

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : portail-publi@ut-capitole.fr

LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n°92-597 du 1^{er} juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



THÈSE

En vue de l'obtention du

DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

Délivré par :

Université Toulouse 1 Capitole (UT1 Capitole)

Présentée et soutenue par :

Marine BOUTONNET

Le 12 décembre 2016

LE CONSENSUALISME DANS LA RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL À DURÉE INDETERMINÉE

Ecole doctorale et discipline ou spécialité :

ED SJP : DROIT

Unité de recherche :

Centre de Droit des Affaires

Directeur de Thèse :

Monsieur Albert ARSEGUÉL

Professeur émérite à l'Université Toulouse I Capitole

Rapporteurs :

Madame Monique LUBY

Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

Monsieur François PETIT

Maître de conférences HDR à l'Université de Bordeaux, Directeur du Master II Droit des relations de travail dans l'entreprise

Autre membre du jury :

Madame Brigitte REYNES

Maître de conférences HDR à l'Université Toulouse I Capitole, Directrice du Master II Droit et Management social de l'entreprise

Université Fédérale



Toulouse Midi-Pyrénées

THÈSE

En vue de l'obtention du

DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

Délivré par :

Université Toulouse 1 Capitole (UT1 Capitole)

Présentée et soutenue par :

Marine BOUTONNET

Le 12 décembre 2016

**LE CONSENSUALISME DANS LA RUPTURE DU
CONTRAT DE TRAVAIL À DURÉE INDETERMINÉE**

Ecole doctorale et discipline ou spécialité :

ED SJP : DROIT

Unité de recherche :

Centre de Droit des Affaires

Directeur de Thèse :

Monsieur Albert ARSEGUÉL

Professeur émérite à l'Université Toulouse I Capitole

Rapporteurs :

Madame Monique LUBY

Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

Monsieur François PETIT

Maître de conférences HDR à l'Université de Bordeaux, Directeur du Master II Droit des relations de travail dans l'entreprise

Autre membre du jury :

Madame Brigitte REYNES

Maître de conférences HDR à l'Université Toulouse I Capitole, Directrice du Master II Droit et Management social de l'entreprise

**L'université n'entend ni approuver,
ni désapprouver les opinions particulières du candidat.**

*A Frédéric,
A mes parents,
A mes frères.*

REMERCIEMENTS

Je tiens à exprimer ma reconnaissance au Professeur Albert ARSEGUEL pour avoir accepté de diriger ce travail ainsi que pour son attention et ses conseils.

Je souhaite aussi remercier tout particulièrement Hélène pour sa patiente relecture et son soutien, si précieux, dans l'achèvement de cette thèse.

Ma gratitude est immense à l'égard de tous ceux qui m'ont accompagnée, soutenue, aidée par leurs conseils et leurs encouragements, en particulier Enora, Elise, et Sophie.

PRINCIPALES ABREVIATIONS UTILISEES

AGS	Association pour la Garantie des Salaires
ALD	Actualité législative Dalloz
AN	Assemblée Nationale
ANI	Accord National Interprofessionnel
ANPE	Agence Nationale Pour l'Emploi
ARE(F)	Aide au Retour à l'Emploi (Formation)
Ass.	Assemblée
Ass. Plén.	Assemblée Plénière
ASSEDIC	Association pour l'Emploi Dans l'Industrie et le Commerce
BIT	Bureau International du Travail
BOMT	Bulletin officiel du ministère du travail
Bull. Civ.	Bulletin des arrêts de la Chambre civile de la Cour de cassation
Bull. Crim.	Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>c/</i>	contre
CA	Cour d'Appel
Cah. soc. barreau	Cahiers sociaux du barreau de Paris
CC	Conseil Constitutionnel
Cciv	Code civil
CCN	Convention collective nationale
CDD	Contrat à Durée Déterminée
CDI	Contrat à Durée Indéterminée
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
CEREQ	Centre d'études et de recherches sur les qualifications
Chr.	Chronique
Civ	Chambre civile de la Cour de cassation
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
CPA	Compte personnel d'activité
CPF	Compte personnel de Formation

LE CONSENSUALISME DANS LA RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL À DURÉE INDETERMINÉE

CP	Conseil de prud'hommes
CPP	Code de procédure pénale
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CSS	Code de la sécurité sociale
CT	Code du travail
D.	Dalloz
DC	Décision du Conseil Constitutionnel
DDTEFP	Direction Départementale du Travail Et de la Formation
DH	Dalloz hebdomadaire
DIF	Droit Individuel à la Formation Professionnelle
DIRECCTE	Directions Régionales des Entreprises, de la Concurrence, de la consommation, du Travail et de l'Emploi
DP	Dalloz périodique
Dr. Ouv.	Droit Ouvrier
Dr. Soc.	Droit Social
Gaz. Pal	Gazette du palais
GPEC	Gestion Prévisionnelle de l'Emploi et des Compétences
<i>infra</i>	Ci-dessous
J.-CL.	Juris-Classeur
JCP	Juris Classeur Périodique
JCP E	La semaine juridique édition entreprise
JCP G	La semaine juridique édition générale
JO	Journal Officiel
JSL	Jurisprudence Sociale Lamy
juris.	jurisprudence
Jurisp soc.	Jurisprudence sociale
L.	Loi
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de la Jurisprudence
LPA	Les petites affiches
N °, n °	Numéro
Obs.	Observations
OCDE	Organisation de coopération et de développement économique
OIT	Organisation internationale du travail

PRINCIPALES ABREVIATIONS UTILISEES

Op. cit.	Ouvrage précité
PSE	Plan de Sauvegarde de l'Emploi
PU	Presses Universitaires
PUAM	Presse Universitaire d'Aix-Marseille
PUF	Presses Universitaires de France
RDT	Revue de Droit du Travail
Rec.	Recueil
RIT	Revue internationale du travail
RJS	Revue de Jurisprudence Sociale
RPDS	Revue pratique de Droit social
RTD civ.	Revue Trimestrielle de Droit Civil
SMIC	Salaire minimum de croissance
SSL	Semaine Sociale Lamy
Soc	Chambre sociale de la Cour de cassation
SSL	Semaine sociale Lamy
Suiv.	suivant
suppl.	supplément
<i>supra</i>	ci-dessus
TPS	Travail et Protection Sociale
UNEDIC	Union nationale pour l'emploi dans l'industrie et le commerce

SOMMAIRE

INTRODUCTION GENERALE	16
PARTIE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, OUTIL DE SORTIE DE L'EMPLOI.....	29
<u>TITRE 1 -L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE EMPRUNTE AU DROIT DES CONTRATS</u>	<u>31</u>
CHAPITRE 1 -L'ACCORD INDIVIDUEL COMME MODE TRADITIONNEL DE RUPTURE DU CONTRAT.....	33
CHAPITRE 2 -L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE INHABITUEL DE RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL	78
<u>TITRE 2 -L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE AU SERVICE DE LA FLEXICURITE.....</u>	<u>133</u>
CHAPITRE 1 -L'ACCORD INDIVIDUEL UN MODE DE RUPTURE SOUPLE ET SECURISE	135
CHAPITRE 2 -L'ACCORD INDIVIDUEL, UN OUTIL DE SECURISATION PARTIELLE	178
PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE.....	214
<u>TITRE 1 -L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE MAINTIEN DANS L'EMPLOI....</u>	<u>218</u>
CHAPITRE 1 -L'ACCORD COLLECTIF D'ENGAGEMENT SUR L'EMPLOI : UNE LOGIQUE CONTRACTUELLE DE LA NEGOCIATION.....	220
CHAPITRE 2 -L'ACCORD COLLECTIF DE MAINTIEN DE L'EMPLOI.....	265
<u>TITRE 2 -L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI..</u>	<u>303</u>
CHAPITRE 1 -L'ACCORD COLLECTIF, SOUTIEN A LA MOBILITE ANTICIPATIVE. .	305
CHAPITRE 2 -L'ACCORD COLLECTIF, SOUTIEN A LA MOBILITE CURATIVE.....	347
CONCLUSION GENERALE	389

INTRODUCTION GENERALE

Un modèle se meurt. Celui d'un emploi à vie pour tous. Le souvenir d'un monde du travail où chaque individu connaissait un parcours professionnel mélodieux au sein d'une unique entreprise dans laquelle il gravissait les échelons hiérarchiques. Un rêve présent dans l'esprit de chaque nostalgique du modèle social français fruit de l'héritage de l'après-guerre. Une ambition à atteindre couchée progressivement sur le papier sous la forme du Code du travail.

Ce modèle social, adapté à l'économie des Trente Glorieuses et caractérisé par l'Etat-providence est aujourd'hui à bout de souffle, mis en difficulté par l'ampleur et la nature des enjeux sociétaux. En effet la crise économique mondiale s'est doublée en France d'une importante crise sociale traduite par l'installation durable du chômage et du sous emploi. La principale conséquence de cette évolution, résultat de la promotion de la flexibilité du marché de l'emploi, est le développement des modes d'emplois atypiques –l'emploi à temps partiel, les contrats de travail temporaires ou encore le prêt de main d'oeuvre – et l'effritement du statut de salarié.

De manière concomitante l'essor des nouvelles technologies et des réseaux sociaux a modifié les comportements et les mentalités des individus. Il existe une vraie rupture dans

notre société avec l'apparition d'un « néo-travailleur ». Mieux informé, plus mobile, individualiste, en quête de davantage de liberté, il se soustrait à l'organisation traditionnelle du travail pour créer sa propre activité. Face à ce mouvement l'entreprise a besoin de repenser une relation salariale hiérarchisée, figée, afin de continuer à séduire cette nouvelle catégorie de travailleurs. Il est alors important de donner une place active au salarié, lui offrir des espaces dans lesquels il n'est pas sous tutelle, un champ où il est libre de décider de ses orientations. Il serait souhaitable que le modèle pyramidal évolue au profit d'une relation plus horizontale.

La France a connu une révolution économique et culturelle qui nécessite de bousculer les schémas établis et de faire évoluer le droit du travail. Dans ce contexte l'accord qui a longtemps entretenu des rapports hostiles avec le droit du travail suscite un regain d'intérêt tant au niveau individuel que collectif. En effet l'actualité brûlante, à l'instar du nombre d'études qui entendent donner une nouvelle place à la négociation collective¹ ainsi que la controversée loi El Khomri, place l'outil contractuel au cœur des débats.

I - UN MODELE SOCIAL EN CRISE

1. Le modèle social français historique. Le droit social français hérité de la période des Trente Glorieuses protège l'idée d'un emploi stable. C'est l'émergence de la notion de « contrat social » soit un point de convergence entre les entreprises et leurs salariés autour d'engagements réciproques. L'entreprise s'engage à protéger l'emploi du salarié tout en lui offrant de solides garanties sociales, un plan de carrière et l'opportunité de progresser au sein de l'entreprise tandis que le salarié promet fidélité et investissement à la collectivité. Ce mouvement s'inscrit dans un contexte de forte croissance économique et de plein emploi facilité par des échanges internationaux encore faibles et un bas niveau de concurrence. La figure emblématique de cette époque est sans conteste le statut du salariat. L'organisation de la société française appelait alors de ses vœux la transformation des individus en salariés. Pour preuve en 1936 les salariés représentaient moins des deux tiers de l'emploi tandis que la proportion était de 90% en 1995. Au plan juridique cette période est marquée par le traitement du « pouvoir patronal » et l'adaptation du droit de l'entreprise

¹ Rapport BADINTER, Définir les principes essentiels du droit du travail, janvier 2016 ; Rapport COMBEXELLE, La négociation collective, le travail et l'emploi, 9 septembre 2015 ; Rapport BARTHELEMY – CETTE, *Reformer le droit du travail*, septembre 2015.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

au droit du travail.

A partir des années 70 la mondialisation est rendue possible grâce aux avancées technologiques et aux nouvelles méthodes de télécommunication. Cette globalisation s'accompagne d'une intensification des échanges commerciaux, de l'internationalisation des marchés financiers et de la production. En s'implantant dans le monde entier les multinationales mettent en concurrence tous les pays et les régions du monde. Le monde du travail se caractérise par l'individualisation des tâches, l'optimisation de la rentabilité nécessitant davantage de flexibilité interne et externe, de mobilité et de polyvalence de la force de travail. Face au phénomène le modèle français est fragilisé par une demande moins dynamique. Les gouvernements successifs ont alors pris le parti d'adapter le droit du travail à cette économie mondialisée en développant des contrats à durée déterminée, des contrats de travail temporaire ou des relais par le biais de la sous-traitance. Si le contrat à durée indéterminée reste la norme – 86% des salariés en 2014 – on constate que 90% des embauches se font en contrat à durée déterminée ou en missions d'intérim². Ces politiques de flexibilisation ont profondément et durablement modifié les relations professionnelles.

Concomitamment le législateur a conforté les salariés présents dans l'emploi en apportant des restrictions au droit de résiliation unilatérale de l'employeur. En effet, les réformes du 13 juillet 1973³ et du 3 janvier 1975⁴ encadrent la rupture du contrat à l'initiative de l'employeur en posant une procédure spécifique, l'exigence d'un motif réel et sérieux ainsi qu'une réparation indemnitaire. Ces lois mettent fin à la pratique civiliste du droit de résiliation et à l'égalité entre les parties, et entérinent l'autonomie de la branche travail vis à vis du droit civil. De surcroît, si le législateur a jeté les bases d'un droit du licenciement c'est la jurisprudence qui l'a progressivement marqué du sceau de l'ordre public en s'appuyant sur le caractère d'intérêt social de ses dispositions. La Cour de cassation paraît être en contradiction avec les considérations économiques liées à

2 « Entre 2000 et 2012 forte hausse des embauches en contrats temporaires mais stabilisation de la part des CDI dans l'emploi », DARES ANALYSES n° 56 juillet 2014.

3 AUZERO (G.), DOCKES (E.), *Droit du travail*, 30ème éd., Dalloz, coll. Précis, 2016, §437 & s. ; BONNETETE (M.-C.), LYON CAEN (G.), « La réforme du licenciement à travers la L. 13 juill. 1973, *Dr. Soc.* 1973. 493 s. ; RONGERE (P.), « La réforme du droit du licenciement », *Economie et humanisme*, sept.-oct. 1973 ; PELISSIER (J.), *Le nouveau droit du licenciement*, 2e éd., 1980, Sirey.

4 AUZERO (G.), DOCKES (E.), *Droit du travail*, 30ème éd., Dalloz, coll. Précis, 2016, §475 & s. ; PELISSIER (J.), « Les licenciements pour motif économique », *D.* 1975. Chron. 135.

l'entreprise ou plus largement à la conjoncture difficile notamment lorsqu'elle détermine le régime juridique du licenciement économique. On ressent bien la frilosité du législateur comme de la chambre sociale à assouplir les dispositions relatives au droit du licenciement, reflet de la société française et de ses valeurs conservatrices en la matière.

Cette double logique à la fois de protection de l'emploi des salariés et d'autorisation de déroger au contrat à durée indéterminée, emblème de la stabilité de l'emploi⁵, crée une segmentation du marché du travail. La dualité du marché du travail met en lumière des inégalités entre le noyau dur de main d'oeuvre diplômée qui bénéficie de fortes protections tant de l'emploi que face aux risques sociaux, et en périphérie des salariés précaires qui ne parviennent à intégrer le marché qu'au prix de la flexibilité.

Cette tendance montre donc aujourd'hui ses limites et le patronat, la Commission européenne, l'OCDE, ainsi que de nombreux économistes s'entendent sur l'idée que la mission de protection du droit du travail doit s'effacer devant les impératifs nouveaux.

2. Le droit de la rupture au cœur de la crise. « *Le droit du travail est une toupie dont la pointe n'est autre que la rupture du contrat* ». L'affirmation de Jean-Jacques Dupeyroux résume bien l'esprit du droit du travail. Le droit de la rupture, plus exactement le droit du licenciement, apparaît comme le moment primordial de la relation salariale, celui où l'affirmation de la position dominante de l'employeur est la plus importante. C'est certainement pour cette raison que l'attachement aux garanties relatives au droit du licenciement est aussi grand et ce malgré les difficultés perçues. En effet, les dispositions impératives du droit du licenciement sont critiquées. Face à un taux de chômage élevé, un ralentissement brutal de la croissance et des entreprises délaissant le territoire national pour des pays émergents, l'heure n'est plus à la stabilité de l'emploi pour les partisans de la déréglementation⁶. Ils pointent les effets négatifs des procédures de licenciement tant sur le marché de l'emploi que sur les performances économiques. Les restrictions à la liberté de résiliation unilatérale des employeurs seraient selon eux la cause de l'augmentation du

5 Une croyance contestée, v. REYNES (B.), « Emploi durable et formes d'emploi. La primauté du CDI : mythe ou réalité ? », *SSL* janv. 2012, p. 20-23.

6 V. not. BLANCHARD (O.), TIROLE (J.), *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, La documentation française, 2003 ; CAHUC (P.) KRAMARZ (F.), *De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle*, 2004 ; BARTHELEMY (J.) CETTE (G), *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, 2010.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

chômage mais également de l'explosion du recours aux contrats spéciaux. Les employeurs renonceraient à embaucher de nouveaux salariés, craignant d'une part une procédure de séparation longue et complexe, d'autre part, les incertitudes entourant un potentiel contentieux.

Dans cette perspective figure parmi les sources d'inspirations privilégiées le modèle danois du triangle d'or⁷ alliant marché du travail flexible, protection sociale généreuse et politique active de l'emploi, plus communément connu sous le vocable de « flexisécurité »⁸. Issue des exemples danois et hollandais la flexisécurité apparaît comme un « système proposant un compromis à un marché du travail fissuré par le besoin croissant de souplesse revendiqué par les entreprises et la potentielle fragilisation des salariés ». Pour la Commission européenne il s'agit d'une « *stratégie intégrée visant à améliorer simultanément la flexibilité et la sécurité sur le marché du travail* »⁹. En pratique

7 De nombreux experts ont fait les louanges des systèmes des pays nordiques et surtout celui du Danemark pour sa capacité à créer des emplois tout en maintenant un niveau élevé de sécurité sociale pour les chômeurs. Les associations professionnelles apprécient également le système car ses règles libérales, en termes d'embauche et de licenciement, offrent un niveau élevé de flexibilité et permettent de s'adapter rapidement aux évolutions du marché vers le bas comme vers le haut. Et pourtant, à première vue, le Danemark dispose de plusieurs facteurs "handicapants" : niveau particulièrement élevé des salaires, fort niveau de prélèvements obligatoires, fort taux de syndicalisation, importance du secteur public, six semaines de congés payés, opposition viscérale aux heures supplémentaires. Ainsi, quels sont les secrets du succès ? Le Danemark offre le modèle du "triangle d'or" : la protection de l'emploi est faible, la protection sociale généreuse et les politiques de l'emploi actives y sont très développées. Ce système permet au marché du travail danois d'être très flexible et fluide. Selon le rapport des Economistes Tirole et Blanchard au début des années 2000, chaque année environ 25% des travailleurs passent par le chômage. En contrepartie les danois bénéficient d'un système d'indemnités qui reste généreux : le taux de remplacement est proche des 90% pour les bas salaires. Dans le cadre d'un plan d'action individualisé, les chômeurs sont tenus d'entrer dans une mesure "active" au bout de six mois à un an de chômage et un refus de leur part peut entraîner une suspension de ces droits. L'accent se porte fortement sur la Formation où l'Etat injecte une grande quantité d'argent. "Au début des années 2000, les dépenses publiques dans ce domaine, en proportion du PIB, y sont trois fois plus élevées qu'en France, vingt fois plus qu'aux Etats-Unis". Autre caractéristique essentielle du système : une négociation constante entre patronat et syndicat à un niveau local. Enfin une action ciblée sur les jeunes et ce avant l'entrée sur le marché du travail grâce à des stages en entreprises et un système de bourse et de prêts très développés. Un marché du travail flexible, un taux de chômage faible, des travailleurs mobiles et adaptables, des transitions "sécurisées" par une protection sociale généreuse, une politique de l'emploi très active et une "formation tout au long de sa vie" : on comprend pourquoi le Danemark peut servir de modèle. Néanmoins certains observateurs dénoncent que ce modèle présente quelques zones d'ombres : c'est parfois l'Etat qui donne du travail aux chômeurs ce qui dénature l'emploi public, le taux de chômage bas coexiste avec une pénurie de main d'oeuvre dans certains secteurs "pénibles" comme la restauration, et enfin l'exclusion de certaines catégories de travailleurs comme les pré-retraités.

8 CROMARIAS (A.), « Penser la flexicurité au niveau « méso » : entre ancrage territorial et innovation sociale », *Géographie, économie, société*, 2010/04.

9 Communication Commission européenne, « *Vers des principes communs de flexicurité : des emplois plus nombreux et de meilleure qualité en combinant flexibilité et sécurité* », juillet 2007 (COM/2007/0359). La flexisécurité est par ailleurs inscrite depuis 2005 comme l'une des lignes directrices pour l'emploi de la

LE CONSENSUALISME DANS LA RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL À DURÉE INDETERMINÉE

le système permet d'apporter de la souplesse et de la sécurité aux employeurs ainsi qu'aux salariés sur le principe du gagnant-gagnant. L'entreprise est en mesure d'ajuster sa main d'oeuvre lors des périodes de ralentissement économique en licenciant plus facilement et sans risque judiciaire ; inversement le salarié est plus exposé à la rupture de son contrat mais bénéficie d'un encadrement durant sa période de chômage susceptible d'augmenter son niveau d'employabilité et ainsi de retrouver un emploi plus rapidement.

Ce mouvement s'est traduit par des réformes profondes des marchés du travail de nos voisins européens. L'Italie, l'Espagne, le Portugal ou encore l'Irlande, tous ont modifié leurs conditions de rupture du contrat de travail¹⁰. En France la tâche demeure bien plus complexe, à l'instar de la tentative avortée du gouvernement Villepin d'imposer le Contrat Première Embauche¹¹.

Si ces réticences peuvent s'expliquer par des considérations juridiques, à savoir le caractère d'ordre public des dispositions sur le licenciement, la raison est également culturelle : l'histoire prouve que la France est un pays moins réformiste que révolutionnaire.

Et pourtant, dans une économie de plus en plus numérisée, il est urgent de repenser le droit de la rupture. La France doit se projeter dans l'avenir et pas seulement combattre pour maintenir ses acquis. Au delà des conséquences comptables mises en valeur par les chiffres du chômage, le droit du travail doit désormais s'adapter aux effets induits par la révolution

Stratégie Européenne pour l'Emploi, à travers des principes communs ordonnés en quatre composantes : le contrat de travail avec « *des dispositions contractuelles souples et sûres* », la formation ou « *apprentissage tout au long de la vie* », les politiques de l'emploi ou « *politiques actives du marché du travail* » et la protection sociale, c'est-à-dire des « *systèmes de sécurité sociale modernes* ».

10V.not. MARTIN (Ph.), « Le droit du travail en Espagne et en Italie. Convergences, divergences, singularités », *Les cahiers Irice* 1/2014 (n° 11), p. 37-52.

11Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances. Introduit par voie d'amendement à la loi sur l'égalité des chances, il constituait l'article 8 de la loi promulguée par le chef de l'Etat après validation du conseil constitutionnel (Décision du 30 mars 2006, JO n° 79 du 2 avr. 2006). Mais le Président de la République, dans un contexte d'hostilité croissante de la population, indique avant la promulgation que l'article 8 est retiré pour être remplacé par un dispositif d'insertion professionnelle des jeunes. Le CPE était un contrat à durée indéterminée visant les salariés de moins de 26 ans appartenant aux entreprises de plus de 20 salariés qui prévoyait une période dite de « consolidation » de deux ans durant laquelle les dispositions des articles L. 122-4 à L. 122-11, L. 122-13 à L. 122-14-14 et L. 321-1 à L. 321-17 du code du travail ne s'appliquaient pas. Cf. BONNIN (V.), « Contrats première et nouvelles embauches : quelle flexisécurité ? », *Petites affiches* 14 juin 2006, n° 118 ; CHARBONNEAU (C.), « Egalités des chances, le destin perturbé », *Les cahiers sociaux* 1 juin 2006, n° 181 ; RADE (Ch.), « Feu le contrat première embauche », *RDC* 1 juillet 2006, n° 3.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

numérique sur les mentalités ainsi que sur les comportements des travailleurs et plus généralement dans le monde de l'entreprise. En effet, aujourd'hui, le travailleur ne se perçoit plus seulement comme un salarié mais également, potentiellement, comme un acteur de son propre parcours professionnel. Dès lors, au delà des dispositifs mis en place par le législateur, tel que le statut d'auto-entrepreneur créé en 2008¹², le « néo-travailleur » a emprunté la voie de la révolution numérique pour se ménager un espace de liberté que l'entreprise classique ne lui offre pas.

II - UN NOUVEAU MONDE EN MARCHÉ

3. La recherche de l'indépendance du travailleur. Huit ans après la création du régime d'auto-entrepreneur, son succès ne se dément pas. En dépit de cet intérêt l'auto-entrepreneuriat est jugé défavorablement par une partie des travaillistes, notamment parce qu'il servirait à contourner le statut de salarié. Pourtant, interrogés sur le choix entre le statut de salarié et celui de travailleurs indépendants, les français sont 40% à plébisciter la voie de l'indépendance. L'étude des raisons témoigne d'un combo entre l'adhésion aux valeurs capitalistes et le désir de liberté individuelle. En outre la grande vague ne se limite pas à l'entrepreneuriat, depuis quelques années d'autres formes atypiques de travail se développent au détriment du salariat : il s'agit de « l'ubérisation » et de l'économie collaborative. Ce sont des marchés bifaces qui mettent directement en relation clients et prestataires et qui vont avoir un développement communautaire ou simplement une utilité marchande.

La croissance de ces dispositifs et le basculement rapide des marchés démontrent bien à quel point ils répondent à une demande, tant de la société française que de certaines catégories de travailleurs, en particulier les jeunes qui trouvent dans cette forme d'activité moins de contraintes. L'ubérisation, blablacarisation, l'amazonisation, on pourrait multiplier les néologismes apparus suite à la révolution numérique. C'est l'invention d'un nouveau monde avec une forme d'activité nouvelle. Cette nouvelle « économie de plateforme » s'accompagne d'un démantèlement de l'ancienne organisation autour d'une relation verticale standard employeur-salarié.

Pour certains prédicateurs cette nouvelle ère du numérique pourrait à terme résoudre

¹²Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 relative à la modernisation de l'économie.

LE CONSENSUALISME DANS LA RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL À DURÉE INDETERMINÉE

le problème du chômage. Selon eux, il est nécessaire de revenir sur le modèle du salariat en faisant de chaque travailleur un indépendant. Il s'agit de construire la protection autour du statut professionnel en actant l'idée que le parcours du travailleur n'est pas linéaire et passe par des phases de travail salarié, de travail indépendant et des périodes de chômage. Les premiers pas ont été amorcés avec la création d'un compte personnel d'activité. Le droit du travail opère donc un glissement : il ne protège plus l'emploi du salarié mais le travailleur tout au long de sa vie.

Cette prophétie lance l'actuel débat sur la fin du salariat. Sans se perdre dans des prédictions auto réalisantes, il est nécessaire de s'intéresser aux aspirations des travailleurs qui ne sont plus les mêmes qu'il y a quinze ans. Certaines plateformes collaboratives vont se substituer à du travail salarié et d'autres vont lui apporter un « supplément d'âme ». La solution n'est pas de se positionner pour ou contre cette nouvelle organisation mais de comprendre pourquoi elle est plus séduisante que l'entreprise traditionnelle en dépit des risques qu'elle présente pour le travailleur. Il s'agit d'un appel vers plus de liberté, d'indépendance, de responsabilité, de confiance dans les relations professionnelles. Ce mouvement commence à être incarné par les entreprises dites « start up » mais ces dernières, de plus en plus présentes sur le territoire, se heurtent à un droit du travail parfois inadapté.

Cette mutation économique et sociale dénote la fracture entre le besoin des travailleurs de sortir de cette relation hiérarchisée pour davantage d'autonomie et un droit du travail campé sur des principes d'après-guerre.

III - L'ADAPTATION PAR L'ACCORD

4. Notion de « consensualisme ». Pour le droit civil le consensualisme est un principe qui se caractérise par l'engagement des parties sur le fondement de la seule expression de leur volonté, autrement dit aucune exigence de forme n'est nécessaire à l'extériorisation des consentements. Le principe du consensualisme s'oppose ainsi à celui du formalisme¹³. Le contrat représente la commune volonté des parties. Cela implique qu'elles sont libres de s'entendre et de déterminer le contenu et les conséquences de leurs engagements. C'est

¹³Il existe un risque de confondre la forme et le formalisme. Tandis que le consensualisme ne considère pas la forme comme une condition de validité de la convention, le formalisme lui accorde une nature obligationnelle.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

l'application du principe de liberté contractuelle. L'idée de consensualisme est de plus en plus présente en droit du travail. La montée du consensualisme se manifeste par l'essor de l'accord tant au niveau individuel que collectif.

5. Evolution des relations droit civil – droit du travail¹⁴. Les relations entre le droit du travail et le droit civil ont longtemps été réduites à la question de l'autonomie du droit du travail¹⁵. Celle-ci se justifiait d'une part par l'attachement de la matière aux valeurs des droits de l'homme, des droits et libertés de la personne ainsi qu'aux principes de valeur constitutionnelle¹⁶, et d'autre part par l'idée communément admise que le salarié, dans un état de subordination, ne pouvait exprimer sa volonté que dans le cadre protecteur de l'ordre public social ou dans celui de l'expression collective. A l'inverse le droit des obligations s'est construit sur une vision individualiste et égalitaire des rapports. Mais ces dernières années, on peut faire le constat d'un rapprochement des deux disciplines. Le droit civil s'est adapté au contexte économique et social et a progressivement pris en compte la qualité du contractant considéré comme la partie fragile dans la relation contractuelle¹⁷. A l'opposé, mais en s'appuyant sur des considérations identiques, le droit du travail a effacé l'état de subordination du salarié et ouvert les espaces de négociations¹⁸.

6. L'essor de l'accord. Il faut reconnaître que la technique contractuelle correspond

14LYON CAEN (G.), «Rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail», *RTD civ.* 1974. 229 ; COUTURIER (G.), «Les techniques civilistes et le droit du travail », chronique d'humeur à partir de quelques idées reçues, *D.* 1975. Chron. 151 et 221 ; SUPLOT (A.), *Dr. soc.*1980, p. 65 ; numéro de *Dr. soc.* 1988. 371 à 427.

15DURAND (P.), « Le particularisme du droit du travail », *Dr. Soc.* 1945. 298 ; CAMERLYNCH (G.-H.) , « L'autonomie du droit du travail (la prescription abrégée de la créance de salaires) », *D.* 1956, chron. 23 ; LYON-CAEN, « Rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », *RTD. Civ.* 1974. 229 ; SUPLOT (A.), « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr. Soc.* 1990, 485. Sur la question de l'affrontement entre deux logiques : JAVILLIER (J.-C.), « Une nouvelle illustration du conflit des logiques (droit à l'emploi et droit des obligations) : « normalisation » du licenciement et sauvegarde des pouvoirs du chef d'entreprise » in *Mélanges Camerlynck*, Dalloz, 1978 p. 101 ; GRUMBACH, « Syndicalisme de proposition et de transformation sociale » in *Mélanges Verdier*, Dalloz, 2001, p. 43.

16COUTURIER (G.), PERULLI (A.), « Droit des contrats et droit du travail », *RDT* 2007. 407.

17CHARBONNEAU (C.) et PANSIER (F.-J.), Du renouveau de la notion de partie, *Deffrénois* 2000, doct. 37110.

18WAQUET (P), «Le renouveau du contrat de travail », *RJS* 1999. 383 ; MOUSSY (P.), « Un pas en avant, deux pas en arrière (à propos de l'effet boomerang du « renouveau » du contrat de travail) », *Dr. Ouvrier* 1999. 1.

parfaitement à la montée de l'individualisme¹⁹ et aux besoins nouveaux des entreprises comme des travailleurs. Le contrat représente un instrument à la fois de sécurité et de souplesse tant pour le salarié que l'employeur. En droit du travail l'accord peut-être individuel ou collectif²⁰, être directement le fait des acteurs impliqués dans la relation de travail ou de leurs représentants. Par ailleurs cette tendance à la contractualisation dans les relations professionnelles s'inscrit dans un mouvement de flexibilité commandé au nom du « tout pour l'emploi ». En effet, face à la détérioration du marché de l'emploi les gouvernements successifs ont abandonné l'idée d'une législation rigoriste pour un droit plus flexible et mieux adapté aux aléas de la vie d'une entreprise. Cette volonté réformatrice du droit de la rupture s'illustre par l'essor d'outils contractuels ouvrant des espaces de flexibilité aux entreprises.

7. Accord individuel. Au plan individuel la loi de modernisation de l'emploi du 25 juin 2008, communément appelée « flexisécurité à la française »²¹ a entériné le choix des employeurs de se tourner vers le droit des obligations, afin d'éviter un droit du licenciement jugé risqué, en créant la désormais célèbre rupture conventionnelle. Il s'agit alors d'une flexibilité dite externe à l'entreprise destinée à inciter l'employeur à ne plus craindre d'embaucher, redoutant une potentielle rupture. Dans l'esprit des « auteurs », cette flexibilité externe doit s'accompagner de mesures de sécurisation des parcours professionnels pour séduire les salariés et éviter que le remède soit pire que la maladie. L'idée est alors d'opérer un glissement de la protection de l'emploi à la protection du travailleur en équilibrant la flexibilité par des mesures de sécurisation des parcours professionnels. L'ANI du 11 janvier 2013 suivi de la loi du 14 janvier 2013 portant sur la

19MADIOT (Y.), « De l'évolution sociale à l'évolution individualiste du droit contemporain », *Écrits en l'honneur de J. SAVATIER*, Presses universitaires de France, 1992. p. 353.

20Sur la notion d'accord, v. GUENZOU (Y.), *La notion d'accord en droit privé*, LGDJ, coll. Bibl. dr. Priv., 2009, Tome 502 ; LOKIEC (P.), « L'accord du salarié », *Dr. Soc.* 2010. p. 140.

21Expression utilisée dans la sphère politique, juridique et économique. V. not. HORTY (Y.), « Vers une "flexicurité" à la française ? », *Inf. soc.* 6/2007 (n° 142), p. 104 ; AUZERO (G.), « L'accord du 23 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail : l'ébauche d'une « flexisécurité à la française », *RDT* 2008. 152 ; MORANGE (P.), Rapport d'information en conclusion des travaux de la mission sur la flexisécurité à la française, 28 avr. 2010 ; Dossier spécial « La flexisécurité à la française », *SSL* 2013, n° 1568 ; ANTONMATTEI (P.-H.), « Flexisécurité : nouvelle victoire de la démocratie sociale », *Dr. Soc.* 2013. 97.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

sécurisation de l'emploi²², a ouvert de nouveaux droits aux salariés²³ – la généralisation de la couverture complémentaire des frais de santé, les droits rechargeables à l'assurance-chômage, la création d'un compte personnel de formation – tout en offrant davantage de souplesse aux entreprises – mobilité interne des salariés, accord de mobilité de l'emploi, accord de maintien de l'emploi – et de ce fait s'inscrit parfaitement dans l'esprit d'une flexisécurité à la française.

L'une des mesures emblématiques de la loi, au plan de la sécurité des parcours professionnels, est la consécration du compte personnel de formation, transcrite dans la loi du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale²⁴. Les parlementaires pensaient, en principe, « *favoriser l'accès à la formation professionnelle tout au long de la vie* », reste désormais à vérifier si l'application fonctionne. Par ailleurs, la récente création du compte personnel d'activité²⁵ prolonge davantage encore le processus de formation tout au long de la vie en regroupant les droits issus du compte personnel de formation, du compte personnel de prévention pénibilité et du compte engagement citoyen.

8. Accord collectif. Au plan collectif l'accord n'a plus la fonction d'organisation et de régulation de la vie en entreprise mais un rôle de maintien général de l'emploi. La loi du 14 janvier 2013 a instauré des dispositifs collectifs offrant une flexibilité interne à l'employeur²⁶. Celui-ci n'ajuste pas ses effectifs au gré de la conjoncture de l'entreprise mais dispose d'outils, négociés avec les acteurs sociaux, permettant d'adapter le temps de travail, la rémunération ou l'activité de ses salariés aux besoins de l'entreprise et ainsi

22Loi n° 2013-504 du 14 janvier 2013 relative à la sécurisation de l'emploi. ANTONMATTEI (P.-H.) « Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 : acte II de la flexisécurité à la française », D. 2013. 577 ; Dossier spécial « Loi relative à la sécurisation de l'emploi - Première partie : Créer de nouveaux droits pour les salariés » issu du colloque « Vers un droit électoral professionnel » *Dr. Soc.* 2013, p. 660 ; Dossier spécial « vers un nouveau statut social attaché à la personne du travailleur ? », *Droit ouvr.* Oct. 201. n° 807.

23La loi du 25 juin 2008 avait ouvert la voie en imaginant un dispositif de portabilité des droits du salarié.

24Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014. V. COMBREXELLE (J.-D.), « Propos introductif sur la loi du 5 mars 2014 », *JCP S* 2014, 1156 ; DURAND-PRINBORGNE (C.), « La formation tout au long de la vie entre droit à l'éducation et droit de la formation », *Dr. Soc.* 2004, 464 ; MAGGI-GERMAIN (N.), « Le compte personnel de formation », *Dr. Soc.* 2013. 687 ; TEYSSIE (B.), « La loi n° 2014-288 du 5 mars 2014, variations sur l'efficacité », *JCP S* 2014, 1157.

25Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, *JCP* 6 septembre 2016. 1292, commentaire TEYSSIE (B.).

26Cette approche est similaire à celle adoptée par l'Allemagne à la suite de la crise mondiale de 2008 autour de la flexibilisation interne et de la décentralisation de la négociation collective.

d'éviter les suppressions d'effectifs. Si ces mécanismes traduisent une volonté nécessaire de sauvegarde de l'emploi, ils s'inscrivent dans un mouvement de promotion de la norme collective par rapport à la norme légale²⁷. A l'origine du processus une demande sociale, traduite dans de nombreux rapports²⁸, de faire coïncider la norme aux spécificités d'une entreprise, afin d'améliorer, potentiellement, l'efficacité économique. Dans la colonne des avantages apparaît la stabilité de la norme collective comparativement à celle issue du pouvoir étatique, et les vertus d'une adhésion des acteurs du monde du travail. A l'inverse, les opposants²⁹ regrettent l'éclatement du droit ainsi que l'absence d'égalité devant la loi. En tout état de cause rien ne semble arrêter l'irrésistible ascension de l'accord collectif.

Depuis les réformes Auroux de 1982, la multiplication des obligations à négocier, l'instauration en janvier 2007 de la loi négociée³⁰, les réformes introduites par les loi du 4 mai 2004³¹ et du 20 août 2008³² à l'origine de l'inversion de la hiérarchie des normes, ainsi que le renforcement de la légitimité des acteurs sociaux par le ressort de la représentativité, n'ont eu de cesse d'accroître la place de la négociation collective. Récemment la tendance s'est encore accélérée puisque d'une part la loi *Rebsamen*³³ tend à faciliter le dialogue social dans les très petites entreprises, et d'autre part, la loi de sécurisation de l'emploi de 2013 comme celle du 8 août 2016 poussent vers une négociation collective de principe.

27V. not. PESKINE (E.), « La célébration de l'accord collectif d'entreprise », *Dr. Soc.* 2014. 438 ; RAY (J.-E.), « Du tout-État au tout contrat ? De l'entreprise citoyenne à l'entreprise législateur ? », *Dr. Soc.* 2000. 574 ; ANTONMATTEI (P.-H.), « À propos du développement de la négociation collective », *Dr. Soc.* 1997. 164.

28VIRVILLE, *Pour un code du travail plus efficace*, Rapport au ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité, La Documentation française, 2004. 63 ; BARTHELEMY (J.), CETTE (G.), *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, La documentation française, 2011.

29JEAMMAUD (A.), MASSE-DESSEN (H.), « Quel avenir pour la négociation collective », *SSL* 2006, n° 1257 – PESKINE (E.), PORTA (J.), SACHS (T.), WOLMARK (C.), « Protection et efficacité économique, un couple dans la crise », *Dr. Ouvrier* 2012. 76.

30Loi du 31 janvier 2007 de modernisation et du dialogue social. CESARO (J.-F.), « Commentaire de la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social », *JCP S* 2007, n° 8 ; ANTONMATTEI (P.-H.), « La place des partenaires sociaux dans l'élaboration des réformes », *Dr. Soc.* 2010. 489.

31L. n° 2004-391 du 4 mai 2004.

32SOURIAC (M.-A.), « Les réformes de la négociation collective », *RDT* 2009. 19 ; BELIER (G.), LEGRAND (H.-J.), *La négociation collective après la loi du 20 août 2008*, éd. Liaisons, 2009.

33L. n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi. L'objectif de la loi était de simplifier la représentation des salariés et les obligations de consultation considérées par le MEDEF comme des freins à l'embauche.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Le droit du travail bouscule ses principes fondateurs pour répondre aux nouvelles problématiques imposées tant par la crise sociale que par le monde contemporain. Pourtant en dépit des efforts consentis la « révolution négociée » rencontre encore des réticences et peine à trouver une application pratique.

Afin d'appuyer ces propos, il me paraît nécessaire d'aborder dans une première partie les formes que revêt l'accord individuel lors de la rupture du contrat à durée indéterminée, alors perçu comme l'outil par excellence de flexibilité externe traduit du droit civil, et les conséquences de la politique de flexisécurité sur les salariés.

Et la deuxième partie s'attachera aux nouveaux dispositifs collectifs, qui s'inscrivent dans un mouvement de promotion de la norme négociée, permettant de prévenir la rupture du contrat de travail en s'appuyant sur le ressort de la flexibilité interne.

PARTIE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, OUTIL DE SORTIE DE L'EMPLOI

*« Petits princes, videz vos débats entre vous ;
De recourir aux rois vous seriez de grands fous.
Il ne faut jamais engager dans vos guerres,
Ni les faire entrer sur vos terres »³⁴.*

Jean de la Fontaine.

Dans le droit du travail, la rupture du contrat à durée indéterminée résulte, sauf quelques exceptions, de l'initiative soit de l'employeur soit du salarié. Cette dualité est souvent insatisfaisante pour les deux parties, le salarié souhaitant échapper à la brutalité d'un licenciement ainsi qu'aux conséquences financières désastreuses d'une démission sans perspective d'un nouvel emploi, et l'employeur subissant les dispositions très contraignantes d'un licenciement. Par ailleurs, le droit du licenciement étant devenu l'objet de toutes les critiques, jugé à la fois comme rigide, juridiquement incertain et comme un

³⁴Fable du « Jardinier et de son Seigneur » (Livre IV, fable 4)

TITRE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE EMPRUNTE AU DROIT DES CONTRATS

frein face aux vellétés des employeurs à embaucher, les acteurs du droit du travail ont choisi de lui apporter une alternative en favorisant les solutions négociées.

Il convient d'abord de noter que l'accord individuel lors de la rupture n'est pas nouveau en droit du travail. Les juges ont en effet reconnu et strictement encadré la possibilité de rompre d'un commun accord le contrat de travail à durée indéterminée, au regard des principes généraux du droit commun des contrats. Aussi, il existe quelques cas où le droit du travail admet expressément la possibilité de rompre le contrat par l'accord des parties contractantes en raison de la spécificité de l'engagement. L'accord des parties ne remplit pas les mêmes fonctions selon la nature du contrat unissant l'employeur et le salarié. L'étude révélera que la rupture d'un commun accord emprunté au droit civil était finalement peu utilisée en raison de son inadaptation au droit du travail.

En dépit de la quête d'autonomie du droit du travail compte tenu de la finalité protectrice de ce dernier, le contrat de travail participe nécessairement du droit des obligations, et les interactions entre les deux disciplines s'accroissent lorsque des intérêts économiques sont en jeu³⁵. L'accord de volontés individuel civiliste a ainsi servi à flexibiliser un droit de la rupture jugé trop rigide avant de connaître un renouveau en droit du travail sous l'impulsion des partenaires sociaux, du législateur et des juges³⁶. Aujourd'hui, l'accord de volontés a révolutionné le droit de la rupture, reconnu comme le « troisième type de mode de rupture »³⁷.

Il en résulte que le régime de l'accord de volontés dans la rupture du contrat de travail s'est formé à partir du droit traditionnel des contrats (**TITRE 1**) puis a été consolidé sous l'impulsion des acteurs du droit du travail (**TITRE 2**).

35CAMERLYNCH (G.-H.), « L'autonomie du droit du travail », *D.* 1956, chron., p. 23 ; LYON CAEN (G.), « Rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », *RTD civ.* 1974, p. 229 ; COUTURIER (G.), « Les techniques civilistes et le droit du travail. Chronique d'humeur sur quelques idées reçues », *D.* 1975, chron., p. 151 et s. et p. 221 et s.

36Sur l'évolution contemporaine du droit de la rupture du contrat de travail, v. LOISEAU (G.), « Les transformations du droit de la rupture du contrat de travail », *JCP S* n° 26, 30 juin 2015. 1245.

37LOISEAU (G.), « Rupture du troisième type : la rupture conventionnelle du contrat de travail », *Dr. Soc.* 2010, p. 297.

TITRE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE EMPRUNTE AU DROIT DES CONTRATS

9. La rencontre du droit du travail avec le droit des contrats. Après avoir affirmé la souveraineté du contrat du travail par rapport au droit commun des contrats, on constate ces dernières années un rapprochement entre les deux disciplines. Le droit du travail a rapidement emprunté la voie de l'autonomie, le droit des contrats jouant alors un rôle très limité dans la régulation des rapports de travail, et ce, en raison de l'incapacité présumée du droit des contrats à appréhender les spécificités de la matière³⁸. Cette tendance était d'ailleurs soutenue avec force par le juge social qui faisait fi de la liberté contractuelle au nom de l'ordre public social. Toutefois, depuis quelques années, le droit du travail fait l'expérience du retour du droit des contrats³⁹. Cette transformation est notamment le fruit de la combinaison entre crise économique et surcharge des tribunaux mais également de l'évolution du droit des obligations spécialement sous l'influence du droit du travail.

L'ampleur désormais acquise par la contractualisation des relations entre salariés et employeurs illustre parfaitement ce mouvement. Le rôle du droit des contrats s'est ainsi accru dans le domaine de la rupture dominé jusqu'alors par le droit du licenciement⁴⁰. La reconnaissance progressive de la rupture par *mutuus consensus*, fondée sur le principe de la force obligatoire des contrats, offre dès lors une alternative à la résiliation unilatérale du

38LE GOFF (J.), *Droit du travail et société*, tome 1, PU Rennes, 2001, p. 29 s. ; CAMERLYNCK (G.-H.), « L'autonomie du droit du travail », D. 1956. Chron. 23 ; BRUN (A.), GALLAND (H.), *Droit du travail*, Sirey, 2e éd., 1978, Tome I, n° 123 s. ; LYON CAEN (G.), *Le droit du travail, une technique réversible*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1995.

39DOCKES (E.), « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », in *Études J. Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 203 ; RADE (Ch.), « La figure du contrat dans le rapport de travail », *Dr. soc.* 2001, p. 802 ; RAY (J.-E.), « Du tout-État au tout-contrat », *Dr. soc.* 2000, p. 574 ; SUPIOT (A.), « La contribution du droit social au droit commun des contrats », in *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, dir. A. Wijffels, Bruylant, 2005, p. 47.

40Dès lors que l'employeur constate la rupture du fait du salarié ou prend l'initiative de la rupture il doit mettre en œuvre la procédure de licenciement (Soc. 25 juin 2003, *Bull. Civ. V*, n° 208 ; *Grands arrêts n° 87. Dr. Soc.* 2003. 825, avis de l'avocat général LYON CAEN (P.), p. 814 ; *RJS* 8-9/2003, note FROUIN (J.-Y.), p. 647. Avec cette formulation générale la Cour de cassation interdit le recours à la résiliation judiciaire ainsi qu'à la prise d'acte par l'employeur.

TITRE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE EMPRUNTE AU DROIT DES CONTRATS

contrat de travail⁴¹.

Compte tenu de ce qui précède, nous rappellerons les grands principes de la rupture en droit commun des contrats (**CHAPITRE 1**) avant de démontrer l'introduction du droit commun dans la rupture du contrat de travail (**CHAPITRE 2**).

⁴¹Ce constat est d'autant plus vrai depuis l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit de contrats qui est venue réaffirmer le mode de rupture traditionnel du *mutuus consensus*. Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 11 févr.

CHAPITRE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL COMME MODE TRADITIONNEL DE RUPTURE DU CONTRAT

10. La rupture du contrat par *mutuus consensus*. L'article 1134 du code civil – devenu l'article 1193 qui est entré en vigueur le 1er octobre 2016⁴² – ouvre la faculté de rompre le contrat par *mutuus consensus*. Longtemps les juristes ont cru voir dans la consécration de ce mode de rupture une conséquence du dogme de l'autonomie de la volonté. Finalement la justification retenue est le principe de la parole donnée : « *le devoir de fidélité à la parole donnée implique que le contrat ne peut être révoqué que par le consentement mutuel* »⁴³. En effet, ce principe découle directement de la force obligatoire des conventions traduit par l'adage « *ce que le consentement a fait seul le consentement peut le défaire* ». A l'instar des lois qui ne peuvent être abrogées que par une nouvelle loi, les conventions ne peuvent être rompues que par l'accord de volonté des parties contractantes.

11. Des tempéraments. Toutefois, le législateur (et dans certains cas, la jurisprudence) a organisé des tempéraments au principe de la force obligatoire, et parfois le contrat peut être rompu unilatéralement. Ainsi, à l'occasion des contrats à durée indéterminée, la rupture par *mutuus consensus* revêt un caractère exceptionnel. L'interdiction des engagements perpétuels, principe à valeur constitutionnelle⁴⁴, justifie la faculté de résiliation unilatérale pour les parties. Dans l'hypothèse d'un engagement à durée indéterminée, la rupture par *mutuus consensus* est moins fréquente, voire exceptionnelle. En effet, dans la mesure où le contractant peut rompre seul le contrat, pourquoi chercherait-il à obtenir le consentement de l'autre partie ! La loi consacre expressément la faculté de résiliation unilatérale pour certains contrats. Le plus connu d'entre eux est le contrat de travail qui peut être rompu soit à l'initiative de l'employeur – le licenciement – soit à l'initiative du salarié – la démission.

Il convient au préalable de préciser le lien existant entre la rupture par *mutuus*

42Art. 1193 (nouveau) du code civil : « *Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise* ».

43ROUBIER, *Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs. Extrait des Archives de philosophie du droit*, t. III, Sirey, 1958, p. 63.

44Cons. Const. 9 nov. 1999, n° 99-419 DC.

TITRE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE EMPRUNTE AU DROIT DES CONTRATS

consensus et le principe de la force obligatoire des conventions (**section 1**) avant de voir l'influence du principe de la force obligatoire sur l'irrévocabilité des conventions (**section 2**).

Section 1 - Les origines de la rupture par *mutuus consensus*

12. La force obligatoire des conventions. Dans son ancienne rédaction l'article 1134 du code civil énonçait que « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* »⁴⁵. Les rédacteurs du code civil s'étaient inspirés de la formulation de Domat : "*Les conventions étant formées, tout ce qui a été convenu tient lieu de loi à ceux qui les ont faites; et elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement commun, ou par les autres voies qui seront expliquées dans la section VI* »⁴⁶. Le législateur consacre ainsi l'intangibilité des conventions légalement formées. La convention constitue la loi des parties, et par conséquent s'impose à eux, comme au juge. Cette interprétation se fait l'écho d'une vision volontariste du contrat selon laquelle le législateur aurait ici consacré l'autonomie de la volonté.

Si cette idée a été largement défendue au XIX^{ème} siècle, elle est aujourd'hui atténuée, parfois rejetée, au profit d'autres principes (**paragraphe 1**). Néanmoins, quel que soit le fondement retenu, la force du contrat s'impose aux parties et aux juges (**paragraphe 2**).

§ 1. Le fondement de la force obligatoire du contrat

La force obligatoire est un principe central de la théorie des conventions qui consacre le contrat comme étant la loi des parties. Si le caractère obligatoire du contrat est acquis, la question de son fondement fait débat. Plusieurs réponses ont été successivement apportées, mais aucune ne fait l'unanimité.

La théorie de l'autonomie de la volonté a longtemps été privilégiée par la doctrine comme fondement de la force obligatoire du contrat (**I**) mais d'autres fondements ont été avancés par les auteurs (**II**).

45Art. 1103 C. civ. (nouv. Numérotation) : « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ».

46*Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1^{ère} partie, Livre premier, titre I, section II, VII.

I - La quintessence de la théorie de l'autonomie de la volonté

La théorie de l'autonomie de la volonté, selon laquelle la volonté individuelle crée sa propre loi, a longtemps été considérée par la doctrine⁴⁷ comme une la source d'inspiration privilégiée des rédacteurs du Code civil. Elle a connu un véritable succès au XIXème siècle, et bien qu'aujourd'hui la majorité des auteurs s'accorde sur son déclin⁴⁸, de nombreux ouvrages⁴⁹ continuent de la présenter comme le fondement de la force obligatoire des conventions.

Nous définirons la teneur du principe (A) avant d'analyser les arguments favorables à la reconnaissance de l'autonomie de volonté comme fondement de la force obligatoire (B).

A - La théorie classique de l'autonomie de la volonté

13. Le postulat. Théorie philosophique reprise par la doctrine civiliste, l'autonomie de la volonté signifie dans la pensée juridique que la volonté est un « *organe créateur de droit* »⁵⁰. Un rapport de droit ne peut être créé que par la loi ou la volonté individuelle. Si je suis obligé c'est soit parce que je l'ai librement voulu, soit parce que la loi me l'impose⁵¹. Cette théorie repose sur le postulat que l'Homme étant libre, il ne peut être obligé qu'après l'avoir désiré, et dans la mesure de ce qu'il aura voulu. Cette idée est issue de la conception philosophique kantienne de la volonté selon laquelle : « *Une personne ne peut être soumise à d'autres lois qu'à celles qu'elle se donne à elle-même* »⁵². L'autonomie de la

47RANOUIL, (V.), *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, éd. PUF, Paris, 1980 ; GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Thèse, Dijon, 1912 ; TISON (R.) *Le principe de l'autonomie de la volonté dans l'ancien droit français*, Thèse. Paris, Domat-Montchrestien, 1931.

48GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Thèse, Dijon, 1912 ; N. Coumaros, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique (étude critique de la conception classique)*, Thèse, Université de Bordeaux, 1931 ; JOSSERAND, *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, *RTD civ.*1937, p.4.

49BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil – Les obligations*, Dalloz, 12° éd., 2010.

50GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Thèse, Dijon, éd. Arthur Rousseau, 1912.

51Ibid.

52KANT (E.), *La Doctrine du droit*, première partie de la *Métaphysique des mœurs*, 1796, trad. RENAULT (A.), G.F. Flammarion.

volonté n'est pas un principe⁵³, quoique la doctrine s'y réfère et l'érige à ce rang ; toutefois elle contribue à expliquer certaines règles du droit des obligations. Généralement on attribue à la théorie de l'autonomie de la volonté deux fondements, d'une part un fondement philosophique à savoir la théorie kantienne de l'autonomie de la volonté, et d'autre part un fondement économique.

14. La théorie kantienne de l'autonomie de la volonté. On trouve des traces de la réflexion de Kant sur le droit dans la Doctrine du droit qui forme la première partie de la Métaphysique des Moeurs de 1797. Selon lui « *la législation universelle de la conduite, c'est la volonté de l'être raisonnable qui doit en être la législatrice* ». Autrement dit l'Homme raisonnable crée sa propre loi mais agit par devoir, car il veut respecter les principes de conduite tirés de sa raison. Selon le philosophe, liberté et devoir sont des synonymes. Dans ce cas si l'action est « morale », la volonté est « bonne ». La volonté bonne est celle dont la maxime peut s'ériger en loi universelle : "*agis selon une maxime qui puisse en même temps valoir par elle-même universellement pour tout être raisonnable*". De l'alliance des principes de devoir et de liberté naît le concept d'autonomie de la volonté. Kant définit l'autonomie de la volonté comme « *le caractère de la volonté pure, en tant qu'elle ne se déterminerait qu'en vertu de sa propre essence, c'est à dire, par la seule forme universelle de la loi morale, à l'exclusion de tout motif sensible* »⁵⁴. La volonté morale est une volonté autonome parce qu'elle crée sa propre loi. Par conséquent l'Homme est le seul maître de son engagement. Il en découle deux conséquences : d'une part l'homme n'est obligé que dans la mesure de ce qu'il a voulu, et d'autre part, sa liberté est limitée en raison de la contrainte attachée à son engagement.

Ce principe d'autonomie de la volonté s'oppose à l'hétéronomie qui veut que la volonté puise son action hors d'elle même, et que la volonté est soumise, dépendante, à une loi externe. L'hétéronomie symbolise l'impossibilité pour l'Homme de se donner sa propre loi : « *La fondation de l'éthique repose donc entièrement sur la liberté du sujet moral qui en obéissant à la loi morale n'obéit qu'à lui-même : l'impératif catégorique s'impose à nous, mais nous laisse libres* ». Selon Kant l'hétéronomie est un obstacle à l'action morale authentique, et l'autonomie de la volonté, « le principe suprême de la morale ».

53CC. 94-348 DC du 3 août 1994, Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés, *RFDC* 1994, p. 832, obs. GAIA (P.) ; *JCP* 1995. II. 22404, note Y. Broussole.

54KANT (E.), *Critique de la raison pratique*, liv. I, chap. I, prop. IV et s.

15. Transposition au droit. Bien que le principe d'autonomie de la volonté soit inspiré de la conception kantienne, il est important de la distinguer de celle entendue par les juristes : « *les juristes, parlant de l'autonomie de la volonté, ont sûrement en vue la volonté réelle, telle que la psychologie la conçoit, volonté empirique, volonté sensible, et non volonté pure au sens kantien* », écrivait Coumaros⁵⁵. Par ailleurs l'utilisation du principe en matière contractuelle reposerait sur un malentendu. En effet la théorie kantienne n'entend pas le caractère individualiste que lui prêtent les juristes⁵⁶. Pour le Professeur Trigeaud il s'agirait même d'un contre-sens parce que le philosophe vise « *la personne dans sa dimension rationnelle et à travers elle, la société formée par les personnes, fins en soi universelles* »⁵⁷ de sorte que les juristes se fourvoient en opposant la conception volontariste du contrat, et l'intervention étatique dans le contrat.

Néanmoins, la philosophie kantienne a été utilisée pour expliquer la doctrine de l'autonomie de la volonté et a ainsi indirectement contribué à l'essor du volontarisme juridique⁵⁸.

16. Les doctrines économiques. En prônant l'idée selon laquelle le libre jeu des volontés individuelles assure l'équilibre économique de sorte que chaque individu serait le meilleur défenseur de ses propres intérêts, la doctrine du libéralisme économique du XIX^{ème} siècle est venue jouer un grand rôle dans le développement de la théorie de l'autonomie de la volonté. Le concept de libéralisme renvoie à l'idée selon laquelle les hommes peuvent librement aménager leurs échanges de richesses et que dans l'intervention de l'Etat, naît une ingérence perturbant le libre-jeu de la concurrence et son corollaire,

55COUMAROS (N.), *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique (étude critique de la conception classique)*, Thèse, Université de Bordeaux, 1931, p. 41.

56Sur ce point, rappelons que l'école française considérait Kant comme le théoricien de l'individualisme.

57TRIGEAUD (J.-M.), *Encyclopédie philosophique universelle publiée sous la direction d'André JACOB, Les notions philosophiques, Tome 1 Philosophie occidentale*, dirigé par AUROUX (S.), PUF, 1990, V. Autonomie (philosophie générale et autonomie juridique).

58RENOUIL (V.), *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, Thèse, éd. PUF, Paris, 1980. Le volontarisme juridique renvoie à l'idée selon laquelle l'acte est envisagé comme une déclaration de volonté, et celle-ci suffit à produire des effets de droit. Sur cette base plusieurs définitions ont été proposées : RIPERT et BOULANGER considèrent que l'acte juridique est un acte accompli pour « réaliser un ou plusieurs effets de droit » (RIPERT (G.), BOULANGER (J.), *Traité élémentaire de droit civil d'après le traité de M. Planiol*, 2^e éd., t. 1, n° 561 ; Selon CAPITANT l'acte juridique est une « manifestation de volonté qui est faite en vue d'acquiescer et de transmettre ou modifier ou d'éteindre un droit » (CAPITANT (H.), *Introduction à l'étude du droit civil*, 1922, n° 230).

l'économie de marché. Cette idée est reprise par Emmanuel Gounot en ces termes : « *ce sont les conventions libres qui créent elles-mêmes le juste* »⁵⁹. Ainsi, non seulement la volonté libre garantit le juste, mais également elle assure l'équilibre économique. Par ailleurs, la thèse du volontarisme, prédominante au XIX^{ème} siècle, s'est associée au libéralisme économique dans le succès du principe de l'autonomie de la volonté. La volonté individuelle est conçue comme la source du droit, « *le seul fondement et la seule fin du droit* »⁶⁰, ce que le Professeur Nicod exprimait par la maxime « *vouloir, c'est pouvoir* »⁶¹.

B - L'autonomie de la volonté, justification de la force obligatoire

17. Autonomie de la volonté et force obligatoire. La puissance créatrice de la volonté individuelle est renforcée par la force obligatoire, qui pour les tenants de la théorie classique, est une nouvelle preuve de l'influence de la théorie de l'autonomie des volontés sur les rédacteurs du code civil. Pour une majorité de la doctrine, bien qu'il s'agisse seulement d'une inspiration, l'autonomie de la volonté influence très largement la matière contractuelle. En premier lieu, elle fonde la force obligatoire des contrats, consacrée par les dispositions de l'article 1103 du code civil. Egalement, elle inspire de nombreux principes : la liberté contractuelle, le consensualisme, l'effet relatif des contrats. Enfin l'autonomie de la volonté explique l'interdiction faite au juge d'intervenir dans le contrat.

La théorie de l'autonomie de la volonté explique la force obligatoire du contrat car la volonté souveraine est une condition suffisante⁶² pour engager les parties dans un rapport d'obligations. Autrement dit, l'accord de volontés suffit à contraindre les parties contractantes. Selon le Professeur Fabre-Magnan, la justification de la puissance de la volonté réside dans l'idée que le « *contrat ne peut qu'être juste s'il est laissé à la libre détermination des parties* »⁶³. Ainsi la force obligatoire du contrat garantit la manifestation

59GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse, Dijon, éd. Arthur Rousseau, 1912.

60RENOUIL (V.), *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, éd. PUF, Paris, 1980.

61NICOD (M.), *Propos introductifs*, in *De la volonté individuelle*, LGDJ, Presses de l'Université Capitoile I, 2004, p.3.

62Art. 1128 C. civ.

63FABRE-MAGNAN (M.), *Les principes directeurs du droit des contrats, Droit des obligations*, 3^{ème} éd.

TITRE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE EMPRUNTE AU DROIT DES CONTRATS

du principe d'autonomie de la volonté en assurant l'effective réalisation des effets de droit nés de la volonté individuelle. Cette idée se retrouve dans un adage classique « *Tu patere legem quam ipse fecisti* »⁶⁴. En d'autres termes, puisque l'Homme est le meilleur défenseur de ses propres intérêts l'accord de volontés présente des avantages pour les deux parties, et par conséquent elles ont toutes les deux intérêt à respecter leurs engagements. Dans ce cas la théorie de l'autonomie de la volonté est une explication à la force obligatoire du contrat.

Le raisonnement serait-il différent à l'occasion d'un contrat inégalitaire ? Rien ne semble démontrer le contraire puisque si le contrat est conclu librement, c'est à dire en l'absence de vices du consentement, les deux parties ont intérêt à conclure quelle que soit leur position économique l'une vis à vis de l'autre. Telle est la position partagée par Anne-Sophie Dupré-d'Allemagne, défendue dans sa thèse selon laquelle : « *le principe de l'autonomie de la volonté, bien qu'il ne soit revêtu d'aucune valeur constitutionnelle, se prolonge dans l'effet de contrainte inhérent à toute convention : dans la mesure où les parties, elles-mêmes ont voulu être liées, il est légitime qu'elle le restent jusqu'à l'expiration des effets de ladite convention* »⁶⁵. Ainsi, l'autonomie de la volonté justifie le lien créé entre les parties. L'auteur distingue clairement le fondement de l'obligation contractuelle, de « certains rapports d'obligation » : « *Se greffe sur le rapport d'obligation directement voulu par les parties, un certain nombre d'autres rapports, non moins obligatoires, mais qu'il n'est plus possible de justifier par la seule volonté des contractants, à moins de se fonder sur une volonté fictive de l'un voire de l'ensemble des contractants* ». Par exemple, la bonne foi peut justifier que soit mise à la charge des parties une obligation d'information et de conseil ; dans cette hypothèse ce n'est pas l'accord des volontés qui oblige les contractants mais le législateur ou le juge.

18. Critique. Si cette théorie a dominé au XIX^{ème} siècle la doctrine a depuis évolué sur cette question. A l'appui de la thèse opposée, un argument temporel selon lequel le principe a été introduit dans le débat doctrinal vers 1885⁶⁶ par André Weiss, pour désigner

2013, Thémis droit, PUF, p. 63.

64« *subis les conséquences de la loi que tu as toi-même faite* ».

65DUPRE-D'ALLEMAGNE (A.-S.), *La force contraignante du rapport d'obligation (Recherche sur la notion d'obligation)*, Préf. DELBECQUE (PH.), thèse, Aix-Marseille III, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004, p. 48.

66Concernant la date exacte les avis divergent. Christian ATIAS, qui soutient également cette thèse, date à

PARTIE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, OUTIL DE SORTIE DE L'EMPLOI

la liberté des cocontractants, en matière internationale, de choisir la loi applicable à leur contrat⁶⁷. L'autonomie de la volonté aurait été consacrée uniquement dans le domaine du droit international des contrats et donc postérieurement à la rédaction du code civil. Au demeurant lors de l'exposé des motifs du Code, les mots de Portalis à l'égard du principe de l'autonomie des volontés le condamnent fermement : « *Des jurisconsultes ont poussé le délire jusqu'à croire que des particuliers pouvaient traiter entre eux comme s'ils vivaient dans ce qu'ils appellent l'état de nature, et consentir tel contrat qui peut convenir à leurs intérêts, comme s'ils n'étaient gênés par aucune loi (...)* Toutes ces dangereuses doctrines (...) doivent disparaître devant la sainteté des lois. Le maintien de l'ordre public dans la société est la loi suprême, ce serait placer des volontés particulières au-dessus de la volonté générale, ce serait dissoudre l'Etat. »⁶⁸. De plus, la possibilité que le principe initié par Kant ait inspiré les rédacteurs du code civil paraît peu probable⁶⁹. Le principe de l'autonomie des volontés ne sert donc qu'à comprendre le droit du contrat.

A cet égard, deux remarques peuvent être apportées : d'une part, la lettre de l'article serait une preuve de la souveraineté de la volonté. Comme l'écrivait Gounot, on ne peut être obligé que par la loi ou par sa propre volonté. L'accord de volonté aurait une force équivalente à la loi, c'est à dire intangible. Néanmoins, le champ des obligations est plus limité à l'occasion d'une loi contractuelle que d'une loi générale. En effet la première oblige seulement les parties au contrat. D'autre part, la norme contractuelle se situe en dernière place de la pyramide de Kelsen. Or cette place serait une preuve de la soumission de l'accord de volontés à la loi. En d'autres termes le contrat puiserait sa force obligatoire dans la loi qui lui est supérieure. Cette analyse est une remise en cause du principe de l'autonomie de volonté selon lequel le fondement de la force obligatoire du contrat serait la rencontre de deux volontés individuelles. Pour le Professeur Ghestin, le contrat n'est qu'une procédure spécifique de création d'effets juridiques. Il s'agit d'un véritable engagement pour les parties qui sont obligées et disposent de la contrainte.

1899 la première fois où la doctrine française a utilisé cette notion.

67RANOUIL (V.), *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980.

68PORTALIS (J.-E.), « Exposé des motifs du titre préliminaire », *Ecrits et discours juridiques et politiques*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1988, p. 77. Cité par Yves LEQUETTE (v. ci-dessous).

69En soutien de cette thèse : LEQUETTE (Y.), *Libres propos, Annuaire de l'institut Michel Villey, Dalloz – Les fondements du droit*, vol. 4, 2012, p. 151.

TITRE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE EMPRUNTE AU DROIT DES CONTRATS

Pour Christian Atias les arguments se fondant sur la chronologie suffisent à exclure le principe d'autonomie de la volonté comme fondement du droit des contrats. Néanmoins selon lui, l'objectif des tenants de la théorie volontariste aurait été de « rompre avec la doctrine du XIX^{ème} siècle » qu'ils jugeaient trop soumise au Code. L'autonomie de la volonté comme fondement du droit des contrats n'aurait été qu'un prétexte afin de limiter « la tutelle étatique » installée sur le contrat. Pour mettre fin au débat, le Conseil Constitutionnel a jugé qu'il n'existe aucun principe à valeur constitutionnelle « dit de l'autonomie de la volonté »⁷⁰. Cette décision est-elle évidente dans la mesure où l'autonomie de la volonté n'est pas un principe juridique mais un concept philosophique utilisé par la doctrine pour expliquer la liberté contractuelle ou la force obligatoire des conventions. Sur ce point Madame Dupré-d'Allemagne⁷¹ avance une vision intéressante. Selon elle ce n'est pas la théorie de l'autonomie de la volonté qui explique la force obligatoire du contrat, mais le principe du consensualisme. En effet, la consécration de ce principe par les règles de droit positif français⁷² justifierait que la volonté soit reconnue comme une source du droit. Or, selon l'auteur, ce principe résulterait de l'admission de la théorie de l'autonomie de la volonté. Ainsi si la théorie de l'autonomie de la volonté est une simple philosophie juridique, le consensualisme, qui découle de cette théorie, est un principe reconnu par le droit positif. Néanmoins la théorie de la volonté demeure le fondement de la force obligatoire le plus souvent avancé en doctrine. Toutefois les critiques sur cette théorie ont conduit certains auteurs à faire d'autres propositions de fondement à la force obligatoire des contrats.

19. La renaissance de l'autonomie de la volonté ? Le droit commun des contrats a fait récemment vivre un « retour de flamme » à ce fondement traditionnel de la force obligatoire des contrats. Si, de prime abord, l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats semble porter atteinte à la volonté individuelle des parties en admettant, à certains égards, un interventionnisme du juge, certaines dispositions attestent implicitement d'une « résurrection » de l'autonomie de la volonté. A notre sens, un tel

70Cons. Const., déc. n° 94-348 DC, 03 août 1994, relative à la protection sociale complémentaire des salariés.

71DUPRE-D'ALLEMAGNE (A.-S.), *La force contraignante du rapport d'obligation (Recherche sur la notion d'obligation)*, Préf. DELBECQUE (Ph.), Thèse, Aix-Marseille III, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004, p. 46.

72Art. 1101 et 1208 du Code civil.

PARTIE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, OUTIL DE SORTIE DE L'EMPLOI

constat se justifie notamment avec l'admission de la théorie de l'imprévision⁷³. Longtemps rejetée par la jurisprudence civile depuis le célèbre arrêt Canal de Craponne du 6 mars 1876, le droit français a fait le choix d'accueillir l'imprévision contractuelle, comme l'avait déjà préconisé le projet Terré de 2008, sous l'inspiration de certains systèmes étrangers. En effet, « aucune des parties n'a voulu que soit obligatoire un contrat devenu inadapté aux circonstances économiques. En exiger l'exécution, c'est être de mauvaise foi⁷⁴ ». La faculté de renégociation contractuelle (ou, à défaut d'accord, l'intervention du juge dans l'adaptation du contrat par les parties) au cours de l'exécution du contrat paraît davantage être un instrument de rétablissement des volontés initiales qu'un vecteur d'affaiblissement de l'autonomie de la volonté. En réalité, ce mécanisme n'aurait-il pas vocation à rééquilibrer les relations contractuelles, et ainsi permettre aux parties d'exécuter les obligations qu'elles auraient elles-mêmes voulues ? Il est possible d'y percevoir une émanation de l'autonomie de la volonté. De même, la force obligatoire ne paraît pas être fondamentalement ébranlée par ladite réforme qui est entrée en vigueur le 1er octobre 2016.

II - Les autres fondements de la force obligatoire du contrat

20. Sans méconnaître l'importance de la volonté, plusieurs auteurs ont avancé l'idée que le contrat serait obligatoire parce que la loi en dispose ainsi : il s'agit de la théorie dite « positiviste ». La loi garantit l'efficacité juridique de la volonté individuelle en légitimant celle-ci. Pour preuve, les dispositions de l'article 1103 du code civil consacrent la force obligatoire du contrat : « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ». L'accord des volontés est l'élément indispensable dans la création de l'acte juridique, mais encore faut-il qu'il respecte les conditions posées par la loi. C'est la volonté étatique qui octroie la qualité juridique à un acte : « *c'est en ce sens que l'Etat n'est pas*

73C. civ., art. 1195 (nouveau) : « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe* »

74AYNES (L.), « Le devoir de renégocier », *RJC*. 1999, p. 17, n° 18 ; BAKOUCHE (D.), « Réforme du droit des contrats et des obligations : observations sur l'imprévision dans l'ordonnance du 10 février 2016 », *Lexbase*, 2016.

TITRE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE EMPRUNTE AU DROIT DES CONTRATS

l'unique source du droit, mais l'unique source de la juridicité »⁷⁵. En s'appuyant sur sa théorie de la « *pyramide des normes* » Kelsen expose que la force obligatoire attachée au contrat est attribuée « *par une norme ou un ordre supérieur ; en droit interne – par la loi* »⁷⁶. Cette théorie reconnaît une place centrale à la volonté mais qui n'est pas celle défendue par Kant dans sa théorie de l'autonomie de la volonté. Toutefois, bien que subordonnées à la loi, les obligations n'existeraient pas sans l'accord de volontés !

Si à première vue les concepts de liberté et loi peuvent paraître antinomiques, le Professeur Nicod dément une telle opposition en affirmant que « *le couple ne fait pas nécessairement mauvais ménage* ». Selon lui « *la loi n'a pas pour vocation naturelle d'atténuer et encore moins d'éliminer la liberté humaine ; elle tend au contraire, à la protéger et à la promouvoir afin d'en garantir l'efficacité technique* »⁷⁷. Ainsi, l'encadrement normatif de la volonté est nécessaire afin de reconnaître la souveraineté de celle-ci. Par ailleurs, il rappelle que la volonté individuelle connaît des limites, et qu'en application des dispositions de l'article 6 du code civil celle-ci ne peut déroger à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

Toutefois, cette conception ne fait pas l'unanimité parmi la doctrine. Le Professeur Aynès juge cette théorie dangereuse en raison de l'insécurité que provoque la dépendance « *aux considérations politiques du moment* », et inexacte puisqu'il existe des contrats sans loi (notamment dans le domaine international). Monsieur Aynès note que si la loi des parties procède d'une source supra légale, il ne s'agit pas de la loi mais « *du droit fondamental de l'Homme à se gouverner par sa volonté* ». Par ailleurs contrairement au Professeur Nicod, il s'appuie sur l'article 6 du code civil pour affirmer qu' il n'existe aucun rapport de hiérarchie entre la loi générale et la loi contractuelle dans la mesure où les deux normes opèrent dans deux ordres différents : l'intérêt général pour la première, et les rapports entre les parties pour la seconde. Malgré tout cette thèse a notre préférence, en effet sans l'accord de volontés l'obligation n'existerait pas.

75DE BECHILLION (D.), « L'Etat est-il une personne publique comme les autres ? », in *AFDA, La personnalité publique*, Litec, 2007.

76KELSEN (H.), *La théorie juridique de la convention*, *APD*, 1940, n° 1-4, éd. Recueil Sirey, p. 33.

77NICOD (M.), *Propos introductifs*, in *De la volonté individuelle*, LGDJ, Presses de l'Université Capitole I, 2004, p. 3.

PARTIE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, OUTIL DE SORTIE DE L'EMPLOI

D'autres fondements ont été avancés pour justifier la force obligatoire du contrat. Notamment l'idée d'un fondement moral c'est à dire que les parties engagées sont tenues par la parole donnée : c'est l'idée de bonne foi⁷⁸. Elle peut aussi avoir un fondement économique, à savoir la confiance nécessaire à la vie des affaires. Sans l'idée de contrainte attachée à la force obligatoire, les contrats inégalitaires, comme c'est le cas en matière d'assurance par exemple, n'auraient aucune chance de voir le jour sans que la partie dite « *faible* » soit obligée d'apporter des garanties à son engagement. Enfin une autre théorie a été avancée : la théorie des « *attentes légitimes* ». Selon cette théorie lorsqu'une convention est légalement conclue, le droit doit assurer la protection des attentes légitimes du destinataire de la promesse. La promesse oblige dans la mesure où la partie bénéficiaire a cru qu'elle serait tenue. Cette théorie, également connue sous le nom de « *théorie de la reliance* », s'est beaucoup développée aux Etats Unis et en Angleterre. En France, elle explique le développement de certaines notions : l'abus de droit ou la bonne foi contractuelle. On reproche à cette théorie sa circularité c'est à dire que le droit doit protéger les attentes légitimes du bénéficiaire afin que celui-ci croit légitimement que la promesse sera respectée ; or, le bénéficiaire peut légitimement croire à la seule condition que le droit protège ses intérêts légitimes. Egalement les fondements de justice⁷⁹, de fraternité ou de solidarité ont été envisagés, mais aucun ne fait l'unanimité en doctrine.

§ 2. La teneur du principe de la force obligatoire des conventions

21. Les effets du principe de la force obligatoire. Aux termes de l'article 1103 du code civil les contrats légalement formés tiennent lieu de loi « *à ceux qui les ont faits* ». Cependant la sphère d'application du contrat ne se limite pas toujours à ses auteurs. Exceptionnellement son rayonnement est comparable à celui d'une loi, on parle alors de contrat collectif ; Il s'agit par exemple d'une convention collective de travail. En revanche le contrat individuel est la loi des parties, comme le rappelle le principe de la relativité des contrats⁸⁰, et est inopposable aux tiers. Par l'assimilation du contrat à la loi, les rédacteurs du code civil ont souhaité marquer la force des obligations nées d'un accord de volontés. Une fois légalement formé, la force obligatoire impose le respect de la lettre du contrat

⁷⁸DESGORGES (R.), *La bonne foi dans le contrat*, Thèse Paris III, 1992.

⁷⁹LE FUR (L.), *La force obligatoire des traités*, *APD* 1940, spéc. p. 90.

⁸⁰Art. 1165 c. civ.

telle qu'elle a été convenue par elles.

22. La teneur de la force obligatoire maintenue dans le nouveau Code civil.

Depuis le 1er octobre 2016, l'article 1134 et son célèbre triptyque « force obligatoire – rupture amiable – bonne foi » n'est plus en vigueur. En réalité l'ordonnance du 10 février 2016 n'a pas fait disparaître du Code ce pilier du droit commun des contrats, mais a éclaté chacun des alinéas dans trois articles distincts. Ainsi, dans un souci de promouvoir les principes traditionnels de notre droit commun des contrats, le contenu de la force obligatoire a été conservé et érigé en tant que principe au sein des dispositions préliminaires du chapitre 1er sur le contrat. En effet, l'article 1103 du nouveau Code civil reprend fidèlement le contenu de l'actuel article 1134 du Code civil, si ce n'est que le vocable « contrat » a été préféré à celui de « convention » qui disparaît de toutes les dispositions afférentes du Code civil⁸¹. De même, les rédacteurs de l'ordonnance ont reproduit pour l'essentiel le contenu de l'article 1134 alinéa 2 – le *mutuus dissensus* - autre versant de la force obligatoire du contrat. Liées par leur accord initial, les parties ne peuvent envisager la rupture (et, désormais, la modification contractuelle) que par leurs propres volontés, en dehors des autres cas prévus par la loi. Dès lors, le nouvel article 1194⁸² est complété de la possibilité pour les parties de « modifier » (et non seulement de « révoquer ») le contrat, d'un commun accord. La doctrine s'est interrogée sur la pertinence de la reproduction quasi à l'identique, dans le nouveau code civil, de la rupture par consentement mutuel étant donné que ce mode de rupture est loin d'être le plus exercé en pratique.

Ce principe s'impose aux parties (I) comme au juge (II).

I - Les effets du principe *intra partes*

23. La force obligatoire des conventions. « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* »⁸³. Le contrat est la loi des parties. Quel est le sens de la formule « *tiennent lieu de loi* » ? Doit-on considérer que le contrat dispose de la même force

81BENABENT (A.), AYNES (L.), « Réforme du droit des contrats et des obligations : aperçu général », *D.* 2016, p. 434

82Art. 1193 c. civ. (nouveau) : « *Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise.* »

83Art. 1103 c. civ.

juridique qu'une loi ? Selon la doctrine⁸⁴, la force juridique d'un contrat s'apparenterait à celle d'une loi, mais n'en serait pas une. Ainsi selon Madame Frison-Roche, il ne s'agit pas « *d'une analogie d'effet entre la loi et le contrat, mais bien une identité de nature* ». Le Professeur Aynes⁸⁵, conteste l'analogie entre la loi et la loi contractuelle au motif qu'elles ne seraient pas de même nature. En effet selon lui « *dire que le contrat a force obligatoire, c'est dire que l'accord des parties crée une nouvelle norme juridique* ». Ainsi, selon l'auteur, le terme « loi » employé aurait valeur de « mesure » dépourvu de force contraignante. En outre, il réfute la thèse kelsénienne⁸⁶ selon laquelle le contrat tire sa force de la loi qui lui est hiérarchiquement supérieure. La loi contractuelle est obligatoire parce qu'elle procède d'un droit fondamental de l'Homme à se gouverner. Toutefois, d'autres auteurs⁸⁷ s'appuient sur les travaux préparatoires du code civil pour affirmer que les rédacteurs ont entendu placer la loi et le contrat sur le même plan. Quoi qu'il en soit, le contrat produit des effets juridiques et bénéficie d'un pouvoir contraignant. Ainsi lorsque le débiteur ne s'exécute pas le créancier peut l'y contraindre en sollicitant l'exécution forcée du contrat. Or le droit du créancier de contraindre le débiteur est une prérogative juridique.

24. Interdiction de modifier le contrat unilatéralement. Les obligations convenues s'imposent aux parties comme s'imposerait à elles une obligation légale⁸⁸. En effet si la loi a une portée générale le contrat n'oblige, en principe, que les parties. Ainsi les parties sont tenues d'exécuter les obligations résultant du contrat en respectant le principe de bonne foi⁸⁹. Aussi, de la même manière que les parties peuvent rompre librement leur contrat

84PICOD (Y.), *Contrats et obligations-effets obligatoire des conventions-exécution de bonne foi des conventions*, Juris.-class. 1999, Art 1334 et 1135, fasc. 11, n° 1.

85AYNES (L.), « *Le contrat, loi des parties* », Cahiers du Conseil Constitutionnel n° 17 mars 2005.

86KELSEN (H.), « *La théorie juridique de la convention* », APD 1940, p.33; CARRE DE MALBERG, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Sirey, 1933.

87CARDOSO-LOQUIN (N.), *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, Thèse, Université de Bourgogne, 2008.

88MAZEAUD (J.) CHABAS (F.), *Leçons de droit civil*, t. II, 1er vol., Les obligations : Montchrestien, 9e éd. 1998, n° 721 ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil, Les obligations*, vol., L'acte juridique : Sirey, 15e éd. 2012, n° 377 ; TERRE (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *Les obligations : Précis Dalloz*, 10e éd. 2009, n° 438 ; RIPERT (G.), BOULANGER (J.), *Traité élémentaire de droit civil*, d'après le traité de Planiol, t. II : LGDJ, 1961, n° 438 ; CARBONNIER (J.), *Les biens – Les obligations*, vol. II, Coll. *Quadrige Manuels PUF*, 2004, n° 1029.

89PICAUD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Dijon, Bibli. dr. Pri., Tome 208.

TITRE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE EMPRUNTE AU DROIT DES CONTRATS

selon un accord de volontés, elles sont autorisées sur le fondement du principe de la force obligatoire des conventions à le modifier ensemble. En revanche, lorsqu'une seule des parties souhaite modifier le contrat, elle devra obtenir l'accord de son contractant, à défaut elle devra appliquer le contrat tel qu'il a été conclu. L'explication est toujours la force obligatoire des conventions garante de stabilité juridique du contrat.

Si l'article 1103 du code civil impose aux parties de respecter leurs engagements, l'article 1194 du code civil ajoute que le contrat oblige « à toutes les suites que l'équité, l'usage, ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». En effet, dans certains cas le juge va déterminer les obligations que le contrat a fait naître, communément appelées les « suites naturelles »⁹⁰. Parfois le juge se limitera à l'application des dispositions de l'article 1194 du code civil qui prévoient expressément l'obligation pour les parties de respecter le contrat mais également « toutes les suites que l'équité, l'usage, ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». Dans cette hypothèse le juge relève les obligations nouvelles qui découlent de la volonté originelle des parties. Néanmoins, le constat est différent lorsque celui-ci va au delà de la simple volonté des parties, ce que la doctrine a appelé les « interprétations divinatoires »⁹¹ du juge. En effet, le juge va créer des obligations nouvelles auxquelles les parties n'avaient probablement jamais songé. Parmi les exemples les plus connus on peut citer la reconnaissance de l'obligation de sécurité⁹², ou l'obligation d'information.

25. La reconnaissance de l'obligation de sécurité. L'obligation a été consacrée par la jurisprudence dans les contrats de transport de personnes dans un arrêt rendu le 21 novembre 1991⁹³. Ainsi, décide-t-elle que le transporteur de personnes est débiteur d'une obligation de sécurité envers le voyageur qui le rend responsable en cas d'accident. Est-ce que lors de l'achat d'un billet de train les deux contractants songent à la potentielle survenance d'un accident ? A priori lors de l'échange des volontés l'obligation de sécurité n'est pas dans l'esprit du voyageur. Dans cette hypothèse la jurisprudence va plus loin que

90GHESTIN (J.), BILLIAU (M.), *Droit civil, Effets du contrat*, LGDJ, 1992, n° 38.

91FLOUR, (J.) AUBET (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil -- Les obligations*, Sirey université, 14ième éd., spéc. N°399, p. 379.

92Civ. 21 nov. 1911 ; *GAJC*, 11e éd., n° 262 – Civ. 1^{ère} 7 oct. 1981, *JCP* 1981. IV. 401.

93Civ. 21 nov. 1911, *GAJC*, T. II, n° 188.

PARTIE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, OUTIL DE SORTIE DE L'EMPLOI

l'interprétation de la volonté réelle, il apprécie celle-ci. Certains auteurs ont fait état d'un « *forçage du contrat* »⁹⁴ Le domaine de l'obligation de sécurité s'est par la suite étendu à d'autres contrats : contrats relatifs à des activités sportives ou de loisir⁹⁵, contrats d'hébergement et d'accueil du public⁹⁶, contrats de fourniture d'un produit.

En droit du travail l'employeur le juge s'appuie sur l'obligation de sécurité⁹⁷ pour reconnaître la responsabilité contractuelle de l'employeur en cas de maladie professionnelle du salarié contractée du fait des produits fabriqués ou utilisés dans l'entreprise⁹⁸ ou d'accident du travail⁹⁹. L'obligation a également été invoquée en matière de harcèlement moral¹⁰⁰ et concernant la lutte contre le tabagisme¹⁰¹.

26. Une obligation d'information et de conseil¹⁰². Cette obligation met à la charge des contractants de fournir à l'autre partie tous les renseignements utiles à la bonne exécution du contrat. Par ailleurs les juges sont particulièrement exigeants vis à vis des professionnels, dans leur rapport avec des profanes. Si cette jurisprudence a ému une partie de la doctrine, opposée à l'atteinte faite au principe de l'autonomie de la volonté, elle est

94MESTRE (J.), LAUDE (A.), « L'interprétation « active » du contrat par le juge », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 9.

95Concernant l'organisation de promenades à cheval (Civ. 1^{ère}, 12 fév. 1980, *JCP* 1980. IV.168) ; l'exploitant d'un parc de jeux (Civ. 1^{ère}, 8 nov. 1976, *JCP*, 1976. IV. 395).

96Civ. 1^{ère}, 17 juin 1997, *Bull. Civ. I*, n° 202.

97PESKINE (E.), WOLMARK (C.), *Droit du travail*, Dalloz 2016, §456 ; BOUGEOT (S.), BLATMAN (M.), « De l'obligation de sécurité de l'employeur au droit à la santé des travailleurs », *Dr. Soc.* 2006. 635 ; VERKINDT (P.-Y.), « Obligation de résultat en matière de santé au travail : à l'impossible l'employeur est tenu ? », *Dr. Soc.* 2013. 229 ; THEBAUD-MONY (A.), DAVEZIES (Ph.), VOGEL (L.), VOLKOFF (S.), *Les risques du travail*, La Découverte, 2015.

98Soc. 28 févr. 2002, *Bull. Civ. V*, n° 81 ; D. 2002. 2696-2701, note X. Prétot ; *Dr. soc.* 2002. 445 ; *SSL*, n° 1066, p. 7 ; *RJS* 2002. 495-504, note. P. Morvan ; *Liaisons soc.*, jur. n° 759 ; *JCP* 2002. II. 10053, concl. BENMAKHLOUF (A.), LYON CAEN (A.).

99Soc. 11 avr. 2002, *Dr. soc.* 2002. 676, obs. CHAUMETTE ; *Liaisons soc.* jur. n° 766 ; *SSL*, n° 1079, p. 10 – Ass. Plén. 17 juin 2005, n° 03-30.038, *Bull. AP* n° 7.

100Soc. 21 juin 2006, *Bull. Civ. V*, n° 223 ; D. 2006. 2831, note M. Miné ; *Dr. Soc.* 2006. 832, note Ch.Radé ; *RDT* 2006. 245, obs. P. Adam ; *Liaisons soc.*, jur. N° 966. ADAM (P.), V° Harcèlement moral, *Répertoire Dalloz*, 2008, p.54 ; DAVEZIES (Ph.), « Les impasses du harcèlement moral », *Travailler* 2004/1, n° 11, p. 83-90.

101Soc. 29 juin 2005, n° 03-44.412, *Dr. soc.* 2005. 971, note J. Savatier ; *JCP* 2005. II. 10144, note CORRIGNAN-CARSIN.

102Civ. 1^{ère}, 26 fév. 1991, D. 1991. 605, note LAPOYADE ; Com. 2 juin 1987, D. 1987. IR. 146.

néanmoins justifiée par les dispositions de l'article 1104 du code civil qui exigent la bonne foi dans l'exécution du contrat.

II - La force obligatoire du contrat à l'égard du juge

27. Le principe d'intangibilité du contrat. Le contrat s'impose aux parties, comme au juge. Ce principe offre aux parties la sécurité juridique à savoir la quasi-certitude qu'elles sont obligées uniquement dans les conditions et selon les dispositions voulues. La Cour de cassation, et le législateur, veillent au respect de ce principe, la première en effectuant un contrôle de « dénaturation » (A), le second en interdisant la révision de la convention pour imprévision (B).

