 78
- niveau de conclusion d'un accord collectif : 45

**- V -**

**Vie personnelle et familiale :**

- clause de mobilité : 77
- conciliation avec la vie professionnelle : 92

# TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS .....	2
TABLE DES ABREVIATIONS .....	3
SOMMAIRE.....	5
INTRODUCTION.....	7
Section 1 — La quête de la flexibilité .....	8
Section 2 — La négociation collective : agent de flexibilité.....	12
Section 3 — Aube(s) et crépuscule(s) des accords dérogatoires .....	16
Section 4 — La maîtrise de l'incertitude du procès .....	18
<b>PARTIE I. LA RATIONALITE DE L'ACCORD COLLECTIF .....</b>	<b>24</b>
<b>TITRE 1. La finalité : méthode de gestion cybernétique.....</b>	<b>25</b>
<i>Chapitre 1. L'autorégulation visée par les conditions de recours à l'accord collectif .....</i>	<i>26</i>
Section 1 — La réponse réflexive au fonctionnement de l'entreprise .....	26
§1. La largesse des nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise.....	27
§2. Les limites des nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise.....	28
Section 2 — L'ajustement par la gestion de l'emploi.....	29
§1. L'ambivalence de la gestion de l'emploi.....	30
<i>I - L'approche défensive de l'emploi .....</i>	<i>30</i>
<i>II - L'approche offensive de l'emploi.....</i>	<i>30</i>
§2. L'ambivalence de la portée juridique .....	31
<i>I - Des obligations de moyens.....</i>	<i>31</i>
<i>II - Des obligations de résultat.....</i>	<i>31</i>
<i>Chapitre 2. L'autorégulation réalisée par l'instrument de l'accord collectif .....</i>	<i>33</i>
Section 1 — Les acteurs de l'élaboration de l'accord .....	33
§1. Les parties salariales à l'accord.....	33
<i>I - Le droit commun de la négociation collective .....</i>	<i>33</i>
<i>II - Une exception au droit commun ? .....</i>	<i>35</i>
§2. Les intervenants à l'accord.....	37

<b>Section 2 — Les caractéristiques spatio-temporelles .....</b>	<b>39</b>
§1. Le cadre de conclusion.....	40
<i>I - L'entreprise éclatée.....</i>	<i>40</i>
<i>II - Les entreprises concentrées.....</i>	<i>41</i>
§2. La durée de l'accord.....	42
<i>I - La durée négociée.....</i>	<i>42</i>
<i>II - La durée supplétive.....</i>	<i>44</i>
<b>TITRE 2. Le contenu : facteur de performance collective dans l'entreprise .....</b>	<b>46</b>
<b><i>Chapitre 1. Les bornes de la loi autour du domaine de l'accord collectif .....</i></b>	<b><i>47</i></b>
<b>Section 1 — L'approche quantitative du travail.....</b>	<b>47</b>
§1. La durée du travail.....	48
<i>I - L'aménagement de la durée.....</i>	<i>48</i>
<i>II - L'organisation et la répartition de la durée .....</i>	<i>51</i>
§2. La rémunération du travail.....	53
<i>I - Les largesses de la notion .....</i>	<i>53</i>
<i>II - Les limites de la négociation .....</i>	<i>54</i>
<b>Section 2 — L'approche dynamique du travail.....</b>	<b>57</b>
§1. La mobilité professionnelle interne.....	58
§2. La mobilité géographique interne.....	59
<i>I - Le dépassement des limites dans l'entreprise.....</i>	<i>59</i>
<i>II - La persistance des limites au-delà de l'entreprise .....</i>	<i>61</i>
<b><i>Chapitre 2. Les suggestions de la loi en marge du domaine de l'accord collectif.....</i></b>	<b><i>63</i></b>
<b>Section 1 — Les modalités d'information .....</b>	<b>63</b>
§1. Sur l'application de l'accord .....	63
§2. Durant l'application de l'accord.....	64
<b>Section 2 — Les modalités compensatrices.....</b>	<b>65</b>
§1. Par l'association des dirigeants et actionnaires aux efforts collectifs .....	65
<i>I - L'identification des personnes concernées .....</i>	<i>65</i>
<i>II - L'identification des efforts collectifs.....</i>	<i>66</i>
§2. Par des mécanismes d'accompagnement des salariés .....	67