A - Le contrôle de dénaturation : le pouvoir souverain des juges

28. Le pouvoir d'interprétation et de requalification des conventions. Nous venons de le voir, les dispositions de l'article 1103 du code civil posent le principe de la souveraineté de la loi contractuelle. Ainsi celle-ci s'impose aux parties contractantes, aux tiers et au juge. Ce dernier n'est autorisé sous aucun prétexte à modifier ce que les parties ont voulu, auquel cas il encourt la censure de la Cour de cassation. Néanmoins, la « primauté de la loi contractuelle passe par sa clarté »¹⁰³. En d'autres termes, lorsque le contrat présente des clauses obscures ou ambiguës nuisant à la bonne exécution de celui-ci, le juge dispose d'un pouvoir d'interprétation.

29. La primauté de la volonté réelle sur la volonté déclarée¹⁰⁴. Le contrat rédigé par les parties n'est pas toujours d'une grande clarté ; aussi lors de la survenance d'un litige il est courant que les parties contestent la signification des clauses afin d'en tirer le plus grand bénéfice, modifiant parfois l'accord conclu initialement. Ces hypothèses nécessitent

103MESTRE (J.), LAUDE (A.), «L'interprétation "active" du contrat par le juge», in *Le juge et l'exécution du contrat*, Colloque IDA, 28 mai 1993, Paris, PUAM., 1993, p. 9.

104FRISON-ROCHE (M.-A.), « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement », *RTD civ.* 1995. 573 ; OPPETIT (B.), « Le consentement sans échange. Le concours implicite », *RJ com.* 1995, n° spécial, Échange des consentements ; JAMIN (C.), « Pour en finir avec la formation du contrat », *Petites affiches* 6 mai 1998, p. 25 ; FONTAINE (M.), Un régime harmonisé de la formation du contrat. Réexamen critique, in FONTAINE (M.) [sous la dir. de], *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, 2002, Bruylant/LGDJ, p. 479 ; RÉMY (P.), Rapport introductif, in RÉMY-CORLAY (P.), FENOUILLET (D.) [sous la dir. de], *Les concepts contractuels français à l'heure du principe du droit européen des contrats*, 2003, Dalloz, p. 3 ; MARTY et RAYNAUD, *Les obligations*, t. 1, 2e éd., 1988, Sirey, n° 101 ;

l'intervention du juge qui, à l'inverse des parties, devra uniquement rechercher leur commune intention ou la volonté réelle des parties. Or, comme le contrat appartient à la sphère privée l'intervention du juge nécessite au préalable une demande des parties. Il ne peut se saisir d'office. En raison de l'absence de clarté le juge se trouve confronté à la nécessité de qualifier, voire requalifier et ainsi interpréter le contrat. Ce pouvoir qualificateur et d'interprétation du juge a notamment été précisé dans l'arrêt *Barrat*¹⁰⁵.

30. Distinction interprétation et qualification. La qualification est définie comme « *la détermination précise de la nature d'un rapport de droit à l'effet de classer ce rapport dans l'une des catégories juridiques existantes* »¹⁰⁶. Ainsi elle permet de déterminer le régime juridique et les effets de l'accord. Elle « *est un élément qui est pris en compte par le juge pour déterminer quelle a été leur intention commune. En revanche la simple dénomination donnée à un contrat ne lie pas le juge qui doit rechercher en fonction des circonstances de la cause quelle est la nature juridique des conventions conclues entre les parties* »¹⁰⁷. Que faut-il entendre par le terme « interprétation » ? Selon le Professeur Seriaux¹⁰⁸, l'interprétation du contrat est « *l'opération juridique qui consiste à définir quels sont exactement les droits et les obligations des parties aux contrats* ». Le juge doit rechercher la commune intention des parties. La qualification est un exercice qui intervient en principe après l'interprétation. En effet, le juge ne peut modifier la dénomination de l'accord conclu, que s'il a préalablement déterminé la commune intention des parties. La qualification est un exercice bien distinct de l'interprétation. Si, à l'occasion du premier comme du second le juge doit déterminer la commune intention des parties, l'étendue des pouvoirs du juge diffère. En effet, lorsqu'un contrat est soumis à l'interprétation du juge, celui-ci, conformément aux dispositions de l'article 1188 du code civil, doit se limiter à rechercher ce que les parties ont voulu, c'est une « *question de fait* »¹⁰⁹. Cependant, lors d'un litige, le juge du fond doit attribuer la bonne qualification à la convention, c'est à dire

105 Ass. plén. 4 mars 1983, *D.* 1983. 381, concl. CABANNES (J.) ; *D.* 1984. IR 184, obs. BERAUD (J.-M.) – Soc. 19 déc. 2000, n° 98-40572, *Bull. Civ. V.* n° 437 – Soc. 3 juin 2009, n° 08-40981, *Bull. Civ. V.* n° 141 – Soc. 25 juin 2013, n° 12-13968, *Bull. Civ. N°* 165.

106 Vocabulaire juridique Capitant, *Qualification*.

107 CORNU (G.), *Dictionnaire juridique, Qualification*.

108 SERIAUX (A.), *Droit des obligations*, Paris, éd. PUF, coll. Droit fondamental, 2ème éd., 1998.

109 BOYER (L.), *Répertoire de Droit civil*, Paris, Dalloz, août 1993, « Interprétation du contrat par le juge ».

qu'il n'est pas lié par celle donnée par les parties, c'est une « *question de droit* »¹¹⁰. Par ailleurs la qualification du contrat par les juges, à l'inverse de l'interprétation, est susceptible d'un recours.

31. Pouvoir souverain des juges du fond. Le pouvoir de qualification du juge n'est-il pas alors une limite à la volonté individuelle des parties reconnue comme organe créateur ? En effet lorsque les parties choisissent un acte, c'est pour son régime juridique. Or avec le pouvoir de requalification les clauses insérées dans l'acte deviennent accessoires. Ainsi, l'interprétation du contrat par le juge a soulevé une interrogation : S'agit-il d'une question de droit susceptible d'être contrôlée par la Cour de cassation, ou d'une question de fait relevant de la compétence exclusive de la Cour de cassation ? Dans la mesure où une convention a valeur de loi entre les parties, les juges, intervenant lors d'un litige entre les parties à une convention, devraient agir d'une manière identique que lorsqu'il s'agit d'une loi. C'est notamment l'avis de Christian Talamon¹¹¹ qui écrivait : « *Si l'on assimile d'une façon complète la loi contractuelle à la loi générale, on dira que la Cour suprême devant assurer le respect du contrat de la même façon que celui de la loi, devra casser toute décision ayant violé, faussement appliqué ou mal interprété les termes d'une convention ; si, au contraire l'on ne va pas jusque là, va-t-il falloir laisser les cours et tribunaux appliquer à leur guise et d'après leurs tendances particulières les différents contrats qui leur seront soumis, aux dépens de l'unité de la jurisprudence, dont le maintien est cependant l'une des principales raisons d'être de la Cour de cassation ?* ».

Pourtant, après s'être accordé un droit de contrôle des juges du fond¹¹², la Chambre des Requêtes a opéré un revirement de jurisprudence dans le célèbre arrêt Lubert rendu le 2 février 1808¹¹³ en proclamant que « *la violation de la loi du contrat, encore qu'elle fût prouvée, ne pouvait établir une ouverture de cassation légale* ». A cette occasion la haute juridiction décide que la décision des juges du fond, qui disposent d'un pouvoir d'appréciation souverain, n'est pas susceptible d'un recours en cassation. Si la loi générale

110BOYER (L.), *Répertoire de Droit civil*, Paris, Dalloz, août 1993, «Interprétation du contrat par le juge ».

111TALAMON (C.), *Le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur l'interprétation et l'application des contrats*, Thèse, Université de Paris, 1926, p15.

112Civ. 4 brumaire an VII, S. chr.

113Cass. sect. réun., 2 février 1808 ; *GAJC* Tome 2, Dalloz, 12e édition, p. 153.

est édictée dans l'intérêt général, celle entre les parties a des effets limités et ne concerne donc pas la juridiction suprême. De plus, la Cour de cassation n'est pas un troisième degré de juridiction, or il est souvent difficile de dissocier les faits du droit, comme c'est le cas pour une loi. On peut toutefois noter que si la Cour ne censure pas la mauvaise interprétation du contrat, la solution est différente dans l'hypothèse d'une dénaturation du contrat.

32. La notion de dénaturation. La dénaturation est définie comme « *le fait du juge de modifier, sous prétexte de l'interpréter, le sens clair et précis d'une clause d'un contrat ou d'une disposition légale* »¹¹⁴. En effet, l'absence de contrôle de la Cour de cassation sur les décisions prises en matière de contrat par les juges du fond pouvait aboutir à la multiplication de décisions arbitraires. Par conséquent, la Cour de cassation a apporté un tempérament au principe posé à l'occasion de l'arrêt Lubert selon lequel elle dispose d'un pouvoir de censure des décisions prises par les juges du fond lorsque celles-ci modifient un contrat rédigé dans des termes clairs et précis : c'est le contrôle de dénaturation.

33. Le contrôle de la dénaturation du contrat. Le juge doit se mettre au service du contrat, création de la volonté commune des parties, et ne doit pas le dénaturer : « *la loi contractuelle s'impose à lui dans des termes sensiblement identiques à ceux concernant des textes émanant des pouvoirs publics* »¹¹⁵. En effet, fort de son pouvoir souverain d'interprétation, le juge pourrait être tenté de modifier le contrat, or il doit agir de la même manière que lorsqu'il rencontre des difficultés dans l'application d'une loi générale. Afin d'éviter les décisions arbitraires de celui-ci, la Cour de cassation, dans un arrêt de principe rendu le 15 avril 1872¹¹⁶, a sous le visa de l'article 1134 du code civil jugé qu'il « *n'est pas permis aux juges lorsque les termes des conventions sont clairs et précis, de dénaturer les obligations qui en résultent et de modifier les stipulations qu'elles renferment* ». On parle de dénaturation lorsque les juges modifient un contrat dont la lettre est claire et précise. En effet le juge doit intervenir seulement lorsqu'il existe une ambiguïté sur une clause : il s'agit

114Dictionnaire en ligne de Serge Braudo.

115BOYER (L.), *Répertoire de Droit civil*, Paris, Dalloz, aout 1993, «Interprétation du contrat par le juge ».

116DP 72. 1. 176, S. 72. 1. 232, *Veuve Foucauld et Coulombe c. Pringault*. Dans le sillage de cet arrêt, la solution a ensuite été maintenue : Civ. 1ere, 11 mai 1982 ; *Gaz. Pal.* 1982, 612, note CHABAS – Civ. 1ere, 4 av. 2001 ; *Bull. Civ.* I, n° 106.

TITRE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE EMPRUNTE AU DROIT DES CONTRATS

de la « *nécessité interprétative* »¹¹⁷. L'auteur relève que la caractérisation de la nécessité interprétative est un critère déterminant pour la Cour de cassation. En s'appuyant sur l'exemple de plusieurs arrêts il dresse la liste des hypothèses où la condition est remplie : « *ambiguïté des termes du contrat* », « *rédaction ambiguë* », « *des termes ambigus et contradictoires* ». Cet article renforce la force obligatoire du contrat dans la mesure où ce que les parties ont décidé, le juge ne peut pas le modifier. Il s'agit d'une nouvelle preuve, s'il en était besoin, de l'importance du principe de liberté contractuelle en droit des contrats. Comme pour la révision pour imprévision, le juge est exclu du champ contractuel, son rôle étant réduit à celui de serviteur du contrat.

B - L'admission de la révision pour imprévision : le pouvoir du juge

34. Impérativité et immutabilité. La force obligatoire du contrat implique d'une part un caractère impératif mais d'autre part son intangibilité qui s'impose aux parties et au juge. Autrement dit, il n'est pas envisageable de modifier ou de changer les termes du contrat, et d'en réviser le prix, sauf si cette initiative provient communément des deux parties. Le principe de la force obligatoire est considéré comme garant de la sécurité juridique. Il ne peut être modifié ni par la volonté de l'un des contractants ni par l'application d'accords conclus entre l'un des contractants et un tiers.

35. Dérogation au principe par l'articulation contrat de travail et accords collectifs. En droit du travail ce principe est mis à mal par les possibilités de dérogation à l'articulation traditionnelle entre contrat de travail et accords collectifs. Comme nous le développerons dans la seconde partie de l'étude, en principe les clauses des accords et conventions collectives s'appliquent aux contrats de travail en cours seulement lorsqu'elles sont plus favorables aux salariés, les autres étant soumises à l'approbation expresse de celui-ci. Cette articulation est par conséquent une dérogation au principe civiliste de force obligatoire des contrats mais tolérée¹¹⁸ en raison du principe de faveur qui l'inscrit dans la logique d'ordre public social¹¹⁹. Toutefois les évolutions législatives récentes tendent à faire

117WALERS (G.), *Entre esprit et lettre : Le juge et l'interprétation du contrat en droit français et en droit américain (une étude comparative)*, Mémoire sous la direction de Monsieur le Professeur Martijn Hesselink, Université Paris I, 2010, p. 24.

118ANCEL (P.), «La force obligatoire, jusqu'où faut-il la défendre?» in JAMIN (C.), MAZEAUD (D.) (ss la dir. de), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2003, p. 163.

119Jusqu'alors les auteurs traduisaient cette exception comme un « effet relatif des contrats ». Certains en

PARTIE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, OUTIL DE SORTIE DE L'EMPLOI

prévaloir l'accord collectif sur le contrat de travail sans faire de distinction entre les dispositions plus favorables ou pas. La nouvelle orientation de la négociation collective, axée sur la défense de l'emploi en contrepartie de concessions salariales, suscite des interrogations d'une partie travailliste de la doctrine sur sa compatibilité avec le principe de la force obligatoire. Paradoxalement, ceux qui justifiaient les atteintes au principe par la protection d'un contractant jugé plus faible réclament opportunément aujourd'hui son application la plus stricte. A l'inverse, le courant libéral qui jusqu'alors exigeait la stricte utilisation du principe, prône désormais la possibilité de déroger au nom de la nécessaire flexibilité. Les deux courants se rejoignent sur l'idée d'une application opportune du principe¹²⁰.

36. L'influence d'un bouleversement économique du contrat. Il convient de rappeler qu'il existe un tempérament au caractère immuable, notamment dans les contrats à exécution successive. En effet, une théorie – récemment consacrée dans le nouveau code civil – porte atteinte au principe d'immutabilité du contrat. Quand les parties concluent un contrat pour une longue durée, les obligations sont fixées en fonction des considérations économiques au moment de la formation du contrat. Dès lors, cette théorie suggère qu'en cas de modification de l'économie du contrat qui apparaît durant l'exécution du contrat, une renégociation du contrat soit possible. Il s'agit de l'imprévision contractuelle. L'imprévision renvoie à la notion de circonstances économiques imprévues, postérieures à la conclusion du contrat, rendant extrêmement difficile l'exécution du contrat ou beaucoup plus onéreuse par l'une des parties. L'imprévision est la situation où, à la suite d'évènements imprévus par les parties au moment de la conclusion du contrat, l'équilibre qu'elles avaient établi entre leurs prestations se trouve rompu. Avant l'ordonnance du 10

réduisaient la portée considérant qu'en l'absence d'extension ou d'élargissement des conventions la règle de l'article L. 2262-1 « ne porte qu'une atteinte relativement limitée au principe classique selon lequel un individu ne peut être lié que par sa volonté » (FLOUR (J.), AUBERT J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique*, 16e éd., Armand Colin, 2014, n° 509). Pour les autres hypothèses les auteurs s'appuient sur le caractère hybride de la convention collective c'est à dire à la fois contractuel et réglementaire (DURAND (P.), « Le dualisme de la convention collective », *RDT civ.* 1939. 353 ; BORENFREUND (G.), « Les syndicats bénéficiaires d'un accord collectif », *Dr. Soc.* 2001, 821. Du côté du Conseil constitutionnel, celui-ci censure les atteintes du législateur aux « contrats légalement conclus » seulement lorsque elles ne se justifient pas par « un motif d'intérêt général suffisant » (Cons. Const. 13 janv. 2003, n° 2002-465 DC (Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi), *D.* 2003. 642 ; *Dr. soc.* 2003. 260, note X. Prétot ; Cons. Const. 18 mars 2009, n° 2009-578 DC, *AJDA* 2009. 509 ; *D.* 2009. 799, obs. Y. Rouquet).

¹²⁰ANCEL (P.), « L'articulation du contrat de travail et des accords collectifs au regard de la force obligatoire du contrat », *RDT* 2016, 240.

février 2016, aucun texte n'envisageait la question de l'imprévision dans son ensemble. La jurisprudence a dessiné des lignes directrices.

37. L'ancien rejet de la révision pour imprévision par la jurisprudence civile. La thèse de l'imprévision étudie l'influence d'une modification imprévisible du contrat en raison d'une transformation du contexte économique, politique, monétaire et social ayant rompu l'équilibre initial des prestations. Ainsi qu'avait pu l'écrire le Professeur Pierre Voirin, « *le consentement ayant pour base la volonté, ne peut dépasser cette volonté qui ne comprend que les éléments existants ou tout au plus prévus. Les éléments anormaux et imprévus ne sont pas entrés dans les vues des parties ; quant à ceux-ci elles n'ont pas voulu* »¹²¹. Il convient de s'interroger sur la nature de « *l'imprévu* ». En effet, doit-on considérer qu'il s'agit d'un imprévu économique altérant l'équilibre du contrat ? Une partie de la doctrine estime que seul un imprévu économique doit être pris en compte¹²² ; d'autres ne partagent pas cette conception étroite de l'imprévision et au contraire considèrent que le déséquilibre des prestations peut avoir pour origine un événement autre qu'économique¹²³. Le code civil ne consacrait pas cette théorie. Elle était également rejetée, en principe, par les juges considérant qu'elle aboutissait à une dénaturation du contrat¹²⁴. C'est dans le célèbre arrêt *Canal de Craponne* que la Cour de cassation a affirmé sa position en matière d'imprévision : les dispositions de l'article 1103 du code civil ayant une portée « *générale et absolue* », il n'appartient pas aux tribunaux, et ce malgré un objectif d'équité, de modifier les stipulations du contrat.

38. La liberté contractuelle : la parade du rejet prétorien de l'imprévision. Une partie à un contrat ne peut modifier unilatéralement les conditions contractuelles, serait-ce au motif d'un changement dans les circonstances économiques¹²⁵. Toutefois, si les parties ont prévu cette possibilité lors de la conclusion du contrat, via une clause de Hardship,

121VOIRIN (P.), *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, Thèse, Nancy, 1922, p. 35.

122CARBONNIER (J.), t. 4, n°144 ; TERRE (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil - Les obligations*, 11ème éd., Dalloz, coll. Précis, 2013, n° 465 et 471.

123TUNC (A.), obs., *RDT civ.* 1962. 651, n° 2.

124Civ. 6 mars 1876, D., 76, 1, 193, note GIBOULOT. Depuis la Cour de cassation a réaffirmé régulièrement sa position : Com. 18 déc. 1979, *Bull. Civ.* IV, n° 339, *RTD civ.* 1980, obs. G. Cornu – Civ. 3e. 1er mars 1989, n° 87-14109.

125Paris, 28 janvier 2009, *RTD civ.* 2009. 529, obs. FAGES.

alors la révision est possible. Cette clause insérée dans une convention « *permet à l'une comme à l'autre des parties signataires d'exiger que s'ouvre une nouvelle négociation lorsque la survenance d'un événement de nature économique ou technologique, bouleverse gravement l'équilibre des prestations prévues au contrat* »¹²⁶. Néanmoins, l'insertion de cette clause dans le contrat peut présenter l'avantage de garantir l'équilibre contractuel, et l'inconvénient de renégocier un contrat avantageux pour l'une des parties. Egalement, la solution n'est pas absolue puisque faut-il encore que les parties se mettent d'accord lors d'une seconde négociation.

Le principe, commandé par le dogme de l'autonomie des volontés est que le juge ne dispose pas du droit de modifier le contrat. Le respect des volontés des parties s'impose au juge de sorte que si des difficultés apparaissent entre les parties, il devra déterminer l'étendue des conséquences juridiques de la convention, en application de la seule volonté des auteurs de l'acte¹²⁷. La jurisprudence française applique scrupuleusement ce principe, et il est rare qu'elle admette que le juge puisse modifier le contrat¹²⁸. Par conséquent, elle rejette fermement toute possibilité pour le juge du fond de modifier les conventions.

39. La jurisprudence favorable à la révision pour imprévision. La doctrine a imaginé un début de consécration dans plusieurs arrêts¹²⁹. Un arrêt de la Cour de cassation rendu le 29 juin 2010 semble favorable à la révision du contrat pour imprévision. En l'espèce, une société contractante a été confrontée à de très graves difficultés financières en raison de l'augmentation très sensible du prix des pièces de rechange dont elle doit faire l'acquisition pour réaliser les travaux de maintenance qui lui incombent contractuellement, le montant des redevances de l'autre société étant alors devenu ridicule. La Cour de cassation retient que l'augmentation du coût des matières premières, et par voie de conséquence celui des pièces de rechange, a eu pour effet de « *déséquilibrer l'économie*

126Dictionnaire juridique numérique Serge Braudo.

127GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Thèse, Dijon, éd. Arthur Rousseau, 1912.

128La justice administrative n'a pas suivi la même voie. Dans un arrêt *Gaz de Bordeaux* rendu en 1916 qui a consacré la théorie de l'imprévision (CE 30 mars 1916, GAJA, 16ème éd., n° 31). L'admission de cette théorie réside dans le principe de la continuité des services publics.

129V. ex. Civ. 1Ere, 16 mars 2004, n° 01-15.804 ; La Cour d'appel de Nancy dans un arrêt du 26 septembre 2007 a décidé d'ordonner une renégociation du contrat, menaçant les parties d'intervention judiciaire, à défaut de s'y conformer.

TITRE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE EMPRUNTE AU DROIT DES CONTRATS

générale du contrat tel que voulu par les parties lors de la signature (...), et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit ».

En effet en faisant appel à la théorie de la cause, la Cour de cassation réduit non seulement le champ d'application de celle-ci, mais limite également le pouvoir du juge ; celui-ci ne dispose pas d'un pouvoir exceptionnel de révision du contrat mais seulement d'une habilitation à se prononcer sur sa caducité. Toutefois même en accordant un pouvoir limitatif aux juges, il y a une atteinte à la force obligatoire des conventions.

40. La révision pour imprévision appuyée sur le principe de bonne foi. Une majorité de la doctrine favorable à la révision du contrat, peut-être influencée par la position allemande, proposait de faire appel à la règle de l'article 1134 alinéa 3 du code civil¹³⁰, qui veut que les conventions soient exécutées de bonne foi, comme fondement à la révision. Lorsque des circonstances nouvelles modifient la situation de départ, la partie lésée doit-elle ou non exécuter les obligations prévues au contrat ? Bien qu'il n'existe pas de définition juridique de la bonne foi contractuelle, n'est-ce pas l'ignorer que de demander l'exécution d'un contrat devenu inéquitable à travers le temps ? Un éminent magistrat français a défini la bonne foi : *« se comporter de bonne foi, ce n'est pas seulement une règle d'urbanité, c'est également, en affaires, refuser la « morale » de « Dallas », et faire preuve d'un minimum de loyauté et d'honnêteté envers son cocontractant »*¹³¹. L'inconvénient de cette théorie tient aux risques qu'elle présente. Dans le conflit doctrinal concernant la délicate articulation des alinéas 1 (*« les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »*) et 3 (*« les conventions doivent être exécutées de bonne foi »*) de l'article 1134 du code civil, la Cour de cassation s'est prononcée en ces termes : *« si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance des droits et obligations légalement convenus entre les parties »*¹³².

Toutefois le principe d'intangibilité du contrat n'est pas absolu. Le juge dispose d'un

130Art. 1104 nouv. Num. C. civ.

131Conclusions JEOL (M.) sous Ass. Plé., 1er déc. 1995, D. 1996, jurispr. p. 15.

132Com. 10 juillet 2007, n° 06-14.768.

pouvoir de réfaction lui permettant de refaire le contrat en fonction du contexte, c'est à dire en baissant le prix. Cette sanction a plusieurs fois permis aux juges de sanctionner un contrat, souvent sous couvert de bonne foi. Au demeurant, cet arrêt passé inaperçu en doctrine, n'a pas modifié la position des juges. Si leur courage n'est ici pas remis en cause, peut-être que cette décision, annonce d'un séisme dans la matière, n'était qu'une illustration supplémentaire de l'adaptation des juges aux circonstances. D'ailleurs, l'absence de publication au Bulletin, suggérait déjà la portée limitée de cette décision. Cependant, si les juges ne sont semble t-il pas encore prêts à modifier leur jurisprudence en la matière, il se pourrait que le législateur le fasse pour eux. En effet, parmi les nombreux projets de loi¹³³ concernant la réforme du droit des obligations, deux sembleraient favorables à l'admission de la révision du contrat : l'avant-projet gouvernemental et l'avant-projet Terré.

41. La jurisprudence allemande. L'arrêt rendu le 8 juillet 1920 consacre, pour la première fois, le droit d'intervention des juges dans le contrat sur le fondement de la bonne foi¹³⁴ : « *l'exécution du contrat aurait lieu dans des circonstances telles qu'elle ne correspondrait plus à ce que les parties avaient raisonnablement voulu, et que l'exécution forcée serait inconciliable avec le respect de la bonne foi et des usages d'affaires* ». Avant cette décision, la jurisprudence allemande se fondait sur le concept « *d'impossibilité économique* » pour admettre l'intervention des juges au cours du contrat. Ainsi, avant l'admission de l'imprévision contractuelle en droit français, un revirement de jurisprudence restait envisageable au vu de la multiplicité des moyens techniques qui se présentaient aux cocontractants.

42. En doctrine. L'ingérence exceptionnelle du juge en cas d'imprévision est souhaitée par une partie de la doctrine. Selon elle, l'argument de l'insécurité juridique liée à l'admission de la révision pour imprévision se heurte aux exemples de pays voisins où cette règle n'a pas engendré de conséquences désastreuses¹³⁵. La multiplication des contrats de

133On en dénombre trois au cours de la dernière décennie : l'avant-projet Catala, l'avant-projet gouvernemental, et l'avant-projet Terré.

134RGZ 99-258 (259)

135La position française était largement partagée par les autres pays au XIX^{ème} siècle, néanmoins elle a peu à peu été abandonnée dans les autres pays européens soit par une évolution jurisprudentielle, soit par une intervention législative. Certains pays ont admis la théorie de l'imprévision en se fondant sur le concept de bonne foi (position de la jurisprudence allemande). D'autres pays, dont le Royaume-Uni et l'Irlande ont utilisé le concept « d'impossibilité d'exécution ». En d'autres termes l'opération économique envisagée ne peut être exécutée selon les conditions prévues dans le contrat. (R. David, « L'imprévision dans les droits européens »,

TITRE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE EMPRUNTE AU DROIT DES CONTRATS

longue durée qui milite en faveur d'une évolution jurisprudentielle est une illustration de cette thèse. Lors de la formation du contrat les parties donnent leur consentement en fonction des informations connues, de sorte que si elles avaient pu prévoir les changements potentiels, elles n'auraient pas contracté¹³⁶. En outre, l'intervention du juge revêt un caractère exceptionnel, une sortie de crise lorsque les négociations entre les parties ont échoué et la dernière alternative à l'inexécution du contrat¹³⁷. Le contrat devrait ainsi être un espace d'échanges équitables afin que la prise de risque lors de la conclusion soit minimale. Cette vision utopique suggère donc de gommer tous les inconvénients du contrat à travers le temps ? Le peut-elle ? L'intervention du juge n'est-elle pas aussi néfaste pour l'équilibre du contrat que la survenance d'un élément extérieur ?

43. L'admission de l'imprévision contractuelle dans le nouveau Code civil. Le nouvel article 1195 du Code civil¹³⁸ prévoit les différentes « options » s'offrant aux parties en cas d'imprévision contractuelle et ce, de façon chronologique. Dans une première étape, il dispose que l'une des parties a la possibilité de demander à renégocier le contrat, tout en poursuivant l'exécution de ses obligations pendant la renégociation contractuelle. Cette hypothèse demeure une faculté et non une obligation, incitant les parties à trouver une issue de concert. A contrario, le créancier de la proposition a la liberté de rejeter l'offre qui lui a été formulée. Dans une seconde étape, autrement dit « *en cas de refus ou d'échec* » de la renégociation, les deux parties peuvent solliciter la résolution ou l'adaptation judiciaire du contrat. La dernière option consacrée par l'ordonnance – l'adaptation du contrat par l'intermédiaire du juge – marque une rupture avec la jurisprudence civile qui l'avait fermement écartée dans le célèbre arrêt Canal de Craponne. Si les parties ne sont pas

Mélanges dédiés à ALFRED JEAUFFRET, Université de droit et de science politique d'Aix-Marseille, Aix-Marseille, 1974, p. 211). La théorie a été intégrée dans de nombreuses législations : italienne, néerlandaise, et portugaise.

136CARBONNIER (J.), « Répertoire de droit civil », t.4, n° 150, p. 288.

137MAZEAUD (D.), « L'arrêt Canal moins ? », *Recueil Dalloz*, 2010, n° 37, étude 2481.

138Art. 1195 CC. : « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. « En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe »*. Cet article entrera en vigueur le 1^{er} octobre 2016.

PARTIE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, OUTIL DE SORTIE DE L'EMPLOI

parvenues à un accord sur la résolution du contrat ou sur son adaptation par le juge « *dans un délai raisonnable* », l'une d'entre elles, à la demande d'une partie, peut saisir le juge qui aura alors le pouvoir de « *réviser le contrat ou [d'] y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe* ». Toutefois, l'accueil de l'imprévision au sein de notre système juridique paraît encore bien circonscrit. A titre d'exemple, le champ d'application demeure limité au bouleversement économique survenu au moment de la conclusion du contrat.

44. Critique. Il est utile de rappeler que le contrat se négocie en principe de gré à gré et que les parties peuvent insérer des clauses susceptibles de gérer le risque d'imprévision. N'est-il pas du devoir des parties d'introduire des clauses d'adaptation lors de la formation du contrat afin de prévoir les éventuels changements d'environnement ? De notre point de vue l'admission de la révision pour imprévision n'était pas nécessaire. Le contrat n'a pas à être juste. Il symbolise la rencontre de deux volontés qui, dans l'hypothèse où l'une d'elles n'a pas été viciée, représente une opération intéressante. Au demeurant la conclusion d'un contrat est une prise de risque pour les contractants mais dans la mesure où chacun trouve son intérêt lors de la conclusion du contrat ce risque reste acceptable. Si le pouvoir créateur de la volonté n'est plus à prouver, celle-ci doit être conciliée avec le respect de la loi.

Section 2 - La rupture par *mutuus consensus*, mode de rupture naturel des conventions

45. Force obligatoire et irrévocabilité des conventions. Nous l'avons vu le contrat est la loi des parties, et par conséquent, elles ne peuvent s'y soustraire unilatéralement. Par principe, si les parties ne se mettent pas d'accord par *mutuus consensus*, seul le juge peut rompre le contrat. L'accord de volontés, élément essentiel lors de la formation du contrat, le reste à l'occasion de la rupture. Le contrat lie les parties, et l'une d'elle ne peut se soustraire à ses obligations par sa seule volonté. Pour de nombreux auteurs l'article 1134 alinéa 2 du code civil¹³⁹ doit s'interpréter comme une impossibilité de reconnaissance d'un droit d'extinction unilatérale¹⁴⁰. D'autres, au contraire, revendiquent qu'il existe une autonomie entre le principe de force obligatoire et l'irrévocabilité des conventions. Ce débat ouvre la voie d'un autre paradoxe, celui entre la liberté de la concurrence et la stabilité contractuelle. Les attentes des contractants sont contradictoires, souhaitant à la fois la sécurité garantie par l'absence d'imprévu, et la possibilité de rompre facilement lorsque celui-ci présente moins d'avantages que celui d'un concurrent. La préférence entre l'un ou l'autre dépend de la période économique mais aussi de la nature du contrat. Le nouveau Code civil français intègre désormais l'exécution contractuelle et sa durée au sein d'une section 3 « *La durée du contrat* » (articles 1210 à 1215).

Cependant, parfois, la loi ou le contrat autorise une atteinte à la force obligatoire des conventions et admet la faculté de résiliation unilatérale, c'est à dire la possibilité de rompre le contrat par l'exercice de sa seule volonté sans le recours préalable au juge¹⁴¹.

Traditionnellement la rupture d'un commun accord est considérée comme une mesure exceptionnelle dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée (**paragraphe 1**).

139 Art. 1193 C. civ. : « *Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise* ».

140 STARCK (B.), BOYER (L.), ROLAND (H.), 6e éd. p. 483, n° 1392 : « *l'obligation d'exécuter strictement les prestations contractuelles a pour corollaire l'impossibilité de se dégager unilatéralement* » ; MALINVAUD, Les obligations, 8e. éd., n° 416, p. 289 : « *une fois précisé qui est obligé par le contrat, il reste à se demander quelle est la mesure de l'obligation : les parties ou l'une d'entre elles peuvent-elles échapper aux obligations souscrites ? La force obligatoire du contrat s'y oppose : le respect de la parole donnée et la sécurité des transactions postulent qu'on ne puisse revenir sur ce qui a été promis* ».

141 MALAURIE (P.), AYNES (P.), STOFFEL-MUNCK (P.), *Les obligations*, LGDJ, coll. Dr. Civ. 6Eme éd.

En revanche elle demeure un droit acquis pour les contrats à durée déterminée (paragraphe 2).

§ 1. Le caractère exceptionnel de la rupture d'un commun accord pour les contrats à durée indéterminée

46. Le principe : la résiliation unilatérale. L'article 1193 du code civil prévoit la faculté de rompre le contrat unilatéralement « *pour les causes que la loi autorise* ». Cette disposition constitue une atteinte au principe de la force obligatoire des conventions.

La faculté de résiliation unilatérale apparaît comme le principe en matière de rupture d'un contrat à durée indéterminée. Il s'agit d'un mode de rupture extra judiciaire c'est à dire qu'elle produit des effets par la seule manifestation de volonté de l'une des parties. Toutefois le juge marque une limite à la liberté de révocation unilatérale, l'abus (I).

En droit du travail elle a longtemps joué un rôle secondaire avant de s'imposer comme le mode de rupture principal des contrats. La spécificité de la relation a justifié le développement d'une réglementation autonome au droit commun (II).

I - La reconnaissance du droit de résiliation unilatérale

47. Prohibition des engagements perpétuels. En vertu du nouvel article 1210 « *les engagements perpétuels sont prohibés* ». Jusqu'alors en l'absence de texte spécifique la jurisprudence considérait qu'il existait une prohibition des engagements perpétuels¹⁴². En effet une partie ne pouvant être liée à une autre à perpétuité, elle doit pouvoir se libérer par sa seule volonté. Exiger l'accord des parties sur la rupture serait « *laisser une des parties à la merci de l'autre qui pourrait la retenir à son gré de façon perpétuelle dans les liens contractuels* »¹⁴³. Cette règle est un principe d'ordre public et par conséquent toute clause contraire est nulle¹⁴⁴. Le Conseil Constitutionnel a élevé au rang de principe l'interdiction des engagements perpétuels à l'occasion de l'examen de la loi relative au Pacte civil de solidarité en ces termes : « *si le contrat est la loi commune des parties, la liberté qui*

142Com. 9 oct. 1973, *Bull. civ.* 1973, IV, n° 274. – Com. 14 nov. 1989, *Bull. civ.* 1989, IV, n° 286. – Com. 31 mai 1994, *Bull. civ.* 1994, IV, n° 194. – Cass. I^{re} civ. 13 déc. 1994, *Bull. civ.* 1994, I, n° 372.

143AZEMA (J.), *La durée des contrats successifs*, préf. R. Nelson, LGDJ, 1969, n° 182.

144Civ. 3^{ème}, 19 févr. 1992, *Bull. civ.* 1992, III, n° 46.

TITRE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE EMPRUNTE AU DROIT DES CONTRATS

découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants, l'information du cocontractant, ainsi que la réparation du préjudice éventuel résultant des conditions de la rupture, devant toutefois être garanties»¹⁴⁵. L'interdiction des engagements perpétuels a conduit le législateur à reconnaître la faculté pour les parties de rompre le contrat à durée indéterminée unilatéralement. Ce principe est inscrit à l'article 1780 alinéa 2 du Code civil, en ces termes : « le louage de service fait sans détermination de durée peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes ». Les juges ont étendu cette possibilité pour certains contrats.

La première chambre civile a notamment jugé dans un arrêt rendu le 5 février 1985 que « dans les contrats à exécution successive dans lesquels aucun terme n'a été prévu, la résiliation unilatérale est, sauf abus, sanctionnée par l'alinéa 3 du même texte, offerte aux deux parties »¹⁴⁶. Du point de vue de la doctrine, le droit de résiliation unilatérale est un principe d'ordre public. Le Code civil consacre également ce principe à l'article 1736, sous la forme d'un « droit de congé » en matière de contrat bail locatif. L'étendue du champ d'admission de la résiliation unilatérale dans les contrats à durée indéterminée justifie l'affirmation selon laquelle ce mode de rupture apparaît comme la règle en la matière. Cependant en garantissant la liberté individuelle des contractants, le législateur et le juge ont successivement porté atteinte à la force obligatoire des conventions, créant un danger pour la stabilité contractuelle.

Envisageant les risques, la doctrine a soutenu l'idée que la protection des parties pourrait être assurée par une action de substitution. Ainsi, l'opération ouvrirait l'opportunité pour les parties de s'évader du contrat en transmettant leurs droits et obligations à un tiers¹⁴⁷. Cette théorie présente l'avantage de respecter la liberté des contractants sans nuire à la stabilité du contrat. En revanche il paraît peu envisageable qu'elle soit applicable à l'occasion d'un contrat *intuitu personæ*. En effet, ce type de contrat est directement lié à la personnalité des

145Cons. Const. 9 nov. 1999, n° 99-419, *RTD civ.* 2000. 109, obs. MESTRE.

146Civ. 1ere, 5 fév. 1985, *Bull. Civ.*, I, n° 54, p. 52.

147Cette hypothèse a notamment été développée par J. AZEMA (La durée des contrats successifs, préf. R. Nelson, LGDJ, 1969, p. 149).

contractants : si je m'engage avec une personne dans un contrat, il n'est pas évident que j'accepte de poursuivre le contrat avec un autre contractant, peu important que les conditions soient identiques. Face à cette difficulté les auteurs ont imaginé la licéité de la cession conventionnelle à la condition de l'accord du co-contractant.

48. Régime juridique de la résiliation unilatérale. La résiliation unilatérale d'un contrat à durée indéterminée de droit commun est un droit discrétionnaire. La loi et la jurisprudence n'imposent pas la motivation comme une garantie de sa légitimité ; comme le contractant n'a pas besoin de justifier la conclusion du contrat, il n'a pas à donner la raison de son envie de rompre¹⁴⁸. Ainsi, une rupture qui n'a pas à être justifiée peut-elle être abusive ? Le caractère abusif de la rupture est reconnu lorsque celle-ci intervient sans respect du délai-congé. Elle est alors appelée la « brusque rupture » ou en raison des circonstances de la rupture¹⁴⁹.

Afin de limiter le caractère brutal de la rupture un préavis doit être respecté. Ainsi la partie qui souhaite rompre le contrat à durée indéterminée devra prévenir l'autre partie un certain temps à l'avance. Doit-on considérer qu'il s'agit d'un principe général ? Un arrêt de la Cour de cassation semble confirmer cette hypothèse¹⁵⁰. En l'espèce, un kinésithérapeute exerçait son activité libérale, sans contrat écrit, au sein d'une association ; il a assigné cette dernière pour le préjudice occasionné par la « brusque réduction d'activité » conséquence de l'appel d'un autre kinésithérapeute. La Cour d'appel décide que le destinataire de la rupture « ne rapportait nullement la preuve d'un usage relatif à un préavis lequel ne saurait en tout état de cause trouver à s'appliquer en l'absence de convention ». Cette solution est une illustration de l'idée selon laquelle le respect du délai du préavis résulte soit d'un usage, soit d'un texte spécial. La Cour de cassation casse, sous le visa de l'article 1147 du code civil¹⁵¹, l'arrêt rendu par la Cour d'appel aux motifs que « si l'association

148Com. 4 avr. 1994, *RTD civ.* 1994, p. 603, obs. MESTRE (J.) – Civ. 1re, 11 juin 1996, *Bull. civ.* 1996, I, n° 246. – Com., 21 avr. 2001, *RTD civ.* 2002, p. 99, obs. MESTRE (J.). BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Obligation de motivation et droit des contrats », RDC 2004, p. 555.

149Civ. 1Re, 5 févr. 1985, *Bull. Civ.* I, n° 54 – Civ. 1re, 21 fév. 2006, n° 02-21.240, *Bull. Civ.* I, n° 82 ; RDC 2006. 704, obs. MAZEAUD (D.). Selon la Cour de cassation, « si la partie qui met fin à un contrat de durée indéterminée dans le respect des modalités prévues n'a pas à justifier d'un quelconque motif, le juge peut néanmoins, à partir de l'examen des circonstances établies, retenir la faute faisant dégénérer celle-ci en abus l'exercice du droit de rompre ».

150Civ. 1Re, 16 mai 2006, n° 03-10.328.

151Art. 1231-1 nouv. Num. C. civ.

TITRE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE EMPRUNTE AU DROIT DES CONTRATS

avait le droit de modifier ou rompre unilatéralement les relations contractuelles, c'était à la condition qu'elle respecte un délai de préavis raisonnable »¹⁵². Certains auteurs justifient le respect d'un préavis par l'obligation de bonne foi¹⁵³. Toutefois la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que l'existence d'une faute grave du distributeur, libère le fournisseur de l'obligation de respecter un délai de préavis suffisant¹⁵⁴. Si le juge doit obligatoirement contrôler le respect du préavis, le préavis doit présenter une « durée raisonnable »¹⁵⁵. La violation du préavis n'entache pas la rupture de nullité, en revanche son auteur devra réparer le préjudice causé. Dans ce cas les dommages et intérêts alloués doivent compenser le préjudice causé par la difficulté de reconversion en raison de la brutalité de la rupture. A l'instar du droit du travail, le droit de la distribution a développé une réglementation spécifique pour protéger les parties d'une rupture brutale en particulier lorsqu'il existe un lien de dépendance professionnelle entre elles.

Egalement, la rupture ne doit pas être abusive. Cette question fait débat, certains auteurs considèrent que la théorie de l'abus de droit n'a pas vocation à s'appliquer aux droits discrétionnaires¹⁵⁶ ; selon eux les droits discrétionnaires justifient l'exclusion totale du juge. Toutefois, ce n'est pas la position de la Cour de cassation¹⁵⁷ qui n'hésite pas à sanctionner l'abus de droit lorsque les circonstances de la rupture le justifient. Le terme « discrétionnaire » est inadapté dans la mesure où le pouvoir de rompre est limité au contrôle d'une autorité supérieure. D'ailleurs, cette solution jurisprudentielle a été

152« Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part ».

153STOFFEL-MUNCK, *L'abus de droit dans le contrat*, Préf. R. BOUT, Bibliothèque de droit privé, Tome 337, LGDJ, 2000 ; SONNET (A.), *Le préavis en droit privé*, Thèse, Versailles, 2002, p. 188 ; MAZEAUD, (D.), « Durée et expiration du contrat », *RDC* 2004, p. 150.

154Com. 14 avril 1992, *contrats, conc. Consom.* 1992, n° 8-9, p.4.

155Com. 8 avril 1986, n° 84-12943, *Bull. Civ.* IV, n° 58 – Com. 19 juin 2001, n° 99-12.635. L'article 1736 du Code civil visant le bail à durée indéterminée prévoit que « l'une des parties ne pourra donner congé à l'autre qu'en observant les délais fixés par l'usage des lieux ». Parfois la durée est encadrée par la loi (art. L 442-6 al.5 C. Com). Enfin il est possible pour les parties de prévoir la durée du délai-congé dès la conclusion de la convention.

156BENAVENT A.), *Le discrétionnaire*, in Mélanges MALINVAUD (Ph.), Litec, 2007, p. 11; ROUAST (A.), Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés, *RTD civ.* 1944, p.1 et s.

157Civ. 3Eme. 2 fév. 2005, *Bull. Civ.* n° 23 : l'exercice d'un droit discrétionnaire peut être « limité par un éventuel abus ».

PARTIE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, OUTIL DE SORTIE DE L'EMPLOI

consacrée dans le nouvel article 1211 du code civil. La Cour de cassation n'a pas déterminé des critères précis, préférant apprécier au cas par cas. Ainsi elle a jugé que « *l'abus dans la résiliation d'une convention ne résulte pas exclusivement dans la volonté de nuire de celui qui résilie* »¹⁵⁸. Cet arrêt rompt avec la conception individualiste défendue par Saleilles selon qui l'abus de droit se caractérise comme « un acte dont l'effet ne peut être que de nuire à autrui, sans intérêt appréciable et légitime pour celui qui l'accomplit »¹⁵⁹. Pour Mazeaud, l'abus doit résulter d'une faute¹⁶⁰. La Cour de cassation n'a jamais consacré l'une de ces deux conceptions.

Après l'examen de différentes décisions, plusieurs critères peuvent être dégagés. Un critère commun apparaît néanmoins, un lien entre l'abus et la bonne foi définit à l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil¹⁶¹. Ainsi, la Cour de cassation a jugé que « *dans les contrats à exécution successive dans lesquels aucun terme n'a été stipulé, la résiliation unilatérale est, sauf abus sanctionné par l'article 1134 alinéa 3 du Code civil, offerte aux parties* »¹⁶². Qu'entend on par « bonne foi » ? La Haute autorité répond que la rupture est abusive lorsqu'elle est accompagnée de « manœuvres dolosives »¹⁶³. Cependant, la prise en compte du critère de bonne foi conduit parfois à des solutions contradictoires en ce qui concerne l'obligation de motivation de la rupture.

II - Du droit de la résiliation unilatérale au droit du licenciement

49. La conception initiale du principe de libre rupture du contrat de louage. La résiliation unilatérale du contrat trouve son origine dans le principe de la prohibition des engagements perpétuels. Ce principe reconnaît à chacun la liberté de rompre le contrat conclu à durée indéterminée à tout moment de la relation, et ce, par une simple

158Com. 3 juin 1997, *D.* 1998. 113, obs. D. Mazeaud.

159SALEILLES (R.), *Rapport présenté à la première sous-commission de la commission de révision du Code civil, op. cit.*, p.322.

160MAZEAUD (J.), CHABAS (L.), *Leçons de droit civil*, tome 2, 1er vol.

161Art. 1104 C. civ. (nouv. Num.).

162Civ.1Ere, 3 fév. 1985, *RTD civ.* 1986, p. 105 ; Com. 31 mai 1994, *Bull. Civ.*, IV, n° 194.

163Civ. 1ere, 21 fév. 2006, n° 292.

TITRE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE EMPRUNTE AU DROIT DES CONTRATS

manifestation de volonté¹⁶⁴. Si le contrat de louage accorde une large liberté aux contractants, liberté qui ne peut pas faire l'objet d'une renonciation, il n'admet en revanche pas la relation inégalitaire entre eux. La rupture du contrat de louage relève exclusivement du droit civil, plus particulièrement du principe de la liberté contractuelle. La liberté de rompre devait-elle être analysée comme un droit ? Pour Barthélémy¹⁶⁵ la résiliation unilatérale n'était, à cette époque, pas encore un droit dans la mesure où les dispositions de l'article 1780 interdisaient certes les engagements perpétuels mais n'autorisaient pas pour autant la résiliation « *immédiate et sans indemnités* » du contrat de louage. Selon lui, avant 1890, les juges des juridictions de fond reconnaissaient deux cas d'indemnisation du salarié : la brusque rupture et l'absence de « *motifs sérieux* »¹⁶⁶. Au demeurant, un arrêt de la chambre civile en date de 1859 avait admis le dédommagement d'un salarié congédié brusquement. La Cour de cassation a ensuite opéré un revirement par un arrêt du 5 février 1872¹⁶⁷ en jugeant que l'absence de motifs légitimes ne justifie pas par elle-même le versement de dommages et intérêts au salarié, l'employeur doit avoir commis une faute. Pour la Cour de cassation, « *nul n'est en faute et passible de dommages et intérêts, s'il n'a fait qu'user de son droit* ». Cette jurisprudence marque les prémices de la notion d'abus de droit, confirmée par la loi du 27 décembre 1890.

50. Reconnaissance de la résiliation abusive. La réforme législative du 27 décembre 1890¹⁶⁸ a consacré le droit de résiliation unilatérale en mentionnant que la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages et intérêts. Cet ajout reconnaissait de manière implicite la notion d'abus de droit mais le législateur ne précisait pas dans sa rédaction dans quels cas et pour quelles causes étaient dus les dommages et intérêts, suscitant flou et controverses autour de la notion. Plusieurs interprétations étaient alors envisagées. Certains auteurs pensaient dès lors que la partie à

164Au plus, la Cour de cassation a exigé que le contractant à l'initiative de la rupture observe « *des délais de congés commandés par l'usage* » (Civ., 5 fév.1872, D. 1873, I. p. 63).

165BARTHELEMY (E.), *De la résiliation de louage de services*, Paris, 1896, p. 18.

166Paris 12 fév. 1858, DP. 1858. 2. 215 ; Rouen 9 fév. 1859, DP 1861. 2. 52.

167Civ. 5 fév.1872, D. 1873, I. p. 63.

168Cette loi a pour origine une pétition des employés de chemin de fer qui demandaient le remboursement, au cas de congédiement sans juste motif, des retenues faites sur leur salaire et versées à la caisse des retraites. La chambre des députés avait voté un texte dans ce sens tandis que le Sénat préférait réglementer le contrat de louage de services. Son opinion prévalut et un texte de portée générale fut adoptée.

PARTIE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, OUTIL DE SORTIE DE L'EMPLOI

l'initiative de la rupture devait justifier sa décision par l'existence d'un motif légitime, sous peine d'une sanction financière. En faveur de cette position, ils s'appuyaient sur la déclaration faite par certains orateurs lors de la discussion de la loi¹⁶⁹. D'autres soutenaient que le législateur souhaitait confirmer la jurisprudence antérieure qui imposait au demandeur de prouver une faute. C'est cette seconde hypothèse qui a été admise par la jurisprudence ainsi que par la majorité des auteurs. La Cour de cassation a en effet jugé que chaque partie peut librement résilier le contrat de louage à la condition de ne pas faire un usage abusif de ce droit¹⁷⁰. La loi du 19 juillet 1928 est venue compléter le dispositif de protection du salarié en apportant deux innovations essentielles, à savoir la nécessité d'un délai congé ainsi que l'obligation de mentionner le motif allégué.

51. La consécration de la résiliation abusive. Cette nouvelle réforme législative est venue compléter l'article 23 du code du travail livre I par la disposition suivante : « *les dommages et intérêts qui peuvent être accordés pour inobservation du délai ne se confondent pas avec ceux auxquels peut donner lieu, d'autre part, la résiliation abusive du contrat par la volonté d'une des parties contractantes ; le tribunal, pour apprécier s'il y a abus, pourra faire une enquête sur les circonstances de la rupture. Le jugement devra, en tout cas, mentionner expressément le motif allégué par la partie qui aura rompu le contrat* ». La loi consacrait ainsi les évolutions jurisprudentielles en indiquant que des dommages et intérêts sont dus soit en cas d'inobservation du délai congé, soit en cas de résiliation abusive.

En premier lieu, la nécessité d'un délai congé lorsqu'une partie souhaite reprendre sa liberté. Ce délai s'analysait tel un délai de préavis. Jusqu'alors c'était l'usage qui, dans un certain nombre de métiers, introduisait un délai congé pour remédier à l'inconvénient que présentait la brusque rupture du contrat pour les parties. Sous le régime de la loi du 19 juillet 1928, l'existence et la durée du délai congé sont fixées en conformité des usages pratiqués dans la localité et la profession ou à défaut de ces usages, par des conventions collectives qui peuvent au demeurant déroger aux délais fixés par des usages¹⁷¹. En second

169Notamment, la déclaration de monsieur Raymond Poincaré, rapporteur de la loi au Sénat : « *c'est une innovation considérable. Car dorénavant, dans la matière de louage d'ouvrage et d'industrie, le pouvoir de chacune des parties de rompre le contrat est subordonné à l'existence de motifs légitimes* ».

170Civ. 20 mars 1895, D. 1895, I. p. 249.

171Art. 23 c. trav. L. I, al. 2 ajouté à l'ancien article 23 par la loi du 19 juillet 1928.

TITRE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE EMPRUNTE AU DROIT DES CONTRATS

lieu, la nécessité pour l'auteur de la rupture de mentionner le motif allégué. De nombreux auteurs ont alors affirmé que l'employeur ne pouvait plus rompre le contrat de travail sans justifier sa décision par l'existence d'un motif légitime. La Cour de cassation a rejeté cette interprétation ; l'employeur avait l'obligation de mentionner expressément le motif allégué, néanmoins, il n'avait pas à en établir l'existence¹⁷². Ainsi la partie à l'origine de la rupture n'était pas tenue d'établir la légitimité du motif invoqué. Néanmoins, si l'employeur avait le droit de rompre sans rapporter la preuve de l'existence d'un motif légitime, il ne devait pas abuser de son droit. La Cour de cassation a jugé abusive la rupture s'accompagnant de propos incorrects, d'injures, voire de violences¹⁷³, celle motivée par des raisons politiques¹⁷⁴ ou syndicales¹⁷⁵, ou encore lorsque qu'elle faisait suite au refus du salarié de quitter sa femme¹⁷⁶.

Attachée à sa tradition civiliste, la Cour de cassation maintenait le principe selon lequel la preuve de la faute doit être rapportée par le salarié. Avant la loi du 13 juillet 1973, le salarié pouvait ainsi obtenir des dommages et intérêts dès lors qu'il apportait la preuve d'un abus de l'employeur ou en raison d'une brusque rupture ou d'une faute. La protection du salarié en matière de rupture se limitait ainsi aux dispositions de droit commun.

52. De la rupture pour faute au licenciement causé. La réforme législative du 13 juillet 1973¹⁷⁷ a institué un contrôle du juge sur le caractère réel et sérieux du licenciement qui se différencie de celui opéré sur la faute commise par l'employeur en usant abusivement de son droit de résiliation unilatérale. Le droit de licencier devient alors un droit causé. Cette évolution était d'ores et déjà préconisée par des organisations mondiales et européennes du travail. Premièrement, l'organisation internationale du travail recommande le renforcement de la protection du salarié lors de la cessation du contrat de travail à l'initiative de l'employeur. En effet, la convention n° 158 de l'OIT, signée et

172Soc.18 mars 1930, *D.* 1930, p. 71, note A. Rouast.

173Soc. 18 juin 1959, *D.* p. 15.

174Soc. 26 janvier 1966, *Bull. Civ.* IV, p. 89.

175Soc. 22 mai 1964, *Bull. Civ.* IV, p. 341.

176Soc. 8 juillet 1960, *D.* 1960, somm. 95.

177BONNETETE (M.-C.), LYON CAEN (G.), « La réforme du droit du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973 », *Dr. Soc.* 1973. 493 ; PELISSIER (J.), « La réforme du licenciement », Sirey 1974.

PARTIE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, OUTIL DE SORTIE DE L'EMPLOI

ratifiée par la France¹⁷⁸, préconise à son article 4¹⁷⁹ que le licenciement doit être justifié par un motif valable. La Cour de cassation a par ailleurs doté cet instrument d'un effet direct en droit interne en l'utilisant pour condamner la non-application des dispositions impératives sur le licenciement au contrat nouvelles embauches¹⁸⁰. Secondement, le droit de l'union européenne est également un vecteur important de la protection du salarié lors de la rupture. Si la Charte Sociale Européenne de 1961 ne tient qu'une place mineure dans le processus d'élaboration du droit de la rupture, en revanche, le constat est différent concernant les propositions faites par la Commission des Communautés européennes. Dans son rapport publié le 3 mai 1972, la Commission propose une harmonisation des législations en matière de licenciement et suggère d'une part l'obligation de l'employeur d'informer le salarié par écrit des motifs de son licenciement, et d'autre part, de mettre à la charge de l'employeur la preuve du bien-fondé de la rupture.

§ 2. Le caractère exceptionnel de la révocation unilatérale pour les contrats à durée limitée

53. Qualification du contrat à durée déterminée. Si la résiliation unilatérale est un droit à l'occasion des contrats à durée indéterminée, dans le contrat à durée déterminée cette initiative est susceptible d'engager la responsabilité de son auteur lorsqu'elle intervient avant l'échéance du terme. Pour cette raison, certains contractants usent de stratagèmes afin de requalifier leur relation en contrat à durée indéterminée et ainsi bénéficier de la liberté de résiliation. Toutefois la Cour de cassation veille au respect de la nature des contrats des parties. Elle a logiquement décidé qu'est conclu pour une durée déterminée, le contrat dont le terme est fixé par un événement certain même si la date de sa réalisation est inconnue.

54. Principe de la rupture par *mutuus consensus*. En l'absence de clause pour se libérer d'un contrat à durée déterminée il est nécessaire soit d'obtenir l'accord du contractant, soit d'avoir recours au juge. Il s'agit de la vision classique, qui découle

178Signée le 22 juin 1982 et ratifiée le 16 mars 1989.

179Cet article dispose : «Un travailleur ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service».

180Soc. 29 mars 2006, n° 04-46.499, *Bull. civ.* V, n° 131 ; *D.* 2006. 2228, obs. E. Chevrier ; *Dr. soc.* 2006. 494, note PRETOT (X.) ; *RDT* 2006. 273, obs. LOKIEC (P.) ; *JCP S* 2006, n° 21, p. 30, obs. VATINET (R.).

TITRE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE EMPRUNTE AU DROIT DES CONTRATS

directement de la force obligatoire des conventions. L'irrévocabilité est « *l'essence même du contrat* »¹⁸¹. En droit du travail le législateur envisage la rupture d'un commun accord des parties lors d'un CDD¹⁸² ou d'un contrat d'apprentissage¹⁸³.

Néanmoins, il existe de nombreuses atteintes portées à la force obligatoire des conventions, qu'elles soient orchestrées par le législateur (I) ou le juge (II).

I - La résiliation unilatérale autorisée par le législateur en raison du comportement fautif du contractant

55. Admission de l'exception d'inexécution. L'exception d'inexécution se définit comme le « *droit pour chaque partie de refuser de s'exécuter si son contractant n'offre pas lui-même la prestation due* »¹⁸⁴. Elle ne permet pas de rompre le contrat, mais offre la possibilité de le suspendre. Ainsi l'exception d'inexécution présente un caractère temporaire, les parties doivent pouvoir à tout moment retrouver la situation initiale¹⁸⁵. Elle fait l'objet de quelques textes spécifiques, notamment à l'occasion d'un contrat de vente, en vertu de l'article 1612 du code civil qui prévoit que le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose, si l'acheteur n'en paye pas le prix ; également l'article 1653 du code civil prévoit que l'acheteur qui craint d'être menacé d'éviction, peut retenir le paiement jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble. Toutefois il est reconnu unanimement par la jurisprudence et appliqué sans recours à un texte spécifique¹⁸⁶, dans la mesure où les parties sont inter-dépendantes dans leurs obligations.

56. Conditions de l'exception d'inexécution. L'obligation réciproque exigible est une condition nécessaire, bien que le principe ne soit pas absolu ; en effet, parfois le seul risque d'inexécution suffit. Également, le contractant doit agir de bonne foi. Ainsi, un contractant qui a lui-même rendu impossible la réalisation de la prestation, ne peut invoquer

181 FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil – Les obligations*, vol. 1, L'acte juridique, Armand Colin, 9e éd. 2000.

182 Art. L.1243-1 C. Trav.

183 Art. L. 6222-18 C. Trav.

184 Encycl. Dalloz, V° contrats et conventions par L. BOYER.

185 Com.15 janv. 1973, *Bull. Civ.* IV, n° 24.

186 Soc. 20 nov. 2013, n° 12-20. 074 (application en matière de clause de non concurrence).

l'exception d'inexécution au nom du principe « *nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude* ». La jurisprudence a également retenu la mauvaise foi du contractant lorsqu'il a agi de façon disproportionnée au regard du manquement reproché¹⁸⁷.

57. Effets de l'exception d'inexécution. L'exception d'inexécution est une mesure provisoire prise par une partie qui se dit victime de la défaillance de son contractant ; cette dernière devra ensuite convaincre le juge, qui apprécie souverainement, de l'importance du manquement incriminé¹⁸⁸. En effet la résolution n'opère pas de plein droit, elle doit être validée par le juge. Si le juge autorise l'exception d'inexécution, il précise que la décision est prise par le contractant « *à ses risques et périls* »¹⁸⁹. Ainsi le contractant prend le risque d'une décision judiciaire a posteriori défavorable. Il convient cependant de se demander quels sont les effets de l'exception d'inexécution lorsqu'elle n'est pas suivie d'une action en justice. En effet, le contrat est provisoirement suspendu, mais pendant toute cette durée le contrat n'est pas exécuté, il est comme rompu. Dans cette hypothèse le mécanisme a aussi fonction, de fait, d'extinction de la relation contractuelle. Ainsi pour le Professeur Vatinet, l'exception conduit dans ce cas à une rupture par *mutuus consensus*¹⁹⁰. Madame Roche-Dahan ajoute que parfois « *elle apparaît même confondue (avec la résolution amiable), notamment dans les contrats à exécution instantanée* ». Ainsi selon la doctrine l'exception d'inexécution serait en pratique une forme de résolution anticipée du contrat.

II - Résiliation unilatérale autorisée par le juge

58. Distinction résolution et résiliation. La résiliation comme la résolution mettent un terme aux relations contractuelles. Egalement, les deux modes de rupture peuvent avoir un caractère judiciaire. La différence tient à leurs effets. La résiliation n'a pas d'effet rétroactif, c'est-à-dire qu'elle agit uniquement pour l'avenir. Elle est régulièrement utilisée dans les contrats à exécution successive. En revanche, la résolution produit des effets pour l'avenir et dans le passé ; ainsi, l'effet rétroactif oblige les parties à restituer les prestations obtenues depuis la conclusion du contrat. La résiliation n'est pas visée par un texte précis du Code

187Civ.1ere, 18 juillet 1995, *RTD civ.* 1996, p. 395, obs.MESTRE (J.).

188Com. 29 janv. 2013, n° 11-28. 979.

189Civ. 1re. 20 fév. 2001, *Bull. Civ. I*, n° 40 ; ATIAS (C.), « Les risques et périls de l'exception d'inexécution », D. 2003, 1103.

190VATINET (R.), « Le mutuus dissensus », *RTD civ.*, 1987, p. 252.

TITRE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE EMPRUNTE AU DROIT DES CONTRATS

civil, il s'agit une création doctrinale ; à l'inverse de la résolution judiciaire est prévue par les articles 1224 à 1230 du code civil. Cela explique peut être la raison du flou qui règne dans les décisions des juges qui qualifient la rupture unilatérale tantôt de résiliation, tantôt de résolution, parfois même de rupture unilatérale. Les parties peuvent, en cas de défaillance de l'une d'elles dans l'exécution de ses obligations, demander au juge de prononcer la résolution du contrat Il s'agit ici de la résolution judiciaire du contrat qui est à distinguer de la résolution unilatérale. En effet, la résolution unilatérale est un « *synonyme* » de la résiliation et désigne l'opportunité des parties de rompre le contrat unilatéralement, en raison de l'inexécution des obligations contractuelles, sans avoir recours au juge.

Si le législateur ouvre le droit de résolution judiciaire des contrats à durée déterminée, la résolution unilatérale est interdite (A). Toutefois le juge a ouvert une brèche en admettant la résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée en raison du comportement fautif du contractant (B).

A - Refus du principe de résolution unilatérale du contrat à durée déterminée

59. Refus du principe de résolution unilatérale du contrat. Aux termes des dispositions de l'article 1224 du code civil, le juge peut rompre le contrat à la demande de l'une des parties en cas de « *d'inexécution suffisamment grave* » commis par l'autre contractant. Ce principe est le prolongement de l'article 1103 du code civil. La question s'est alors posée de savoir si les parties pouvaient rompre le contrat au même motif, sans avoir recours préalablement au juge. Le terme associé au contrat à durée déterminée assure une plus grande sécurité juridique aux contractants, en raison d'une part de la connaissance de la durée de vie prévue au contrat, et d'autre part, de la force obligatoire de la convention. Ainsi, la stabilité du contrat justifie l'interdiction de rompre le contrat unilatéralement¹⁹¹. En l'absence d'accord de volontés, seul le juge dispose du pouvoir de mettre fin à la relation contractuelle en raison de la défaillance de son contractant¹⁹².

Admettre la résolution par l'une des parties serait prendre le risque qu'une partie invoque la défaillance de l'autre pour se désengager facilement d'un contrat devenu moins

191AMRANI MEKKI (S.), *La résiliation des contrats à durée déterminée*, contrats et conventions, Defrénois, 30 mars 2003, n° 6, p. 369.

192L'article 1224 du code civil réserve au juge le pouvoir de prononcé la résolution du contrat.

PARTIE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, OUTIL DE SORTIE DE L'EMPLOI

intéressant : « *Pour sortir du contrat il faut y être autorisé par une autorité externe qui, de par sa position de tiers impartial, est certainement mieux à même de juger d'un retrait* »¹⁹³. Néanmoins, une partie de la doctrine soulève l'intérêt de la rupture unilatérale dans la vie des affaires ; en effet, elle permettrait aux parties de s'adapter rapidement aux impératifs de la vie économique. Ainsi, la lenteur de la justice est inadaptée à la vie des affaires, et l'attente d'une intervention du juge pourrait sembler interminable à un créancier pour qui « *le temps, c'est de l'argent* » ! Si l'intérêt de la résolution est évident pour les engagements à durée déterminée, on doute cependant de son efficacité pour les contrats à durée indéterminée. Cette interdiction est une exception française puisque le principe de résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée est largement admise dans les autres droits¹⁹⁴.

B - Résiliation unilatérale en raison du comportement grave du contractant

60. Parler de séisme pour aborder l'arrêt rendu le 13 octobre 1998¹⁹⁵ par la Cour de cassation est un euphémisme, si on en juge au nombre des commentaires qu'il a suscité. La Cour de cassation autorise la rupture unilatérale du contrat à durée déterminée, faisant fi de la force obligatoire des conventions, en raison du comportement défaillant du contractant. Si la solution avait déjà été admise par le juge, elle est toutefois nouvelle en matière de contrats à durée déterminée. Pour certains commentateurs « *il s'agit alors, en effet, non plus de valider discrètement des ruptures unilatérales intervenues dans des circonstances exceptionnelles, mais de consacrer une large exception, voire même un principe concurrent à la résolution judiciaire de l'article 1184 du Code civil* »¹⁹⁶. Un médecin

193JAMIN (C.), « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 71

194Droit allemand art. 349 BGB, droit néerlandais art. 267 c. civ. ; législation québécoise (art. 1605 C. civ) ; ce principe est également consacré dans la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (art. 49), Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international (art. 7. 3. 1) ou encore les « principes de droit européen », dégagés par la Commission Lando (art. 4. 303).

195Civ. 1re, 13 oct. 1998, *Bull. civ. I*, n° 300 ; *D.* 1999.197, note Ch. Jamin ; *D.* 1999. Somm.115, obs. DELEBECQUE (Ph.) ; Defrénois, 1999. 374, note MAZEAUD (D.) – Civ. 1re, 14 janv. 2003, *Contrats, conc. Consom.* 2003. comm. 87 ; *RDA* 2003, n° 1, p. 149, note LEQUETTE (Y.) – Civ. 1re, 20 févr. 2001, *Bull. civ. I*, n° 40 ; *D.* 2001. 1568, note JAMIN (CH.) – Civ. 1re, 28 oct. 2003, *RDC* 04/04 273, obs. AYNES (L), p. 277 ; *JCP* 2004. II. 10108, LACHIEZE (C.). JAMIN (Ch.), « L'émergence contestée d'un principe de résiliation unilatérale du contrat », *JCP* 2002. II. 10113 ; AMRANI-MEKKI (S.), « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *Petites affiches* 12 août 2002, p. 8.

196CAPITANT (H.), TERRE (F.), LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile – Obligations, contrats spéciaux, suretés*, 12e éditions, Paris, Dalloz, 2008, n° 180.

TITRE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE EMPRUNTE AU DROIT DES CONTRATS

anesthésiste avait conclu un contrat avec une clinique par lequel il s'engageait à ne pratiquer les actes qu'à l'intérieur des locaux de celle-ci. Ne respectant pas ses obligations le contrat a été résilié. Le médecin faisait grief à l'arrêt de la Cour d'appel d'avoir validé la résiliation de son contrat aux motifs que « *l'article 1184 du code civil précise que le contrat n'est point résolu de plein droit et que la résolution doit être demandée en justice, et qu'en déclarant justifiée par application de cet article, la décision de la clinique de rompre sans décision judiciaire préalable, le contrat à durée déterminée, la cour d'appel a violé ce texte* » ; Mais la Cour de cassation n'a pas retenu le caractère judiciaire de la résolution et a confirmé la décision des juges du fond aux motifs que « *les violations graves et renouvelées des obligations contractuelles permettaient à la clinique de résilier le contrat* ». L'apport de cet arrêt en la matière est considérable puisqu'en dépit du principe d'irrévocabilité des conventions, l'une des parties pourra rompre unilatéralement pour faute grave.

Contrairement au contrat à durée indéterminée il ne s'agit pas d'un droit discrétionnaire, dans la mesure où ce droit est conditionné à la défaillance du cocontractant. Cette décision, confirmée régulièrement, consacre la déjudiciarisation de la résolution unilatérale. Ainsi, la partie victime de la défaillance de son contractant n'aura plus à attendre l'intervention du juge pour se délier et conclure à nouveau avec un tiers. Toutefois, le juge opère un contrôle a posteriori. Si le juge estime la résiliation unilatérale injustifiée par un manquement suffisamment grave, la responsabilité de l'auteur pourra être engagée. L'intervention du juge n'est toutefois plus automatique.

La question de la sanction se pose alors : le juge doit-il maintenir le contrat ou allouer des dommages et intérêts ? Concernant la survie du contrat, cette sanction dépend du temps écoulé entre la rupture unilatérale et l'intervention du juge. Si le délai est important, il est peu probable que le contrat ait encore un intérêt. De plus, après une action en justice, la relation entre les contractants n'est peut-être plus aussi satisfaisante. Il s'agit ici du « *privilège du préalable* ». En effet le contrôle du juge a posteriori est une illusion puisque, dans la mesure où une action en justice est engagée, il n'est pas certain que le contrat se poursuive. Selon Madame Amrani-Mekki, le jugement « *n'est plus alors constitutif mais déclaratif* »¹⁹⁷. Ainsi la résiliation unilatérale est définitivement consacrée

¹⁹⁷AMRANI-MEKKI, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *Contrats et conv. Defrénois*, 30 mars 2003, n° 6, p. 369.

PARTIE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, OUTIL DE SORTIE DE L'EMPLOI

par les juges. Face à l'absence de sanction effective la crainte est que peu à peu les résiliations unilatérales se multiplient, devenant la règle en matière de rupture. Dans le combat virtuel qui oppose la stabilité juridique au principe de la libre concurrence, il semblerait que le second soit en passe de triompher.

CHAPITRE 2 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE INHABITUEL DE RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL ¹⁹⁸.

61. Droit de la rupture et inégalité des parties. A l'origine, le droit de la rupture du contrat de travail s'est inscrit dans une conception libérale, fondée sur les principes de liberté et d'égalité des parties, antinomique avec l'essence même du droit du travail. En considérant le déséquilibre économique qui existe entre l'employeur et le salarié, le droit du licenciement a marqué le premier pas de l'autonomie du droit du travail à l'égard des principes civilistes. Toutefois, bien que le licenciement revêt un caractère impératif interdisant au salarié de renoncer à ses droits par avance, persistent des moyens civilistes¹⁹⁹. La Cour de cassation joue un rôle de censeur en limitant les voies alternatives au droit du licenciement destiné à estomper les effets négatifs liés au déséquilibre de la relation salariale. Aussi, si la résiliation judiciaire a un temps été utilisée aussi bien par le salarié que par l'employeur, la Haute autorité a rapidement interdit le recours à cette dernière²⁰⁰. La suspicion de la juridiction suprême à l'égard du droit commun n'est cependant pas générale puisque le principe d'égalité entre le salarié et l'employeur, en ce qui concerne la rupture du contrat de travail et ses conséquences, perdure au-delà de la loi de 1973 avec l'utilisation de deux moyens issus du droit commun : la rupture d'un commun accord et la transaction.

62. Notions juridiques. Les termes de « rupture amiable », « résiliation amiable », « résiliation par mutus dissensus », « rupture d'un commun accord », « départ négocié » et

198 PESKINE (E.), WOLMARK (C.), *Droit du travail*, 10e éd. Dalloz, coll. Hypercours, 2016, n° 548 & s. ; DOCKES (E.), AUZERO (G.), *Droit du travail*, 30ième éd. Dalloz, coll. « Précis », 2016, n° 405 & s. ; PELISSIER (J.), « Les départs négociés », *Dr. Soc.* 1981, 228 ; « Le recours à la négociation individuelle, les accords de rupture des contrats de travail », *dr. Soc.* 1987, 479 ; RAYOUX (M.), « Résiliation conventionnelle du contrat de travail », *Dr. Soc.* 1987, 479 ; SAVATIER (J.), « La résiliation amiable du contrat de travail », *Dr. Soc.* 1985, 692 ; TAQUET (F.), « Vers un nouveau mode de rupture original du contrat de travail, la résiliation par commun accord des parties », *Gaz. Pal.* 1987, 1, doct. 265 ; TEYSSIE (B.), « A propos de la résiliation conventionnelle du contrat de travail », *JCP E* 1985, I, 14690.

199V. PRADES (O.), *La volonté du salarié dans la rupture du contrat de travail*, Thèse, Université Toulouse I Capitole, p. 385.

200 Pour les salariés protégés : Cass., ch. mixte, 21 juin 1974, *Bull. ch. mixte* n° 3 ; *Bull. crim.* N° 236 ; D. 1974. 593, concl. Touffait ; *GADT*, 4e éd., 2008, Dalloz, n° 145. LATOURNERIE, « L'interprétation des textes assurant la protection des représentants du personnel dans les entreprises », *D.* 1975. Chron. 103. ; SINAY, « Un tournant du droit du travail : les arrêts Perrier », *D.* 1974. Chron. 235. Pour les salariés ordinaires : Soc. 13 mars 2001, *Bull. Civ.* V, n° 89 ; *Grands arrêts*, 4eme éd. 2008, n° 89-91 ; *JCP* 2001. II. 10562, note J. Mouly ; *Dr. Soc.* 2001. 629, obs. RADE (Ch.).

PARTIE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, OUTIL DE SORTIE DE L'EMPLOI

« résiliation conventionnelle » désignent le même mode de rupture mais des problématiques différentes. Quelle que soit sa dénomination ce mode de rupture se substitue aux modèles unilatéraux habituels que sont le licenciement et la démission : « *en rompant leur contrat par consentement mutuel, les parties manifestent leur volonté commune de renoncer aux dispositions du code du travail pour retrouver la liberté qu'offre l'article 1134 du code civil* »²⁰¹. Les dispositions de l'article 1193 du Code Civil permettent aux parties de mettre fin à leur convention par consentement mutuel²⁰². La rupture amiable doit être distinguée de la transaction régie par l'article 2044 du code civil. Issues toutes les deux du droit des obligations, elles se distinguent par leur objet : la rupture d'un commun accord est un mode autonome de rupture utilisée pour mettre un terme au contrat de travail, tandis que la transaction a pour finalité de terminer une contestation née ou prévenir une contestation à naître. Toutefois, si la distinction est parfaitement intelligible d'un point de vue théorique²⁰³, elle se révèle délicate dans la pratique.

Avant la loi du 25 juin 2008 portant sur la modernisation du marché du travail, excepté quelques cas particuliers, le code du travail n'envisageait pas la rupture du contrat de travail d'un commun accord des parties. Les seules références à ce mode de rupture concernaient le CDD²⁰⁴ et le contrat d'apprentissage²⁰⁵. Sur le plan collectif, il était fait allusion à la rupture d'un commun accord aux articles L.1233-80, à propos du congé de mobilité²⁰⁶ et L.1233-67 sur la convention de reclassement personnalisé²⁰⁷. En revanche, les dispositions de l'article L.1231-1 relatif à la résiliation du contrat à durée indéterminée ne visaient que la résiliation « *à l'initiative d'une des parties contractantes* ». Bien prévue à

201VACARIE (I.), « La renonciation du salarié », *Dr. Soc.* 1990, p. 761.

202« *Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise* ». Modifié par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016 – art. 2.

203Soc. 29 mai 1996, n° 92.45.115, *Bull. Civ. V* n° 215 – Soc. 16 juill. 1997, n° 94-42. 293, *Dr. Soc.* 1997 p. 977, obs. COUTURIER (G.) ; *SSL* 1997, n° 851, p.13.

204Art. L. 1243-1 CT.

205Art. L. 6222-18 CT.

206« *L'acceptation par le salarié de la proposition de congé de mobilité emporte rupture du contrat de travail d'un commun accord des parties à l'issue du congé* ».

207Cette mesure était applicable dans les entreprises de moins de 1000 salariés à l'occasion d'un licenciement pour motif économique. Lorsque le salarié acceptait la convention, le contrat était réputé rompu d'un commun accord des parties. Ce dispositif a été remplacé par le contrat de sécurisation professionnelle (CSP), créé par la loi n° 2011-893 du 28 juillet 2011.

l'occasion d'un contrat à durée déterminée, la validité de la rupture d'un commun accord du contrat à durée indéterminée a suscité de nombreuses controverses.

63. Hostilité du droit du travail à l'égard de la voie consensuelle. Ces formes d'accords de rupture servent à écarter tout ce qui est conflictuel entre le salarié et l'employeur et de fait l'éventualité d'un procès, source d'incertitude liée au contrôle du juge. Pourtant, l'admission de l'accord de rupture amiable du contrat à durée indéterminée a suscité quelques réserves. Une partie de la doctrine remettait en doute l'objectif de flexibilité avancé par les praticiens et dénonçait l'utilisation frauduleuse du droit commun afin de contourner les dispositions d'ordre public sur le licenciement. Ils invoquaient l'indépendance du droit du travail vis à vis du droit civil en s'appuyant sur la spécificité de la relation professionnelle et la nécessité de protéger le salarié considéré comme la partie faible. Cette position faisait fi de la liberté des parties de choisir leur mode de rupture alors que toutes les situations de rupture ne revêtent pas un caractère conflictuel et que le contrat de travail peut aussi se rompre dans une intention commune. Comme le faisait remarquer le Professeur Couturier, en matière de rupture, « *il y a ceux qui croient à la rupture du contrat de travail d'un commun accord et ceux qui n'y croient pas* »²⁰⁸. Pour autant, si le droit du travail a longtemps durci les conditions de rupture du contrat de travail, la souplesse introduite par le droit civil, et plus particulièrement les techniques fondés sur l'entente des parties, a ouvert de nouvelles voies de réflexion.

64. Reconnaissance juridique de « l'égalité des parties » en droit du travail . Bien avant l'encadrement juridique de la rupture conventionnelle, la chambre sociale de la Cour de cassation a autorisé la rupture par *mutuus consensus*, principe d'application générale, tout en conservant un rôle primordial dans l'articulation de son application avec les dispositions d'ordre public. Toutefois, malgré la consécration jurisprudentielle, la rupture amiable ne s'applique aujourd'hui qu'aux exceptions du régime impératif de la rupture conventionnelle (**section 1**). Des difficultés que ne rencontre pas l'accord portant sur les conséquences de la rupture : la transaction. Si le juge veille également au non usage de ce moyen civiliste à des fins frauduleuses, cette vigilance n'empêche toutefois pas le recours fréquent à cet outil de négociation particulièrement apprécié tant pour son efficacité que pour sa « sécurité judiciaire » (**section 2**).

208COUTURIER (G.), « Les ruptures d'un commun accord », *Dr. Soc.*, n° 9/10 2008, p. 931.

Section 1 - La rupture amiable : un mode de rupture inadapté en droit du travail ?

65. Thèse défendue par Saguès. Saguès a développé la thèse selon laquelle la rupture unilatérale s'analyserait comme « *une rupture par volonté commune* ». Son raisonnement, exposé dans sa thèse, est fondé sur l'idée que les parties peuvent rompre unilatéralement le contrat de travail seulement parce que lors de la conclusion du contrat à durée indéterminée elles ont chacune consenti, « *expressément ou tacitement* » à laisser cette possibilité à l'autre. De cette analyse l'auteur déduit que ladite rupture est consensuelle²⁰⁹. Cette thèse n'a pas prospéré en droit du travail. Au contraire à côté de la rupture unilatérale, la rupture d'un commun accord a mis du temps à trouver sa place²¹⁰.

66. La résiliation unilatérale : voie royale de la rupture du contrat de travail. Comme nous l'avons vu dans les développements précédents la résiliation unilatérale s'illustre comme la voie royale de rupture du contrat à durée indéterminée. En effet il paraît peu naturel de rechercher le consentement du cocontractant à une rupture que l'on peut obtenir sans ! Le droit de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée s'est alors développé autour de deux solutions alternatives en fonction de son initiateur : la démission et le licenciement. Dans la grande majorité des cas la relation professionnelle prenait fin à l'initiative de l'employeur par un licenciement. Si dans la tradition civiliste le droit de résiliation unilatérale est un pouvoir qui découle de la liberté individuelle de l'employeur, la conception sociale du licenciement cherche avant tout à protéger l'emploi et le salarié. Dès lors la résiliation unilatérale conduite par l'employeur est encadrée par une procédure spécifique, nécessairement justifiée, et ouvre droit à une indemnisation financière pour le salarié. Elle apparaît toutefois comme un droit « aléatoire » en raison de sa définition de « *cause réelle et sérieuse* » imprécise²¹¹ qui ouvre la voie à de nombreuses interprétations

209SAGUES (M.), *La rupture unilatérale des contrats*, Thèse, Paris, 1937, 367 p.

210GEA (F.), *Rompre* (Réflexions sur la volonté du salarié de rompre son contrat), in « *La volonté du salarié* » sous la direction de Tatiana Sachs, D. 2012.

211La nouvelle loi travail modifie la définition légale du licenciement économique permettant ainsi de limiter les différences d'interprétations entre les juridictions. L'article 67 de la loi précise ainsi les critères (« une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires pendant plusieurs trimestres consécutifs en comparaison avec la même période de l'année précédente, (...) pertes d'exploitation pendant plusieurs mois, (...) importante dégradation de la trésorerie ») permettant de caractériser le motif économique de sorte qu'à l'avenir le contrôle du juge devrait être circonscrit à la vérification de ces conditions. (L. n° 2016-1088 du 8 août 2016

jurisprudentielles. Une des conséquences est la volonté des professionnels de s'extraire de ce schéma, potentiellement conflictuel, en utilisant les moyens civilistes.

67. Admission de la résiliation amiable en droit du travail. Face au silence du législateur, c'est la Cour de cassation qui a dû relever le défi d'adapter les règles civilistes aux impératifs de protection de la relation de travail. Elle a eu un rôle majeur au regard de son admission comme de son encadrement. A contre courant de la pensée traditionnelle travailliste la haute autorité s'est prononcée en faveur de la résiliation amiable pour motifs personnels dès 1978²¹² avant de l'étendre aux cas de rupture pour motifs économiques²¹³ (**paragraphe 1**). Elle a également été contrainte de déterminer les conditions du recours à ce mode de rupture en ajoutant des conditions spécifiques de validité à celles de droit commun (**paragraphe 2**).

§ 1. La reconnaissance de la rupture amiable des contrats à durée indéterminée

68. Le contrat de travail, un contrat soumis au droit commun. La rupture négociée du contrat de travail consiste en la volonté commune du salarié et de l'employeur à rompre la relation qui les lie. A contre courant de la conception sociale traditionnelle ce retour vers le droit contractuel réveille les craintes des tenants de l'indépendance du droit du travail à l'égard du droit civil. Or avant d'être un contrat spécifique le contrat de travail est un contrat soumis au Code civil²¹⁴. C'est ainsi que, en dépit des critiques visant la reconnaissance de ce mode de rupture, la jurisprudence a logiquement admis que l'employeur et le salarié puissent mettre fin au contrat d'un commun accord (**I**). Toutefois, méfiant, le juge social interdit ce recours pour les salariés bénéficiant d'une protection particulière (**II**).

relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels).

212Soc. 23 nov. 1978, *Richard c. Union des gaz liquides modernes*.

213Crim. 28 nov. 1984, *Bull. Crim.* V. n° 375.

214Art. L. 1221-1 C. trav.

I - Principe de validité de la rupture amiable

Selon le Professeur Savatier²¹⁵ les restrictions législatives apportées au droit de résiliation unilatérale de l'employeur ont incité celui-ci à négocier les ruptures. En regrettant la complexité du droit, l'auteur a loué les mérites d'un mode de rupture permettant au salarié d'obtenir « *un certificat de travail élogieux* » de nature à l'aider dans la recherche d'un nouvel emploi²¹⁶. Son enthousiasme n'était toutefois pas partagé par l'ensemble des commentateurs et la controverse autour de la validité de la rupture amiable a rouvert le débat sur l'autonomie du droit du travail vis à vis du droit des obligations²¹⁷.

69. Une licéité controversée. La question de la licéité a suscité un débat passionné au sein de la doctrine et nourri un important contentieux. Certains auteurs refusaient ce mode de rupture en soulignant le caractère d'ordre public des dispositions qui régissent le licenciement²¹⁸. A l'appui de cette thèse les partisans invoquaient des éléments textuels. L'argument principal désignait la résiliation amiable comme contraire aux dispositions de l'article L. 1231-4 du code du travail interdisant aux parties de renoncer par avance au droit de se prévaloir des dispositions légales applicables en matière de licenciement. Sur ce fondement ont été interdites les clauses de rupture insérées lors de la conclusion du contrat de travail²¹⁹. Toutefois la volonté de rompre du salarié à l'occasion de la rupture amiable est plus concrète que lorsqu'il accepte d'insérer une clause lors de la conclusion du contrat. Dans la première hypothèse, après quelque temps passé au sein de l'entreprise, il bénéficie d'information sur la marche de l'entreprise, l'ambiance générale, les modes de gestion, lui

215« *c'est en réaction devant cette complexité du droit que les employeurs ont été amenés à négocier la fin du contrat* » (SAVATIER (J.), « La résiliation amiable du contrat de travail », *Dr. Soc.* 1985 p. 692).

216SAVATIER (J.), « La résiliation amiable du contrat de travail », *Dr. Soc.* 1985 p. 692 ; Cf. POULET (L.), *Transaction et protection des parties*, Préface Y. Lequette, Bibli. dr. Privé, Tome 452, § 616.

217DESHORS (S.), *Le contrat de travail et l'article 1134 du code civil*, mémoire, Toulouse, 1992.

218Comme le souligne le professeur Péliissier : « si le principe du droit civil est celui de la liberté contractuelle, la législation de droit du travail est une législation d'ordre public » (PELISSIER (J.), « Le recours à la négociation individuelle : les accords de rupture des contrats de travail », *Dr. Soc.* 1987). V. RADE (Ch.), « La résolution du contrat de travail sur la sellette », note sous Soc. 4 janvier 2000, *D.* 2002, II, p. 265 ; « L'autonomie du droit du licenciement (Brefs propos sur les accords de rupture amiable du contrat de travail et les transactions) », *Dr. Soc.* 2000, p. 178.

219Toutefois la Cour de cassation admet une exception à ce principe, lorsque celle-ci permet au salarié de rompre son contrat de travail, à la charge de l'employeur, en cas de changement de direction, dans ce cas la clause est licite (Soc. 10 avril 2013, n° 11-25841).

TITRE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE EMPRUNTE AU DROIT DES CONTRATS

permettant de prendre sa décision et renoncer à ses droits en toute connaissance de cause. La seconde hypothèse n'offre pas les mêmes garanties. A la lecture de cet article il ne faisait nul doute que dans l'esprit du législateur, toute rupture ne respectant pas les règles impératives était prohibée²²⁰. De manière radicale devait-on considérer comme Pierre Lyon Caen²²¹ que tous les accords de rupture devaient respecter « *le régime juridique protecteur du licenciement, et assurer au salarié les indemnités légales ou conventionnelles auxquelles il aurait eu droit* » ? Dès 1974²²² la chambre sociale de la Cour de cassation manifestait son souci d'empêcher le contournement des règles impératives attachées au statut protecteur des salariés protégés en interdisant à l'employeur et au salarié de rompre un contrat de travail par une autre voie que celle du licenciement. La procédure spéciale de licenciement est une « *protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun* » attachée au statut du salarié exposé, et destinée à éviter son éviction en raison de son engagement syndical. En suivant le même raisonnement, cette solution ne devait-elle pas aussi s'appliquer pour les salariés ordinaires ? Selon Pierre Sargos²²³ cet article ne prohibe pas la résiliation amiable, mais au contraire serait une stricte application des dispositions de l'article 1193 du code civil selon lesquelles en l'absence de consentement mutuel la révocation de la convention ne peut être fondée que sur « *les causes que la loi autorise* ». L'interprétation proposée est discutable, en vertu de la règle *Specialia generalibus derogant* les dispositions spéciales du code du travail prévalent sur les dispositions générales du code civil. La résiliation unilatérale est la règle et non l'exception.

220 En ce sens, la professeur Radé écrivait : « il faut rappeler que le code du travail consacre spécifiquement une sous-section 1 à la résiliation du contrat à durée indéterminée dans laquelle n'apparaît jamais la résolution amiable comme mode de rupture, le législateur lui préférant, depuis 1804, la technique plus adaptée de la résiliation offerte à chaque partie » (RADE (C.), « La résolution amiable du contrat de travail sur la sellette », D. 2000, p. 265).

221 LYON CAEN (P.), « Fragilité des accords amiables de résiliation d'un contrat de travail », *Dr. Soc.* 1998, p. 29.

222 Soc. ch. mixte 21 juin 1974, *Perrier*, *Bull. Civ. ch. mixte* n° 3 et *Bull. Crim.* N° 236 ; *Grands arrêts*, 4ème éd. 2008, n° 151 ; *Dr. Soc.* 1974. 454 ; D. 1974. 593 ; *Dr. Ouvr.* 1974. 320 ; SINAY (H.), D. 1974, chron. 237 ; SAVATIER (J.), D. 1975. 219 ; LATOURNERIE, D. 1975, Chron. 103 : « *les dispositions législatives soumettant à l'assentiment préalable du comité d'entreprise ou à la décision conforme de l'inspecteur du travail le licenciement des salariés légalement investis de fonctions représentatives, ont institué, au profit de tels salariés et dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs qu'ils représentent, une protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun qui interdit par suite à l'employeur de poursuivre par d'autres moyens la résiliation du contrat de travail* ».

223 SARGOS (P.), « Transaction et rupture amiable : la jurisprudence de la Cour de cassation », *SSL sup.* 2 déc. 2002, n°1100.

PARTIE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, OUTIL DE SORTIE DE L'EMPLOI

De plus, c'est semble-t-il la voie choisie par la Cour de cassation à l'occasion d'une décision concernant une transaction : le salarié pourra renoncer à ses droits en concluant un accord mais uniquement après la rupture « intervenue et définitive »²²⁴. Cette jurisprudence, rendue sous le visa de l'article L. 122-14-7 du code du travail²²⁵, confirma la position de la chambre sociale de la Cour de cassation soucieuse que les salariés ne renoncent pas à leurs droits par avance. Egalement, les articles L. 122-5²²⁶ et L. 122-6²²⁷ du code du travail envisageaient successivement la démission et le licenciement comme causes de rupture du contrat, or la reconnaissance législative²²⁸ d'un seul droit de résiliation unilatérale rend impossible des ruptures par consentement mutuel qui ont pour objet de priver le salarié du libre exercice unilatéral de son droit²²⁹.

Enfin, et surtout, la relation subordonnée qui lie le salarié à l'employeur était le principal obstacle à l'admission de la licéité des accords de rupture. Se pose ici la question de la volonté du salarié dans un rapport hiérarchique²³⁰. La subordination juridique justifierait l'exclusion du principe de la négociation entre employeur et salarié du droit du travail²³¹. Pour autant, le contrat de travail n'est pas dépourvu d'espace de négociation entre le salarié et l'employeur. Lors de la modification du contrat de travail la volonté du salarié doit-elle aussi être remise en cause seulement parce qu'elle est accordée dans un rapport

224Soc. 29 mai 1996, *Purier*, *Bull. Civ. V*, n° 215 ; *Dr. Soc.* 1996. 689, note SAVATIER (J.) ; *D* 1997. 49, note CHAZAL (J.-P.) ; *RJS* 7/96, n°789 ; *Grands arrêts*, 4ième éd. 2008., n° 120 : « la transaction ayant pour effet de mettre fin au litige résultant d'un licenciement ne peut valablement être conclue qu'une fois la rupture intervenue et définitive ». Jusqu'alors la chambre sociale admettait la licéité de la transaction dès lors que le principe de la rupture était acquis (Soc. 17 nov. 1982, n° 80-41488, *Bull. Civ. V*, n° 627).

225Art. L.1231-4 C. trav.

226Art. L. 1237-1 C. trav.

227Art. L. 1234-1 C. trav.

228Art. (anc.) L. 122-4 C. trav. (art. L. 1231-1 C. Trav).

229DUPUY (J.), « La démission du salarié », *D*. 1980, p. 261 : « la reconnaissance législative d'un seul droit de résiliation unilatérale rend impossibles des ruptures par consentement mutuel, qui ont pour objet de priver le salarié du libre exercice unilatéral de son droit ».

230Cf. SACHS (T.), (sous la direction de) in *La volonté du salarié*, Dalloz, coll.Thèmes et commentaires, 2012 ; PRADES (O.), *La volonté du salarié dans la rupture du contrat de travail*, Thèse, Université Toulouse I Capitole, 2013.

231Pour le Professeur PELISSIER cette relation ne laisse aucune place à la négociation, le salarié « est là pour exécuter les instructions qui lui sont données, non pour les discuter » (« Le recours à la négociation individuelle : les accords de rupture des contrats de travail »), *Dr. Soc.* 1987.

hiérarchique ? Doit-on priver le salarié de toute capacité d'initiative ?

En faveur de la rupture amiable il pouvait être soutenu qu'il s'agissait d'une stricte application du droit commun. Les partisans de cette thèse partageaient l'idée selon laquelle si les parties ne peuvent renoncer par avance au jeu des règles relatives au licenciement, rien n'interdit de faire application des dispositions de l'article 1193 du code civil. Ils estimaient que les parties, pareillement au droit civil, sont capables de s'entendre sur une résiliation amiable : l'employeur préférant éviter le licenciement et l'éventualité d'un litige, le salarié désireux de partir parce qu'il se sent devenu indésirable, menacé de licenciement²³², ou simplement parce qu'il a trouvé un meilleur poste ailleurs.

Cet argument a été repris par le Professeur Savatier,²³³ selon lequel la rupture d'un commun accord est admise pour les contrats à durée déterminée, par conséquent l'argument de l'inégalité des parties ne tient plus. Par ailleurs jusqu'à l'arrêt *Purier* les transactions étaient déclarées licites avant que le contrat cesse de produire tous ses effets dans une relation subordonnée. On reconnaissait donc bien l'égalité des parties à cette occasion. Toutefois le danger le plus redouté par les partisans de la thèse opposée était le risque de fraude à la loi, particulièrement le contournement des règles impératives sur le licenciement. Méfiance notamment autour des conséquences pécuniaires qui peuvent s'avérer bien moins avantageuses pour le salarié que lors d'un licenciement²³⁴. Le droit du licenciement ne s'appliquant pas aux contrats à durée déterminée ni aux contrats d'apprentissage, ceci explique pourquoi la licéité de la rupture amiable a fait l'objet de nombreuses discussions pour les contrats à durée indéterminée.

Sur le terrain de l'analyse de la volonté, la démission est un acte volontaire se caractérisant par une volonté libre, éclairée et non équivoque. Pour reprendre les propos du professeur Dupuy, « *la démission est un acte discrétionnaire parfait* »²³⁵. Les caractères de la volonté lors d'une rupture amiable sont les mêmes. La suspicion de fraude qui pèse sur la

232CAMERLYNCH (G-H.), Le contrat de travail, p. 374 et s.

233SAVATIER (J.), « La résiliation amiable du contrat de travail », *Dr. Soc.* 1985 p. 692.

234En cas de rupture amiable seule l'indemnité compensatrice de congés payés est due par l'employeur. Par ailleurs la circulaire UNEDIC n° 2006-14 du 21 juillet 2006 ouvre droit au bénéfice des allocations chômage aux seuls résiliations amiables effectuées pour un motif économique.

235DUPUY (J.), « La démission du salarié », *D.* 1980, p. 261.

PARTIE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, OUTIL DE SORTIE DE L'EMPLOI

rupture amiable ne peut-elle pas être transposée à la démission ? A l'appui de cet argument les nombreux exemples de démissions frauduleuses : parfois la démission peut être utilisée pour permettre à un salarié fautif de bénéficier d'un préavis dont il aurait été privé en cas de licenciement, à l'inverse elle peut masquer les pressions d'un employeur souhaitant échapper aux contraintes d'un licenciement. Dans ces deux hypothèses il existe une fraude à la loi, plus exactement aux règles impératives du licenciement. Doit-on alors considérer que la démission ne doit pas être utilisée en droit du travail ? Egalement, sans nier les dispositions de l'article L.1231-1 du code du travail, le Professeur Teyssie²³⁶ précisait qu'en dépit de la tendance des juges à qualifier les ruptures en licenciement -dans le but de faire bénéficier le salarié des dispositions impératives sur le licenciement- le contrat de travail était soumis aux règles de droit commun²³⁷. Enfin, ce mécanisme évite le licenciement qui dramatise la séparation : « *la procédure de licenciement dramatise une séparation que l'on voudrait réaliser à l'amiable et sans remous* »²³⁸.

La Cour de cassation a mis fin au débat en admettant logiquement la licéité de la rupture amiable d'une part pour motif personnel (A) et d'autre part pour motif économique (B).

A - La rupture amiable pour motif personnel

70. Une admission sans difficultés. En ce qui concerne les ruptures pour motif personnel, la licéité d'un accord conclu entre un salarié et son employeur pour mettre un terme à un contrat à durée indéterminée a été admise par la Cour de cassation tant par la chambre sociale avec l'arrêt *Richard* rendu le 23 novembre 1978, que par la chambre criminelle avec l'arrêt *Fouquet*²³⁹ du 19 décembre 1979. La chambre sociale retient que lorsque les parties ont conclu un accord de principe sur la rupture du contrat, et que le

236TEYSSIE (B.), « La rupture du contrat de travail à durée indéterminée hors licenciement », *Dr. Soc.* 2005. p. 45.

237Art. L.1221-1 C. trav.

238SAVATIER (J.), « La résiliation amiable du contrat de travail », *Dr. Soc.* 1985 p. 692.

239Crim. 19 décembre 1979, *Bull. Civ. V.* n° 1022 : « *Il ne saurait être fait grief à une Cour d'appel de débouter un salarié de ses demandes en paiement d'indemnités pour non respect et de la procédure de licenciement et pour congédiement sans motif réel ni sérieux dès lors qu'elle estime d'une part qu'il y avait eu un accord de principe entre les parties pour mettre fin au contrat de travail du salarié six mois plus tard, d'autre part qu'une lettre ultérieure à accord constituait la mise en exécution de cette convention et enfin qu'il n'était pas démontré que le salarié, ingénieur ayant des fonctions de direction, eût été victime d'une erreur ni que son consentement eût été obtenu par dol ou violence* ».

TITRE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE EMPRUNTE AU DROIT DES CONTRATS

consentement du salarié n'a pas été vicié, alors, peu important la qualification donnée à la rupture, celle-ci échappe aux dispositions impératives sur le licenciement. Cependant le vocabulaire employé dans ces arrêts ne permettait pas d'affirmer avec certitude la licéité des ruptures amiables en droit du travail. Les juges dans leur décision reprenaient les dénominations utilisées par les praticiens (« licenciement accepté, « démission négociée », transaction), sans affirmer avec conviction la licéité de ce mode de rupture²⁴⁰. Par la suite, de nombreux arrêts ont confirmé cette solution²⁴¹, jusqu'à l'arrêt *Purier* précédemment cité, qui consacre clairement la rupture d'un commun accord du contrat à durée indéterminée, en admettant que les parties peuvent mettre fin au contrat qui les lie par consentement mutuel. Concernant les ruptures amiables pour motif économique, la jurisprudence de la Cour de cassation a été plus fluctuante.

B - Les départs volontaires

71. La résiliation amiable pour motif économique : une pratique régulière des entreprises. Très en vogue depuis les années 1980²⁴², les départs volontaires²⁴³, aujourd'hui communément nommés « plans de départs volontaires » (PDV) permettent aux employeurs de réduire leurs effectifs par le jeu du volontariat. En période de difficultés économiques, l'entreprise peut substituer aux licenciements « secs » une proposition de rupture amiable assortie d'une indemnité d'un montant souvent très élevée. L'entreprise incite ainsi les salariés au départ moyennant une forte indemnisation destinée à s'assurer une relative paix sociale et à éviter le coût et la perte de temps liés à un éventuel contentieux mais aussi et surtout une mauvaise presse. De son côté, le salarié persuadé de l'inéluctabilité de la rupture de son contrat, préfère un départ immédiat bien indemnisé, plutôt que d'attendre son licenciement qui, sauf s'il bénéficie d'une importante

240CESARO (J-F), «La résiliation conventionnelle des contrats de travail », *Dr. Soc.*, juin 2011, p. 642.

241Soc. 17 novembre 1982, *Novak*, *Bull. Civ.* V. n° 627 – Soc. 17 janvier 1985, *Madame Son* – Soc. 17 janvier 1985, *Edition Technip*.

242En 1980 l'administration du travail évaluait à 20000 le nombre des « départs avec primes » (VATINET (R.), « Le mutuus dissensus », *RTD. civ.* 1987, p. 252).

243Sur la diversité des dispositifs, v. PELISSIER (J.), « Les départs négociés », *Dr. soc.* 1981, p. 228 ; MORVAN (P.), « Libérer le départ volontaire pour motif économique », *Dr. soc.* 2005, p. 59 ; BAILLY (P.), « La rupture négociée du contrat pour motif économique », *SSL* 24 avr. 2006, n° 1258, p. 7 ; COUTURIER (G.), « Les ruptures d'un commun accord », *Dr. soc.* 2008, p. 923 ; LOKIEC (P.), « Départs volontaires, GPEC et licenciement pour motif économique », *Dr. soc.* 2008, p. 1238.

ancienneté, lui garantira une faible indemnité. Toutefois, le jeu des départs volontaires est souvent inégalitaire selon que le salarié appartienne à une grosse structure disposant d'importants moyens financiers ou à une entreprise moyenne. En effet le PDV peut être coûteux pour une entreprise en termes de moyens financiers mais également humains.

72. Notion de départ volontaire. Le terme de départ volontaire n'a aucune signification juridique sauf concernant la situation particulière des départs volontaires à la retraite prévues par les dispositions de l'article L. 1237-9 du code du travail. Ce mode de rupture est singulier dans la mesure où le salarié consent à la rupture de son contrat de travail suite à une décision unilatérale de l'employeur de supprimer des emplois. La multiplication de ces dispositifs est intervenue suite à l'accord national interprofessionnel du 10 février 1969 portant sur la sécurité de l'emploi, préconisant en cas de difficultés économiques avec réduction d'effectif, que l'objectif devait être atteint « *dans toute la mesure du possible, par le jeu des départs naturels ou volontaires* »²⁴⁴.

73. Reconnaissance jurisprudentielle du départ volontaire. Les termes choisis par les commentateurs en disent long sur la position de la doctrine : « Départ avec prime », « démissions négociées », expriment l'idée selon laquelle le salarié quitte l'entreprise en échange d'une importante somme d'argent. Bien que l'initiative soit patronale, la rencontre des volontés dans un second temps exclut la qualification de « licenciement ». Difficile également de parler de « négociation », les conditions du départ étant presque exclusivement fixées par l'employeur. L'idée de volonté commune dans la rupture peut s'exprimer comme un cas de « *mutuus dissensus* d'adhésion »²⁴⁵. Par ailleurs, lors des prémices de ces accords atypiques le Professeur Pelissier s'interrogeait sur les incertitudes entourant ce nouveau mode de rupture, et notamment s'agissant de sa régularité au regard des dispositions sur le licenciement économique. Le principal danger avant 1986, redouté par de nombreux auteurs, était celui de la fraude à la loi puisque les départs volontaires offraient la possibilité à l'employeur de contourner l'obligation d'autorisation administrative. Rappelons que jusqu'en 1986 chaque licenciement pour motif économique était soumis à une autorisation administrative préalable²⁴⁶. Face à

244Art. 16 de l'accord.

245Expression utilisée par R. Vatinet (« Le *mutuus dissensus* », *RTD civ.* 1987, p. 252)

246La loi du 3 janvier 1975 relative aux licenciements pour cause économique organise la consultation des

TITRE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE EMPRUNTE AU DROIT DES CONTRATS

l'hostilité de la doctrine, les juridictions considéraient ces départs tantôt comme illicites, tantôt comme licites.

Dans l'arrêt *Nouvelles Galeries*, la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que « les dispositions du code du travail présentaient un caractère d'ordre public et que les parties ne sauraient y déroger en qualifiant différemment de leur initiative la rupture des contrats de travail résultant de la conjoncture économique »²⁴⁷. Dans cette affaire, suite au refus de l'administration de licencier cinq salariés pour un motif économique, la société avait conclu avec quatre d'entre eux à la rupture de leur contrat de travail en contreparties d'indemnités. La position de la chambre criminelle était claire, chaque rupture intervenant pour des raisons d'ordre économique était un licenciement pour motif économique soumis à l'autorisation administrative préalable. L'autorisation administrative n'excluait pas le volontariat, l'employeur pouvait offrir une prime de départ aux salariés volontaires, mais seulement une fois l'autorisation accordée. Cette décision n'a néanmoins pas fait jurisprudence puisqu'avant la suppression de l'autorisation administrative la jurisprudence de la Cour de cassation avait déjà évolué. En 1984, la chambre criminelle²⁴⁸ a jugé que les protocoles amiables de départ ne pouvaient pas être systématiquement interprétés comme des licenciements économiques déguisés. En revanche l'utilisation de la rupture amiable du contrat de travail pour motif économique ne doit pas masquer une fraude à la loi²⁴⁹. Selon cette jurisprudence l'accord était valable dès lors que les salariés avaient été correctement informés de leur droits et que l'opération ne cachait pas une fraude à la loi. Il s'agissait ici, comme pour la rupture amiable pour motif personnel, d'un premier pas vers l'autonomie des départs négociés vis à vis des règles impératives du droit du travail.

Alors que la chambre criminelle adoptait une position nuancée, de son côté la chambre sociale admettait sans réserve la licéité des ruptures amiables pour motif économique. En

représentants du personnel sur les projets de licenciement, et instaure l'autorisation administrative préalable de licenciement.

247Crim. 3 juin 1980, n° 79-90.707, *Dr. Soc.* 1981, p. 235.

248Crim. 28 nov. 1984, n° 83-93.094, *Dr. Soc.* 1985, p. 703.

249Plus spécifiquement le contournement de l'autorisation administrative de licenciement. Cet attendu démontre que le principal obstacle à la licéité des départs négociés était l'autorisation administrative de licencier.

effet, dès 1989, elle acceptait le principe d'une rupture commune pour motif économique²⁵⁰.

74. Influence du droit du licenciement économique. Cependant la pratique des départs négociés, couramment appelée « départs avec prime »²⁵¹, suscitait toujours de nombreuses critiques de la part de la doctrine²⁵². D'une part, l'incertitude des solutions de droit positif, et notamment l'absence de ligne directrice entre les Pôle emploi²⁵³, conduisait certains salariés démissionnaires à une situation de précarité. D'autre part, cette pratique offrait aux employeurs la possibilité de se soustraire au contrôle de l'administration²⁵⁴. Afin de « conserver au système ses avantages tout en supprimant ses inconvénients », dès 1981 le professeur Pelissier proposait d'intégrer la procédure des départs négociés dans une procédure de licenciement. Le rapprochement avec le droit du licenciement a eu lieu avec l'arrêt C.E.P.M.E de la chambre sociale du 10 avril 1991²⁵⁵. La Cour de cassation indique qu'une opération de gestion du personnel tendant à la suppression de nombreux emplois, peu important qu'ils soient supprimés par la voie des départs volontaires, s'analyse en un projet de licenciement collectif, et à ce titre est soumis aux règles de procédures du licenciement économique²⁵⁶.

S'appuyant sur cette jurisprudence et pour éviter le contournement des règles en

250Soc. 8 févr. 1989, n° 86-11.022, *Bull. Civ.* N° 104.

251PELISSIER (J.), « Les départs négociés », *Dr. Soc.* 1981, p. 228.

252Joëlle DUPUY les appelle « les démissions collectives » : « *elles sont présentées comme un avantage offert au salarié consentant par une entreprise en difficulté, obligée de se séparer de lui. Les sommes proposées visent à provoquer un consensus social sur une rupture inévitable à laquelle l'employeur affirme vouloir donner un visage humain... les salariés répondent seulement à une initiative, une offre de l'employeur, offre qui porte sur l'indemnisation d'un départ dont il a pris la décision. Il y a tout au plus accord sur l'indemnité* » (« La démission du salarié », *D.* 1980, p. 261).

253Devenu Pôle emploi (L. n° 2008-126 du 13 févr. 2008 relative à la réforme de l'organisation du service public de l'emploi).

254Le professeur ARSEGUEL écrivait « Et c'est surtout lors des compressions d'effectifs pour raison économique que ces ruptures conventionnelles ont trouvé un terrain privilégié, d'une part pour éluder les procédures de concertation dans l'entreprise, d'autre part, pour échapper aux contraintes de l'administration, plus ou moins pressantes selon les époques » (ARSEGUEL (A.), *Rupture d'un commun accord et transaction : une interaction fructueuse*, in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Université des sciences sociales de Toulouse, p. 5).

255Soc. 10 avril 1991, n° 89-18.485 ; *Dr. soc.* 1991, p. 515 ; *JCP E* 1991, II, 188, note TAQUET (F.).

256Art. L. 1233-3 C. trav.

TITRE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE EMPRUNTE AU DROIT DES CONTRATS

matière de licenciement économique, la loi du 29 juillet 1992 a décidé que les dispositions de l'article L. 321-1 du code du travail sont applicables « à toute rupture du contrat de travail »²⁵⁷. Par la suite la jurisprudence a rappelé le caractère d'ordre public des dispositions sur le licenciement économique dans les arrêts IBM en ces termes : « *l'employeur qui envisage de procéder à la suppression de nombreux emplois, pour motif économique, est tenu de respecter les dispositions d'ordre public des article L. 321-1 et suivants du code du travail, peu important que les emplois ne soient supprimés que par voie des départs volontaires* ». La Chambre sociale de la Cour de cassation a par ailleurs conditionné l'admission de la résiliation amiable pour motif économique à l'exigence du versement d'une indemnité au moins égale à celle prévue lors d'un licenciement²⁵⁸. Par ailleurs suite au protocole d'accord du 18 juillet 1992 sur l'assurance chômage, le salarié quittant l'entreprise dans le cadre d'un départ négocié, bénéficie du régime d'assurance chômage. L'ouverture des droits à l'assurance chômage pour les candidats au départ a renforcé l'attrait des salariés pour ce mode de rupture. Ils bénéficient d'une indemnité de départ confortable, tout en s'assurant une sécurité financière durant plusieurs mois. La volonté du salarié est donc essentiellement indemnitaire. Désormais le régime applicable aux départs négociés est celui du licenciement²⁵⁹. D'une part l'employeur a l'obligation de suivre la procédure d'un licenciement pour motif économique d'autre part le salarié bénéficie des mêmes droits qu'il aurait pu tirer d'un licenciement, à savoir le bénéfice de l'assurance chômage, et une indemnité, sinon plus avantageuse, au moins égale à l'indemnité prévue dans le cadre d'un licenciement économique²⁶⁰. Pour autant si la rupture amiable fondée sur des motifs économiques ne s'affranchit pas totalement du droit du licenciement économique, il ne s'agit quand même pas d'un licenciement, comme en atteste l'arrêt en date du 2 décembre 2003 qui consacre définitivement la reconnaissance par la Cour de cassation de la validité de la rupture d'un commun accord

257 Soc. 22 févr. 1995, n° 92-11.566, *Bull. civ. V*, n° 68. – Crim., 29 nov. 1994, n° 93-81.321 *Bull. crim.* 1994, n° 385.

258 Soc. 5 mars 1986, n° 83-40.223, *Bull. Civ.*, V, n° 60.

259 Voir sur ce point les commentaires du Professeur Arseguel (Rupture d'un commun accord et transaction : une interaction fructueuse, in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Université des sciences sociales de Toulouse, p. 5)

260 Soc. 5 mars 1986, n° 83-40.223, *Bull. Civ.*, V, n° 60 – Soc. 5 mars 1993 n° 90-43.532, *Bull. Civ. V*, n° 204 – Soc. 22 févr. 2006, n° 04-41.314. Egalement l'indemnité de préavis est due (Soc. 25 janv. 2012, n° 10-26.887, *Bull. Civ. V*, n° 23).

en droit du travail ²⁶¹.

75. Une relation ambiguë. L'affiliation du départ volontaire au régime des licenciements collectifs laisse néanmoins apparaître un certain « *désordre juridique* » entre d'une part la soumission de la rupture amiable aux procédures du licenciement collectif, et le cas échéant, aux plans de sauvegarde de l'emploi, et d'autre part, la reconnaissance de la rupture d'un commun accord. L'ambiguïté de la relation est reconnue par la Cour de cassation qui dans un arrêt du 13 septembre 2005²⁶² rappelle que la rupture amiable reste une rupture à part entière tout en exigeant que son régime juridique reste le plus proche possible du licenciement économique.

De fait, si les dispositions du droit du licenciement économique influencent largement le régime juridique applicable aux départs volontaires, ces dispositifs permettent d'en éluder un certain nombre : sont ainsi exclues les dispositions relatives à la notification du licenciement²⁶³, à l'ordre des licenciements²⁶⁴, et l'exigence d'une cause économique²⁶⁵. Par ailleurs cette tendance a encore été accentuée puisque le juge judiciaire fait désormais une application sélective des règles concernant le licenciement collectif en fonction de la nature du plan de départs volontaires. En effet, il existe une pluralité de régimes juridiques applicables aux départs volontaires collectifs. Certains plans de départs volontaires sont intégrés dans le cadre d'un accord de gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences situé en amont des difficultés économiques, d'autres s'insèrent dans un dispositif de plan de sauvegarde de l'emploi. Aussi, dans cette dernière catégorie, les plans prennent des formes différentes selon qu'ils sont exclusifs, c'est à dire ne concernent que des départs volontaires, ou mixtes avec un volet « départs volontaires »

261 Soc. 2 déc. 2003, n° 01-46.176 & n° 01-46.540, *Bull. civ.* 2003, V, n° 308 & 309 ; *RJS* 2004, n° 179 ; D. 2004, somm. p. 390, obs. LYON CAEN (A.) ; *JCP E* 2004, II, 605, note PETIT (F.). – Soc., 23 juin 2004, *JSL* 10 nov. 2004, n° 155, p. 30 – Soc., 7 déc. 2004, *RJS* 2005, n° 134 – Soc. 13 sept. 2005, n° 04-40.135, *Bull. Civ.* 2005, V, n° 252 ; *Dr. soc.* 2005, p. 1059, obs. COUTURIER (G.) – Soc. 22 févr. 2006, *RJS* 2006, n° 601.

262 Soc. 13 sept. 2005, n° 04-40.135, *Bull. Civ.* 2005, V, n° 252 ; *Dr. Soc.* 2005, p. 1059, obs. COUTURIER (G.)

263 Soc. 2 nov. 2005, n° 02-44.721, *RJS* 2006, n° 19.

264 Soc. 12 juill. 2004, n° 02-19.175.

265 Soc. 8 févr. 2012, n° 10-27.176, *JCP S* 2012, 1167, note FAVENNEC-HERY (F.).

TITRE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE EMPRUNTE AU DROIT DES CONTRATS

et un autre « licenciements économiques »²⁶⁶. Si au fil des décisions la haute autorité a logiquement consacré l'émancipation partielle des plans de départs volontaires autonomes à l'égard du droit du licenciement économique en limitant le contenu aux seules mesures d'accompagnements externes²⁶⁷, l'obligation de reclassement interne retrouve toute sa place dans le cadre d'un PDV dit « hybride »²⁶⁸. En pratique cette seconde solution est pour le moins incohérente puisqu'elle impose à l'employeur d'établir un plan de reclassement interne avant la mise en œuvre du plan de départ volontaire de sorte qu'il ne connaît pas encore le nombre de salariés concernés par les licenciements. En outre, le plan de reclassement interne nécessite d'être suffisamment pertinent et consistant au risque d'entraîner l'annulation du plan de sauvegarde ainsi que de toutes les résiliations amiables prononcées²⁶⁹. Afin d'y remédier la solution pourrait être l'adoption d'une méthode chronologique à savoir une première étape durant laquelle l'employeur ouvrirait un guichet de départs volontaires puis une seconde où il désignerait selon les critères d'ordre les salariés concernés par un licenciement économique et donc candidats aux offres de reclassement interne. Cette logique garantirait certes une certaine sécurité aux employeurs mais priverait le salarié désigné au départ d'un choix²⁷⁰. Ainsi il est à craindre que ce dernier regretterait *a posteriori* de ne pas avoir choisi la voie du départ volontaire.

Outil de flexibilité par excellence, le succès du plan de départs volontaires ne se dément pas. Pour autant il reste délaissé par le législateur qui en dépit de la dynamique législative actuelle ne semble pas disposer à lui créer un cadre juridique propre.

266Cf. JEANSEN (E.), « La rupture amiable planifiée », *JCP S* n° 28-29, 15 juill. 2015, 1262.

267Si l'employeur est tenu d'établir un PSE et de consulter les représentants du personnel, le PSE n'a plus à comporter des mesures de reclassements interne (Soc. 26 oct. 2010, n° 09-15.187, *SSL* 2010, n° 1465 p. 8, commentaire BAILLY (P.); *JCP S* 2010, 1483 note LOISEAU (G.); *Dr. soc.* 2010, p. 1164, note FAVENNEC-HERY (F.).

268Soc. 25 janv. 2012, n°10-23.516 ; *JCP S* 2012, 1178, note CAILLOUX-MEURICE (L.) ; *RJS* 2012, p. 243, note COUTURIER (G.) ; *SSL* 6 févr. 2012, n° 1524, p. 8, note LOKIEC (P.) p. 12, obs. KRIVINE (J.) ; *Dr. soc.* 2012, p. 351, note FAVENNEC-HERY (F.) ; *RDT* 2012, p. 152, note GEA (F.) – Soc., 9 oct. 2012, n° 11-23.142 à n° 11-23.146 ; *JCP S* 2012, 1497 ; *SSL* 12 nov. 2012, n° 1559, p. 10, note GEA (F.).

269Soc. 15 mai 2013, n° 11-26.414, *JCP S* 2013, 1361, note MORVAN (P.).

270Sur la question du consentement du salarié dans le cadre d'un PSE, v. MORVAN (P.), « Le consentement des salariés dans le plan de sauvegarde de l'emploi », *Dr. soc.* 2011, p. 632.

II - Contrôle de l'intégrité du consentement par le juge : retour à la logique « autonomiste » du droit du travail

76. La double protection du salarié. En reconnaissant la rupture amiable comme mode de rupture du contrat à durée indéterminée le juge abandonne la protection que le droit du travail offre au salarié. Ainsi l'expression libre de la volonté du salarié inquiète les partisans de la logique autonomiste du droit du travail qui s'opposent au célèbre adage « *Qui dit contractuel, dit juste* »²⁷¹. Pourtant en n'adoptant pas une position de rejet vis à vis ni de la conception civiliste ni de la conception autonomiste, le juge garantit une double protection au salarié. En effet, face au scepticisme de la doctrine et en l'absence de dispositions spécifiques, la Cour de cassation a progressivement dessiné les contours de la rupture amiable version « travailliste », tantôt interdite au nom de l'ordre public (A), tantôt sur le fondement de l'intégrité du consentement (B).

A - Interdiction des résiliations amiables au nom de l'ordre public social

Le salarié se trouve protégé au nom de l'ordre public social et l'interdiction d'y déroger. Or les rigidités du principe illustrées par le manque d'exceptions – jusqu'à ce jour il existe très peu de règles supplétives – amplifient les risques d'un contournement des règles. Les employeurs pourraient être tentés d'user des accords de rupture afin d'éviter la qualification de licenciement et les conséquences afférentes. Dans une perspective de protection du salarié le juge refuse que ce dernier renonce à un droit tenant à son statut. Ce dernier ne peut pas abandonner un droit dont il n'est pas libre de disposer.

En conséquence, le juge interdit la rupture amiable lorsque celle-ci entraîne du salarié la renonciation à son statut protecteur (1) ou à ses droits dans le cadre d'une transaction (2).

271FOUILLEE (A.), La science sociale contemporaine, Paris, 1880, p. 410. Cf. SPITZ (J.-F.), « « Qui dit contractuel dit juste » : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée », *RDT civ.* 2007, 281.

1 - Interdiction de renoncer à son statut protecteur

77. Ordre public social et renonciation du salarié. Tout en admettant le principe de validité de la rupture amiable en droit du travail, la Cour de cassation écarte ce mode de rupture pour les salariés bénéficiant d'une protection particulière. En effet, la rupture amiable est interdite dès lors qu'elle est mise en œuvre pour contourner la procédure spécifique d'un licenciement tenant au statut protecteur du salarié. Le salarié ne peut renoncer par avance au bénéfice de dispositions d'ordre public²⁷². La jurisprudence vise ainsi la violation du statut lié à l'état de santé ainsi que celui conféré aux salariés protégés.

78. Salariés protégés en raison d'un mandat. Les représentants du personnel élus et mandatés, bénéficient depuis 1974²⁷³ d'une « *protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun* » dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs qu'ils représentent²⁷⁴. Par conséquent leur licenciement ne peut intervenir que sur l'autorisation de l'inspecteur du travail compétent. Bien que le législateur vise uniquement le licenciement, la chambre sociale de la Cour de cassation a étendu ce principe à tous les autres modes de rupture du contrat de travail, sauf rares exceptions²⁷⁵. La procédure de protection doit également être mise en œuvre à l'issue d'un contrat à durée déterminée, en revanche elle ne s'applique pas aux cas de démission, départ à la retraite, prise d'acte. La Cour de cassation adopte également cette solution concernant l'hypothèse des départs négociés. La chambre criminelle²⁷⁶ suivi de la chambre sociale²⁷⁷ ont décidé qu'un accord ayant pour but de

272 Soc. 28 janv. 1988, *D.* 1988. 457, note J.-M. Verdier – Soc. 28 mars 1989, *Bull. Civ.* V, n° 258.

273 Arrêts *Perrier* du 21 juin 1974, *Bull. Ch. mixte*, n° 3, pourvoi n°71-91.225, *Bull.* 1974, Ch. mixte, n° 2, pourvoi n°72-40.054, *Bull. Crim.* 1974, Ch. mixte, n° 236, pourvoi n°71-91.225. Le Conseil d'Etat (arrêt Safer d'Auvergne du 5 mai 1976) puis le Conseil constitutionnel en 1988 (décision n°88-244 DC du 20 juillet 1988) consacreront par la suite le principe de ce statut protecteur.

274 La décision a été reprise par l'assemblée plénière le 28 janvier 1983 : bien que la bonne foi de l'employeur ne soit pas mise en doute, « la protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun dont bénéficie le délégué syndical exclut que soit poursuivie par la voie judiciaire la résiliation de son contrat de travail », il est l'auteur d'un délit d'entrave.

275 Le professeur Teyssié s'étonne que cette protection ne soit pas réservée uniquement au licenciement : « une protection qui devrait être strictement réservée à la seule opération visée par le législateur » : TEYSSIE (B.), *Droit du travail – Relations collectives*, Litec 6ème éd. 2009, p. 397.

276 Crim. 26 nov. 1985, *Bull. Crim.* n° 578.

277 Soc. 2 déc. 1992, *Bull. Civ.* V, n° 578 ; *RJS* 1993, n° 53.

PARTIE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, OUTIL DE SORTIE DE L'EMPLOI

mettre fin au contrat de travail d'un « représentant du personnel sans observer les formalités édictées en faveur de ce salarié », est nul. Egalement, il ressort de cette décision que l'employeur qui organise la rupture du contrat de travail d'un salarié protégé sans respecter la procédure protectrice se rend coupable de délit d'entrave à l'exercice du droit syndical²⁷⁸. Il importe peu que les motivations du salarié candidat au départ soient liées ou pas à son activité syndicale, celui-ci est contraint par l'ordre public. Le mandat n'est pas négociable. La Cour de cassation va même plus loin en décidant que la seule proposition par l'employeur de conclure une résiliation amiable sans demander une autorisation administrative préalable est constitutive d'un délit d'entrave²⁷⁹. L'interdiction faite à l'employeur et au salarié protégé de conclure une rupture d'un commun accord en dehors des règles légales se justifie en raison de l'indisponibilité du statut protecteur²⁸⁰. Ce statut s'explique par l'exposition spécifique des salariés protégés en raison de leurs missions. En effet les contestations qu'ils peuvent faire, les diverses prises de positions peuvent susciter des tensions dans leur relation avec l'employeur mais également leur faire craindre des sanctions disciplinaires. Ce statut est une garantie leur permettant d'exercer leur mandat en toute quiétude. Aussi c'est parce qu'il existe un statut protecteur que la collectivité des salariés bénéficie d'une représentation. Dès lors, la rupture ne peut être négociée puisqu'ils ne peuvent disposer de leur mandat.

Il convient de s'interroger si en l'espèce l'ordre public social ne va pas à l'encontre des intérêts du salarié ? Certains auteurs s'étonnent, à tort, qu'un salarié puisse librement démissionner²⁸¹ mais se trouve empêché de rompre son contrat de travail d'un commun accord. Le Professeur Boubli, considère en effet que soit c'est le mandat qui est indisponible alors « *la rupture conventionnelle entraîne sa révocation comme l'entraînerait la renonciation du salarié* », soit la protection est indisponible et dans ce

278Formulé en ces termes : « a été poursuivi pour avoir licencié un représentant du personnel sans observer la procédure prévu par les articles L. 412-15 et L. 436-1 du code du travail dans leur rédaction alors en vigueur et fait ainsi entrave au fonctionnement régulier du comité d'entreprise et à l'exercice du droit syndical ».

279Crim., 6 janv. 2004 n° 02-88.240, *Bull. Crim.* N° 4 ; *RJS* 04/04, n° 34.

280AUZERO (G.), DOCKES (E.), *Droit du travail*, 30ème éd., Dalloz, coll. Précis, 2016, §1141 & s. ; VERDIER (J.-M), « Du contrat au statut et du droit individuel aux libertés publiques », *JCP* 1971, I. 2422 ; « Les représentants des salariés : « protégés » ou « exposés » ? Liberté fondamentale et logique du statut, *Etudes offertes à Jean Pelissier*, p. 571.

281Art. L. 1231-1. C. trav.

TITRE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE EMPRUNTE AU DROIT DES CONTRATS

cas le salarié ne devrait pas être autorisé à démissionner²⁸². En réalité le salarié peut démissionner de sa propre initiative, nonobstant son mandat, en revanche il ne peut négocier avec son employeur un départ de l'entreprise²⁸³. En effet si le salarié protégé négocie son départ il pourrait bénéficier d'avantages financiers en raison de son statut. Par ailleurs la Cour de cassation prohibe toute entente, celle-ci étant nulle et constitutive d'un délit d'entrave²⁸⁴.

Toutefois la position de la Cour de cassation concernant la rupture négociée entre un salarié protégé et son employeur a évolué. Elle admet une exception à ce principe dans un arrêt rendu le 27 mars 2007 concernant la rupture amiable pour motif économique. Lorsque l'employeur a sollicité l'autorisation de l'inspecteur du travail, et que celle-ci lui a été accordée, le contrat de travail d'un salarié protégé peut être rompu par consentement mutuel dans le cadre d'un accord collectif²⁸⁵. En l'espèce la salariée, déléguée syndicale, avait accepté un départ volontaire en préretraite en application d'un plan d'adaptation des effectifs mis en place dans le cadre d'un accord collectif, avec autorisation de l'inspecteur du travail. Elle a saisi la juridiction prud'homale en contestation de cet accord pour non-respect de son statut protecteur. La Cour de cassation casse la décision de la cour d'appel au motif que le contrat de la salariée avait été valablement rompu d'un commun accord. La licéité de la rupture amiable du contrat de travail d'un salarié protégé est soumise à deux conditions : d'une part, l'employeur doit avoir demandé et obtenu l'autorisation de licenciement de l'inspecteur du travail et d'autre part la rupture doit avoir été prévue dans un accord collectif après consultation du comité d'entreprise²⁸⁶. Le salarié bénéficie de la protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun comme lors d'un licenciement. Cette solution doit être approuvée puisqu'elle garantit le respect du statut protecteur tout en permettant au salarié de bénéficier des dispositifs prévus dans le plan de sauvegarde de l'emploi. Refuser cette possibilité au salarié obligerait à soumettre systématiquement

282BOUBLI (B.), « Le licenciement statut exclusif de la rupture du contrat à durée indéterminée ? », *Travail et protection sociale*, chronique, avril 1998, p. 4.

283Soc. 12 juill. 2010, n° 09-41.490.

284Crim. 14 nov. 2006 – Soc. 16 mars 1999, *D.*, 2000, p. 429.

285Soc. 27 mars 2007, *RJS* 2007, n° 760.

286PELISSIER (J.), LYON-CAEN (A.), JEAMMAUD (A.), DOCKES (E.), *Les grands arrêts du droit du travail*, 4ième éd., 2004, n° 87, 88, 89.

les salariés protégés à des « licenciements secs » entraînant une rupture d'égalité entre les salariés.

L'interdiction des accords de rupture individuels a ensuite été étendue à ceux conclus par d'autres salariés bénéficiant de règles de protection contre le licenciement.

79. Salariés protégés en raison de leur état de santé. Lorsqu'un salarié est déclaré inapte l'employeur doit le reclasser en respectant les indications faites par le médecin du travail, ou le licencier dans un délai d'un mois²⁸⁷. Depuis la loi du 31 décembre 1992 qui a introduit cet article, les juges se montrent très stricts en la matière. Pour preuve, la recherche de reclassement doit être effectuée dans le cadre de l'entreprise et le cas échéant du groupe²⁸⁸. Afin de contraindre les employeurs à respecter ces obligations, la Cour de cassation a interdit toute rupture d'un commun accord du contrat de travail d'un salarié déclaré inapte par le médecin du travail²⁸⁹. Toute convention mettant en échec ces dispositions légales protectrices est nulle pour objet illicite²⁹⁰.

Egalement, les salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle bénéficient d'une protection spécifique durant la période de suspension de leur contrat de travail. Selon les dispositions de l'article L. 1226-9 du code du travail, l'employeur peut rompre le contrat de travail d'un salarié durant la période de suspension, seulement s'il justifie « soit d'une faute grave de l'intéressé, soit de son impossibilité de maintenir le contrat pour un motif étranger à l'accident ou à la maladie ». Afin de garantir cette protection légale, la Cour de cassation a décidé que l'employeur ne peut recourir à la rupture amiable durant la période de suspension consécutive à un accident ou à une

287Art. L. 1226-2 & L. 1226-10 C. trav.

288Soc.19 mai 1998, n° 96-41.265 – Soc. 25 juin 2009, n° 07-45656.

289Soc. 29 juin 1999, n° 96-44.160, *Bull. Civ. V.* n° 304 ; *RJS* 8-9/99 n° 1050 ; *Dr. soc.* 2000 p. 182 note RADE (Ch.) – Soc. 4 janvier 2000, *Bull. civ. V* n° 3– Soc. 12 févr. 2002, n° 99-41.698, *Bull. Civ. V*, n° 66 (« *Attendu que les dispositions de ces textes, qui prévoient notamment que, si après une déclaration d'inaptitude prononcée par le médecin du travail à l'issue des périodes de suspension du contrat de travail, le salarié n'est pas reclassé dans l'entreprise à l'issue d'un délai d'un mois ou si il n'est pas licencié, l'employeur est tenu de reprendre le paiement du salaire, excluent dans cette hypothèse la possibilité pour les parties de signer une rupture d'un commun accord du contrat de travail qui aurait pour effet d'éluider ses obligations* »)

290Soc. 29 juin 1999, n° 97-40-426, *Bull. Civ. V.* n° 315.

maladie de nature professionnelle : une telle résiliation est frappée de nullité²⁹¹.

2 - Interdiction de renoncer à ses droits du licenciement au moyen d'une rupture négociée

Dans un souci de protection du salarié, la Cour de cassation annule les ruptures amiables conclues entre les parties en présence d'un litige, et pour cause, le salarié ne peut renoncer à ses droits issus des dispositions protectrices en matière de licenciement.

80. Absence de litige lors de la rupture du contrat de travail. La Cour de cassation a précisé à l'occasion d'un arrêt du 5 octobre 1999²⁹² que la rupture d'un commun accord n'est valide qu'en l'absence de litige entre les parties contractantes. En l'espèce, un salarié refuse sa mutation considérant qu'elle constitue une modification de son contrat de travail. Les parties concluent un « protocole d'accord transactionnel » constatant la rupture et prévoyant le versement d'une indemnité au salarié. La Cour de cassation a estimé en l'espèce qu'un litige existant entre les parties, l'accord était une transaction sur les conséquences de la rupture, mais que celle-ci, passée avant la notification du licenciement, était nulle. Elle confirmera sa décision avec l'arrêt *Nayach* rendu le 26 octobre 1999²⁹³ de manière très explicite : « *l'acte ne pouvant constituer ni une rupture d'un commun accord en l'état d'un litige existant entre les parties, ni même une transaction qui ne pouvait intervenir qu'une fois le licenciement prononcé dans les conditions requises par l'art. L112-14-1 du code du travail* ». La Cour a également déclaré nulle la résiliation conventionnelle survenue au lendemain d'un entretien préalable de licenciement²⁹⁴. La position de la Cour de cassation est très claire, en présence d'un litige les parties ne peuvent rompre leur contrat d'un commun accord, seule une transaction suivant une rupture « intervenue et définitive » et portant sur les

291 Soc. 4 janv. 2000, n° 97-44.566, *Bull. Civ. V* n° 3 – Soc. 6 févr. 2001, n° 98-46.068.

292 Soc. 16 mai 2007, n° 06-41.850 – Soc. 22 mars 2007, n° 04-47.133 – Soc. 11 févr. 2009, n° 08-40.095 ; *RJS* 2009, n° 322 ; *Dr. Soc.* 2009, p. 557, note RADE (Ch.).

293 *Bull. Civ. V*, n° 411 ; *D.* 2000. 384, obs. P. Fadeuilhe ; *Dr. soc.* 2000. 178, note RADE (Ch.) – Soc. 11 févr. 2009, *Bull. civ. V*, n° 43 ; *Dalloz actualité*, 3 mars 2009, obs. INES (B.) ; *Dr. soc.* 2009. 557, note RADE (Ch.).

294 Soc. 5 dec. 2001, n° 00-40.516 – Soc., 6 mai 1998, n° 96-40.610.

PARTIE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, OUTIL DE SORTIE DE L'EMPLOI

conséquences de la rupture, est envisageable²⁹⁵. L'intérêt de cette jurisprudence, au-delà de la clarification textuelle des notions, est la protection du salarié. En cas de conflit, l'employeur peut être tenté de proposer un accord amiable au salarié plutôt que d'engager la procédure de licenciement. De plus la présence d'un litige entre les parties n'est-elle pas incompatible avec une « *volonté claire et non équivoque* »²⁹⁶ de mettre fin d'un commun accord au contrat de travail ? Le choix du salarié aurait-il été le même en l'absence de litige ? Lors de l'affaire précédemment citée le salarié n'aurait certainement pas souhaité rompre son contrat si l'employeur ne lui avait pas proposé une modification de son contrat de travail. S'appuyant sur cette hypothèse il semble très simple pour un employeur de créer une situation propice à la rupture d'un commun accord²⁹⁷. Cette décision empêche que le salarié renonce par avance au droit de se prévaloir des règles impératives sur le licenciement²⁹⁸. Cependant cette jurisprudence éteint tout intérêt à la conclusion d'une rupture amiable. En effet si l'employeur est à l'initiative de la rupture il doit respecter les dispositions légales sur le licenciement ; *A contrario* si le salarié souhaite rompre le contrat de travail en dehors d'un contexte conflictuel, il peut démissionner. Le conflit sera souvent implicite et conduira à l'ouverture des négociations. Toutefois la chambre sociale admet des exceptions au principe. Dans un arrêt isolé mais évocateur, la chambre sociale a admis la licéité d'une résiliation conventionnelle dans un contexte conflictuel suite à la constatation que l'accord résultait de pourparlers « *minutieux et précis* » et d'une négociation entre les avocats des deux parties.

Aussi, la rupture amiable peut intervenir malgré la simultanéité d'un litige à condition que le salarié ait été informé de ses droits et qu'il soit à l'origine de cette rupture. Cette

295Pour les développements concernant la transaction, v. *infra*.

296Cette formulation utilisée pour la démission, reprise pour la rupture amiable du contrat de travail : « *La rupture d'un commun accord du contrat de travail à durée déterminée suppose l'existence d'une volonté non équivoque et certaine de chacune des parties de mettre fin audit contrat* » (Soc. 10 avril 2002, n° 00-43.546).

297Dès 1996 le Professeur Blaise avait envisagé cette hypothèse et conclu : « *si les circonstances de fait font apparaître que c'est l'employeur qui a pris l'initiative de provoquer la négociation ayant conduit à l'accord amiable, il n'est pas interdit de considérer qu'il y a eu de sa part initiative de la rupture, ce qui, quant au fond, équivaut à un licenciement* ». (« Rupture amiable et transaction : une distinction délicate en droit du travail », *Dr. Soc.*, 1996, p. 33)

298Prohibé par l'art. L. 1231-4 nouv. C. trav..

TITRE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE EMPRUNTE AU DROIT DES CONTRATS

solution ressort d'un arrêt du 21 janvier 2003²⁹⁹ de la chambre sociale de la Cour de cassation. En l'espèce un salarié occupant les fonctions de responsable de bureau d'étude saisit le Conseil de prud'hommes pour obtenir la résiliation de son contrat de travail et le paiement des indemnités subséquentes ; en cours d'instance est conclu un « protocole d'accord » réglant les conditions de la rupture et ses conséquences pécuniaires. Le salarié invoque la nullité de l'accord en le qualifiant de transaction et réclame le paiement des indemnités de rupture et de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Deux arguments laissent penser que le salarié aurait gain de cause : d'une part l'interdiction de rompre et de transiger dans le même acte, et d'autre part, la présence d'un litige entre les parties. Pourtant la Cour de cassation a retenu que le contrat de travail avait été rompu d'un commun accord car le salarié était à l'initiative du départ négocié et que les parties avaient été pleinement informées de leurs droits par l'intermédiaire de leurs avocats³⁰⁰. Cette décision reste isolée, toutefois elle prouve que ce critère de distinction n'est pas sans faille. Ces jurisprudences, créatrices de conditions spéciales viennent compléter un dispositif d'ensemble chargé de limiter les possibilités de résiliation amiable.

B - Interdiction au nom de l'absence d'intégrité du consentement

81. La qualité du consentement. Comme dans tout contrat, le consentement des parties ne doit pas être vicié³⁰¹. L'attention du juriste lors d'une résiliation amiable en droit du travail porte sur le consentement du salarié. La subordination juridique inhérente à toute relation de travail rend suspecte le consentement du salarié, désigné comme partie faible. Pour que le consentement soit valable, l'accord du salarié ne doit pas avoir été obtenu par erreur, dol ou violence³⁰². A défaut plane la menace d'une annulation de l'accord de résiliation. Pour preuve, lors d'une rupture d'un commun accord d'un contrat à durée

299Soc. 21 janv. 2003, *Gomez*, p. 547, obs. COUTURIER (G.).

300« *Attendu, ensuite, que la Cour d'appel a constaté que l'objet de la convention litigieuse conclue entre les parties par l'intermédiaire de leur avocat respectif, dûment mandaté à cet effet, à la suite de pourparlers minutieux et précis, était de mettre fin d'un commun accord à leurs relations contractuelles dans le cadre d'un départ négocié à l'initiative du salarié ; qu'au vu de ces constatations d'où il résultait que les parties étaient pleinement informées de leurs droits et que ceux du salarié avaient été préservés, la Cour d'appel, sans encourir les griefs du moyen, a légalement justifié sa décision* ».

301Art. 1128 c. civ.

302Soc. 5 mars 1986, *Bull. Civ.* 1986, V. n° 60.

PARTIE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, OUTIL DE SORTIE DE L'EMPLOI

déterminée la Cour de cassation a demandé au juge du fond qu'il caractérise la volonté claire et non équivoque des parties de mettre fin au contrat de travail³⁰³. La Cour de cassation adopterait certainement la même solution pour une rupture amiable d'un contrat à durée indéterminée. L'un des outils offerts par les règles civilistes demeure la théorie des vices du consentement. L'erreur et la violence sont les deux vices les plus courants en matière de rupture amiable.

L'erreur³⁰⁴ peut être invoquée par le salarié lorsque celui-ci n'a pas compris la signification de la convention signée ou la réelle portée de celle-ci. Elle peut porter sur l'appréciation des conséquences d'une résiliation amiable, notamment sur les droits à l'assurance chômage. Prenons l'exemple d'un salarié qui rompt son contrat d'un commun accord, ignorant que ce mode de rupture n'ouvre pas droit aux allocations chômage, de sorte que s'il avait su il n'aurait pas accepté la rupture amiable. Dans cette hypothèse l'erreur du salarié est déterminante et de nature à vicier la convention. Pour certains auteurs³⁰⁵ l'employeur en tant que professionnel est tenu à une obligation de renseignement envers son salarié pour prévenir tout vice de consentement. Par ailleurs les juges sanctionnent un employeur ayant fourni une information erronée³⁰⁶. L'erreur est susceptible d'annuler la convention de rupture pour vice de consentement et par conséquent entraîner la requalification en licenciement sans cause réelle et sérieuse donnant lieu à des dommages et intérêts pour le salarié.

Egalement la violence peut être présente lors de la conclusion d'un accord de rupture amiable³⁰⁷. Le code civil n'apporte que peu de précisions sur sa définition précise – un flou persistant après la réforme du droit des contrats puisque l'ordonnance se contente de reprendre les dispositions de l'ancien article 1142 du code civil – laissant ainsi une marge d'appréciation aux juges. Les deux éléments qui prédominent sont : un événement inspirant la crainte du pire faisant impression sur une personne « raisonnable ». Il peut s'agir de violence physique émanant de l'employeur afin de contraindre le salarié à accepter la

303Soc. 21 mars 1996, n° 93-40.192.

304Art. 1132 C. civ.

305VATINET (R.), « Le mutuus dissensus », *RTD civ.* 1987, p. 252.

306Soc., 19 déc. 1990, *Sté Seipel c. Laurendeau*, *RJS* 1991, p. 611.

307Art. 1111 C. civ.

TITRE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE EMPRUNTE AU DROIT DES CONTRATS

rupture d'un commun accord³⁰⁸, mais en général, elle se concrétisera par des menaces ou pressions psychologiques. Parmi les exemples d'annulations de convention de rupture, on peut citer la rupture amiable obtenue sous la pression résultant de faits de harcèlement³⁰⁹.

Au demeurant, la violence économique constitue un véritable terrain de prédilection pour les opposants à la rupture amiable. En effet la chambre sociale de la Cour de cassation reconnaît la violence économique « contrainte » comme une cause de nullité³¹⁰ tout en précisant que le simple constat de l'état de dépendance ne suffit pas à caractériser le vice du consentement³¹¹. Par ailleurs, la violence économique vient de faire son entrée dans le code civil consacrée par l'ordonnance de réforme des contrats³¹². L'article 1143 consacre définitivement le vice de violence résultant d'un « état de dépendance » dont il précise les contours. Dans le prolongement de la solution jurisprudentielle, le législateur retient que l'état de dépendance ne suffit pas à caractériser un vice du consentement et qu'il convient également de prouver que l'employeur a abusé de cet état de sorte que le salarié n'aurait pas accepté en l'absence de dépendance et que l'employeur en a tiré un « avantage manifestement excessif ». Bien que les termes retenus varient sensiblement par rapport à ceux des juges, il paraît peu probable que l'article entraîne un tsunami jurisprudentiel en matière de rupture d'un commun accord.

A l'inverse l'avant projet de réforme de Code européen des contrats proposait un autre vice du consentement pour remplacer celui de violence, défini en ces termes : « *tout contrat par lequel une des parties, abusant de la situation de danger, de nécessité,*

308Un acte de rupture d'un commun accord a été frappée de nullité suite à des faits de harcèlement sexuel (Soc. 30 nov. 2004, *Bull. Civ. V*, n° 303).

309Soc. 30 nov. 2004, n°03-41.757 ; *Lexbase Hebdo éd. Soc.* N° 147 du 16 déc. 2004, commentaire WILLMANN (CH.).

310Soc. 30 mai 2000, D. 2000, p. 879 note CHAZAL (J.-P.).

311Civ. 1re, 3 avr. 2002, n° 00-12932 ; *Recueil Dalloz* 2002, 1860, concl. GRIDEL (J.-P.), 1862, note CHAZAL (J.-P.), et 2844, obs. MAZEAUD (D.) ; *RTD civ.* 2002, 502, obs. MESTRE (J.) FAGES (B.) ; Defrénois 2002, 1246, obs. SAVAUX (E.). La Cour de cassation admet, au visa de l'article 1112 du Code civil, que « *l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement* », même si elle estime qu'en l'espèce la Cour d'appel n'a pas suffisamment caractérisé ces éléments constitutifs. LOKIEC (P.), « Garantir la liberté du consentement contractuel », *Dr. Soc.* 2009, p. 127.

312Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

d'incapacité de comprendre et de vouloir, d'inexpérience, d'assujettissement économique ou moral de l'autre partie, fait promettre ou fournir à elle-même ou à des tiers une prestation ou d'autres avantages patrimoniaux manifestement disproportionnés par rapport à la contrepartie qu'elle a fournie ou promise ». Ce nouveau vice, englobant celui de violence, confirme la protection de la partie faible. Appliqué aux départs négociés, le salarié n'aurait pas de difficulté à prouver le déséquilibre d'une convention de rupture amiable en période de crise économique³¹³.

Malgré l'absence d'une réglementation spécifique en droit du travail, la rupture amiable est considérée comme un mode autonome de rupture du contrat de travail. Néanmoins son origine civiliste est difficilement compatible avec l'ensemble des règles édictées par le législateur afin de protéger les intérêts des salariés. Ainsi, les tribunaux sont venus suppléer le législateur en encadrant strictement le principe de liberté contractuelle attaché à celle-ci. Toutefois, si la rupture amiable est un mode de rupture admis et encadré elle connaît aujourd'hui une application résiduelle.

§ 2. La marginalisation de la rupture amiable civiliste en droit du travail

82. Un intérêt certain pour la voie consensuelle. La rupture amiable constitue un mode de rupture alternatif au licenciement et à la démission, répondant à des situations très concrètes. Mécontente, incompatibilité d'humeur, une relation professionnelle peut se déliter sans qu'il soit nécessaire de désigner un coupable. Dans ce cas il est toujours possible de défendre le recours aux modes unilatéraux traditionnels mais l'un ferme la porte aux droits sociaux, et l'autre crée le risque d'un contentieux. Et puis si la décision est commune, pour quelle raison l'un s'exposerait-il à une situation préjudiciable ? La voie consensuelle est alors une issue de sortie afin d'éviter une rupture qui pourrait s'avérer conflictuelle. L'intérêt pour la voie consensuelle s'illustre parfaitement avec le succès des plans de départs volontaires. L'explication est simple, salariés et employeurs y trouvent leurs comptes ! Du côté des salariés l'avantage est principalement financier puisqu'ils s'assurent une indemnité confortable et le bénéfice des allocations chômage. Pour l'employeur, bien que coûteux, les PDV sont des dispositifs permettant de réduire leur masse salariale dans un climat apaisé et de limiter les risques de contentieux. Un

313 Avant projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 15 juin 2007.

accord gagnant gagnant qui n'apparaît toutefois pas dans le cadre individuel de la rupture amiable.

83. Une application très spécifique. Avant la naissance d'un régime juridique spécifique en 2008, la résiliation amiable individuelle représentait une application quasi inexistante en droit du travail. Il est vrai que le silence du législateur associé à l'interventionnisme des juges n'encourageaient pas l'intérêt pour ce mode de rupture **(I)**. La création d'un nouveau cadre juridique obligatoire attaché à la rupture conventionnelle a marginalisé encore davantage la rupture amiable civiliste en droit du travail. Désormais son emploi est circonscrit aux rares exceptions où le régime autonome de la rupture conventionnelle n'est pas autorisé **(II)**.

I - Les insuffisances de la rupture amiable civiliste

Après un débat passionné au sein de la doctrine sur la licéité de la rupture amiable en droit du travail, on pouvait s'attendre à un certain engouement pour ce mode de rupture. Pour autant le succès de la pratique des départs volontaires contraste avec la mise à l'écart de la rupture amiable fondée sur l'article 1193 du code civil au plan « personnel ». Plusieurs explications peuvent être avancées. En premier lieu l'absence d'un cadre législatif qui oblige le juge à établir un cadre au gré des cas d'espèces soumis à son interprétation, créant ainsi une certaine insécurité juridique, risque particulièrement craint par les entreprises **(A)**. En second lieu un dispositif désincitatif, hors cadre économique, en raison de contreparties financières légalement inexistantes **(B)**.

A - Interventionnisme du juge

84. Interventionnisme du juge et champ d'application réduit. En l'absence d'un dispositif législatif c'est la jurisprudence qui encadre ce mode de rupture. L'idée est d'empêcher le contournement des règles impératives tout en offrant aux salariés des garanties suffisantes. Dans cette mission les juges se sont largement inspirés du droit du licenciement. Cela s'explique par l'idée que ce mode de rupture ne doit pas permettre à l'employeur d'échapper aux dispositions sur le licenciement et aux garanties salariales qui y sont attachées. En conséquence, la chambre sociale de la Cour de cassation, au fil de ses arrêts, a considérablement réduit le domaine de la résiliation amiable. Après avoir consacré la défense du statut des représentants du personnel, elle a interdit le recours à ce

PARTIE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, OUTIL DE SORTIE DE L'EMPLOI

mode de rupture s'agissant des salariés protégés en raison de leur état de santé. L'obligation de conclure une rupture amiable en dehors de tout litige réduit considérablement l'intérêt de celle-ci. Outre la réduction du champ, la Cour de cassation a mis en place des conditions particulières. La rupture amiable, quel que soit le motif, ne tombe pas dans le champ d'application de l'article L. 1232-1 du Code du travail qui confie au juge le soin d'examiner le caractère réel et sérieux du motif allégué par l'employeur pour rompre le contrat de travail. Toutefois si les tribunaux respectent le principe de la liberté contractuelle lorsque la rupture est fondée sur un motif personnel, tel n'est pas le cas quand ils sont en présence d'une rupture liée à la situation économique de l'entreprise. La rupture amiable, de nature civiliste, répond au principe de la liberté contractuelle. Ainsi les parties qui ont conclu le contrat sont les seules autorisées à le rompre, sans motif, ni formalisme particulier. Néanmoins la relation de travail nécessite des protections particulières au profit de la partie faible, le salarié. Ce principe est d'autant plus important lorsqu'il s'agit de garantir la volonté du salarié. Ce domaine, à la différence du droit de la consommation qui fait figure de modèle, le droit du travail n'en fait pas un objectif prioritaire. Il limite la volonté contractuelle par le jeu de l'ordre public. A l'occasion de la rupture amiable c'est le juge qui est chargé du respect des dispositions impératives³¹⁴. Cependant pour un salarié hors statut qui rompt son contrat de travail par une rupture amiable, est-il possible de garantir son consentement ? Lors d'une démission la volonté du salarié de rompre le contrat est suffisante. En effet il n'existe ni motif, ni formalisme, garantissant le consentement de celui-ci. En revanche il peut agir contre son employeur si sa décision a été viciée. Donc le seul recours possible est la théorie des vices du consentement. En l'absence d'un encadrement législatif la jurisprudence applique les mêmes principes à la rupture amiable. Ainsi, doit-on considérer que la volonté du salarié est identique lors d'une démission, que lors d'une rupture amiable ? La différence essentielle est l'initiative qui de façon terminologique, ne se pose pas à propos d'une démission. Si le salarié est à l'initiative de la rupture amiable, pourquoi ne démissionne-t-il pas ? A l'inverse si c'est l'employeur qui est à l'initiative, pourquoi n'engage-t-il pas une procédure de licenciement ? Egalement le consensus lors de la rupture n'éteint pas l'action du salarié en vue de contester la validité de la rupture amiable et d'obtenir la requalification de celle-ci en licenciement sans cause réelle et

314LOKIEC (P.), « Garantir la liberté du consentement contractuel », *Dr. Soc.* 2009, p. 127.

TITRE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE EMPRUNTE AU DROIT DES CONTRATS

sérieuse³¹⁵. En effet elle n'a pas l'autorité de la chose jugée en dernier ressort, et ne constitue pas en tant que telle une fin de non-recevoir à une réclamation ultérieure. Or l'absence de contrôle « à priori » jette un doute sur l'accord et incite parfois le salarié à contester celui-ci par la suite. Enfin l'intervention intempestive du juge dans ce domaine a créé une insécurité juridique poussant de nombreux employeurs à privilégier le licenciement, ou sécuriser la rupture amiable en l'associant avec une transaction. Néanmoins ce qui est vrai pour la rupture amiable pour motif personnel, ne l'est pas lorsque les motifs sont d'ordre économique.

85. Interventionnisme du juge et sécurité juridique. La rupture amiable pour motif économique doit une partie de son succès à la sécurité juridique qu'elle confère à l'employeur. En effet, la chambre sociale de la Cour de cassation n'autorise pas le salarié à contester en justice la cause économique de son contrat lorsque la rupture est intervenue par consentement mutuel³¹⁶. Une exclusion qui, ajoutée à celles relatives à l'ordre des licenciements et à la motivation de la rupture, réduit considérablement les risques de contentieux judiciaires pour l'entreprise. Le salarié doit nécessairement prouver une fraude ou un vice de son consentement. Or la convention signée entre l'employeur et le salarié s'inscrivant généralement dans un processus négocié avec les partenaires sociaux, le salarié peut difficilement demander l'annulation pour vice du consentement. Les primes accordées aux salariés ont un prix !

B - Des contreparties financières peu engageantes

86. Rupture d'égalité entre les salariés. En premier lieu il est important de souligner la rupture d'égalité entre un salarié acceptant une rupture amiable pour motif personnel, et celui dont la rupture d'un commun accord est fondée sur des motifs économiques. Ce constat résulte de la volonté des juges, consacrée par le législateur, à imposer les garanties du licenciement économique à une période où le taux de chômage augmente. Dès lors, alors que les garanties salariales sont avantageuses lors d'une rupture amiable pour motif économique elles sont inexistantes lorsque le motif est personnel.

315Soc. 6 avril 2004, n° 02-40.849, *Sté Discac c/ Lestage*.

316Soc. 8 févr. 2012, n°10-27.176 ; *D.* 2012. 559 ; *JCP S* 2012, n° 15, 1167, commentaire FAVENNEC (F.) ; GEA (F.), « Point de contestation de la cause économique en cas de rupture amiable », *RDT* 2012, 220.

87. Contreparties chimériques pour la rupture amiable fondée sur un motif personnel. La rupture amiable ne s'analysant ni comme une démission, ni comme un licenciement, elle est exclue de toute indemnité et de tout préavis à la charge aussi bien de l'employeur que du salarié. A la différence du licenciement, le salarié volontaire à la rupture de son contrat de travail ne bénéficie donc pas d'une indemnité de rupture. Il n'est au demeurant pas surprenant que salarié et employeur conviennent d'associer leur rupture à une transaction, garantissant ainsi un dédommagement financier au salarié et la gestion du risque contentieux pour l'employeur. L'absence d'indemnisation financière obligatoire suivant la rupture peut ainsi être compensée par une indemnité transactionnelle, qui présente le double avantage de dédommager le salarié tout en assurant l'employeur d'un risque contentieux, à l'inverse des allocations chômage. En effet, la rupture, lorsqu'elle revêt un caractère personnel, n'ouvre pas droit au bénéfice des allocations chômage réservées aux seuls salariés « involontairement privés d'emploi »³¹⁷. Le régime applicable s'apparente ni plus ni moins à une démission³¹⁸. De ce fait, il semblerait suspicieux qu'un employeur et un salarié optent pour la rupture *mutuus dissensus* plutôt qu'un « licenciement transactionnel ».

88. Départs négociés : bénéfices du droit du licenciement économique. *A contrario* le départ négocié, c'est à dire un appel au volontariat des salariés souhaitant rompre leur contrat en échange d'une contrepartie financière, peut être une opération particulièrement avantageuse financièrement pour le salarié. A titre d'exemple en 2014 l'entreprise La Redoute proposait aux volontaires une indemnité plancher de 12000 euros majorée de 750 euros par année d'ancienneté. Un montant dans la moyenne des plans de départs volontaires mais qui peut considérablement augmenter lorsque l'entreprise souhaite réduire ses effectifs en s'épargnant une contestation du corps social. Pourtant l'obligation indemnitaire imposée par la jurisprudence³¹⁹ à l'employeur se limite à l'équivalent de l'indemnité de licenciement. Le bénéfice financier, bien supérieur à l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement, n'a pas laissé les salariés indifférents, ce qu'a d'ailleurs

317Circ. Unedic n° 01-08 du 28 sept. 2001.

318A l'exception des démissions dites « légitimes » qui ouvrent droit aux allocations d'assurance chômage. C'est la Commission paritaire nationale de l'Unedic qui fixe la liste des situations dans lesquelles il est estimé que le salarié avait de justes raisons pour quitter son emploi.

319Soc. 5 mars 1986, *Juan*, Bull. Civ. V, n° 60.

TITRE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE EMPRUNTE AU DROIT DES CONTRATS

souligné le professeur Pelissier « *la réussite de la quasi totalité des expériences de départs négociés montre que les salariés ne sont pas hostiles à ces pratiques* »³²⁰. Enfin, bien qu'en principe le bénéfice des allocations chômage soit réservé aux salariés involontairement privés d'emploi, cette solution n'est pas généralisée à tous les cas de rupture négociée. Lorsque le salarié quitte l'entreprise pour des raisons économiques, dans le cadre d'un départ négocié, il bénéficie des allocations chômage. Le raisonnement soutenu par l'organisme est que la relation de travail aurait en tout état de cause été appelée à cesser. Dès 1987, dans sa directive du 31 mars, l'Unedic recommandait aux caisses de faire une distinction selon le motif invoqué, et d'examiner avec bienveillance les ruptures fondées sur un motif économique. Une position justifiée par l'idée que la période de chômage est involontaire en raison de son caractère inévitable à plus ou moins long terme compte tenu des difficultés économiques de l'entreprise. Cette solution est reprise par l'assurance chômage qui en 1997³²¹ étend à toutes les formes de rupture du contrat de travail pour motif économique, le bénéfice du revenu de remplacement attribué aux salariés involontairement privés d'emploi.

Les différences de régimes entre rupture amiable hors contexte économique et pour motif économique ont eu un rôle important dans la croissance de l'une et le non-usage de l'autre. Sur ce constat les partenaires sociaux suivis du législateur ont créé un régime spécifique à la rupture par consentement mutuel en prenant largement en compte les insuffisances de la rupture amiable adaptée à la relation salariale. L'adoption d'un régime spécifique a rapidement posé la question de la disparition pratique de la rupture amiable de droit commun.

II - Le caractère résiduel de la rupture amiable de droit commun en droit du travail

Sous la pression du patronat, l'accord national professionnel du 11 janvier 2008 qui souhaitait « *privilégier les solutions négociées à l'occasion des ruptures du contrat de travail* » a modernisé la traditionnelle rupture amiable. La rupture d'un commun accord version travailliste a donné des garanties aux salariés ainsi qu'à l'employeur et s'est

320PELISSIER (J.), « Les départs négociés », *Dr. Soc.* 1981, p. 228.

321Circ. UNEDIC n° 97-06 du 17 avril 1997. Confirmée par le règlement général de l'UNEDIC annexé à la convention du 6 mai 2011.

rapidement imposée aux côtés de la démission et du licenciement. C'est dans ce contexte, que la rupture amiable civiliste a en pratique progressivement disparu. Toutefois, il restait à trancher la question de son application lorsque les conditions d'une rupture conventionnelle étaient réunies. Existait-il un principe de faveur destiné à imposer à toute convention de rupture amiable la procédure spécifique issue des dispositions de l'article L. 1237-11 du code du travail ? La Cour de cassation s'est prononcée avec force en faveur de la consécration de la rupture conventionnelle aux dépens de la rupture amiable de droit commun (A). Toutefois, il existe quelques exceptions à l'application générale de la procédure conventionnelle pour lesquelles la rupture amiable civiliste demeure (B).

A - Impérativité du régime de rupture conventionnelle

89. La question de la coexistence des ruptures amiable et conventionnelle. Au lendemain de l'entrée dans notre corpus juridique de la rupture conventionnelle, la question du droit des parties à conclure une rupture conventionnelle selon les modalités antérieures s'est rapidement posée. Dans la mesure où en application de l'article L. 1221-1 du Code du travail le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun, rien légalement n'interdisait employeurs et salariés à se fonder sur les dispositions du droit commun pour mettre un terme à la relation de travail d'un commun accord. Très vite la majorité de la doctrine³²² a développé l'idée que, la procédure issue des dispositions de l'article L. 1237-11 du code du travail ayant été créé pour garantir le consentement du salarié, elle revêtait un caractère impératif et de ce fait les ruptures d'un commun accord conclues sans homologation -autorisation pour les salariés protégés par un mandat représentatif- devaient être annulées. Au demeurant, selon le principe *specialia generalibus derogant*, la spécificité du mode de rupture travailliste prévaut sur la généralité de la technique civiliste. Cependant, la question semblait davantage théorique que pratique, tant, en comparaison avec le régime juridique de la rupture conventionnelle, celui de la rupture amiable n'était pas avantageux pour le salarié comme pour l'employeur.

322COUTURIER (G.), « Les ruptures d'un commun accord », *Dr. Soc.* 2008. 923 ; RADE (C.), « Retour sur une espèce en voie de disparition : la rupture amiable du contrat de travail », *Droit social* 2009. 557 ; CESARO (J.F.), « La résiliation conventionnelle des contrats de travail », *Dr. Soc.* 2011. 650 ; JEAMMAUD (A.), « Consentir » in *La volonté du salarié*, T. Sachs (dir.), Dalloz, 2012, p. 65.

90. Consécration de l'impérativité du régime de la rupture conventionnelle.

Finalement, la question a été posée à la Cour de cassation qui a jugé que la rupture du contrat de travail par accord des parties ne peut intervenir que dans les conditions prévues à l'art. L. 1237-11 du code du travail³²³. Cette solution prend tout son sens lorsque l'on envisage la situation du salarié au niveau des incidences financières de la rupture amiable. Comme il a été évoqué ci-dessus, la rupture amiable, du moins lorsqu'elle est faite pour un motif personnel, s'avère financièrement désavantageuse, voire désastreuse, pour le salarié. Si une indemnité de rupture peut être librement négociée, la rupture amiable a également des conséquences sur les suites de celle-ci. Afin d'éviter toute confusion dans l'esprit du salarié qui consent à la rupture d'un commun accord, il paraissait indispensable de clarifier la situation.

S'agissant de la sanction, en l'espèce la chambre sociale a approuvé, à juste titre, la décision des juges du fond selon laquelle la rupture devait s'analyser en un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Cette décision a toutefois été contestée³²⁴, considérant que l'absence d'homologation par l'autorité administrative est sanctionnée par la nullité de la convention ; dès lors, comme pour l'autorisation administrative du salarié protégé en cas de licenciement, la nullité de la décision administrative devrait emporter la nullité de la rupture. Toutefois, la nullité de la convention n'est pas la sanction la plus adaptée, notamment parce qu'il est illusoire d'envisager une potentielle réintégration dans l'entreprise.

Avec cette décision le juge social réaffirme, s'il eut été besoin, le rôle protecteur du droit du travail. La rupture amiable civiliste s'efface ainsi au profit de la version travailliste, qui, si elle ne souffre d'aucune réserve, admet toutefois quelques exceptions à son application.

323 Soc. 15 octobre 2014, n° 11-22.251, *D.* 2014, 2118 ; *Dr. Soc.*, 2014, 1066, obs. MOULY (J.) ; *RDT* 2014, 752, obs. LUCAS BENTO DE CARVALHO ; *La lettre juridique* 11/14, n° 589, commentaire TOURNAUX (S.) ; *Dr. Soc.* 2015, 32, commentaire COUTURIER (G.).

324 LUCAS BENTO DE CARVALHO, *RDT* 2014, 752.

B - Maintien de la rupture amiable « libre »

Si le régime attaché à la rupture conventionnelle constitue désormais le droit commun de la rupture amiable du contrat à durée indéterminée, la rupture amiable fondée sur l'article 1193 du code civil n'a toutefois pas disparu en matière de rupture du contrat de travail à durée indéterminée³²⁵. En effet elle conserve un champ d'application circonscrit aux exceptions de la rupture conventionnelle, c'est à dire dans le cadre des accords de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, des plans de sauvegarde ainsi que des plans de départs volontaires.

L'article L. 1237-16 du code du travail vise deux exceptions à l'application du régime de la rupture conventionnelle, à savoir les ruptures résultant soit d'un accord de gestion prévisionnelle de l'emploi, soit d'un plan de sauvegarde de l'emploi³²⁶. Le législateur a estimé que les règles encadrant le plan de sauvegarde de l'emploi et la gestion prévisionnelle des compétences étaient de nature à assurer le consentement du salarié, et qu'en conséquence le régime de la rupture conventionnelle ne devait pas s'appliquer.

Alors que le code du travail encadre strictement le licenciement ainsi que la démission, la rupture amiable fondée sur les dispositions civilistes apparaît comme un mode de rupture du contrat sans régime juridique. L'absence de référence dans le code du travail est partiellement compensée par la jurisprudence qui au fil des arrêts a établi un socle de garanties pour le salarié. Si on peut se réjouir de la prise en compte de la volonté du salarié dans la rupture de son contrat, il est toutefois regrettable que son expression soit financièrement durement sanctionnée, lorsque la rupture sort du cadre économique. En effet, ce qui est vrai pour la rupture amiable pour motif personnel s'avère inexact pour le départ volontaire. La voie consensuelle ne souffre pas d'un désintérêt mais de l'absence d'un cadre juridique. La reconnaissance de la liberté des parties dans la rupture est une première étape dans le rapprochement du droit du travail du droit civil. Par ailleurs les parties retrouvent toute leur autonomie lorsqu'il s'agit de négocier les conséquences de la rupture du contrat de travail.

325Rappelons par ailleurs qu'elle reste le mode de rupture traditionnel du contrat à durée déterminée ainsi que du contrat d'apprentissage.

326V. *infra*. §117.

Section 2 - La transaction : un instrument post rupture

91. Intérêt de la transaction. Si la rupture amiable de droit commun a connu des difficultés en droit du travail, le principe de la négociation reste de mise à l'instar de la transaction. Pourtant en 1953 le doyen Boyer affirmait qu'en matière de « *contrat de travail, le domaine de la transaction est aujourd'hui très réduit en raison de la réglementation d'ordre public enserrant l'essentiel de la matière* »³²⁷. Cette affirmation ne pourrait être faite aujourd'hui si on juge l'importance de la transaction en droit du travail, plus particulièrement à l'occasion de la rupture du contrat de travail. Par ailleurs ce constat est d'autant plus étonnant que parallèlement les procédures de conciliation et de médiation organisées par le code du travail sont très rarement appliquées. La transaction se définit comme un contrat par lequel les parties mettent un terme à une contestation née ou à naître. La chambre sociale de la Cour de cassation a admis sa licéité pour régler les conséquences de la rupture du contrat de travail à l'occasion d'un arrêt rendu le 18 mai 1953³²⁸. Cependant son admission en droit du travail a suscité le doute des commentateurs. Si certains craignaient que la protection du salarié devienne illusoire³²⁹, d'autres affirmaient que la réglementation par le code du travail du reçu pour solde de tout compte était un obstacle à l'utilisation d'un autre mode de règlement des conflits³³⁰. Néanmoins il était difficile d'exclure ce mode de règlement amiable des litiges

327Encycl. Dalloz, Rép. dr. Civil, V « Transaction », n° 160 cité par A. Arseguel, « Rupture d'un commun accord et transaction : une interaction fructueuse », In : *Mélanges dédiés à Louis Boyer*. Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, p. 1.

328Soc.18 mai 1953, *Bull. Civ. V*, n° 379.

329LYON-CAEN (G.), *Le salaire*, 2ème éd., Dalloz 1981, p 481 et suiv.

330Le reçu pour solde de tout compte est un document que remet l'employeur à son salarié lors de la rupture du contrat de travail, relatant l'ensemble des sommes versées par l'employeur à cette occasion. La particularité de ce document concerne en premier lieu sa fonction libératoire. En effet en signant ce document le salarié reconnaît qu'il renonce à toute réclamation ultérieure. Afin de limiter les dangers pour le salarié le législateur avait d'une part conditionné cet effet libératoire à des conditions de formes, et d'autre part accordé la possibilité au salarié de le dénoncer dans un délai de deux mois. Suite à de nombreux contentieux le législateur était à nouveau intervenu avec la loi de modernisation du 17 janvier 2002 en supprimant l'effet libératoire du reçu pour solde de tout compte. En limitant la valeur juridique du reçu pour solde de tout compte le législateur confirmait la jurisprudence protectrice de la Cour de cassation : « *la signature d'un reçu pour solde de tout compte ne peut valoir renonciation au droit de contester le bien fondé du licenciement ou le niveau des indemnités* ». Finalement la loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008 a encore modifié le régime du reçu pour solde de tout compte en rétablissant le caractère libératoire. Désormais le délai de dénonciation est de 6 mois, et l'effet libératoire s'applique seulement aux sommes mentionnées dans l'acte. Il ne s'agit pas d'un retour au régime antérieur à la loi de 2002, néanmoins la même question demeure :

PARTIE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, OUTIL DE SORTIE DE L'EMPLOI

alors que le législateur favorise la conciliation lors de l'instance prud'homale.

De plus elle présente de nombreux avantages sur le plan pratique : elle garantit aux parties un règlement rapide de leur litige en évitant les longueurs, les frais ainsi que les aléas d'un contentieux judiciaire, et assure la confidentialité aux parties. Enfin, cette solution est parfois préférée à la voie judiciaire qui suscite la défiance d'une partie des citoyens³³¹. Dans un même temps l'employeur évite la mauvaise presse inhérente au règlement judiciaire d'un litige. Bien qu'ambivalente, la transaction reste un outil précieux, particulièrement efficace, lorsqu'elle est correctement employée. Utilisée avec un salarié informé de ses droits ou assisté d'un conseil, elle demeure l'outil de gestion par excellence. A l'inverse, elle est moins profitable lorsque le salarié ne dispose pas d'arguments de négociation, le seul risque contentieux ne justifiant pas pour l'employeur de conclure une transaction, sauf lorsqu'il s'agit de très petites structures.

La transaction revêt ainsi de nombreux bénéfices tant pour l'employeur que pour le salarié. Néanmoins compte tenu de son caractère civiliste, le juge social est intervenu afin de préserver les intérêts des salariés (**paragraphe 1**).

Pour autant le juge social ne peut rien lorsque les parties ont pris les précautions nécessaires lors de la rédaction de la convention. La transaction est alors un instrument

Doit-on considérer que la possibilité de régler les différends financiers à l'aide du reçu pour solde de tout compte exclut de fait la conclusion d'une transaction ? L'adage *Specialia generalibus derogant* est d'usage lorsque deux actes appliqués à une même situation produisent les mêmes effets. La transaction et le reçu pour solde de tout compte sont applicables aux relations de travail et produisent chacune un effet extinctif. Les tribunaux ont toujours admis que le reçu pour solde de tout compte ne supprime pas la possibilité de conclure une transaction : « *si l'idée de la transaction peut être à la base d'un accord conclu pour solde de tout compte, ce dernier ne supprime pas pour autant la possibilité entre employeur et salarié d'une transaction* ». Toutefois, les juges ont admis que lorsqu'une salariée signe un reçu pour solde de tout compte après avoir engagé une instance prud'homale, et que celui-ci se réfère à tous les chefs de la demande que la salariée avait formée devant la juridiction, alors la signature emporte renonciation de la salariée à ses demandes. Les juges ont retenu, que la Cour d'appel avait correctement interprété la « volonté commune des parties ». Ainsi la jurisprudence rapproche les deux actes dans leurs effets. Néanmoins la transaction et le reçu pour solde de tout compte sont deux actes distincts. En effet, le reçu pour solde de tout compte ne règle pas un litige mais constate seulement un versement. D'ailleurs à la différence de la transaction il ne s'agit pas d'une convention mais d'un acte unilatéral ne laissant aucune place à la négociation. L'absence de dénonciation par le salarié dans les six mois équivaut à une renonciation tacite de contester l'acte, mais n'éteint pas le litige. Egalement l'effet libératoire ne revêt ni un caractère général, ni définitif. Lors d'une transaction le salarié ne dispose pas d'« un délai de rétractation ». Pour ces raisons le reçu pour solde de tout compte n'exclut pas la possibilité de conclure une transaction pour les parties, et affecte peu l'intérêt de celle-ci.

³³¹Selon une enquête concernant les imperfections du système judiciaire les sondés ont regretté sa lenteur (90,4%), sa complexité (87%), son coût (75,4%), son archaïsme (72%) et son inaptitude à résoudre les problèmes (41,8%) ; F. Terre, « Sur l'image de la justice », in *Mélanges offerts à Pierre Drai, Le juge entre deux millénaires*, Paris, Dalloz, 2000, p. 121.

TITRE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE EMPRUNTE AU DROIT DES CONTRATS

redoutable de « déjudiciarisation » des conflits. Egalement, si elle ne produit en principe pas d'effets à l'égard des tiers à la convention, elle peut emporter des conséquences avantageuses pour les parties en matière d'indemnisation chômage (**paragraphe 2**).

§ 1. Un encadrement jurisprudentiel destiné à préserver les intérêts des salariés

A la suite d'une rupture du contrat de travail, employeur et salarié négocient souvent sur les conséquences de celle-ci en concluant une transaction. Pour reprendre l'expression de Charles Jarrosson, « *les contrats s'essayent en général à préciser un avenir encore nébuleux ; le contrat de transaction, lui, cherche le plus souvent à tirer un trait sur un passé houleux* »³³². L'acte présente l'intérêt d'éviter aux parties l'incertitude et la longueur d'un procès. La licéité de la transaction en droit du travail, malgré les doutes de certains commentateurs, a toujours été admise. Pour autant le juge social se montre particulièrement vigilant afin de garantir les droits des salariés. A ce titre ce dernier a peu à peu adapté l'outil civiliste aux spécificités du droit du travail. La validité de la transaction est soumise aux règles classiques de droit commun des contrats (**I**) auxquelles s'ajoutent des conditions spécifiques à la matière sociale concernant le moment de la transaction et le contenu de cette dernière (**II**).

I - Les règles de validité « empruntées » au droit commun des contrats

92. Conditions de validité issues du droit commun. Pour conclure une transaction il est nécessaire qu'il existe une situation contentieuse ou pré-contentieuse entre l'employeur et le salarié née au cours de la relation salariale ou à l'occasion de la rupture de celle-ci³³³. En dehors de tout litige, les parties ne peuvent pas transiger³³⁴. Par ailleurs la transaction doit avoir un objet certain³³⁵ ne laissant aucune place à d'éventuelles interprétations *a posteriori*. Ce dernier, comme la cause, ne doit pas tendre vers un résultat prohibé par la loi ou contraire à l'ordre public. De fait une transaction ne peut pas permettre à un salarié de renoncer à une éventuelle action en reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur suivant la

332JAROSSON (C.), « Les concessions réciproques dans la transaction », D. 1997, p. 267.

333Art. 2044 C. civ.

334Soc. 6 oct. 1965, *Bull. civ.* 1965, V, n° 620 – Soc. 19 juin 1968, *Bull. civ.* 1968, V, n°312.

335Soc. 18 mai 1999, *Bull. Civ.* V, n° 222 ; *RJS* 7/99, n° 917 – Soc. 14 janv. 2014, n° 12-27.284, *Bull. Civ.* V, n°6.

PARTIE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, OUTIL DE SORTIE DE L'EMPLOI

survenance d'un accident du travail³³⁶.

Enfin, la validité de la convention procède du respect des règles relatives à la capacité et au consentement des parties. En premier lieu pour transiger il est nécessaire que les parties présentent la capacité de disposer de l'objet de la transaction³³⁷. Un salarié peut librement négocier une transaction sous réserve qu'il ne renonce pas par avance aux dispositions d'ordre public visant à protéger son mandat³³⁸. Outre la capacité de transiger, se pose la question du pouvoir de transiger. La Cour de cassation admet logiquement que la transaction soit conclue entre un employeur et son salarié par l'intermédiaire de leurs avocats respectifs³³⁹. En second lieu les parties à la transaction doivent consentir de manière libre et éclairée. La transaction signée le surlendemain d'une opération chirurgicale est nulle³⁴⁰. Egalement le consentement ne doit pas avoir été vicié³⁴¹. Suivant les dispositions de l'article 1140 du code civil, la violence, lorsqu'elle a été déterminante du consentement, entraîne la nullité de la convention. La Haute-autorité retient par exemple qu'un climat de pression caractérise le vice de violence³⁴². Une transaction peut aussi être rescindée dans le cas où l'intention de tromper est établie et que des manœuvres dolosives ont été déterminantes dans la conclusion de la transaction³⁴³. La Cour de cassation a retenu le dol dans une espèce où le salarié licencié pour motif économique avait conclu une transaction suite à une fausse information de l'employeur relative aux conséquences fiscales de l'indemnité transactionnelle³⁴⁴. Enfin une erreur sur la personne ou l'objet de la contestation annule la convention entre les parties³⁴⁵.

336Civ. 2^eme, 1^{er} juin 2011, n° 10-20.178, *Bull. Civ. II*. N° 127.

337Art. 2045 c. civ.

338Soc. 5 févr. 2002, n° 99-45.861, *Bull. Civ. V*. n° 54 ; Sur la protection exceptionnelle et exorbitante des salariés investis de fonctions représentatives, v. *supra*. §78. Cf. WAQUET (P.), « Une transaction peut-elle mettre fin au contrat de travail d'un représentant du personnel ? », *Dr. Soc.* 1993, p. 152.

339Soc. 21 janv. 2003, n° 00-43568, *Bull. Civ. V*. n° 11.

340Soc. 18 juin 1996, n°94-43749.

341Art. 1130 C. civ.

342Soc. 8 mars 1995, n° 93-41.699.

343Art. 2053 C. civ.

344Soc. 7 juin 1995, *Bull. Civ. V*. n° 183.

93. Réduction du champ d'admissibilité des vices du consentement. Une transaction ne peut pas être annulée pour erreur de droit ou lésion³⁴⁶. En effet afin de préserver l'essence de la transaction dont l'objet premier est d'éviter un contentieux en favorisant un règlement amiable du litige, le législateur a réduit le domaine d'admissibilité des vices du consentement ouvert par le droit commun des contrats. L'exclusion est logique puisqu'en transigeant les parties renoncent à la connaissance juridictionnelle du droit litigieux. Sans cet aléa la seule raison pour les parties de conclure une transaction serait la rapidité du règlement du litige. En concluant une transaction les parties acceptent le risque d'appliquer un mauvais fondement juridique, potentiellement moins avantageux que le véritable fondement³⁴⁷.

Par conséquent, l'erreur sur des droits incertains ne suffit pas à invalider une convention³⁴⁸. L'erreur de droit constitue une méprise sur l'existence ou la portée d'une règle juridique. Elle se distingue donc de l'erreur sur l'objet de la contestation qui signifie qu'au moment de la signature le salarié n'avait pas pu prévoir toutes les conséquences de la transaction. La confusion entre les deux notions est facile comme le montre l'arrêt rendu par la chambre sociale le 24 novembre 1998³⁴⁹. En l'espèce un salarié remettait en cause la transaction et faisait valoir son erreur en croyant que seule l'indemnité légale lui était due, alors que l'indemnité conventionnelle l'était aussi. Il est débouté par la Cour d'appel au motif que l'erreur invoquée constituait une erreur de droit. La Cour de cassation en juge autrement : « *la transaction a été conclue par les parties sur la croyance commune que seule l'indemnité légale de licenciement pouvait être réclamée par le salarié* » et que « *l'erreur commise portait sur l'objet de la contestation, en sorte qu'elle affectait la validité de la transaction* ». Cette position a été vivement critiquée en doctrine, et est restée isolée. Toutefois une partie de la doctrine défend l'idée que la jurisprudence tend de plus en plus à admettre l'erreur de droit comme cause de nullité de transaction³⁵⁰.

345 Art. 2053 c. civ.

346 Art. 2052 al. 2 du code civil.

347 V. en ce sens l'article du Professeur MALLET-BRICOURT (« Vices et transactions », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz, 2006, coll. Thèmes et commentaires, p. 35).