<i>I - La dimension individuelle</i> .....	67
<i>II - La dimension collective</i> .....	68
<b>PARTIE II. LE RAYONNEMENT DE LA VOLONTE COLLECTIVE</b> .....	<b>71</b>
<b>TITRE 1. La légitimité collective : vecteur d’adaptation du contrat individuel</b> .....	<b>72</b>
<b>Chapitre 1. L’adaptation recherchée du contrat individuel au statut collectif</b> .....	<b>73</b>
<b>Section 1 — La notion de substitution de plein droit</b> .....	<b>73</b>
§1. Les débats autour de la notion de substitution.....	73
<i>I - Les interactions des sources du droit du travail</i> .....	73
<i>II - L’indépendance des sources du droit du travail</i> .....	75
§2. Les mystères de la notion de plein droit.....	77
<b>Section 2 — La portée des effets de la substitution</b> .....	<b>79</b>
§1. Les effets sur le contenu du contrat.....	79
<i>I - L’affaiblissement de l’intangibilité du contrat</i> .....	79
<i>II - L’achèvement du principe de faveur</i> .....	81
§2. Les effets dans le temps.....	83
<i>I - Une substitution non définitive</i> .....	83
<i>II - Une substitution définitive ?</i> .....	85
<b>Chapitre 2. L’adaptation optionnelle du contrat individuel au statut collectif</b> .....	<b>88</b>
<b>Section 1 — Les conditions du droit d’option</b> .....	<b>88</b>
§1. La naissance du droit d’option.....	89
<i>I - L’opposabilité de l’accord</i> .....	89
<i>II - L’opposabilité du droit d’option</i> .....	90
§2. La survie du droit d’option.....	91
<i>I - L’encadrement temporel</i> .....	91
<i>II - La protection légale</i> .....	92
<b>Section 2 — L’exercice du droit d’option</b> .....	<b>93</b>
§1. Les modalités duales de l’accord du salarié.....	93
<i>I - L’accord exprès</i> .....	93
<i>II - L’accord implicite</i> .....	95
§2. La modalité unique du refus du salarié.....	96

I - Le refus exprès .....	96
II - L'impossible refus implicite.....	97
<b>TITRE 2. La résistance individuelle : cause de rupture du contrat individuel.....</b>	<b>99</b>
<b>Chapitre 1. La nature spécifique du motif de rupture du contrat individuel.....</b>	<b>100</b>
<b>Section 1 — Le caractère sui generis du motif spécifique .....</b>	<b>100</b>
§1. Un motif non inhérent à la personne .....	101
§2. Les ressorts économiques.....	101
<b>Section 2 — Le régime dérogatoire du motif spécifique.....</b>	<b>103</b>
§1. Une procédure simplifiée .....	104
I. La procédure pour motif personnel.....	104
II. Les conséquences du licenciement.....	106
§2. Un accompagnement allégé.....	108
I. En vue du retour à l'emploi.....	108
II. Par la formation professionnelle .....	109
<b>Chapitre 2. Le contrôle verrouillé du motif de rupture du contrat individuel.....</b>	<b>111</b>
<b>Section 1 — L'office obstrué du juge sur la contestation du licenciement .....</b>	<b>111</b>
§1. L'obstacle de la préconstitution du motif .....	112
§2. Les brèches dans la mise en œuvre du licenciement .....	114
I - Les conditions de forme.....	114
II - Les conditions de fond.....	117
<b>Section 2 — L'office limité du juge sur l'accord collectif.....</b>	<b>120</b>
§1. Le contrôle de l'accord collectif.....	121
I. Le contrôle du contenu de l'accord.....	121
II. Le contrôle de l'élaboration de l'accord.....	124
§2. Les sanctions découlant de l'accord collectif.....	125
I. Les sanctions de l'accord.....	125
II. Les sanctions des cocontractants.....	129
<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>133</b>
<b>INDEX.....</b>	<b>151</b>