348 Soc. 4 févr. 2015, n° 23-28855.

349 Bull. Civ. V, n° 515.

350 V. en ce sens l'article de X. Lagarde, « Les spécificités de la transaction consécutive à un licenciement », *JCP 2001*. I. 337 ; L'auteur assimile l'erreur sur la qualification du motif du licenciement à une erreur de

De la même manière la lésion doit être écartée. Selon le Professeur Mallet-Bricourt « *le législateur a certainement voulu insister sur le particularisme de la transaction qui vise essentiellement à résoudre une contestation et non à établir un équilibre qui pourrait être contrôlé par le juge* »³⁵¹. Ainsi peu importe le déséquilibre des concessions la transaction ne peut pas être annulée sur ce fondement³⁵², sous réserve que le déséquilibre des concessions ne révèle un « abus de pouvoir » de l'une des parties³⁵³. Toutefois la mise à l'écart de la lésion et de l'erreur de droit conduit le juge à opéré un contrôle sur le contenu de la convention.

94. Une convention revêtant des « concessions réciproques ». Absente du code civil³⁵⁴, l'exigence de concessions réciproques a été introduite par la jurisprudence dans un arrêt du 3 janvier 1883³⁵⁵ avec l'appui de la doctrine³⁵⁶. Le terme de « concession » fait l'objet d'une intense activité doctrinale³⁵⁷ même s'il existe un consensus autour de l'idée que les parties « concèdent » lorsqu'elles acceptent une situation moins favorable que leurs prétentions

droit.

351MALLET-BRICOURT (B.), « Vices et transactions », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, D. 2006, Thèmes et commentaires, p. 35.

352Soc. 13 mai 1992, n° 89-40.844.

353Soc. 19 mars 1980, *Bull. Civ. V*, n° 272.

354Domat était opposé à la tradition romaine qui disposait « *qu'une transaction ne peut avoir lieu sans donner, retenir ou promettre quelque chose* » (livre II, titre IV, loi n° 38), il écrivait : « *ce qui est dit dans cette loi, qu'il n'y a point de transaction, si l'on ne donne ou ne promet rien, ou si l'on ne retient quelque chose, ne doit pas être pris à la lettre. Car on peut transiger sans rien donner, ou sans rien promettre, ou sans rien retenir* » (Lois civiles, livre I, titre XIII, section I, n° II) (FOURCADE (C.), « La transaction en droit du travail : quelle place pour la liberté contractuelle ? », *Dr. Soc.* 2007, p. 167).

355Civ. 3 janv. 1883, DP 1883, 1, Jur., p. 457. L'expression exacte utilisée était un « abandon réciproque ».

356cf. JAROSSON (C.), « Les concessions réciproques dans la transaction », D. 1997, chron. 267 ; FAGES (B.), « Equilibre et transaction : l'exigence de concessions réciproques », in *La transaction dans toutes ses dimensions* (dir. B. MALLET-BRICOURT et C. NOURISSAT), coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2006, p. 53). Parmi les états qui consacrent le principe de la transaction, nombreux sont ceux qui conditionnent celle-ci à l'existence de concessions réciproques, notamment le droit italien (art. 1965 cc), le droit espagnol (art. 1809 cc) ou encore le droit allemand (art. 779 BGB) (JAROSSON (C.)).

357En droit romain le terme « concession » signifie « concéder ». Il est défini par Gérard Cornu comme un « *acte bilatéral ou unilatéral en vertu duquel une personne accorde à une autre la jouissance d'un droit ou d'un avantage juridique* » (Vocabulaire juridique, Paris, PUF, éd. 8, 2007). Pour certains auteurs il s'agit d'une renonciation puisque les parties mettent un terme à leur litige en renonçant à une part de ce qu'elles jugent être leurs droits (Jarosson, préc. Cité). D'autres considèrent que les concessions peuvent prendre la forme d'une obligation nouvelle à la charge de chacune des parties.

TITRE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE EMPRUNTE AU DROIT DES CONTRATS

initiales³⁵⁸. Par conséquent le juge doit vérifier l'existence d'une réciprocité lors de la signature de l'acte tout en s'abstenant de les apprécier au risque de trancher le litige³⁵⁹. De fait en appréciant les concessions réciproques le juge contrevient à l'article 2052 du code civil qui ne reconnaît pas l'erreur de droit comme une cause de nullité de la convention. En effet en jugeant une prétention « déraisonnable » le juge estime de fait que l'une des parties a mésestimé ses droits. Il en résulte que la réalité des concessions réciproques doit être appréciée en fonction des prétentions initiales et non au regard de ce qu'auraient pu obtenir les parties en se présentant devant un juge.

Pour autant, la jurisprudence sociale, soucieuse de protéger le salarié, opère un contrôle approfondi de la convention.

II - L'adaptation des conditions de validité au droit du travail

Le juge social admet la possibilité de conclure une transaction entre un salarié et son employeur tout en aménageant sa pratique. Considérant que les règles du droit commun de la transaction ne prennent pas suffisamment en compte le contexte ainsi que la qualité des parties prenantes à la négociation, il a développé une jurisprudence adaptée aux considérations sociales. Il examine dès lors rigoureusement l'équité de la transaction en appréciant les « concessions réciproques » de l'employeur et du salarié (A).

De la même manière si la transaction a longtemps été utilisée comme un mode de rupture du contrat de travail, la chambre sociale de la Cour de cassation est intervenue pour mettre un terme à cette pratique au motif que le salarié ne pouvait renoncer définitivement à ses droits en matière de rupture du contrat (B).

A - Des concessions réciproques « appréciables »

95. Des concessions réciproques indispensables. Alors que la chambre civile de la Cour de cassation juge qu'en l'absence de concessions réciproques l'acte ne peut être qualifié de « transaction », la chambre sociale va plus loin en déclarant « *qu'en vertu de l'article 2044*

358 En ce sens : JAROSSON (C.), « Les concessions réciproques dans la transaction », D. 1997, chron. 267 ; LAGARDE (X.), « Transaction et ordre public », D. 2010. 217 ; MAYER (L.), « La transaction, un contrat spécial ? », *RDT civ.* 2014, 523 ; POULET (L.), *Transaction et protection des parties*, Préface Yves LEQUETTE, LGDJ, Bibliothèque droit privé, 2005, Tome 452.

359 Soc. 10 mai 2005, n° 03-43.256.

PARTIE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, OUTIL DE SORTIE DE L'EMPLOI

du code civil, la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation en se consentant des concessions réciproques »³⁶⁰. Alors que pour la première l'exigence de concessions réciproques est un élément de qualification, la seconde l'érige en condition de validité de la transaction. Dans un premier temps la chambre sociale a adopté la même position que la chambre civile et admettait que la réciprocité des concessions soit suffisante³⁶¹, parfois même une « transaction sans concession »³⁶². Désormais le contrôle du juge porte sur l'appréciation des concessions réciproques. Autrement dit le juge social ne recherche pas seulement la présence des concessions réciproques pour qualifier l'acte de transactionnel mais s'assure que ces dernières, notamment celles émanant de l'employeur, ne revêtent pas un caractère dérisoire³⁶³. En application de ce « principe », la renonciation d'un employeur à son dépôt de plainte pour vol à l'encontre d'un salarié licencié pour faute grave suite à un vol de médicaments, n'est pas considérée par le juge social comme une véritable concession au regard de celle consentie par le salarié, privé de toute indemnité, à contester son licenciement³⁶⁴. En réalité le juge social demeure soucieux de rétablir l'équilibre en contrôlant particulièrement les concessions de l'employeur et l'avantage pour le salarié³⁶⁵, et poursuit même au delà lorsqu'il exige que la transaction présente un « avantage »³⁶⁶ pour le salarié ou que les concessions soient « appréciables » au profit de ce dernier.

96. Des concessions réciproques indispensables et « appréciables ». Cette analyse s'appuie notamment sur une décision de la chambre sociale rendue le 19 février 1997 où l'adjectif « dérisoires » a laissé la place à celui d'« appréciables » pour qualifier les concessions réciproques³⁶⁷. En l'espèce la chambre sociale a relevé que la salariée n'avait

360Soc. 27 mars 1996, n° 92-40.448, *Bull. Civ.*, V. n°124 ; *JCP S* 2014. 1137, note LOISEAU (G.) ; *Dr. Soc.* 1997. 745, note COUTURIER (G.) – Soc. 20 oct. 1995, *Bull. Civ.* 1995, V. n° 20.

361Soc. 28 nov. 2000, n° 93-43.635, *Bull. Civ.* V. n° 399.

362Soc. 14 janv. 1988, n° 85-46469 : en l'espèce la somme à titre forfaitaire et définitif reçue par le salarié au titre de « concessions réciproques » incluait le solde de congés payés. Le professeur Arseguel a qualifié cette décision « d'acte isolé » intervenant dans le cadre d'un accord entre l'employeur et le salarié » (article précité).

363Soc., 13 mai 1992, RDT civ. 1992, p. 783, obs. GAUTIER (P.-Y.).

364Soc. 13 oct. 2011, n° 09-71.829.

365JAROSSON (C.), « Les concessions réciproques dans la transaction », *D.* 1997, chron. 267.

366Soc. 16 févr. 1978, *Bull. civ.* 1978, V, n° 123 – Soc., 17 mai 1978, *Bull. civ.* 1978, V, n° 354.

367Soc. 19 fév. 1997, *Bull. Civ.* V, n° 74 – Soc. 13 février 2013, n°11-26.258.

TITRE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE EMPRUNTE AU DROIT DES CONTRATS

pas été licenciée pour faute grave. Les juges ont considéré que le surplus de 3000 F entre l'indemnité conventionnelle qui lui était due et la somme transactionnelle versée était insuffisant. Le juge porte donc atteinte à la volonté des parties en mettant l'accent sur les « droits effectifs » et non sur leurs prétentions au moment de la rupture du contrat de travail³⁶⁸. A l'inverse à l'occasion d'un arrêt plus récent la Cour de cassation a apprécié le caractère dérisoire des concessions réciproques en se référant non pas aux droits effectifs du salarié, mais à ses prétentions³⁶⁹.

En se fondant sur les droits effectifs du salarié le juge admet le vice d'erreur de droit au motif afin de protéger la partie jugée « faible ». En pratique lorsque la transaction est conclue entre l'employeur et un salarié appartenant à la catégorie « cadres », une telle démarche ne constitue pas une nécessité dans la mesure où ils s'avèrent très informés sur l'étendue de leurs droits. En revanche concernant des salariés moins conscients de leurs droits, le bénéfice de la transaction pourrait être bien moins important que leurs droits effectifs. Il reste important que la transaction soit négociée par des individus avertis. Néanmoins le juge social n'est pas le seul à prendre en compte le déséquilibre des parties. De la même manière, la chambre civile estime parfois les droits effectifs des parties et non leurs prétentions³⁷⁰.

Pour autant contrôler les « prétentions légitimes » réduit considérablement l'intérêt de la transaction sociale, du moins du point de vue de l'employeur. En effet cette position prive la convention de l'autorité de la chose jugée entraînant un risque que ressurgisse l'hypothèse d'un contentieux. Finalement il serait plus sécurisant d'admettre définitivement l'erreur de droit en matière sociale. Ainsi le juge vérifierait si le salarié a obtenu le minimum auquel il aurait droit, libre ensuite aux parties de négocier un montant supérieur.

Malgré l'incertitude sur le fondement de l'appréciation des concessions réciproques, la détermination des juges à protéger les intérêts des salariés ne laisse aucune place au doute. Par conséquent si le défaut de concessions réciproques devrait entraîner la disqualification

368 ARSEGUEL (A.), Rupture d'un commun accord et transaction : une interaction fructueuse, in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p.1.

369 Soc. 28 avril 2011, n° 09-08.134. Dans cette affaire le salarié avait obtenu une indemnité transactionnelle de 500 euros, alors que la prétention initiale était de 28 000 euros.

370 Civ.1re, 9 juill. 2003, n° 01-11.963, *Bull. civ. I*, n° 174 ; D. 2003. 2053 – Civ.1re, 6 déc. 2007, n° 06-18.049, *Bull. civ. I*, n° 383.

de l'acte transactionnel en application des règles de droit commun³⁷¹, le juge prononce la nullité de la convention³⁷². La transaction nulle oblige dès lors le salarié à rembourser les sommes perçues à l'occasion de cette dernière³⁷³.

B - Une transaction postérieure à la rupture du contrat de travail

97. Date de la conclusion d'une transaction. Le champ de la transaction est limité en raison des règles d'ordre public concernant le licenciement.³⁷⁴ A l'origine la chambre sociale avait admis la validité d'une transaction relative à la rupture mais a opéré un revirement face aux nombreuses contestations³⁷⁵. La transaction ayant pour objet de mettre un terme à un litige lié à la rupture du contrat de travail ne peut intervenir qu'une fois la rupture intervenue et définitive³⁷⁶. Cette solution est une application stricte des dispositions de l'article L1231-4 du Code du travail selon lesquelles un salarié ne peut renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles légales en matière de licenciement. Par la suite la chambre sociale a clarifié sa position en précisant que la rupture n'est intervenue et définitive que lorsque la décision de l'employeur a été notifiée au salarié par lettre recommandée avec accusé de réception³⁷⁷. De la même manière, est nulle la transaction signée après la rupture mais dont le principe ainsi que le contenu ont été négociés antérieurement à celle-ci³⁷⁸. L'employeur est également tenu de rapporter la preuve que la transaction, lorsque celle-ci n'est pas datée, est postérieure à la rupture du contrat de travail³⁷⁹.

371Com. 22 nov. 1988, *Bull. Civ. IV*, n° 320.

372Soc. 27 mars 1996, n° 92-40.448, *Bull. Civ. V*, n°124.

373Soc.10 nov. 2009, n° 08-43.805, *Bull. Civ. V*, n° 251 – Soc. 22 mars 2016, n° 14-17.926.

374Art. L1231-4 C. trav.

375Soc. 1^{er} mars 1979, *Bull. Civ. V*, n° 202.

376Soc. 29 mai 1996, *Bull. Civ. V*, n°215 ; *D.* 1997. 49, note CHAZAL (J. P.) ; *Dr. Soc.* 1996. 689, note SAVATIER (J.) ; *GADT*, 4^{ème} éd., 2008, n° 120 – Soc. 7 janv. 2003, n° 00-46471 – Soc. 1^{er} juillet 2009, n° 08-43.179.

377Soc. 14 juin 2006, n° 04-43.123, *Bull. Civ. V*, n° 215 ; *RDT* 2006. 172, obs. LARDY-PELISSIER (B.).

378Soc. 13 mai 2015 n° 14-10.116.

379Soc. 20 janv. 2010, n° 08-42.796.

TITRE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE EMPRUNTE AU DROIT DES CONTRATS

Ainsi, ces jurisprudences s'inscrivent dans la logique de protection des salariés, les parties ne pourront transiger qu'une fois le salarié informé de ses droits. Toutefois si le critère chronologique assure le respect théorique des dispositions de l'article L. 1231-4 du code du travail, est-il réellement efficace dans la pratique ? Devant ce constat un auteur³⁸⁰ propose d'autoriser la transaction dès que le principe de la rupture est acquis, et d'accompagner cette faculté de garanties pour le salarié. Il propose deux hypothèses qui garantiraient le caractère équitable de la transaction. Afin d'atténuer le déséquilibre causé par la relation subordonnée, il suggère d'assister le salarié d'un « médiateur ». L'idée est séduisante, néanmoins le rôle de cet intermédiaire reste à définir. Simple garant du bon déroulement de l'acte ou véritable arbitre chargé de rappeler à chaque partie l'étendue de ses droits ? Si la première option ne présente pas grand intérêt, la seconde risquerait de dénaturer l'acte transactionnel. En effet les parties concluent généralement une transaction pour échapper au contrôle du juge, l'erreur de droit étant un risque accepté. La seconde hypothèse, qui a notre préférence, serait d'assortir la transaction d'une faculté de rétractation. Les parties conviendraient dans le protocole d'accord de la durée de ce délai qui devrait arriver à échéance au plus tôt le lendemain de la rupture intervenue et définitive. La transaction produirait ses effets seulement après l'échéance du délai de rétractation. On retrouve ici les garanties procédurales accordées au salarié dans le cadre de la rupture conventionnelle.

98. Une nullité relative. La transaction est annulée lorsque les conditions de validité n'ont pas été remplies conformément aux dispositions de droit commun des conventions³⁸¹. Egalement selon l'article 2053 du code civil, le salarié peut invoquer l'erreur sur l'objet de la contestation, le dol ou la violence afin d'annuler la transaction³⁸². Parfois les juges relèvent une absence totale de consentement, ce qui entraîne la nullité de l'acte. C'est l'hypothèse d'une personne qui ne comprend pas la langue française et donc les termes de l'acte transactionnel³⁸³. D'autres causes de nullité sont décrites aux articles 2054 à 2057 du code civil. Egalement la transaction conclue sur la base de fausses informations données au salarié

380FOURCADE (C.), « La transaction en droit du travail : quelle place pour la liberté contractuelle ? », *Dr. Soc.*2007, p. 167.

381Art. 1128 c. civ.

382Soc.7 juin 1995, *Bull. Civ.*V, n° 183.

383Soc. 11 févr. 1997 n° 94-43.749.

est nulle³⁸⁴.

Outre les dispositions légales, le juge social a ouvert d'autres voies d'annulation de la transaction : c'est notamment le cas lorsque la transaction ne comporte pas de concessions réciproques ou que le critère chronologique n'a pas été respecté. Dans ces deux cas la nullité ne sera pas absolue mais relative. En effet en rupture avec la jurisprudence précédente³⁸⁵, les juges dans un arrêt rendu le 28 mai 2002³⁸⁶ ont décidé que « *la nullité d'une transaction résultant de ce qu'elle a été conclue avant la notification du licenciement est une nullité relative instituée dans l'intérêt du salarié, qui ne peut, dès lors, être invoquée par l'employeur* ». Cette décision est l'application d'un principe reconnu selon lequel lorsque la règle sanctionnée a pour but la protection d'une des parties seule cette dernière peut invoquer la nullité. Or la règle imposant que la transaction intervienne après la rupture du contrat de travail est sans conteste une « mesure d'ordre public de protection »³⁸⁷ chargée d'assurer que le salarié ne donne son consentement qu'une fois l'équilibre des parties rétabli.

La transaction est un outil de négociation nécessaire, et ce, même si les parties s'arrangent le plus souvent avec le droit du travail. C'est pour cette raison que la transaction doit être utilisée avec prudence, et il est ainsi conseillé au salarié de s'informer de l'étendue de ses droits avant la négociation, ou de se faire assister par un conseil. Le salarié pourra alors négocier une forte indemnisation qui justifiera son renoncement à son droit d'intenter une action en justice. Cette liberté contractuelle est permise par le principe de l'autorité de la chose jugée attaché à la transaction.

384 Soc. 7 juin 1995 : en l'espèce l'employeur avait affirmé que l'indemnité légale de licenciement n'était pas imposable.

385 Soc. 24 oct. 2000, *M. Patrick Mesnier c./ Crédit immobilier de France*, n° 2803. Sur ce sujet les commentaires du Professeur Couturier (voir *supra* note n° 117).

386 Soc. 28 mai 2002, *Dr. Soc.* 2002, p. 783 obs. COUTURIER (G.).

387 Voir sur ce point les commentaires de PIZZIO-DELAPORTE (C.), « De la transaction prévue par le code civil à la transaction utilisée en droit du travail : réflexions sur une règle en dérive », in Université Panthéon-Assas (Paris II), *1804-2004 Le Code civil Un passé Un présent Un avenir*, Dalloz, 2004.

§ 2. La transaction : un outil de négociation aux conséquences avantageuses

Le lien de subordination n'a jamais empêché la négociation en droit du travail, alors pour quelle raison la transaction fait-elle peur ? Il semble que la véritable crainte des commentateurs et des juges vise les effets radicaux de la transaction et plus exactement son caractère extinctif. Le principe de la transaction, qui est d'éviter un contentieux judiciaire, justifie qu'elle produise des effets radicaux afin de sécuriser la volonté commune des parties. En effet l'accord entre les parties sur le principe de régler à l'amiable leur litige n'exclut pas un potentiel désaccord par la suite. Ainsi, l'article 2052 du code civil assure la stabilité des conventions en attachant à la transaction l'autorité de la chose jugée. L'effet extinctif de la transaction fait de celle-ci un outil de déjudiciarisation particulièrement efficace (I).

Si en application de la relativité des conventions la transaction n'engage, en principe, que ceux qui l'ont souscrite, elle emporte toutefois des conséquences notamment concernant l'indemnisation chômage (II).

I - L'autorité de la chose jugée de la transaction.

99. L'autorité de la chose jugée « en dernier ressort ». Les transactions qui ont été conclues en respectant les conditions de validité, au même titre que les décisions de justice rendues en dernier ressort, ont un caractère définitif³⁸⁸. A la différence du reçu pour solde de tout compte le salarié ne peut pas dénoncer l'acte. La transaction est un acte privé n'ayant pas la valeur d'un jugement mais qui opère comme tel : elle rend irrecevables toutes les demandes en justice portant sur son objet. Par conséquent, une transaction, suivant un licenciement, comportant la mention « *à quelque titre que ce soit et pour quelque cause que ce soit, tant en raison de l'exécution que de la rupture du contrat de travail* », empêche toute contestation ultérieure relative aux salaires ou à l'indemnité de préavis³⁸⁹. Toutefois, à la différence d'un jugement, la transaction ne dispose pas de la force exécutoire. Il est vrai qu'en l'absence d'un professionnel – avocat, médiateur, conciliateur – rien ne garantit le caractère équitable de la négociation.

388Art. 2052 du code civil.

389Soc. 5 nov. 2014, n° 13-18.984 ; JCP S 2015, 1119, note BUGADA (A.).

100. Autorité de la chose « négociée »³⁹⁰. L'autorité de la chose jugée attachée à la transaction n'exclut toutefois pas que celle-ci soit contestée en justice : elle n'a pas pour effet d'opposer aux parties une exception de transaction. L'irrecevabilité des demandes en justice n'a pas un caractère général et concerne uniquement l'objet de la transaction³⁹¹. Cette règle a été reprise dans un arrêt rendu le 24 avril 2013 par la Cour de cassation en ces termes : « *la renonciation qui y est faite à tous droits, actions et prétentions ne s'entend que de ce qui est relatif au différend qui y a donné lieu* »³⁹². Toutefois l'assemblée plénière a adopté une conception large de la notion en admettant que les effets de la transaction s'étendent à des clauses contractuelles non visées par l'acte transactionnel³⁹³ : « *la partie demanderesse renonce à toutes réclamations de quelque nature qu'elles soient à l'encontre de la partie défenderesse relatives tant à l'exécution qu'à la rupture de son contrat de travail* ». Cette jurisprudence, plus proche de la conception civiliste, limite le champ des contestations³⁹⁴, la transaction produisant des effets plus large que le litige à l'origine de l'accord. La chambre sociale a limité la portée de cette décision en énonçant que la transaction ne peut régler que les différends nés au moment où elle est conclue : « *aucune disposition de la transaction n'excluait le droit du salarié à un intéressement et à une participation aux résultats de l'entreprise (...) et que, lors de la transaction, son montant n'était ni déterminé ni déterminable pour l'exercice en cours, ce dont il résultait que ce droit ne pouvait être compris dans l'objet de la transaction* »³⁹⁵. Ainsi la transaction concerne seulement les droits nés lors de la conclusion de celle-ci. En revanche sont exclus les différends qui pourraient naître postérieurement à la transaction, peu important que les parties aient adopté une formulation générale. La chambre sociale prend ici des libertés par rapport à la

390Expression employée par BRUNET-RICHOU (S.) (*La transaction en droit social*, Th. Montpellier, 1997).

391Art. 2049 du code civil.

392Soc. 24 avril 2013, n°11-15.204. En l'espèce un salarié avait signé une convention afin de régler les conséquences de son licenciement pour faute grave. Il a ensuite saisi le Conseil de prud'hommes pour obtenir la réparation d'un blocage de carrière et d'une discrimination homophobe dont il s'estimait victime

393Ass. Plé. 4 juillet 1997, D. 1998. 101, note BOULMIER (D.) ; *Dr. Soc.* 1997, p. 978, obs. COUTURIER (G.)

394V. sur ce point les développements de Céline Fourcade (article précité).

395Soc., 9 mars 1999, *Bull. Civ.* V, n° 107. V. Sur ce point les développements de RADE (Ch.) (« Les effets de la Transaction », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz, 2006, p. 87).

TITRE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE EMPRUNTE AU DROIT DES CONTRATS

jurisprudence civile. Toutefois il en va différemment lorsque les parties mentionnent clairement que les effets de la transaction s'étendent aux créances futures. En limitant la portée de l'autorité de la chose jugée, le juge social offre des précautions aux salariés contre des transactions conclues trop rapidement. Cela n'empêche pas les parties, et notamment l'employeur, de sécuriser la transaction en précisant dans sa rédaction qu'elle englobe toutes les créances, nées et éventuelles entre les parties.

101. Force de la convention. En limitant la portée de l'autorité de la chose jugée, le juge social offre des précautions aux salariés contre des transactions conclues trop rapidement. Toutefois lorsque les parties ont scrupuleusement respecté les conditions de validité de la transaction, et fait mention que celles-ci englobent les créances futures, le juge est impuissant. En effet la transaction est une convention de droit commun fondée sur le principe de la liberté contractuelle³⁹⁶. Ainsi, si le juge est autorisé à intervenir c'est seulement pour interpréter la volonté réelle des parties au contrat : *« dans aucun cas il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les cocontractants »*³⁹⁷. Bien que le juge social ait pris quelques libertés avec ce principe, il ne peut pas aller plus loin dans la protection du salarié.

Par conséquent la transaction demeure un instrument très efficace de « déjudiciarisation » des conflits entre salarié et employeur. En effet elle ouvre une voie alternative aux parties et, sous réserve d'une rédaction approximative de la convention, garantit un règlement rapide et définitif du litige.

396Art. 1103C. civ.

397Civ. 6 mars, *De Gallifet c/ Cne de Pelisanne*, G.A.J.C., 11e éd., n° 163.

II - Montages transactionnels : Un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès

102. Principe d'effet relatif de la transaction. La transaction ne lie que les parties à la convention c'est à dire qu'elle ne peut faire naître ni droit au profit d'un tiers ni obligation à la charge de ce dernier³⁹⁸. Il en résulte qu'un employeur ayant un litige commun à plusieurs salariés peut conclure une transaction avec l'un d'entre eux sans être ensuite obligé de généraliser l'opération à l'ensemble des intéressés³⁹⁹. Aussi une transaction entre un employeur et un salarié protégé ne peut être opposé à l'administration du travail lorsque l'employeur n'a pas respecté la procédure protectrice de de rupture du contrat⁴⁰⁰. Pour autant la chambre sociale admet une exception au principe. Tout en reprenant la principe de la relativité des conventions à l'égard des tiers, elle ajoute qu' « *il en est tout autrement lorsqu'il (l'intéressé) renonce expressément à un droit dans cet acte* »⁴⁰¹. En l'espèce le juge a retenu que dans la mesure où les salariés avaient par le biais d'une transaction renoncé à toute demande indemnitaire, le liquidateur judiciaire pouvait légitimement se fonder sur leur renonciation pour s'opposer à leur demande. Par ailleurs la transaction peut aussi emporter des conséquences concernant l'indemnisation chômage du salarié.

103. Les montages visant l'assurance chômage. A ce sujet, le Professeur Arseguel écrivait que « *les parties font parfois preuve d'une grande ingéniosité les rendant complices de comportements peu orthodoxes* ». Plusieurs hypothèses de montages transactionnels peuvent être envisagées⁴⁰². Il convient de distinguer les effets de la transaction au regard de l'indemnisation chômage pour le salarié, de ceux résultant du remboursement potentiel des allocations chômages à Pôle emploi par l'employeur.

398PERROD-MARRON (D.), « L'effet relatif de la transaction », *RDT* 1994, chron. 17.

399Soc. 29 mai 1986, n°84-43.655.

400Soc. 16 mars 2005, n° 02-45.293, *Bull. Civ. V.* n° 98.

401Soc. 25 févr. 2003, n° 01-00.890 – Soc. 14 mai 2008, n° 07-40.846 ; *RDT* 2008. 450, note AUZERO (G.) ; *JCP S* 2008, 1422, note MORVAN (P.) – Soc. 20 nov. 2013, n° 10-28.582 ; *Lexbase hebdo éd. Soc.*, n° 550 note RADE (Ch.) ; *JCP G* 2014, 1207, note BUGADA (A.).

402MELOT (R.), « Des arrangements entre soi ? », in *L'emploi en ruptures*, sous la direction de B. Gomel, D. Méda, E. Serverin, *Thèmes et commentaires*, Dalloz, p. 200.

104. Les montages visant les modalités d'indemnisation du salarié. La transaction est susceptible d'entraîner des effets variables s'agissant de l'indemnisation chômage du salarié. La transaction n'a aucun impact sur le droit à indemnisation du salarié, ils sont identiques à ceux auxquels il aurait pu prétendre s'il n'avait pas conclu une transaction. Toutefois la qualification de la rupture est un élément important pour le salarié car elle détermine l'ouverture de ses droits aux allocations chômage. Seuls les « salariés involontairement privés d'emploi » peuvent bénéficier des allocations chômage, à savoir les salariés licenciés, ceux terminant un contrat à durée déterminée ou à la suite d'une rupture conventionnelle. L'ouverture s'étend aux démissions dites « légitimes ». En effet le salarié démissionnaire est privé de ses droits aux allocations chômage à moins que la cause de sa démission soit répertoriée dans la liste fixée par la commission paritaire nationale⁴⁰³. Dans cette hypothèse le salarié bénéficie des allocations chômage. Certaines transactions sont conclues afin de décrire les circonstances de fait de la rupture et dans la perspective de voir qualifiée la rupture de « démission légitime ». De la même manière un employeur et un salarié peuvent s'entendre sur le « principe du licenciement » permettant au salarié de bénéficier des allocations chômage, avant de conclure leur accord par une transaction pour sécuriser la convention.

La transaction conduit aussi à des modalités d'indemnisation différentes. Pôle emploi retarde le versement des allocations chômage après appréciation de la situation du salarié au regard de critères posés par le règlement de la convention du régime. En effet, la prise en charge est reportée à l'expiration d'un délai d'indemnisation qui prend en compte le versement des indemnités compensatrices de congés payés, auquel se cumule éventuellement un second délai de carence si le contrat a donné lieu au « *versement d'indemnités ou de toute autre somme inhérente à cette rupture, quelle que soit leur nature, lorsqu'elle excède les indemnités légalement obligatoires* »⁴⁰⁴. Le second délai dit « spécifique » est limité à 75 jours⁴⁰⁵. L'accord transactionnel va servir à déjouer les règles relatives au différé d'indemnisation en limitant le délai de carence. Selon une

403 Quelques exemples de démission légitime : changement de résidence du conjoint pour occuper un nouvel emploi, changement de résidence des parents du salarié âgé de moins de 18 ans, démission intervenue pour cause de non-paiement des salaires...

404 Art. 21-1 du règlement annexe à la convention du 6 mai 2011 relative à l'indemnisation du chômage.

405 Conv. 1^{er} janv. 2004 et son règlement annexé art. 30§2 ; Conv. UNEDIC n° 04-09, 14 avril 2004.

PARTIE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, OUTIL DE SORTIE DE L'EMPLOI

enquête menée par les services de l'INRA-SADAPT, le procédé le plus souvent utilisé dans la pratique consiste à raccourcir le préavis⁴⁰⁶ et à englober l'indemnité de préavis dans une indemnité transactionnelle unique et forfaitaire. Ainsi, seul le délai « spécifique » est appliqué soit un maximum de deux mois et demi de carence. Toutefois cet accord est-il opposable à Pôle emploi ? A l'occasion d'une décision en date du 3 décembre 1990, le Tribunal de grande instance de Saint-Nazaire a rappelé le caractère inopposable de l'accord conclu entre les parties⁴⁰⁷.

105. Les montages visant le remboursement des allocations chômage par l'employeur. S'agissant de l'employeur, ce dernier peut être condamné à rembourser à Pôle emploi, lorsque le licenciement du salarié est jugé sans cause réelle et sérieuse, les allocations chômage versées au salarié indûment licencié dans la limite de six mois d'indemnisation. Le remboursement des indemnités est de fait conditionné à une décision judiciaire prononçant la condamnation de l'employeur. Dès lors si le salarié se désiste de l'instance à la faveur d'une transaction avant le constat par le conseil de prud'hommes de l'absence de cause réelle et sérieuse, l'organisme ne peut exercer son droit au remboursement⁴⁰⁸. *A contrario* si le désistement intervient au stade de l'appel et que l'employeur a déjà été condamné en première instance pour licenciement abusif, le désistement du salarié de sa demande ne dessaisit pas la cour d'appel du litige opposant Pôle emploi et l'employeur.⁴⁰⁹

La transaction présente des avantages incontestables à la fois pour le salarié et pour l'employeur. L'exigence de concessions réciproques assure généralement au premier une belle somme d'argent, alors que le second profite de ses effets irrévocables pour se protéger contre un futur contentieux. Toutefois la transaction n'est pas un mode de rupture du contrat de travail. Les parties, plus intéressées par les bénéfices de l'acte que par la bonne application du droit, sont souvent tentées de négocier la rupture précédant l'acte transactionnel. En effet, la qualification de celle-ci représente un enjeu financier important

406Art. L. 1234-5 C. trav. : «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 ».

407TGI Saint-Nazaire 3 déc. 1990.

408Soc. 14 janv. 1982, n° 79-42.492.

409Soc. 18 juill. 2001, n° 99-45.534, *Bull. Civ.* V. n° 279.

TITRE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE EMPRUNTE AU DROIT DES CONTRATS

pour le salarié car elle détermine l'ouverture de ses droits aux allocations chômage. Pour l'employeur il s'agit d'une garantie supplémentaire dans la sécurisation de la rupture.

Le droit du travail utilise des techniques du droit des obligations pour apporter de la flexibilité au droit de la rupture du contrat de travail. Toutefois la transposition en droit du travail n'est pas aussi simple en raison des finalités antinomiques des deux matières. Le juge joue un rôle primordial dans la régulation. A l'inverse, le droit des obligations s'oriente vers davantage de protection peut être sous l'influence du droit du travail et du droit des obligations.

TITRE 2 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE AU SERVICE DE LA FLEXICURITE

Sous la pression des acteurs du marché du travail, le droit du travail va accueillir l'accord individuel en lui offrant une véritable place juridique aux côtés de la démission et du licenciement. Bousculant les idées reçues selon lesquelles la nature de la relation serait antinomique avec le processus de négociation, l'arrivée de l'accord individuel dans le paysage travailliste n'a laissé personne indifférent.

Pour comprendre la consécration de la rupture conventionnelle, il faut se replacer dans le contexte de l'époque. A l'origine de la négociation sur la modernisation du marché du travail, qui a marqué l'acte de naissance de cette rupture, un certain nombre de rapports⁴¹⁰ d'orientation variés avaient dressé un état pessimiste du marché de l'emploi. Emploi précaire, difficile insertion des jeunes sur le marché du travail, absence d'accompagnement des mobilités, inégalité des travailleurs, constitueraient le résultat d'un défaut de fluidité sur le marché dû à des politiques de l'emploi trop protectrices. Permettre aux individus de concilier flexibilité du travail et sécurité des carrières, derrière l'idée commune de « flexisécurité »⁴¹¹, telle est la solution européenne à la mondialisation.

Historiquement, ce concept est né au Pays bas ; il a été construit par les partenaires sociaux dans un accord de 1995 visant à réduire la dualité sur le marché du travail hollandais. Au demeurant, la stratégie européenne de flexisécurité trouve son origine dans une série de travaux académiques. Parmi eux figurent ceux réalisés par Günter Schmid qui a développé le concept de marché transitionnel. La transposition la plus connue du système est le modèle danois du triangle d'or. Suite à ce constat, la politique européenne⁴¹² s'est

410BLANCHARD (O.), TIROLE (J.), « Protection de l'emploi et procédures de licenciement », La documentation française 2003 ; CAHUC (P.), KRAMARZ (F.), « De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle », La documentation française 2004 ; COE, *Rapport d'étape sur la sécurisation et la dynamisation des parcours professionnels*, 9 mai 2007.

411La flexisécurité vise à combiner une flexibilité accrue pour les entreprises dans la gestion des emplois et une sécurisation augmentée des parcours individuels des salariés.

412La flexicurité est concept clé de politique générale au sein de la stratégie européenne pour l'emploi. Pour preuve les nombreux textes édictés : l'adoption de principes communs sur la flexicurité par le Conseil Européen en date du 5 décembre 2007, le rapport et les résolutions sur la flexicurité adoptés par le Parlement européen le 29 décembre 2007, l'analyse commune du marché du travail et la flexicurité

TITRE 2 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE AU SERVICE DE LA FLEXICURITE

affirmée en faveur d'une flexisécurité.

La Commission européenne a adopté en 2007 une communication sur les principes communs de la flexisécurité visant à faciliter la mise en œuvre de cette nouvelle stratégie dans les Etats membres de l'Union européenne. A ce titre, elle préconise des législations sociales plus souples du point de vue de l'employeur et des politiques actives du marché du travail destinées à assurer les transitions professionnelles des travailleurs.

En France, la notion a été évoquée une première fois en filigrane lors du débat CNE-CPE, puis largement reprise à l'occasion de la loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008. C'est dans ce contexte qu'a été créée la rupture conventionnelle travailliste, symbole de la « flexisécurité à la française ». Si la rupture conventionnelle a nettement fait progresser la flexibilité en incitant financièrement employeurs et salariés à rompre leur contrat tout en s'assurant contre le risque contentieux (**CHAPITRE 1**), le volet sécurité -au sens de la sécurisation des parcours professionnels- tarde à produire ses effets (**CHAPITRE 2**).

présentée par les partenaires sociaux européens le 18 octobre 2007, la communication de la Commission Européenne sur la flexicurité en date du 27 juin 2007 et enfin le Livre vert sur la modernisation de la législation du travail publié le 22 novembre 2006.

CHAPITRE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL UN MODE DE RUPTURE SOUPLE ET SECURISE

La rupture amiable n'est pas nouvelle dans la mesure où, en application des règles du droit commun, les parties peuvent rompre le contrat d'un commun accord. Jugée licite, par la chambre sociale de la Cour de cassation, son utilisation en droit du travail était toutefois résiduelle en raison de l'absence d'une part d'indemnité spécifique et d'autre part des droits aux allocations chômage. Animés par la volonté de « *privilégier les solutions négociées à l'occasion des ruptures du contrat de travail* »⁴¹³, les signataires de l'ANI à l'origine de la loi⁴¹⁴, ont encadré juridiquement et financièrement ce mode de rupture afin de le rendre plus séduisant pour les salariés et pour les employeurs. L'objectif poursuivi est de sécuriser la rupture et d'éviter les blocages liés au licenciement tout en garantissant un accompagnement financier ainsi que la liberté de consentement du salarié. Egalement, ce nouveau dispositif était destiné à mettre fin à la pratique des « départs négociés » -c'est à dire des montages juridiques destinés à garantir les allocations chômage aux salariés souhaitant quitter l'entreprise- une « fraude » institutionnalisée aux assurances chômage.

Depuis la loi du 25 juin 2008 sur la modernisation du marché du travail le législateur a définitivement consacré la rupture d'un commun accord comme mode de rupture du contrat de travail à coté de la démission et des licenciements⁴¹⁵. La Présidente du MEDEF de

413 Art. 1^{er} de l'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008.

414 Il s'agit du premier accord conclu dans le cadre de la loi de modernisation du dialogue social du 31 janvier 2007. Cette loi a modifié la philosophie de l'élaboration des lois en matière sociale en imposant une concertation entre le gouvernement et les acteurs sociaux avant tout projet de réforme concernant les relations individuelles et collectives du travail, ainsi que l'emploi et la formation professionnelle. CESARO (J.-F.), « Commentaire de la loi du 31 janv. 2007 de modernisation du dialogue social », *JCP* 2007, n° 8 ; MAGGI-GERMAIN (N.), « Sur le dialogue social », *Dr. Soc.* 2007, p. 798 ; ANTONMATTEI (P.-H.), *Dr. Soc.* 2007, p. 459.

415 Cf. AUZERO (G.), « L'accord du 23 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail : l'ébauche d'une flexisécurité à la française », *RDT* mars 2008, p. 152 ; BREON (G.), FLAMENT (L.), « La rupture conventionnelle, une rupture amiable encadrée », *JCP S* 2008, 1431 ; CHASSAGNARD-PINET (S.), VERKINDT (P.-Y.), « La rupture conventionnelle du contrat de travail », *JCP S*, n° 26, 24 juin 2008, p. 1365. 25 ; GAURIAU (B.), « L'exclusivité de la rupture conventionnelle », *Dr. Soc.* 2008, p. 1065 ; COUTURIER (G.), « Les ruptures d'un commun accord », *Dr. Soc.* 2008, p. 923 ; LOUVET, « La rupture conventionnelle du contrat à durée indéterminée d'un salarié protégé », *JCP S* 2008, 1645 ; MAGNIER, « La rupture conventionnelle du contrat de travail, un instrument de plus... ou de trop ? », *Gaz. Pal.* 2008, n° 200, p. 6 ; NIEL, « Quelques aspects pratiques de la rupture conventionnelle », *SSL* 2008, n° 1360 ; PELISSIER (J.), « Modernisation de la rupture du contrat de travail », *RJS* 09/08, p. 679 ; RADE (Ch.), « L'autonomie du droit du licenciement (brefs propos sur les accords de rupture amiable du contrat de travail et les transactions) », *Dr. Soc.* 2000, 178 ; RAY (J.-E.), « Ruptures négociées », *Liaisons sociales*

TITRE 2 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE AU SERVICE DE LA FLEXICURITE

l'époque, Laurence Parisot⁴¹⁶, déclarait que cet accord « donnant-donnant » marquait la fin d'un droit du travail protecteur d'un salarié jugé comme partie faible était dépassé. Désormais le salarié négocie d'égal à égal. Si le caractère égalitaire est à nuancer compte tenu du lien de subordination, il n'en demeure pas moins que les avantages réciproques initiés par la rupture conventionnelle permettent d'envisager des intérêts communs entre employeur et salarié.

Contre toute attente ce constat est partagé par la chambre sociale de la Cour de cassation qui a produit une jurisprudence très ouverte ces dernières années, à tel point qu'aujourd'hui seul le juge administratif semble être en mesure de sanctionner une convention de rupture en raison de l'absence de respect de la procédure légale spécifique (**section 1**). Cette prise de position inattendue participe activement à la sécurisation judiciaire de la rupture, objectif poursuivi par les participants à l'élaboration de la loi, et de fait au succès retentissant de ce mode de rupture (**section 2**).

Section 1 - La reconnaissance de l'égalité des parties par le juge dans le cadre de la rupture conventionnelle

106. Une logique contractuelle retrouvée. Dans sa version travailliste l'encadrement du consentement des parties occupe une place importante de la rupture d'un commun accord. L'article L. 1237-11 du code du travail qui cite « *la rupture conventionnelle (...) ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties* » avant de poursuivre « *les dispositions de la présente destinées à garantir la liberté de consentement des parties* », en témoigne⁴¹⁷. En pratique la conclusion d'une rupture conventionnelle est autorisée en période conflictuelle, durant un arrêt de travail, ou lors de la période de protection en raison de l'état de grossesse d'une salariée dès lors que le consentement n'est pas vicié. Si ce n'est deux exceptions légales, à savoir dans un contexte économique ou suite à un avis médical d'inaptitude, le

magazine mars 2008, p. 48 ; « Un nouveau droit de la rupture du contrat de travail », *Dr. Soc.* Juin 2008, p. 660 ; « Le nouveau régime de la rupture conventionnelle du contrat de travail », *SSL* 21 janv. 2008, p. 3 ; TAQUET, « Brèves réflexions sur la rupture conventionnelle du contrat de travail », *JCP E* 2008, 1921.

416Pierre Gattaz lui a succédé à la présidence le 3 juillet 2013.

417Déjà l'article 12 de l'Accord National Interprofessionnel proposait de « *sécuriser les conditions dans lesquelles l'employeur et le salarié peuvent convenir d'un commun accord des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie* ».

champ d'application de la rupture conventionnelle est « infini »⁴¹⁸ (**paragraphe 1**).

L'explication réside dans la mise en place d'une procédure spécifique inspirée du droit de la consommation et destinée, en principe, à encadrer le consentement du salarié. Un contrôle a priori qui entraîne rarement l'annulation de la convention de rupture puisque la chambre sociale préfère s'appuyer sur la théorie des vices du consentement pour contrôler la rupture conventionnelle. Cette option n'est toutefois pas de nature à entraver le succès des ruptures conventionnelles compte tenu de la clémence de la haute autorité (**paragraphe 2**).

§ 1. Un espace de négociation inédit

107. D'une logique statutaire à une logique contractuelle. Depuis toujours le droit du licenciement irradie sur l'ensemble du droit de la rupture du contrat de travail, notamment en raison du concours des juges qui interdisent aux employeurs le recours à d'autres modes de rupture issus du droit des obligations ou en font une application sporadique pour protéger certaines catégories de salariés. Jusqu'alors le droit du travail protégeait le salarié en développant des règles dites « d'ordre public » à l'instar des dispositions de l'article L. 1231-4 du code du travail qui interdit aux parties de renoncer par avance aux règles relatives au droit du licenciement. Ces dispositions suffisent à affirmer la domination des règles impératives sur le droit conventionnel et de ce fait ont été largement utilisées par les juges notamment pour garantir le consentement des parties dans le cadre de la rupture amiable de droit commun.

La rupture conventionnelle bouscule le paradigme social en faisant prévaloir la volonté commune des parties sur l'ordre public social. En pratique le législateur ainsi que la chambre sociale lui permettent d'englober dans un champ très large des situations parfois inextricables (**I**) et encouragent son application, à deux exceptions (**II**).

⁴¹⁸Expression employée par Louis PAOLI (« Des ruptures conventionnelles pas si conventionnelles », *SSL supp.* 12 oct. 2015, n° 1693, p. 76).

I - Un domaine d'application étendu

La chambre sociale de la Cour de cassation autorise la conclusion de la rupture conventionnelle dans des domaines où elle interdisait jadis la séparation par consentement mutuel. Elle a admis l'accord de rupture en période de suspension du contrat de travail (A) et en période de conflit entre employeur et salarié (B).

A - Rupture conventionnelle et salariés protégés

La loi portant modernisation du marché du travail autorise expressément la rupture conventionnelle des contrats des représentants du personnel, des représentants syndicaux, des conseillers du salarié et des conseillers prud'homme⁴¹⁹ tout en la soumettant à des règles spéciales. En revanche elle ne contient aucune disposition s'agissant de la rupture conventionnelle de contrats des salariés bénéficiant de règles de protection contre le licenciement, à savoir les salariés en congé de maternité ou ceux victimes d'accident du travail ou de maladie professionnelle. La jurisprudence relative à la rupture de droit commun avant 2008 avait mis en place des gardes fous pour éviter que l'intention commune légitime un évitement des règles impératives de protection. La question a été posée de savoir si la rupture conventionnelle était également interdite lors des périodes de suspension de contrat durant lesquelles le salarié bénéficie d'une protection spécifique en matière de rupture. Contraintes par le silence du législateur, la doctrine puis l'administration s'étaient positionnées pour le maintien du régime de la rupture à amiable. Une interprétation qui excluait du champ d'application de la rupture conventionnelle de nombreuses situations, risquant des blocages. Dans le prolongement de sa jurisprudence classique relative à la « renonciation du salarié »⁴²⁰ on pouvait s'attendre à ce que la chambre sociale soit méfiante à l'égard de la rupture conventionnelle et rende inopérant le consentement du salarié. Tel n'est pas le cas ! Le juge vient d'opter pour la voie de l'indépendance en autorisant la conclusion d'une rupture conventionnelle durant la suspension du contrat de travail en raison de l'état de santé (1) et de l'état de grossesse du salarié (2).

419 Art. 1237-15 C. trav.

420 JEAMMAUD (J.), « La renonciation du salarié », *Dr. Ouvr.* 1997. 535.

1 - Rupture conventionnelle et salarié protégé en raison de son état de santé

108. Silence du législateur dans la loi sur la modernisation du marché du travail.

Rappelons que les juges ont interdit la rupture amiable civiliste s'agissant des salariés protégés par un mandat électoral ou en raison de l'état de santé du salarié, sous peine de nullité. Les nouvelles dispositions relatives à la rupture conventionnelle étaient l'occasion pour le législateur de modifier sa position en faveur d'une plus grande liberté des parties. Or, mises à part les dispositions particulières sur les salariés protégés⁴²¹, il n'en est rien. Toutefois, l'absence de volonté du législateur d'exclure du domaine d'application de la rupture conventionnelle le contrat de travail suspendu, comme il l'a fait pour le plan de sauvegarde de l'emploi ou la gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences, était déjà une réponse.

109. Doctrine divisée. La doctrine s'est divisée sur cette question. Pour certains auteurs la transposition identique de la jurisprudence de la rupture amiable lors d'une suspension du contrat à la rupture conventionnelle ne faisait nul doute⁴²². Ils s'appuyaient sur les dispositions de l'article L. 1231-2 du code du travail pour affirmer l'impossibilité de rompre d'un commun accord, et ce, peu important le régime, un contrat de travail suspendu. En outre, compte tenu des solutions dégagées par la Cour de cassation concernant les ruptures amiables, on pouvait penser qu'elle leur donnerait raison. A l'inverse Monsieur Patin⁴²³ estimait, à raison, que la présence d'un régime spécifique et autonome entourant la rupture conventionnelle justifiait des différences d'application et donc qu'en l'absence de vice du consentement rien n'empêchait les parties de conclure une rupture conventionnelle durant une période dite de « protection du salarié ». Puisque la suspension du contrat de travail n'est pas un obstacle à la démission, pourquoi le serait-elle à une rupture conventionnelle ! Aussi la rupture conventionnelle est le fruit d'une initiative commune et non d'une initiative prise par l'une ou l'autre partie, de sorte qu'il serait incohérent de faire perdurer une situation de blocage jusqu'à la fin de la durée de protection du salarié.

421 Art. L.1237-15 C. trav. Cf. DOCKES (E.), AUZERO (G.), Droit du travail, 30^{ième} éd. Dalloz, coll. « Précis », 2016, § 412.

422 CHASSAGNARD-PINET (S.), VERKINDT (P.-Y.), « La rupture conventionnelle du contrat de travail », *JCP S*, n° 26, 24 juin 2008, 1365, p. 25 ; JOURDAN (D.), « Rédaction d'une convention de rupture d'un CDI », *JCP S* 2008, 1562, p. 22.

423 PATIN (M.), « La rupture conventionnelle du contrat de travail suspendu », *JCP S* 25 janv. 2011, n° 4, p.17.

110. Position de l'Administration. En l'absence de position claire du législateur, l'administration s'est prononcée sur cette question à l'occasion d'une circulaire de la Direction Générale du Travail du 17 mars 2009⁴²⁴. Aux termes de celle-ci, elle établit une différence de régime en fonction de la nature de la suspension du contrat de travail. Dès lors que la suspension du contrat n'offre pas de protection spécifique au salarié celui-ci est autorisé à conclure une rupture conventionnelle. En revanche, dans les cas où la rupture du contrat de travail est particulièrement encadrée pendant la période de suspension les parties ne pourront pas rompre d'un commun accord jusqu'à ce que la suspension soit levée.

L'administration fait référence aux dispositions particulières sur le licenciement concernant le contrat du salarié suspendu durant un congé de maternité ou en raison de son état de santé. En effet, selon les dispositions de l'article L. 1225-4 du code du travail, l'employeur ne peut licencier une salariée « lorsqu'elle est en état de grossesse médicalement constaté, et pendant l'intégralité des périodes de suspension du contrat de travail ». Par exception, la rupture du contrat est admise lorsque l'employeur justifie d'une faute grave ou d'un motif étranger à la grossesse ou à l'accouchement. A défaut la rupture est nulle. De la même façon l'employeur ne peut licencier le salarié pendant la période consécutive à un accident de travail ou à une maladie professionnelle sauf pour faute grave du salarié ou l'impossibilité de maintenir le contrat pour un motif non lié à l'accident de travail ou une maladie professionnelle⁴²⁵.

Dans ces deux hypothèses, l'administration⁴²⁶ demande aux DIRECCTE de ne pas homologuer les conventions conclues durant cette période. Ainsi elle se prononce pour une transposition des dispositions concernant le licenciement à la rupture conventionnelle. Selon Marc Patin avec cette interprétation, l'administration « *transforme la rupture conventionnelle en un licenciement négocié* », risquant ainsi de passer d'un « *contrôle du consentement des parties à celui des motifs de la rupture* »⁴²⁷. Néanmoins, rejoignant la position de l'administration, les Cours d'appel ont annulé de manière constante les ruptures

424Circulaire DGT n° 2009-04 du 17 mars 2009 relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée.

425Art. L. 1226-9 C. trav.

426Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008 relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée.

427PATIN (M.), « La rupture conventionnelle du contrat de travail suspendu », *JCP S* 2011, n° 4, p.17.

conventionnelles intervenant pendant la période de suspension du contrat⁴²⁸.

111. Position des juges. La chambre sociale dans un arrêt en date du 30 septembre 2014⁴²⁹, publié au bulletin, a jugé qu'une rupture conventionnelle peut être conclue durant la période de suspension du contrat de travail consécutive à un arrêt de travail ou une maladie professionnelle, et en l'absence d'une fraude ou d'un vice du consentement. En l'espèce la salariée a été victime d'un accident du travail le 27 janvier 2009, et s'est trouvée en arrêt de travail jusqu'au 8 février 2009. Elle a repris son activité professionnelle sans qu'aucune visite de reprise n'ait été organisée, dès lors son contrat de travail était légalement toujours suspendu. Les parties ont signé le 7 juillet 2009 une convention de rupture, qui, n'ayant pas été rétractée dans le délai de 15 jours, a été homologuée par l'inspecteur du travail le 10 août 2009. Dans cet arrêt la Cour de cassation a refusé d'étendre la législation protectrice des victimes d'accident du travail ou de maladie professionnelle à la rupture conventionnelle, à contrepied de l'avis émis par l'administration⁴³⁰.

En effet, pour la première fois, les juges ont considéré que les dispositions protectrices ne suffisent pas à elles seules à faire obstacle à la signature d'une rupture conventionnelle. S'il existe un risque que la convention soit annulée, ce n'est qu'à la condition que le salarié prouve un vice du consentement ou l'intention frauduleuse de l'employeur. D'une part, les mesures de protection prises pour éviter le licenciement d'un salarié « fragilisé » sont nécessaires compte tenu de la relation travail, en revanche il n'est pas opportun de surprotéger le salarié au risque de le priver de sa liberté contractuelle. Par ailleurs, le législateur n'interdit pas au salarié dit « protégé » de démissionner, et ce, même durant une période de suspension. D'autre part, le régime juridique de la rupture conventionnelle

428La rupture conventionnelle est interdite durant un arrêt de travail consécutif à un accident de travail et jusqu'à la visite de reprise. La convention est nulle et la rupture prend les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse (CA Aix-en-Provence, 17e ch., 3 avr. 2012, n°11/05043 ; CA Poitiers, 6 nov. 2013, n° 12/00772). Peu important que la convention signée pendant la période de suspension, ait été homologuée postérieurement à la visite de reprise (CA Rouen, 15 oct. 2013, n° 13/00515). La convention est annulée en raison de sa conclusion lors du congé maternité de la salariée (CA Rennes, 8 févr. 2013, n° 11-05356 ; CA Lyon 14 décembre 2012, n°12/01916).

429Soc., 30 septembre 2014, n° 13-16.297, *RDT* 2014. 684, note LARDY-PELISSIER (B.) ; *JCP S* 2014, 1436, note LOISEAU (G.) ; *RLDA* 1er janv. 2015, n° 100, p. 44 – Soc. 16 déc. 2015, n° 13-27.212.

430La circulaire de la DGT n° 2009-04 du 17 mars 2009 puisque celle-ci précisait que « dans les cas où la rupture du contrat de travail est rigoureusement encadrée durant certaines périodes de suspension du contrat, la rupture conventionnelle ne peut (...) être signée pendant cette période ».

TITRE 2 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE AU SERVICE DE LA FLEXICURITE

garantit le consentement⁴³¹ des parties grâce à un dispositif de contrôle a priori particulièrement protecteur. Dès lors, en l'absence de preuve démontrant que le consentement du salarié a été vicié, celui-ci doit pouvoir se dégager de son contrat sans en payer les conséquences, comme lors d'une démission.

Cet arrêt, réaffirmé par la Cour de cassation marque ainsi la fin de la transposition automatique du régime d'un commun accord à celui de la rupture conventionnelle. La chambre sociale distingue donc désormais le régime de la rupture conventionnelle de celui de la rupture amiable, du moins en matière de suspension du contrat lié à l'état de santé du salarié.

112. Articulation avis d'inaptitude et rupture conventionnelle. Si la chambre sociale a autorisé la rupture conventionnelle durant la période de suspension du contrat liée à l'état de santé du salarié, néanmoins le doute perdure sur la rupture suivant le terme de la suspension notamment lorsqu'un avis d'inaptitude est délivré par le médecin du travail. Le code du travail encadre strictement la procédure d'inaptitude et ses conséquences. Lorsque le salarié, à la suite d'un accident du travail, est déclaré inapte à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur est tenu de lui proposer un autre emploi approprié à ses capacités et aussi comparable que possible à l'emploi précédent. Le licenciement du salarié intervient dès lors que le reclassement est impossible. Une rupture conventionnelle peut-elle se substituer au licenciement ? Il convient de distinguer le cas où l'employeur propose une rupture conventionnelle dès l'émission de l'avis d'inaptitude sans avoir au préalable proposé des offres de reclassement au salarié, de celui où l'employeur s'acquitte de cette obligation avant de proposer une rupture conventionnelle. La seconde illustration ne suscite aucune difficulté puisque les obligations légales sont respectées l'employeur ne risque pas d'être soupçonné d'éluder les règles de protection. La première option emporte davantage de difficultés. D'un point de vue strictement juridique les juges saisis d'une telle contestation, considérant que l'obligation de reclassement en matière d'inaptitude est une règle d'ordre public⁴³², retiendraient probablement la fraude à la loi et sanctionneraient par une nullité la convention de rupture. En pratique il serait opportun d'admettre cette

431Le troisième alinéa de l'article L. 1237-11 du code du travail précise que la rupture conventionnelle est soumise « *aux dispositions de la présente section destinées à garantir la liberté de consentement des parties* ».

432Soc. 12 févr. 2002, n° 99-41.698, *Bull. civ. V*, n° 66.

possibilité qui présente comme avantage la maîtrise du calendrier par les parties. Pour l'heure seule une cour d'appel s'est prononcée contre la validité d'une rupture conventionnelle conclue entre les deux visites d'inaptitude⁴³³. Mais le positionnement récent de la chambre sociale permet d'envisager l'ouverture de la rupture conventionnelle aux salariés inaptes.

113. Les premiers pas du revirement. A contrepied de la jurisprudence constante, la Haute juridiction a admis dans un arrêt rendu le 28 mai 2014⁴³⁴, la validité d'une rupture conventionnelle signée par un salarié déclaré apte avec réserves, consécutive à une absence pour accident du travail. Aux termes des dispositions de l'article L. 1226-8 du code du travail, l'employeur devait la reclasser prioritairement dans son emploi initial. Mais un mois suivant son retour une rupture conventionnelle a été signée par les parties, puis homologuée. D'après la salariée la rupture conventionnelle avait pour objectif d'éluder l'obligation de reclassement pesant sur l'employeur, et qu'en raison de cette fraude, la convention de rupture devait être annulée. Pour la Cour de cassation en l'absence de preuve d'un vice du consentement ou de l'intention frauduleuse de l'employeur, la conclusion d'une rupture conventionnelle avec un salarié déclaré apte avec réserves est possible. En l'absence de contre-indication, il est permis de conclure une convention de rupture en période de suspension du contrat de travail, dès lors que le salarié ne bénéficie pas d'une protection particulière. Tel est notamment le cas suite à un congé parental ou un congé sabbatique.

2 - Rupture conventionnelle et salariée protégée en raison de son état de grossesse

114. Le doute ne profite à personne. En l'absence de disposition législative, les juges du fond transposaient le régime de la rupture amiable à la rupture conventionnelle, interdisant ainsi à une salariée protégée en raison de son état de grossesse de signer une rupture conventionnelle. La Cour d'appel de Lyon⁴³⁵ avait alors ouvert la voie à un revirement de jurisprudence. Elle a validé une convention de rupture conventionnelle

433CA Poitiers 28 mars 2012 n° 10/02441.

434Soc. 28 mai 2014, n° 12-28.082, *Lexbase Hebdo*, éd. Soc., n° 574, note RADE (CH.) ; *RDT* 2014. 622, note LARDY-PELISSIER (B.) ; *JCP S* 2014, 1301, note LOISEAU (G.).

435CA Lyon 6 nov. 2013 n° 11/08266.

TITRE 2 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE AU SERVICE DE LA FLEXICURITE

signée et homologuée à l'expiration du congé maternité mais durant la période de quatre semaines suivant son congé. L'article L. 1225-4 du code du travail protège la salariée à compter du jour où son état de grossesse est médicalement constaté, et ce, jusqu'à la fin d'une période de quatre semaines à l'issue de la fin de son congé maternité. En l'espèce, les juges considèrent que « cette disposition relative au seul licenciement n'exclut pas l'application de celles précitées relatives à la rupture conventionnelle du contrat de travail ». Ils estiment en effet que la salariée n'a pas utilisé son droit de rétractation et ainsi qu'en l'absence d'un vice du consentement constaté, la convention de rupture homologuée est valable. Ainsi, la Cour d'appel de Lyon fait une application stricte du code du travail et juge qu'en l'absence de texte contraire, les règles de la rupture conventionnelle s'appliquent. Il convient de préciser que cette jurisprudence tranche nettement avec le régime juridique du licenciement, puisque dans un arrêt récent la chambre sociale vient de réaffirmer l'interdiction d'engager une procédure de licenciement durant la protection de quatre semaines suivant le congé maternité⁴³⁶.

Au demeurant, le ministère du Travail⁴³⁷ indiquait sur son site internet que hors période de congé maternité une rupture conventionnelle peut être envisagée avec une salariée enceinte.

115. Le droit pour la salariée en état de grossesse à conclure une rupture conventionnelle. La Cour de cassation s'est enfin prononcée sur la question, et sans surprise, a jugé que, « *sauf en cas de fraude ou de vice du consentement, non invoqués en l'espèce, une rupture conventionnelle peut être valablement conclue en application de l'article L. 1237-11 du Code du travail au cours des périodes de suspension du contrat de travail auxquelles la salariée a droit au titre de son congé de maternité, ainsi que pendant les quatre semaines suivant l'expiration de ces périodes* »⁴³⁸. Elle a ainsi rejeté le pourvoi

436 Soc. 30 avril. 2014, n° 13-12.321. La particularité dans cette espèce était la prise de congés payés consécutivement au congé de maternité qui avait conduit l'employeur à considérer que les congés payés étaient assimilés à la période de protection de 4 semaines suivant le congé maternité. Il n'en est rien. Les Hauts magistrats ont jugé que la période de protection de 4 semaines était suspendue par la prise de congés payés, le point de départ étant reporté à la reprise effective du travail. Cette décision, particulièrement protectrice du statut de la femme enceinte, laisse toutefois de nombreuses questions en suspens. GARDES (D.), « Congé de maternité suivi de congés annuels : report de la période de protection relative à la reprise effective du travail », *RDT*. 2014. 547.)

437 www.telerc.travail.gouv.fr

438 Soc. 25 mars 2015, n° 14-10.149, *Bull. Civ. V.* n° 512, *SSL* 2015, 387, note LHERNOULD (J-P.).

PARTIE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, OUTIL DE SORTIE DE L'EMPLOI

de la salariée et confirmé l'arrêt de la cour d'appel de Lyon. La Haute autorité transpose donc la décision dégagée concernant les accidents du travail et les maladies professionnelles. Cette décision s'inscrit dans le processus des Hauts magistrats visant à libéraliser la rupture conventionnelle en favorisant la liberté individuelle dans un domaine jusqu'à présent largement dominé par l'ordre public social. Certains auteurs⁴³⁹ s'indignent d'un tel recul, considérant que l'ordre public social n'a pas vocation à protéger uniquement contre les licenciements. Nul ne conteste que le caractère unilatéral du licenciement qui s'ajoute au poids de la relation hiérarchique, justifie les règles de protection mises en place par le législateur. Néanmoins, il ne peut être ignoré que la rupture d'un commun accord rétablit un certain équilibre entre les parties de sorte que les règles d'ordre public, particulièrement contraignantes, peuvent être remplacées par celles entourant la rupture conventionnelle. En effet, les règles spécifiques à la rupture conventionnelle sont suffisantes à garantir le consentement du salarié volontaire au départ. Lorsque la rupture conventionnelle est autorisée, le législateur a mis en place un dispositif inédit afin de s'assurer du consentement libre et éclairé du salarié.

B - Rupture conventionnelle pour mettre fin à un différend

116. Existence d'un différend entre les parties. Au départ certains juges de cour d'appel ont appliqué les règles de la rupture amiable civiliste à la rupture conventionnelle pour sanctionner les ruptures jugées suspectes⁴⁴⁰. Ainsi, ils interdisaient les ruptures conventionnelles conclues en présence d'un litige entre les parties. L'absence d'un différend entre les parties était tant une condition de reconnaissance de la rupture amiable, qu'un critère de renonciation avec la transaction. Cependant, opérant un revirement de jurisprudence, la Cour de cassation décide le 23 mai 2013⁴⁴¹, que l'existence d'un litige au moment de sa conclusion n'affecte pas la validité de la rupture conventionnelle. En l'espèce un employeur reproche à sa salariée un certain nombre de manquements, qu'il estime

439MOULY (J.), « La rupture conventionnelle *versus* la protection des salariés victimes de risques professionnels ou en état de grossesse », *Droit social* 2015, 399.

440CA Amiens, 7 mars 2012, n° 11/02161. Pour la position contraire : CA Montpellier 16 nov. 2011, n°09/00552.

441Soc. 23 mai 2013, n° 12-13.865, *Bull. Civ. V*, n° 128 ; D. 2013. 1355, obs. INES (B.) ; *ibid.* 1768, chron. FLORES (P.), MARIETTE (S.), DUCLOZ (F.), WURTZ (E.), SOMME (C.), CONTAMINE (A.) ; *ibid.* 2014. 1115, obs. LOKIEC (P.), PORTA (J.) ; *RDT* 2013. 480, obs. AUZERO (G.) ; *RJS* 2013. 346, note ALDIGE (B.) ; *SSL* 2013, n° 1586, chron. GOSSELIN (H.) - Soc. 29 janv. 2014, n° 12-27.594, *Bull. Civ. V*, n° 39 ; D. 2014. 376 ; *RDT* 2014. 255, obs. AUZERO (G.).

TITRE 2 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE AU SERVICE DE LA FLEXICURITE

justifier un licenciement. Toutefois il lui propose une rupture conventionnelle afin de ne pas « *ternir la suite de sa carrière professionnelle* ». La salariée accepte, et suite à l'homologation par la DIRECCTE, intente une action pour solliciter la requalification de la convention de rupture en licenciement sans cause réelle et sérieuse. La Cour de cassation juge que l'existence d'un litige ne suffit pas à lui seul à vicier le consentement du salarié. Pour Hervé Gosselin, conseiller rapporteur à la chambre sociale de la Cour de cassation, la solution inverse aurait conduit à ajouter une condition qui n'existe pas dans la loi. Il poursuit en ces termes : la rupture conventionnelle « *est une procédure très encadrée et entourée de nombreuses garanties, et qu'on ne peut exclure a priori l'existence d'un accord entre les parties pour sortir d'une situation conflictuelle* ».

Autrement dit, l'encadrement de la rupture conventionnelle constitue aujourd'hui le droit de la rupture et par conséquent, les juges du fond ne peuvent pas invalider une convention de rupture au seul prétexte que celle-ci a été conclue en présence d'un litige entre les parties⁴⁴². Ainsi le seul levier du salarié pour invalider la convention de rupture est de prouver l'existence d'un vice du consentement. La chambre sociale va même plus loin puisque non seulement elle étend la rupture conventionnelle à un domaine relevant jusque là du licenciement, mais de plus lui accorde le droit d'anéantir ce dernier au nom de la « *renonciation commune* ».

II - Ruptures conventionnelles et contexte économique

117. Ruptures pour motif économique. La rupture conventionnelle conclue dans un contexte économique difficile fait l'objet d'une attention particulière. La loi exclut expressément l'application des règles de la rupture conventionnelle dans le cadre d'une gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences (GPEC) et aux ruptures du contrat de travail résultant d'un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE). Cette interdiction procède des dispositions de l'article L. 1237-16 du code du travail⁴⁴³. Cet article reprend la volonté annoncée des partenaires sociaux dans l'Accord national interprofessionnel du 11 janvier

442LEBLAN (V.), « Droit du risque », *Petites affiches* 2 déc. 2013 n° 240, p. 7.

443BERAUD (J.-M.), « Ruptures conventionnelles et droit du licenciement économique : un rapport à décrypter », *RDT* 2011. 226 ; PELISSIER (J.), « Ruptures conventionnelles assujetties au droit du licenciement économique », *SSL* 2011, n° 1484, p. 7 ; COUTURIER (G.), « Ruptures conventionnelles et licenciements pour motif économique », *RJS* 2011. 347 ; GEA (F.), « Ruptures conventionnelles et droit du licenciement économique », *RDT* 2011, 244.

PARTIE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, OUTIL DE SORTIE DE L'EMPLOI

2008 de ne « *pas porter atteinte aux procédures de licenciement collectifs pour cause économique engagées par l'entreprise* ».

Rappelons que selon les termes de l'article L. 1233-61 du code du travail, l'employeur doit établir et « *mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre* ». Ces dispositions concernent les entreprises d'au moins cinquante salariés et l'hypothèse selon laquelle le projet de licenciement concerne « au moins dix salariés » dans la même période de trente jours. Pour les employeurs, les procédures de licenciement collectives sont particulièrement lourdes : définition très restrictive du motif économique, obligation de consulter les institutions représentatives du personnel, et obligation de reclassement⁴⁴⁴. En raison de la complexité de ces procédures et des garanties spécifiques édictées à l'égard des salariés, les partenaires sociaux ont souhaité éviter que des employeurs utilisent le dispositif de la rupture conventionnelle pour se soustraire à leurs obligations. En effet, dans ces deux hypothèses les départs « volontaires » sont soumis à des règles spécifiques propres de sorte que celles de la rupture conventionnelle n'ont pas à s'appliquer.

En revanche, si le nouveau régime de rupture conventionnelle est exclu dans le cadre d'un accord de gestion prévisionnel de l'emploi et des compétences, ou d'un plan de sauvegarde de l'emploi, ce n'est pas le cas de la rupture amiable. La logique est la suivante : la rupture amiable, à l'inverse de la rupture conventionnelle, n'a pas un régime juridique propre et par conséquent se concilie facilement avec le régime juridique d'un PSE ou d'une GPEC⁴⁴⁵. La Cour de cassation s'est prononcée favorablement pour cette hypothèse dans un arrêt rendu le 26 octobre 2010, à l'occasion d'un plan de départs volontaires intervenus postérieurement à la loi du 25 juin 2008, en consacrant la licéité de la rupture amiable⁴⁴⁶.

444Dans un rapport datant d'août 2002, la DARES a comparé les législations européennes relatives aux licenciements pour motif économique et fait le constat que sur les sept pays étudiés, « *la France se singularise notamment par l'accent mis sur les reclassements par la faible place laissée à la négociation et par une relative complexité des procédures* ».

445Circ. N° 2007/15 du 7 mai 2007 relative à l'anticipation des mutations économiques et au développement de la gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences ; Au terme de cette circulaire la Délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle indique que « *les mobilités s'inscrivant dans le cadre d'un accord de gestion prévisionnelle prennent la forme d'une rupture d'un commun accord du contrat de travail pour motif économique au sens du 2ème alinéa de l'article L. 321-1 du Code du travail* ». Aussi, le motif économique n'est pas encore avéré mais l'éventualité d'un licenciement économique oblige les employeurs à respecter les obligations d'une procédure de licenciement économique.

446Soc. 26 octobre 2010, n° 09-15. 187. v. *supra* § 290.

TITRE 2 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE AU SERVICE DE LA FLEXICURITE

Ces procédures conservent dès lors leur autonomie.

Pour une partie de la doctrine, ces précautions sont jugées nécessaires mais pas suffisantes. En effet, en dehors de ces deux hypothèses, le dispositif de la rupture conventionnelle peut être utilisé. Par ailleurs, la loi a modifié le second alinéa de l'article L. 1233-3 du code du travail et précisé que les règles relatives au droit du licenciement économique sont « *applicables à toute rupture du contrat de travail, à l'exclusion de la rupture conventionnelle (...), résultant de l'une des causes énoncées au premier alinéa* ». La rupture conventionnelle peut ainsi s'affranchir des dispositions sur le licenciement économique. Cette modification a suscité de fortes réserves en doctrine, d'autant que celle-ci avait pris l'habitude de saluer les décisions de la chambre sociale particulièrement favorables au salarié.

Depuis la loi du 29 juillet 1992⁴⁴⁷ il était admis que toute rupture qui procède d'une cause économique doit être soumise à la procédure de licenciement économique. Par la suite la Cour de cassation avait elle aussi affirmé son attachement au statut protecteur du licenciement économique avec ses célèbres arrêts Framatome et Majorette⁴⁴⁸. Dans ces affaires, l'employeur faisait valoir que la mise en œuvre d'un plan social n'était obligatoire que dans la mesure où plus de dix salariés refusaient la modification de leur contrat, conformément aux dispositions de l'article L. 321-4-1 du code du travail⁴⁴⁹. La chambre sociale a écarté cette théorie en ces termes « *La restructuration décidée par la Société Framatome conduisait à proposer à vingt-quatre salariés la modification d'un élément essentiel de leur contrat de travail et par conséquent à envisager le licenciement de ces salariés ou tout le moins la rupture de leur contrat de travail pour motif économique* ». Cette jurisprudence a longtemps été reprise⁴⁵⁰ avant d'être condamnée par la loi du 18

447 Cette loi faisait suite à un arrêt de la Cour de cassation en date du 10 avril 1991 (CEPME, *Bull. Civ. V*, n° 179). En l'espèce un employeur avait prévu une suppression de quatre cents emplois par le seul recours des départs volontaires. Les juges du fond, saisis par le Comité d'entreprise qui se plaignait de ne pas avoir été consulté du projet, ont condamné l'employeur pour non-respect des articles L. 321-2 et L. 321-3 du code du travail. La Cour de cassation a également considéré que le projet de l'employeur devait s'analyser en un licenciement collectif et donc être soumis à la procédure de licenciement collectif.

448 Soc. 3 déc. 1996, n° 95-17-352 et n° 95-20-360, *Bull. Civ. V*, n° 411, D. 1997. IR.23 ; BOUBLI (B.), « Des précisions importantes à la jurisprudence des arrêts Framatome et Majorette », *SSL* 18 janv. 1999, n° 917 ; WAQUET (P.), « Modification des contrats de travail et plan social », *Dr. Soc.* 1997.

449 Nouv. Art. L. 1233-61 du code du travail.

450 A l'aube de la rupture conventionnelle, le Professeur Pélissier écrivait : « *Au lieu d'engager une procédure*

PARTIE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, OUTIL DE SORTIE DE L'EMPLOI

janvier 2005. Désormais, il faut attendre que dix salariés aient refusé la proposition de modification pour mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi.

Dans le prolongement de cette jurisprudence, l'accord conclu entre les partenaires sociaux ne mentionnait pas l'exclusion de la rupture conventionnelle de la procédure de licenciement pour motif économique. Au contraire, aux termes de l'accord l'exclusion de la rupture conventionnelle des dispositions de l'article L. 1233-3 du code du travail paraît très éloignée de l'intention des partenaires sociaux de ne pas « *remettre en cause les modalités de ruptures existantes du contrat à durée indéterminée, ni porter atteinte aux procédures de licenciements collectifs pour cause économique engagées par l'entreprise* »⁴⁵¹.

Egalement, la directive n° 98/ 52/ CE du Conseil européen du 20 juillet 1998 précise qu'il faut assimiler à des licenciements les ruptures intervenues à l'initiative de l'employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du travailleur pour savoir si le nombre de licenciements est suffisant pour rendre obligatoire les procédures d'information et de consultation des représentants du personnel. Toutefois ce texte ne paraît pas imposer que toutes les ruptures conventionnelles initiées par l'employeur dans un contexte de difficultés économiques soient comptabilisées en tant que licenciements. En effet, la directive n'assimile pas réellement les ruptures conventionnelles aux licenciements compte tenu qu'elle impose que « *les licenciements soient au moins au nombre de cinq* » et que le total des ruptures atteigne les seuils prévus, pour exiger la mise en œuvre des procédures d'information et de consultation des représentants du personnel⁴⁵².

Face aux interrogations des auteurs, quelques précisions ont été apportées successivement par l'administration puis le juge. En premier lieu, l'administration a incité ses agents à la plus grande vigilance en précisant à l'occasion d'une instruction en date du 23 mars 2010⁴⁵³ que la conclusion de ruptures conventionnelles procède d'une fraude « *dès*

de licenciement collectif, ils pourront proposer à dix, quinze, vingt salariés de conclure une résiliation conventionnelle en leur proposant une indemnité de rupture d'un montant assez élevé. Fort de l'accord de chaque salarié, ils réaliseront rapidement et sans risque les ruptures de contrat qu'ils estimaient nécessaires ».

451Art. 12 de l'ANI.

452RODIERE (P.), « Volonté des parties et définition du licenciement collectif dans le droit de l'union européenne », *Dr. Soc.* 2010, p. 131 ; « Licenciement économique : prise en compte des ruptures conventionnelles », Cour de cassation, soc. 9 mars 2011, D. 2011. 886.

453Inst. DGT n°2 du 23 mars 2010 relative à l'incidence d'un contexte économique difficile sur la rupture

TITRE 2 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE AU SERVICE DE LA FLEXICURITE

lors que le recours à la rupture conventionnelle concerne un nombre important de salariés et que cela a pour effet de priver ces salariés du bénéfice des garanties attachées aux licenciements collectifs ». Par exemple, il existe un risque de fraude si l'employeur a eu recours à dix conventions de rupture sur une période de trente jours ou lorsque une demande d'homologation au cours des trois premiers mois de l'année fait suite à dix-huit demandes au cours de l'année précédente.

En second lieu, la Cour de cassation, visant une combinaison des articles L. 1233-3 du code du travail et 12 de l'ANI du 11 janvier 2008 appliqués à la « lumière de la directive », considère que les ruptures conventionnelles doivent être comptabilisées afin de déterminer si le seuil requis pour la mise en œuvre de la procédure de licenciement économique est atteint⁴⁵⁴. Si la décision était attendue, le visa de l'arrêt peut surprendre. En effet, il est clair que les juges ont privilégié les dispositions de l'ANI sur celles de la loi, poursuivant ainsi leur construction jurisprudentielle protectrice en la matière. Cependant, leur pouvoir est limité à un décompte numérique du nombre de ruptures, et ils risquent en souhaitant protéger toujours davantage les salariés d'outrepasser leur pouvoir, qui à l'inverse du licenciement ne s'étend pas au motif de la rupture. En outre, la Haute autorité a depuis nuancé sa décision par deux arrêts de 2013, considérant que les ruptures conventionnelles ne devaient pas être prises en compte pour le calcul des seuils légaux lorsqu'elles n'ont pas été homologuées⁴⁵⁵ ou quand la convention de rupture a été signée pour un motif étranger à toute cause économique⁴⁵⁶.

En définitive, la rupture conventionnelle dans un contexte économique difficile est en principe autorisée à l'exception des deux hypothèses légales et si elle n'a pas pour but de contourner les dispositions impératives sur la procédure de licenciement économique. De notre point de vue dans les autres cas la rupture conventionnelle est sécurisée. En effet, dès lors que la rupture conventionnelle procède de la volonté des parties, le contrôle du juge

conventionnelle d'un contrat de travail à durée indéterminée.

454 Soc. 9 mars 2011, n° 10-11.581, *Bull. Civ. V.* n° 70 ; *JCP S* 2011, 1200, note FAVENNEC-HERY (F.) ; *RJS* 2011, p. 347, note COUTURIER (G.) ; *RDT* 2011, 226, Rapp. BERAUD (J.-M.) ; *ibid* 244, obs. GEA (F.) ; *Dr. Soc.* 2011, 681, note LOISEAU (G.) ; *SSL* 2011, n° 1484, p. 7, obs. PELISSIER (J.). Cf. LOISEAU (G.), « Les ruptures conventionnelles pour motif économique », *Dr. Soc.* 2011, p. 681 ; FAVENNEC-HERY (F.), « Les périmètres du PSE », *JCP S* 2013, 1202.

455 Soc. 29 oct. 2013, n° 12-15.382.

456 Soc. 18 déc. 2013, n° 02-95.567.

doit concerner seulement le consentement et pas le motif de la rupture.

§ 2. Le consentement des parties consacré

A titre liminaire, il est important de souligner qu'en dépit des similitudes concernant la procédure préalable à la rupture, le licenciement et la rupture conventionnelle sont deux modes autonomes de rupture. Cette dernière revêt un caractère bilatéral et à la différence du licenciement qui trouve sa justification dans un juste motif, la rupture d'un commun accord assoit sa légitimité grâce au consentement mutuel des parties. Ainsi, comme c'est le cas pour la démission ou la rupture amiable, le contrôle opéré par des acteurs extérieurs ne concerne pas le motif de la rupture mais le consentement libre et éclairé des parties. C'est précisément autour du consentement des parties que les négociations sur la rupture conventionnelle ont porté. En effet, l'objectif principal des partenaires sociaux qui ont conclu l'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 a été d'organiser un régime juridique à la rupture d'un commun accord permettant de protéger l'intégrité du consentement du salarié en se dotant d'outils spécifiques. Jusqu'alors le droit du travail protégeait leur consentement en limitant la liberté contractuelle des parties par le jeu de l'ordre public social ainsi qu'en usant de la théorie des vices du consentement.

A contre courant le juge social a largement élargi le champ de conclusion de la rupture conventionnelle, l'étendant à des domaines jusqu'alors strictement réglementés au nom de l'ordre public social. Cette consécration jurisprudentielle de l'autonomie de la rupture conventionnelle vis à vis des autres modes de rupture se justifie par l'importance des garanties procédurales préventives mis en place par le législateur opérant comme des gardes fous nécessaires à la liberté de consentement des parties **(I)**.

L'accent mis sur un contrôle a priori du consentement des parties, la chambre sociale limite considérablement les possibilités de contestations a posteriori par le ressort des vices du consentement **(II)**

I - Un contrôle a priori rigoureux

118. Mise en œuvre d'une procédure triptyque⁴⁵⁷. Les partenaires sociaux ont choisi de garantir la liberté de consentement des parties en organisant la rupture autour d'une procédure impérative : information- rétractation- homologation⁴⁵⁸. Le législateur a respecté leur volonté en consacrant la rupture conventionnelle en des termes identiques. Inspirée du droit de la consommation et du modèle du droit du licenciement (procédure stricte et indemnisation du salarié), cette procédure a priori se place essentiellement sur un plan formel. En droit du travail, la place de la volonté du salarié est limitée en raison de la suspicion qui entoure le consentement de celui-ci. Si le législateur « bilatéralise » les règles en en faisant profiter les deux parties -à l'inverse du droit de la consommation qui en limite le bénéfice au consommateur- le salarié est cependant au centre de l'attention. Afin de garantir le consentement le législateur a soumis la rupture conventionnelle à l'observation d'une procédure précise et échelonnée dans le temps.

119. Les entretiens préalables. La signature d'une convention de rupture conventionnelle est précédée d'un ou plusieurs entretiens au cours desquels le salarié et l'employeur peuvent se faire assister⁴⁵⁹. Néanmoins, l'employeur pourra user de cette faculté seulement si le salarié en use⁴⁶⁰. Le salarié peut bénéficier de l'assistance d'une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise qu'il s'agisse d'un salarié titulaire d'un mandat syndical ou non. Par ailleurs, en l'absence de représentant du personnel au sein de l'entreprise, le salarié peut se faire assister par un conseiller choisi sur une liste dressée par l'autorité administrative. Récemment la haute juridiction a été saisie de la question suivante : l'employeur a-t-il une obligation pré-contractuelle d'information vis à vis du salarié s'agissant de la possibilité de se faire assister ? Il convient de préciser qu'aucun texte n'impose à l'employeur d'informer le salarié de la faculté d'être assisté lors de l'entretien. Toutefois à la lumière du droit du licenciement et de l'obligation de bonne foi du droit commun, la question divisait les différentes cours d'appel. La Cour de cassation a tranché en ces termes : « *le défaut d'information du salarié d'une entreprise ne*

457Cf. AUZERO (G.), DOCKES (E.), *Droit du travail*, 30ème éd., Dalloz, coll. Précis, 2016, §414 & s.

458Art. 12 ANI 11 janvier 2008.

459Art. L1237-12 du code du travail.

460Art. L1237-12 du code du travail.

PARTIE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, OUTIL DE SORTIE DE L'EMPLOI

disposant pas d'institution représentative du personnel sur la possibilité de se faire assister, lors de l'entretien au cours duquel les parties au contrat de travail conviennent de la rupture du contrat par un conseiller du salarié choisi sur une liste dressée par l'autorité administrative n'a pas pour effet d'entraîner la nullité de la convention de rupture en dehors des conditions de droit commun »⁴⁶¹. Différemment de la procédure applicable lors d'un licenciement⁴⁶², la loi reste muette s'agissant du formalisme de l'invitation à un entretien ; également, elle ne précise ni la forme de l'entretien, ni son déroulement. Ainsi, l'entretien peut-il prendre la forme d'un d'un rendez-vous téléphonique, ou d'un échange informel ? A ce jour, rien n'interdit à un employeur et un salarié de régler les détails de la rupture par téléphone avant de se rencontrer pour la signature du formulaire Cerfa pré-rempli.

Dans son étude intitulée «*Des ruptures conventionnelles vues par des salariés* »⁴⁶³, le Centre d'études de l'emploi formule des recommandations afin d'améliorer le dispositif de la rupture conventionnelle. A cette occasion, les auteurs du rapport recommandent de formaliser l'invitation à l'entretien préalable. Par ailleurs, s'agissant de son déroulement, elle suggère d'imposer avant la signature de la convention un diagnostic de situation des droits à l'assurance chômage du salarié qui pourrait être établi par le Pôle emploi. Cependant, dans un arrêt rendu le 29 janvier 2014 la Cour de cassation a considéré que l'information de la possibilité de contacter Pôle emploi qui peut «*l'aider à prendre sa décision en pleine connaissance de ses droits* » -mentionné sur le formulaire Cerfa dans sa partie 2- n'est pas une formalité substantielle⁴⁶⁴. En l'espèce, un salarié demandait l'annulation de sa convention de rupture, faute pour l'employeur de l'avoir informé durant la négociation de la possibilité de prendre contact avec Pôle emploi en vue d'envisager la suite de son parcours professionnel.

461 Soc. 29 janv. 2014, n° 12-27.594, *Bull. Civ. V.* n° 39 ; *RDT* 2014. 255, note AUZERO (G.) ; *JCP S* 2014. 1078 ; *Cah. soc.* 2014, p. 169, obs. ICARD (J.) ; *SSL* 2014, n° 1645, p. 71, note LEROY (Y.).

462 Les dispositions des articles L. 1232-2 et suivants du code du travail font état d'un formalisme très précis s'agissant de la lettre de convocation à un entretien préalable au licenciement et du déroulement de l'entretien.

463 DALMASSO (R.), GOMEL (B.), MEDA (D.), SERVERIN (E.), 2012, La rupture conventionnelle vue par des salariés : analyse d'un échantillon de 101 ruptures conventionnelles signées fin 2010, Rapport de recherche du CEE, n° 80, octobre. A l'initiative de la CFDT, le CEE a analysé un échantillon de 101 ruptures conventionnelles enregistrées en fin d'année 2010. L'objectif de l'enquête était d'analyser les circonstances de la rupture conventionnelle et de formuler des recommandations pour améliorer le dispositif.

464 Soc. 29 janv. 2014, n° 12-25. 951, *RDT* 2014. 255, note AUZERO (G.) ; *JCP S* 2014. 1078.

120. Convention de rupture. L'acte de rupture résulte d'une convention signée par les parties au contrat⁴⁶⁵. La forme de cette convention est officialisée par un formulaire Cerfa, qui varie selon que le salarié est protégé ou pas. La convention définit les conditions de la rupture et précise en particulier le montant de l'indemnité spécifique⁴⁶⁶. Le bénéfice de cette indemnité est réservé au salarié ayant une ancienneté d'au moins un an au sein de l'entreprise⁴⁶⁷. Cette indemnité contribue à l'attractivité de ce mode de rupture par rapport au licenciement dans la mesure où le salarié bénéficie d'une indemnité au moins égale à l'indemnité de licenciement⁴⁶⁸. Par ailleurs, le niveau de cette indemnité a des conséquences d'une part sur l'homologation de la rupture et d'autre part sur la possibilité d'une contestation. Il convient de préciser qu'en pratique la moyenne de cette indemnité était de 6660 euros en 2011, la moitié des salariés ayant perçu moins de 1400 euros mais 10% ayant plus de 14000 euros⁴⁶⁹. En outre, l'erreur commune de date fixée par les parties antérieurement au lendemain de l'homologation ne conduit pas à l'annulation de la rupture⁴⁷⁰.

Toutefois, une évolution législative récente aurait pu assombrir l'avenir de la rupture conventionnelle. En effet, depuis le 1er janvier 2013 toutes les indemnités de rupture conventionnelle non soumises à cotisations sont soumises à un forfait social de 20%. L'objectif du législateur était de réguler le recours des employeurs aux ruptures conventionnelles en rapprochant leur régime social de celui des salaires. Selon le Ministère du travail sur les onze premiers mois de l'année 2013, le nombre de ruptures conventionnelles a diminué de 0,1%, une première depuis sa création. Assurément cette baisse est à imputer à l'application du forfait social mais ce ralentissement fut de courte durée. L'année 2014 a signé un premier record avec une augmentation de 6% par rapport à l'année 2013, portant à 320 000 le nombre de ruptures conventionnelles. Une croissance qui s'est poursuivie en 2015 puisque 358 244 ruptures ont été validées l'année dernière.

465Art. L. 1237-11 du code du travail.

466Art. L. 1237-13 du code du travail.

467V. *infra* § 147.

468Instr. DGT 2009-25 du 8 décembre 2009.

469RAY (J.-E.), *Droit du travail et droit vivant, éditions liaisons*, 22e éd., p. 391.

470Soc., 28 janv. 2016, n° 14-26.800 – Soc. 8 juillet 2015, n°14-101.39.

121. Droit de rétractation. Une fois la convention signée chacune des parties dispose d'un délai de quinze jours calendaires durant lequel elles peuvent librement se rétracter⁴⁷¹. Jusqu'à présent la chambre sociale jugeait qu'une erreur commise dans la convention de rupture sur la date d'expiration du délai de rétractation ne pouvait entraîner la nullité de cette dernière dans la mesure où elle n'avait pas pour effet de vicier le consentement de l'une des parties ou de priver le salarié de son droit de rétractation. Cette jurisprudence classique sanctionnait les erreurs procédurales si et seulement si elles avaient été déterminantes dans l'accord du salarié.

Un arrêt récent vient jeter le trouble. Alors qu'un employeur s'appuyait sur cette jurisprudence rendue par la Cour à l'occasion dans un arrêt en date du 29 janvier 2014⁴⁷², la chambre sociale, le 14 janvier 2016, a apprécié strictement le délai de rétractation et annulé la demande d'homologation transmise à l'administration avant l'expiration de ce dernier alors même que le dépôt était intervenu le dernier jour du délai de rétractation et qu'aucun vice du consentement n'ait été constaté en l'espèce⁴⁷³.

La personne qui souhaite exercer son droit doit en avvertir l'autre partie en lui adressant une lettre recommandée avec avis de réception ou par tout moyen permettant d'attester de sa date de réception⁴⁷⁴. Cependant une Cour d'appel a jugé qu'un employeur qui entame une procédure de licenciement durant ce délai en convoquant le salarié à un entretien préalable renonce de ce fait à la rupture conventionnelle du contrat de travail⁴⁷⁵.

122. Demande d'homologation. A la fin du délai de rétractation les parties doivent envoyer la convention signée soit à la DIRECCTE lorsqu'il s'agit d'un salarié ordinaire, soit à l'inspection du Travail si le salarié est protégé. L'administration dispose de quinze jours ouvrables à compter de la réception de la demande pour homologuer la convention (autorisation pour l'inspection du travail⁴⁷⁶). Cette dernière étape légitime l'accord des parties afin d'éviter le contentieux. Rappelons que l'un des véritables enjeux de la

471Art. L. 1237-13 du code du travail.

472N° 12-24.539, *Bull. Civ. V.* n° 40 ; *RDT* 2014. 255, note AUZERO (G.) ; *JCP S* 2014. 1078, note LOISEAU (G.) ; *SSL*. 2014, n° 1645, p. 71, note LERIY (Y.).

473Soc.14 janv. 2016, n° 14-26. 220, *Lexbase hebdo éd. Soc.* 28 janv. 2016, n° 641, note AUZERO (G.).

474Soc. 6 oct. 2015, n° 14-17.539.

475CA Bourges, 16 septembre 2011, n° 10/01735, *RJS* janv. 2012, n°35.

TITRE 2 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE AU SERVICE DE LA FLEXICURITE

sécurisation de la rupture conventionnelle est de limiter considérablement les contentieux liés à la rupture du contrat. Ainsi l'homologation, qui peut revêtir un caractère implicite, confère à la rupture un caractère définitif et ouvre droit à l'assurance chômage. Par conséquent le refus d'homologation dès lors qu'il est notifié dans le délai imparti à l'administration mais reçu par les parties après son expiration⁴⁷⁷.

123. Etendue du pouvoir d'homologation. La loi indique que l'autorité administrative doit « *s'assurer du respect des conditions prévues et de la liberté de consentement des parties* ». Ainsi elle s'assure du respect de la procédure. Il s'agit ici d'un contrôle qui ne pose pas de difficulté pratique. Ensuite, l'autorité administrative doit veiller au respect de la « *liberté de consentement des parties* ». Cette seconde exigence commande, à notre sens, un contrôle plus approfondi de la part de l'autorité. Doit-on comprendre que l'autorité administrative dispose d'un pouvoir de contrôle du consentement des parties ? Sur le site internet officiel de saisie d'une demande d'homologation conventionnelle, il est précisé que l'administration peut refuser l'homologation en cas de « *vice de consentement de l'une des parties, indemnité inférieure au minimum légal ou conventionnel applicable, absence d'entretien, non respect du délai de rétractation...* ». L'autorité pourrait donc contrôler le consentement des parties. Dans ce cas, celle-ci se heurterait à plusieurs obstacles. Le premier concerne le délai accordé à l'administration pour se prononcer, particulièrement court. Deuxièmement, les informations communiquées sur la convention de rupture ne sont pas suffisantes pour apprécier les circonstances de celle-ci ; par ailleurs, même si les parties font état d'un litige entre elles, ce qui paraît peu probable, l'autorité administrative n'a pas intérêt à refuser l'homologation, au risque d'entrer en conflit avec la Cour de cassation. Une circulaire de la Direction générale du Travail de 2008⁴⁷⁸ opère une distinction entre les motifs d'irrecevabilité de la demande et les motifs de refus d'homologation. Sont considérés comme substantiels les éléments suivants : l'âge du salarié, sa rémunération, le respect de la procédure. Toutefois en pratique, la procédure ne

476Lorsque le salarié dispose de ce statut pour des fonctions exercées à l'extérieur de l'entreprise, la procédure spécifique n'est pas requise dès lors que l'employeur ignore l'existence de ce mandat ou son renouvellement (Soc. 30 sept. 2015, n°14-17748).

477Soc. 16 déc. 2015, n° 13-27.212.

478Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008 relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle.

PARTIE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, OUTIL DE SORTIE DE L'EMPLOI

prévoyant aucune enquête particulière, seules les irrégularités de forme sont sanctionnées⁴⁷⁹. L'une des conséquences de la faiblesse de l'étendue du contrôle concerne l'emploi des seniors, salariés et employeurs étant tentés de contourner les dispositifs destinés à maintenir les seniors dans l'emploi en recourant à la rupture conventionnelle⁴⁸⁰.

124. Conflit autour de l'homologation. L'homologation de la convention de rupture a été confiée au Directeur régional du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle qui s'assure du respect du libre consentement des parties et des conditions légales de la procédure. En cas de refus d'homologation, les parties doivent poursuivre le contrat. De manière étonnante le législateur n'accorde pas de seconde chance aux parties, qui exclut les recours gracieux devant la DIRECCTE et celui devant le juge administratif. Le Professeur Auzero a avancé l'idée d'une possible requalification d'une convention non homologuée en rupture amiable civiliste⁴⁸¹. Cette option est aujourd'hui définitivement exclue puisque la Haute autorité juge que la rupture d'un commun accord ne peut intervenir que selon les dispositions d'ordre public régissant la rupture conventionnelle⁴⁸². Les litiges concernant la rupture conventionnelle relèvent de la compétence exclusive du conseil des prud'hommes⁴⁸³. Le législateur a justifié son choix en indiquant que l'homologation ne peut pas faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la convention ; les litiges relatifs à la convention entrant dans le champ de compétence du conseil de prud'hommes, la totalité du contentieux relève de celle-ci. Evidemment cette décision favorise l'unicité de l'instance, salarié et employeur n'ont pas à se poser la difficile question de la compétence d'attribution. Toutefois, cette solution est étonnante pour des raisons autant théoriques que pragmatiques. Tout d'abord, d'un point de vue théorique l'attribution de la compétence aux tribunaux judiciaires pour un contentieux administratif est une décision singulière. Notons par ailleurs que le recours formé contre les décisions d'autorisation ou de refus de l'inspection du travail relève de la compétence des juridictions administratives. Ensuite, on peut s'interroger sur le défendeur à

479Selon un rapport du Centre d'analyse stratégique d'octobre 2008, selon les unités consultées les raisons de l'absence d'homologation sont les suivantes : les ruptures antidatées, l'absence d'entretien, le consentement du salarié est douteux lorsqu'il est illettré.

480Ce point sera étudié dans le chapitre suivant.

481AUZERO (G.), « La rupture conventionnelle du contrat de travail : l'illusion de la sécurisation », *RDT* 2008, 522.

482Soc. 15 oct. 2014, n° 11-21.251 ; *JCP S* 2014. 1436, note G. Loiseau.

483Art. L. 1237-14 C. trav.

l'action dans la mesure où dans la majorité des cas salarié et employeur établissent une demande conjointe.

125. Opportunité d'un revirement. Le 29 janvier 2014⁴⁸⁴, la chambre sociale de la Cour de cassation a décidé que compte tenu de la portée du contrôle opéré par l'inspecteur du travail, le juge judiciaire n'a pas la compétence pour se prononcer sur la validité d'une rupture conventionnelle. La haute juridiction justifie sa décision à la lumière du principe de séparation des pouvoirs. En effet, la jurisprudence judiciaire se refuse à remettre en cause la légalité d'une autorisation administrative de rupture du contrat⁴⁸⁵. En outre dans un récent arrêt la chambre sociale a jeté le trouble en estimant qu'après une décision de refus d'homologation émanant de l'administration et suite au recours contre celle-ci de l'employeur, il n'appartenait pas au Conseil de prud'hommes compétent de prononcer l'homologation de la convention⁴⁸⁶. A première vue la solution paraît ubuesque. Le juge judiciaire dispose d'une compétence exclusive en la matière mais dans la mesure où la décision administrative ne serait pas fondée alors il ne pourrait pas revenir sur cette dernière ! Dans l'hypothèse d'une annulation de refus administratif par le juge judiciaire, l'employeur doit à nouveau solliciter la DIRECCTE pour une demande d'homologation. En pratique si cette décision ne conduit pas à l'impasse elle paraît très éloignée des objectifs de souplesse et rapidité poursuivis par ce mode de rupture.

126. Sanction d'une irrégularité de procédure. La procédure spécifique mise en place par le législateur offre des garanties aux parties, notamment le droit de rétractation et l'homologation de la convention. Néanmoins, dans le silence de la loi, la Cour de cassation a apporté des précisions jurisprudentielles s'agissant des conséquences d'une irrégularité de procédure, et choisi de ne pas requalifier les conventions de rupture irrégulières en licenciements sans cause réelle et sérieuse. L'argument invoqué par la Haute juridiction est que l'irrégularité de la convention de rupture n'entraîne pas à elle seule la nullité de la convention. En effet, les parties doivent prouver soit une intention frauduleuse, soit l'existence d'un vice du consentement au moment de la signature de la convention. Il en résulte que la convention de rupture est nulle dès lors qu'un exemplaire de la convention

484Soc. 29 janv. 2014, n° 12-21.136, *Bull. Civ.* V. n° 35.

485Soc. 4 mai 1972, n° 70-40. 412.

486Soc.14 janv. 2016, n° 14-26. 220.

n'est pas remis au salarié⁴⁸⁷. En revanche lorsque l'erreur de procédure n'a pas d'effet sur le consentement du salarié ni l'absence d'information sur la possibilité de prendre contact avec le service public de l'emploi⁴⁸⁸, ni l'absence d'information sur la possibilité d'assistance⁴⁸⁹ ni une indemnité dont le montant est inférieur aux prescriptions légales⁴⁹⁰, sont de nature à entraîner l'annulation de la convention.

A la lumière des dernières décisions rendues par la Cour de cassation, il apparaît qu'elle refuse la nullité d'une convention de rupture du moins lorsque cette dernière est fondée sur les dispositions du code du travail. A l'occasion de l'un des arrêts du 29 janvier 2014⁴⁹¹, la chambre sociale a réaffirmé sa position de ne pas annuler une convention de rupture suite à une méconnaissance de la procédure, elle a précisé qu'une convention ne pouvait être annulée « *en dehors des conditions de droit commun* ».

II - Un contrôle a posteriori revisité

127. Lors de sa consécration, de nombreux commentateurs prédisaient un important contentieux à la rupture conventionnelle. Presque dix ans plus tard, le constat est bien différent. De manière presque inédite le juge social accorde une grande liberté concernant la rupture conventionnelle. Concernant la protection de la liberté de consentement, il se place essentiellement sur le terrain de la violence.

128. Existence d'un vice du consentement. Les parties peuvent remettre en cause la rupture conventionnelle à condition d'établir que leur consentement était vicié au moment de la signature. A titre d'exemple une rupture signée dans un contexte de violence psychologique en raison d'un harcèlement moral est nulle⁴⁹². Egalement, la Cour d'appel de Metz a jugé l'employeur bien fondé à invoquer une erreur sur les qualités essentielles de son

487Soc. 6 févr. 2013, n°11-27.000, *RDT* 2013. 258, note TAQUET (T.).

488Soc. 29 janv. 2014, n°12-25.951.

489Soc. 29 janv. 2014, n°12-27.594, *Bull. Civ.* V, n° 39.

490Soc. 10 décembre 2014, n° 13-22.134, note Marie HAUTEFORT, *JSL* févr. 2015, p. 7. Sur cette question v. *infra*. § 145.

491N°12-27.594 ; *RDT* 2014, 255, note AUZERO (G.).

492Soc. 30 janvier 2013, n° 11.22.332, D. 2013. 368 ; *RDT* 2013. 258, obs. F. Taquet ; *JCP* 2013. 210, obs. CORRIGAN-CARSIN (D.) – Soc. 28 sept. 2015, n°14-13.830.

TITRE 2 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE AU SERVICE DE LA FLEXICURITE

contractant viciant son consentement de sorte que s'il avait eu connaissance du comportement frauduleux du salarié, il n'aurait pas conclu la convention aux mêmes conditions⁴⁹³.

Le professeur Serverin⁴⁹⁴ fait le constat d'un faible nombre de contentieux concernant la rupture conventionnelle en raison, selon elle, des difficultés d'administration de la preuve par le salarié. La charge de la preuve pèse sur celui qui prétend que son consentement a été vicié, le plus souvent le salarié. La tâche est particulièrement ardue compte tenu notamment des garanties procédurales mises en place par le législateur. En effet, le caractère négocié de la rupture, le délai de rétractation et l'homologation par l'administration sont autant de bonnes raisons pour le juge de refuser la reconnaissance d'un vice du consentement. Par ailleurs, la multiplication des moyens d'accès à l'information sur internet et la diversification des lieux d'information justifient, peut-être, que les juges soient moins conciliants face à la « crédulité » du demandeur.

493CA Metz, 6 mai 2013, n° 110105 (MOULY (J.), « Nullité d'une résiliation conventionnelle pour vice du consentement de l'employeur, *Dr. Soc.* 2013, p. 759).

494SERVERIN (E.), « La part du conflit dans le processus de rupture conventionnelle », *RDT* 2012, p. 110.

Section 2 - Limiter le risque contentieux : dé-judiciarisation

129. Engorgement des tribunaux. En France le contentieux du travail relève des Conseils de prud'homme, juridictions spécialisées qui traitent des conflits individuels concernant les relations professionnelles. La procédure prud'homale démarre par une phase de conciliation obligatoire⁴⁹⁵ durant laquelle les parties en présence tentent de trouver une alternative amiable à leur litige, objectif atteint dans seulement 10% des affaires. L'échec de l'étape obligatoire de conciliation a pour effet de surcharger l'institution prud'homale et d'allonger considérablement le délai d'attente des justiciables. L'encombrement des juridictions prud'homales⁴⁹⁶ est tel que le délai d'attente pour un jugement est de quatorze mois. Le 15 février 2011, soixante et onze salariés ont saisi le Tribunal de grande instance de Paris d'une action en responsabilité contre l'état en raison des délais déraisonnables de la justice sociale⁴⁹⁷. Par ailleurs chaque année le nombre de demandes devant le conseil de prud'hommes augmente et la tendance devrait encore s'accroître avec le retour de la gratuité de la saisine depuis le 1er janvier 2014⁴⁹⁸⁴⁹⁹. Parallèlement, les économistes⁵⁰⁰

495La loi n° 2014-743 du 1er juillet 2014 admet une exception en matière de prise d'acte. Désormais, dans l'hypothèse d'une prise d'acte, la phase de conciliation préalable est supprimée et le bureau de jugement a l'obligation de statuer dans un délai d'un mois.

496Selon Evelyne Serverin et Julie Valentin, l'affirmation d'une hausse du contentieux prud'homal doit être démenti. Elles affirment qu'en terme d'effectifs de demandes nouvelles, le contentieux prud'homal a connu une érosion -soit une baisse de 11,9% pour les demandes au fond- sur la période 1993-2009 (SERVERIN (E.), VALENTIN (J.), « Licenciement et recours aux prud'hommes, questions de mesure » in *L'emploi en ruptures*, Dalloz 2009, 121-138).

497L'état a été condamné pour déni de justice le 5 juin 2013 par le Tribunal de grande instance de Paris qui a estimé que les délais excessifs engagés sa responsabilité.

498Loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013 de finances pour 2014, art. 128.

499Une situation qui a conduit l'ancienne Garde des Sceaux Madame Christiane Taubira à confier à l'ancien Président de la chambre sociale de la Cour de cassation, Monsieur Lacabarats, une mission dans le cadre du « Débat national sur la justice du XXIème siècle. En juillet 2014 ce dernier a rendu un rapport intitulé « *L'avenir des juridictions du travail, vers un tribunal prud'homal du XXIème siècle* ». Plusieurs propositions de ce rapport ont été reprises dans le volet « justice prud'homale » de la loi du 6 août 2015 destiné à améliorer le fonctionnement de la justice en la rendant plus rapide et plus prévisible. (L. n° 2015- 990 du 6 août 2015 ; D. n° 2016-660 du 20 mai 2016).

500V. notamment sur ce point : BLANCHARD (O.), TIROLE (J.), *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, La documentation française, 2003 ; CAHUC (P.), KRAMARZ (F.), « De la précarité à la mobilité : vers une Sécurité sociale professionnelle », *Doc. fr.*, 2005, p. 127 ; BARTHELEMY (J.), CETTE (G.), « Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique », *Doc. fr.*, 2010.

TITRE 2 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE AU SERVICE DE LA FLEXICURITE

soutiennent que la mauvaise activité des conseils de prud'hommes nuit à la croissance économique et constitue un frein à l'emploi⁵⁰¹. Selon eux, il existerait en droit du travail un phénomène de judiciarisation⁵⁰².

Sur la base de ces observations, les partenaires sociaux, repris par le législateur, ont pris des mesures afin de limiter l'intervention du juge dans la relation professionnelle, initiées avec la loi du 15 juin 2008, proposant un mode de rupture exclusif de tout contrôle judiciaire⁵⁰³. Après cinq ans d'application, et un succès qui ne se dément pas, la rupture conventionnelle répond-elle aux attentes de sécurisation⁵⁰⁴ souhaitées par les entreprises, les partenaires sociaux et le législateur ? (**paragraphe 1**) Par ailleurs, peut-elle faire de l'ombre à l'outil de sécurisation par excellence, la transaction (**paragraphe 2**) ?

§ 1. La rupture conventionnelle : un dispositif de gestion du risque contentieux

La demande du patronat de créer un dispositif de séparabilité à l'amiable devait permettre de limiter le contrôle du juge et mettre fin au recours à des montages divers. La sécurité juridique n'est pas le seul levier permettant de réduire le risque contentieux. En effet la rupture conventionnelle présente d'autres avantages (**I**).

Aussi, face au faible taux de contestation de la rupture conventionnelle, une partie de la doctrine s'est interrogée sur l'opportunité pour les employeurs de substituer ce nouveau mode de rupture au licenciement (**II**).

I - La rupture conventionnelle : un mode de rupture inédit

Suivant l'ANI du 11 janvier 2008, reprenant les termes du rapport Attali⁵⁰⁵, la rupture

501 Pour un point de vue contraire, voir les développements suivants : GUIOMARD (F.), « La justice du travail confrontée aux politiques de flexicurité », *RDT* 2013. 52 ; GREVY (M.), HENRIOT (P.), « Le juge, ce gêneur... », *RDT* 2013, 173.

502 Selon Jerome Pelisse la judiciarisation est « un phénomène désignant un recours accru à l'institution judiciaire pour régler les conflits » (PELISSE (J.), « Judiciarisation ou juridicisation ? », *Politix*, (2), 2009, 73-96).

503 Nous verrons que le législateur a confirmé cette tendance avec la loi sur la sécurisation des parcours professionnels n° 2013-504 du 14 juin 2013.

504 Entendue comme une baisse du contentieux de la rupture.

505 L'objectif de déjudiciarisation figurait déjà dans le rapport Attali en ces termes « l'enjeu n'est pas d'interdire l'accès au juge, mais d'augmenter l'intérêt des procédures négociées. Si le salarié a intérêt à

conventionnelle « *ne doit pas traduire par une quelconque restriction de la capacité des salariés à faire valoir leurs droits en justice mais au contraire se concrétiser dans des dispositifs conçus pour minimiser les sources de contentieux* ». Par ailleurs, le rapport Dord⁵⁰⁶ ajoute que « *l'objectif de cette mesure est de favoriser la rupture du contrat de travail par une négociation à l'amiable plutôt que d'avoir recours à la procédure de licenciement qui se révèle souvent conflictuelle* »⁵⁰⁷. A l'inverse du licenciement, la rupture conventionnelle pacifie la rupture d'une part en substituant le consensus à l'unilatéralité (A), et d'autre part, en limitant le risque contentieux (B).

A - Le consensus au lieu de l'unilatéralité

130. Un mode de rupture consensuel. La rupture conventionnelle apparaît comme un moyen de mettre un terme au contrat de travail sans passer par le biais de la démission ou du licenciement sachant que ce dernier nécessite un motif réel et sérieux, difficile à prouver, et que de l'autre côté, la démission implique pour le salarié de renoncer à une indemnité et au bénéfice de l'assurance chômage. La rupture conventionnelle est envisageable uniquement lorsque les deux parties peuvent tirer avantage de l'accord. Le risque de conflictualité est donc réduit à la source par un accord de volontés entre les parties ; en effet, il est plus difficile de remettre en cause ce à quoi le salarié a précédemment consenti. L'accord est donc par nature un outil de pacification de la rupture, mais le principal avantage de la rupture conventionnelle est sans conteste l'absence de griefs.

131. Absence de griefs. Rappelons que depuis la loi du 13 juillet 1973, le licenciement est subordonné à une cause réelle et sérieuse⁵⁰⁸, des dispositions interprétées strictement par les juges. Ainsi, dans la perspective d'un licenciement l'employeur cherche souvent à

engager ou accepter une rupture du contrat de travail d'un commun accord, parce qu'il y gagne du temps ou de l'argent, alors cette procédure se développera et le recours au juge diminuera ».

506Avec le rapport Bernard Reymond, ils retracent l'ensemble des éléments d'information portés au débat avant le vote des deux chambres concernant la loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008.

507Par ailleurs la thèse du « risque contentieux » avait déjà motivé l'instauration du feu « contrat nouvelles embauches », qui, réservait aux entreprises de moins de 21 salariés, prévoyait une « période de consolidation de deux années » durant lesquelles l'une ou l'autre des parties pouvait mettre fin au contrat sans avoir à suivre les règles prévues par le code du travail.

508Art. L1232-1 code du trav.

TITRE 2 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE AU SERVICE DE LA FLEXICURITE

cumuler des preuves -avertissement, entretien d'évaluation, blâmes écrits, mail de « recadrage »- afin de justifier la rupture dans la lettre de licenciement et le cas échéant devant une juridiction prud'homale. Du côté salarié, ces « remarques » sont souvent très mal vécues, ce qui contribue à la détérioration de la relation salariale. Par ailleurs, bien que le législateur impose à l'employeur de donner la possibilité au salarié de s'expliquer avant de prendre la décision de licenciement⁵⁰⁹, la Cour de cassation limite l'intérêt de cet entretien ; en effet, la chambre sociale a jugé que si l'employeur est tenu d'informer le salarié du motif de la mesure envisagée et de recueillir ses explications, il n'est toutefois pas obligé « *d'engager une discussion sur le bien fondé d'un éventuel licenciement* »⁵¹⁰. Aussi, la notification du licenciement, qui est souvent perçue comme injuste par le salarié, symbolise la fin d'une relation sur fond de reproches ; les lettres de licenciement particulièrement longues et détaillées, notamment parce qu'elles fixent les limites du litige⁵¹¹, renforcent un sentiment d'injustice chez le salarié. Dans ce contexte psychologiquement difficile, les rancœurs accumulées et le besoin d'être entendu motivent le salarié à engager une action en justice⁵¹².

A l'inverse, la rupture conventionnelle n'a pas à être motivée ; salarié et employeur peuvent préserver les motifs qui les ont conduit à envisager la rupture de leur relation professionnelle. L'objectif est de dédramatiser la cause de la rupture et son imputabilité. Le consentement se substitue au motif, la rupture est pacifiée et ainsi le risque de contentieux réduit. L'essentiel est de s'assurer que le salarié ait correctement été informé de ses droits et que son consentement n'ait pas été vicié. Par conséquent, la rupture conventionnelle est par nature moins conflictuelle qu'une rupture unilatérale. Aussi, le législateur a ajouté une autre règle afin de limiter le risque de contentieux, à savoir un délai de contestation de la rupture réduit.

509Art. L. 1232-2 c. trav.

510Soc. 22 nov. 2006, n° 04-41768, *RDT* juin 2007.

511Art. L. 1232-6 c. trav.

512Le licenciement pour motif personnel est la première source de recours au prud'hommes, 91% en 2007 (SERVERIN (E.), VALENTIN (J.), « Licenciement et recours aux prud'hommes, questions de mesure », in *L'emploi en ruptures*, Dalloz, 2009, 121-138).

B - Un délai de contestation réduit

132. Le nouveau délai de contestation. Le législateur a prévu des règles concrètes pour limiter le contentieux suite à une rupture conventionnelle. Le délai pour engager une action à l'encontre d'une rupture conventionnelle est d'une année suivant son homologation⁵¹³. Une fois ce délai dépassé, l'action est déclarée irrecevable. La position du législateur a par ailleurs été validée par les juges de la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 10 avril 2013⁵¹⁴. Rappelons qu'avant l'entrée en vigueur de la loi de sécurisation de l'emploi⁵¹⁵, le délai de prescription des actions portant sur la rupture du contrat était de 5 ans⁵¹⁶. Ce délai a été réduit par la loi de 2013, il est aujourd'hui de 2 ans⁵¹⁷. Toutefois, il ne s'applique ni pour le licenciement pour motif économique, ni pour la rupture conventionnelle, qui peuvent être contestés dans un délai d'un an sous peine de forclusion de l'action.

133. Proposition d'amendement sur la compétence de la juridiction prud'homale en premier et dernier ressort. Dans une perspective de sécuriser encore davantage la rupture conventionnelle, lors des débats parlementaires, la commission a examiné un amendement tendant à donner compétence au Conseil de prud'hommes en premier et dernier ressort⁵¹⁸. A cette occasion, le rapporteur indiquait que cet amendement permettrait de gagner près de deux ans sur la durée du contentieux. Si cette proposition présentait l'avantage de limiter au maximum la durée de la procédure contentieuse, elle semble toutefois inadaptée au contentieux de la rupture conventionnelle, et ce, pour deux raisons. D'une part, l'exclusion du double degré de juridiction se justifie uniquement pour les litiges simples, portant sur des sommes peu importantes. Or, le contentieux de la rupture conventionnelle concerne aujourd'hui presque exclusivement la question d'un vice du consentement, relevant de l'appréciation souveraine des juges. D'autre part, elle est incompatible avec l'exigence, rappelée par les partenaires sociaux dans l'ANI du 11 janvier

513Art. L. 1237-14 c. trav.

514N° 11-15651.

515Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

516Art. 2224 c. civ.

517Art. L. 1471-1 c. trav.

518Cette mesure ne figurait pas dans l'ANI du 11 janvier 2008.

TITRE 2 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE AU SERVICE DE LA FLEXICURITE

2008 puis par le législateur, de ne pas porter atteinte au droit du salarié d'intenter une action en justice. Finalement l'amendement n'a pas été voté.

Cette logique suggérerait plutôt, sur le modèle de la prise d'acte⁵¹⁹, d'accélérer la procédure en supprimant la phase de conciliation obligatoire ; en effet, compte tenu qu'aujourd'hui, suite aux récentes décisions de la Haute juridiction, le seul moyen de remettre en cause une rupture conventionnelle est d'apporter la preuve d'un vice du consentement. La phase de conciliation paraît inutile car il est peu probable que les parties s'entendent sur ce point, et ce, malgré les nouvelles dispositions légales en matière de conciliation⁵²⁰. Cette solution permettrait ainsi de réduire la durée de la phase contentieuse.

Le constat selon lequel la rupture conventionnelle pacifie la séparation entre les parties, et ainsi, limite le risque de contentieux conduit certains auteurs à s'interroger sur l'opportunité pour les employeurs de substituer la rupture conventionnelle au licenciement.

II - De la substitution de la rupture conventionnelle au licenciement

Nous venons de le voir, que la rupture conventionnelle permet une fin de relation apaisée et un risque de contentieux moindre. Suite à ce constat, des auteurs comme le Professeur Dockès⁵²¹ ont vu là l'opportunité pour les employeurs d'utiliser les avantages attachés à celle-ci -bénéfice de l'indemnité de licenciement et des allocations chômage⁵²²-

519Loi n° 2014-743 du 1er juillet 2014 relative à la procédure applicable devant le conseil de prud'hommes dans le cadre d'une prise d'acte de la rupture du contrat de travail par le salarié qui a introduit l'article L. 1451-1 dans le Code du travail qui dispose que : « *Lorsque le conseil de prud'hommes est saisi d'une demande de qualification de la rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié en raison de faits que celui-ci reproche à son employeur, l'affaire est directement portée devant le bureau de jugement, qui statue au fond dans un délai d'un mois suivant sa saisine.* »

520Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi qui introduit le premier alinéa de l'article L. 1235-1 du code du travail, selon lequel : « *En cas de litige, lors de la conciliation prévue à l'article L. 1411-1 l'employeur et le salarié peuvent convenir ou le bureau de conciliation proposer d'y mettre un terme par accord. Cet accord prévoit le versement par l'employeur au salarié d'une indemnité forfaitaire dont le montant est déterminé, sans préjudice des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles, en référence à un barème fixé par décret en fonction de l'ancienneté du salarié* ». La Conciliation forfaitaire s'applique seulement aux indemnités relative à la rupture, et non à l'ensemble des demandes du salarié. Dans ces conditions, il peu peu probable qu'elle trouve application en matière de rupture conventionnelle.

521DOCKES (E.), « Un accord donnant, donnant, donnant, donnant », *Droit social* 2008, 280. V. également : PELISSIER (J.), « Modernisation de la rupture du contrat de travail », *RJS* 2008, p. 679 ; FABRE (A.), LEFRESNE (F.), TUCHSZIRER (C.), « L'accord du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail », *Revue de l'OFCE*, 2008, n° 4, p. 5-28.

522V. *infra*. § 148

PARTIE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, OUTIL DE SORTIE DE L'EMPLOI

pour convaincre le salarié à consentir à la rupture de son contrat de travail, et s'éviter ainsi les complexités et les risques d'un licenciement. En d'autres termes, n'étant plus soumis à l'objectivation de la rupture, l'employeur évite le contrôle judiciaire. Il convient alors de se demander si la rupture conventionnelle est un nouvel outil de gestion des ressources humaines, susceptible de se substituer au licenciement individuel.

134. Une réponse à des situations non conflictuelles. Il existe une diversité de situations pour lesquelles ni la démission, ni le licenciement ne sont des solutions satisfaisantes. D'une part des séparations par nature « a-conflictuelles »⁵²³, c'est à dire qui n'ont pas vocation à s'envenimer, et d'autre part, celles pour lesquelles les parties souhaitent une rupture « en bons termes ». Plusieurs exemples de séparations incarnent parfaitement l'idée de la rupture négociée. En premier lieu, les séparations d'initiative commune, qui selon une enquête réalisée par la DARES⁵²⁴ auprès de salariés ayant conclu une rupture conventionnelle entre avril et juillet 2011, représentent 48% des salariés interrogés. En deuxième lieu, lorsqu'il existe des liens affectifs entre les parties. Enfin, lorsque le salarié, en désaccord avec son employeur ou lassé par son travail, préfère quitter l'entreprise après consécutivement à une rupture conventionnelle au lieu d'un licenciement psychologiquement plus difficile. Dès lors, la rupture consensuelle correspond à des dossiers simples, ou facilite des dossiers jugés sensibles.

Au demeurant il ressort de l'étude de la DARES que les motifs de la rupture conventionnelle les plus souvent cités sont les suivants : insatisfactions liées au salaire ou au contenu du travail, mésentente avec la hiérarchie, existence d'un projet professionnel. Par ailleurs, seuls 14% d'entre eux considèrent ce choix comme celui de l'employeur. Cette étude démontre ainsi que dans la majorité des cas, la rupture conventionnelle termine une relation qui n'a pas vocation à faire l'objet d'un contentieux. Une démonstration déjà établie puisque jusqu'à 2008, confrontés au vide juridique entourant le droit de la rupture, salariés et employeurs avaient pris l'habitude d'utiliser des montages juridiques afin de répondre aux attentes des deux parties.

523BERTA (N.), SIGNORETTO (C.), VALENTIN (J.), « La rupture conventionnelle: objectifs officiels versus enjeux implicites », *Revue française de socio-économie*, janvier 2012, 191-208.

524Proposée par la DARES dans le Bulletin Officiel du Travail, de l'Emploi et de la Formation Professionnelle n° 2013/064 du 2 octobre 2013.

135. La fin des licenciements négociés. Si le licenciement pour motif personnel est généralement l'aboutissement d'une dégradation des relations de travail, il est parfois une solution à l'absence d'alternative entre le licenciement et la démission, appelé « faux licenciement »⁵²⁵ ou « licenciement instrumentalisé »⁵²⁶. En réalité il s'agit d'une rupture consensuelle, négociée hors du cadre légal afin d'ouvrir droit aux allocations chômage. Cette stratégie rapporte une garantie financière au salarié, et n'est pas coûteuse pour l'employeur à condition qu'il n'y ait pas de contestation par la suite. En effet, il existe un risque pour l'employeur qu'un salarié de mauvaise foi, tente ensuite une action en justice pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Dans ce cas le coût financier se révèle important dans la mesure où il doit indemniser le salarié, d'une part pour absence de fondement de la rupture ainsi que sur l'irrégularité de la procédure, et d'autre part pour « préjudice nécessairement subi »⁵²⁷. Afin d'éviter le risque contentieux, il n'est pas rare que les parties terminent le dispositif par une transaction. Cette solution est surtout appliquée dans les grandes entreprises dans lesquelles la transaction est un outil fréquemment utilisé ; à l'inverse, le recours à ce type d'instrument est moins courant dans les petites entreprises, dans lesquelles les relations plus étroites facilitent la confiance. Dans ce dernier cas, l'employeur est ainsi plus exposé au risque contentieux.

La rupture conventionnelle n'est donc pas un outil de substitution mais une véritable alternative à la démission et au licenciement. Ces deux modes de rupture n'englobent pas un certain nombre de situations factuelles, pour lesquelles la rupture conventionnelle s'adapte parfaitement. Aussi, elle met fin à la pratique des « licenciements négociés », une

525Rapport Virville, p. 32-33.

526Le terme « instrumentalisé » a été employé dans le rapport du Conseil d'orientation pour l'emploi concernant la sécurisation et la dynamisation des parcours professionnels de mai 2007, et définie de la manière suivante : « *Il semblerait que le licenciement pour motif personnel ait été instrumentalisé comme un mode de rupture alternatif évitant au salarié de démissionner et permettant à l'employeur d'indemniser une rupture qu'il n'est pas certain de pouvoir justifier par une cause réelle et sérieuse. On peut se demander si ça ne masque pas une montée des ruptures négociées qu'employeurs et salariés ne peuvent présenter comme telle* » (p. 158).

527La Cour de cassation a dégagé un certain nombre de règles qu'elle considère comme « essentielles », et juge par conséquent que leur violation crée « nécessairement » un préjudice au salarié. Celui-ci n'a donc pas à prouver le préjudice. C'est notamment le cas en matière des règles relatives au licenciement (Soc., 12 mars 1990, n° 94-41837, *Bull. Civ. V.* n°90), en matière d'absence de visite médicale d'embauche (Soc., 16 mai 2012 n°10-19321), en matière du non paiement du SMIC (Soc., 29 juin 2011, n° 10-12884, *Bull. Civ. V.* n° 170), en matière de manquement à l'obligation de sécurité (Soc., 30 nov. 2010, n° 08-70390, *Bull. Civ. V.* n° 270), en matière de remise tardive des documents Pôle emploi (Soc., 13 juin 2007, n° 06-41189)...

fraude reconnue aux assurances chômage, qui obligeait le salarié à se rendre coupable d'une faute, et à l'employeur de prendre, parfois à son insu, un réel risque contentieux.

Aujourd'hui la rupture conventionnelle apporte de nombreuses garanties qui incitent les salariés, souhaitant quitter leur emploi, à conclure un accord de ce type. Reste maintenant à savoir si la sécurisation juridique de ce dispositif est suffisante pour supplanter la transaction, un outil particulièrement apprécié par les employeurs.

§ 2. La fin de la transaction en droit du travail

La transaction apparaît comme un outil contractuel qui s'opère à l'ombre du procès. Elle s'est imposée dans le quotidien des services du personnel comme un instrument redoutable de gestion, mais elle est parfois décriée, notamment dans le cadre de son utilisation pour indemniser des dirigeants d'entreprise à l'occasion de leur départ. La transaction est un accessoire de la rupture qui présente un certain nombre d'intérêts pour les deux parties, et particulièrement celui de sécuriser la rupture du contrat pour l'employeur. L'avocate Raoul Duval s'est très tôt interrogée sur l'intérêt de la transaction suite à l'apparition de la rupture conventionnelle⁵²⁸. En effet, l'objectif affiché des partenaires sociaux lors de la conclusion de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 était d'offrir un nouvel outil, travailliste, garantissant la sécurisation de la rupture par l'intermédiaire de la rupture conventionnelle. A ce sujet, lors des débats parlementaires, Monsieur Xavier Bertrand, alors Ministre du travail⁵²⁹, déclarait, concernant la transaction, *«on sait que cette dernière n'est pas encadrée ; on prend alors un avocat et c'est onéreux, donc réservé à un petit nombre de salariés : cadres et cadres supérieurs. (...) Il fallait mettre le droit en accord avec la pratique, c'est-à-dire les transactions. Désormais, ces dernières seront ouvertes à tous les salariés, qui en bénéficieront»*. Pourtant, plusieurs années après l'entrée en vigueur de la rupture conventionnelle, la transaction demeure en droit du travail.

Présente-t-elle des intérêts supplémentaires à la rupture conventionnelle ? **(I)** Comment les deux mécanismes coexistent-ils ? **(II)**.

528« De l'intérêt de la transaction à l'heure de la rupture conventionnelle », *Les cahiers du DRH*, 2010, 163.

529Ministre du travail, des relations sociales, de la famille et de la solidarité.

I - Rupture conventionnelle ou transaction

A titre liminaire et comme évoqué précédemment, il est important de rappeler que la transaction n'est pas un mode de rupture, mais un outil de négociation emprunté au droit civil permettant de régler les conséquences de la rupture et surtout d'éviter une suite contentieuse. A l'inverse, nous venons de le voir, la rupture conventionnelle a pour but de rompre le contrat. Il s'agit donc de deux actes distincts qui ne sauraient être confondus. Il n'en demeure pas moins que la frontière entre les deux notions est parfois floue.

136. Intérêts de la transaction. En premier lieu, la transaction garantit aux parties un règlement rapide de leur litige en évitant les longueurs, les frais et les aléas d'un contentieux judiciaire. Dans un même temps, l'employeur évite la mauvaise presse inhérente au règlement judiciaire d'un litige. Les transactions qui ont été conclues en respectant les conditions de validité, comme les décisions de justice rendues en dernier ressort, ont un caractère définitif. La transaction n'a pas la valeur d'un jugement mais elle opère comme un jugement : elle rend irrecevable toutes les demandes en justice portant sur l'objet de la transaction. Toutefois, à la différence d'un jugement, la transaction ne dispose pas de la force exécutoire. Ainsi si l'une des parties connaît des difficultés pour faire appliquer les dispositions de la transaction, elle n'a pas de recours.

Côté salarié, elle offre une garantie financière avantageuse et certaine. En outre, dans sa décision du 20 septembre 2013⁵³⁰, le juge constitutionnel saisi par le Conseil d'Etat d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur le 1 de l'article 80 *duodecies* du Code général des impôts, a jugé que l'indemnité transactionnelle, au même titre que l'indemnité perçue en vertu d'un jugement ou d'une sentence arbitrale, garantit le bénéfice des exonérations d'impôts prévues par l'article ; les sages laissent à l'administration le soin de rechercher la qualification à donner aux sommes objet de la transaction. Cette décision est un argument supplémentaire à la conclusion d'une transaction.

Il n'en demeure pas moins qu'elle ne présente pas seulement des avantages. Premièrement, dans la mesure où la transaction n'est pas un mode de rupture, elle doit être systématiquement associée à une rupture. Par ailleurs, depuis 1996⁵³¹, la chambre sociale

530CC. déc. n° 2013-340 QPC, 20 sept. 2013.

531Soc. 29 mai 1996, n° 92-45115.

PARTIE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, OUTIL DE SORTIE DE L'EMPLOI

annule systématiquement toutes les transactions conclues antérieurement à la rupture du contrat. Jusqu'alors la Cour de cassation considérait que l'on pouvait finaliser les conditions d'une transaction avant la rupture définitive du contrat de travail. Le raisonnement de la chambre sociale se fonde sur l'idée que le salarié n'est en mesure d'apprécier ses droits pour transiger, qu'une fois qu'il connaît les motifs de son licenciement.

Dans la pratique cette décision a fragilisé la situation des employeurs qui souhaitent sécuriser la rupture par une transaction, car la situation peut s'envenimer suite à la réception de la lettre de licenciement par le salarié, celui-ci préférant alors un contentieux à la transaction. Deuxièmement, elle a seulement autorité de la chose « négociée »⁵³². En d'autres termes, l'autorité de la chose jugée attachée à la transaction n'exclut pas que celle-ci soit contestée en justice : elle n'a pas pour effet d'opposer aux parties une exception de transaction. L'irrecevabilité des demandes en justice n'a pas un caractère général et concerne uniquement l'objet de la transaction⁵³³. Cette règle a été reprise dans un arrêt rendu le 24 avril 2013 par la Cour de cassation en ces termes : « *la renonciation qui y est faites à tous droits, actions et prétentions ne s'entend que de ce qui est relatif au différend qui y a donné lieu* »⁵³⁴. Toutefois l'assemblée plénière a adopté une conception large de la notion en admettant que les effets de la transaction s'étendent à des clauses contractuelles non visées par l'acte transactionnel⁵³⁵. Cette jurisprudence, plus proche de la conception civiliste, limite le champ des contestations⁵³⁶, la transaction produisant des effets plus larges que le litige à l'origine de l'accord. La chambre sociale a limité la portée de cette décision en énonçant que la transaction ne peut régler que les différends nés au moment où elle est conclue : « *aucune disposition de la transaction n'excluait le droit du salarié à un intéressement et à une participation aux résultats de l'entreprise (...) et que, lors de la transaction, son montant n'était ni déterminé ni déterminable pour l'exercice en cours, ce*

532BRUNET-RICHOU (S.), *La transaction en droit social*, Th. Montpellier, 1997.

533Art. 2049 du code civil : « les transactions ne règlent que les différends qui s'y trouvent compris... ».

534Soc., 24 avril 2013, n° 11-15. 204. En l'espèce un salarié avait signé une convention afin de régler les conséquences de son licenciement pour faute grave. Il a ensuite saisi le Conseil de prud'hommes pour obtenir la réparation d'un blocage de carrière et d'une discrimination homophobe dont il s'estimait victime.

535Ass. Plé. 4 juillet 1997, *dr. Soc. 1997*, p. 978, obs. G. Couturier.

536V. sur ce point les développements de Céline Fourcade (article précité).

TITRE 2 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE AU SERVICE DE LA FLEXICURITE

dont il résultait que ce droit ne pouvait être compris dans l'objet de la transaction »⁵³⁷ . Ainsi la transaction concerne seulement les droits nés lors de la conclusion de celle-ci. En revanche sont exclus les différends qui pourraient naître postérieurement à la transaction, peu important que les parties aient adopté une formulation générale. La chambre sociale prend ici des libertés par rapport à la jurisprudence civile. Toutefois elle adopte le même raisonnement lorsque les parties mentionnent clairement que les effets de la transaction s'étendent aux créances futures.

En limitant la portée de l'autorité de la chose jugée, le juge social offre des précautions aux salariés contre des transactions conclues trop rapidement. Toutefois cela n'empêche pas les parties, et notamment l'employeur, de sécuriser la transaction en précisant dans sa rédaction qu'elle englobe toutes les créances, nées et éventuelles entre les parties.

137. Le caractère transactionnel de la rupture conventionnelle. La rupture conventionnelle peut servir à camoufler une transaction. Cette entente présente d'indéniables avantages pour l'employeur, comme pour le salarié. En effet, avant l'admission de la rupture conventionnelle la transaction était souvent précédée d'un licenciement ; par ailleurs, dans la pratique, il n'est pas rare que le protocole transactionnel soit discuté et formalisé avant le licenciement, en dépit du caractère frauduleux du montage⁵³⁸. Plutôt que de prendre un tel risque, les parties utilisent la convention de rupture comme un outil transactionnel, d'autant que la rupture conventionnelle est moins traumatisante qu'un licenciement, et ce, en dépit du caractère négocié de celui-ci. Pour Monsieur Boubli, il existe un « risque » de substitution dès lors que l'indemnité conventionnelle est excessivement supérieure à l'indemnité légale obligatoire. Sauf à croire à la philanthropie de l'employeur, le raisonnement est logique. Doit-on pour autant considérer qu'il s'agit d'une fraude à la loi ? Selon certains auteurs, dans cette hypothèse, l'employeur chercherait à cacher quelque chose de suspect, ou du moins inavouable juridiquement. Dans tous les cas, l'exercice est facilité depuis l'arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 23 mai 2013 aux termes duquel elle autorise la conclusion d'une rupture conventionnelle en présence d'un litige entre les parties. Ainsi, dans la mesure où la convention de rupture peut être conclue en présence d'un litige et

⁵³⁷Soc. 9 mars 1999, *Bull. Civ. V*, n° 107. RADE (Ch.), « Les effets de la Transaction », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz, 2006, p. 87.

⁵³⁸Soc. 4 avril 2007, n° 05-42. 856.

prévoir une importante indemnité, l'idée du caractère transactionnel de la rupture conventionnelle se renforce.

138. Sécurité psychologique ou sécurité juridique. De notre point de vue, la sécurité offerte par la rupture conventionnelle relève davantage de la psychologie que du droit. En effet, la rupture conventionnelle offre la paix sociale à l'employeur, l'espace de négociation et les avantages financiers de ce mode de rupture sont des « outils favorables » pour inciter le salarié à ne pas tenter une action en justice. Néanmoins il ne s'agit en aucun cas d'une garantie automatique car aucune disposition ne fait obstacle à une action postérieure du salarié sur la rupture. Ainsi, si le nombre de contentieux lié à la rupture conventionnelle est faible, il est toutefois existant. A l'inverse l'autorité de la chose jugée attachée à la transaction garantit la sécurité juridique à l'employeur c'est à dire l'impossibilité pour le salarié par la suite d'intenter une action sur l'objet de la transaction. Par conséquent, le praticien conseillera toujours la conclusion d'une transaction.

139. Rupture conventionnelle : la transaction du pauvre⁵³⁹. Il est possible de prendre en compte un certain nombre d'éléments pour prédire un recours préférentiel à l'un ou l'autre des dispositifs en fonction de l'équilibre de la relation salarié. En effet, la transaction nécessite des concessions réciproques de la part des parties. L'employeur juge de l'opportunité de conclure une transaction en fonction, essentiellement, du critère économique. Ainsi, les actions en justice des salariés cadres représentent pour l'employeur un risque financier élevé, proportionnel à leur niveau de rémunération ; de plus, les informations qu'ils ont concernant l'entreprise, son activité, et leur ancienne responsabilité, sont des arguments qui peuvent inciter l'employeur à conduire une négociation. Dans cette hypothèse le salarié bénéficie d'un rapport de force favorable. A l'inverse, le risque financier pour l'employeur concernant un salarié non cadre est moindre, de sorte que la perspective du procès ne pousse pas l'employeur à négocier une transaction ; il s'agit de salariés « à risque judiciaire » moins élevé. Dès lors on constate que le nombre de transaction antérieure à une action en justice est nettement supérieure pour les salariés cadres, que pour la catégorie des ouvriers. Par conséquent, le caractère discriminant de la transaction, en fonction de la menace que représente le salarié lors d'un potentiel procès, a justifié la demande d'une partie des praticiens de démocratiser la transaction avec la

⁵³⁹Expression utilisée par Maître Philippe Chaline à l'occasion d'un séminaire du laboratoire de droit social de l'université Paris Panthéon Sorbonne

TITRE 2 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE AU SERVICE DE LA FLEXICURITE

création d'un nouvel outil de gestion. La rupture conventionnelle s'inscrit dans la lignée de la transaction, comme un nouvel outil de sécurisation de la rupture, sans toutefois apporter les mêmes garanties qu'une transaction. En caricaturant, on peut considérer que la rupture conventionnelle est la « transaction des pauvres », et n'est pas de nature à concurrencer la transaction de droit commun.

140. Ni l'un, ni l'autre ? Souhaitant assurer l'équilibre financier du régime d'assurance chômage, les partenaires sociaux ont introduit, dans la nouvelle convention de chômage du 14 mai 2014⁵⁴⁰, agréée par arrêté ministériel du 25 juin 2014, une nouvelle période de carence -c'est à dire le temps d'attente entre la fin du contrat de travail et la perception des allocations chômage- pour les salariés ayant perdu leur emploi pour une raison autre qu'économique. Plus précisément, lorsque l'indemnité de départ du salarié est égale ou supérieure à 16 200 euros, alors la période de carence est de 180 jours au lieu de 75 jours. Les cadres sont particulièrement visés par ce dispositif, d'autant que l'indemnité transactionnelle est incluse dans le calcul du délai de carence. Ainsi, la transaction et la rupture conventionnelle perdent une partie de leur intérêt, de sorte qu'il est utile de s'interroger sur leur future opportunité. Dans la mesure où il n'existe aucune astuce pour échapper au délai de carence, les praticiens redoutent une hausse des contentieux pour échapper à cette règle. Toutefois, dans cette hypothèse, les salariés prennent le risque d'un contentieux et de ses aléas. Si tant est que cette hypothèse soit crédible, elle revêt aujourd'hui un caractère temporaire. En effet, consécutivement à un pourvoi dirigé contre l'arrêté du 25 juin 2014, le Conseil d'Etat a jugé illégale la disposition agréant la stipulation de la convention relative au différé d'indemnisation considérant que les salariés victimes d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ne doivent pas être privés de l'intégralité des sommes visant à réparer le préjudice subi. En d'autres termes, la part d'indemnité à prendre en compte dans le calcul du différé d'indemnisation doit couvrir exclusivement la perte de revenu du salarié, et de fait, ne peut pas s'étendre à la totalité de l'indemnité octroyée qui répare d'autres préjudices que celui de la perte de revenu. Par ailleurs, la disposition sur le différé d'indemnisation étant indivisible, elle entraîne par voie de conséquence l'annulation de l'arrêté du 25 juin 2014. Toutefois, sur décision du conseil cette décision n'a pris effet qu'au 1er mars 2016.

540Art. 21.2 du Règlement général annexé à la convention du 14 mai 2014.

La rupture conventionnelle et la transaction sont des outils de sécurisation utiles mais imparfaits. La rupture conventionnelle limite le contentieux mais ne l'éteint pas, et la transaction garantit l'absence de procès mais n'est pas un mode de rupture du contrat. Finalement, au lieu de les opposer, ces deux instruments ne sont pas faits pour se compléter ?

II - Rupture conventionnelle et transaction

141. Les employeurs ont pris l'habitude de sécuriser la rupture du contrat de travail -entendons ici éviter un éventuel contentieux potentiellement couteux- en la mariant avec une transaction qui présente l'intérêt d'être dotée de l'autorité de la chose jugée. En dépit des nombreuses critiques de la doctrine, le procédé a fait ses preuves, et notamment lors de sa combinaison fructueuse avec le licenciement. De la même façon, et ce, malgré le socle consensuel de la rupture conventionnelle, les praticiens ont tendance à associer celle-ci à la transaction. Récemment, la Cour de cassation s'est prononcée dans un arrêt retentissant en date du 26 mars 2014⁵⁴¹, publié au bulletin, contre cette pratique de « sécurisation optimale »⁵⁴² de la rupture du contrat. En l'espèce, un salarié bénéficiant d'un mandat syndical a signé une convention de rupture avec son employeur, autorisée par l'administration. Le lendemain les parties ont conclu une transaction aux termes de laquelle le salarié renonçait à l'ensemble des droits, actions et prétentions dont il pourrait disposer au titre de la rupture de son contrat de travail en contrepartie du versement d'une indemnité. Le salarié a sollicité une demande en nullité de la transaction devant la juridiction prud'homale. La Haute juridiction, pareillement à sa précédente jurisprudence concernant la rupture amiable, admet la succession de la rupture conventionnelle puis de la transaction mais en limite le périmètre : d'une part elle rappelle que la transaction ne peut intervenir que postérieurement à l'homologation de la convention de rupture, et d'autre part, elle précise que celle-ci ne doit pas viser à régler un différend relatif à la rupture du contrat mais à son

541Soc., 26 mars 2014, n° 12-21.136, *Bull. Civ.* N° 660 – Soc. 25 mars 2015, n° 13-23.368 ; Cf. TAQUET (F.), « La transaction admise sous conditions », *JSL* 6 mai 2014, n° 365 ; ENJOLRAS (L.), « Transaction et rupture conventionnelle : des liaisons dangereuses ? », *RLDA* 2014, 94 ; CHAPEAUX (F.), « Rupture conventionnelle et transaction, un mariage sous conditions » *SSL* 2014, n° 1625 ; AUZERO (G.), « L'articulation de la rupture conventionnelle et de la transaction », *RDT* 2014, 330 ; LOISEAU (G.), « L'âge de raison de la rupture conventionnelle », *JCP S* 2014, n° 14, 1137.

542Expression employée par W. Fraisse pour parler de la pratique qui consiste à enchaîner la rupture conventionnelle et la transaction (La transaction précédée d'une rupture conventionnelle, *Dalloz actualité*, 11 avril 2014).

TITRE 2 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE AU SERVICE DE LA FLEXICURITE

exécution sur des éléments non compris dans la convention de rupture. Plusieurs éléments doivent être relevés.

142. Deux actes distincts. Le juge saisi du contrôle d'une transaction doit, de prime abord s'assurer de la postériorité de celle-ci par rapport à la rupture du contrat. La rupture conventionnelle n'échappe pas à la règle. En effet, afin de renforcer la protection du salarié dans la rupture du contrat de travail, la Cour de cassation interdit une clause de renonciation à tout recours juridictionnel dans la convention de rupture, qui doit par conséquent être réputée non écrite⁵⁴³. Il s'agit de la première limite qui a été posée par la chambre sociale de la Cour de cassation au cumul de la transaction et de la rupture conventionnelle. La rupture conventionnelle n'est pas un acte transactionnel. Dans cette hypothèse, la convention de rupture est un écran de fumée chargée de masquer un vice du consentement.

143. Les limites de la transaction. Désormais la transaction postérieure à la rupture conventionnelle peut uniquement porter sur les conditions d'exécution du contrat et non sur la rupture du contrat. Cette position signifie qu'une transaction réglant les conséquences de la rupture doit être considérée comme nulle. Les juges considèrent que lorsque les parties sont d'accord sur la rupture, elles ne devraient pas avoir à régler un différend sur celle-ci par la suite. La décision complète un autre arrêt de la chambre sociale en date du 26 juin 2013⁵⁴⁴ selon lequel une clause de renonciation à tout recours contenue dans une convention de rupture conventionnelle doit être réputée non écrite. La décision est juridiquement logique bien que les juges soient parfaitement au courant que la transaction sert les intérêts à la fois du salarié et de l'employeur, l'un sécurisant la rupture, l'autre bénéficiant d'une enveloppe financière confortable. Il n'en demeure pas moins qu'elle est critiquable, et ce, sur plusieurs points.

En premier lieu, on ne peut que déplorer une atteinte excessive à la liberté contractuelle des parties. En effet, cet arrêt reconnaît la nullité automatique d'une transaction, et ce, indépendamment de l'examen d'un vice du consentement ou de l'absence de consentements réciproques.

543Soc. 26 juin 2013, n° 12-15.208, D. 2013. 1691 ; *Dr. Soc.* 2013. 860, obs. TOURNAUX (S.) ; *RDT* 2013. 555, obs. AUZERO (G.) ; *RTD civ.* 2013. 837, obs. BARBIER (H.)

544N° 12.15.208

PARTIE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, OUTIL DE SORTIE DE L'EMPLOI

En second lieu, la Haute juridiction consacre ici un « strict cloisonnement »⁵⁴⁵ entre la rupture du contrat et la sécurisation de ses effets. La rupture conventionnelle n'étant pas une transaction et la transaction ne pouvant avoir pour objet la convention de rupture négociée, la Cour de cassation prive les parties de la possibilité de convenir à l'avance d'une contestation née ou à naître.

144. Portée de l'arrêt. Premier coup d'arrêt à la rupture conventionnelle. Désormais il faudra faire un choix entre la sécurité « psychologique » de la rupture conventionnelle ou la sécurité juridique de la transaction. Finalement cette jurisprudence crée une scission entre les salariés avec un fort pouvoir de négociation et les autres. Pour ces derniers, la situation est inchangée, ils continueront à conclure des ruptures conventionnelles ; en revanche concernant ceux avec un fort pouvoir de négociation, ils risquent de ne plus être bénéficiaires de la rupture conventionnelle mais d'un licenciement négocié.

545 LOISEAU (G.), « La rupture conventionnelle au régime de droit commun », *JCP S* 2014, 1078.

CHAPITRE 2 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN OUTIL DE SECURISATION PARTIELLE

L'évolution du contexte économique a conduit les entreprises à réclamer davantage de souplesse dans la rupture du contrat de travail. Ce besoin accru a été assuré principalement par le recours à des emplois temporaires, complété depuis quelques années par l'utilisation du volontariat dans la rupture. Néanmoins, la flexibilité externe n'est pas sans conséquences puisqu'elle conduit à une instabilité, voire une insécurité de l'emploi. En effet, ces deux notions ne sont pas des synonymes. Lorsqu'un salarié et une entreprise mettent un terme à leur relation du fait de la volonté soit de l'un, soit de l'autre, l'emploi est considéré comme instable. Aussi, lorsque la rupture de la relation est suivie d'une période durable de chômage, on parle alors « d'insécurité de l'emploi ». La stabilité de l'emploi désigne la continuité du lien contractuel tandis que la sécurité de l'emploi garantit d'une part l'absence de précarité liée à la perte de l'emploi en conservant les droits attachés à celui-ci, et d'autre part, un retour à l'emploi rapide.

La France garantit un niveau de stabilité d'emploi élevé mais tolère une insécurité plus grande. Il existe ainsi une dualité du marché du travail qui se partage entre deux catégories de travailleurs, l'une protégée par un emploi stable, qui se caractérise par un contrat à durée indéterminée et de nombreux droits connexes, et l'autre précaire, qui ne bénéficie d'aucunes garanties. A l'inverse, d'autres pays européens comme le Danemark ou les Pays-Bas, concilient une meilleure sécurité de l'emploi avec un turnover plus important. La différence majeure entre les deux systèmes est la politique de sécurisation des parcours professionnels mise en place par les pays nordiques dans le cadre de leur action flexicuritaire.

Sous l'influence du droit européen et des acteurs du droit du travail sollicitant plus de flexibilité, le droit du travail traditionnellement protecteur de l'emploi s'inscrit désormais dans une dimension plus vaste. L'objectif n'est plus de maintenir les salariés dans l'emploi mais de sécuriser les trajectoires professionnelles des travailleurs tout au long de leur vie. Cette position a été soutenue avec vigueur en premier lieu par la Commission européenne⁵⁴⁶. Les partenaires sociaux et l'Etat ont alors souhaité favoriser une meilleure

⁵⁴⁶Suite au rapport Kok « L'emploi, l'emploi, l'emploi Créer plus d'emplois en Europe » remis le 3 novembre 2004 par l'ancien premier ministre des Pays Bas, les dirigeants européens ont invité la

PARTIE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, OUTIL DE SORTIE DE L'EMPLOI

mobilité tant géographique, que professionnelle, en assurant la transition professionnelle du salarié. La fluidité du marché du travail doit s'accompagner d'«*une certaine sécurité professionnelle pour les salariés, sécurité liée au maintien du revenu et à la rapidité du retour à l'emploi – ou à défaut à la garantie d'une formation qualifiante – en cas de chômage*».

La rupture conventionnelle garantit une sécurité financière importante en raison du maintien du revenu (**section 1**) mais le retour à l'emploi reste aujourd'hui une issue incertaine (**section 2**).

Commission européenne à recentrer la stratégie européenne autour d'un modèle de « flexisécurité » commun. Ses observations étaient fondées sur les résultats obtenus par certaines politiques de l'emploi menées dans des Etats membres. La Commission européenne a publié le 22 novembre 2006 un Livre vert « *Moderniser le droit du travail pour répondre aux défis du XXIe siècle* » destiné à promouvoir un modèle de flexicurité au niveau européen, puis sur cette base a publié une communication sur la flexisécurité le 27 juin 2007.

Section 1 - La sécurisation financière : des contreparties alléchantes et immédiates

Alors que la France vient de battre un nouveau record du nombre de chômeurs⁵⁴⁷, le succès de la rupture conventionnelle ne se dément pas. Le « divorce à l'amiable » fonctionne à plein régime, et ce, malgré la crise que rencontre le marché de l'emploi. Le constat suscite la réflexion, quelles raisons incitent les salariés à rompre leur emploi dans un contexte économique défavorable ? L'explication se trouve peut être dans les contreparties immédiates offertes, à savoir l'indemnité de rupture et le bénéfice des allocations chômage. Des contreparties financières plus intéressantes que lors d'une démission et aussi avantageuses que dans le cadre d'un licenciement. Dès lors cette voie alternative apparaît comme un point de convergence entre les intérêts du salarié et ceux de l'employeur. Toutefois la rupture conventionnelle a été victime de son succès et désormais un forfait social s'applique. (**paragraphe 1**).

En outre, le législateur a mis en place un maintien des droits entre le travailleur et son ancienne entreprise, faisant ainsi un premier pas vers son objectif sécuritaire de la transition professionnelle. L'entreprise épaulé ainsi le salarié durant une partie de sa recherche d'emploi. La transition implique également les pouvoirs publics qui ont mis en place des dispositifs destinés à accompagner le salarié dans son retour vers l'emploi (**paragraphe 2**).

§ 1. Le régime indemnitaire de post rupture

La rupture conventionnelle est un mode de rupture très prisé par les entreprises et leurs salariés. Coté employeur, le dispositif séduit tant par sa rapidité, sa souplesse que par son caractère « sécurisant » puisqu'il conduit très rarement au contentieux. Pour le salarié la conclusion d'une convention de rupture s'avère socialement mieux acceptable -en comparaison avec un licenciement-, psychologiquement moins rude qu'un contexte conflictuel, et financièrement satisfaisant. En effet, le salarié qui conclut une rupture conventionnelle a la garantie de percevoir une indemnité de rupture (**I**) et les allocations chômage (**II**). L'égalité au regard des autres moyens de rupture se situe sur le plan

547En mars 2015, 3 768 300 d'inscrits à Pôle emploi pour l'ensemble du territoire national en catégorie A.

financier.

I - Indemnité conventionnelle de rupture

145. Une indemnité au moins égale à l'indemnité de licenciement⁵⁴⁸. Rappelons que la Cour de cassation avait admis la validité de l'accord de rupture à la condition qu'il préserve les droits du salarié⁵⁴⁹. Il aurait été paradoxal que soit ignorée cette solution par les rédacteurs de l'accord et le législateur. Aussi, l'indemnité conventionnelle, fruit des négociations entre salarié et employeur, ne peut être inférieure ni à l'indemnité légale de licenciement⁵⁵⁰, ni à l'indemnité conventionnelle prévue par la convention collective applicable⁵⁵¹. Au demeurant, cet article renvoie aux dispositions de l'article L. 1234-9 du code du travail, ce qui soulève une interrogation puisque le droit du licenciement exige une condition d'une année d'ancienneté du salarié. La Cour d'appel de Montpellier en a déduit que seul le salarié ayant au moins un an d'ancienneté peut bénéficier de l'indemnité⁵⁵². La Direction générale du travail préconise, par ailleurs, une indemnisation calculée au prorata du nombre de mois de présence du salarié⁵⁵³.

Ce montant minimum joue un rôle important dans le choix d'homologation de la DIRECCTE puisque 40% des refus sont justifiés par ce motif⁵⁵⁴. Il n'en reste pas moins que

548« Rupture conventionnelle », *J.-Cl Travail Traité*, fasc. 30-5. §111 & s.

549Soc. 2 déc. 2003, n° 01-46. 176, *RJS* 2/04 n° 179 – Soc. 22 févr. 2006, n° 04-41.314.

550Art. L. 1237-13 du code du travail.

551Le législateur a seulement visé l'indemnité légale. En revanche, l'ANI, modifié par avenant du 18 mai 2009 (déposé le 16 juin 2009, étendu par arrêté en date du 26 novembre 2009) précise que le montant de l'indemnité spécifique ne peut être inférieur « ni à l'indemnité légale de licenciement ni à l'indemnité conventionnelle de licenciement prévue par la convention applicable ». La très grande majorité des entreprises relève du champ d'application de l'ANI mais les professions agricoles, les entreprises de l'économie sanitaire et sociale, les professions libérales, les VRP, le secteur de la presse, celui de l'enseignement privé et les officiers ministériels restent exclus. Pour eux, le minimum est celui mentionné à l'art. L. 1237-13 du code du travail, à savoir le montant de l'indemnité légale. V. sur ce point l'article de P. H. Antonmattei, « Accord national interprofessionnel et loi : un conflit de normes inattendu et inopportun », *Dr. Soc.*, 2009, p. 528.

552CA Montpellier, 1er juin 2011, n° 10-6114, *RJS* 8-9/11 n° 683.

553Circ. DGT, n° 2009-04, 17 mars 2009, 5.3.

554Par ailleurs le rôle de l'administration a été précisé par une circulaire DGT n° 2008/11 du 22 juillet 2008 et les éléments de rémunération figurent parmi l'un des « éléments fondant l'accord du salarié » : « *il est indispensable que les douze derniers salaires bruts versés au salarié soient communiqués afin de permettre la détermination de la base de calcul de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle* ».

TITRE 2 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE AU SERVICE DE LA FLEXICURITE

certaines ruptures conventionnelles sont homologuées alors qu'elles ne respectent pas les dispositions de l'article L. 1237-13 du code du travail relatives au montant minimal de l'indemnité spécifique. Le salarié peut-il réclamer le complément d'indemnité au juge sans que la convention de rupture soit annulée ? La question a récemment été tranchée par la Cour de cassation dans une affaire singulière. En l'espèce, salariée et employeur ont négocié une première convention de rupture, non homologuée par la DIRECCTE, celle-ci signalant à la salariée que la totalité de son ancienneté n'avait pas été prise en compte pour le calcul de l'indemnité de rupture. Peu de temps après, une nouvelle convention de rupture est présentée à l'homologation, sans que le défaut n'ait été corrigé, et la DIRECCTE accepte malgré tout l'homologation de cette seconde convention. La salariée intente alors une action devant le Conseil de prud'hommes afin que lui soit versé le montant minimal de l'indemnité. Considérant que la salariée ne demandait pas l'annulation de la convention, ce qui démontrait qu'elle avait donné son accord aux conditions de la rupture, la Cour d'appel a refusé de faire droit à la demande. L'arrêt est cassé par la Haute autorité au motif que l'absence de demande en annulation d'une convention de rupture n'interdit toutefois pas au salarié d'exiger le respect de ses droits par l'employeur et donc que le salarié pouvait prétendre à un complément d'indemnité⁵⁵⁵.

Certains auteurs ont regretté cette décision qui consacre le pouvoir de « rectification » du juge⁵⁵⁶. Selon eux plusieurs raisons auraient justifié l'annulation de la convention : en premier lieu, bien que l'homologation relève d'une décision judiciaire, il s'agit d'une décision administrative et dans cette matière le recours tend à l'annulation des décisions ; en second lieu, le but de l'homologation étant d'écartier les vices du consentement, toute demande concernant la convention et son homologation doit être sanctionnée par l'annulation. De notre point de vue, il était inutile d'élargir le champ des nullités de la rupture conventionnelle, jusqu'à présent limité à la fraude et au vice du consentement. La salariée pouvait-elle prouver un vice du consentement ? L'hypothèse paraît compliquée. Le dol suppose des manœuvres dolosives, qui n'existent pas en l'espèce, et l'erreur ne peut être invoquée dans la mesure où la salariée avait été prévenue par la DIRECCTE après la signature de la première convention. Toutefois, il est envisageable que la salariée agisse en nullité de l'homologation. Une Cour d'appel a déjà jugé en ce sens et fait droit à la

555Soc.10 décembre 2014, n° 13-22.134, note Marie HAUTEFORT, *JSL* févr. 2015, p. 7.

556HAUTEFORT (M.), *JSL* févr. 2015, p. 7

PARTIE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, OUTIL DE SORTIE DE L'EMPLOI

demande en annulation de l'homologation en considérant que la convention de rupture prévoyant une indemnité spécifique inférieure au minimum légal n'aurait pas dû être validée par l'administration. Les juges en ont déduit que la rupture devait s'analyser en un licenciement sans cause réelle et sérieuse⁵⁵⁷.

En tout état de cause, il aurait été surprenant que la Cour de cassation emprunte une voie différente. Ce droit apparaît opportun puisqu'il évite d'annuler la convention de rupture choisie par les parties, respectant ainsi leur volonté commune. De manière exceptionnelle, la chambre sociale opère un rappel à la loi en corrigeant le montant de l'indemnité perçue⁵⁵⁸. Pour autant elle procède de la même manière dans d'autres situations et notamment concernant la validité d'une clause de non concurrence. En effet la Cour de cassation décide que le juge du fond peut se livrer à une « réfaction » de la clause et lui donner un effet limité qui la valide partiellement plutôt que de l'annuler. Toutefois depuis un arrêt rendu le 12 octobre 2011⁵⁵⁹ la chambre sociale admet désormais le jeu de la nullité lorsque cette dernière est invoquée par le salarié. Preuve s'il en était besoin que la Cour respecte la volonté des parties.

146. Régime fiscal. Les partenaires sociaux avaient souhaité une exonération de l'indemnité de rupture de l'ensemble des prélèvements fiscaux et sociaux, mais le législateur n'a pas exaucé le vœu formulé. Toutefois cette indemnité obéit à un régime fiscal très favorable pour les deux parties. Afin de tendre vers une égalité entre la rupture d'un commun accord et le licenciement, le législateur a aligné le régime fiscal sur celui des indemnités de rupture dues lors d'un licenciement hors PSE⁵⁶⁰. Ainsi l'indemnité de rupture légale ou conventionnelle échappe à l'impôt sur le revenu dans sa totalité. Pour la fraction « supra-légale », les limites de l'exonération s'apprécient au regard du plafond de la sécurité sociale, du montant global des indemnités et de la rémunération brute annuelle⁵⁶¹ versées au salarié

557CA Toulouse 29 juin 2012 n° 10-06156.

558Soc. 6 mars 1985, *D.* 1985, IR 476 – Soc. 25 janv. 1984, *Bull. civ.* V, n° 31.

559n°09-43.155, *Dr. Soc.* 2012. 198 note MOULY (J.)

560CGI, art. 80 *duodecies.* 1, 6° et CSS, art. L.242-1, al. 12. Les sommes versées dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi bénéficient d'une exonération fiscale totale.

561L'administration fiscale est venue préciser cette notion à l'occasion d'une instruction fiscale du 7 mars 2014. Il convient désormais de retenir « toutes les sommes versées par l'employeur et soumises à l'impôt et ce quelque soit le régime social qui leur est applicable ».

TITRE 2 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE AU SERVICE DE LA FLEXICURITE

au cours de l'année civile précédent la rupture de son contrat⁵⁶². Les indemnités de rupture sont aussi exonérées de cotisations sociales dans les mêmes limites.

En toute logique ce traitement fiscal et social favorable a contribué à l'essor de la rupture conventionnelle puisque l'indemnité est un point majeur de la négociation et que son montant varie fortement en fonction du régime applicable. Conscient de cet intérêt pour la rupture bilatérale plutôt qu'unilatérale le législateur soumet désormais l'indemnité homologuée au forfait social.

147. Assujettissement au forfait social. Jusqu'à présent les indemnités d'une rupture homologuée bénéficiaient exactement du même régime que celui appliqué aux indemnités perçues à l'occasion d'un licenciement mais depuis le 1er janvier 2013 il existe une distinction entre les deux régimes. En effet, il s'agit d'une nouveauté instaurée par la loi de financement de la sécurité sociale pour 2013 : les sommes traditionnellement exclues de cotisations sociales sont soumises à un forfait social⁵⁶³ au taux de 20% pour la fraction exclue de l'assiette de cotisations sociales. Le renchérissement de la rupture homologuée poursuivait l'objectif de limiter le caractère attractif de cette rupture par rapport au licenciement individuel. En effet lors des débats parlementaires la ministre déléguée auprès de la ministre des affaires sociales et de la santé chargée de la famille⁵⁶⁴, pointait que le

⁵⁶²Lorsque le salarié n'est pas en droit de bénéficier d'une pension de retraite d'un régime obligatoire, ne constitue pas une rémunération imposable la fraction des indemnités fixées dans la convention de rupture qui n'excède pas :

- soit deux fois le montant de la rémunération annuelle brute perçue par le salarié au cours de l'année civile précédant la rupture de son contrat de travail, ou 50 % de l'indemnité si ce seuil est supérieur, dans la limite de 6 fois le plafond annuel de la Sécurité sociale en vigueur à la date de versement des indemnités
- soit le montant de l'indemnité de licenciement prévue par la convention collective de branche, par l'accord professionnel ou interprofessionnel ou, à défaut, par la loi. En conséquence, les indemnités de rupture conventionnelle sont exonérées d'impôt sur le revenu dans la limite des plafonds applicables aux indemnités de licenciement. (« Rupture conventionnelle », J.-Cl Travail Traité, fasc. 30-5. §119).

⁵⁶³Instauré par la loi de financement de la sécurité sociale pour 2009 (Art. L. 135-16 et L. 135-17 CSS) le forfait social est une contribution à la charge de l'employeur due sur certaines sommes exclues de l'assiette de cotisations sociales et soumises à la CSG sur les revenus d'activité. Le forfait social concerne : l'intéressement, la participation aux résultats de l'entreprise, le supplément de réserve spéciale de participation, l'abonnement patronal au plan d'épargne entreprise, et le plan d'épargne en retraite collective. La loi du 17 décembre 2012 maintient l'exclusion du forfait social pour les indemnités de licenciement, et de mise à la retraite ainsi que pour l'indemnité de départ volontaire dans le cadre d'un PSE (L. fin. séc. soc. 2013, n° 2012-1404, 17 déc. 2012 : JO 18 Décembre 2012).

⁵⁶⁴Madame la Ministre Dominique Bertinotti.

PARTIE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, OUTIL DE SORTIE DE L'EMPLOI

dispositif contribuait à « l'éviction des seniors du marché du travail » et se substituait, compte tenu de la part majoritaire d'initiative patronale⁵⁶⁵, au licenciement⁵⁶⁶.

S'il eut été envisageable d'échapper à cette taxe par la conclusion d'une transaction, l'administration a rapidement contrecarré la fraude. Selon l'ACOSS lorsque une transaction suit une rupture conventionnelle homologuée alors les indemnités transactionnelles doivent être considérées comme une majoration de l'indemnité de rupture versée préalablement à la transaction⁵⁶⁷. Par conséquent une indemnité transactionnelle versée à la suite d'une rupture conventionnelle homologuée est soumise au forfait social au taux de 20%.

Le coût financier d'une rupture conventionnelle homologuée s'avère inévitablement plus important pour l'employeur qu'à l'occasion d'un licenciement « transactionnel ». Est-ce cependant une raison suffisante pour freiner le nombre d'accords conclus ? Même si ce coût supplémentaire rend moins attrayante la rupture conventionnelle elle remporte toujours la faveur des employeurs. En effet comme dit précédemment l'évitement de la procédure contentieuse, la rapidité et la simplicité du dispositif, justifient la préférence qu'ils lui portent.

L'autre avantage de la rupture conventionnelle, notamment vis à vis de la rupture amiable de droit commun, concerne le bénéfice du droit aux allocations chômage pour le salarié.

II - Bénéfice des allocations chômage

148. Un droit « dérogatoire ». Les négociateurs de l'accord national interprofessionnel ont proposé le versement aux salariés qui optent pour la rupture conventionnelle des allocations chômage. Traditionnellement, seul le salarié privé involontairement de son emploi pouvait en bénéficier : la rupture du contrat de travail peut procéder d'un licenciement, de l'arrivée du terme dans le cas d'un contrat à durée déterminée, ou d'une démission jugée « légitime »⁵⁶⁸ c'est à dire liée à des contraintes indépendantes de la volonté du salarié. Cette

565Elle s'appuyait sur le rapport du Centre d'étude de l'emploi selon lequel près de 61 % des ruptures sont conclues suite à l'initiative de l'employeur.

566Compte rendu débat parlementaire, séance du 14 novembre 2012.

567Lettre-Circ. N°2013-0000019, 28 mars 2013.

568Sont considérées comme légitimes les démissions justifiées par le changement de résidence du conjoint

TITRE 2 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE AU SERVICE DE LA FLEXICURITE

règle était la cause principale de l'absence de succès de la rupture amiable, et surtout à l'origine de comportement frauduleux. Pour exemple, nous citerons l'abandon de poste.

En pratique, il n'est pas rare qu'un salarié souhaitant quitter son entreprise abandonne volontairement son poste afin de remplir les conditions d'octroi des prestations. Dans ce cas, un rapport de force oppose l'employeur et le salarié, le premier ne souhaitant pas faciliter la tâche du salarié démissionnaire en lui ouvrant le droit au bénéfice des allocations chômage par le biais d'un licenciement, enchaîne dès lors les bulletins de salaires à zéro. Ce *statut quo* prend fin lorsque l'employeur se lasse de maintenir dans ses effectifs un salarié absent ou quand le salarié renonce pour des raisons financières. Les faux licenciements suivis d'une transaction ont également souvent été dénoncés comme des montages destinés à offrir l'accès à Pôle emploi⁵⁶⁹.

Depuis la réforme du marché du travail mise en œuvre par l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008, la rupture conventionnelle garantit au salarié le droit aux allocations chômage. Avec cette modification les partenaires sociaux souhaitaient d'une part mettre un terme aux pratiques frauduleuses, et d'autre part, inciter les parties à choisir l'accord de rupture travailliste, et non civiliste, garantissant la sécurisation de l'accord. Nul ne conteste aujourd'hui que la réussite de la rupture conventionnelle est liée en grande partie à cette disposition. Selon une enquête menée par la DARES auprès d'un échantillon de salariés ayant conclu une rupture conventionnelle, 69% des salariés ont choisi ce mode de rupture en raison du bénéfice des allocations chômage⁵⁷⁰. Le salarié souhaitant quitter son emploi est moins frileux à cette idée puisque désormais il ne se trouve ensuite plus placé dans une situation de précarité liée à la perte de son emploi. Ce droit crée un effet d'aubaine pour le salarié qui en plus de l'indemnité de rupture, dispose du droit d'accès à Pôle emploi, dont il n'aurait pas pu bénéficier en cas d'une démission ou d'une rupture amiable classique. Et afin d'inciter le salarié à choisir la rupture conventionnelle, l'accord va plus loin en développant la portabilité des droits sociaux.

Le bénéfice des allocations chômage n'est pas l'unique maintien des droits du salarié. Le

(mutation professionnelle : CE 8 janv. 1993, *RJS* 3/93, n° 300).

569V. *supra*. § 103.

570DARES : 58% pour éviter un conflit.

salarié conserve également le bénéfice des droits relatifs à la protection complémentaire santé et à la formation professionnelle.

§ 2. Le maintien des droits sociaux du salarié

Traditionnellement la fin de la relation salariale emporte de nombreuses conséquences pour le salarié. Plus qu'une rémunération, le salarié perd alors toutes les contreparties sociales liées à son lien de subordination : couverture sociale, épargne, et jusqu'à récemment son droit à la formation. Certaines théories économiques ont conclu à l'impact positif de la flexibilité du marché de l'emploi sur le chômage lorsque les mesures prises s'accompagnent « d'une certaine sécurité professionnelle pour les salariés, sécurité liée au maintien du revenu et à la rapidité du retour à l'emploi – ou à défaut à la garantie d'une formation qualifiante en cas de chômage »⁵⁷¹. C'est parce que l'on dispose de flexibilité sur le marché de l'emploi que l'on a besoin de sécurité.

Dans cette perspective, de nouvelles sécurités attachées non au statut du salarié mais à la personne doivent être mises en oeuvre. A ce titre, le développement de la portabilité des droits sociaux constitue une logique intéressante puisqu'elle permet au salarié de conserver certains droits après la rupture du lien contractuel.

Le maintien des droits concerne les garanties de prévoyance (I) et la formation (II).

I - Le maintien des couvertures complémentaires santé et prévoyance

149. Les débuts de la portabilité : la loi Evin⁵⁷². Généralement les salariés bénéficient d'une protection sociale complémentaire qui prend la forme de contrats d'assurance de prévoyance souscrits par les employeurs auprès de compagnies d'assurance. Or la rupture du lien qui unit le salarié à son entreprise entraîne la disparition de la garantie. Par dérogation à ce principe la loi dite Evin avait organisé un régime très protecteur quant au maintien des prestations et des garanties acquises, au bénéfice du salarié malade ou invalide, ainsi que le maintien de la garantie décès. En effet, la loi du 31

⁵⁷¹Conseil d'orientation pour l'emploi (2007), *rapport d'étape sur la sécurisation et la dynamisation des parcours professionnels*, La documentation française, p. 12.

⁵⁷²Le terme « portabilité » apparaît pour la première fois à l'occasion d'une proposition de directive communautaire présentée par la Commission en 2005 et « relative à l'amélioration de la portabilité des droits à pension complémentaire ».

TITRE 2 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE AU SERVICE DE LA FLEXICURITE

décembre 1989⁵⁷³ a renforcé les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques. La loi prévoit que lorsque des salariés⁵⁷⁴ bénéficient d'une garantie collective de prévoyance maladie, maternité ou accident, le contrat de prévoyance doit prévoir sans conditions de période probatoire ni d'examen ou de questionnaire médicaux, les modalités et les conditions tarifaires des nouveaux contrats ou conventions par lesquels l'organisme maintient cette couverture. L'assureur garantissant le régime de frais médicaux doit proposer aux salariés bénéficiaires d'une rente d'incapacité ou d'invalidité, d'une pension de retraite ou d'un revenu de remplacement, sans conditions de durée, sous réserve que les intéressés en fassent la demande dans les six mois qui suivent la rupture du contrat de travail ; pour les personnes garanties du chef de l'assuré décédé, pendant une durée minimale de douze mois à compter du décès, sous réserve que les intéressés en fassent la demande dans les six mois suivant le décès. Ce mécanisme qui nécessite une manifestation de la volonté du salarié est remplacé par un dispositif automatique : le concept de portabilité est apparu avec l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail.

150. Notion de portabilité des droits. La portabilité des droits relative au maintien des couvertures complémentaires santé et prévoyance constitue un des éléments majeurs de la « flexisécurité ». Ce concept traduit la volonté de dépasser le cadre du droit attaché au seul statut du travailleur pour un droit attaché à la personne. En effet cette portabilité permet au salarié en cas de cessation de son contrat de travail non consécutive à une faute lourde et ouvrant droit à la prise en charge par le régime d'assurance chômage de bénéficier des garanties des couvertures complémentaires santé et prévoyance appliquées dans son ancienne entreprise durant une partie de sa période de chômage. A ce titre depuis 2009 en cas de rupture de leur contrat de travail, sauf faute lourde, les salariés continuent à bénéficier des garanties prévoyance et santé dont ils bénéficiaient dans l'entreprise. Cette portabilité « conventionnelle » -mise en place par l'ANI de 2008 mais non reprise dans la loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008- a ensuite été réorganisée dans l'ANI de 2013 pour un nouveau modèle économique et social et introduite dans la loi de sécurisation de l'emploi : il s'agit de la « portabilité légale ».

573Loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989.

574La loi *Evin* a été complétée par la loi n° 94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle, dite loi *Madelin* qui a, entre autres, étendu le champ d'application de la loi à des non-salariés suivant des modalités définies par un décret n° 94-775 du 5 septembre 1994.

La loi de sécurisation a organisé l'amélioration de la portabilité des complémentaires santé et prévoyance (A), malgré le fait que tous les salariés dont le contrat est rompu n'en bénéficient pas (B).

A - L'amélioration de la portabilité des droits de prévoyance

151. Obligation de la portabilité issue de l'ANI du 11 janvier 2008⁵⁷⁵. Les négociateurs de l'ANI du 11 janvier 2008 ont souhaité élargir la portabilité des droits à la couverture complémentaire de santé et de prévoyance⁵⁷⁶. L'ancien salarié, dont la rupture est prise en charge par l'assurance chômage, bénéficie de toutes les garanties des couvertures complémentaires prévoyance et santé en vigueur dans sa précédente entreprise -garanties de frais de soins de santé ou de prévoyance collective-et ce durant une période maximale de neuf mois. Le dispositif s'applique au lendemain de la rupture du contrat et non à partir du moment où le salarié commence à percevoir l'indemnisation chômage. Contrairement au dispositif issu de la loi Evin, qui prévoit que le salarié supporte seul le poids de la totalité de la cotisation, le nouveau mécanisme est assuré soit conjointement par l'ancien employeur et l'ancien salarié, soit par un système de mutualisation défini par accord collectif.

Ce nouveau système, bien que plus généreux que celui issu de la loi Evin, n'est toutefois pas obligatoire pour le salarié qui peut y renoncer définitivement et de manière globale dans les dix jours qui suivent la fin de la relation salariale. En l'absence de précisions dans l'ANI certains auteurs⁵⁷⁷ avaient indiqué, à juste titre, qu'il était absurde d'imposer à un salarié l'obligation de cotiser d'autant qu'il pouvait être couvert en qualité d'ayant droit par son conjoint. La portabilité constitue donc un droit pour le salarié auquel il peut renoncer.

En conséquence, l'employeur est tenu d'informer le salarié de son droit au plus tard le

⁵⁷⁵Sur la portabilité conventionnelle, v. : BARTHELEMY (J.), *Dr. Soc.* 2008, p. 325 ; SERIZAY (B.), *SSL* 15 sept. 2008, n° 1366, p. 8 ; RIGAUD (D.), *JCP S* 2008, étude 1547 ; LANGLOIS (Ph.), *SSL* 15 déc. 2008, n° 1379 ; THIESSET (R.), *Gaz. Pal.* 8-12 mai 2009, p. 9 ; BARTHELEMY (J.), BEAL (S.), HALLIPEAU (M.), *Cah. DRH*, janv.-févr. 2010, n° 161-162, p. 25. MORVAN (P.), *Droit de la protection sociale*, 7ème éd., LexisNexis, coll. Manuel, 2015, §1096.

⁵⁷⁶En raison des difficultés de mise en application, deux avenants ont été conclu afin de reporter l'application de l'article 14 au 1er mai 2009, puis au 1er juillet 2009.

⁵⁷⁷RIGAUD (D.) « Etendue et mise en œuvre de la portabilité en matière de prévoyance », *JCP* 2008, n° 1547 ; SERIZAY (B.), « La fragile portabilité des droits », *SSL* 2008, n° 1366, p. 7.

TITRE 2 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE AU SERVICE DE LA FLEXICURITE

jour de la cessation du contrat de travail, sous peine d'être condamné au paiement de dommages et intérêts potentiellement complétés par une indemnité pour perte d'une chance⁵⁷⁸. La portabilité maintient un lien entre l'entreprise et le travailleur, qui continue à bénéficier des garanties complémentaires de prévoyance, et ce, aux mêmes conditions que les autres salariés de l'entreprise. Les modifications éventuelles du contrat, intervenues au cours de sa période de portabilité, lui seront par conséquent appliquées. L'organisation d'une portabilité étendue est un droit important pour le salarié et constitue une avancée notable dans la sécurisation post-rupture.

Néanmoins, la portabilité des garanties en matière de prévoyance et de santé n'avait pas été reprise par la loi du 25 juin 2008 relative à la modernisation du marché du travail, mais étendue, de sorte que ses dispositions étaient réservées aux seuls anciens salariés des employeurs adhérents d'une organisation signataire ou relevant d'une branche d'activité représentée par ces organisations⁵⁷⁹. La loi de sécurisation de l'emploi a légalisé le dispositif⁵⁸⁰. La loi de sécurisation de l'emploi a profondément changé le système de portabilité devenu le « maintien des droits ».

152. Les compléments de la portabilité apportés par la loi de 2013. La loi de 2013 vise toutes les garanties de prévoyance à savoir décès, incapacité, maternité, invalidité et garanties « frais médicaux ». En réalité cette refonte légale est intervenue en deux temps. A partir de juin 2014 elle s'appliquait aux garanties de santé avant d'être étendue aux autres risques à compter de juin 2015. Les deux dispositifs ont donc coexisté de manière parallèle jusqu'au 31 mai 2015.

153. Maintien à titre gratuit de la couverture. Suite à l'ANI de 2008 les entreprises disposaient de deux moyens distincts pour financer la portabilité : la mutualisation et le co-financement. Le premier repose sur une hausse des cotisations appliquée à l'ensemble des salariés. Dès lors le salarié n'est prélevé d'aucune somme à ce titre lors de son départ. Cette option demeure plus profitable au salarié que le co-financement même si elle ne décharge pas totalement le salarié du poids financier de la couverture mais décale son application

578CA Bordeaux, 22 mai 2012, n° 11/05856.

579C'est à dire les secteurs de l'industrie, du commerce, prestations de service et artisanat.

580Sur la portabilité légale, v. BRIENS (G.), *Dr. Soc.* 2013, p.895 ; ROULET (V.), *Dr. Soc.* 2013, p. 901. MORVAN (P.), *Droit de la protection sociale*, 7ème éd., LexisNexis, coll. Manuel, 2015, §1097.

PARTIE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, OUTIL DE SORTIE DE L'EMPLOI

dans le temps⁵⁸¹. Il s'agit de la poursuite du financement conjoint entre le salarié et l'employeur. Afin d'améliorer l'effectivité de la couverture, la loi de 2013 a indiqué que le maintien doit désormais se faire « à titre gratuit »⁵⁸². La nouvelle gratuité emporte des conséquences sur le caractère obligatoire de la portabilité. En effet la loi de sécurisation de 2013 ne prévoit plus de « droit à renonciation » du salarié en raison de gratuité de la portabilité, par opposition au précédent système de « co-financement » éventuel. Aussi l'employeur doit informer le salarié du mécanisme de la portabilité lors de la rupture de son contrat, à défaut il pourra être tenu de payer des dommages et intérêts au salarié⁵⁸³.

Cette réforme a le mérite d'améliorer le maintien des droits aux couvertures complémentaires santé et prévoyance du salarié mais aussi de simplifier la gestion de la portabilité pour les entreprises au prix cependant d'un surcoût pour ces dernières en raison de l'allongement de la durée de la portabilité et de la gratuité pour le bénéficiaire du maintien des garanties.

Les mesures de portabilité de la complémentaire santé adoptées à l'occasion de la loi de sécurisation de 2013 constituent indéniablement une avancée en matière de droits sociaux. Néanmoins force est de constater que la portabilité ne concerne pas toutes les ruptures du contrat de travail.

B - Une portabilité relative

154. Elargissement de la portabilité couverture complémentaire santé. L'évolution de la nature de la norme -passage du caractère conventionnel à légal- a élargi le champ d'application du dispositif. Le nouvel article L. 911-8 du code de la sécurité sociale, issu de la loi n° 2013-504 du 14 mai 2013 généralise la portabilité des droits pour les chômeurs. Désormais sont concernés tous les employeurs qui relèvent du code de la sécurité sociale et notamment le secteur agricole, les professions libérales, la presse ainsi que les VRP. Ainsi toutes les catégories de travailleurs peuvent bénéficier du maintien de leur régime de prévoyance en cas de rupture de leur contrat de travail sous certaines conditions. Seuls les

581 ROULET (V.), « La portabilité des droits de prévoyance au vu de la sécurisation de l'emploi » *Dr. Soc.* 2013, 901.

582 L'ANI de 2013 prévoyait de généraliser le système de mutualisation.

583 Soc. 20 nov. 2013, n°12-21.999.

employeurs particuliers sont exclus du dispositif.

155. Une portabilité sous conditions. La portabilité de la complémentaire santé concerne les anciens salariés bénéficiaires de l'assurance chômage. Elle profite ainsi aux salariés privés « involontairement » de leur emploi, ainsi qu'à ceux ayant conclu une convention de rupture avec leur ancien employeur. En revanche les salariés démissionnaires n'en bénéficient pas. Si les bénéficiaires de la portabilité profitent des mêmes garanties que celles qui existaient lors de la rupture de leur contrat, tous les salariés ne sont toutefois pas logés à la même enseigne. En effet, désormais les entreprises ont le droit de différencier le niveau de protection selon les catégories socioprofessionnelles en raison des particularités des régimes couvrant les risques maladie, incapacité, invalidité, décès et retraite⁵⁸⁴.

Enfin la portabilité de la couverture complémentaire santé ne perdure pas durant l'intégralité de la période de chômage du salarié. En effet, bien qu'elle ait été prolongée dans la loi de 2013 elle reste limitée aux derniers contrats de travail consécutifs dans un plafond de douze mois.

A l'instar du licenciement, la rupture conventionnelle garantit au salarié le maintien de ses droits relatifs au frais de santé ou prévoyance, et ce, à titre gratuit durant douze mois. Le salarié bénéficie ainsi d'une protection représentant potentiellement une opportunité de se former afin de mettre à jour ses qualifications, d'augmenter son niveau de compétences ou encore de réorienter son projet professionnel. En effet aujourd'hui au-delà du matelas social financier destiné à amortir les conséquences d'une rupture du contrat de travail, la formation professionnelle doit être pour les salariés, en particulier les plus « fragiles », la meilleure des assurances chômage.

584 Soc., 13 mars 2013, n° 11-20.490 & n° 10-28.022 & n° 11-23.761 & n° 11-13.645 : D. 2013, p. 1026, obs. LOKIEC (P.), PORTA (J.) – COURSIER (P.), « De l'égalité de traitement des régimes catégoriels », *JCP S* 2013, 1144.

II - De la portabilité du droit à la formation à la sécurisation du parcours professionnel

Depuis la loi Aubry II⁵⁸⁵, l'employeur est tenu d'assurer l'adaptation des salariés à leur poste de travail et également de veiller au maintien de leur capacité à occuper un emploi, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations⁵⁸⁶. La loi du 4 mai 2004⁵⁸⁷ a reconnu un droit individuel à formation (DIF) aux salariés présents dans l'entreprise depuis un an minimum et aux titulaires d'un CDD comptant quatre mois d'ancienneté, consécutifs ou non, au cours des douze derniers mois. Ce droit prenait la forme d'un crédit d'heures de formation d'une durée de vingt heures par année, pouvant toutefois être accru par convention de branche⁵⁸⁸, cumulable jusqu'à un plafond de 120 heures par période de six ans. Sous l'impulsion des partenaires sociaux et du législateur, le droit à la formation est devenu portable afin de répondre à l'objectif de sécurisation des parcours professionnels⁵⁸⁹. Le DIF n'est plus attaché au statut qui l'a fait naître, mais à la personne. Toutefois, alors que de nombreux salariés ont atteint le plafond d'heures, peu d'entre eux ont utilisé leur crédit⁵⁹⁰. Traditionnellement la réglementation sur la formation professionnelle s'organisait autour d'une logique unilatérale, c'est à dire que soit l'employeur -dans le cadre de formation- soit le salarié -lors du congé personnel de formation⁵⁹¹- prenait l'initiative de la formation. Au contraire les lois du 25 juin 2008⁵⁹² et du 24 novembre 2009⁵⁹³ ont souhaité favoriser le dialogue et la négociation entre salarié et

585Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail. L'obligation a ensuite été étendue par la loi du 4 mai 2004.

586Art. L. 6321-1 du code du travail.

587L. n°2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social. Cette loi a repris les principes définis par les partenaires sociaux dans l'ANI du 5 décembre 2003.

588Art. L. 6323-1 et D. 6323-1 du code du travail.

589Loi n° 2009-1437 du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie.

590Selon le centre d'études et de recherches sur les qualifications, seuls 6% des salariés ont utilisé leur droit en 2009.

591AHUMADA (C.), « Le congé individuel de formation », *RPDS* 2010. 311.

592L. n°2008-596 du 25 juin 2008.

593L. n°2009-1437 du 24 nov. 2009.

TITRE 2 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE AU SERVICE DE LA FLEXICURITE

employeur en promouvant des dispositifs négociés⁵⁹⁴. La méthode demeure louable mais faut-il encore qu'elle corresponde à une pratique managériale de l'entreprise. Dès lors si l'ambition des créateurs du DIF consistait à résorber les inégalités⁵⁹⁵, le taux d'accès à la formation varie du simple au double en fonction du statut du salarié même si l'écart est statistiquement moins significatif dans les grandes entreprises⁵⁹⁶.

C'est suite au constat d'un succès en demi-teinte qu'a été créé le compte personnel de formation (CPF), issu de la loi relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale du 5 mars 2014, qui se substitue au DIF à compter du 1er janvier 2015⁵⁹⁷. A la différence du DIF le CPF est lié à la personne, tout au long de sa vie active, qui devient l'acteur principal de son parcours professionnel.

L'enjeu est d'ouvrir l'accès à la formation aux chômeurs puisqu'elle représente un outil majeur dans la bataille pour l'emploi. Si ce droit à la formation pour tous a débuté avec la mise en place de la portabilité dans le cadre du DIF (A), la création du CPF représente l'ambition d'une sécurisation du parcours « avec emploi » (B).

A - La portabilité du droit à la formation

Il convient d'étudier le mécanisme de portabilité du DIF (1), afin de comprendre les causes susceptibles d'expliquer son succès limité (2).

1 - Le mécanisme de portabilité du DIF

A l'origine le DIF⁵⁹⁸ concerne uniquement les actifs ayant un emploi. La loi du 24

594« Formation continue », *J.-Cl Travail Traité*, fasc. 61-20 §8.

595Dans l'ANI du 5 déc. 2003, dont les principes ont été repris dans la loi de 2004, les partenaires sociaux indiquaient : « *L'accès des salariés à la formation professionnelle continue dépend trop souvent de leur niveau de formation initiale, de la taille de leur entreprise, du secteur professionnel dans lesquels ils exercent leur activité, de leur sexe, de la catégorie socioprofessionnelle correspondant à leur emploi, ou de la nature de leur contrat de travail...* »

596CEREQ, Rapport *Le DIF, un outil pour réduire les inégalités d'accès à la formation continue*, août 2008, n°255.

597Les heures acquises au titre du DIF jusqu'au 31 décembre 2014 sont mobilisables jusqu'au 31 décembre 2020 dans le cadre du CPF.

598V. PASCAL (A.), *Essai juridique sur la sécurisation des parcours professionnels*, Thèse, Université Toulouse I Capitole, p. 647 & s.

PARTIE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, OUTIL DE SORTIE DE L'EMPLOI

novembre 2009 a ouvert ce droit aux chômeurs en organisant sa portabilité. Le salarié dont le contrat prend fin avant d'avoir pu solder ses droits au DIF ne perd pas son bénéfice. En effet, il dispose du choix du moment où il désire utiliser son droit au DIF à savoir lors de la rupture de son contrat de travail, durant sa période de chômage ou auprès d'un nouvel employeur.

156. Portabilité du DIF au moment de la rupture du contrat. La portabilité du DIF n'est autorisée qu'en cas de rupture non consécutive à une faute lourde du salarié, ou de fin de contrat ouvrant droit à la prise en charge par l'assurance chômage. Le salarié licencié a la possibilité de demander, durant son préavis, à bénéficier d'un bilan de compétences, d'une validation des acquis de l'expérience ou de formation, mais l'action peut être engagée après le préavis. Lorsque l'action de formation est réalisée pendant l'exercice du préavis, elle se déroule pendant le temps de travail. Au demeurant, l'employeur doit informer le salarié dans la lettre de licenciement de ses droits au titre du DIF⁵⁹⁹. La Cour de cassation considère que l'absence d'information crée nécessairement un préjudice au salarié et qu'à ce titre il peut solliciter des dommages et intérêts⁶⁰⁰. La formation est financée par l'employeur pour un montant égal au solde du nombre d'heures acquises au titre du DIF et non utilisées, multiplié par un montant forfaitaire déterminé par décret.

Lorsque le salarié est démissionnaire, la demande de DIF doit être faite durant le préavis et l'action de formation engagée avant la fin de celui-ci. A cette seule condition, l'action est financée par l'employeur. Néanmoins, si le salarié ne formule pas de demande auprès de son employeur, ses droits acquis ne sont pas perdus puisqu'il pourra bénéficier de leur portabilité soit lors de la recherche d'emploi, soit auprès d'un autre employeur. Dans les deux cas, la demande de formation doit se dérouler durant le préavis.

S'agissant de la rupture conventionnelle, qui ne prévoit pas de préavis, les parties peuvent convenir dans la convention de rupture d'une date limite d'exercice du DIF. Malgré l'absence de rubrique spécifique dans la convention de rupture les juges du fond considèrent que le salarié qui n'a pas été informé de ses droits au DIF est fondé à demander des dommages et intérêts⁶⁰¹.

599L. 6323-19 C. Trav.

600Soc.17 févr. 2010, n° 08-45.382.

157. Portabilité pendant la période de chômage. La possibilité d'utiliser le DIF porté pendant une période de chômage permet aux demandeurs d'emploi d'accéder rapidement à une formation et de ne pas perdre leurs droits à la formation entre deux emplois. Les droits acquis sont monétisés dans les mêmes conditions qu'en cas de portabilité du DIF au moment de la rupture du contrat de travail. L'utilisation du crédit DIF a lieu en priorité pendant la période d'indemnisation au titre de l'assurance chômage. Sa mise en oeuvre est effectuée avec le conseiller Pôle emploi chargé de l'accompagnement du demandeur d'emploi. L'avis du conseiller sur le projet de mobilisation du DIF est requis mais cet avis ne lie pas l'organisme paritaire collecteur agréé (OPCA) : ce dernier peut ou non s'y conformer lorsqu'il prend la décision de financer ou pas la formation souhaitée par le demandeur d'emploi. Le financement des actions de formation au titre du DIF portable est assuré par l'OPCA dont relève la dernière entreprise dans laquelle l'intéressé a acquis ses droits. La somme est versée par l'OPCA à Pôle emploi si ce dernier organise la formation, ou directement au demandeur d'emploi lui-même dans le cas inverse. Le demandeur d'emploi peut éventuellement bénéficier d'une aide individuelle à la formation qui se cumule avec les droits acquis au titre du DIF.

158. Portabilité chez un nouvel employeur. La mobilisation du DIF porté suppose toujours une demande du salarié. Elle peut recevoir ou non l'accord du nouvel employeur. Lorsque le salarié et l'employeur sont en désaccord, l'action de formation doit relever des priorités de la branche ou de l'entreprise, elle doit se dérouler nécessairement hors temps de travail et elle ne donne pas lieu au versement de l'allocation de formation. La période d'utilisation du DIF porté est de deux années suivant l'embauche du salarié. A l'issue de cette période, les droits au DIF non utilisés dans le cadre de la portabilité sont perdus. Mais le salarié aura alors acquis des droits au DIF auprès de son nouvel employeur. Le financement de l'action de formation est assuré par l'OPCA dont relève l'entreprise dans laquelle le salarié est nouvellement embauché. En cas de désaccord entre l'employeur et le salarié, le paiement est dû si l'action de formation relève des priorités de branche ou d'entreprise.

La portabilité tend à rattacher le DIF à la personne du salarié, néanmoins ce dernier n'acquiert de droits que dans le cadre d'un contrat de travail, et ces droits restent liés à son

ancienneté dans l'entreprise. Dès lors que la loi ne le prévoit pas il n'y a donc a priori aucune raison de cumuler les droits portés avec les droits ouverts chez un nouvel employeur. À son arrivée dans la nouvelle entreprise le compteur de droits repart à zéro. Libre à l'employeur d'accepter que le salarié cumule la somme correspondant à ses droits portés avec des droits à DIF nouvellement acquis pour financer une formation.

2 - Les limites du système

159. Un constat de semi-échec. Lors de sa création en 2004, le DIF avait trois objectifs à savoir permettre aux salariés de s'impliquer dans leur évolution professionnelle en négociant directement avec l'employeur, développer l'accès à des formations longues et qualifiantes et enfin, réduire les inégalités d'accès à la formation entre les salariés. Les études menées sur le sujet, notamment par le CEREQ ou le cabinet Geste pour le compte de la DARES, dressent le constat d'un dispositif n'assurant que partiellement la sécurisation du travailleur. A l'instar du DIF salarié, le DIF portable connaît un bilan mitigé.

160. Un dispositif méconnu des demandeurs d'emplois. Le DIF portable est un dispositif peu exploité par les demandeurs d'emploi qui ne connaissent pas leurs droits. De fait, les demandes spontanées sont rares, et plus nombreuses de la part des travailleurs les plus qualifiées en général mieux informées et plus enclines à se former. Selon l'enquête menée pour la DARES, des sessions d'information ont été mises en place par certaines agences de Pôle emploi afin de mieux informer les demandeurs d'emploi sur le dispositif de portabilité du DIF.

161. Utilisation du DIF pour des formations courtes. Le DIF est le plus souvent utilisé pour des formations très courtes, qui n'entraînent ni qualification, ni diplôme. En 2012, les formations de moins de 20 heures constituaient 50% des formations financées. Les thématiques des formations les plus courantes sont : bureautique, comptabilité, management, maîtrise des savoirs, et plus rarement les formations à des concours.

162. Absence de généralisation du dispositif. La portabilité du DIF ne garantit pas toutes les transitions professionnelles. Le droit à la formation est porté seulement lorsque le salarié retrouve un emploi auprès d'un nouvel employeur, ou est à la recherche d'un emploi. Dès lors, les travailleurs qui souhaitent exercer une activité non salariée perdent

TITRE 2 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE AU SERVICE DE LA FLEXICURITE

leur droit à DIF. L'absence de généralisation du dispositif constitue un véritable obstacle à la sécurisation du parcours du travailleur, et ce, car le droit à la formation n'est attaché ni au statut du salarié, ni à l'individu.

De la même manière, un travailleur qui a conservé son statut de salarié doit faire sa demande d'utilisation de ses droits au titre du DIF dans un délai de deux ans suivant son embauche. Les premiers mois passés dans une entreprise, souvent synonymes de stress, ne sont pas toujours propices à une telle demande. Le nouvel arrivant a à cœur de prouver qu'il est immédiatement opérationnel sur le poste afin d'éviter une potentielle rupture au cours de sa période d'essai. En outre, la capacité de négociation avec l'employeur est également fonction de son degré de qualification. Enfin, à son arrivée chez son nouvel employeur le compteur des droits à DIF du salarié est remis à zéro, et c'est seulement au bout d'une année d'ancienneté qu'il accumule de nouveaux droits.

163. La portabilité du DIF : un droit aléatoire. La portabilité du DIF n'est pas un droit opposable mais une faculté pour les OPCA qui sont libres d'accepter ou non de financer une formation. Là encore, les travailleurs ne sont pas à égalité selon l'OPCA dont relève leur ancien employeur. Il ressort de l'enquête menée pour la DARES, que la prise en charge financière du DIF est différente selon les organismes interrogés.

Globalement, le DIF portable n'a pas atteint les objectifs avancés en terme de sécurisation des parcours professionnels. Et pour cause, il a été peu mobilisé par les salariés. Néanmoins, dès 2009, la Cour des comptes⁶⁰² a alerté les pouvoirs publics sur le coût potentiel de la portabilité du DIF si l'ensemble des salariés éligibles utilisaient sur leur temps de travail leur DIF à hauteur du crédit dont ils bénéficieraient⁶⁰³. C'est dans ce contexte qu'a été créé le compte personnel de formation.

602 Cour des comptes, *Les dispositifs de formation à l'initiative des salariés*, La documentation française, 2009, spéc. pp. 582-586.

603 « Selon les estimations réalisées par la Cour et validées par les services du ministère chargé de l'emploi, à près de 13 milliards d'euros par an, répartie entre prise en charge de frais pédagogiques à hauteur de 8,5 milliards 245 et couverture des rémunérations pendant le temps de formation à hauteur de 4,45 milliards ».

B - Le compte personnel de formation, un espoir déçu ?

Créé par la loi du 14 juin 2013⁶⁰⁴ relative à la sécurisation des parcours professionnels, le CPF⁶⁰⁵ représente un projet vertueux⁶⁰⁶ qui doit permettre à chaque salarié de disposer d'un compte personnel mobilisable durant toute sa carrière professionnelle c'est à dire lors de ses périodes d'activité et d'inactivité. En effet, il vise à se doter d'un outil adapté aux besoins des actifs mais aussi, et surtout, aux chômeurs. De fait la formation ne se rattache plus au statut mais à la personne. L'objectif dépasse ainsi la simple portabilité du droit à la formation afin de donner aux travailleurs les moyens de sécuriser leur parcours professionnel.

Si l'instauration du dispositif a été majoritairement saluée (1), sa mise en œuvre revêt quelques difficultés (2).

1 - Le CPF, un dispositif de formation tout au long de la vie

164. Modalités du dispositif. Le CPF est ouvert à chaque individu d'âge d'au moins 16 ans, qu'il soit employé ou à la recherche d'un emploi, et fermé à la fin de la vie professionnelle de la personne. A la différence du DIF, le compte de formation est attaché à l'individu⁶⁰⁷, et non à son statut, afin de garantir son employabilité sur le long terme. Le CPF des salariés est alimenté en heures de formation à la fin de chaque année. Il permet ainsi d'accumuler des heures de formation à raison de 24 heures par an jusqu'à 120 heures, puis de 12 heures par an jusqu'à un plafond de 150 heures au total. Pour les salariés travaillant à temps partiel ou n'ayant travaillé qu'une partie de l'année, les heures sont

604Loi n° 2013-404 transposant l'ANI du 14 décembre 2013. Il a ensuite été réglementé par la loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratisation (*JCP G* 24 mars 2014, n° 12 ; *JCP S* 22 avr. 2014, n°16 ; *Les cahiers du DRH*, 1 juin 2014, n° 210 ; *Gaz. Pal.* Juin 2014, n°152-154, p. 7-14, commentaires P. Le Cohu ; Dossier spécial « La réforme professionnelle » *Dr. Soc.* Déc. 2014, n° 12).

605LUTTRINGER (J.-M.), « Le compte personnel de formation : genèse, droit positif, socio-dynamique », *Dr. Soc.* 2014, p.972 ; GAUTIE (J.), MAGGI-GERMAIN (N.), PEREZ (C.), « Fondements et enjeux des « comptes de formation » : les regards croisés de l'économie et du droit », *Dr. Soc.* 2015, p.591.

606Si le CPF existe dans d'autres pays européens ou plus largement à l'échelle mondiale, il est toutefois engagé qu'à titre expérimental. En effet aucun pays jusqu'alors envisageait la formation professionnelle sous le seul prisme d'un dispositif de compte personnel de formation (v.

607Art. L. 6111-1 du code du travail.

TITRE 2 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE AU SERVICE DE LA FLEXICURITE

calculées à due proportion du temps de travail effectué. La période d'absence du salarié pour un congé de maternité, de paternité, d'adoption, de présence parentale, de soutien familial ou un congé parental d'éducation est intégralement prise en compte pour le calcul de ces heures. Dans les entreprises de 50 salariés et plus, un abondement supplémentaire de 100 heures est accordé au salarié - ou 130 heures pour le salarié à temps partiel- qui n'a pas, au cours des six années précédentes, eu les entretiens professionnels auxquels il a droit et qui n'a pas bénéficié de mesure de formation.

Dès lors, les choix de carrière de l'individu n'auront plus de conséquences sur ses droits à formation acquis sur son compte. A ce titre, il peut disposer librement de ses heures sans demander l'accord de l'employeur⁶⁰⁸. Toutefois, la loi limite le périmètre des formations éligibles aux formations qualifiantes. En pratique, chaque individu est titulaire d'un compte qui recense les formations et les qualifications suivies.

165. Formations éligibles. La contrepartie à la liberté accordée au bénéficiaire dans le cadre du CPF réside dans la mise en œuvre d'un encadrement collectif de l'utilisation du compte⁶⁰⁹. Son choix est en effet orienté vers la qualification qui demeure la finalité de la loi⁶¹⁰. Sont ainsi éligibles les formations « métier » avec certification inscrites au Répertoire national des certifications, celles délivrant des certificats de qualifications professionnelles⁶¹¹, et enfin les formations « *permettant d'acquérir un socle de connaissances et de compétences défini par décret* »⁶¹² et l'accompagnement à la validation des acquis et de l'expérience. Ainsi l'objectif est « l'acquisition d'un premier niveau de

608Le salarié est libre de se former toutefois s'il choisi de le faire durant son temps de travail il doit obtenir l'accord de son employeur. L'accord n'est cependant pas obligatoire dans certains cas énumérés à l'article L. 6323-17 du code du travail.

609DOCKES (E.), AUZERO (G.), *Droit du travail*, 30ième éd. Dalloz, coll. « Précis », 2016, §375.

610La loi vise l'acquisition d'un premier niveau de qualification et ou le développement des compétences et des qualifications de la personne au travers d'actions de formation.

611Il s'agit d'une certification spécifique créé et délivré par les branches professionnelles.

612Décret n° 2015-172 du 13 février 2015. Le texte définit sept modules comme éléments constitutifs de ce socle : « *la communication en français, l'utilisation des règles de base en calcul et du raisonnement mathématiques, l'utilisation des techniques usuelles de l'information et de la communication numérique, l'aptitude à travailler dans le cadre de règles définies d'un travail en équipe ; l'aptitude à travailler en autonomie et à réaliser un objectif individuel ; la capacité d'apprendre à apprendre tout au long de la vie ; la maîtrise des gestes et postures et le respect des règles d'hygiène, de sécurité et environnementales élémentaires* ». Ce socle s'inscrit surtout dans une idée de lutte contre l'illettrisme et d'insertion sur le marché du travail.

PARTIE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, OUTIL DE SORTIE DE L'EMPLOI

qualification ou de développement de ses compétences et de ses qualifications »⁶¹³.

L'encadrement des formations répond donc à une volonté d'introduire une notion de « qualité » dans la formation⁶¹⁴. La question est particulièrement importante dans la mesure où la réussite du système de formation passe par une meilleure adéquation entre les besoins du marché et les qualifications des personnes. Par ailleurs les lois du 14 juin 2013 et du 5 mars 2014 ont modifié la logique en matière de formation professionnelle passant de « fiscale » à « sociale ». Désormais les entreprises ne sont plus incitées à atteindre un minimum de dépenses en matière de formation, ou le cas échéant procéder au remboursement au profit du Trésor public, mais à investir sur le long terme. C'est également ce qui explique la réduction de l'offre de formations éligibles dans le cadre du CPF comparativement au système antérieur⁶¹⁵.

En tout état de cause, ce nouveau dispositif de formation tend à favoriser le recours à la formation tout au long de la vie et ainsi l'employabilité des salariés. Toutefois, le financement du dispositif et l'implication des acteurs constituent les deux variables de la réussite du système. Le financement est assuré soit directement par les entreprises, soit par les OPCA, soit par le Fonds paritaire de sécurisation des parcours professionnels, selon les conditions. L'accès à des formations qualifiantes en général plus longues nécessitera certainement d'actionner le mécanisme d'abondement et donc des moyens financiers supplémentaires. Ces heures complémentaires peuvent être financées par l'entreprise, le titulaire du compte, un OPCA, l'Etat, les régions ou encore Pôle emploi dès lors que la formation revêt un caractère utile ou pertinent pour l'un de ces acteurs. A défaut le travailleur emprunte la voie de la validation des acquis professionnels.

En s'appuyant sur le CPF, les systèmes d'abondements ainsi que la valorisation des acquis les parlementaires pensaient détenir un système de formation pertinent à l'égard du marché de l'emploi et de la compétitivité des entreprises.

Néanmoins sa mise en œuvre demeure à ce jour complexe.

613Art. L.6111-1 C. trav.

614Cf. ETIENNOT (P.), « La formation professionnelle pensée autrement », *RDT* 2014. 112.

615Sur ce point des critiques ont été formulées. Dans le CPF seules les formations « diplômantes » et « certifiantes » sont éligibles de sorte que les formations courtes et classiques sont exclues.

2 - Le CPF, un dispositif non optimisé

En choisissant le remplacement immédiat du DIF par le CPF le législateur prenait le risque d'une mise en œuvre chaotique, une crainte devenue réalité. Depuis son entrée en vigueur le 1er janvier 2015, 471 429 personnes ont obtenu une formation grâce à leur compte personnel de formation. Au 1er août 2016, 3,3 millions de français sur les 23 millions éligibles ont procédé à l'activation de leur CPF ⁶¹⁶. Parmi les formations les plus prisées figurent celles relatives au socle de connaissances et compétences de base en français et en mathématiques ainsi que l'accompagnement de la VAE, et les formations menant à des certifications en langues ou aux diplômes d'aide soignant. Des débuts timides justifiés par la réunion de plusieurs facteurs.

En premier lieu une réforme mise en œuvre trop rapidement. Tous les acteurs du système s'entendent autour de l'idée que la réforme a été lancée sans préparation, un constat aggravé par l'absence de période transitoire ayant entraîné un blocage de toutes les activités de formation et ce durant plusieurs mois. En cause un manque d'information pour les bénéficiaires ainsi qu'un site informatique difficile à appréhender mais également des listes de formations éligibles incomplètes, des décrets d'application tardifs et des acteurs de terrain non formés.

En deuxième lieu, un dispositif complexe. En effet le bénéficiaire doit suivre un long processus pouvant s'avérer dissuasif. Une fois son compte créé, il doit saisir ses heures de DIF puis déterminer une formation certification, monter un projet professionnel et enfin solliciter l'OPCA compétente à laquelle il adresse une demande de prise en charge financière en prenant compte des plafonds légaux.

En troisième lieu, le compte est mobilisable pour financer certaines formations seulement. Il s'agit majoritairement de cursus longs et pas toujours adaptés aux besoins des travailleurs. A contrario le caractère restreint de l'offre garantit une meilleure lisibilité pour les usagers⁶¹⁷.

616Selon les chiffres publiés par le gouvernement.

617Les exemples étrangers de « compte personnel de formation » prévoient également une régulation de l'offre de formation. Ce choix s'explique par les critiques adressées aux dispositifs antérieurs de formation professionnelle prévoyant une offre « *pléthorique, peu transparente de qualité ou de prix discutable* ». Cf. PEREZ (C.), « Regards sur quelques expériences étrangères de « comptes personnels de formation » », *Dr. Soc.* 2014. 981.

PARTIE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, OUTIL DE SORTIE DE L'EMPLOI

Des remarques qui ont été reprises dans le premier rapport du Conseil national de l'emploi de la formation et de l'orientation professionnelle en date du 14 avril 2016 sur la mise en œuvre du CPF.

Section 2 - Une sécurisation sans emploi

166. Recherche d'une « sécurisation des parcours professionnels ». Le volet sécurité est considéré comme le parent pauvre de la flexisécurité. Et pour cause, le concept de sécurisation des parcours professionnels est récent en France puisque jusqu'à présent le coût des travailleurs était géré en interne du fait d'une mobilité extrêmement faible. Il n'était pas surprenant qu'un salarié travaille toute sa vie dans la même entreprise, se formant aux frais, et au gré, des besoins de celle-ci. Depuis plusieurs années ce sont développées des politiques actives de l'emploi visant à sécuriser les carrières professionnelles des salariés. Néanmoins si la rupture conventionnelle a immédiatement eu le succès escompté, et davantage encore, les efforts entrepris pour assurer un rapide retour à l'emploi tardent à produire leurs effets sur le marché de l'emploi.

Le résultat est illustré par deux études portant sur le retour à l'emploi des salariés consécutivement à une rupture conventionnelle (**paragraphe 1**). Une tendance également coûteuse pour la collectivité (**paragraphe 2**).

§ 1. Le devenir des salariés ayant rompu leur contrat par une rupture conventionnelle

L'objectif affiché de la rupture conventionnelle lors de sa création était de faciliter et sécuriser les mobilités choisies par le salarié. Compte tenu du faible nombre de litiges issus des ruptures conventionnelles, l'objectif de dé-judiciarisation est atteint. Le constat est plus nuancé s'agissant la promotion des mobilités choisies en assurant au salarié la transition entre les périodes d'emplois. Nous nous appuyerons sur les résultats de deux études, une première enquête menée par la DARES⁶¹⁸ auprès de 4500 salariés ayant signé une rupture conventionnelle entre avril et juillet 2011, et une seconde conduite par le Centre d'études de l'emploi (CEE) destinée à analyser un échantillon de 101 ruptures conventionnelles signées fin 2010.

167. Les trois quarts d'entre eux passent par la case chômage. Dans un rapport d'études, le Centre d'études de l'emploi (CEE) constate que les trois quarts de l'échantillon

⁶¹⁸La DARES a conduit au printemps 2012 une enquête téléphonique auprès d'un échantillon de près de 4500 salariés ayant réalisé une rupture conventionnelle entre avril et juillet 2011.

sont toujours inscrits à Pôle emploi en juillet 2011, soit six mois après avoir quitté l'entreprise, un retour à l'emploi ayant été atteint dans seulement un quart des cas. Pour la majorité des enquêtés, l'inscription à Pôle emploi a suivi la rupture de leur contrat de travail dans le but de s'assurer une sécurité financière le temps de retrouver un nouvel emploi, de mettre en place un projet de création d'entreprise -souvent en auto-entrepreneur- ou de reconversion professionnelle par le biais de formation, ou encore d'atteindre l'âge légal de la retraite⁶¹⁹. Pour certains d'entre eux la rupture conventionnelle représente une réelle opportunité rendue possible par le bénéfice des allocations chômage permettant à ses salariés de « sauter le pas ». Néanmoins, d'autres indiquent avoir mis en œuvre un projet de reconversion tardivement en raison du faible nombre d'offres d'emploi dans leur secteur d'activité.

168. Responsabilisation du salarié. A l'appui de ces résultats, il apparaît que la quasi totalité des salariés quittant leur entreprise consécutivement à la signature d'une rupture conventionnelle se lance sans la garantie d'un projet professionnel stable. Compte tenu du caractère volontaire de ce mode de rupture, il est au demeurant surprenant, voire déroutant, d'arriver à un tel constat. A l'inverse, le retour à l'emploi suite à une démission est constaté dans les trois-quarts des cas⁶²⁰. Certains auteurs en déduisent que les ruptures conventionnelles recouvrent le plus souvent des licenciements et non des démissions⁶²¹. Notre raisonnement est tout autre. Il convient de s'interroger sur la déresponsabilisation du salarié. Le volet assurantiel associé à la rupture conventionnelle a-t-il déresponsabilisé le salarié ? Pour les plus prudents d'entre eux, l'enquête conduite par le CEE démontre que ceux dont la trajectoire professionnelle est la plus stabilisée à la fin de l'étude sont ceux qui ont élaboré leur projet de reconversion avant la rupture, et qui ont fait des formations en emploi. Il convient alors de s'interroger sur l'opportunité de conditionner la rupture conventionnelle à un projet professionnel. L'ajout d'une telle obligation est à contre courant de la volonté de flexibilité du législateur, et de ce fait paraît totalement utopique, mais dans

619 Environ 5 % de l'échantillon sont en invalidité, arrêt-maladie ou congé parental ; 5 % en « préretraite » payée par l'Unedic et prochainement en dispense de recherche d'emploi ; et deux personnes sont à la retraite.

620 Selon l'INSEE sur l'année 2008-2009, une rupture conventionnelle sur trois était suivie d'un retour à l'emploi, la part était de 12% pour un licenciement personnel, 17% pour un licenciement économique et 77% pour une démission.

621 GRUMBACH (T.) SERVERIN (E.), « Le juge des référés prud'homal face au refus d'homologation de ruptures conventionnelles », *SSL* 8 mars 2010, n° 1435-1436, p. 6.

cette hypothèse le salarié a-t-il les moyens de garantir son avenir ?

169. Problème de l'emploi des seniors. Alors que l'âge de la retraite vient d'être repoussé à 62 ans⁶²², la rupture conventionnelle est particulièrement efficace pour masquer des départs en pré-retraite⁶²³. Selon une étude de la DARES, les ruptures conventionnelles représentent 16% des fins de contrat à durée indéterminée pour l'ensemble des salariés, et ce taux monte à 25% chez les 58-60 ans. L'explication est la suivante : à partir de cinquante ans la période d'indemnisation chômage est de 36 mois au lieu de 24 mois pour les plus jeunes. Du côté des employeurs, ils peuvent ajuster leurs effectifs en se séparant de salariés âgés, moins motivés, ou coûteux. Or, à fin 2011, si la rupture conventionnelle était devenue le premier « instrument commode de gestion des ressources humaines » pour se séparer des seniors, force était de constater l'échec de l'accompagnement de ceux-ci, dans la mesure où ils représentaient plus de 800 000 des 5 201 300 inscrits à Pôle emploi. Le problème, c'est que les travailleurs âgés auront du mal à convaincre un autre employeur de les embaucher ; par conséquent, ils représentent un réel coût pour la collectivité qui finance leur préretraite.

L'OCDE conscient du problème, a demandé à la France de réformer le dispositif de la rupture conventionnelle afin de le rendre moins attractif et remonter le taux d'emploi des seniors. Plusieurs mesures ont été prises. En premier lieu, depuis le 1er janvier 2009, tout employeur de personnel salarié ou assimilé doit adresser à l'URSSAF, au plus tard le 31 janvier, une déclaration indiquant notamment le nombre de salariés âgés de 55 ans et plus ayant bénéficié d'une rupture conventionnelle au cours de l'année sous peine d'être sanctionné par une pénalité dont le montant est égal à 600 fois le taux horaire du SMIC⁶²⁴.

622L'âge légal de départ à la retraite est progressivement relevé depuis le 1er juillet 2011, de façon à atteindre 62 ans au 1er janvier 2017 pour les assurés nés à partir du 1er janvier 1951 (articles L. 161-17-2 et D.16-2-1-9 du code de la sécurité sociale). Depuis 2003, la France a mis en œuvre des actions visant à maintenir les seniors dans l'emploi, d'une part en relevant l'âge de la mise à la retraite, d'autre part en limitant l'accès à des dispositifs de préretraite ou en renchérissant leur coût pour les entreprises.

623Jusqu'à présent, salariés et employeurs jouaient du traditionnel licenciement pour faute grave-transaction permettant à l'employeur d'être dispensé du versement des indemnités de préavis et de licenciement, et au salarié de bénéficier, d'une part, d'une indemnité transactionnelle afin de compenser la période d'attente entre la fin de l'activité et la liquidation de la retraite, et d'autre part, de percevoir l'assurance chômage sans avoir à rechercher un emploi en raison de la dispense de recherche d'emploi. La rupture conventionnelle est ainsi comme une alternative légale, appréciée tant par les salariés que les employeurs.

624 Art. L. 1221-18 du code du travail.

PARTIE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, OUTIL DE SORTIE DE L'EMPLOI

En deuxième lieu, depuis le 1er janvier 2012, le dispositif de dispense de recherche d'emploi pour les seniors a été supprimé⁶²⁵. C'est ce qu'ont fait les partenaires sociaux à l'occasion des négociations sur la nouvelle convention d'assurance chômage en mars dernier. En troisième lieu, à l'occasion des négociations sur la nouvelle convention chômage, les partenaires sociaux ont décidé qu'à compter du 1er juillet 2014 le plafond du différé d'indemnisation serait porté de 75 à 180 jours afin de prendre en compte les indemnités supra-légales perçues à l'occasion d'un licenciement ou d'une rupture conventionnelle. Ces dispositions nous paraissent insuffisantes pour limiter l'hémorragie.

§ 2. Le transfert du coût des ruptures conventionnelle sur la collectivité : les effets négatifs sur l'assurance chômage

170. Un système à bout de souffle. Le raisonnement de départ des partisans de la rupture conventionnelle était d'offrir de la flexibilité aux employeurs dans l'espoir qu'ils n'hésitent plus à embaucher et ainsi résorber le taux de chômage. Il n'en est rien. Nous venons de le voir, 75% des salariés ayant signé une rupture conventionnelle s'inscrivent sur les listes de Pôle emploi. Comme vu précédemment les dispositifs de formation mis en place ne garantissent pas un retour rapide à l'emploi. Or à la fin 2016 le déficit de l'assurance chômage devrait atteindre 4,6 milliards d'euros⁶²⁶.

171. Un système trop avantageux ? Le système d'assurance chômage est l'un des plus généreux d'Europe. Pour percevoir une indemnité il faut avoir travaillé au moins 122 jours au cours des 28 derniers mois qui précèdent la fin du contrat de travail, ou 36 mois pour les salariés de plus de 50 ans⁶²⁷. A titre de comparaison, il faut avoir cotisé 360 jours au cours des six dernières années en Espagne et 12 mois au cours des deux dernières années en Allemagne. La durée d'indemnisation est égale à la durée d'affiliation, plafonnée à un maximum variable en fonction de l'âge. Elle peut atteindre deux ans, et même trois pour les plus de cinquante ans. En Allemagne, elle est de 6 à 24 mois et de 182 jours en Grande-Bretagne.

625 Art. L. 5421-3 du code du travail.

626 Selon un rapport de l'UNEDIC concernant la situation financière de l'assurance chômage, paru en septembre 2016.

627 Art. 3 du règlement général annexé à la convention d'assurance chômage du 6 mai 2011.

TITRE 2 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE AU SERVICE DE LA FLEXICURITE

Selon un article paru dans les Echos⁶²⁸, la Commission européenne considère l'indemnisation de l'assurance chômage trop généreuse et met la pression sur la France afin que celle-ci réalise des économies dans ce domaine. Les politiques de l'emploi visant la réduction du chômage sont soit des « mesures sanction » introduisant des contreparties pour le salarié sous peine de perdre le bénéfice de son allocation chômage, soit des mesures financières destinées à inciter à un retour rapide dans l'emploi du chômeur. Depuis le décret du 2 août 2005⁶²⁹, le droit aux allocations est réduit, voire suspendu, lorsque le chômeur ne justifie pas d'actes positifs de recherche d'un emploi, a fait des déclarations inexactes ou refuse sans motif légitime de suivre une action de formation, de répondre aux services compétents ou de se soumettre à une visite médicale destinée à évaluer son aptitude professionnelle à exercer tel ou tel emploi. Il s'agit là d'un processus de contractualisation visant à organiser la relation entre le bénéficiaire et le service public de l'emploi autour d'engagements réciproques. Cette évolution s'analyse à la lumière des expériences étrangères, particulièrement l'exemple anglais⁶³⁰.

Sur le plan des incitations financières, la dernière convention d'assurance chômage, qui s'appliquait jusqu'au 1er juillet 2016, a déjà durci un peu le régime pour les allocataires bénéficiant des indemnités les plus fortes. En outre, elle a mis en place les droits rechargeables⁶³¹ afin d'inviter les travailleurs à accepter des petits contrats grâce à un cumul des droits supplémentaires à indemnisation. Le principe des « droits rechargeables » signifie que lorsqu'un chômeur retrouve une activité salariée mais qu'il n'a pas encore épuisé tous ses droits à indemnisation alors il bénéficie systématiquement, en cas de perte de son emploi, de la reprise du versement de l'allocation à hauteur du reliquat de ses droits. Concrètement plus le bénéficiaire justifie de périodes travaillées et plus il acquiert des

628Article du journaliste Derek Perrautte paru sur le site les échos le 25 février 2015.

629Décret n° 2005-915 relatif au suivi de la recherche d'emploi. V. sur ce point l'article de Christophe Willmann « Assurance chômage et placement : a difficile consécration du soft workfare », *JCP S* 2005, n° 1368.

630cf. BESSON (E.), *Accompagner vers l'emploi. Les exemples de l'Allemagne, du Danemark et du Royaume Uni*, La Documentation française, 2008. En 1995 le *Jobseeker Act* a étendu le « principe de conditionnalité » en exigeant du demandeur d'emploi qu'il signe un contrat personnalisé établissant ses droits et ses obligations en contrepartie de son indemnisation chômage. Concomitamment son indemnisation ainsi que son suivi sont améliorés.

631Art. L. 5422-2-1 du code du travail. (Circ. UNEDIC n°2014-26, 30 sept. 2014, fiche 6, p. 92 ; D. n°2014-670, 24 juin 2014). Cf : WILLMANN, « Instauration d'un dispositif de « droits rechargeables » à l'assurance chômage », *JCP S* 2013, 1287.

PARTIE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, OUTIL DE SORTIE DE L'EMPLOI

droits. Toutefois ce dispositif a débouché sur une situation paradoxale pour des travailleurs qui bénéficiaient d'un revenu d'un montant inférieur à leurs attentes. En effet la base de calcul des allocations était automatiquement celle de leur droit initial non épuisé ; par conséquent un salarié sortant d'un emploi bien rémunéré pouvait percevoir de faibles allocations durant de longs mois correspondant au reliquat d'un précédent contrat. Une situation dénoncée par de nombreux allocataires. En réponse à ces difficultés a été mis en place à compter du 1er avril 2015 un « droit d'option » permettant, si l'allocataire le souhaite, une nouvelle ouverture de droits⁶³².

Toutefois ces mesures ne sont pas jugées suffisantes par le Premier Ministre Manuel Valls. Pôle emploi a mis en place un nouveau dispositif de contrôle des demandeurs d'emploi, censé les empêcher de « s'enkyster dans le chômage de longue durée » selon le gouvernement. Ce dernier faisait suite au rapport annuel de 2014 de la Cour des comptes, laquelle avançait quelques propositions : renforcer la vigilance des agents de Pôle emploi pour détecter les fausses cartes d'identité, utiliser les croisement de fichiers, ou mieux articuler le contrôle et la sanction⁶³³.

Le projet de loi sur le Dialogue social prévoyait de donner à Pôle emploi le pouvoir d'exiger des documents sur ses bénéficiaires auprès d'établissements tels que les banques ou les opérateurs téléphoniques, dans le but d'améliorer la détection des fraudes. Le Ministre du travail a finalement annoncé le retrait de l'amendement qui « n'avait pas été suffisamment concerté » !

172. Les pistes de réflexion. Quelles propositions peut-on envisager pour limiter l'impact du coût de la rupture conventionnelle sur l'assurance chômage ? La proposition la plus facile consiste à supprimer le bénéfice des allocations chômage aux salariés ayant quitté leur emploi volontairement, et d'exclure la rupture conventionnelle de la liste des exceptions. Cette proposition est inenvisageable puisqu'elle marquerait un retour à l'ancien régime de la résiliation conventionnelle, et à ce titre signerait l'arrêt de mort de la rupture conventionnelle.

Une autre option peut être avancée : l'instauration d'un système de bonus-malus. Ce

632D. n° 2015-922 du 27 juillet 2015 relatif à la détermination des droits à l'allocation chômage.

633Cour des comptes rapport annuel 2014, p. 247.

TITRE 2 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE AU SERVICE DE LA FLEXICURITE

principe d'indexation des cotisations est déjà utilisé en France pour les accidents du travail, et il a été proposé à plusieurs reprises de l'appliquer aux licenciements. Le système est le suivant : dans le cas des cotisations versées par les employeurs à l'assurance chômage, les taux seraient modulés en fonction du nombre de ruptures conventionnelles, et plus exactement en fonction du nombre de chômeurs indemnisés induits par ces ruptures conventionnelles. Reposant sur une logique incitative, ce système pourrait éviter de faire peser le coût de certains comportements opportunistes sur la collectivité. Est-ce transposable en France ? Ce système aurait l'avantage de responsabiliser les employeurs en s'informant du projet professionnel du salarié souhaitant quitter son emploi. Pourtant il apparaît que ce système ne serait pas souhaitable. Tout d'abord, comparativement à d'autres pays, compte tenu du montant des allocations chômage et de la durée de l'indemnisation, la mise en place de ce dispositif conduirait à faire peser sur les entreprises une charge particulièrement lourde. Il serait paradoxal que le législateur prône la flexibilité du marché de l'emploi tout en dissuadant les employeurs de rompre amiablement en durcissant les conditions de rupture de la rupture conventionnelle. Finalement ce système risque d'avoir un effet dés-incitatif sur l'employeur.

Autre suggestion, celle de la dégressivité des allocations chômage. De nombreux pays ont adopté cette option. Parmi eux, la Norvège où le taux de remplacement initial est réduit toutes les 80 semaines. Une option qui n'est pas nouvelle en France puisqu'elle s'appliquait sur la période 1986-2001⁶³⁴. Son adoption s'inscrivait dans une tendance économique favorable en raison d'études démontrant une corrélation positive entre le niveau d'indemnisation et retour à l'emploi. En France, deux systèmes se sont succédés. Un premier qui organisait une perception des allocations chômage en deux temps : une première période où l'allocataire percevait un revenu calculé en fonction de son salaire de référence puis, le cas échéant, une allocation plancher d'un montant fixe. Et un second système prévoyant la même allocation de départ que le précédent, cependant après la première période la dégressivité s'opérait tous les quatre mois jusqu'à atteindre la même allocation plancher.

D'un point de vue opérationnel la dégressivité a eu un effet sur le retour à l'emploi qui s'observait davantage sur les personnes plus qualifiées bénéficiant de hauts revenus. De

634v.DORMONT (B.), FOUGERE (D.), PRIETO (A.), « L'effet de l'allocation unique dégressive sur la reprise d'emploi », *Economie et statistique*, 2001, n° 343, 3.

PARTIE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, OUTIL DE SORTIE DE L'EMPLOI

surcroit, le constat était plus marqué lors de l'application du premier système, par nature plus « brutal », qu'à l'occasion du second, où la perte de revenu était lissée. Cependant le retour à l'emploi ne peut pas être imputé uniquement au système dégressif. En effet, il convient de préciser que la dynamique du marché de l'emploi constitue un élément essentiel de sa réussite ; par ailleurs il peut également s'avérer contre productif, notamment en présence de « comportement d'insertion » – le chômeur cherchant un emploi moins qualifié avant la descente d'un pallier – constituant une perte de compétences pour le travailleur ainsi que la collectivité. En revanche sur le plan économique, la dégressivité des allocations présenterait l'avantage de limiter les dépenses publiques.

Flexibiliser la rupture du contrat implique d'assurer une sécurisation des parcours professionnels. Ce savant équilibre traduit dans le concept de « flexisécurité » irrigue depuis une dizaine années tous les projets de réformes en matière sociale. En réponse à l'admission de la rupture conventionnelle, figure de la potentielle instabilité de l'emploi, a été organisée la portabilité des droits sociaux liés à l'emploi précédemment occupé. De cette manière, l'impact de la rupture du contrat de travail sur le statut social du travailleur est estompé.

Toutefois assurer la continuité des droits sociaux reste insuffisant. Les dispositifs mis en place ne garantissent pas un retour rapide vers l'emploi du travailleur, notamment en raison de la fragilité des processus d'accompagnement, et pèsent sur les finances de la collectivité.

Le concept d'un équilibre parfait entre la flexibilité et la sécurisation des parcours professionnels doit aujourd'hui être transcendé. Désormais il ne s'agit plus de protéger le travailleur contre les risques liés à la perte de l'emploi mais la personne active. Il convient dès lors de déconnecter le bénéfice de droits sociaux d'un statut pour se focaliser sur la personne⁶³⁵. La protection doit permettre à l'individu en tant que tel de naviguer dans un contexte de mutation du monde du travail. Il s'agit alors de renforcer tant l'autonomie que la liberté de la personne en créant un « état professionnel » des personnes⁶³⁶. Du fruit de cette réflexion est né le compte personnel d'activité. Inscrit dans la loi *Rebsamen* relative

635« Vers un nouveau statut social attaché à la personne du travailleur ? », dossier spé. *Dr. Ouvr.* 2015, n° 807.

636GUIOMARD (F.), « De nouveaux droits en matière de formation professionnelle ? », *Dr. Ouvr.* 2015, p. 591.

TITRE 2 - L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE AU SERVICE DE LA FLEXICURITE

au dialogue social et à l'emploi⁶³⁷, le compte personnel d'activité a été consacré par la loi du 8 août 2016.

L'idée qui sous-tend la création de ce compte est l'accroissement de l'autonomie des individus en permettant une meilleure lisibilité des droits portables. Les deux objectifs du compte personnel d'activité sont d'une part une continuité des droits sociaux rattachés à la personne et plus à l'emploi, et d'autre part, un meilleur accès à la formation⁶³⁸. Le compte regroupe en une même unité les droits à la formation, le compte personnel de prévention à la pénibilité ainsi que le compte d'engagement citoyen. L'ambition à terme est d'y attacher les droits à la santé mais aussi à la retraite afin de créer une sorte de couverture des risques sociaux. Tous les salariés disposeront d'un compte personnel qu'ils conserveront tout au long de leur carrière. A nouveau, la volonté du législateur s'oriente vers une valorisation de l'employabilité en misant sur la formation et la protection sociale, notamment pour les travailleurs peu qualifiés, initiative largement saluée par les organisations syndicales. Le décret du 12 octobre 2016⁶³⁹ détaille les modalités d'application de ce nouveau dispositif particulièrement vertueux ; reste à vérifier que sa mise en œuvre soit effective.

Dans le prolongement de l'idée de socle de droits sociaux, le débat est lancé autour du revenu universel. Il s'agit de créer une couverture socle commune pour synthétiser les allocations existantes. Le lien direct entre le travail et le revenu est rompu pour le « j'existe donc j'ai un revenu ». Ce revenu de base serait reçu sans conditions, avec la même allocation pour tous sans contreparties, libre à chacun de la compléter en travaillant. Le concept n'est pas nouveau. Initiée sous la plume du philosophe anglais Thomas More au XVI^{ème} siècle, défendu également par Marx dans un monde où le travail des hommes était de plus en plus souvent remplacé par des machines, l'idée a fait son chemin dans les années 70 avec le premier choc pétrolier et l'explosion du chômage. A l'heure de l'économie numérique cette réflexion s'accélère puisque selon un récent rapport en France 42% des métiers pourraient être automatisés à terme. Pour les

637L. n°2095-954 du 17 août 2015, *JCP* 2015, 1359. Le législateur prévoyait qu'à compter du premier janvier 2017 chaque individu devait bénéficier d'un « *compte personnel d'activité qui rassemble, dès son entrée sur le marché du travail et tout au long de sa vie professionnelle, indépendamment de son statut, les droits sociaux personnels utiles pour sécuriser son parcours professionnel* ».

638WILLMANN (C.), « Le compte personnel d'activité : être et avoir », *Dr. Soc.* 2016. 812.

639D. 2016-1367 du 12 oct. 2016

PARTIE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, OUTIL DE SORTIE DE L'EMPLOI

défenseurs de ce revenu c'est une arme efficace contre le chômage de masse et la pauvreté tandis que ses détracteurs posent la question de son financement et de la destruction de la valeur travail.

De plus en plus expérimenté à l'étranger, certaines provinces du Canada l'ont testé, parmi les premiers dans les années 80 avec un bilan positif. Récemment la Finlande a acté le principe du revenu universel et devrait proposer un revenu de base de 560 euros mensuel dès 2017.

En tout état de cause l'un des effets attendus consiste dans la hausse de compétitivité des entreprises grâce à l'augmentation des contrats à temps partiel : les travailleurs peuvent se permettre d'accepter une rémunération à temps partiel dans la mesure où elle est cumulée au revenu universel, et les entreprises jouissent d'un nouvel instrument de flexibilité, un enjeu qui s'avère aujourd'hui essentiel.

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

173. Une nouvelle approche de la flexicurité. Nous l'avons vu, l'accord individuel autorise l'instabilité de l'emploi sans toutefois parvenir à la sécurité de l'emploi. Les dispositifs de sécurisation des parcours professionnels mis en place pour favoriser la mobilité entre emplois ne sont pas opérationnels, du moins pas suffisamment à l'exception de la portabilité des droits, pour équilibrer le flux de sorties de l'emploi inhérent aux ruptures du contrat. Or avec 3,6 millions de chômeurs, mieux vaut une flexibilité interne négociée collectivement, qu'une flexibilité externe. Dans ce contexte, alors que le pays traverse une grave crise économique, les partenaires sociaux ont négocié une « réforme de crise »⁶⁴⁰. Désormais, ils misent sur la stabilité de l'emploi en s'appuyant sur une flexibilité dite « interne » afin de répondre aux besoins des entreprises. Les efforts sont ainsi portés sur la polyvalence des salariés, la mobilité, et la modulation du temps de travail ainsi que de la rémunération. Tout doit être fait pour préserver l'emploi.

174. L'emploi comme objectif. Alors que de manière traditionnelle, la rémunération, les classifications, ou l'organisation du temps de travail constituent le cœur de l'activité

640COUTURIER, (G.), « Avant propos », SSL 8 juillet 2013, n° 1592.

normative de l'accord collectif, désormais le thème de l'emploi figure comme marqueur essentiel de la négociation⁶⁴¹. L'emploi est érigé comme objectif, qu'il s'agisse d'en créer de nouveaux ou au contraire d'éviter leur suppression. Nous n'aborderons pas ici les accords collectifs dont l'objectif est de créer des emplois mais seulement ceux utilisés pour maintenir l'emploi.

175. Promotion de la norme négociée. Dans cette hypothèse, les parties à l'accord ne sont pas les mêmes. L'accord peut aussi s'entendre collectivement. L'exercice du droit à la négociation collective est destiné à rétablir l'équilibre entre les parties. L'employeur est en position de force dans la négociation avec le salarié puisqu'il est détenteur de l'emploi ainsi que de la rémunération. Cette idée est l'un des fondements du droit du travail, qui protège le salarié. Au départ, le législateur était le seul à contrebalancer le déséquilibre inhérent au contrat de travail. Mais depuis plusieurs années la force normative de la négociation collective s'est accrue, et l'importance qui lui est accordée s'explique par le fait que l'équilibre dans la négociation est meilleur qu'au niveau individuel. La légitimité des conventions collectives est d'autant plus grande que les forces en présence dans la négociation collective sont plus équilibrées.

176. Emergence de la négociation sur l'emploi dans les entreprises. A partir des années 80, la doctrine patronale évolue⁶⁴². Les conventions de branche ont été pendant longtemps préférées à celles d'entreprise afin d'unifier les règles de concurrence. Mais, à la recherche d'une plus grande flexibilité, le patronat défend alors l'idée de l'utilité de faire coïncider les règles avec « les réalités du terrain ». Sous l'impulsion du ministre du travail de l'époque, Monsieur Jean Auroux, le législateur se laisse séduire et consacre la

⁶⁴¹Notons qu'avant de nombreux textes législatifs ont inscrit l'emploi comme objectif. La loi quinquennale du 20 décembre 1993 relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, la loi Robien du 11 juin 1996 relative à l'incitation à l'aménagement et à la réduction conventionnelle du temps de travail (BELIER (G.) « Quelques questions autour de la loi Robien », *Dr. Soc.* 1996, p. 1008 ; FAVENNEC-HERY (F.) « Loi Robien, création d'emplois, alternative au licenciement ou opportunité », *Dr. Soc.* 1996, p. 999 ; VIDAL (F.), « Les risques de la loi Robien », *Option Finance* 1996, p.8 ; NEIL (S.), « Loi Robien, la nature et la durée des contreparties », *SSL* Dec. 1996, p. 3 ; JOFFREDO (T.), « Réduire et aménager le temps de travail : au-delà d'une analyse juridique, une nécessaire démarche concertée » *JCP E* janv. 1997, p. 40 ; REISSER (J.-M.), WAHNICH, (G.), « Loi de Robien, législation et pratique », *SSL* févr. 1997, p. 2 ; LE COHU (P.), « La nouvelle approche des plans sociaux », *SSL* mai 1997, p.3 ; D'HARCOURT (P.), *JCP E* fevr. 1998, p. 258 ; RAY (J.-E.), « Du collectif à l'individuel, les oppositions possibles », avr. 1998, p. 347), ou encore les deux lois relatives aux 35 heures (loi n° 98-461 du 13 juin 1998 ; loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000).

⁶⁴²SUPIOT (A.), « Déréglementation des relations de travail et auto-réglementation dans l'entreprise », *Dr. Soc.* 1989, p. 196.

TITRE 1 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE MAINTIEN DANS L'EMPLOI

négociation annuelle obligatoire dans l'entreprise, par la loi du 13 novembre 1982. Il s'agit de la première étape de la décentralisation des négociations vers l'entreprise⁶⁴³. L'introduction de la faculté de signer des accords dérogatoires a également contribué à promouvoir la négociation à ce niveau. Suivra ensuite la loi du 18 janvier 2005 imposant l'obligation triennale de négocier dans les entreprises ou groupes d'au moins 300 salariés⁶⁴⁴.

Avec la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, fruit de l'ANI du 11 janvier 2013, l'accord collectif d'entreprise a conquis de nouveaux espaces appartenant jusqu'alors au champ du pouvoir de direction de l'employeur. Face aux restructurations, l'employeur peut désormais négocier avec les acteurs syndicaux afin de prévenir la rupture via de nouveaux outils comme les accords de maintien de l'emploi ou de mobilité interne, ou à l'occasion d'un plan de sauvegarde de l'emploi. Le législateur et les partenaires sociaux, qui ont préalablement négocié des accords à l'origine de ces dispositifs⁶⁴⁵, ont une obsession commune : l'emploi.

En pratique, les nouveaux dispositifs doivent permettre aux acteurs de l'entreprise de prévenir les licenciements. D'un point de vue juridique, cette logique, légitimée par de nouvelles règles de représentativité dont sont dotés les syndicats, modifie la fonction protectrice du droit du travail en bousculant des vieux principes, et par conséquent, est sujet à de nombreuses critiques. L'emprise de l'accord collectif sur le contrat de travail est renforcé, mettant à l'écart les dispositions en matière de modification du contrat et celles sur le droit du licenciement économique. Ce nouvel équilibre traduit ainsi un glissement de la matière, la protection de l'emploi n'est plus assurée par des restrictions au droit de

643FREYSSINET (J.), « L'emploi au cœur de la négociation d'entreprise: quel impact de l'accord du 11 janvier 2013 ? », *La Revue de l'Ires*, p. 3. V. également sur ce sujet, les développements suivants : DESPAX, (M.), « Les paradoxes de la négociation d'entreprise, in Transformations du droit du travail », *Etudes offertes à G. LYON CAEN*, Dalloz, 1989, p.267 ; D'ORNANO, (P.-H.), « Vers une émancipation encadrée de la convention et de l'accord d'entreprise », *TPS* 2004, étude 20 ; PESKINE, (E.), « La célébration de l'accord collectif d'entreprise », *dr. Soc.*, 2014, p.438 ; SUPIOT, (A.), « Déréglementation des relations de travail et auto-réglementation de l'entreprise », *Dr. Soc.*, 1989, p.195.

644L. n° 2005-32 du 18 janv. 2005 de programmation pour la cohésion sociale.

645Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social. ANTONMATTEI (P.-H.), « Négociation collective : une bonne nouvelle et une mauvaise », *Dr. Soc.* 2007, n°4 p. 459 ; GRIGNARD (M.), « Articuler démocratie sociale et démocratie politique », *Dr. Soc.* 2010, n° 5, p. 515 ; RADE (Ch.), « La loi négociée : simple marketing politique ou véritable produit de la démocratie sociale ? », *Dr. Ouvr.* 2010, n° 743, p. 319 ; SUPIOT (A.), « La loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative », *Dr. Soc.* 2010, n° 5, p. 525.

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

rompre de l'employeur mais par l'introduction d'outils apportant davantage de souplesse à l'employeur dans sa gestion d'une restructuration.

177. Maintien de l'emploi ou maintien d'un emploi ? Alors que la négociation était utilisée comme amortisseur des effets de la crise économique sur l'emploi, elle est désormais destinée à jouer un rôle pour sortir de la crise en sauvegardant les emplois. Cette évolution s'accompagne d'un nouveau point d'encrage : l'entreprise. L'idée est de privilégier la flexibilité négociée plutôt que la flexibilité unilatérale et individuelle. L'accord collectif, vecteur de sauvegarde de l'emploi, peut servir soit à maintenir l'emploi du salarié, l'engagement de l'employeur nécessitant des concessions du salarié sur ses conditions de travail (**TITRE 1**), soit à maintenir le salarié dans un emploi mais pas nécessairement son emploi, ce qui suppose une mobilité du salarié professionnelle ou géographique (**TITRE 2**).

TITRE 1 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE MAINTIEN DANS L'EMPLOI

178. De la flexibilité externe à la flexibilité interne. Les premières politiques pour l'emploi s'inspiraient de l'idée que pour favoriser la création d'emplois, les employeurs devaient bénéficier de davantage de souplesse dans la rupture du contrat de travail. De cette réflexion sont nées deux grandes innovations : le Contrat nouvelles embauches promu en 2005 pour développer l'emploi et lutter contre le chômage, et la rupture conventionnelle créée par l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008. Force est de constater qu'en dépit du fabuleux succès de ce dernier, le taux de chômage progresse encore prouvant ainsi que les mesures ont peu d'influence sur le marché de l'emploi. Dans un second mouvement, les politiques d'emploi se sont alors orientées vers un maintien du salarié dans l'emploi. Il ne s'agit alors plus de faciliter la rupture du contrat de travail de ce dernier mais d'y apporter de la souplesse.

Afin de répondre à des « situations de crise », l'entreprise a besoin de disposer d'instruments lui permettant de réagir rapidement à la baisse d'activité. Ainsi, la négociation collective qui a longtemps servi à créer des droits pour le salarié, est aujourd'hui un outil de gestion de la main d'oeuvre, en témoigne les accords donnant-donnant apparus depuis le début des années 1990⁶⁴⁶. Cette logique a été facilitée par la promotion de la négociation collective d'entreprise⁶⁴⁷, un processus en marche depuis de

646SOUBIE (R.), « Les accords donnant-donnant », *Dr. Soc.* 1985. 614 ; LYON-CAEN (A.), «Le maintien dans l'emploi», *Dr. soc.* 1996. 655 ; SOURIAU (M.-A.), BORENFREUND (G.), « La négociation collective entre désillusion et illusions », in *Mélanges Verdier*, Dalloz, 2001. 383 ; RAY (J.-E.), « La négociation collective : Quel avenir ? », in *Mélanges Despax*, Presses universitaires Toulouse, 2002, p. 445 & s. ; SOURIAU (M.-A.), «Engagements et arrangements sur l'emploi : quelle efficacité juridique ?», *Dr. Soc.* 1997. 1061.

647Dans ce sens, v. Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective (Liaisons soc 2001, n° 174 ; *Dr. soc.* 2003, p. 361 ; BELIER (G.), « Des voies nouvelles pour la négociation collective », *SSL* 23 juill. 2001, n° 1038) ; Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 (Dossier *Droit social* « Le nouveau droit de la négociation collective », juin 2004, p579 & s.) ; Loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale (SOURIAU (M.-A.), « Les réformes de la négociation collective », *RDT* 2009. 19). Et plus récemment : ANI 11 janv. 2013 et la loi du 14 juin 2013 portant sécurisation de l'emploi (LYON CAEN (A.), SACHS (T.), « L'ADN d'une réforme », *RDT* 2013. 162 ; SACHS (T.), « Un droit du marché du travail », *SSL* 2013, n° 1569, p. 9 ; FABRE (A.), « Le licenciement économique et l'objectif de sécurisation », *RDT* 2013, p.184 ; ANTONMATTEI (P.-H.), « Grands licenciements pour motif économique, des innovations séduisantes à parfaire », *SSL* 2013, n° 1592) ; Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi ; Rapport Combrexelle, *La négociation*

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

longues années mais qui s'est récemment accentué sous l'effet de la crise conjugué à l'influence du « modèle allemand »⁶⁴⁸.

Ce mouvement a considérablement modifié le droit de la négociation collective (**chapitre 1**), au point de nécessiter un encadrement spécifique (**chapitre 2**).

collective, le travail et l'emploi, Rapport au Premier ministre, 2015 France Stratégie, septembre ; L. n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

648REMY (P.), « Les accords collectifs sur l'emploi en Allemagne : un « modèle » pour le droit français ? » *RDT* 2012. 133 ; « Qu'est ce que « négociateur » sur les « restructurations » en droit allemand ? Avec quels enseignements pour le droit français ? In PESKINE (E.), BORENFREUND (G.) (ss. La dir. de) *Licenciements économiques et restructurations : une redistribution des responsabilités*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2013.

CHAPITRE 1 - L'ACCORD COLLECTIF D'ENGAGEMENT SUR L'EMPLOI : UNE LOGIQUE CONTRACTUELLE DE LA NEGOCIATION

C'est dans un contexte économique de crise que les acteurs sociaux se sont mobilisés, et à cette occasion ont fait de l'emploi un véritable objet de négociation et d'engagement.

Pour s'en convaincre, il suffit de s'intéresser au développement ces dernières années des accords collectifs « donnant-donnant ». Ces accords d'un nouveau genre ont vu le jour suite aux plaintes répétées du patronat, qui en raison des difficultés économiques rencontrées par les entreprises, ne souhaitait plus signer des accords sans contrepartie permettant d'améliorer leur productivité⁶⁴⁹. Ils témoignent également de la prise de conscience des partenaires sociaux du fait que les intérêts des salariés et des employeurs sont convergents. Dès lors, la dégradation de la situation du salarié dans l'entreprise peut être légitimée par la sauvegarde de leur emploi.

L'intégration des accords donnant-donnant, basés sur des concessions réciproques bouleversent tant le droit que la pratique de la négociation collective. Au nom de l'emploi, les parties sont prêtes à faire des sacrifices, modifiant ainsi la logique de la négociation collective. L'emploi crée un nouvel accord collectif « de crise » qui s'affranchit des règles de protection du droit du travail, et se rapproche ainsi du droit commun.

Le développement de ces accords, d'inspiration allemande, crée une rupture avec leur fonction classique d'organisation et de régulation de la vie en entreprise pour un rôle de maintien général de l'emploi, et de fait produit des conséquences tant au niveau de leur contenu (**section 1**) que dans leur logique (**section 2**)⁶⁵⁰.

649YANNAKOUROU, (S.), L'Etat, l'autonomie collective et le travailleur, LGDJ, 1995, préface d'Antoine LYON-CAEN.

650Les problèmes soulevés par cette évolution par rapport au régime juridique de la négociation collective seront étudiés dans la seconde partie de la présente recherche.

Section 1 - Le nouvel équilibre de l'accord collectif

La progression constante du chômage conduit les gouvernements successifs à engager des politiques de « bataille de l'emploi ». A chaque majorité sa politique de lutte, mais l'objectif reste le même : l'emploi⁶⁵¹. Après des décennies de politiques gouvernementales sans succès, le législateur a changé son fusil d'épaule en choisissant de lui substituer les acteurs sociaux. Désormais, les politiques de l'emploi sont décentralisées au niveau de l'entreprise, la loi donne compétence sur l'ensemble des conditions de travail et d'emploi à la négociation collective. De cet état de fait découlent plusieurs conséquences.

Tout d'abord, cette conception se heurte au principe ancien selon lequel l'employeur est le seul juge dans l'entreprise⁶⁵². Détenteur du pouvoir de gestion de l'entreprise, il s'appuie sur la notion d' « intérêt de l'entreprise ». Il peut faire « ce qu'il veut » dans la limite de l'intérêt de l'entreprise. C'est sur le fondement du pouvoir souverain de l'employeur que s'est développé l'ordre public social. L'employeur a longtemps défendu le caractère unilatéral de ses décisions de gestion en s'appuyant sur l'état de la jurisprudence, et considérant ainsi qu'aucun de ses aspects ne puissent être partagés avec les partenaires sociaux.

L'emploi tendrait donc à devenir un « *objet singulier d'une négociation elle-même singulière* »⁶⁵³. Si la formule n'est pas récente, elle est aujourd'hui plus que jamais d'actualité. Au cours de l'année 2014, selon les dernières statistiques disponibles du ministère du travail, les accords d'entreprise relatifs à l'emploi ont augmenté de 9% par rapport à l'année précédente. Il convient de préciser que l'emploi n'est pas devenu un objet de négociation nouveau⁶⁵⁴, les accords collectifs portant sur les conditions de travail influent nécessairement sur l'emploi des salariés, mais désormais il demeure comme le

651Cf. GAUDU, (F.), « Les notions d'emploi en droit », *Droit social* 1996, p. 579.

652Soc. 31 mai 1956. Principe rappelé par l'assemblée plénière dans un arrêt en date du 8 décembre 2000 (*Bull. Ass. Plén.* N° 11 ; D. 2001. 1125, note PELISSIER, (J.) ; *Dr. Soc.* 2001. 126, concl. DE CAIGNY, (P.) et note CRISTAU (A.) ; FREYSSINET (J.), « L'emploi au cœur de la négociation d'entreprise: quel impact de l'accord du 11 janvier 2013? », *La Revue de l'Ires*, 2014, p. 3.

653SOURIAC-ROTSCHILD (M.-A), « Engagements et arrangements sur l'emploi : quelle efficacité juridique ? » *Dr. Soc.* 1997, p. 1061.

654Cf. LYON-CAEN (A.) « L'emploi comme objet de négociation collective », *dr. Soc.* 1998, p. 316.

TITRE 1 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE MAINTIEN DANS L'EMPLOI

point de préoccupation central de l'accord, et peut même constituer un engagement de la part de l'employeur vis à vis des partenaires sociaux. En effet, la négociation collective évolue vers une conception davantage contractuelle dans laquelle l'emploi fait figure de contrepartie à des sacrifices des salariés en matière de rémunération ou d'organisation de temps de travail, en raison des difficultés économiques de l'entreprise ou du souhait de celle-ci d'améliorer sa compétitivité⁶⁵⁵.

Nous verrons que l'introduction de l'emploi a modifié le contenu des accords collectifs qui s'équilibrent désormais entre les concessions des salariés (**paragraphe 1**) et l'engagement de l'employeur de maintien de l'emploi (**paragraphe 2**).

§ 1. Evolution de la fonction de l'accord collectif

La convention collective définit les droits des salariés et comble parfois les carences du contrat de travail. Il en résulte que historiquement le principal effet de la convention collective était de créer exclusivement des avantages pour le salarié. Cette logique d'acquisition, qui répondait à une volonté de protection du salarié, lui garantissait l'amélioration croissante de ses conditions de travail. La convention collective, au même titre que le code du travail, servait à rééquilibrer une relation professionnelle hiérarchisée.

Juridiquement cette logique se manifestait sous la forme du principe de faveur, une notion doctrinale illustrant l'idée que lorsque intervient un conflit de normes il convient d'appliquer la disposition la plus favorable pour le salarié. Par conséquent il n'est pas étonnant que dans l'esprit collectif chaque accord doivent être source de progrès social.

⁶⁵⁵Le premier pas vers les accords donnant-donnant a été amorcé avec la signature de l'accord interprofessionnel sur l'emploi du 31 octobre 1995 selon lequel : « *la réduction du temps de travail constitue un élément de la lutte contre le chômage lorsque de nouvelles formes d'aménagement du temps de travail permettent des gains de productivité et le maintien ou la création d'emplois par des réductions d'honoraires* » ; à ce titre, l'accord invitait les partenaires sociaux à ouvrir des négociations sur ces thèmes. Cf. FAVENNEC, (F.), « L'ANI du 31 octobre 1995 sur l'emploi », *dr. Soc.*, 1996, p. 20 ; RAY, (J.-E.), « De l'ANI du 31 octobre 1995 à la loi Aubry de 1998 », *dr. Soc.* 1998, p. 313. Suivront la loi Robien du 11 juin 1996 tendant à « favoriser l'emploi par l'aménagement et la réduction conventionnels du temps de travail » (loi n° 96-502 du 11 juin 1996, JO 12 juin 1996, Liaisons sociales n° 7479. Cf. FAVENNEC-HERY, (F.), « Loi Robien : création d'emplois, alternative au licenciement ou opportunité ? », *Dr. Soc.* 1996, p. 999 ; BELIER, (G.), « Quelques questions autour de la loi Robien », *Dr. Soc.* 1996, p. 1008 ; HAUTEFORD, (M.), « Loi de Robien, la face cachée », *SSL Supplément n° 845* ; FREYSSINET, (J.), « La loi Robien : rupture qualitative ou aubaine éphémère ? », *La Revue de l'IREES*, 1997, n° 23, p. 5). En dernier lieu, les deux lois relatives aux 35 heures (Loi n° 98-461 du 13 juin 1998, loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, JO du 14 juin 1998 ; loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail, JO 20 janvier 2000.

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

Cette dynamique d'une convention collective toujours favorable au salarié n'a pas résisté à l'apparition des accords dits « donnant-donnant ». La convention collective illustre désormais une logique contractuelle puisque les deux parties doivent trouver un intérêt à la négociation. Ce raisonnement transparait dans l'entreprise et plus largement à tous les niveaux de la négociation collective⁶⁵⁶. Au niveau de l'entreprise ces accords ont le plus souvent pour objectif de réduire les coûts de l'employeur par le biais de concessions des salariés prenant la forme d'une suspension de certains avantages collectifs, d'une augmentation ou réduction de la durée du travail avec ou sans compensation salariale.

L'accord collectif se présente de plus en plus sous la forme d'accord de concessions.

L'accord collectif ne présente plus seulement une fonction sociale (I) mais acquiert progressivement celle de gestion de l'entreprise (II).

I - L'accord collectif traditionnel, source de droits pour le salarié

179. Historique. La fonction première et originelle de l'accord collectif est de créer de nouveaux avantages aux salariés. C'est ce qui explique l'effet erga omnes de ses avantages, et ce, quelque soit leur appartenance syndicale. L'objet de ces accords est l'amélioration des droits des salariés. Historiquement⁶⁵⁷ les conventions collectives étaient appréhendées comme des contrats. Leur validité ainsi que leur portée étaient appréciées selon le droit des obligations⁶⁵⁸, de sorte que seuls les salariés des syndicats signataires étaient engagés par l'accord collectif signé. Egalement, l'accord collectif ne disposait pas d'une autorité particulière, et rien ne s'opposait à ce qu'un accord individuel défavorable soit conclu. Pour ces raisons, l'accord collectif était un contrat parmi d'autres, et ce, en dépit des efforts des syndicats qui, afin d'être attractifs et d'assurer la survie de leur organisation, négociaient des conventions particulièrement avantageuses pour leurs adhérents.

656Cf. ANI du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail (GAUDU (F.), « L'accord sur la « modernisation du marché du travail » : érosion ou refondation du droit du travail ? » *Droit social*, 2008, p.267) et ANI du 11 janvier 2013 relative à la sécurisation de l'emploi ; Dans les deux cas les négociations entre partenaires sociaux s'articulent autour de l'idée de « concessions réciproques ». S'agissant de l'ANI du 11 janvier 2013 les accords de maintien de l'emploi et de mobilité de l'emploi ont été consentis en contrepartie de la généralisation de la complémentaire santé.

657TEYSSIE (B.), *Droit du travail et relations collectives*, LexisNexis, 9ième éd., p. 692.

658JEAMMAUD, (A.), « Crise et relations de travail in *Droit de la crise : crise du droit ? Les incidences de la crise économique sur l'évolution du système juridique* », Cinquièmes Journées René Savatier, Poitiers, 5 et 6 octobre 1995, Tome 31, PUF, 1997, p. 91, spéc. p.95.

TITRE 1 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE MAINTIEN DANS L'EMPLOI

En donnant un statut juridique à l'accord collectif, la loi du 25 mars 1919⁶⁵⁹ a donné de l'autonomie à la convention collective vis à vis du modèle civiliste. Désormais, les personnes liées par une convention collective ne peuvent conclure un accord individuel comprenant des clauses contraires à cette dernière. Il s'agit du premier régime légal des conventions collectives de travail, une loi qui a engendré la conclusion de nombreuses conventions collectives. Cet élan a ensuite été confirmé par la loi du 24 juin 1936 qui a institué la convention collective de droit public. La mise en place des conventions collectives étendues par arrêté ministériel, oblige des entreprises relevant d'une branche d'activité, et n'ayant pas consenti personnellement ou par l'intermédiaire d'une organisation à une convention, à l'appliquer. La convention collective s'est, à cette occasion, écartée du modèle civiliste, devenant une figure juridique autonome du droit. Par ailleurs, ces deux lois ont contribué à la multiplication des conventions collectives.

180. Ordre public social. La conception traditionnelle du droit des salariés à la négociation collective s'appuie sur la logique de l'ordre public social. Dans ce cadre, la négociation collective comme droit des salariés permettait à ces derniers de négocier collectivement des conditions de travail plus favorables que les dispositions légales et réglementaires. La convention collective est donc utilisée pour rééquilibrer la relation salariale dans la négociation. Partant du postulat que le salarié, désigné comme partie faible, n'est pas en mesure de défendre correctement ses intérêts, seul face à l'employeur, l'objectif de la négociation collective a été de réinstaurer un équilibre entre les parties. Le droit à la négociation collective reconnu à chaque salarié en vertu de son contrat de travail, est transposé au niveau collectif⁶⁶⁰. La fonction protectrice de la convention collective lui a été confiée pour contrebalancer les potentielles faiblesses du salarié dans la négociation individuelle. Il s'agit de négociations collectives « d'acquisitions », c'est à dire ayant pour but d'accorder toujours plus d'avantages aux salariés, notamment en matière de rémunérations ou de droits divers. La convention collective est un instrument du progrès

659DESPAX, (M.), Négociations, conventions et accords collectifs de travail, Traité de droit du travail, Tome VII, 2^eed., Paris, Dalloz, 1989, p. 37. V. également LE GOFF, (J.), « La naissance des conventions collectives », Droits, 1990, n° 12, p. 67 ; du même auteur, op. cit., p. 281 ; DIDRY, (C.), Naissance de la convention collective, Paris, Ed. EHESS, 2002. Aux termes de l'article 31 CT : « La convention collective est un contrat relatif aux conditions de travail conclu entre, d'une part, les représentants d'un syndicat professionnel ou de tout autre regroupement d'employés, et, d'autre part, les représentants d'un syndicat professionnel ou de tout autre groupement d'employeurs, ou plusieurs employeurs contractant à titre personnel, ou même un seul employeur ».

660Ord. 27 sept. 1967, L. 13 juill. 1971, L. 19 janv. 1978.

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

social, au même titre que la loi⁶⁶¹. La finalité du droit du travail est de considérer que le salarié est mieux protégé dans le cadre collectif que dans celui d'une relation individuelle.

Au demeurant, les syndicats très attachés à cette dynamique ont longtemps refusé de céder aux sirènes de la flexibilité souhaitée par le patronat lequel, jugeait que la nouvelle concurrence internationale imposait une certaine dérèglementation du droit du travail. Ce n'est que lorsque la « garantie d'emploi » est devenue un objet de la négociation collective, que les partenaires sociaux se sont résignés à l'idée de concessions de la part des salariés.

II - L'accord collectif, source d'obligations pour le salarié

181. Eclatement de l'ordre public social. La crise de l'emploi et la multiplication des restructurations sont les raisons de l'évolution de l'objet de la négociation collective. Les salariés sont prêts à faire des concessions sur leurs conditions de travail en échange du maintien de leur emploi. Certains observateurs parlent alors de « chantage au licenciement ». L'accord collectif gère désormais des situations de crises, et la fonction d'acquisition de la négociation collective alterne avec celle « destructrice » de droits -ou créatrice de nouvelles obligations- pour le salarié, destinée à mettre en place des obligations réciproques. La négociation devient un espace d'échanges et de compromis similaire à un contrat dans lequel chaque partie doit y trouver son compte. En contrepartie de la garantie de maintien de leur emploi, les salariés sont incités à renoncer à certains de leurs avantages acquis, et ce, durant la période de validité de l'accord collectif.

Les concessions touchent à des éléments essentiels du contrat de travail comme le temps de travail, les salaires ou la mobilité géographique. Selon l'étude réalisée par Fabienne Dufour, l'action relative au temps de travail constitue la contrepartie type des clauses de garantie d'emploi. S'agissant des modalités de réduction et d'aménagement du temps de travail, elles peuvent prendre diverses formes : la modulation des horaires de travail, l'augmentation de l'amplitude d'ouverture, la suppression de jours de repos... A titre d'exemple, la société Michelin a signé le 13 mars 2013 un accord d'une durée de trois ans intitulé « *contrat pour une nouvelle dynamique de croissance et de développement*

⁶⁶¹DE COURSON, (C.-A), « La re-fondation sociale – les empiètements de l'Etat – les enjeux sociaux et économiques du dialogue social » in *La co-gestion à la française : voies et moyens du dialogue social*, F. Loos (sous la dir.), Colloque du 27 juin 2001 à l'assemblée nationale, Staut et Associés, 2001, p. 13.

TITRE 1 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE MAINTIEN DANS L'EMPLOI

social »⁶⁶². Il prévoit un système de chômage technique selon lequel un salarié peut ne pas travailler durant quinze jours, et ce, en conservant sa rémunération, puis récupérer 75% des heures non travaillées au cours des quatre années suivantes. Cette évolution fragilise le rôle de la négociation collective, comme contrepoids au pouvoir unilatéral de l'employeur. Dès lors que la fonction amélioratrice de la négociation collective est reléguée au second plan, il n'est alors plus question de rééquilibrer la relation travail⁶⁶³. L'enjeu de la négociation collective est alors celui de l'emploi.

On note que ces concessions peuvent avoir un réel impact sur les conditions de travail et de vie des salariés, et ce de manière immédiate ; à contrario, l'engagement de l'employeur est une prévision plus ou moins optimiste sur l'avenir⁶⁶⁴. Il convient alors de s'interroger sur la portée réelle de son engagement, et sur les potentielles conséquences d'une aggravation de la conjoncture économique sur ce type d'accord.

§ 2. L'engagement sur l'emploi comme contrepartie

Si les salariés acceptent de faire des concessions concernant leurs conditions de travail, c'est pour une seule raison : la sauvegarde de leur emploi⁶⁶⁵. L'emploi est une notion très vague, et les accords visant cet objectif sont autant nombreux que divers. Aussi, comme l'a justement observé le Professeur Antoine Lyon Caen⁶⁶⁶, il est judicieux de distinguer entre les accords justifiant une demande de flexibilité dans l'organisation du travail par l'emploi,

662 *Liais. Soc. Quot.* 28 mars 2013, n° 16315, Le dossier convention collective.

663 En ce sens, « *si la fixation des règles du droit du travail doit relever, sans plachers substantiels ou procéduraux, d'une négociation totalement décentralisée, on peut à nouveau s'interroger sur le rapport de la norme et du pouvoir de l'employeur, comme sur le rapport de la négociation collective et de la régulation de la concurrence, donc, en définitive, sur l'existence même de la négociation collective* » (JEAMMAUD (A.) MASSE-DESSEN (M.), « Quel avenir pour la loi face à la négociation collective ? *SSL* 2006, n° 1257, p. 10).

664 COUTURIER, (G.), La méconnaissance d'un engagement de maintien de l'emploi (A propos de l'arrêt Briou, cass. Soc. 22 janvier 1998), *dr. Soc.* 1998, p. 375.

665 Notre analyse se limite aux accords dits « défensifs » de l'emploi. Mais notons qu'il existe des accords, « offensifs » où l'objectif n'est de pas de sauvegarder les emplois mais de réaliser des recrutements. Il peut s'agir de priorité d'embauche au profit d'une catégorie spécifique, notamment les salariés licenciés pour motif économique ou les travailleurs intérimaires ainsi que ceux bénéficiant d'un CDD. Cf. SOURIAU-ROTSCHILD, (M.-A.), « Engagements et arrangements sur l'emploi : quelle efficacité juridique ? », *droit social* 1997, p. 1061, spéc. p. 1065.

666 LYON CAEN (A.), « L'emploi comme objet de la négociation collective », *Dr. Soc.* 1998, p. 316.

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

de ceux dont l'objet immédiat est le maintien de l'emploi⁶⁶⁷. Pour certains, l'emploi est un simple faire-valoir, évoqué de manière sporadique, et pour lequel l'engagement contractuel de l'employeur n'est pas engagé, alors que concernant les seconds, l'emploi représente un réel engagement de celui-ci de ne procéder à aucun licenciement collectif pendant toute la durée de l'accord, sous peine d'engager sa responsabilité contractuelle.

A l'instar du droit des contrats, la responsabilité de l'employeur en cas de non respect de son obligation de maintien de l'emploi est fonction de son degré d'engagement dans l'accord collectif. La sauvegarde de l'emploi est tantôt un moyen de négociation (I), tantôt le résultat de la négociation (II)⁶⁶⁸.

I - L'emploi comme moyen de négociation

182. La demande de flexibilité au nom de l'emploi. Dans certains accords, l'emploi est mentionné comme une intention⁶⁶⁹ de la part de l'employeur, afin de justifier l'ensemble des mesures de l'accord. L'objet immédiat de ces accords n'est pas l'emploi mais les autres mesures de celui-ci, les perspectives en matière d'emploi chercheraient seulement « à susciter l'adhésion des salariés »⁶⁷⁰. Le professeur Antoine Lyon Caen ajoute que « *l'emploi accuse le caractère instrumental des règles issues de l'accord. Elles valent moins comme principes que comme des éléments d'une politique. Mais du même coup, les qualités des règles ont toute chance d'être réduites à celles des conséquences qu'elles devraient avoir* ». Dans cette hypothèse, la clause est imprécise et l'engagement de l'employeur incertain. L'emploi a un rôle déterminant dans le processus de négociation, toutefois il existe l'aléa de la garantie d'emploi. Le maintien de l'emploi est l'objectif à atteindre, un pari sur l'avenir.

667Fabienne Dufour distingue entre les clauses de garantie d'emploi emportant obligation de moyen, et celles emportant obligation de résultats (Les clauses de garantie d'emploi dans les accords d'entreprise « donnant-donnant », in *Le salarié, l'entreprise, le juge et l'emploi*, La documentation française 2001, p. 97, spéc. p. 104). Jean-Emmanuel RAY opère la distinction entre la négociation de renonciation (sans contrepartie patronale), de celle de « concessions ». (« De l'ANI du 31 octobre 1995 à la loi Aubry de 1998 », *dr. Soc.* 198).

668Distinction opérée par le Professeur Antoine Lyon Caen (« L'emploi comme objet de la négociation collective », *Dr. Soc.* 1998, p. 316).

669DUFOUR (F.), « Les clauses de garantie d'emploi dans les accords d'entreprise « donnant-donnant » », in *Le salarié, l'entreprise, le juge et l'emploi*, sous la direction de KERBROUCH (J.-Y.) WILLMANN (C.), Cahier Travail et Emploi, La documentation française, 2000, p. 97, spéc. p. 105.

670LYON CAEN (A.), « L'emploi comme objet de négociation collective », *dr. Soc.* 1998, p. 319.

183. Un engagement avec des conséquences limitées. L'illustration la plus caractéristique de la précarité des engagements est sans conteste l'arrêt Potain du 13 décembre 1995⁶⁷¹. Le litige portait sur un accord collectif conclu entre la direction et les organisations syndicales représentatives de l'entreprise selon lequel, les salariés concédaient à une réduction temporaire du temps de travail et de la rémunération et l'employeur s'engageait à « éviter le recours à des licenciements dans la catégorie ouvriers, employés et chefs d'équipe » ; Quelques mois après la signature de l'accord ; l'employeur faisant état de difficultés économiques, a envisagé le licenciement d'une partie du personnel. Le litige portait alors sur la valeur de l'engagement de l'employeur. La Cour de cassation a débouté les syndicats de leurs demandes considérant d'une part que l'employeur avait respecté son engagement en ne procédant pas immédiatement aux licenciements initialement prévus, et d'autre part, que la modification de la situation économique de l'entreprise justifiait les licenciements. Un message ambiguë est lancé, l'employeur s'engage à ne pas licencier sauf lorsque les licenciements sont inévitables. Pas encore admis en droit commun des contrats, la révision pour imprévision faisait alors une entrée très remarquée en droit du travail ! En réalité le caractère « indéterminé » de l'engagement constituait la raison centrale de cette décision. Les juges ont considéré que l'engagement avait été tenu dans un premier temps puis abandonné en raison de difficultés insurmontables⁶⁷². Cette solution est admise juridiquement notamment en raison du flou de la clause liée à l'absence de détermination d'un terme à l'engagement. En effet il eut été plus surprenant que les juges prennent la même décision en présence d'une clause d'engagement sur l'emploi ferme et précise.

En tout état de cause, cette décision a accru la frilosité de la doctrine vis à vis de ce type d'engagement, et certains auteurs ont suggéré des pistes de réflexion⁶⁷³.

184. Des pistes de réflexion. Pour le Professeur Antoine Lyon Caen, lorsqu'il n'y a pas

671 Soc. 13 déc. 1995, *Bull. civ.* 1995, V, n° 345 ; *Dr. ouvrier* 1996, p. 245, note M.-F. Bied-Charreton.

672 GAUDU (F.), « Le contrôle de l'exécution des engagements en matière d'emploi », *Dr. social* 1998. p367.

673 Cf. SOURIAU-ROTSCHILD, (M.-A.), Engagements et arrangements sur l'emploi : quelle efficacité juridique ? , *droit social* 1997, p. 1061, spéc. p. 1065 ; PETIT Franck, « Les clauses de garantie d'emploi », *dr. Soc.* 2000, p. 80 ; DUFOUR, (F.), Les clauses de garantie d'emploi dans les accords d'entreprise « donnant-donnant », in *Le salarié, l'entreprise, le juge et l'emploi*, sous la direction de KERBROUCH, (J.-Y.) et WILLMANN (C.), Cahier Travail et Emploi, La documentation française 2000, p. 97.

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

un engagement précis mais que le maintien de l'emploi est envisagé comme une prédiction susceptible d'induire en erreur les partenaires sociaux lors de la conclusion de l'accord, la responsabilité pour « erreur de pronostic » pourrait être envisagée, l'erreur portant préjudice à l'intérêt collectif de la profession⁶⁷⁴. Une autre voie peut être envisagée, l'action contre l'exécution déloyale de l'accord collectif prévue à l'article L.2262-4 du code du travail⁶⁷⁵.

Enfin et surtout le principe de bonne foi, issu des dispositions de l'article 1104 du code civil, peut être mobilisé en matière de négociation collective d'entreprise⁶⁷⁶, notamment concernant les engagements. La teneur de l'obligation de bonne foi est exposée dans l'arrêt Case France de 1997⁶⁷⁷. En l'espèce, un accord d'entreprise avait été conclu, aux termes duquel l'employeur s'engageait à ne procéder à aucun licenciement pour motif économique jusqu'au 31 janvier 1993. Le 1er février 1993, le contrat de travail du salarié est résilié consécutivement à son adhésion à une convention de conversion. S'appuyant sur les dispositions de l'article 1134 alinéa 3 du code civil⁶⁷⁸, la chambre sociale de la Haute autorité a estimé que l'employeur n'avait pas respecté « l'esprit du texte » de l'accord, et par conséquent, son engagement.

L'emploi comme obligation de moyen engage peu l'employeur et à ce titre il s'avère important que les partenaires sociaux introduisent des précisions lors de la rédaction de la clause de garantie d'emploi, une précaution qui modifie nettement sa portée.

II - L'emploi comme résultat de négociation

185. Licéité de la clause portant sur l'emploi. Si les salariés acceptent de faire des concessions concernant leurs conditions de travail, c'est pour une seule raison : la

674Art. L2132-3 C. trav.

675« *Les organisations de salariés et les organisations ou groupements d'employeurs, ou les employeurs pris individuellement, liés par une convention ou un accord, 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.* ».

676Sur cette question, v. les développements de MINE (M.) (« La loyauté dans le processus de négociation collective », *Travail et Emploi*, n° 84, 10/00, p. 47 »).

677 Soc. 1 avr. 1997, note J.-E. RAY, *Dr. Soc.* 1997, 646.

678Art. 1104 nouv. Num. C. Civ.

TITRE 1 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE MAINTIEN DANS L'EMPLOI

sauvegarde de leur emploi⁶⁷⁹. Les parties à la négociation peuvent s'entendre pour limiter le pouvoir de licencier de l'employeur. Néanmoins la question de la licéité de cet engagement, au regard du droit de résiliation unilatérale de l'employeur s'est posée. L'employeur s'engage ici soit à maintenir le niveau de l'emploi, soit s'interdit de rompre unilatéralement la relation salariale durant une période donnée. D'un point de vue opérationnel cette clause dispose généralement d'un caractère « général » destiné à interdire les licenciements d'ordre économiques⁶⁸⁰. Juridiquement ce type de clause se heurte au principe de résiliation unilatérale du contrat reconnu à l'employeur d'une part en raison de l'interdiction des engagements perpétuels⁶⁸¹, et d'autre part, au titre de son droit à la liberté d'entreprendre, une liberté à valeur constitutionnelle⁶⁸². Après quelques hésitations la chambre sociale de la Cour de cassation a logiquement admis la restriction au pouvoir de licencier de l'employeur⁶⁸³. Pour autant la portée de cet engagement est fonction de la nature de la clause. Dès lors, on peut ici parler de garantie dans la mesure où il existe une obligation contractuelle déterminée⁶⁸⁴, à la charge de l'employeur. L'employeur délimite précisément la durée⁶⁸⁵ et le contenu de la clause.

186. Teneur de l'engagement de maintien de l'emploi. La teneur et la portée de l'engagement de l'employeur ont été exposées dans l'arrêt Briou⁶⁸⁶. Dans cette affaire, un

679 Notre analyse se limite aux accords dits « défensifs » de l'emploi. Mais notons qu'il existe des accords, « offensifs » où l'objectif n'est pas de sauvegarder les emplois mais de réaliser des recrutements. Il peut s'agir de priorité d'embauche au profit d'une catégorie spécifique, notamment les salariés licenciés pour motif économique ou les travailleurs intérimaires ainsi que ceux bénéficiant d'un CDD. Cf. SOURIAU-ROTSCHILD, (M.-A), Engagements et arrangements sur l'emploi : quelle efficacité juridique ?, *droit social* 1997, p. 1061, spéc. p. 1065.

680 PETIT (Franck), « Sur les clauses de garanties d'emploi », *Dr. Soc.* 2000, p. 80.

681 V. *supra.* § 47.

682 Cons. const. 20 juill. 1988, *Dr. Soc.*, 1988, 760 ; D.1989, 271, note F. Luchaire.

683 Soc. 16 mars 1994, *CSBP*, n° 60 A 27 – Soc. 21 juin 1995, *CSBP*, n° 73 B135 – Soc. 7 nov. 1995, *RJS*, 12/95 n° 1233, Soc. 28 fév. 1996, *CSBP*, n° 80 B 96, *RJS*, 4/16 n° 390.

684 MAZEAUD, (L.), « L'obligation générale de prudence et diligence et les obligations déterminées », *RDT civ.* 1936, p.1.

685 La clause de garantie d'emploi n'est pas soumise à des conditions de validité, toutefois en l'absence de limitation dans le temps, l'obligation qu'elle met à la charge de l'employeur aurait un caractère perpétuel, ce que prohibent les dispositions de l'article 1780 C. civ. (CA Besançon, 13 mai 2003, *RJS* 1/2004, n°146).

686 Soc. 22 janv. 1998, *Bull. Civ. V.* n° 29 ; D. 1998, 480, note T. Aubert-Monpeyssen ; *Dr. Soc.* 1998, 375, obs. G. Couturier ; *ibid* p. 292, obs. J.E. Ray.

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

accord d'entreprise, prévoyant une clause de maintien d'activité d'une usine en contrepartie d'un aménagement des « coûts salariaux », a été conclu. Quinze mois plus tard la direction annonce la fermeture du site et le transfert du personnel sur un autre site, lequel devait faire l'objet d'un nouvel accord collectif. Une action a été intentée afin de faire reconnaître la méconnaissance de l'accord collectif par l'employeur. La cour d'appel a admis le comportement de l'employeur, considérant que l'objectif de l'accord, à savoir la préservation de l'emploi, avait été respecté. La Cour de cassation casse l'arrêt de la cour d'appel, considérant que l'employeur a méconnu son engagement portant sur le maintien d'une activité sur le site. Les juges ont considéré qu'il s'agissait d'un engagement précis de l'employeur et qu'en tout état de cause, le maintien des emplois ne suffisait pas au respect de son engagement. Dans le prolongement de l'arrêt Case France la Haute autorité donne force obligatoire à l'engagement sur l'emploi.

187. Sanction de la méconnaissance d'un engagement. Les juges considèrent que le non respect par l'employeur d'un engagement « ferme » sur l'emploi constitue une obligation fautive d'une obligation contractuelle de résultat dont le salarié peut se prévaloir pour obtenir réparation sur le fondement des articles 1103, 1231-1 et 1231-2 du code civil. En d'autres termes, la Cour de cassation confère force obligatoire aux accords collectifs relatifs au maintien des effectifs ou à la survie d'une activité sur un site, et à ce titre reconnaît l'existence d'une obligation civile à la charge de l'employeur, génératrice de responsabilité. L'employeur est condamné à la réparation du préjudice, et ce sous la forme du versement, à titre de « dommages et intérêts », d'une indemnité pour violation de cette clause, d'un montant égal au solde des salaires qu'il aurait dû normalement percevoir jusqu'au terme de cette période de garantie d'emploi »⁶⁸⁷.

Le développement de l'utilisation de contreparties dans les conventions collectives, rapproche le droit du travail du droit commun des contrats, ce dernier comportant des obligations interdépendantes et réciproques. Les accords donnant-donnant viennent donc bouleverser le droit de la négociation collective, mais aussi la pratique de celle-ci.

⁶⁸⁷Soc. 10 juill. 2001, n° 99-44.762, *RJS* 10/2001, n°1106 – Soc. 30 mars 1994, *RJS* 5/1994, n°519 – Soc. 27 oct.1998, n° 95-43.308, *Bull. Civ. V*, n° 455, *RJS* 12/1998, n° 1441, *Dr. Soc.* 1999. 293, obs. ROY-LOUSTAUNAU, (C.) – Ass. Plén. 13 déc. 2002, *RJS* 2/2003, n° 227, *Dr. Soc.* 2003. 439, obs. WILLMANN, (C.).

Section 2 - La majoration de l'accord collectif sur l'accord individuel : l'intérêt supérieur du maintien de l'emploi

Le principe de la liberté contractuelle et du respect de l'autonomie de la volonté exigerait que les relations entre un salarié et un employeur soient gouvernées prioritairement par le contrat de travail. Il n'en est rien. Partant du postulat que la relation unissant employeur et salarié était inégalitaire, l'objectif a été rapidement de trouver un équilibre, jugé alors impossible par la négociation directe entre salarié et employeur. La négociation collective s'est imposée comme une solution. Dès lors, on constate aujourd'hui la multiplication des sources créant des normes applicables au salarié. De ce pluralisme naît la possibilité d'un conflit de règles, les dispositions les plus favorables l'emportant : il s'agit du principe de faveur. Dès lors les stipulations contractuelles plus favorables au salarié prévalent sur les clauses de la convention ou de l'accord collectif applicable.

Toutefois, si ce principe s'applique facilement quand l'accord individuel se heurte à la convention collective « ordinaire » (**paragraphe 1**) -c'est à dire qui est source d'avantages pour le salarié-, il n'en est pas de même lorsqu'il s'oppose à un accord dit de «donnant-donnant » (**paragraphe 2**).

§ 1. Concours de l'accord individuel avec un accord collectif ordinaire : une approche sociale

La convention collective ordinaire -entendons ici l'accord collectif d'acquisition-s'applique, sauf stipulations contraires, dès le lendemain de son dépôt auprès du ministère du travail et du greffe du conseil de prudhommes. Dans le silence du contrat, la règle ne souffre d'aucune exception⁶⁸⁸. Cependant, lorsque l'accord individuel entre en concours

⁶⁸⁸Les développements concernent les dispositions entre l'accord collectif et celles du contrat de travail, lorsque le contrat est « *expressif* », mais lorsque le contrat est muet, le raisonnement est différent. Dans cette hypothèse, l'opposabilité de la convention collective au salarié est soumise à deux conditions : le salarié doit être informé de l'existence de cette convention collective au moment de son engagement, et mis en mesure d'en prendre connaissance. L'effet impératif de la convention collective ne suffit pas à assurer la soumission de la volonté individuelle à la volonté collective. Une fois informé de la teneur exacte de la convention collective, le salarié est libre de négocier son contrat. Cette solution est toutefois remise en cause par les Professeurs PELISSIER et DOCKES (cf. PELISSIER (J.), « Droit des conventions collectives, évolution ou transformation », in *Droit syndical et droits de l'Homme à l'aube du XXIème siècle*, mélanges en l'honneur de J.-M. VERDIER, Dalloz, 2001, p. 95, spéc. p. 108 ; E. DOCKES, « La réciprocité des dispositions dans la convention collective », in *Droit syndical et droits de l'Homme à l'aube du XXIème siècle*, mélanges en l'honneur de J.-M. VERDIER.

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

avec l'accord collectif, l'articulation se fait selon le principe de l'ordre public social. Lorsque la question de la valeur de la négociation collective s'est posée, la réflexion a tourné d'une part autour de la préservation de la liberté individuelle de chaque salarié, et d'autre part de s'assurer que l'accord puisse s'appliquer à l'ensemble des salariés.

La solution choisie garantit l'effet impératif de la convention collective (I) tout en conservant l'indépendance du contrat de travail en limitant l'effet au principe de faveur et en n'admettant pas l'incorporation de l'accord collectif au contrat de travail (II).

I - Prévalence de l'accord collectif

La doctrine majoritaire s'attache à qualifier la convention collective d'acte dual qui lors de sa conclusion prend la forme d'un contrat et produit les effets d'une loi⁶⁸⁹. Cette nature duale en fait l'instrument le mieux adapté pour concilier la protection des travailleurs avec l'efficacité économique. Pourtant, si le législateur affirme l'effet impératif de l'accord collectif (A), il convient de noter que l'accord individuel subsiste dans certains cas (B).

A - L'effet impératif de l'accord collectif

188. Effet impératif de l'accord collectif. La règle prévue à l'article L. 2254-1 du code du travail est sans appel : « *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 dispositions plus favorables* ». La Cour de cassation, l'a également confirmé dans un arrêt du 18 mars 1998⁶⁹⁰. L'effet impératif de la convention collective emporte un effet automatique⁶⁹¹ et immédiat⁶⁹². Cette distinction était opérée par le texte initial résultant de la loi du 11 février 1950 disposant que « *lorsque l'employeur est lié par les clauses de la convention collective de travail, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui. Dans tout établissement compris dans le champ d'application d'une convention*

689DURAND (P.), « Le dualisme de la convention collective », *RDT civ.* 1939, p. 353 ; DESPAX, (M.), *Négociations, conventions et accords collectifs*, Traité de droit du travail, t. III, 1989, Dalloz, n° 191.

690Ass. Plé. 18 mars 1988, n° 84-40.083, *Bull. Civ.* 1988, n° 3 ; D. 198, jurisprudence p. 221, note CHAUCHARD (J.-P.).

691L'effet automatique permet à l'accord de s'appliquer sans que l'accord individuel du salarié soit nécessaire, v. PESKINE (E.), WOLMARK (C.), *Droit du travail*, 9^{ème} éd., Dalloz, coll. Hypercours, 2015, § 880.

692AUZERO (G.) DOCKES (E.), *Droit du travail*, 29^e éd., Dalloz, 2015 n° 1317 s.

TITRE 1 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE MAINTIEN DANS L'EMPLOI

collective, les dispositions de cette convention s'imposent sauf disposition plus favorable, aux rapports nés des contrats de travail ou d'équipe »⁶⁹³.

Sur le fondement de cette règle, le salarié va donc être lié à un acte juridique auquel il n'a pas directement consenti. La nature réglementaire de l'accord collectif, et non la force obligatoire du contrat, justifie que la volonté collective s'impose au salarié⁶⁹⁴. En outre, la fonction sociale de l'accord collectif et la dimension protectrice de la représentation légale des salariés, justifient que ces derniers n'aient pas à consentir à la modification de leurs conditions de travail, qui par essence seront plus favorables que les précédentes stipulations conventionnelles. Cependant, il s'agit d'une prévalence et non d'une suprématie de l'accord collectif puisqu'en dépit de l'effet impératif attaché à l'accord collectif, la convention collective et le contrat de travail sont indépendants, et ce dernier peut présenter une résistance efficace.

B - L'avantage individuel contractuel maintenu

Dans la difficile articulation des normes, le législateur reconnaît la prévalence de la volonté collective sur l'accord individuel, sauf disposition plus favorable. Il convient dès lors d'appréhender la notion d'avantage plus favorable (1), avant de s'intéresser au délicat problème de la méthode d'appréciation de cet avantage (2).

1 - La recherche de l'avantage le plus favorable

189. Un principe de faveur⁶⁹⁵. En énonçant le principe de faveur, on entend signifier que les règles du droit du travail sont globalement favorables au salarié⁶⁹⁶. Aussi, lorsqu'il y a concours de normes, il convient de faire bénéficier la norme la plus favorable au salarié.

693 Cité par MORIN, (M.-L.), et REMY, (P.), « Dialogue sur l'articulation entre la convention collective et le contrat de travail » in *La volonté du salarié*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, p.245.

694 Cf. OLLIER (P.), « L'accord d'entreprise dans ses rapports avec les autres sources de droit dans l'entreprise », *Dr. Soc.* 1982, p. 682.

695 JEAMMAUD (A.), « Le principe de faveur – Enquête sur une règle émergente », *Dr. Soc.* 1999, p. 15 et s. ; BOCQUILLON (F.), « Que reste t-il du principe de faveur ? », *Dr. Soc.* 2001, p. 255 et s. ; PELISSIER, (J.), « Existe t-il un principe de faveur en droit du travail ? », in *Mélanges Michel DESPAX*, PUSS, 2001, p. 389 et s.

696 DESPAX (M.), « Négociations, conventions et accords collectifs », in *Droit du travail*, dir. CAMERLYNCH, (G.-H.), Paris, Dalloz, tome VII, 2^{ème} éd., 1989, n°58.

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

Le principe du plus favorable, est en quelque sorte « *l'âme du droit du travail* »⁶⁹⁷. Il s'est d'ailleurs vu reconnaître la valeur de principe général du droit⁶⁹⁸. En revanche, selon la Cour de cassation, il ne s'agit pas d'un principe constitutionnel⁶⁹⁹. L'expression ne revêt aucune valeur juridique mais a connu un véritable succès doctrinal⁷⁰⁰. Il apparaît toutefois difficile de l'appréhender en raison d'une définition floue et élastique de sorte que récemment d'éminents professeurs se sont interrogés sur la pertinence de son maintien⁷⁰¹.

Dans le cadre de ces développements, le recours à ce concept découle du principe de non cumul des avantages⁷⁰². En effet, la liberté reconnue aux partenaires sociaux de négocier de nouveaux avantages pour le salarié, peut aboutir à la situation selon laquelle des dispositions contractuelles et conventionnelles sont susceptibles de s'appliquer à la même situation. Or, par un arrêt du 18 mars 1998⁷⁰³, rendu en assemblée plénière, la Cour de cassation a consacré le principe de « *non cumul des avantages ayant même objet ou même cause et découlant respectivement d'instruments conventionnels en concours* »⁷⁰⁴⁷⁰⁵.

697CHALARON (Y.), L'application de la disposition plus favorable, *in* Les transformations du droit du travail Etudes offertes à LYON -CAEN (G.), Dalloz 1989, p. 243.

698CE 8 juillet 1994, Lebon p. 356 ; *RJS* 1994, n° 1386 ; La Cour de cassation considère qu'il s'agit d'un principe fondamental du droit (Soc. 8 octobre 1996, *RJS* 1996, n° 1202) – Soc. 17 juillet 1996, *Dr. Soc.*, 1996, 1049, concl. P. LYON-CAEN, note SAVATIER, (J.) ; *JCP G* 1997. II. 22798, note CHORIN, (J.).

699 Cons. Const., décis. N° 97-388 DC 20 mars 1997, JO 26 mars p 4657 ; *RJS* 1997, n° 478 – Cons. Const. Décis. N° 2002-465, 13 janv. 2003, *Dr. Soc.* 260, note X. Prétot.

700Ass. Plén., 18 mars 1998, *D.* 1989. 221, note J.-P. Chauchard ; TISSANDIER, (H.), « L'articulation des niveaux de négociation : à la recherche de nouveaux principes », *Dr. Soc.* 1997. 1045 ; MORIN, (M.-L.), « La loi et le négociation collective : concurrence ou complémentarité », *Dr. Soc.* 1998. 419.

701PELISSIER (J.), LYON CAEN (A.), JEAMMAUD (A.), DOCKES (E.), *GADT*, 4e éd., Dalloz, 2008, n° 82 ; AUZERO (G.), DOCKES (E.), *Droit du travail*, 29e éd., Dalloz, §68.

702En dépit de rapports étroits, il convient de distinguer le principe de faveur de l'ordre public social : ce dernier intervient au niveau de la création des normes tandis que le principe de faveur intervient au niveau de son application. (cf. CANUT, (F.), L'ordre public en droit du travail, préf. GAUDU, (F.), LGDJ 2004, p. 149 et s.) ; Cette distinction n'est pas opérée par tous les auteurs, qui considèrent pour la plupart ces notions comme synonymes. (cf. MORIN, (M.-L.), Le droit des salariés à la négociation collective. Principe général du droit, LGDJ 1994, n° 20 et s.)

703 La chambre sociale a ensuite réaffirmé sa position par une série d'arrêts : Soc., 17 juillet 1996, *Bull.* 1996,V, n° 296 ; Soc., 7 mai 2003, n° 01-41.309 ; Soc., 18 janvier 2000, *Bull.*, V, n° 27, *RJS* 2000 n° 307.

704cf. Soc. 17 janv. 1996, n° 93-20.066, *Dr. Soc.* 1996, p. 643, obs. BARTHELEMY, (J.), *Bull. Civ.* V, n° 15 ; Soc. 18 janv. 2000, n° 96-44.586 et 96-44.586, *D.* 2000, *Bull. Civ.* V, n° 27.

705Bien que cette formulation soit la plus couramment utilisée, il existe toutefois des variantes terminologiques. La chambre sociale de la Cour de cassation se réfère parfois à la notion d'« avantages de

La Cour de cassation a toujours adopté la même solution, sauf lorsque l'accord comporte des engagements sur l'emploi.

2 - Recherche de l'avantage plus favorable

190. Si la réponse à l'articulation entre une convention collective et un contrat de travail est explicite à l'article 2254-1 du code de travail, la comparaison des deux normes afin de déterminer laquelle est la plus favorable au salarié, s'avère délicate. Une règle peut apparaître comme favorable au salarié dans les textes, et défavorable à celui-ci dans son aménagement. Comment doit-on juger une norme prévoyant que le salarié travaillera plus pour gagner plus ? Est-ce une norme plus favorable ou défavorable pour le salarié ? La réponse est délicate notamment en raison de son caractère particulièrement subjectif. L'application du principe de faveur a justifié la mise en œuvre par la Cour de cassation d'une méthode : faut-il comparer avantage par avantage ou opérer une appréciation globale ⁷⁰⁶?

191. Comparaison avantage par avantage. Cet arrêt a mis un terme au long débat s'agissant de l'appréciation de l'objet, qui mettait en concours deux méthodes à savoir une approche « globale » et une approche « analytique ». La méthode dite globale conduit le juge à mettre en balance les deux textes afin de choisir celui qui apparaît comme le plus favorable après un « bilan coût avantages »⁷⁰⁷. A l'inverse, l'approche « analytique » impose au juge de rechercher dans chaque norme les avantages ayant strictement le même objet, afin de désigner la convention applicable pour cette seule comparaison. La Cour de cassation a privilégié une méthode dite « médiane »⁷⁰⁸, appelée par Monsieur Chevillard « *comparaison par équivalence d'avantages* »⁷⁰⁹. Il s'agit ici de diviser le texte afin de comparer les avantages ayant soit le même contenu, soit la même finalité. Cette méthode

même nature » (cass. Soc., 22 oct. 1996, Bull. Civ., V, n° 339), ou d'avantages « ayant le même effet » (Soc., 20 mars 1985, Bull. Civ., V, n° 199), ou encore d'avantages se « rapportant à un même thème » (Soc., 21 févr. 1995, *SARL Santa Maria c/ Roos*).

706Cf. AUBERT-MONPEYSSEN (T.), « Valeur juridique d'un accord de maintien de l'emploi », *D.* 1998, 480.

707RADE (C.), « L'appréciation de la disposition la plus favorable », *dr. Soc.* 2000, 381.

708Soc. 20 mars 1963, *JCP* 63 II. 13357 note CAMERLYNCH.

709CHEVILLARD (A.), « La notion de disposition plus favorable », *Dr. Soc.* 1993, 363.

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

exclut le cumul des dispositions, et à ce titre, elle a régulièrement été utilisée par la Cour de cassation pour empêcher le cumul de l'indemnité de licenciement avec un régime de retraite complémentaire et une allocation de mise à la retraite⁷¹⁰. Cette démarche adoptée par l'assemblée plénière en 1988, a seulement l'apparence de la simplicité pour les juges puisqu'elle pose le délicat problème relatif au caractère cumulatif ou alternatif de la cause ainsi que de l'objet.

192. Non cumul des avantages. Toute la difficulté est alors de déterminer s'il y a, ou pas, lieu de les cumuler. En effet, en cette matière, les interprétations jurisprudentielles et doctrinales divergent. Une lecture strictement littérale de l'attendu laisse entendre que les avantages à prendre en compte doivent se rapporter à la même cause ou au même objet. Une partie de la doctrine, considérant que les avantages sont « identiques » seulement lorsqu'ils ont le même objet et la même cause, s'est opposée à cette interprétation⁷¹¹. Cette solution est d'une part plus avantageuse pour le salarié, puisqu'elle offre plus souvent le cumul d'avantages, et d'autre part, elle permet de résoudre plus facilement le conflit dans la mesure où elle évite l'appréciation du caractère du « plus favorable »⁷¹². Les juges ont toutefois retenu la règle du cumul à une seule occasion⁷¹³, préférant se limiter à une interprétation littérale de l'arrêt de 1988.

Traditionnellement, les magistrats autorisent le cumul d'avantages à la condition que l'objet et la cause de l'avantage soient différents⁷¹⁴. Il faut reconnaître que le pouvoir d'appréciation du juge est particulièrement important, il a d'ailleurs été considéré comme

710Soc. 27 avril 1964, *Bull.* IV, n° 344, p. 282 – Soc. 3 fév. 1965, *Bull.* IV, n° 92 p. 74 – Soc. 4 nov. 1969, *Bull.* V, n° 573 p. 479 – Soc. 4 fév. 70, *Bull.* V, n° 80 p. 61.

711Soc. 9 mars 1989, *Dr. Soc.* 1989, p. 635, note M. Despax ; SAVATIER, (J.), « Révision d'une convention collective, condition de suppression d'un avantage », *RJS* 1989, p. 491 – Soc. 17 janv. 1996, *Dr. Soc.* 1996, p. 645, note BATHELEMY (J.).

712VACHET (G.), «Le principe de faveur dans les rapports entre les sources de droit», in *Les principes dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation* (sous la direction de TEYSSIÉ, (B.), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008, p. 89.

713Soc. 14 oct. 1982, *UIMM*, 1983, p.75. En l'espèce, les juges ont considéré que la majoration d'une indemnité de licenciement accordée aux salariés licenciés pour motif économique, est de nature différente de l'indemnité de licenciement accordée en fonction de l'age et de l'ancienneté. L'objet est le même mais la cause est différente.

714Soc. 24 juin 1992, *RJS* 1992, n° 1135.

« tout puissant »⁷¹⁵.

La réponse est explicite, pourtant la détermination de la règle de « l'avantage plus favorable » suscite encore des questions. Pour cela les juges appliquent la méthode dite in concreto, c'est à dire qu'ils comparent avantage par avantage.

193. Recherche des intérêts de l'ensemble des salariés. Si on compare avantage par avantage, la détermination de la norme la plus favorable n'est pas toujours simple. Doit-on considérer la suppression de la clause de non concurrence assortie d'une indemnité financière comme un avantage favorable, ou pas ? La réponse dépend de chaque salarié. Faut-il raisonner en prenant compte de la situation de chaque salarié, selon la méthode in concreto, ou des intérêts de l'ensemble des salariés, appelée méthode in abstracto ? La chambre sociale de la Cour de cassation a consacré le principe selon lequel « *le caractère favorable ou non des clauses à comparer doit être apprécié eu égard à l'ensemble des salariés et non eu égard à l'un d'eux en particulier* »⁷¹⁶. Cette position s'explique par la nécessité de l'unité du statut collectif applicable au salarié. Cette appréciation ne prend pas en compte la coexistence dans la même communauté d'intérêts contradictoires, ce qui a suscité un débat doctrinal. Une partie de la doctrine propose une démarche qui évoluerait selon les sources mises en concours⁷¹⁷.

194. Appréciation individuelle. Pour certains auteurs, lorsque l'un des avantages en concours figure au contrat de travail, l'appréciation doit être individuelle. Le professeur Despax écrivait que « *l'appréciation sur le caractère le plus favorable ou non de la disposition litigieuse, doit être portée en fonction de l'intérêt individuel du salarié et non pas en fonction de l'intérêt collectif que le personnel dans son ensemble pourrait avoir à ce que la clause soit ou non insérée dans un contrat de travail* »⁷¹⁸. La solution est logique,

715MYLONAS (T.), *La force obligatoire du contrat de travail*, Thèse, Université de Toulouse, 2001, p. 314.

716Soc., 11 janv. 1962, *dr. Soc.* 1962, p. 290. La cour a ensuite rappelé ce principe en ces termes : « *la détermination du régime le plus favorable doit résulter d'une appréciation tenant compte des intérêts de l'ensemble des salariés et non de tel ou tel d'entre eux* » (Soc., 19 févr. 1997, p. 432, obs. G. COUTURIER).

717CHEVILLARD (A.), « La notion de disposition plus favorable », *Dr. Soc.* 1993, p. 363.

718DESPAX (M.), « Négociation, conventions et accords collectifs », *Traité de droit du travail* (sous la dir. De CAMERLYNCH, (G.-H.), Dalloz, 1989, 2eme éd., n° 63. Dans le même sens, voir les développements suivant : CHEVILLARD (A.), « La notion de disposition plus favorable », *dr. Soc.* 1993, p. 363 ; RADE (Ch.), « L'appréciation de la notion de disposition plus favorable note sous Soc. 26

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

puisque le contrat crée une situation individuelle, l'appréciation doit se faire en fonction du seul salarié. Ecarter les dispositions contractuelles porterait atteinte à la volonté individuelle du salarié⁷¹⁹. Cette solution a eu quelques illustrations en jurisprudence⁷²⁰.

II - Autonomie de l'accord collectif et de l'accord individuel

L'effet impératif permet à l'accord collectif de s'imposer au contrat de travail comme le ferait une loi. Mais les dispositions conventionnelles ne s'incorporent pas pour autant au contrat de travail (I). Si la jurisprudence considère que le principe de non incorporation s'applique (II), et ce, quelle que soit la source collective, cette solution ne fait toutefois pas l'unanimité en doctrine.

A - Principe de non incorporation

195. Non contractualisation de l'avantage plus favorable. L'application automatique et impérative des conventions et accords collectifs de travail ne conduit pas à une incorporation des textes conventionnels dans le contrat de travail, à l'exception des avantages individuels acquis à la suite de la dénonciation d'un accord collectif. Bien que la norme conventionnelle, par hypothèse plus favorable, prime sur les dispositions contractuelles, celles-ci ne disparaissent pas, mais sont suspendues. L'accord collectif paralyse les stipulations contractuelles contraires, mais il ne peut les annuler comme le ferait une loi. En conséquence, si l'accord collectif disparaît, le contrat de travail retrouvera toute son application. La modification de la règle conventionnelle s'applique certes au contrat de travail, mais elle n'en bouleverse pas l'économie sans que le salarié puisse se prévaloir d'une modification du contrat de travail⁷²¹. Lorsque, comme en l'espèce, la rémunération résulte d'une convention ou d'un accord collectif, auquel s'est substitué un nouvel accord en application de l'article L. 2254-1 du code du travail, le changement opéré dans la structure de la rémunération s'impose aux salariés qui ne peuvent utilement soutenir

oct. 1999 », *dr. Soc.* 2000, p. 381.

719VIOTTOLO-LUDMANN (A.), *Egalité, liberté et relation contractuelle de travail*, préface ROY-LOUSTAUNAU,(C.), Thèse, Université d'Aix Marseille, 2004, p. 262.

720Soc. 4 févr. 2003, *RJS* 4/03, n°410.

721Soc. 17 mars 1993, n° 90-43. 233, *Bull. Civ.* V, n° 273 – Soc. 27 juin 2000, n° 99-41.135, *Bull. Civ.* V, n° 247 ; WAQUET, (Ph.), *Dr. Soc.* 2000, p. 1007.

TITRE 1 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE MAINTIEN DANS L'EMPLOI

que leur contrat de travail a été modifié. A contrario, les partenaires sociaux peuvent convenir d'intégrer une clause de maintien des avantages acquis dans l'accord. Dans tous les cas, il ne s'agit là que d'une application du principe de l'autonomie du contrat de travail par rapport au statut collectif : la modification du statut collectif n'entraîne pas modification du contrat de travail.

196. Les arguments en faveur d'une incorporation. Le rejet d'un amendement proposé par la Commission des affaires sociales devant les deux chambres⁷²², proposant l'incorporation des avantages conventionnels dans le contrat de travail, a entériné définitivement la position du législateur. En effet, à l'heure des accords dérogatoires, la possibilité que le législateur revienne sur ce principe paraît quasi nulle. Cette indépendance procède de deux raisons, l'une théorique, l'autre pratique. La première est issue d'une volonté de maintenir l'équilibre de l'individuel et du collectif, l'autonomie des deux sources évite que l'évolution de la volonté collective impacte la volonté individuelle⁷²³. En effet, la convention collective et le contrat de travail sont deux sources distinctes du droit, au même titre que la loi. Ainsi, la fonction de la convention collective est de régir le contrat de travail, comme le ferait la loi. La sécurité juridique dépend aussi de l'indépendance des sources. La seconde procède de la volonté de ne pas paralyser la négociation collective.

Plusieurs arguments ont été avancés en faveur de la thèse de l'incorporation. Certains auteurs⁷²⁴ s'appuient sur la notion d'avantages individuels acquis. Lorsqu'une convention ou un accord collectif est dénoncé ou mis en cause dans une entreprise et qu'aucune convention de substitution n'est conclue, le salarié bénéficie du maintien des avantages

722 Amendement du rapporteur A. MARCENET : JO 15 mai 1971, Ass. Nat. Débats, séance du 14 mai 1971, p. 1920 ; JO 29 juin 1971, Sénat. Débats, séance du 28 juin 1971, p. 1439.

723 MARTINON, (A.), L'articulation des conventions et accords collectifs et des contrats de travail, in *L'articulation des normes en droit du travail*, sous la direction de TEYSSIE, (B.), Etudes juridiques, Economica, p. 29, spéc. p. 38.

724 V. LYON-CAEN, (A.), PELISSIER, (J.), JEAMMAUD, (A.), DOCKES, (E.), Les grands arrêts du droit du travail, 2008, Dalloz, 4e éd., p. 777.

acquis⁷²⁵. C'est également le cas lorsque l'accord de substitution est annulé⁷²⁶. Ces avantages doivent être compris comme incorporés dans le contrat de travail. Selon eux, le statut des salariés ne doit subir aucun recul. Le professeur Langlois défend la même idée en s'appuyant sur la théorie de représentation⁷²⁷. L'accord conclu par les partenaires sociaux, représentants, produit directement des effets sur le représenté, le salarié. Il convient toutefois de préciser que le maintien des avantages individuels acquis peut être un frein important à la conclusion de la convention collective, favorisant dès lors la norme individuelle.

B - Effets du principe de non-incorporation.

197. Effets du principe de non-incorporation. Les effets du principe de non-incorporation des avantages sont importants pour le salarié, puisque en cas de disparition ou de révision totale de la convention collective, les stipulations du nouvel accord s'appliquent sans que le salarié ne puisse prétendre au maintien de ses avantages ou invoquer la modification de son contrat. La question avait une importance limitée lorsque les conventions collectives étaient amélioratrices, dans la perspective de l'amélioration des conditions de travail des salariés, les nouvelles stipulations étaient toujours plus favorables que les anciennes ; mais désormais il arrive que l'accord collectif se révèle moins avantageux que l'ancien, et la modification de la solution aurait des conséquences importantes. Afin de se prémunir contre ce risque, la clause de maintien des avantages acquis peut, si elle est suffisamment précise, neutraliser le principe de non-incorporation.

198. Opportunité d'un revirement. L'effet impératif attaché à l'accord collectif ne réalise qu'une substitution temporaire des stipulations conventionnelles plus favorables. Cette solution hier compréhensible pour des raisons de sécurité juridique, devrait aujourd'hui, selon nous, être modifiée. Les accords donnant-donnant se traduisent par des

725Art. L. 2261-13 du code du travail. Sur cette notion, voir les développements suivants : AUBREE (Y.), « Le concept légal d'avantage individuel acquis », *RJS* 11/00, chron., p. 699 ; BOUBLI, *SSL* 2001, n° 1030 suppl. ; DESPAX, (M.), « Le maintien des avantages acquis en matière de rémunération », *Dr. Soc.*, 1990, p.156 ; DOCKES (E.), « L'avantage individuel acquis », *Dr. Soc.* 1993, 826 ; SAVATIER, (J.), *Dr. Soc.*, 1995, 178 ; *JCP E* 1995, I. 442 ; RAY, (J.-E.), *Dr. Soc.* 1989, 56.

726Soc. 9 nov. 2005, *Bull. Civ.*, V, n° 320, *D.* 2006, obs. PESKINE, (E.) ; *JCP S* 2006. 1010, note NEAU-LEDUC, (C.), *RJS* 1/06, n° 69.

727LANGLOIS, (Ph.), « Contrat individuel de travail et convention collective : un nouveau cas de représentation », *Dr. Soc.* 1975, p. 283, spéc. p. 275.

TITRE 1 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE MAINTIEN DANS L'EMPLOI

efforts temporaires demandés aux salariés afin de sauvegarder l'entreprise. La fonction amélioratrice de l'accord est mise de côté à la faveur de la sauvegarde des emplois. Une incorporation des avantages acquis conventionnellement, jadis, permettrait de garantir au salarié des lendemains meilleurs après des années de sacrifices, et serait un argument supplémentaire pour convaincre les salariés d'accepter l'accord.

Désormais, le contexte économique de crise justifie la multiplication d'accords de gestion de l'emploi dont le but n'est plus d'accorder des avantages au salarié mais de sauvegarder son emploi en contrepartie de concessions.

§ 2. Concours de l'accord individuel avec un accord collectif pour l'emploi : une modification de l'articulation traditionnelle

Les accords collectifs « à double sens »⁷²⁸ ont introduit une nouvelle logique de négociation. Médiatisés lors de la présidentielle de 2012, ces accords sont en réalité utilisés dans la pratique depuis de nombreuses années sous le nom d'« accord de compétitivité » ou « accord donnant-donnant », et permettent aux entreprises, en cas de difficultés économiques, de conclure des accords dérogatoires en matière de rémunération ou de temps de travail, en contrepartie d'un engagement sur l'emploi. La négociation collective, qui constitue un droit pour le salarié, implique nécessairement une dimension positive : le maintien de l'emploi.

Aussi, en présence de ce type d'accord, la mise en œuvre du principe de faveur conçu dans le cadre d'une négociation collective amélioratrice est délicate. En effet, s'agissant des accords donnant-donnant, le principe de faveur ne peut être mis en œuvre qu'en appréciant les engagements des parties de manière globale.

Ces accords atypiques marquent ainsi le recul d'une part, du principe de faveur (I), et d'autre part, de l'accord individuel au profit de l'accord collectif (II).

728ARSEGUEL (A.), «Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale», in *Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX*, Presses de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p. 401, spéc. p. 418.

I - Le recul du principe de faveur au profit de l'intérêt collectif

199. Une méthode d'appréciation nécessairement différente. Le développement de la négociation « marchande »⁷²⁹, suppose la modification de l'appréciation des avantages en présence par le juge. Bien que la règle juridique de l'articulation des deux normes soit la même que celle intervenant en cas de concours avec une norme ordinaire, l'objet de ces accords étant la mise en place de concessions, l'appréciation de la norme la plus favorable est plus problématique. La nature et l'objet de ces accords sont par principe antinomiques avec la notion « d'avantage plus favorable ». En employant la méthode de comparaison « avantage par avantage », il y a tout lieu de penser que les dispositions de l'accord collectif seront moins favorables que celles du contrat, puisque l'accord nécessite des contreparties de la part du salarié. Dans cette hypothèse, le contrat de travail serait un véritable obstacle empêchant tout accord collectif dérogatoire. C'est pourquoi la jurisprudence a modifié les critères d'appréciation de la norme « plus favorable » concernant les accords de concessions : l'appréciation du caractère favorable de la norme se fait désormais de manière globale, et la recherche des intérêts s'apprécie au niveau collectif.

200. Recherche globale de l'avantage plus favorable. *A contrario* des accords collectifs classiques, ceux dits de « concessions » n'ont pas pour objectif d'améliorer les conditions de travail des salariés. Ils servent, en situation de difficultés économiques, à sauvegarder les emplois en contrepartie de restriction aux droits acquis de salariés. Dans ces conditions, l'application de la méthode habituelle de comparaison par ensemble d'avantages ayant le même objet ou la même cause serait inutile puisque le contrat de travail trouverait toujours à s'appliquer. C'est pourquoi, les juges ont retenu une autre méthode qui consiste à comparer des avantages non plus quantitativement -comparaison d'avantages ayant le même objet ou la même nature- mais qualitativement, notamment à l'occasion d'un célèbre arrêt relatif à un accord comportant des engagements sur l'emploi. La première illustration de cette méthode de comparaison globale est l'arrêt *Géophysique*⁷³⁰, où les juges ont estimé que « *la réduction de la prime n'était pas compensée par une mesure financière d'un montant équivalent* » mais par un engagement

729Cf. BARGAIN, (G.), *Normativité économique et droit du travail*, Préf. A. SUPIOT, Thèse, LGDJ, 2014.

730Soc. 19 févr. 1997, *Géophysique*, n° 94-45.867, *D.* 1997. 75 ; *Dr. Soc.* 1997, 432, obs. COUTURIER, (G.) – Soc. 1 avr. 1997, n° 95-40.516 ; *Dr. Soc.* 1997. 646, obs. RAY (J.-E.).

TITRE 1 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE MAINTIEN DANS L'EMPLOI

d'une autre nature. Dans cette affaire, portant sur un accord de révision qui avait pour objet la suppression d'une prime et son remplacement par une prime d'un montant inférieur, les juges ont considéré que la protection d'un certain nombre d'emplois était l'avantage plus favorable. Par conséquent, il s'agit de mettre en concurrence des dispositions d'objets différents. Les accords comportant des engagements sur l'emploi sont caractérisés par un arbitrage global visant temps de travail, salaire et emploi.

201. Appréciation de l'intérêt collectif des salariés. Ne répondant plus à la logique de création d'avantages pour les salariés, l'accord de concessions a pour objectif de trouver un équilibre globalement plus positif pour l'ensemble des salariés. La recherche de l'intérêt n'est plus individuel mais collectif. Le raisonnement est logique, la sauvegarde de l'emploi est un engagement qui concerne l'ensemble des salariés, et ce, même s'ils ne sont pas tous concernés dans la même mesure. Le personnel qualifié qui dispose d'une employabilité forte préférera certainement renoncer à cet emploi plutôt qu'à ses avantages. A l'inverse, les salariés bénéficiant d'un faible taux d'employabilité sur le marché du travail, auront tout intérêt à accepter les compromis pour garder leur emploi. Face aux intérêts individuels divergents, la Cour de cassation a tranché, et désormais les accords de concessions doivent être appréciés au niveau de la collectivité.

L'évaluation de la situation au regard de l'emploi modifie profondément la méthode de recherche de l'avantage favorable. L'arrêt *Géophysique* est une illustration de l'affaiblissement de la négociation collective de branche, vis à vis de la négociation d'entreprise. La Cour de cassation a permis à un accord collectif d'entreprise de détruire un avantage issu d'une convention collective de branche en échange d'une garantie de maintien de l'emploi. L'essor de l'autonomie collective ne fait alors plus de doute. Toutefois, l'essor de l'autonomie collective inquiète certains commentateurs en raison d'un marché du travail tendu, et du faible taux de syndicalisation.

Face à ces difficultés, l'accroissement de la légitimité des syndicats prévu par la loi de 2008, était indispensable. Parallèlement, les règles d'articulation entre les conventions collectives et le contrat de travail ont également connu de profonds bouleversements. Le contrat de travail qui jusqu'alors constituait la digue de protection du salarié, est amoindri par la volonté du législateur depuis quelques années de favoriser la suprématie de l'accord collectif, en limitant le droit de refus du salarié tiré de son engagement individuel. Cette

tendance s'est accompagnée d'une volonté de légitimation de l'acte collectif.

II - L'autorité de l'accord collectif d'entreprise sur l'accord individuel

L'intégration d'accords collectifs dérogatoires, dans notre paysage juridique a conduit le législateur à renforcer la légitimité des accords collectifs en imposant une condition de majorité. Néanmoins l'introduction du principe de majorité amène à s'interroger sur la légitimité des acteurs. Dans le prolongement de la loi Fillon du 4 mai 2004, la loi du 20 août 2008 portant « rénovation de la démocratie sociale » a renforcé les garanties d'adhésion des salariés à l'accord collectif. Pour preuve, elle a d'une part durci les conditions d'acquisitions en édictant un seuil minimum de représentativité de 30% des suffrages exprimés aux dernières élections professionnelles, et d'autre part consacré le principe majoritaire. Cette évolution de la négociation collective a consolidé le dispositif pour l'emploi. La légitimité de ce dernier devient, dès lors, un enjeu démocratique (A).

Cette légitimité justifie que les stipulations de l'accord collectif puissent dans certains cas s'imposer au salarié (B).

A - Une nécessaire légitimité démocratique

Le législateur a organisé le droit de la négociation collective autour de l'idée que les organisations syndicales assurent la défense collective et individuelle des intérêts des salariés. L'importance du rôle justifie le contrôle opéré pour désigner les organisations syndicales aptes ou pas à la représentation de leurs intérêts. Pour les syndicats jugés représentatifs, ils sont habilités à négocier un acte normatif avec un employeurs ou un groupement d'employeurs.

La loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale⁷³¹, complétée par la loi du 5 juin 2014 relative à la formation professionnelle⁷³², a profondément réformé le

731L. n° 2008-789 du 20 août 2008, *JO* du 21 août 2008, p. 13064. CHAMPEAUX (F.), « Le choix d'une démocratie électorale », *SSL* 2008, n° 1370, p. 2 ; GAURIAU (B.), « La rénovation de la démocratie sociale », *JCP S* 2008, 1448 ; LALANNE (F.), « Représentativité syndicale : une réforme inéluctable », *Lexbase hebdo éd. Soc.* 11 sept. 2008, n° 317.

732L. n° 2014-288 du 5 mars 2014, *JO* du 6 mars 2014, p. 4848. AUZERO (G.), « Formation professionnelle, emploi et démocratie sociale : représentativité syndicale et transparence financière », *Lexbase hebdo éd. Soc.* 2014, n° 563 ; ODOUL-ASOREY (I.), « Elections professionnelles et droit syndical », *RDT* juill. 2014, p. 481. Le législateur a « pris » cette loi afin d'intégrer toute la jurisprudence issue de l'application de celle de 2008.

TITRE 1 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE MAINTIEN DANS L'EMPLOI

régime de la représentativité syndicale. La représentativité est au cœur du dispositif de reconnaissance de la capacité conventionnelle (1). Or, une fois cette capacité définie, il convient de déterminer les conditions dans lesquelles les acteurs de la négociation peuvent conclure une convention collective (2).

1 - Légitimité des acteurs

202. Notion de représentativité⁷³³. A la différence d'autres pays européens, les syndicats français tiennent leurs pouvoirs de l'existence d'un intérêt collectif, distinct de la somme des intérêts de ses membres et de l'intérêt général. A l'origine, les syndicats négociaient dans l'intérêt de leurs adhérents, qui étaient libres d'insérer la clause conventionnelle dans leur contrat. Les juges⁷³⁴ sont alors intervenus pour reconnaître une représentation plus large des syndicats, celle des intérêts collectifs de la profession, une position rapidement consacrée par le législateur⁷³⁵. A cette fin, la loi leur a progressivement conféré des attributions, prérogatives, moyens d'action. Des prérogatives, qui compte tenu de la nouvelle conception, sont réservées à certains d'entre eux : les syndicats représentatifs. Cette différenciation, au nom de la représentativité, a été jugée compatible avec le principe de la liberté syndicale⁷³⁶. De ce principe, compte tenu des considérations idéologiques, historiques de la France,

733 La notion de représentativité est née en droit international du travail dans un décret de 1921 relatif au Conseil supérieur du Travail adopté suite à la création de l'OIT. Au niveau interne, la représentativité a tout d'abord été envisagée par un décret du 19 janvier 1936 faisant référence aux « organisations syndicales les plus représentatives », puis consacrée par la loi du 24 juillet 1936 sur les conventions collectives susceptibles d'être étendues. Cf. ARSEGUEL (A.), *La notion d'organisations syndicales les plus représentatives*, Thèse Toulouse, 1976 ; YANNAKOUROU (S.), *L'Etat, l'autonomie collective et le travailleur. Etude comparée de droit français et italien de la représentativité syndicale*, LGDJ, 1995 ; ARSEGUEL (A.), « Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale », in *Mélanges dédiés à M. DESPAX*, Université Toulouse I Capitole, 2002, p. 401 ; BORENFREUND (G.), « Propos sur la représentativité syndicale », *Dr. soc.* 1988, p. 476 ; « La représentation des salariés et l'idée de représentation », *dr. Soc.* 1991, p. 685 ; « Le nouveau régime de la représentativité syndicale », *RDT* 2008, 712 ; SAVATIER (J.), Les transformations de la fonction représentative des syndicats, *Etudes offertes à G LYON CAEN*, Dalloz 1989, p. 179 ; VERDIER (J.-M.), Réalité, authenticité et représentativité syndicales, *Etudes offertes à A. BRUN*, Lib. Eco. et soc., 1974, p. 571, Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales, *Dr. Soc.* 1991, p. 5.

734 Cass. Chambres Réunies, 5 avril 1913, Sirey, 1920.I.49, note A. Mestre.

735 Art. L. 2131-1 nouv. C. trav. qui reprend l'art. L. 411-1 C. trav.

736 VALTICOS (N.), Un développement du droit international du travail : les droits syndicaux et les libertés publiques in *En hommage à P. HORION*, Faculté de droit belge, 1972, p. 263. La liberté syndicale bénéficie d'une reconnaissance internationale (Conv. OIT n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical adoptée le 9 juillet 1948 et ratifiée par la France le 8 mars 1963), européenne (art. 11 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme), et communautaire (Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne).

découle le pluralisme syndical.

Traditionnellement, deux voies permettaient de reconnaître le caractère représentatif d'un syndicat : soit par le contrôle de critères, c'est à dire une représentativité prouvée ou « objectivement vérifiée »⁷³⁷, soit par adhésion à une organisation syndicale reconnue représentative au niveau national. En réalité seul le critère d'adhésion s'avérait efficace ; l'action des syndicats en place permettait difficilement aux syndicats émergents d'être reconnus. L'apparition d'accords favorisant la flexibilité a justifié une profonde remise en cause de la notion de représentativité, traduite par la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale.

a) La double représentativité avant la loi du 20 août 2008.

Avant la réforme⁷³⁸, la représentativité était soit présumée, lorsque le syndicat était affilié à l'une des cinq grandes confédérations reconnues représentatives sur le plan national, soit prouvée, en s'appréciant selon les critères posés par la loi du 11 février 1950 et selon la règle de concordance.

203. Représentativité prouvée. L'article L. 133-2 du code du travail ancienne numérotation prévoyait la possibilité d'établir sa représentativité sur le fondement de cinq critères non cumulatifs⁷³⁹ : l'indépendance⁷⁴⁰, les effectifs⁷⁴¹, les cotisations, l'expérience et l'ancienneté, et l'attitude patriotique du syndicat pendant l'occupation (critère totalement obsolète), qui s'appréciaient selon la technique du « faisceau d'indices »⁷⁴². En réalité, dans

737ARSEGUEL (A.), «Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale», in Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX, Presses de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p. 401.

738ARSEGUEL (A.), VERDIER (J.-M.), « Quelle réforme de représentativité syndicale ? », *RDT* 2006, p. 284.

739Soc. 5 novembre 1986, n° 86-60.043, *Bull. Civ. V*, n° 512 – Soc. 8 févr. 1994, n° 93-60.141.

740Il s'agit ici d'éviter un « syndicat maison » c'est à dire créer avec la bienveillance de l'employeur ou financer par lui.

741Il s'agit ici du nombre d'adhérents du syndicat (CE, 17 juin 1960, *Dr. Soc.* 1961, p. 170) qui selon la Cour de cassation doit s'apprécier de manière relative (Soc. 28 juin 1978, D., 1979, IR, p. 24, obs. LANGLOIS (Ph.). Cependant, la Cour de cassation a jugé que le critère des effectifs n'était pas décisif dans la reconnaissance de la représentativité d'un syndicat (Soc. 4 mars 1970, *Bull. Civ. V*, n° 161).

742VERDIER (J.-M.), «Critères de la représentativité syndicale, recomposition et contrôle du juge de cassation? (Soc. 3 dec. 2002. Syndicat Sud Caisse d'Épargne)», *Dr. soc.*, 2003, p. 299. Le Professeur

TITRE 1 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE MAINTIEN DANS L'EMPLOI

un arrêt de principe en date du 3 décembre 2002⁷⁴³, la chambre sociale avait arrêté une solution inédite qui traduisait sa conception de l'appréciation de la représentativité, mettant en avant seulement deux critères : l'indépendance et l'influence du syndicat⁷⁴⁴. La formule choisie était la suivante : « *dès qu'il constate l'indépendance du syndicat et qu'il caractérise son influence dans l'entreprise au regard des critères énumérés par l'article L. 133-2 du code du travail, le tribunal d'instance apprécie souverainement la représentativité* ». Ainsi, alors que les critères énumérés par l'ancien article L. 133-2 code du travail⁷⁴⁵ n'étaient pris en compte qu'à titre exceptionnel, les juges ont étonnamment visé l'article dans leur solution. Par la suite, la chambre sociale a réintroduit le critère de l'audience électorale⁷⁴⁶.

La légitimité des acteurs était renforcée par le critère de concordance. Selon cette règle « *les critères et conditions de représentativité doivent être appliqués et appréciés dans le cadre territorial et professionnel qui est celui de la question pour laquelle la représentativité syndicale est requise* »⁷⁴⁷. De fait un syndicat pouvait être reconnu représentatif au niveau de la branche mais pas au plan local, ou inversement. La volonté était alors de garantir la légitimité des acteurs au niveau de la négociation.

204. Représentativité de droit. Certains syndicats bénéficiaient d'une présomption irréfragable de représentativité. La décision interministérielle du 8 avril 1948, modifiée par l'arrêté du 31 mars 1966⁷⁴⁸, prévoyait en effet « *qu'en vue de la conclusion des conventions collectives de travail nationales intéressant les grandes branches d'activité, et afin d'assurer une représentation équitable des organisations syndicales appelées à discuter les clauses*

BORENFREUND évoque quant à lui dans le même ordre d'idée, un « alliage de critères » (obs. sous Soc. 13 avril 1999, *Dr. soc.*, 1999, p. 644)

743 Soc. 3 déc. 2002, *Bull. Civ. V*, n° 364 ; *Dr. Soc.* 2003. 298, note J.-M. VERDIER ; *Grands arrêts*, 4ième éd. 2008. n° 129.

744 L'influence est déduit des critères quantitatifs que sont les effectifs et les cotisations. V. Soc. 23 juill. 1980, *Bull. civ. V*, n° 686 (relativement à un syndicat ayant un effectif correspondant à 40% des salariés) -- Soc., 14 janv. 1982, *Bull. civ. V*, n° 22 (jugeant que dès lors que le syndicat a un effectif relativement important, le juge ne peut exclure la représentativité sans se prononcer sur les autres critères).

745 Art. L.2121-1 Nouv. C. Trav.

746 Soc. 7 janv. 1982, *Bull. Civ. V*, n° 6 – Soc. 11 févr. 1982, *Bull. Civ. V*, n° 91.

747 VERDIER (J.-M.), *Syndicats et droit syndical. Traité de droit du travail*, 2^eed., Vol. I, Paris, Dalloz, 1987, p. 489. ; DOCKES (E.), AUZERO (G.), *Droit du travail*, 30ième éd. Dalloz, coll. « Précis », 2016, § 1054.

748 Arr. Min., 31 mars 1966.

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

générales de ces conventions communes à l'ensemble des catégories de salariés, sont considérées comme les plus représentatives les organisations syndicales nationales des salariés affiliées à la CGT, CGT-FO, CFDT, CFTC ; (...) La CGC en ce qui concerne la catégorie professionnelle des cadres ». La représentativité au plan national était donc reconnue de plein droit à cinq grandes centrales syndicales, une liste interprétée limitativement par la jurisprudence⁷⁴⁹. A l'exception des confédérations de l'arrêté de 1966, aucun syndicat n'aura été représentatif au même titre, sur le plan national.

Au demeurant, les syndicats pouvaient agir en vertu d'une « représentativité d'emprunt »⁷⁵⁰, obtenue par affiliation à une organisation nationale représentative⁷⁵¹. Les syndicats de base affiliés à l'une de ces confédérations bénéficiaient ainsi d'une représentativité de plein droit, et ce, quelle que soit leur situation réelle ou le nombre de leurs d'adhérents⁷⁵². Toutefois, la représentativité ne valait que dans les limites du syndicat auquel ils s'affiliaient. La représentativité d'emprunt devait servir à favoriser l'implantation des confédérations nationales au niveau local.

Cette présomption concentrait de nombreuses critiques, notamment celle de ne pas être « juste » puisque les confédérations constituées après l'arrêté de 1966 ne pouvaient prétendre au bénéfice de celle-ci, et qu'il s'agissait donc d'une représentativité par « favoritisme ». En réalité la volonté des pouvoirs publics était d'éviter un éparpillement des organisations reconnues – en effet une multiplication du nombre d'acteurs sociaux aurait d'une part accru la complexité du dialogue social, et d'autre part représenté un coût certain pour l'Etat qui assure la majeure partie de leur financement. Pour exemple le Conseil d'Etat a refusé de reconnaître la représentativité de l'UNSA au plan national et interprofessionnel dans une décision en date du 5 novembre 2004 en considérant que sa

749La question de la représentativité d'un syndicat affiliée à une fédération professionnelle qui aurait prouvé sa représentativité au plan national, par application des dispositions de l'article L133-3 du code du travail (ancienne numérotation), a été posée à la Haute autorité qui, de façon constante, considérant que l'arrêté de 1966 avait un caractère limitatif, a refusé de conférer au syndicat-adhérent la représentativité (Soc. 9 déc. 1982, D. 84 IR, p. 255, obs. J. M. VERDIER).

750PETIT (Franck), *La notion de représentation dans les relations collectives de travail*, préf. P. RODIERE, LGDJ, Bibliothèque de droit privé tome 291, p. 396.

751Art. L. 2122-1 abrogé. Loi 27 décembre 1968.

752Soc. 17 mars 1998, n° 96-60.396, *Bull. Civ. V*, n° 157.

présence était insuffisamment diversifiée dans les différentes branches⁷⁵³.

Pour autant on constate que cette intangibilité dans la reconnaissance de la représentativité a entraîné une sclérose du mouvement syndical dans la mesure où il était impossible de remettre en cause l'assise des cinq principales confédérations.

b) Représentativité syndicale issue de la loi du 20 août 2008.

L'un des objectifs affichés de la loi du 20 août 2008⁷⁵⁴, était de renforcer la légitimité des acteurs de la négociation. A ce titre il demeure étonnant que le législateur n'ait pas profité de cette occasion pour traiter de la représentativité patronale.

205. Volonté de réformer. L'idée d'une réforme du dialogue social faisait consensus. La présomption irréfragable concentrait les critiques, notamment celles des syndicats qui n'en bénéficiaient pas. C'est à l'occasion de la « refondation sociale », souhaitée par le Medef, que le débat sur la légitimité des organisations syndicales a été relancé. Elle exprime l'idée d'une autonomie collective des partenaires sociaux⁷⁵⁵, c'est à dire une

753CE 5 nov. 2004, *Dr. Soc.* 2004. 1098, concl. P.-H. STAHL.

754Cf. ANTONMATTEI (P.-A.), « Négociation collective et syndicats catégoriels, le début des ennuis », *Dr. Soc.*, 2011, 89 ; ARSEGUEL (A.), « Représentativité syndicale et élections professionnelles », Recueil Dalloz 2010, p. 2029 ; BORENFREUND (G.), « Représentativité syndicale et négociation collective », *Dr. Soc.*, 2013, 300 ; BOULMIER (D.), « La loi du 20 août 2008 et la représentativité...arithmétique étrange et autres singularités », *JCP S* 2014, 1209 ; COMBREXELLE (J.-D.), « La réforme de la représentativité syndicale, vu de la salle des machines », *Dr. Soc.*, 2013, 932 ; FAVENNEC-HERY (F.), « La représentativité syndicale », *Dr. soc.*, 2009, 630 ; « L'accès la représentativité », *JCP S* 2012, 1234 ; FLAMENT (L.), « La représentativité après la loi du 20 août 2008, nouvelles questions », *JCP S* 2009, 1386 ; « A propos de la rénovation de la démocratie sociale », *Dr. Soc.*, 2009, 627 ; GAURIAU (B.), « La rénovation de la démocratie sociale, loi n° 2008-789 du 20 août 2008 », *JCP S* 2008, 1448 ; « Droit syndical et question prioritaire de constitutionnalité », *JCP S* 2010, 1354 ; « Le périmètre d'appréciation de la représentativité syndicale », *JCP S* 2011, 1116 ; MARTINON (A.), « La représentativité des syndicats catégoriels », *JCP S* 2012, 1240 ; MICHEL (S.) « Présentation succincte des critères de représentativité syndicale après la loi du 20 août 2008 », *Dr. Ouvr.*, 2008, 604 ; MORIN (M.-L.), « Les nouveaux critères de la représentativité syndicale dans l'entreprise », *Dr.soc.* 2011, 62 ; PECAULT-RIVOLIER (L.) PETIT (Franck), « Le redéploiement des forces syndicales, enjeux et mesure de l'audience syndicale », *Dr. Soc.* 2010, 1168 ; PETIT (Franck), « Représentation syndicale et représentation élue des personnels de l'entreprise depuis la loi 2008-789 du 20 août 2008 », *dr. Ouvr.* 2009, 22 ; « L'affiliation confédérale, élément déterminant du vote des salariés », *dr. Soc.*, 2011, 1063 ; « Les syndicats mis à l'épreuve des scrutins », *Dr. Soc.* 2011, 1241 ; RADE (C.), « Les syndicats catégoriels et le réforme de la démocratie sociale », *Dr. Soc.*, 2010, 821 ; TEYSSIE (B.), « La représentativité syndicale en droit communautaire », in *Mélanges BLANC JOUVAN (X.)*, 2005, 369 ; 2008-2012, les syndicats, le législateur et le juge, *JCP S* 2012, 1232.

755YANNAKOUROU (S.), *L'Etat, l'autonomie collective et le travailleur – Etude comparative du droit italien et du droit français de la représentativité syndicale*, LGDJ, Bibli. De droit privé, t. 247, Paris, 1995, p. 15.

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

capacité des acteurs à produire des normes qui les engagent. Par ailleurs, le renforcement de la légitimité et de la place de la norme négociée avec la loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social⁷⁵⁶, qui tient désormais une place essentielle, concurrente à la loi, imposaient de s'interroger sur cette question.

206. Disparition de la présomption irréfragable⁷⁵⁷. La position commune du 9 avril 2008 indiquait dans son article 3-1 que la « *redéfinition de la représentativité à partir d'un ensemble de critères incluant l'audience s'accompagne de la disparition de la présomption irréfragable* ». En effet, « *la représentativité n'emporte d'effets qu'aux niveaux où elle est reconnue* ». La représentativité doit désormais être acquise. Désormais, chaque organisation doit établir sa représentativité sur la base des critères prévus à l'article L. 2121-1 du code du travail. Cette réforme a le mérite de replacer le principe de concordance au cœur du débat : la légitimité des acteurs doit être acquise au niveau considéré. Il n'existe plus de reconnaissance de représentativité générale. A titre d'exemple la CGT, syndicat historique et très présent au plan national, n'a pas été reconnue représentative à l'issue des élections professionnelles chez Airbus⁷⁵⁸.

207. Une représentativité nécessairement prouvée. La représentativité des organisations syndicales est désormais fondée sur des critères légaux et cumulatifs : le respect des valeurs républicaines, l'indépendance, la transparence financière, une ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation, l'audience électorale, l'influence et les effectifs d'adhérents et les cotisations. Si la loi ne modifie pas radicalement la liste des critères, elle introduit toutefois deux nouveautés : le critère de la transparence financière et celui de l'audience. S'agissant de la transparence financière, la loi de 2008 procède à la régulation du financement du syndicat. A ce titre, les organisations syndicales sont tenues d'établir et de publier des comptes certifiés

⁷⁵⁶CESARO, (J.-F.), Commentaire de la loi du 31 janvier 2007 de modernisation de dialogue social, *JCP S* 2007, 1117 ; RAY (J.-E.), Les sources de la loi du 31 janvier 2007, *Dr. Soc.* 2010, p. 496 ; VERKINDT, (P.-Y.), L'article L. 1 du code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale, *Dr. Soc.*, 2010, p. 519.

⁷⁵⁷Rappelons que la présomption de représentativité est maintenue jusqu'à 2017 de la façon suivante : « *pendant quatre ans à compter de la première détermination des organisations syndicales de salariés reconnues représentatives au niveau des branches en application de l'article L. 2122-5, toute organisation syndicale affiliée à l'une des organisations l'une des organisations syndicales de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel est présumée représentative au niveau de la branche* ».

⁷⁵⁸Elections professionnelles du 4 décembre 2014 dans les usines Airbus en France.

TITRE 1 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE MAINTIEN DANS L'EMPLOI

dans des conditions fixées par décret⁷⁵⁹. Quant à l'exigence du cumul des critères, elle limite le pouvoir d'appréciation des juges qui, jusqu'alors, pouvaient évaluer la prééminence de certains critères.

208. Prévalence du critère de l'audience. L'audience est le critère offrant aux salariés la possibilité de choisir directement un syndicat. Le critère a longtemps joué un second rôle, les critères « qualitatifs » étant préférés à ceux dits « quantitatifs »⁷⁶⁰. Toutefois, suite aux nombreuses critiques⁷⁶¹ visant la représentativité présumée, qui allait à l'encontre de la « logique profonde du vote »⁷⁶², la loi de 2008 a modifié sa logique en consacrant l'audience comme le critère décisif de mesure de la représentativité de l'organisation syndicale. Néanmoins, la loi a établi des seuils différents selon le niveau auquel est apprécié la représentativité du syndicat.

Pour accéder à la représentativité au sein d'un établissement ou d'une entreprise, un syndicat doit avoir recueilli au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des membres titulaires du comité d'entreprise -ou d'établissement- ou de la délégation unique du personnel⁷⁶³⁷⁶⁴. Saisi dans le cadre d'une question de constitutionnalité, le conseil constitutionnel a déclaré constitutionnelle l'exigence d'un seuil

759Art. D. 2135-1 & s. C. trav. Par ailleurs, le défaut des documents comptables peut être compensé par d'autres documents produits par le syndicat (soc. 29 févr. 2012, n° 11-13.748).

760Nous reprenons ici une distinction opérée par le Professeur Verdier (« Réalité, authenticité et représentativité syndicales » in *Études de droit du travail* offertes à A. Brun, Librairie économique et sociale,

761Cf. Rapport Hadas-Lebel, « Pour un dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles syndicales », mai 2006 ; Avis CES, «Consolider le dialogue social», avis adopté le 29 novembre 2006, p.14.

762BORENFREUND, (G.), *Propos sur la représentativité syndicale*, dr. Soc. 1988, p. 483. Dans le même sens, le Professeur ARSEGUEL affirmait : « *pour que des résultats électoraux puissent être un instrument sérieux et non contesté de mesure de la représentativité, encore faut-il que les élections dont ils découlent aient fait l'objet d'un dépouillement exhaustif, doublé d'un contrôle des services de l'administration du travail qui en attesteront la régularité.* ». (« La notion d'organisation les plus représentatives, Ecole doctorale Science juridique et politique, p. 273.

763Un aménagement particulier a été prévue pour les organisations syndicales intercatégorielles. Leur représentativité est subordonnée à leur affiliation à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale, et à l'obtention d'au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des membres titulaires du comité d'entreprise (ou de la délégation unique du personnel), ou, à défaut, des délégués du personnel dans le collège électoral auquel appartiennent les salariés qu'elles entendent représenter.

764Les juges interprètent strictement ce taux puisqu'ils ont refusé la représentativité à un syndicat ayant obtenu 9,98% des suffrages exprimés au premier tour des élections professionnelles sur l'ensemble des établissements d'une entreprise (v. Soc. 15 oct. 2015, n° 14-25.375).

de 10% des suffrages exprimés au regard du principe de la liberté syndicale⁷⁶⁵.

Au niveau de la branche, le syndicat doit recueillir « au moins 8% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des membres titulaires des comités d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants, et, d'autre part, des suffrages exprimés au scrutin concernant les entreprises de moins de onze salariés dans les conditions prévues aux articles L.2122-10-01 et suivants. La mesure de l'audience s'effectue tous les quatre ans »⁷⁶⁶. Le même seuil est exigé au niveau national et interprofessionnel. En abaissant le taux à seulement 8% – au lieu de 10% – les partenaires sociaux ainsi que le législateur ont pris le soin de s'assurer dans un premier temps de la stabilité du paysage syndical⁷⁶⁷.

La prévalence du critère de l'audience modifie la portée de la représentativité dans le temps puisqu'elle est aujourd'hui limitée à la durée du cycle électoral⁷⁶⁸. En effet, dorénavant la représentativité sera remise en jeu tous les quatre ans, à l'occasion de nouvelles élections professionnelles.

209. Spécificité des organisations patronales. La représentativité des organisations patronales délaissée par la loi du 20 août 2008 a finalement été examinée par celle du 5 mars 2014. Les organisations patronales agissent comme les mandataires de leurs membres lors de la négociation collective. Jusqu'à la loi du 5 mars 2014, les dispositions du code du travail relatives à l'exigence de représentativité, visaient seulement les syndicats, ce qui n'empêchait pas le juge d'utiliser les mêmes critères pour apprécier la représentativité des organisations patronales. Désormais, la représentativité des organisations patronales est déterminée par six critères cumulatifs mentionnés à l'article L. 2151-1 du code du travail⁷⁶⁹. Les effectifs des

765Cons. Const., déc. 12 nov. 2010, n° 2010-63/64/65 QPC : JO 13 nov. 2010, p. 20238.

766Art. L. 2122-5 C. Trav.

767A raison puisque compte tenu des résultats des dernières élections professionnelles, la CFE-CGC et la CFTC auraient perdu leur représentativité au niveau national et interprofessionnel.

768La Cour de cassation, en décidant dans son arrêt du 13 février 2013 que « la représentativité des organisations syndicales, dans un périmètre donné, est établie pour toute la durée du cycle électoral », a consacré la notion de cycle électoral qui jusqu'alors était envisagée par les dispositions légales et réglementaires pour l'appréciation de la représentativité des syndicats aux niveaux de la branche ainsi que interprofessionnel.

769Des modifications techniques ont été apportées par la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi qui réforme en partie le droit de la négociation collective (art. 23). V. GAURIAU, (B.),

adhérents constituent néanmoins le critère principal.

210. Une révolution en marche ? Le premier cycle électoral consécutif à la loi du 20 août 2008 pour mesurer la représentativité des syndicats a abouti à un statut quo au niveau national et interprofessionnel que l'on explique facilement par une exigence de résultat particulièrement faible (8%)⁷⁷⁰. Il semblerait que le législateur ne souhaitait pas un bouleversement du paysage syndical. C'est peut être aussi pour cette raison qu'a été maintenue dans les branches jusqu'en 2017, la représentativité des fédérations l'ayant obtenue avant l'entrée en vigueur de la réforme, et ce quelle que soit leur audience.

De fait certains ont pu écrire que la loi n'avait apporté aucun changement à la représentativité des syndicats. Or cette opinion n'est pas totalement exacte.

En effet au niveau local beaucoup de situations ont d'ores et déjà changé, ouvrant la voie à une négociation spécifique à chaque paysage d'entreprise. On constate que certains syndicats ont perdu leur représentativité tandis que d'autres l'ont obtenue. Si dans les entreprises de 50 salariés ou plus la réforme a eu un impact relatif⁷⁷¹, dans celles de 200 salariés et plus où plusieurs syndicats coexistent, le paysage syndical a bien évolué puisque 40% de ces entreprises ont « perdu » au moins un syndicat représentatif. Aussi si au niveau des branches rien n'a encore changé, 2017 devrait marquer un important bouleversement compte tenu des résultats des dernières élections⁷⁷², à commencer par la disparition de la CFTC.

A défaut d'une révolution, la réforme a toutefois suscité une évolution, puisqu'elle a provoqué la disparition de nombreuses implantations syndicales, bouleversant dès lors les rapports de force des syndicats.

« Stratégie et dialogue social adapté », *JCP S* 2015, 1354.

770CGT : 26,77% - CFDT : 26% - CGT-FO : 15,94 % ; CFE-CGC : 9,43% - CFTC : 9,30%.

771Une entreprise sur cinq a perdu cette qualité et 8% l'ont acquise.

772Ainsi la CFTC qui lors des dernières élections n'a pas atteint le seuil de 8% dans les 2/3 des branches restent représentatives. De la même manière la CFE-CGC reste représentatives en dépit d'un taux inférieur à 8% dans un tiers des branches.

2 - Légitimité des accords

211. Représentativité comme condition nécessaire mais insuffisante. Dans la conception traditionnelle, un syndicat était autorisé à négocier et conclure un accord ou une convention collective sur le seul critère de la représentativité ; chaque syndicat reconnu représentatif peut dès lors conclure un accord collectif engageant l'ensemble des salariés. Le critère de la représentativité introduit par la loi de 1936 concernait alors uniquement les conventions collectives susceptibles d'extension, avant d'être généralisé à l'ensemble des conventions par la loi du 13 juillet 1971⁷⁷³. Dès ce moment là, le critère de la représentativité était exigé qu'il s'agisse d'une convention susceptible d'extension ou pas. Le professeur Morin affirme alors que la condition de représentativité « *est ainsi devenue, au-delà de la qualité nécessaire à l'expression de l'intérêt collectif, une condition de l'exercice autonome d'un pouvoir de réglementation* »⁷⁷⁴. L'exigence majoritaire était écartée par la fonction attribuée à la représentativité⁷⁷⁵.

Finalement, cette conception a lentement évolué, avec l'introduction de nouveaux critères, certains accords subordonnant l'entrée en vigueur des conventions à une condition de majorité⁷⁷⁶.

212. Introduction du principe majoritaire. Si la conclusion d'une convention collective par une organisation minoritaire dans le champ d'application ne présentait pas d'inconvénients lorsque la fonction des conventions étaient uniquement amélioratrice, cette faculté est devenue plus difficile à justifier avec l'apparition des conventions « à double sens »⁷⁷⁷. Aussi, des voix se sont élevées pour renforcer la légitimité des conventions collectives, jugeant le critère de représentativité insuffisant. Parmi les solutions envisagées

773Loi n° 71-561 du 13 juill. 1971.

774MORIN (M.-L.), « Principe majoritaire et négociation collective, un regard de droit comparé », *Dr. Soc.*, 2000, p. 1082.

775Dans ce sens, Marie-Laure Morin écrivait que la condition de majorité est « étrangère à notre tradition de négociation collective » (« Principe majoritaire et négociation collective, un regard comparé », *Dr. Soc.* 2000, p. 1080.

776ARSEGUEL (A.), «Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale», in *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Presses de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p. 401.

777ARSEGUEL, (A.), «Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale», in *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Presses de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p. 401.

TITRE 1 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE MAINTIEN DANS L'EMPLOI

pour accroître la légitimité des accords, celle d'une expression majoritaire a obtenu les faveurs⁷⁷⁸. Il convient ici d'insister sur la distinction entre l'identification des négociations dans lesquelles le principe majoritaire ne joue pas, des conditions de validité des conventions collectives pour lesquelles le principe majoritaire est efficient. Un syndicat représentatif est un acteur de la négociation mais sa capacité à engager les salariés est subordonnée à une condition de majorité.

Si la loi Aubry du 19 janvier 2000 a introduit dans le droit positif de la négociation collective l'exigence de majorité pour certains accords collectifs⁷⁷⁹, c'est la loi Fillon du 4 mai 2004 relative au dialogue social qui a marqué le basculement du droit conventionnel dans une logique majoritaire, en subordonnant la validité des accords collectifs à une majorité d'adhésion ou à une absence d'opposition majoritaire.

213. Majorité d'opposition. Le droit positif a consacré un droit d'opposition des syndicats majoritaires à l'entrée en vigueur d'une convention collective, lorsque l'engagement d'un syndicat représentatif peut faire perdre à l'ensemble des salariés des droits légaux ou conventionnels dont ils bénéficiaient jusqu'alors⁷⁸⁰. La faculté reconnue à un syndicat représentatif, de conclure un accord dérogatoire a rendu nécessaire la consécration d'une majorité syndicale de refus⁷⁸¹.

Le droit d'opposition peut être exercé par une ou plusieurs organisations syndicales

778BORENFREUND (G.) « L'idée majoritaire dans la négociation collective » in *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Presses de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p.429 et du même auteur : « La représentation des salariés et l'idée de représentation », *Dr. Soc.* 1991, 685 ; REMY (P.) « Représentation dans la négociation collective : les limites du principe majoritaire », *Dr. ouv.*, 1999, p. 269 ; SUPIOT, (A.), « Parité, égalité et majorité dans les relations collectives de travail : un droit comparé », *dr. Soc.* 2000, p.1083 ; PELISSIER (J.), « Droit des conventions collectives, évolutions ou transformations », in *Mélanges VERDIER*, Paris, Dalloz, 2001, 95.

779Art. 9 de la loi du 19 janv. 2000 (auj. abrogé). Cf. RAY. (J.-E.), « Les grandes manœuvres du droit à la négociation collective », *Dr. Soc.* 1999, p. 1018.

780PELISSIER (J.), Droit des conventions collectives : Evolution ou transformation in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIème siècle*, Mélanges en l'honneur de J.-M. VERDIER, Dalloz, 2001, p. 95, spéc. p. 103.

781Art. L. 2232-12 C. trav. Dispose que la validité de la convention ou de l'accord collectif est subordonnée à sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins 30% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires du comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel, quel que soit le nombre de votants et à l'absence d'opposition d'une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli dans ce scrutin la majorité, ce qui signifie plus de 50% des votes exprimés, quel que soit le nombre de votants.

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

représentatives ayant recueilli, au premier tour des dernières élections professionnelles, la majorité des suffrages exprimés. La loi de 2008 relative à la démocratie sociale a consacré ce principe, s'inscrivant dans un mouvement à l'oeuvre depuis le début des années 1980, et la reconnaissance d'un droit d'opposition aux syndicats représentatifs représentant une majorité de ces salariés⁷⁸². Par la suite, le droit de veto a été étendu aux avenants de révision des conventions de branche par la loi du 31 décembre 1992⁷⁸³, puis aux accords de branche autorisant des modes alternatifs de négociation dans l'entreprise⁷⁸⁴. Reprenant la position commune des partenaires sociaux, la loi du 4 mai 2004⁷⁸⁵ a généralisé le droit d'opposition, confirmé ensuite par la loi du 20 août 2008.

De ce droit d'opposition établi par la loi de 2004, celle de 2008 n'en a pas modifié le régime, la seule différence étant la disparition d'une majorité arithmétique pour une majorité électorale. Alors que sous l'empire de la loi de 2004, l'opposition était régulièrement exprimée dès lors qu'elle était émise par la majorité des organisations reconnues représentatives au niveau considéré, sous l'empire de la loi de 2008, elle doit émaner d'une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés au niveau visé par l'accord, par addition des résultats obtenus, soit, lors des dernières élections des membres titulaires de comité d'entreprise, ou, à défaut, de délégués de personnel⁷⁸⁶. Le mode de calcul est le même que pour celui opéré lors de la majorité d'engagement, nous renvoyons donc leur analyse au développement suivant.

En ce qui concerne les conséquences de l'opposition, la convention ou l'accord frappé

782Ordonnance n° 82-41 du 16 janv. 1982 relative à la durée du travail et aux congés payés et Loi n° 82-957 du 13 nov. 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail. Repris à l'ancien article L. 132-26. Cf. DESPAX (M.), « L'exercice du droit d'opposition de l'art. L.132-26 C. trav. À l'encontre d'accords sur la durée et l'aménagement du temps de travail », *dr. Soc.* 1991, 292.

783L. n° 92-1446 du 31 déc. 1992, art. 33.

784L. 12 nov. 1996, art. 6, VI.

785RAY (J.-E.), « Les curieux accords dits « majoritaires » de la loi du 4 mai 2004 », *Dr. Soc.* 2004, 590 ; BORENFREUND (G.), « Les syndicats et l'exigence majoritaire dans la loi Fillon », in *La négociation à l'heure des révisions*, Dalloz, 2005, p. 7.

786Ajoutons que l'opposition est soumise à des conditions de forme, elle doit être écrite (art. L. 2231-8 al. 1), motivée (Art. L.2231-8 al1) et notifiée aux signataires de l'accord objet de l'opposition dans un délai de 15 jours.

TITRE 1 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE MAINTIEN DANS L'EMPLOI

d'opposition est réputé non écrit⁷⁸⁷. Elle ne produit aucun effet juridique et les salariés ne pourront se prévaloir d'un quelconque avantage.

214. La majorité d'engagement. La mise en place d'une majorité d'engagement s'est effectuée progressivement⁷⁸⁸, avant d'être définitivement consacrée par la loi de 2008⁷⁸⁹. Cette loi consacre le passage d'une « *majorité de refus vers une majorité de l'assentiment* »⁷⁹⁰. Dorénavant, la validité de la convention ou de l'accord conclu par un ou plusieurs syndicats, ou au niveau de l'entreprise, par leurs délégués syndicaux est soumise à une double condition : d'une part, l'absence d'opposition majoritaire et d'autre part, l'existence d'une majorité d'engagement. En effet, la convention ou l'accord collectif n'est en principe valable que s'il est conclu par une ou des organisations ayant obtenu au moins 30% d'audience aux élections professionnelles au niveau considéré⁷⁹¹, et peut faire l'objet d'une opposition par une ou des organisations ayant obtenu au moins 50% des suffrages valablement exprimés. La condition majoritaire légale est d'engagement, même s'il s'agit en réalité, d'une majorité relative, voire même « très relative »⁷⁹² considérant que le taux est calculé par rapport aux suffrages exprimés, et non selon le nombre d'électeurs inscrits. Cette relativité peut s'avérer d'autant plus dangereuse dans le cadre d'une évolution de la structure de l'entreprise. En effet, le législateur n'a pas déterminé les incidences d'une restructuration sur la mesure de l'audience, lorsque celle-ci modifie significativement la représentativité des syndicats. Face au silence du pouvoir législatif et réglementaire, la chambre sociale a estimé que la mesure de la représentativité syndicale au niveau de l'entreprise n'évolue pas durant l'intégralité du

787Art. L2231-9 C. trav.

788Le mécanisme a été introduit progressivement, la majorité d'engagement était alors admise que dans des hypothèses particulières. La loi n° 2000-37 du 19 janv. 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail prévoyait des allègements fiscaux à la condition que l'accord d'entreprise ait recueilli la majorité des suffrages exprimés. Egalement, l'accord de méthode instauré à titre expérimental par la loi Fillon n° 2003-6 du 3 janvier 2003, était conditionné à une majorité d'engagement. Enfin, la loi de 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, a ouvert l'alternative « majorité d'opposition » ou « majorité d'adhésion ».

789Loi n° 2008-789 du 20 août 2008.

790SUPIOT (A.), « Parité, égalité, majorité dans les relations collectives de travail », *Mélanges en l'honneur de H. Sinnay*, 1994, p 67.

791Art. L2232-2 C. Trav.

792RAY (J.-E.), « L'accord majoritaire d'entreprise », *Dr. Soc.* 2009, 887.

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

cycle électoral⁷⁹³. On pourrait alors arriver dans des cas extrêmes à une situation où l'accord ne serait plus le reflet de la volonté collective en raison d'une « représentativité périmée ».

Ces nouvelles dispositions ne s'opposent pas à la règle de l'unicité de signature, puisque le seuil de 30% n'empêche pas à un syndicat représentatif de conclure une convention ou un accord collectif, néanmoins, celui-ci doit également atteindre un seuil d'audience. A contrario, la conclusion de l'accord par plusieurs organisations syndicales représentatives, ne suffit parfois pas à dépasser le seuil de 30%.

En tout état de cause, l'introduction de la majorité d'engagement a suscité une réelle « *transformation profonde du système français* »⁷⁹⁴. Le renforcement de la légitimité des accords ne fait nul doute, d'autant que le maintien de la majorité d'opposition permet de neutraliser un accord conclu avec une relative majorité.

Cette double évolution est chargée de répondre à une volonté de démocratie sociale qui prendrait en compte l'expression du plus grand nombre de salariés. Ceux-ci doivent pouvoir faire confiance aux syndicats pour la défense de leurs intérêts, d'autant plus aujourd'hui dans la mesure où les salariés sont juridiquement liés à des accords dérogatoires.

B - La prévalence de l'intérêt collectif sur l'intérêt individuel

L'essor des accords de compétitivité a permis d'améliorer l'équilibre entre la protection des salariés et l'efficacité économique. Il n'en reste pas moins que pour atteindre ses objectifs, la force normative de l'accord collectif ne doit pas être contrariée par une résistance déraisonnable du contrat de travail. Si ce dernier constitue un rempart face à la force normative de l'accord collectif (1), le législateur a organisé ces dernières années des hypothèses de contrainte de l'accord individuel (2).

793Soc. 19 fév. 2014, n° 13-16.750, n° 13-20.069, n° 12-29.354 et n° 13-17.445, *JCP S* 1121, obs. E. Jeansen et Y. Pagnerre ; *JCP S* 2014, 1184, obs S. BEAL et C. TERRENOIRE ; *JCP G* 2014, 512, obs. C. METZGER ; RADÉ (Ch.), « « La suprématie du cycle électoral (à propos de quatre arrêts en date du 19 février 2014) » : le mieux, ennemi du bien ? » », *Lexbase hebdo éd. soc.* 2014, n° 561.

794RAY (J.-E), « L'accord majoritaire d'entreprise », *Dr. Soc.* 2009, 887.

1 - Le contrat de travail comme rempart

215. L'indispensable accord du salarié. Si les dispositions prévues dans les conventions ou accords collectifs se substituent immédiatement aux dispositions du contrat de travail, et ce quelle que soit la nature de l'accord, l'accord collectif ne pourra pas modifier sans l'accord des salariés les droits qu'ils tiennent de leur contrat de travail. Depuis l'arrêt *Raquin*⁷⁹⁵, il est acquis qu'un employeur ne peut pas modifier le contrat de travail d'un salarié sans son accord explicite. Par cette décision la jurisprudence permet ainsi de réaffirmer la force obligatoire du contrat de travail qui prime sur le pouvoir de direction de l'employeur. La présence d'un accord collectif, valablement conclu, n'y change rien, la volonté collective ne prime pas sur la volonté individuelle.

En conséquence, toute modification du contrat de travail du salarié est subordonnée à son consentement préalable ; en revanche, les conditions d'exécution du travail relèvent des pouvoirs exclusifs de l'employeur. La distinction entre modification du contrat de travail et changements des conditions de travail suppose au préalable de déterminer la nature contractuelle ou non de l'élément modifié. Or la distinction repose sur l'opposition « *entre la sphère contractuelle -négociée à deux, elle ne peut être modifiée qu'entre les parties- et la phase d'exécution du contrat où le salarié doit se plier aux ordres et aux directives de l'employeur* »⁷⁹⁶. La rémunération, le lieu de travail ou encore le temps de travail, sont généralement les éléments qui forment le socle contractuel.

Le contrat de travail confère donc des droits au salarié et notamment celui du « statut quo contractuel »⁷⁹⁷. Le salarié est protégé contre les décisions unilatérales de l'employeur susceptibles d'affecter les engagements contractuels. A ce sujet, Agnes Viottollo-Ludmann écrivait « *le domaine de la subordination régresse au fur et à mesure que progresse celui du contrat* ». A l'inverse de la convention collective, le contrat de travail est juridiquement stable. La volonté collective s'impose ainsi au salarié mais celui-ci dispose de son contrat de travail comme garde fou. L'accord collectif ne peut pas modifier des dispositions

⁷⁹⁵Soc. 8 oct. 1987, n° 84-41.902 *Bull. Civ. V*, n° 541, *Dr. Soc.* 1988, p. 135 obs. SAVATIER ; Antérieurement à cet arrêt, il était considéré que le droit de l'employeur de résilier l'emportait sur celui de le modifier.

⁷⁹⁶WAQUET (Ph.), « Modification du contrat et changement des conditions de travail », *RJS* 1996, 791.

⁷⁹⁷VIOTTOLLO-LUDMANN (A.), *Egalité, liberté et relation contractuelle du travail*, préface Cl. ROY LOUSTAUNAU, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2004, spéc. p. 85.

essentielles de son engagement contractuel sans son accord.

Toutefois « l'intangibilité du contrat »⁷⁹⁸ face à l'accord collectif a dans un premier temps connu quelques failles concernant le domaine de la durée et de l'organisation du temps de travail.

2 - La contrainte occasionnelle de l'accord individuel pour la préservation de l'emploi

216. Epineuse question de la modulation du temps de travail. Si la distinction entre modification du contrat de travail et changement des conditions de travail est relativement claire, elle connaît quelques incertitudes dans le domaine du temps de travail où le tracé entre les deux frontières s'avère incertain. En ce qui concerne le temps de travail, l'étude des jurisprudences nous conduit à opérer une distinction entre les modifications relatives à la durée du travail, et celles consécutives à l'aménagement du temps de travail. Pour la Haute autorité, la modification de la durée de travail requiert l'accord du salarié, alors que le changement des horaires de travail relève du pouvoir de direction de l'employeur. Toutefois, les variations d'activité de l'entreprise et les besoins de flexibilité de l'employeur, justifient la mise en œuvre d'un dispositif de modulation du temps de travail.

217. Mis en place d'un dispositif de modulation. Dans un premier temps, la loi du 20 août 2008⁷⁹⁹ portant rénovation de la démocratie sociale et du temps de travail a mis en place un dispositif de répartition de la durée du travail sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année⁸⁰⁰. Ce dispositif permet de donner une plus grande souplesse à l'entreprise et aussi de retarder le seuil de déclenchement des heures supplémentaires lorsque des semaines basses viennent compenser des semaines hautes. Parallèlement, cette loi accorde davantage de place à la négociation collective, puisque le dispositif de modulation doit préalablement être négocié afin de définir les modalités d'aménagement du temps de travail, et organiser la répartition de la durée du travail. Ce dispositif a fait l'objet d'une intense activité doctrinale autour de la question de la nécessité du consentement du salarié

798SOUMEIRE (A.), « Accords de compétitivité, accords de maintien de l'emploi : l'affaiblissement de la résistance du contrat de travail », *Le droit ouvrier* 2015, n° 801, p. 228

799L. n° 2008-789 du 20 août 2008.

800Art. L3122-2 C. trav.

TITRE 1 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE MAINTIEN DANS L'EMPLOI

lorsqu'un accord de modulation a été valablement conclu. De même sur cette question, les positions de la Cour de cassation et du législateur divergent.

218. Position des juges. Dans une première décision en date du 23 septembre 2009⁸⁰¹, la Cour de cassation a tranché, de manière curieuse, la question de l'instauration d'un système de modulation. Les hauts magistrats ont décidé que l'instauration d'une modulation du temps de travail s'analysait en une modification du contrat de travail, mais dont le refus constituait une cause réelle et sérieuse de licenciement au sens de l'article L. 1222-7 du code du travail. Cet article, issu de la loi Aubry II⁸⁰², dispose que « *la seule diminution du nombre d'heures stipulé au contrat de travail en application de réduction de la durée du travail ne constitue pas une modification du contrat de travail* ». La chambre sociale a fait une lecture extensive de l'exclusion du régime de la modification du contrat, puisqu'en l'espèce l'accord portait sur l'instauration d'un système de modulation d'horaire⁸⁰³ et non, d'une réduction de la durée du travail. Le fondement contractuel du dispositif a certainement incité les juges à plus de souplesse, néanmoins compte tenu de l'importance des répercussions d'un aménagement du temps de travail sur la vie personnelle et familiale d'un salarié, une autre position eut été préférable⁸⁰⁴.

Un revirement de jurisprudence est intervenu par un arrêt très commenté⁸⁰⁵ en date du

801 Soc. 23 sept. 2009, n° 07-44.712, *Dalloz actualité*, 14 oct. 2009, obs. CORTOT; *RJS* 2009. 825, n° 944 ; *Dr. Ouvrier* 2010, 57, obs. ITURRIOZ ; *JCP S* 2009, 1503, note A. MARTINON.

802 L. n° 2000-37 du 19 janv. 2000.

803 Rappelons que la modification des horaires de travail relève du pouvoir de direction de l'employeur (Soc., 22 févr. 2000, n° 97-44.339 ; *JCP G* 2000, II, 10321, note CORRIGNAN-CARSIN), sauf si l'horaire revêt un caractère contractuel (Soc., 11 juill. 2001, n° 99-42.710 ; *JCP E* 2001, p. 1652). Également, la Cour de cassation considère que lorsque le changement d'horaire constitue une réorganisation importante du rythme de travail, alors l'accord du salarié doit être sollicité. C'est notamment le cas du passage d'un horaire fixe à un horaire variable (Soc., 14 nov. 2000, n° 98-43.218 ; *JCP E* 2001, p. 64 ; *RJS* 2001, n°10).

804 cf. VERICEL (M.), « Accords d'aménagement du temps de travail et modifications du contrat de travail », *JCP E* 2010, 1423.

805 Soc. 28 sept. 2010, n° 08-43.161, D. 2011. 219, obs. DECHRISTE, (C.), note FROSSARD, (S.) ; *ibid.* 1246, obs. BORENFREUND, (G.), DOCKES, (E.), LECLERC, (O.), PESKINE, (E.), PORTA, (J.), CAMAJI, (L.), PASQUIER, (T.), ODOUL ASOREY, (I.), et SWEENEY, (M.) ; *Dr. soc.* 2011. 151, note BARTHELEMY (J.) ; *RDT* 2010, 725, obs. CANUT, (F.), *JCPS* 2010. 1466, note MORAND (M.) ; FLORES (P.), « Modulation du temps de travail et modification du contrat de travail », *SSL* 2010, n° 1472, p. 12 ; JOURDAN (D.), BARTHELEMY (J.), « Contrat de travail et accords dérogatoires de durée du travail », *Les Cahiers du DRH* 2010, n° 170, p. 42 ; FAVENNEC-HERY (F.), « Une mort annoncée des accords collectifs d'annualisation du temps de travail ? », *SSL* n° 1464, p. 10. *Adde*, GOSSELIN (H.), VERKINDT, (P.-H.), *in* Les rencontres de la chambre sociale de la Cour de

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

28 septembre 2010. A cette occasion, les juges ont admis l'intégration du temps de travail dans le champ contractuel, et ce, malgré l'absence d'une clause express. La chambre sociale a ainsi jugé que l'instauration d'une modulation du temps de travail constitue une modification du contrat de travail, et à ce titre, est soumise à l'accord express du salarié⁸⁰⁶.

219. Position du législateur. Alors que la chambre sociale estime que la modulation du temps de travail constitue une modification du contrat du salarié, le législateur dispose à l'article L. 3122-6 que « *la mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année prévue par un accord collectif ne constitue pas une modification de contrat* ». Désormais, et contrairement à la solution retenue par la Haute autorité dans l'arrêt du 28 septembre 2010, l'accord express de chaque salarié n'est plus requis dans l'hypothèse de la mise en place par accord collectif d'une modulation du temps de travail⁸⁰⁷. Par conséquent, le refus du salarié l'expose à un licenciement disciplinaire.

Selon les travaux parlementaires, la jurisprudence de la Cour de cassation « *va à l'encontre de la lettre même du code du travail et de la logique développée par la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, qui consiste à ce que la détermination du temps de travail, et éventuellement sa modulation, relève d'un accord collectif et ne soit pas individualisée dans chaque secteur* ». Par ailleurs, dans sa décision du 15 mars 2012⁸⁰⁸, le Conseil constitutionnel a jugé cette position conforme à la Constitution, considérant que la mise en place du dispositif de modulation étant soumis à l'existence d'un accord collectif, dès lors, les garanties étaient suffisantes pour imposer une modulation des salariés sans leur consentement.

Ces premières failles ont été depuis confirmées par le législateur. En effet, à rebours de la jurisprudence, le législateur fait primer l'accord collectif à « double sens », au détriment de l'accord individuel. Témoignent de ce souhait la loi *Warsmann*, les accords de

cassation, mars 2011, *D*, 2011. 7 s.

806Est considéré comme une modification du contrat du salarié : le passage d'un horaire fixe à un horaire variable (Soc. 14 nov. 2000, n° 98-43. 218), d'un horaire continu à un horaire discontinu (Soc. 3 nov. 2011, n° 10-30.033), d'un horaire de jour à un horaire de nuit (Soc. 7 avr. 2004, *Bull. Civ.* N° 107), la suppression du repos dominical (Soc. 2 mars 2011, n° 09-43. 223).

807Cf. Les mesures sociales de la loi « *Warsmann* », *SSL* 2012, n° 1529, p.6.

808CC, déc. N° 2012-649, DC 15 mars 2012.

TITRE 1 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE MAINTIEN DANS L'EMPLOI

modulation, les accords de maintien dans l'emploi, les accords de mobilité interne et plus récemment les accords de préservation de l'emploi⁸⁰⁹.

La sauvegarde de l'emploi justifie une nouvelle conception de la négociation collective. Après avoir longtemps été dominée par une logique d'acquisition, la négociation collective, permettant de rééquilibrer la relation hiérarchisée entre salarié et employeur s'est progressivement contractualisée. Aussi, les parties doivent chacune faire des concessions et la sanction d'une inexécution est réglée par le droit civil.

Ce dispositif « gagnant-gagnant » s'est inscrit au cœur de la loi de sécurisation de l'emploi de juin 2013 sous la dénomination d'accord de maintien de l'emploi. Si l'accord de compétitivité assure une relative souplesse à l'employeur, ce n'est qu'à la double condition d'une coopération optimale tant des organisations syndicales que des salariés. Au nom de l'emploi le législateur est prêt à lever le dernier obstacle à la mise en œuvre d'une gestion de crise par l'employeur : le contrat du salarié.

809L. n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

CHAPITRE 2 - L'ACCORD COLLECTIF DE MAINTIEN DE L'EMPLOI

Les dispositions légales instituant les accords de maintien de l'emploi⁸¹⁰, issues de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013⁸¹¹ puis amendées par la loi Macron du 6 août 2015⁸¹², sont une traduction fidèle de celles adoptées par les négociateurs de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013⁸¹³. Les accords de maintien de l'emploi permettent à un employeur d'ajuster la « ressource humaine » de l'entreprise aux graves difficultés conjoncturelles qui pourraient mettre en cause la pérennité de l'emploi. La spécificité du dispositif réside dans la suspension provisoire de certaines clauses contractuelles de ses salariés, en contrepartie d'un engagement de ne pas licencier durant la durée d'application de l'accord.

810D'autres techniques de maintien de l'emploi ont été envisagées par le texte de loi. L'une d'elle concernait l'obligation de recherche d'un repreneur en cas de fermeture d'un site qui aurait pour conséquences un projet de licenciement collectif, visant les entreprises de plus de 1000 salariés. Toutefois la loi ne prévoyait aucune sanction particulière, indiquant seulement que les actions engagées au titre de la recherche d'un repreneur seraient prises en compte dans la convention de revitalisation éventuellement conclue. (cf. GEA (F.), « L'obligation de rechercher un repreneur en cas de fermeture d'un site », *Dr. Soc.* 2013, 827 ; DALMASSO (R.), « Le désamorçage de l'obligation de recherche d'un repreneur – Libres propos après la décision du conseil constitutionnel du 27 mars 2014 », *SSL* 2014, 1625). L'art. L.1233-90-1 du code du travail qui avait instauré cette obligation a depuis été abrogé. Après un périple législatif, la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 dispose désormais que l'employeur qui ne se conforme pas à son obligation de repreneur ne peut faire valider ou homologuer son plan de sauvegarde de l'emploi (art. L. 1233-57-2 C. Trav.). Le manquement de l'employeur peut également être sanctionné par le remboursement des aides publiques pour l'installation, le développement économique, la recherche ou l'emploi, attribuées sur les deux années précédant la première réunion du comité d'entreprise relative au projet de licenciement (art. L. 1233-57-21 C. trav.)

811L. n° 2013-504 du 14 juin 2013, art. 17, I, *JO* 16 ; *JCP S* 2013 n°25.

812L. n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques. Dossier « Loi Macron », *Dr. Soc.* Oct. 2015, n° 10, spéc. ANTONMATTEI (P.-H.), « Accord de maintien de l'emploi : premier lifting législatif », 2015, p. 811.

813ANI du 11 janvier 2013, Art. 18, *JCP S* 2013, 1266 ; *Lexbase hebdo éd. Soc.* 31 janvier 2013, 514 ; LEGRAND (H.-J.), Les accords collectifs de maintien de l'emploi : entre deux frontières de la négociation collective ?, *Dr. Soc.* 15 mars 2013, n° 3, p. 245 ; Plus généralement sur l'ANI, cf : Dossier spécial « L'ANI à l'ombre du droit », *SSL* 28 janvier 2013, n° 1569 ; « ANI DU 11 janvier 2013 : Les zones d'ombre juridique », *ibid.* 4 févr. 2013, n° 1570 ; « Sécurisation de l'emploi : Encore un effort ! », *ibid.* 11 mars 2013, n° 1575 ; « ANI du 11 janv. 2013 : Les bases des réformes sociales à venir » *RF soc.* 1 févr. 2013, n° 127, p. 16 ; AUZERO (G.), LARDY-PELLISSIER (B.), « De quelques effets de l'ANI du 11 janvier 2013 sur le droit du contrat de travail », *RDT* 1 mars 2013, n° 3, p. 179 ; LOISEAU (G.), « La sécurisation de l'emploi et la compétitivité des entreprises dans l'ANI du 11 janvier 2013 et sa transposition par l'avant-projet de loi du 11 févr. 2013 », *JCP S* 2013, n° 8, p. 10 ; LOKIEC (P.), LECLERC (O.), GUAMAN (H.), « Abécédaire comparé de l'ANI du 11 janvier 2013 », *RDT* 1 mars 2013, n° 3, p. 204 ; MOREL (F.), « Quelques propositions concrètes en vue de la transposition de l'ANI du 11 janvier 2013 dans la loi », *JCP S* 2 avril 2013, 150.

TITRE 1 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE MAINTIEN DANS L'EMPLOI

L'outil n'est pas une nouveauté puisque les praticiens mettent en place ce type d'accord depuis déjà plusieurs années sous la dénomination d'accords de compétitivité. Cet usage est réalisé avec l'aval de la Cour de cassation⁸¹⁴, et, pour certains d'entre eux, sous l'impulsion du législateur. Comme le disait le Professeur Loiseau, « *leur ADN est déjà connu* »⁸¹⁵, il faut désormais analyser leur régime juridique et ses conséquences.

Lors de sa présentation aux parlementaires le 2 avril 2013 de la loi de sécurisation, le ministre du Travail⁸¹⁶ affirmait : « *les accords de maintien de l'emploi permettront, demain, de trouver une alternative au licenciement et au chômage tout en apportant des garanties solides aux salariés* ». Le dispositif était alors présenté comme l'outil parfait de flexicurité⁸¹⁷. Trois ans après leur consécration le constat est amer. Les entreprises délaissent le dispositif légal au profit des accords de compétitivité emploi, considérés comme moins contraignants, quitte à ne pas profiter des garanties de sécurisation offertes par l'accord de maintien de l'emploi.

Le cadre juridique de ce dispositif s'avère particulièrement restrictif, à rebours des souhaits des entreprises (**section 1**). Alors même qu'il présente des effets intéressants, ceux-ci sont souvent considérés comme insuffisants (**section 2**).

814 Soc. 10 oct. 2002, *Bull. Civ.* 2002, V. n° 304, *dr. Soc.* 2002, p. 1158, obs. RADE (Ch.) – Soc. 9 fév. 2010, n° 08-12.218 ; *RDT* 2011, p. 581, note CANUT (F.).

815 LOISEAU (G.), « Les accords de maintien de l'emploi », *JCP S* 2013, 1260.

816 Monsieur le ministre Michel Sapin.

817 DANIEL (J.), « L'accord de maintien de l'emploi, un mélange détonnant de complexité et d'insécurité », *JCP S* 2014, 1187.

Section 1 - Un accord collectif dérogatoire « inflexible »

Contrairement aux idées reçues, la flexibilité a pénétré le droit du travail depuis de nombreuses années, et notamment en matière de temps de travail. La flexibilisation du temps de travail représentait déjà une voie privilégiée pour adapter conventionnellement les effectifs aux besoins de l'entreprise. Alors que le législateur, dans le cadre des lois Aubry, permettait à l'employeur d'imposer une réduction du temps de travail par accord collectif, la célèbre loi *Warsmann* du 22 mars 2012⁸¹⁸ prévoyait la possibilité de mettre en place une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine ou au plus égale à l'année, sans que l'employeur ne soit obligé de recueillir l'accord exprès du salarié. Enfin, l'employeur pouvait également avoir recours au chômage partiel⁸¹⁹, c'est à dire réduire unilatéralement l'activité en faisant supporter une partie de l'indemnisation par l'Etat et les organismes gestionnaires de l'assurance chômage. En revanche les accords collectifs visant directement la rémunération des salariés sont apparus avec les accords de compétitivité.

Bien qu'ils portent sur l'emploi, les accords de maintien de l'emploi ont surtout été conçus pour limiter le risque contentieux lié à un plan de sauvegarde de l'emploi. L'enjeu de la réforme résidait dans cet objectif, reste à savoir si l'encadrement de l'accord n'est pas trop restrictif.

L'accord de maintien de l'emploi, issu de la loi du 14 juin 2013, est dans la même veine que les accords de compétitivité en terme de flexibilité, la distinction des dispositifs résidant dans l'encadrement légal et dérogatoire lors de la conclusion (**paragraphe 1**) ainsi que du contenu des accords (**paragraphe 2**), traductions des « garanties solides » attendues.

818L. n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, JO 0071 du 23 mars 2012, p. 5226. Elle a introduit l'article L. 3122-6 dans le code du travail qui dispose que que l'instauration par accord collectif d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année ne constitue pas une modification du contrat de travail. « Les mesures sociales de la loi Warsmann », *SSL* 12 mars 2012, 1529, p. 6. Sur la jurisprudence antérieure, v. Soc. 28 sept. 2010, n° 08-43. 161, *SSL* 2010, n° 1464, note F. FAVENNEC-HERY ; *ibid.* n° 1472, rapp. Ph. FLORES ; *RDT* 2010. 725, note F. Canut.

819Rebaptisé « activité partielle » depuis la loi sur la sécurisation de l'emploi.

§ 1. Un cadre sécurisé peu incitatif

L'accord de maintien de l'emploi doit définir les contours de l'arbitrage entre les sacrifices des salariés et l'engagement de l'employeur. Si la logique est fondée aux regards des accords de compétitivité emploi, issus de la pratique, il apparaît que les syndicats de salariés ont obtenu certaines garanties sur les conditions de conclusion de l'accord et son contenu. Selon Elsa Peskine le conditionnement de l'accord fait naître une figure particulière : « l'accord justifié »⁸²⁰. Un encadrement légal qui freine les entreprises à emprunter cette voie, ces derniers regrettant les limites instaurées autour d'un outil à vocation flexible.

L'accord de maintien de l'emploi est conditionné à un contexte de graves difficultés économiques de nature conjoncturelles (I) et à la conclusion d'un accord majoritaire dérogatoire au droit commun difficile à obtenir (II).

I - L'accord de maintien de l'emploi : un accord « défensif »

220. Recours conditionné à l'existence de graves difficultés économiques. L'accord de maintien de l'emploi peut être conclu en cas de « *graves difficultés économiques conjoncturelles* » dans l'entreprise. Il s'agit d'un accord dit « défensif ». En d'autres termes ce dispositif ne s'inscrit pas dans une négociation « à froid » destinée à anticiper des difficultés ou sauvegarder la compétitivité de l'entreprise. Si l'exigence d'une condition liée au contexte économique de l'entreprise n'est pas nouvelle⁸²¹, le Professeur Peskine⁸²² fait remarquer que l'exigence de motivation apparaît dans le cadre d'un accord de maintien de l'emploi comme « l'expression la plus aboutie » puisqu'il s'agit d'une « *justification accompagnée de la mise en place d'une procédure d'élaboration du contexte économique dégradé* »⁸²³.

820PESKINE (E.), « Les accords de maintien dans l'emploi, ruptures et continuités », *RDT* 2013, 168.

821C'est notamment le cas des accords de modulation issus de la loi n° 2004-626 du 30 juin 2004 (art. L212-8 ancienne numérotation, abrogé par l'ordonnance n°2007-329 du 12 mars 2007). L'art. L212-8 précisait que la convention ou l'accord devait préciser les données économiques et sociales justifiant le recours à la modulation.

822PESKINE (E.), « Les accords de maintien dans l'emploi, ruptures et continuités », *RDT* 2013, 168.

823La question de la procédure consécutive à une dégradation de la situation économique est abordée dans la section 2.

221. Appréciation de la notion de « graves difficultés économiques conjoncturelles ».

Contrairement aux accords de compétitivité qui se sont développés dans la pratique, et qui peuvent s'appliquer quelque soit le contexte économique de l'entreprise, les accords de maintien de l'emploi sont subordonnés à l'existence de « *graves difficultés économiques conjoncturelles* »⁸²⁴. La notion est vague mais s'apparente à une cousine de celle justifiant un motif économique de licenciement. Rappelons que le licenciement revêt une cause économique lorsque celui-ci est prononcé pour un motif non inhérent à la personne du salarié, et qu'il résulte d'une suppression ou transformation d'emploi ou modification du contrat de travail, consécutives à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques⁸²⁵. Si le critère de gravité est absent de la formule littérale, il est néanmoins pris en compte pour la qualification de cause réelle et sérieuse de licenciement. Considérant que les formules choisies sont sensiblement les mêmes, les juges les apprécieront peut être de la même façon⁸²⁶. Toutefois, il existe d'ores et déjà plusieurs points de divergence.

Les difficultés économiques sont appréciées uniquement dans le cadre de l'entreprise, et non du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient⁸²⁷. Pour le Professeur Loiseau, cette différence se justifie par le caractère d'« automédication » de l'accord⁸²⁸. Si ce point ne souffre d'aucune difficulté, celui concernant le moment d'appréciation des difficultés économiques suscite quelques interrogations. Les difficultés économiques doivent-elles être actuelles ou prévisibles, comme lorsque l'employeur organise la réorganisation de

824Art. L. 5125-1 du code du travail.

825Art. L. 1233-3 du code du travail. Cf. ANTONMATTEI, (P.-H.), « Le motif économique de licenciement, Deuxième journée prud'homale de Montpellier 13 mai 1995 », in *Les motifs de licenciement*, Tome V, Litec ; PELISSIER, (J.), LYON CAEN (A.), JEAMMAUD, (A.), DOCKES (E.), *Les grands arrêts du droit du travail*, 4ème éd., Dalloz, 2008, n°106-107, p. 490 ; RAY, (J.-E.), *Droit du travail Droit vivant*, 23ème éd., Liaisons, 2014, p. 316 ; TRUSKOLASKI (M.), *La légitimité du motif économique de licenciement (contribution à l'étude de la cause justificative)*, Thèse, Université de Cergy-Pontoise, 2008 ; BAUGARD (D.), « La qualification du motif économique », *RDT* 2009, 510 ; GEA (F.), « Causes (économiques) enchevêtrées », *RDT* 2010, p. 297 ; WAQUET, (Ph.), « La cause économique du licenciement », *Dr. Soc.* 2000, 168.

826La Cour de cassation a considéré comme des difficultés économiques : la mise en redressement judiciaire (Soc. 25 avril 1990, n° 87-43. 314, *Bull. Civ.* V, n° 191), les pertes financières (Soc. 6 juill. 1994, n° 93-40. 497), la baisse d'activité de l'entreprise (Soc. 7 nov. 1990, n° 89-45.671), les graves difficultés de trésorerie (Soc. 10 juillet 1991, n° 89-44. 792).

827Soc. 23 mars 2005, *RJS* 2005, n° 614.

828LOISEAU (G.), « Les accords de maintien de l'emploi », *JCP S* 2013, 1260.

TITRE 1 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE MAINTIEN DANS L'EMPLOI

l'entreprise pour en sauvegarder la compétitivité⁸²⁹ ? Les partenaires sociaux avaient consacré la possibilité de conclure l'accord de maintien de l'emploi à titre préventif, le législateur n'a pour sa part pas expressément concédé à cette hypothèse, du moins dans un premier temps. Certains auteurs⁸³⁰ considèrent que contrairement à ce qu'avait prévu l'ANI du 11 janvier 2013, l'accord de maintien de l'emploi ne peut en aucun cas être conclu dans le cadre de la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise. Ils s'appuient sur deux arguments : d'une part, l'adjectif « grave » sous-tend l'idée que les difficultés doivent être actuelles et d'un certain degré d'intensité, et d'autre part, le caractère conjoncturel exclut, de fait, une situation durable. Ces arguments appellent toutefois à la discussion.

En premier lieu, le terme « conjoncturel » est particulièrement vague ; il est possible de considérer qu'il traduise le caractère « passager » des difficultés économiques, l'entreprise subissant par exemple, les conséquences d'une perte de marché, ou d'un ralentissement des ventes. Mais dans ce cas, la modification de la durée maximale de l'accord passée de deux à cinq ans est-elle justifiée ? Aussi, à partir de quel moment les difficultés deviennent-elles structurelles ? Autant de questions qui laissent penser que ce terme fait seulement office d'épouvantail aux employeurs qui seraient tentés d'utiliser le dispositif dans l'unique but de réaliser des bénéfices. Or, bien que le risque existe toujours, la loi prévoit des gardes fous – en particulier la possibilité de désigner un expert comptable – garantissant le bien-fondé de l'initiative.

En second lieu, l'esprit de la loi est de garantir le maintien de l'emploi des salariés, il est donc nécessaire que la situation ne soit pas désespérée. Dans ce cas l'employeur ne pourrait pas s'engager à tenir son obligation, préférant une solution moins risquée, comme la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi. L'approche anticipative de ce type d'accord nous paraît indispensable à son succès, il doit être utilisé en amont du plan de sauvegarde

829Soc. 11 janv. 2006, n° 05-40.977, *Bull. Civ.* V, n° 10, D 2006, 1013, obs. CHEVRIER, (E.), note PELISSIER, (J.) ; *ibid.* 2002, obs. PELISSIER, (J.), LARDY-PELISSIER, (B.), REYNES, (B.), *SSL* 2006, n° 1244 ; *JCP S* 2006, 1076 note F. FAVENNEC-HERY, *Liaisons soc.* 2006, n° 939 ; Cons. Const. 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC, *AJDA* 2002., étude F. RENAUD, *D.* 2003. 1129 ; *Dr. soc.* 2002. 244, note X. PRETOT. Sur la notion de sauvegarde de compétitivité, cf : TRUSKOLASKI, (M.), *La légitimité du motif économique de licenciement (contribution à l'étude de la cause justificative)*, thèse, Université de Cergy-Pontoise, 2008 ; BOUBLI, (B.), « La sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise », *Dr. Soc.* 2004, p. 1094 ; COUTURIER (G.), « Le licenciement de compétitivité », *SSL* 2006, n° 1245, p. 8 ; FROUIN (J.-Y.), « Retour sur la notion de sauvegarde de compétitivité », *RJS* 2006, n° 3.

830Cf. LOISEAU (G.), « Les accords de maintien de l'emploi », *JCP S* 2013, 1260 ; COUTURIER (G.), « Accord de maintien de l'emploi », *Dr. Soc.* 2013, 805.

de l'emploi, celui-ci faisant figure de plan bis. A ce titre, la formule choisie par les partenaires sociaux semble plus fidèle à l'esprit de ce type d'accord.

222. Diagnostic partagé sur la situation de l'entreprise. L'employeur réalise un diagnostic des difficultés économiques, qui doit ensuite être analysé en concertation avec les organisations syndicales représentatives de salariés⁸³¹, afin de déterminer si celles-ci sont suffisamment graves pour justifier la conclusion de ce type d'accord. Afin de permettre aux partenaires sociaux d'apprécier justement la situation de l'entreprise, le comité d'entreprise peut mandater un expert comptable pour les accompagner à l'occasion de l'analyse du diagnostic et de la négociation, une option pertinente et nécessaire à leur bonne information⁸³². Singulièrement le législateur vise expressément les organisations syndicales représentatives laissant planer le doute sur ce recours lorsque la négociation est conduite par les élus du personnel ou les élus mandatés. En réalité, la loi prévoit qu'en l'absence de délégués syndicaux au sein de l'entreprise, les élus ou salariés désignés sont mandatés par des organisations syndicales représentatives au niveau de la branche, de sorte qu'il y a tout lieu de penser que ces dernières les soutiendront dans la réalisation du diagnostic⁸³³. Dans une certaine mesure, les partenaires sociaux portent la responsabilité de l'emploi des salariés dans l'entreprise. En outre, la loi Macron leur impose désormais le service après-vente, puisque les signataires de l'accord de maintien de l'emploi doivent effectuer un bilan de l'accord deux ans après son entrée en vigueur⁸³⁴.

L'analyse de l'expert comptable s'avère importante et, le cas échéant, décisive, puisqu'il paraît peu opportun de conclure un tel accord si les difficultés ne revêt pas un caractère momentané.

223. Les difficultés économiques, cause justificative de l'accord ? Les difficultés économiques doivent-elles être considérées comme la cause justificative de l'accord collectif ? Dans cette hypothèse, le juge saisi d'un litige, pourrait estimer que l'accord est

831L'évaluation peut être établie avec l'aide d'un expert comptable, mandaté par les organisations syndicales afin de les accompagner dans l'analyse dans du diagnostic et dans la négociation, dans les conditions prévues à l'article L. 2325-35 C. trav. (art. L.5125-1 C. trav.).

832Art. L5125-1 C. trav.

833HAUTEFORD (M.), « Accord de maintien dans l'emploi », *Les Cahiers du DRH*, 1 mars 2014, 2017.

834Art. L. 5125-1, III, C. trav.

TITRE 1 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE MAINTIEN DANS L'EMPLOI

dépourvu de cause⁸³⁵ dès lors que l'existence de graves difficultés économiques n'a pas été établie. Aucun élément ne permet d'exclure cette possibilité. En tout état de cause, la nullité de l'accord de maintien de l'emploi pour absence de cause aurait des conséquences importantes sur les licenciements consécutifs à un refus d'application de l'accord ; ceux-ci devraient alors être considérés comme nuls⁸³⁶.

Une fois le diagnostic partagé obtenu, il est impératif que l'employeur obtienne un accord majoritaire.

II - La difficulté d'obtenir un accord majoritaire

Alors que les accords collectifs de concessions étaient conclus dans le cadre du droit commun de la négociation collective, ils sont désormais soumis à un régime dérogatoire du droit commun (A). Face à la complexité d'obtenir un accord majoritaire, certaines entreprises ont utilisé le référendum, une voie extra-légale mais vectrice d'une plus grande force et légitimité (B).

A - La légitimité par la représentation

224. Des conditions de validité dérogatoires au droit commun. L'accord de maintien de l'emploi est un accord majoritaire⁸³⁷. La validité de l'accord de maintien de l'emploi est subordonnée à la signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives dans l'entreprise, ayant recueilli au moins 50% des suffrages valablement exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quelque soit le

835 Art. 1131 C. civ. Cf. ROCHFELD, (J.), V^o cause, in Rép. Civ. Dalloz ; ROCHFELD, (J.), Cause et type de contrats, LGDJ. 1999 ; GHESTIN (J.), Cause de l'engagement et validité du contrat, Ouvrages hors collection, 2006, LGDJ ; « L'absence de cause de l'engagement : absence de la contrepartie convenue », *JCP G* 2006, I, 177 ; Le renouveau doctrinal actuel de l'absence de cause, *JCP G* 2006, I, 194 ; LAGARDE, (X.), « Sur l'utilité de la théorie de la cause », *D.* 2007, p. 740 ; LARROUMET, (Ch.), « De la cause de l'obligation à l'intérêt au contrat (à propos de la réforme du droit des contrats) », *D.* 2008, p. 2607 ; CATALA, (P.), Deux regards inhabituels sur la cause dans les contrats, *Defrénois* 2009, art. 38866, p. 2365 ; TOURNAFOND, (O.), « Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit civil français », *D.* 2008, p. 2607.

836 CANUT (F.), « Les accords de maintien de l'emploi : l'heure du premier bilan », *Les cahiers sociaux* 01/15, n^o 270, p. 47.

837 Art. L. 5125-4 C. trav.

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

nombre de votants⁸³⁸. Les conditions de validité de l'accord sont dérogatoires au droit commun, et ce, en raison du contenu de l'accord⁸³⁹. Traditionnellement, depuis la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale, la validité d'un accord d'entreprise ou d'établissement est subordonnée à une double condition de majorité : la signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli au moins 30% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique de personnel ou à défaut des délégués du personnel, quelque soit le nombre de votants, et à l'absence d'opposition d'une majorité en suffrages exprimés, des organisations représentatives⁸⁴⁰⁸⁴¹. La seule signature d'un syndicat représentatif, fut-il minoritaire dans l'entreprise, suffisait à la validité d'une convention collective. La représentativité d'un syndicat était le titre de sa légitimité de son pouvoir de négociateur⁸⁴².

Les conséquences n'étaient alors pas les mêmes, en l'absence d'accords dérogatoires, les dispositions négociées étaient toujours synonymes de progression des droits du salarié. Avec la mise en place des accords de concessions relatifs à l'emploi, certains auteurs ont relevé l'aspect dangereux de la règle pour les salariés⁸⁴³. La majorité n'est pas d'engagement mais d'opposition⁸⁴⁴.

838Art. L. 5125-4 C. Trav.

839Le rapporteur de la loi à l'assemblée nationale, M. Germain, a expliqué que les accords de maintien de l'emploi sont soumis à des conditions plus restreinte en raison de la « *spécificité de ces accords qui conduisent à une modification substantielle du contrat de travail des salariés puisque autant la durée du travail que le montant de la rémunération peuvent être modifiés* ».

840Art. L. 2232-12 C. Trav. La Cour de cassation a ajouté que les conditions de validité d'un accord collectif sont d'ordre public (Soc. 4 févr. 2014 n° 12-35.333).

841Depuis la loi du 8 août 2016, les accords collectifs d'entreprise doivent désormais être signés par des organisations qui rassemblent plus de 50% des suffrages exprimés. Par ailleurs pour les accords en matière de durée de travail, congés et repos et emploi, les organisations représentatives au moins 30% des suffrages pourront, le cas échéant, déclencher une procédure de consultation des salariés. (L. n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels).

842MORIN (M.-L.), « Des titulaires du droit à la négociation collective », Paris, éd. Techniques et économique, 1988.

843Rappelons qu'à cette époque il existait un monopole de la représentativité partagé par cinq grandes organisations syndicales.

844RAY (J.-E.), « L'accord majoritaire d'entreprise », *Dr. Soc.* 2009, 887.

TITRE 1 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE MAINTIEN DANS L'EMPLOI

La même logique aurait pu être transposée aux accords de maintien de l'emploi mais, compte tenu du fait que l'accord est susceptible de faire perdre des avantages aux salariés, l'audience électorale doit être plus large. L'exigence d'une majorité d'engagement, et non d'opposition, est indispensable à la pérennité ainsi qu'à la légitimité de ce type d'accord. A cette condition, l'accord est « socialement acceptable »⁸⁴⁵. Aussi, cette solution écarte le risque lié aux conséquences du droit d'opposition. Rappelons que de nombreuses critiques ont été formulées à l'égard des effets du principe d'opposition qui aboutit à l'anéantissement de la convention collective contestée, puisqu'elle est réputée non écrite. Or, ne faut-il pas considérer que tout accord collectif, fut-il dérogoire, comprend aussi des avantages pour le salarié⁸⁴⁶ ?

Si cette majorité a le mérite d'assurer une meilleure légitimité, il convient de la relativiser.

225. Une majorité relative. Ne doit-on pas parler d'une « fausse majorité »⁸⁴⁷ ? En effet, l'assiette de calcul retenue n'est pas la même ; le taux de 50% doit avoir été obtenu non pas sur les suffrages exprimés, mais sur les suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives⁸⁴⁸. Les voix exprimées en faveur des organisations non représentatives sont donc exclues du calcul. Cette logique facilite ainsi la conclusion de l'accord, en dépit de l'exigence de majorité. En effet, si les accords de maintien de l'emploi ont le mérite d'entériner une réelle majorité, il s'agit également d'une astuce destinée à rendre plus acceptable la politique de flexibilité engagée. Au demeurant l'évolution dans ce domaine conduit progressivement à une majorité d'engagement mais cette celle-ci ne doit toutefois pas conduire à une réduction du maillage conventionnel⁸⁴⁹. En se montrant trop exigeant sur la condition de majorité cela pourrait aboutir à une réduction du nombre d'accords collectifs conclus. Il devient nécessaire de trouver un juste équilibre entre légitimité de l'accord et le

845MEHADJI (A.), PELE (A.), « Les accords majoritaires : consensus ou compromis ? », *SSL* 2013, n°1587, p. 9.

846SARAMITO (F.), « A la recherche d'une majorité dans la négociation collective », *Dr. Ouvr.* 2000, p. 428.

847Expression utilisée par Jérôme Daniel (L'accord de maintien de l'emploi, un mélange détonnant de complexité et d'insécurité, *JCP S* 2014, 1187.

848La règle de calcul est la même que celle de l'accord relatif au plan de sauvegarde de l'emploi.

849Cf. Loi du 8 août 2016.

développement de la norme collective, notamment au sein de l'entreprise.

La conclusion d'un accord de maintien de l'emploi est une démarche importante puisque l'impact de l'accord sur la vie professionnelle des salariés peut avoir de lourdes conséquences. Ce constat incite parfois partenaires sociaux et employeurs à rechercher l'adhésion des salariés.

B - La légitimité par le vote ?

En 1982, Jean Auroux, alors Ministre du travail affirmait : « *le référendum, c'est la mort du fait syndical* »⁸⁵⁰. Plus de 30 ans après les lois Auroux, et seulement quelques années après la loi portant rénovation de la démocratie sociale, la question du référendum est plus que jamais d'actualité.

226. Recours limité à des hypothèses légales. Technique issue du droit constitutionnel, le référendum social a connu le succès dans le monde de l'entreprise à l'occasion de la négociation collective en matière d'emploi⁸⁵¹. Le référendum est une technique permettant d'obtenir par votation directe, l'avis de l'ensemble des salariés sur une mesure, pour consultation ou ratification.

La consultation des salariés est à de rares exceptions imposée par le code du travail pour approuver une décision unilatérale de l'employeur notamment concernant le passage au travail le dimanche⁸⁵², la mise en place de plans de participation, d'intéressement et d'épargne salariale, d'un régime de prévoyance dans le cadre de la protection sociale complémentaire d'entreprise, ou d'un régime de retraite sur-complémentaire d'entreprise. Egalement, le code du travail prévoit qu'en l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise, la consultation directe dans l'entreprise doit être prévue. Dans chacune de ces hypothèses, la consultation directe est organisée pour légitimer une décision de l'employeur et surtout rendre possible ces politiques, et ce, en lieu et place d'un accord collectif. Il s'agit des seuls cas où le référendum est prévu par la loi et donc produit des

850V. JO débats Ass. Nat., 2ième séance du 10 juin 1982.

851H. ROUSSILON employait alors l'expression de « référendum mania » (« Contre le référendum ! », Rev. Pouvoirs, n°77, 1996, « Le référendum », pp. 181 & s.).

852Art. L. 3132-25-3 C. trav. Le référendum est nécessaire lorsque il ne s'agit d'une décision unilatérale de l'employeur et non d'un accord collectif.

TITRE 1 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE MAINTIEN DANS L'EMPLOI

effets juridiques. En dehors des possibilités de recours organisées par la loi, le référendum est inopposable puisqu'il n'a pas vocation à créer une nouvelle situation juridique.

227. Vers une généralisation du « référendum décisionnel »⁸⁵³? Néanmoins, le référendum peut aussi servir d'arme politique. A l'instar de la société SMART, qui à l'initiative de la direction a organisé un référendum consultatif pour augmenter la durée légale du travail de 35 heures à 39 heures, payées 37, « *afin de garantir le maintien de l'emploi pour tous les collaborateurs de SMART en France jusqu'en 2020* ». L'organisation du référendum a été décidée alors que les négociations sur un potentiel accord de maintien de l'emploi étaient mal engagées. Sans surprise, les salariés ont voté pour une augmentation de leur temps de travail afin de maintenir la compétitivité du site. Ce référendum, bien que purement consultatif, a toutefois eu une influence décisive sur l'issue des négociations ; il serait totalement suicidaire pour les partenaires sociaux de faire fi du résultat, car ils paieraient obligatoirement leur entêtement lors de la prochaine élection. Le référendum est un accessoire important à l'accord collectif, permettant à l'employeur de faire pression sur des syndicats. En revanche, l'accord de maintien de l'emploi doit être conclu consécutivement, puisque la consultation directe ne produit aucun effet normatif.

L'initiative de l'entreprise SMART a relancé le débat sur la nécessité de recourir au vote des salariés en cas de blocage de la négociation collective. En d'autres termes, le référendum bénéficierait de l'effet normatif puisque le résultat aurait force de loi dans l'entreprise. Le patronat et une partie de la classe politique, favorables à l'idée, revendiquent le besoin d'une démocratie directe dans un pays où le taux de syndicalisation est au plus bas. A l'inverse, les syndicats salariés rejettent la proposition qui, selon eux, affaiblirait le fait syndical. En effet, un tel partage des compétences ne peut qu'accentuer la crise du syndicalisme⁸⁵⁴. Aussi, ils estiment que le salarié n'a peut-être pas toutes les

853 Expression employée par B. GAURIAU, cf : « Le référendum, un préalable nécessaire ? », *Dr. Soc.* 1998, p. 338.

854En France, seulement 8% des salariés du secteur privé sont syndiqués, 10% fonctionnaires compris (cf. ROSANVALLON, (P.), *La question syndicale*, Calmann-Levy, 1988 ; MOURIAUX, (R.), *Le syndicalisme en France depuis 1945*, La découverte, 1994). Ce taux est deux fois plus faible qu'il y a vingt-cinq ans. A titre de comparaison, le taux de syndicalisation est de 80% au Danemark et en Suède, 50% en Italie et 30% en Allemagne. L'importance des écarts se justifie par l'étendue de l'application de la norme négociée. En France les salariés profitent des avantages collectifs, et ce, même s'ils ne sont pas syndiqués. Aussi, 90% des salariés français bénéficient d'une convention collective, l'un des taux les plus élevés du monde (AUZERO (G.), DOCKES, (E.) « *Droit du travail* », 30ème éd., Précis - Dalloz, 2015, p. 24).

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

informations nécessaires pour décider. En l'espèce, le salarié pourrait manquer de compétences pour apprécier le degré des difficultés de l'entreprise et les chances d'amélioration de la situation économique. Il apparaît prudent et judicieux de recourir au référendum décisionnel avec parcimonie en limitant son usage à des cas particuliers.

En ce qui concerne les accords de maintien de l'emploi, l'arbitrage entre la sauvegarde de ses conditions de travail ou le maintien de l'emploi est singulièrement personnel, et à ce titre, la sollicitation des salariés paraît être la solution adéquate. Le salarié est fondé à décider sur un projet le concernant. Par ailleurs, cette solution permettrait de soulager la pression qui pèse sur les syndicats qui courent le risque, soit d'être désignés comme responsable de la dégradation des conditions de travail dans l'entreprise, soit d'être accusés d'inertie. Il ne s'agit pas ici d'une alternative à l'accord collectif, mais à une validation de celui-ci par l'assentiment d'une majorité de salariés.

La loi travail du 8 août 2016 a introduit le référendum d'entreprise à titre consultatif. Une ou plusieurs organisations syndicales représentatives de salariés ayant signé un accord non majoritaire, peuvent désormais initier l'organisation d'une consultation des salariés. L'accord approuvé à la majorité des suffrages est valide.

§ 2. L'équilibre de l'accord de maintien de l'emploi

Les accords de maintien de l'emploi visent à permettre à l'entreprise de faire face à de graves difficultés économiques temporaires en opérant un arbitrage entre le temps de travail, les salaires et l'emploi⁸⁵⁵. Dans une perspective de flexicurité, il convient aux négociateurs de l'entreprise de trouver un juste équilibre entre les efforts consentis par les salariés durant une période limitée et les garanties liées à l'emploi ainsi qu'au partage des bénéfices que ces derniers en retirent. De cet équilibre, l'accord de maintien de l'emploi trouve sa légitimité⁸⁵⁶. Compte tenu de la nature des sacrifices demandés au salarié, le législateur a logiquement encadré le champ de négociation des acteurs sociaux.

855Selon les termes employés par le Premier Ministre de l'époque Monsieur François Fillon qui, au début de l'année 2012, invitait les partenaires sociaux à se réunir afin de déterminer un cadre aux accords dits de « compétitivité emploi » au sein de l'entreprise. Le projet avorté a toutefois servi de base de travail aux acteurs sociaux qui ont consacré l'accord de maintien de l'emploi à l'occasion de l'ANI relative à la sécurisation de l'emploi en 2013.

856DOCKES (E.), « Vers un déséquilibre conventionnel plus fort que le déséquilibre contractuel » ?, *Dr. Ouvr.* Avril 2015, n° 801.

TITRE 1 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE MAINTIEN DANS L'EMPLOI

La mise en place d'un accord de maintien de l'emploi nécessite des concessions de la part des salariés concernant des aménagements temporaires de la durée du travail, de ses modalités d'organisation et de répartition ainsi que de sa rémunération (I), en contrepartie de l'engagement de l'entreprise de maintenir son emploi durant toute la durée de validité de l'accord (II).

I - Les efforts consentis strictement encadrés

228. Ambition de flexibilité interne. L'accord de maintien de l'emploi est perçu comme un outil de restructuration permettant d'aider l'employeur à maintenir les emplois durant une période délicate. A cette fin ce dernier réclame davantage de souplesse dans la gestion de son personnel afin de s'adapter aux aléas de la conjoncture économique. Dans cette perspective l'accord de maintien de l'emploi devait permettre de lever les obstacles juridiques à la flexibilité dite interne en bouleversant l'articulation traditionnelle entre l'accord collectif et le contrat de travail du salarié. En effet si l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction peut changer les conditions de travail du salarié – lieu de travail, aménagement du temps de travail – il ne peut toutefois pas modifier les éléments considérés comme essentiels – rémunération, durée du travail – sans l'accord express du salarié.

Mais compte tenu des efforts inédits demandés aux salariés, le législateur a souhaité mettre en place des garde fous au risque de créer un dispositif trop rigide et inadapté.

229. Faculté de négocier sur le temps de travail et la rémunération. Les efforts consentis par les salariés dans le cadre d'un accord de maintien de l'emploi concernent deux domaines : le temps de travail et la rémunération. Les négociateurs peuvent décider d'aménager la durée de travail des salariés en l'adaptant aux besoins momentanés de l'entreprise, et ce, sans aucune compensation salariale ou jour de repos supplémentaire. Cet arrangement peut prendre la forme d'une augmentation ou d'une réduction du temps de travail, ou de nouvelles modalités dans son organisation ou sa répartition⁸⁵⁷ ; dans ce cas, les heures accomplies ne seront pas soumises aux dispositions légales sur les heures supplémentaires⁸⁵⁸.

857Art. L. 5125-1 C.Trav.

858Art. L. 3121-11 et s. C.Trav.

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

Egalement, les négociateurs peuvent convenir d'une baisse temporaire de la rémunération des salariés, celle-ci comprenant le salaire de base ainsi que les autres avantages et accessoires payés en espèces ou en nature⁸⁵⁹, tels que la suppression d'une prime, d'un treizième mois ou d'avantages salariaux, par exemple celui lié au bénéfice de tickets restaurants, chèques vacances...

Toutefois le législateur a strictement encadré les stipulations de l'accord.

230. Limites liées à l'ordre public social. La flexibilité accordée à l'employeur ne doit pas déroger aux dispositions dites d'ordre public : l'aménagement de la durée du travail doit rester conforme aux dispositions légales concernant la durée légale de travail⁸⁶⁰, aux durées maximales quotidiennes⁸⁶¹ et hebdomadaires⁸⁶² de travail, au temps de pause⁸⁶³, au repos quotidien et hebdomadaire obligatoire, aux congés payés légaux, et à la législation relative au 1er mai. A contrario, l'accord peut prévoir l'abandon de quelques jours de RTT ou la possibilité de travailler le dimanche pour les salariés travaillant par cycle.

Le législateur précise également que l'accord collectif doit respecter la législation sur le salaire minimum interprofessionnel de croissance (SMIC⁸⁶⁴) ou du salaire minimum conventionnel de la branche ou de l'interprofession, de sorte que les salariés dont le taux horaire est inférieur à 1,2 SMIC à la date de conclusion de l'accord ne peuvent subir aucune diminution de leur rémunération horaire ou mensuelle, et que les dispositions de cet accord ne doivent pas porter celle des autres salariés en dessous de ce seuil. Egalement sont exclues du champ de la négociation les stipulations relatives à la participation. Parmi les accords de maintien de l'emploi déjà conclus, le gel des salaires représente la mesure la plus courante⁸⁶⁵, et s'accompagne généralement d'une augmentation du temps de travail conduisant ainsi à une baisse du taux du salaire horaire. Sont également citées la

859Art. L. 3321-3 C. Trav.

860Art. L. 3121-10 C. Trav.

861Art. L. 3121-34 C. Trav.

862Art. L. 3121-35 C. Trav.

863Art. L. 3121-33 C. Trav.

864Art. L. 3231-2 et s. C. Trav.

865Sur les 20 accords signés au 3 avril 2015, 12 prévoient un gel des salaires.

TITRE 1 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE MAINTIEN DANS L'EMPLOI

suppression de primes et la modération salariale.

231. Les salariés concernés. L'accord de maintien de l'emploi peut-il concerner les seuls salariés visés par un licenciement économique ? La réponse est négative puisque les licenciements pour motif économique ne sont pas décidés discrétionnairement par l'employeur, mais selon des critères d'ordre définis dans l'accord collectif portant sur le contenu du plan de sauvegarde⁸⁶⁶. En revanche, les négociateurs peuvent-ils désigner une catégorie particulière de salariés qui supporte les efforts financiers de l'accord, sans se heurter au principe de l'égalité de traitement⁸⁶⁷ ? Rappelons que l'égalité de traitement n'ambitionne pas d'égaliser la situation de tous les salariés mais assure la légitimité des différences faites entre salariés⁸⁶⁸. Il est par ailleurs d'ores et déjà acquis que ce principe s'applique à la différence de traitement qui résulte d'un accord collectif⁸⁶⁹.

232. Egalité de traitement et avantages catégoriels conventionnels. L'arrêt *Pain* avait suscité un certain émoi⁸⁷⁰ en énonçant que des avantages accordés par un accord collectif pouvaient être modulés ou réservés, en fonction des catégories professionnelles, à la seule condition que ces différences reposent sur des raisons objectives et pertinentes, dont le juge devait contrôler la réalité⁸⁷¹. La véritable révolution résultait de la nature des avantages, ces derniers procédant non pas d'un acte unilatéral mais d'un acte négocié par les partenaires sociaux. En conséquence, en cas de contestation il appartenait à l'employeur de prouver devant le juge que la différence de traitement était réelle et pertinente. Cette jurisprudence

866 Art. L. 1233-24-2 C. Trav.

867 Sur le principe d'égalité de traitement, v. BORENFRUND (G.), VACARIE (I.) (dir.), « Le droit social, l'égalité et les discriminations », Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2013, p. 77 ; BERTHOU (K.), « Différence de traitement : esquisses des exigences professionnelles essentielles après la loi du 27 mai 2008 », *Dr. Soc.* 2009. 410 ; JEAMMAUD (A.), « Du principe d'égalité de traitement dans l'entreprise », *Dr. Soc.* 2004. 694 ; AUZERO (G.), « L'application du principe d'égalité de traitement dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2006. 822.

868 PESKINE (E.), WOLMARK (C.), *Droit du travail*, 9^{ème} éd., Dalloz, coll. Hypercours, 2015, §351.

869 Soc. 23 mars 2011, n° 09-42666 ; *JCP S* 2011, 1243, note CESARO, (J.-F.).

870 ANTONMATTEI (P.-A.), « Avantages catégoriels d'origine conventionnelle et principe d'égalité de traitement : évitons la tempête ! », *Dr. Soc.* 2010. 1169.

871 Soc. 1^{er} juill. 2009, *Bull. Civ. V*, n° 168, *JCP S* 2009. 1451, note CESARO (J.-F.) ; *JCP E* 2009. 2198, note AUBERT-MONPEYSSSEN (T.) ; *Dr. Soc.* 2009. 1002. obs. RADE (CH. ; *SSL*, 2009 n° 1114, p. 6, note BARTHELEMY (J.) ; note RAY (J.-E.), « A travail inégal, salaire inégal », *Dr. Soc.* 2011. 42 – Soc. 20 févr. 2008, n° 05-45.601, *Bull. civ. V*, n° 39 ; D. 2008. 696 ; *ibid.* Pan. 2306, obs. AMAUGER-LATTES (M.-C.), DESBARATS (I.), DUPOUEY-DEHAN (C.), LARDY-PELISSIER (B.), REYNES (B.) ; *RJS* 5/2008, n° 512 ; *Dr. soc.* 2008. 530, note RADE (Ch.).

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

était source de difficultés pour l'employeur qui, lorsqu'il s'agissait d'un accord de branche, devait justifier des dispositions qu'il n'avait pas choisies. Suite aux nombreuses critiques⁸⁷², la chambre sociale a tenté d'atténuer les rigidités liées à cette solution sans toutefois y renoncer⁸⁷³.

Par une salve d'arrêts du 27 janvier 2015⁸⁷⁴, la Cour de cassation a modifié sa décision. Dorénavant, la chambre sociale estime que les différences de traitement entre catégories professionnelles résultant d'un accord collectif conclu et signé par des organisations syndicales représentatives sont « présumées justifiées ». En d'autres termes les avantages conventionnels restent soumis au principe de d'égalité de traitement ainsi qu'au contrôle judiciaire en revanche les différences de traitement entre catégories de salariés sont désormais présumées justifiées. Il en résulte que la chambre sociale prend en considération la nature de l'avantage en matière d'égalité de traitement. Les avantages catégoriels bénéficient donc de cette présomption dès lors qu'ils sont institués par des organisations syndicales représentatives, à charge au salarié de la renverser. Il semblerait que la Haute-autorité s'appuie sur la légitimité des partenaires sociaux pour considérer que l'inégalité de traitement est présumée justifiée. De fait elle accorde une responsabilité considérable aux partenaires sociaux puisqu'il apparaît désormais difficile pour un salarié de prouver que la différence de traitement n'a pas une cause professionnelle⁸⁷⁵.

Néanmoins d'un point de vue opérationnel cet arrêt a le mérite de mettre un terme aux difficultés rencontrées par les employeurs devant le juge, mais aussi, et surtout, d'assurer la stabilité des conventions collectives qui dans certains cas concernent des centaines de milliers de salariés.

Dès lors, l'accord collectif de maintien de l'emploi peut-il faire supporter la charge des efforts financiers sur une seule catégorie de l'entreprise ?

872v. not. l'intervention de J.-E. Ray dans Les rencontres de la chambre sociale de la Cour de cassation, Dalloz, 2011. 75-77.

873Soc. 8 juin 2011, n° 10-14. 725 et 10-11.933 ; *RJS* 2011. 599, note GOSSELIN ; *SSL* 2011, n° 1497, p. 9, obs. LYON-CAEN (A.) ; *Dr. Soc.* 2011. 986, obs. ANTONMATTEI (P.-H.), RADE (Ch.).

874Soc. 27 janv. 2015 n° 13-22.179, 13-25.437 et 13-14.773 ; *Dr. Soc.* 2015. 237, étude FABRE (A.) ; *D.* 2015. 832, obs. LOKIEC (P.), PORTA (J.) ; *RDT* 2015. 339, obs. PESKINE (E.) ; *SSL* 9 févr. 2015, obs. PECAULT-RIVOLIER (L.), p. 7 ; *JCP* 2015. I. 261, obs. CESARO (J.-F.), TEISSIER (A.).

875AUZERO (G.), DOCKES (E.), *Droit du travail*, 30ème éd., Dalloz, coll. Précis, 2016, § 717 ; FABRE (A.), « Les négociateurs sociaux, « seuls juges » du principe d'égalité », *Dr. Soc.* 2015. 237.

TITRE 1 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE MAINTIEN DANS L'EMPLOI

L'accord de maintien de l'emploi ne s'applique pas nécessairement à l'ensemble du personnel de l'entreprise. Pour preuve la formule employée par le législateur : « *l'employeur ne peut procéder à aucune rupture du contrat pour motif économique des salariés auxquels l'accord s'applique* »⁸⁷⁶. Par conséquent il demeure clair que dans l'esprit du celui-ci, l'accord de maintien de l'emploi peut avoir un champ d'application réduit à une partie du personnel. Toutefois si les partenaires sociaux choisissent une application sélective de l'accord ils devront d'une part respecter des critères objectifs et pertinents, et d'autre part, s'assurer que tous les salariés placés dans une situation identique soient soumis à l'accord.

Les concessions des salariés doivent s'équilibrer avec l'engagement de l'employeur sur l'emploi.

II - L'indispensable engagement de l'employeur sur l'emploi

Le poids des sacrifices demandés aux salariés sera plus ou moins bien vécu selon la nature des engagements de l'employeur. Il est important que l'accord repose sur des concessions réciproques pour être équilibré. De cette condition dépend l'adhésion des salariés, et à plus long terme de la réussite de l'accord. Aux sacrifices des salariés, l'employeur doit répondre par des engagements fermes concernant le maintien des emplois (A), et l'assurance d'un partage des efforts entre les salariés et les dirigeants de l'entreprise (B).

A - L'engagement de maintien de l'emploi

233. Aucune rupture durant l'application de l'accord ? Il s'agit ici d'une véritable rupture avec les accords de compétitivité emploi où l'engagement de l'employeur peut se limiter à maintenir un site de production. S'agissant des accords de maintien de l'emploi, l'employeur s'engage à ne « *procéder à aucune rupture du contrat de travail pour motif économique des salariés auxquels l'accord s'applique* »⁸⁷⁷, pendant la durée d'application de l'accord. L'engagement n'a pas pour objet d'instituer une « *garantie d'emploi générale* »⁸⁷⁸,

876Art. 5125-1 C. trav.

877Art. L. 5125-1 C. Trav.

878cf. GAUDU (F.), « Le contrôle de l'exécution des engagements en matière d'emploi », *Dr. soc.* 1998, p. 372.

mais prévoit l'élimination d'un motif de licenciement, en l'occurrence, les ruptures ayant un motif économique, et vise seulement les salariés concernés par l'accord et ayant refusé son application.

Au demeurant, l'engagement de l'employeur est limité aux ruptures pour un motif économique, c'est à dire qu'il peut licencier un salarié pour un motif individuel justifié, ou rompre un contrat d'un commun accord. Aussi, le salarié garde sa liberté de démissionner ou de partir à la retraite. Dans ces hypothèses, l'employeur ne trahit pas son engagement dont l'objet n'est pas de maintenir les effectifs.

234. Engagement de maintien des effectifs ? L'engagement de maintien de l'emploi est logiquement limité aux salariés ayant accepté l'accord. Il en découle que l'employeur n'a pas une obligation de maintien des effectifs, de sorte que le nombre de suppressions d'emplois peut s'avérer supérieur à celui préalablement envisagé⁸⁷⁹. En effet, l'employeur ne s'engage pas à maintenir le volume de l'emploi ce qui, l'aurait obligé à embaucher autant de salariés que le nombre de refus d'application de l'accord.

Dans cette hypothèse, l'employeur peut réduire les effectifs, sans subir les contraintes d'une procédure de licenciement économique. Est-ce à dire qu'un accord de maintien de l'emploi pourrait servir d'instrument de contournement du plan de sauvegarde ? Des auteurs⁸⁸⁰ conseillent de remplacer systématiquement les salariés ayant refusé l'accord, afin d'éviter une sanction judiciaire au motif d'une utilisation frauduleuse de la technique conventionnelle pour organiser une compression des effectifs⁸⁸¹. L'arrêt qui nourrit la réflexion de l'auteur concluait à la culpabilité pour délit d'entrave de l'employeur, ce dernier n'ayant pas informé le comité d'entreprise préalablement à la mise en oeuvre d'une prétendue politique de compression des effectifs, ayant consisté à ne pas procéder à des embauches pour remplacer les salariés décédés, partis à la retraite ou démissionnaires. Les juges avaient alors estimé que la baisse des effectifs n'était « *pas le fait de la conjonction*

879A titre d'exemple, tel fut le cas dans l'entreprise de l'équipementier automobile Berth où 162 départs ont eu lieu alors que le nombre annoncé était de 102 postes.

880DANIEL (J.), « L'accord de maintien de l'emploi, un mélange détonnant de complexité et d'insécurité », *JCP S* 2014, 1187.

881Crim. 4 nov. 1997, n° 96-84.594, *RJS* 1998, n° 487. Le comité d'entreprise doit obligatoirement être consulté sur tous les projets de restructuration et de compression des effectifs, et ce quelque soit le nombre de départs.

TITRE 1 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE MAINTIEN DANS L'EMPLOI

inopinée de divers départs "naturels " mais qu'elle résulte d'une stratégie délibérée de compression des effectifs menée dans un souci, admis par le prévenu à l'audience, d'adaptation à la conjoncture économique ". En l'espèce, l'intention frauduleuse avait été retenue afin de constituer le délit d'entrave.

Selon nous, plusieurs éléments permettent toutefois d'écarter cette jurisprudence pour les accords de maintien de l'emploi. Premièrement, l'acte à l'origine d'une potentielle réduction des effectifs n'est pas de nature unilatéral mais consensuel. L'accord est ainsi négocié par les partenaires sociaux dans un souci d'équilibre, afin qu'il soit accepté par le plus grand nombre de salariés. Deuxièmement, cela conduirait à une présomption de mauvaise foi de l'employeur, l'absence de remplacement des salariés ayant refusé l'application de l'accord étant constitutif de l'intention frauduleuse. Troisièmement, cette jurisprudence n'est pas dans l'esprit de la loi qui se veut souple, et cette contrainte inciterait les employeurs à se détourner de ce type d'accord, pour emprunter une autre voie, celle des accords de compétitivité.

L'engagement est un réel défi puisque face à de graves difficultés économiques, il est très difficile pour un chef d'entreprise de s'engager à ne pas procéder à des licenciements économiques durant une période de deux ans lors de l'entrée en vigueur de la loi, aujourd'hui cinq ans⁸⁸². La prise de risque est d'autant plus importante que l'employeur s'expose au paiement d'une indemnité prévue dans l'accord.

B - L'engagement « d'efforts partagés »

235. Un « compromis social » associant l'ensemble des acteurs de l'entreprise. Les salariés ne sont pas les seuls à faire des efforts pour le redressement de l'entreprise, les dirigeants salariés, mandataires sociaux et actionnaires, doivent également y contribuer. En effet, l'accord doit prévoir les conditions dans lesquelles des efforts doivent être fournis par les dirigeants salariés, les mandataires sociaux ainsi que par les actionnaires⁸⁸³. Les concessions doivent être proportionnées à celles demandées aux salariés de l'entreprise. L'effort le plus évident est une diminution de la rémunération compte tenu qu'ils ne peuvent être concernés par les questions relatives au temps de travail. A ce jour quatre accords

882Art. L. 5125-3 C. trav.

883Art. L. 5125-1 II C. Trav. (mod. par L. n° 2015-990, 6 août 2015, art. 287, I).

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

prévoient des « efforts personnels » des dirigeants en termes de temps de travail – suppressions de jours de repos – ou de rémunération⁸⁸⁴.

La disposition semble logique puisque l'accord de maintien de l'emploi est un dispositif singulier fondé sur un « pacte social » entre l'ensemble des acteurs de l'entreprise dans le but de sauver les emplois. A ce titre, il serait regrettable que l'ensemble des parties prenantes, a fortiori les actionnaires, ne jouent pas le jeu. Une réticence de leur part pourrait avoir des conséquences néfastes en termes d'image mais également sur l'implication des salariés ainsi que sur l'avenir de l'entreprise à long terme. Néanmoins l'initiative paraît également déroutante. D'un point de vue social, moral, et sans tomber dans une forme de démagogie, il est vrai que les salariés ne devraient pas être les seuls à supporter le poids des difficultés économiques de l'entreprise, néanmoins d'un point de vue strictement juridique, les dirigeants salariés, actionnaires et mandataires sociaux ne sont représentés dans la négociation collective, ni par les organisations syndicales salariés, ni par les groupements d'employeurs ; En conséquence un accord collectif est conclu entre des partenaires sociaux non représentatifs, et s'applique à eux.

En tout état de cause, dans la mesure où le dispositif a été prévu par la loi de sécurisation du 14 juin 2013 et particulièrement médiatisé, les salariés qui sont confrontés à un accord de maintien de l'emploi ont soif d'équité et souhaitent l'application systématique de la disposition⁸⁸⁵.

L'accord de maintien de l'emploi constitue une flexibilité permise mais strictement encadrée. La volonté du législateur de circonscrire l'accord à un contexte de difficultés économiques graves, excluant ainsi le motif de « sauvegarde de compétitivité », et de fixer les conditions de l'équilibre de l'accord restreint le champ des possibles pour l'employeur. Des raisons qui expliquent le faible nombre d'accords signés depuis l'entrée en vigueur de la loi en 2013. Pour autant l'accord de maintien de l'emploi présente des avantages dans son volet sécurisation, tant pour les salariés, que pour l'employeur.

884Bilan de la loi sur la sécurisation de l'emploi du 1^{er} juin 2013.

885FAVENNEC HERY (F.), « Les accords de maintien de l'emploi », *JCP S* 2014, 1186.

Section 2 - Une sécurisation de l'accord utile mais insuffisante

L'objectif de l'accord de maintien de l'emploi était d'apporter de la flexibilité à l'employeur pour répondre à une situation d'urgence économique, tout en « *apportant des garanties solides aux salariés* ». L'exigence de réciprocité et de proportionnalité des engagements est globalement respecté, mais bien que l'équilibre de l'accord soit nécessaire, il n'est toutefois pas suffisant pour assurer les garanties promises aux salariés. L'efficacité des accords de concessions dépendent de leur réussite. A ce titre, il est important d'apprécier la mise en œuvre de l'accord de maintien de l'emploi afin de mesurer si les promesses en matière de sécurité de l'emploi ont été tenues.

En outre, il est nécessaire de ne pas négliger le potentiel aspect contentieux de l'accord de maintien de l'emploi. En effet, le contentieux occupe une place importante dans l'argumentaire sur l'emploi, il est décrit par les économistes à la fois comme un frein à la création d'emploi, et comme un obstacle au maintien de l'emploi. L'argumentaire n'est pas nouveau, mais force est de constater que depuis 2008, les partenaires sociaux n'y sont pas insensibles. Le contentieux du licenciement économique constituerait l'ennemi de l'emploi. dès lors, les garanties promises aux salariés doivent être de nature à éviter le contentieux. Cet échange « transactionnel » s'inscrit comme le canevas de l'accord de maintien de l'emploi.

Plus de trois ans après la mise en œuvre des accords de maintien de l'emploi, force est de constater que la déception est à la hauteur des promesses nourries lors des débats autour de la loi. Peu d'accord ont été conclu et pour les partenaires sociaux et acteurs qui s'y sont risqués, le constat est amer.

Nous analysons les conséquences de l'accord sous l'angle du maintien de l'emploi (**paragraphe 1**), les salariés qui consentent ont ils de réelles chances de conserver leur emploi, et sous l'angle du contentieux (**paragraphe 2**), l'employeur a t-il raison d'emprunter cette voie plutôt qu'une autre.

§ 1. Une sécurisation utile

Pour favoriser le maintien des emplois, le législateur, de manière inédite, a modifié l'articulation traditionnelle entre le contrat de travail et l'accord collectif. L'argumentation relève de l'importance de faire prévaloir l'intérêt général sur l'intérêt particulier. Le raisonnement était identique pour justifier les accords « donnant-donnant » même si dans le cadre des accords sur l'emploi issus de la loi de sécurisation de 2013, le législateur va plus loin.

Lorsque le salarié consent à l'application de l'accord de maintien de l'emploi, les stipulations conventionnelles s'appliquent à lui, tandis que les stipulations contractuelles sont suspendues, et ce durant toute la durée d'application de l'accord. Les sacrifices consentis en vue de bénéficier du maintien de l'emploi sont fonction de l'engagement de l'employeur. Afin de s'assurer de la loyauté de l'employeur, les partenaires sociaux conviennent d'une clause destinée à garantir la bonne exécution de l'accord (I).

Toutefois, en dépit des garanties offertes aux salariés, le résultat n'est pas toujours celui souhaité (II).

I - Les conséquences contractuelles de l'accord du salarié

Pour les salariés qui consentent, l'accord de maintien de l'emploi neutralise temporairement les clauses contraires du contrat de travail.

236. Manifestation du consentement du salarié. L'accord collectif doit déterminer « *le délai et les modalités de l'acceptation ou du refus par le salarié de l'application des stipulations de l'accord à son contrat* ». En l'absence de précisions dans l'accord, les dispositions relatives à la proposition de modification pour motif économique s'appliquent : l'employeur formule sa proposition au salarié par lettre recommandée en informant le salarié qu'il bénéficie d'un délai d'un mois pour faire connaître sa position, à défaut il est réputé avoir accepté. Chaque salarié doit donner son accord individuel par écrit. Certains auteurs ont émis des réserves sur la licéité du consentement du salarié formulé dans ce contexte. Selon eux, il pourrait être fait application, en l'espèce, de la jurisprudence civile qui admet

TITRE 1 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE MAINTIEN DANS L'EMPLOI

comme vice du consentement, la violence⁸⁸⁶, laquelle peut être analysée comme une contrainte économique⁸⁸⁷.

237. Suspension des clauses contractuelles contraires. Pour les salariés qui acceptent l'accord, alors les stipulations conventionnelles s'appliquent et les clauses contractuelles sont suspendues pendant la durée d'application de celui-ci⁸⁸⁸, et ce, sans qu'il soit utile de signer un avenant au contrat. Pour l'employeur cette disposition représente l'intérêt majeur de l'accord. Plusieurs observations peuvent être faites.

En premier lieu, le principe de faveur ne s'applique pas. Puisque les clauses contractuelles sont suspendues durant le temps d'application de l'accord, alors le salarié ne peut opposer la force obligatoire du contrat pour conserver le bénéfice d'avantages contractuels. Comme nous l'avons vu dans nos développements précédents, le contrat de travail constitue une figure de la stabilité de l'emploi du salarié. La force obligatoire attachée à ce dernier empêche l'employeur d'en modifier un élément sans au préalable disposer de son accord, à moins qu'il s'agisse d'une condition non essentielle relevant de son pouvoir de direction. Il en résulte que l'employeur ne peut en aucun cas modifier la rémunération du salarié – à savoir le mode de rémunération, le mode de calcul et la structure de celle-ci – sans son accord préalable⁸⁸⁹. Le juge social apprécie strictement ce principe puisqu'il considère que l'accord du salarié est indispensable, et ce, même si le nouveau mode de rémunération paraît plus avantageux⁸⁹⁰.

De la même manière traditionnellement la durée du travail constitue, en principe, un élément essentiel du contrat⁸⁹¹. Le salarié peut refuser les variations relatives à sa durée de travail. Par conséquent l'augmentation ou la réduction de la durée du travail du salarié relève de la modification du contrat de travail⁸⁹². En revanche le recours aux heures

886Civ. 1Ere, 30 mai 2000, n° 98-15.242.

887MEHADJI (A.), PELE (A), « Les accords majoritaires : consensus ou compromis ? », *SSL* 2013, n° 1587.

888Art. L5125-2 C. trav.

889Soc. 19 mai 1998, n°96-41573, *Bull. Civ. V.* n°265 – Soc. 18 oct. 2006, n°05-41.643.

890Soc. 5 mai 2010, n°07-45.409, *Bull. Civ. V.* n° 102.

891Soc. 20 oct. 1998, n° 96-40.614, *Bull. Civ. V.* n°433.

892Soc. 27 sept. 2006, n°05-41605.

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

supplémentaires appartient au champ du pouvoir de direction de l'employeur⁸⁹³. Ce dernier peut dès lors supprimer des heures supplémentaires ayant un caractère « régulier » sans qu'il s'agisse d'une modification de contrat⁸⁹⁴. L'accord de maintien de l'emploi permet de disqualifier ces dispositions légales puisqu'elle autorise l'employeur à modifier temporairement la durée de travail des salariés, sans compensation salariale, ou leur rémunération.

Toutefois, les clauses contraires à l'accord retrouvent leur pleine application lorsque l'accord collectif prend fin soit au terme de la durée prévue, ou en raison d'une résiliation judiciaire.

En second lieu, l'acceptation du salarié à l'application de l'accord ne vaut pas modification de son contrat de travail. Les stipulations conventionnelles se substituent temporairement aux dispositions contractuelles contraires, et ce jusqu'à que l'accord prenne fin. En conséquence les dispositions contractuelles relatives à la rémunération, ou à la durée et la répartition du temps de travail sont restaurées. Le retour aux dispositions du contrat s'opère sans qu'il soit utile de demander l'accord du salarié.

En tout état de cause, la flexibilité offerte à l'employeur dans l'organisation du travail de ses salariés est aussi inédite que nécessaire. L'employeur dispose d'une latitude suffisante pour s'adapter aux difficultés économiques rencontrées par son entreprise en évitant les complexités des procédures ainsi que le risque d'un contentieux. Faut-il encore que les organisations syndicales y voient un intérêt pour les salariés.

II - La force de l'engagement sur l'emploi

L'employeur doit faire tout ce qui est en son pouvoir en vue de respecter son engagement. L'engagement sur l'emploi constitue non seulement la cause de l'accord collectif mais aussi la justification de la supériorité de l'intérêt général sur l'intérêt particulier du salarié. Par conséquent il s'agit d'une obligation de résultat pour l'employeur. A la différence des engagements conventionnels de garantie de l'emploi antérieurs à la loi du 14 juin 2013, qui ne faisaient l'objet d'aucun encadrement légal et dont la sanction du

893Soc. 9 févr. 2011, n°09-42.582.

894Soc. 10 mars 1998, n°95-44842, *Bull. Civ. V.* n°124.

TITRE 1 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE MAINTIEN DANS L'EMPLOI

non respect de l'engagement était simplement jurisprudentielle, les accords de maintien de l'emploi s'exposent à une double sanction.

Afin de s'assurer du respect de son engagement, le législateur adopte une nouvelle fois une logique civiliste, c'est à dire qu'il ne sanctionne pas la violation de l'engagement de l'employeur par la nullité de l'acte mais adopte une conception indemnitaire (A).

En outre, l'employeur qui ne respecte pas son engagement s'expose à la suspension de l'accord voir à la résiliation judiciaire de celui-ci (B).

A - Une logique indemnitaire

L'une des nouveautés de l'accord de maintien de l'emploi concerne la mise en œuvre d'une sanction financière : la clause pénale. En cas de non respect par l'employeur de ses engagements, une clause, prévue dans l'accord, opère une évaluation forfaitaire des dommages et intérêts alloués aux salarié. Déjà utilisée comme arme juridique à l'occasion des accords de compétitivité emploi, elle est désormais obligatoire. Toutefois en avant propos, il convient de s'intéresser au sort des licenciements prononcés en violation d'un engagement de maintien de l'emploi.

238. Sort des licenciements prononcés en violation d'un engagement de maintien de l'emploi. Le législateur n'a pas prévu le sort des licenciements prononcés en violation d'un engagement de maintien de l'emploi. Compte tenu de l'engagement précis de l'employeur, il eut été logique d'interdire le licenciement en le sanctionnant par une nullité. Or, en l'absence de dispositions expresse, la nullité ne se présument pas, le licenciement prononcé pour motif économique sera injustifié. En effet, la jurisprudence a déjà eu à se prononcer sur cette question et estimée « *que lorsque l'employeur ne tient pas l'engagement unilatéral qu'il a pris de limiter le nombre de licenciements pendant une période déterminée, la procédure et le plan de sauvegarde de l'emploi qu'il met alors en œuvre en envisageant des licenciements ne sont pas pour autant frappés de nullité si le plan comporte des mesures d'accompagnement suffisantes ; que les salariés licenciés ont seulement la possibilité de demander la réparation du préjudice que l'inobservation de l'engagement de l'employeur peut leur causer* »⁸⁹⁵. Ce silence marque la volonté du législateur de s'affranchir de la conception protectrice du droit du travail pour une logique

895Soc. 25 nov. 2003, n° 01-17.501, *Bull. civ.* V, n° 294.

contractuelle. Aussi, l'inexécution d'une obligation contractuelle ouvre droit à des dommages et intérêts pour le salarié.

239. La mise en œuvre clause pénale. L'accord doit prévoir une clause pénale destinée à garantir l'effectivité des dispositions qu'il contient en sanctionnant les manquements de l'employeur⁸⁹⁶. En effet, si ce dernier ne respecte pas ses engagements, il doit réparer le dommage causé en indemnisant les salariés lésés du montant de la clause pénale. Issue du droit civil⁸⁹⁷, la clause pénale définit celle par laquelle les parties à un contrat évaluent forfaitairement le préjudice financier potentiel auquel donnerait lieu l'inexécution de l'obligation contractée⁸⁹⁸. La clause pénale est-elle fonction de la force de l'engagement de l'employeur ? Certainement. Si les sacrifices demandés aux salariés sont importants, davantage doit être l'indemnisation prévue en cas d'échec de l'accord. Cette clause s'apparente à un lot de consolation pour les salariés qui pourraient être lésés après des années de sacrifices.

L'objectif est ainsi d'éviter de recourir à la justice et de s'exonérer de la preuve de la réalité et de l'étendue du préjudice. En effet, l'application de la clause pénale exclut de réclamer des dommages et intérêts supplémentaires en justice. Les juges de la chambre sociale ont depuis longtemps admis la licéité de la clause⁸⁹⁹. L'insertion de cette clause dans le code du travail est une nouvelle illustration que la technique contractuelle s'impose de plus en plus en droit du travail.

Toutefois, le but du législateur était sans doute d'éviter un nouveau contentieux aux juges. En optant pour le mécanisme indemnitaire le législateur cherche à éviter le contentieux relatif aux licenciements. En d'autres termes, au lieu de déclarer les licenciements prononcés en méconnaissance de l'accord sans cause réelle et sérieuse, il assure le règlement du litige à l'amiable par l'indemnisation des salariés. Définitivement, l'accord de maintien de l'emploi est traité comme un contrat de droit commun.

896Art. L. 5125-2 C. Trav.

897Art. 1226 et s. C. Civ.

898Civ. 1re, 10 oct. 1995, D. 1996, p. 486, note FILLION-DUFOULEUR, (B.), somm., p. 116, obs. DELEBECQUE, (Ph.), *JCP G* 1996, II, 22580, note PAISANT (G.), 3914, no 9, obs. BILLIAU (M.).

899Soc. 25 novembre 1970, n° 69-40566.

B - Intervention du juge

Lors des débats parlementaires, le rapporteur à l'assemblée indiquait : « *on peut considérer qu'une entreprise qui n'a pas réussi durant deux ans à surmonter ses difficultés conjoncturelles bascule dans des difficultés structurelles* ». L'employeur s'engage à ne pas rompre le contrat du salarié pour un motif économique, le temps de l'application de l'accord. Toutefois, l'acceptation du salarié ne le met pas à l'abri. Plusieurs situations peuvent se présenter entraînant la suspension ou la résiliation de l'accord, selon l'appréciation des juges.

Dans l'hypothèse d'une détérioration de la situation économique de l'entreprise, l'employeur peut demander au Président du Tribunal de grande instance la suspension de l'accord. En effet, l'article L5125-5 du code du travail organise une procédure particulière permettant à l'un des signataires de l'accord de solliciter auprès du Président du Tribunal de grande instance la suspension de l'accord lorsque l'employeur ne respecte pas ses engagements de manière loyale et sérieuse, ou si la situation économique a évolué de manière significative. La loi du 6 août 2015 a ajouté la possibilité d'organiser conventionnellement les conditions d'un tel recours. C'est l'hypothèse où l'employeur ne respecte pas son engagement en matière d'emploi ou lorsque les engagements souscrits à l'égard des dirigeants ou des actionnaires ne sont pas respectés. Le juge statue alors en la forme des référés et fixe la durée de suspension de l'accord. Au terme de cette suspension, le juge décide de la poursuite ou résiliation de l'accord⁹⁰⁰.

Les clauses conventionnelles étant suspendues, on peut envisager que la suspension de l'accord aurait pour effet de consacrer un retour à la situation contractuelle antérieure s'agissant de la rémunération et ou de l'aménagement du temps de travail. Parallèlement, l'hypothèse a été avancée que les salariés ayant accepté l'accord, n'étant plus protégés par celui-ci, pourraient à nouveau être licenciés selon le régime de droit commun -art. L. 1233-1 et s.- et non selon la procédure dérogatoire autorisée par le législateur dans le cadre de l'accord de maintien de l'emploi. Dans ce cas, l'article L. 5125-6 du code du travail prévoit que le calcul des indemnités légales ou conventionnelles, ou contractuelles de préavis ainsi que de licenciement devrait se faire sur la base de la rémunération du salarié au moment de la rupture ou, si elle est supérieure, sur la base de la rémunération antérieure à la

900 Art. L. 5125-5 C. trav.

conclusion de l'accord.

L'hypothèse nous paraît peu probable. En droit du travail, la suspension du contrat de travail correspond à une situation juridique précise. Par ailleurs ne peut-on pas mettre en perspective cette situation avec celle d'une dénonciation d'un accord s'agissant des avantages individuels acquis. Les tenants de la thèse pour la capacité de l'employeur de licencier affirment que dans la mesure où l'engagement des salariés ne tient plus alors celui de maintenir l'emploi également. Il n'en est rien. En effet, si l'accord de maintien de l'emploi met les parties sur un pied d'égalité, une fois cette parenthèse fermée, la protection du droit du travail fondée sur la relation hiérarchique qui unit salarié et employeur doit, selon nous, reprendre le dessus. Ainsi, l'employeur ne peut pas rompre le contrat sans que le juge ait pris sa décision. Le *statut quo* est de mise, au nom de la protection du salarié. Aussi, nous déconseillons à l'employeur de prendre le risque de licencier le salarié durant cette phase. Par conséquent, il s'agit ici de consacrer l'auto résiliation du contrat avant toute appréciation du juge.

Si le juge prononce la résiliation de l'accord, celle-ci n'aura aucun effet rétroactif. Les sacrifices des salariés ne seront pas compensés, et l'employeur peut à nouveau les licencier pour motif économique.

§ 2. Un accord juridiquement sécurisé

La création des accords de maintien de l'emploi devaient servir en premier lieu à maintenir les emplois dans l'entreprise traversant des difficultés économiques. Or, le contentieux occupe une place importante dans l'argumentaire sur l'emploi, il est décrit par les économistes à la fois comme un frein à la création d'emploi, et comme un obstacle au maintien de l'emploi. L'argumentaire n'est pas nouveau, mais force est de constater que depuis 2008, les partenaires sociaux n'y sont pas insensibles. Dès lors, le contentieux du licenciement économique constituerait l'ennemi de l'emploi. A ce sujet, les économistes Pierre Cahuc et Stéphane Carcillo écrivait : «*La jurisprudence française en matière de droit du travail fait en effet peser sur le licenciement économique un contrôle fort allié à une importante insécurité juridique, comparé à nos principaux partenaires européens. La France est le seul pays où le juge apprécie la validité d'un licenciement au regard de la*

TITRE 1 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE MAINTIEN DANS L'EMPLOI

compétitivité de l'entreprise concernée »⁹⁰¹. Si les statistiques démontrent un taux de contestation globalement faible s'agissant des licenciements pour motif économique, ils sont particulièrement redoutés par les employeurs.

Les partenaires sociaux souhaitent que le refus d'un accord de maintien de l'emploi constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement comme c'est le cas pour la modification de contrat pour motif économique. Mais le législateur en a décidé autrement.

I - Les conséquences du refus d'application de l'accord

Bien que s'imposant au contrat de travail, l'accord de maintien de l'emploi requiert néanmoins le consentement individuel de chaque salarié. Chaque salarié est libre d'arbitrer entre le maintien de son emploi ou de ses avantages. Il dispose d'un droit de refus. Par ailleurs, rien ne s'oppose à ce que les salariés engage une grève⁹⁰², contre ou avec des syndicats impuissants -entendons des syndicats ne pouvant user de leur droit d'opposition- à l'encontre d'un accord de concessions qu'ils jugent trop contraignant⁹⁰³. Le professeur Jean-Emmanuel Ray s'est interrogé sur la licéité d'une grève visant un accord collectif relatif au maintien de l'emploi dans l'entreprise. Rien, juridiquement, ne semble s'opposer à un mouvement de ce type, puisque la Cour de cassation apprécie la légitimité de celle-ci au regard du caractère professionnel ou non, des revendications des salariés.

240. Les conséquences du refus. L'article L. 5125-2 du code du travail prévoit un nouveau régime de licenciement lorsque le salarié refuse l'application des stipulations d'un accord de maintien de l'emploi. La modification récente du texte, avec l'entrée en vigueur de la loi Macron⁹⁰⁴, a abouti à la mise en place d'un régime de licenciement hybride : la cause économique de la rupture est justifiée par le constat partagé des graves difficultés conjoncturelles, et l'employeur n'est pas tenu à ses obligations de reclassement et d'adaptation.

901 Rapport « Les juges et l'économie : une défiance française », Institut Montaigne, déc. 2012.

902 Soc. 22 novembre 1995 n° 93-44.017, *Bull. Civ.*, V. n°307 : « *Constitue l'exercice du droit de grève, l'arrêt de travail de plusieurs salariés à l'annonce d'un licenciement pour motif économique. En effet la menace sur l'emploi que faisait peser ce licenciement caractérise une revendication professionnelle de défense et de maintien de l'emploi intéressant l'ensemble du personnel* ».

903 RAY (J.-E.), « Du collectif à l'individuel : les oppositions possibles », *Dr. Soc.* 1998, p. 347.

904 Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 art. 287.

241. Dispositions de la loi du 15 juin 2013. La rupture consécutive au refus du salarié de l'application de l'accord de maintien de l'emploi constitue un licenciement individuel pour motif économique⁹⁰⁵ qui ouvre droit à des mesures d'accompagnement prévues par l'accord. Cette disposition a été vivement critiquée par une partie de la doctrine⁹⁰⁶, favorable à plus de flexibilité des accords de maintien de l'emploi, et ce pour plusieurs raisons.

En premier lieu, la lecture littérale de l'article L. 5125-2 du code du travail, ouvrait une porte à un potentiel recours en justice du salarié sur le motif de son licenciement. Les gardes fous imposés par l'accord de maintien de l'emploi, notamment son fondement négocié ainsi que le possible recours à un expert comptable, auraient sans doute conduit à une certaine mansuétude du juge lors de son contrôle, mais la défiance des chefs d'entreprises à son égard est tel, que l'absence de sécurité acquise a sans aucun doute freiné la conclusion de ce type d'accord. L'incompréhension était d'autant plus grande que l'article 18 de l'ANI prévoyait que la cause réelle et sérieuse du licenciement économique était « attestée » par l'accord de maintien de l'emploi. Les partenaires sociaux optaient pour un rôle très restreint du juge judiciaire, à l'instar des accords de réduction du temps de travail prévues à l'article L. 1222-8 du code du travail⁹⁰⁷.

En second lieu, le caractère individuel du licenciement et ce, quelques soit le nombre de salariés concernés. La qualification retenue par le législateur a pour objectif d'écarter les règles relatives au plan de sauvegarde de l'emploi et ce, même si le nombre de refus atteint plus de dix salariés. Aussi, la qualification retenue par le législateur imposait le respect par l'employeur de l'ensemble des règles relatives au licenciement économique individuel - recherche de reclassement, proposition de contrat de sécurisation professionnelle ou congé de reclassement, priorité de ré-emploi, à l'exception de l'ordre des critères puisque par hypothèse, les salariés souhaitent tous quitter leur emploi. Une fois encore, le législateur a modifié l'ANI qui prévoyait que l'entreprise soit « *exonérée de l'ensemble des obligations légales et conventionnelles*

905Art. L. 5125-2 C. Trav.

906Cf. FAVENNEC-HERY (F.), « Les accords de maintien de l'emploi, une mesure phare de la loi de sécurisation de l'emploi », *Gazette du Palais*, 22 oct. 2013, n° 295, p. 10.

907Soc. 15 mars 2006, n° 05-42.946, n° 04-40.504 et n° 04-41.935.

TITRE 1 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE MAINTIEN DANS L'EMPLOI

qui auraient résulté d'un licenciement collectif pour motif économique »⁹⁰⁸. La volonté affichée de cette disposition était que les salariés, ayant refusé l'accord, soient privés de toutes les mesures d'accompagnement du licenciement pour motif économique.

Dispositions après la loi du 6 août 2015. Cette défiance à l'égard du juge judiciaire s'est inscrite dans la loi Macron du 6 août 2015, qui a modifié certaines dispositions de la loi du 15 juin 2013. Désormais, lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent l'application de l'accord *« leur licenciement repose sur un motif économique, est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique et il repose sur une cause réelle et sérieuse. L'employeur n'est pas tenu aux obligations d'adaptation et de reclassement prévues aux articles L. 1233-4 et L. 1233-4-1. Le salarié bénéficie soit du congé de reclassement prévu à l'article L. 1233-71, soit du contrat de sécurisation professionnelle prévu à l'article L. 1233-66 »*. Le législateur adopte la présomption de cause réelle et sérieuse qui était insérée initialement dans l'ANI. En d'autres termes, lorsque l'accord est conforme aux dispositions légales, le motif est de facto justifié. Le motif économique est tiré du constat partagé des graves difficultés économiques conjoncturelles de l'entreprise, et ne peut être contesté en justice. Et, prenant de cours les salariés qui, sur le terrain du reclassement, se réservaient la possibilité de contester leur licenciement, le législateur a réduit encore *« l'insécurité liée aux aléas judiciaires »*⁹⁰⁹ en supprimant les obligations d'adaptation et de reclassement auxquelles l'employeur est tenu suite à un licenciement économique.

L'objectif de dé-judiciarisation se traduit non seulement par la présomption du caractère économique du licenciement, mais aussi, par la limitation des obligations de l'employeur. Pour autant l'accord de maintien de l'emploi n'est pas une option privilégiée par les employeurs dans le cadre d'une restructuration.

908Art. 18 ANI.

909GEA (F.), *Le droit du licenciement économique à l'épreuve de la sécurisation de l'emploi* », *Dr. Soc.* 2013, p. 210, spéc. p. 216.

II - L'accord de maintien de l'emploi « défensif » a-t-il un avenir ?

Les accord de maintien de l'emploi constituent un nouvel outil de flexibilité pour les entreprises connaissant de graves difficultés économiques, qui leur permet à la fois d'échapper aux contraintes lourdes liées aux licenciements collectifs pour motif économiques, tout en leur offrant l'opportunité d'adapter le dispositif à l'évolution de la situation de l'entreprise. Néanmoins le dispositif ne fonctionne pas. Selon le bilan de la loi dressé le 3 avril 2015, deux ans après l'entrée en vigueur de la loi seulement dix accords ont été recensés par le ministère du travail. L'incertitude demeure toutefois concernant l'impact des modifications opérées par la loi Macron sur la popularité du dispositif⁹¹⁰. En attendant il semblerait qu'au regard des contraintes imposées par le dispositif, les employeurs préfèrent avoir recours à d'autres outils.

A - Les alternatives aux accords de maintien de l'emploi

242. Accord de maintien de l'emploi ou procédure de modification pour motif économique ? La procédure des licenciements économiques collectifs s'applique lors des restructurations entraînant des modifications de contrats individuels de travail⁹¹¹. Une soumission au droit du licenciement collectif incomprise par le patronat, qui reproche l'incompatibilité de cette disposition avec la réalité de la vie des entreprises. Pour autant à certains égards, la procédure de modification pour motif économique revêt certains avantages par rapport aux accords de maintien de l'emploi. En effet, celle-ci ne prévoit pas l'intervention des syndicats, ne fixe pas de minimum de rémunération à respecter et n'engage pas l'employeur à réduire sa propre rémunération ni à maintenir les emplois pour une durée minimale. Il convient toutefois de nuancer cette affirmation. D'une part, dès lors que plusieurs salariés refusent la modification de leur contrat de travail, les règles relative au licenciement collectif pour motif économique s'appliquent. En revanche, l'employeur est obligé de respecter la procédure de licenciement collectif avec plan de sauvegarde, seulement lorsque dix salariés au moins ont refusé la modification de leur contrat de travail⁹¹². Jusqu'en 2005, la solution retenue par les célèbres arrêts *Framatome et Majorette*

910Cf. LOISEAU (G.), « Les accords de maintien de l'emploi ont-ils un avenir ? », *RDT* 09/15, p. 499.

911Cf. AUZERO (G.), DOCKES (E.), *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis, 30ème éd., 2016, § 484.

912Art. L1233-3 C. trav.

TITRE 1 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE MAINTIEN DANS L'EMPLOI

du 3 décembre 1996 s'appliquait et à ce titre la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi était nécessaire dès que dix propositions de modification était faite. D'autre part, en applications des dispositions de l'article L2323-6 du code du travail, si l'entreprise est dotée d'un comité d'entreprise alors celui-ci devra obligatoirement être consulté sur «*les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail, les conditions d'emploi* ». En conséquence, au regard de la complexité du dispositif, les accords de maintien de l'emploi paraissent mieux adaptés aux très grandes entreprises qu'aux PME, qui compte tenu de leurs effectifs, préféreront utiliser le mécanisme classique de la modification de contrat pour motif économique. Une observation non corroborée par le bilan établi en 2015 puisque sur les dix accords signés, une seule entreprise contractante comprenait plus de mille salariés.

243. Accord de maintien de l'emploi ou accord de compétitivité ? Préalablement, il convient de s'interroger sur la possibilité pour les employeurs et partenaires sociaux de conclure un accord collectif dans la perspective de sauvegarder les emplois, sans respecter le régime légal des accords de maintien de l'emploi issu des articles L. 5125-1 et suivants. En d'autres termes, les dispositions relatives aux accords de maintien de l'emploi ont-elles une valeur impérative ? Selon Maître Jérôme Daniel, « *Ni le principe constitutionnel de participation qui fonde, à l'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946, en grande partie le droit de la négociation collective, ni le caractère spécial du nouveau dispositif conçu par le législateur pour organiser une réponse à chaud à une situation de crise, ne justifient d'enterrer des dispositifs qui ont su faire leur preuve* »⁹¹³. Dans le même sens, lors de la conférence sociale du 3 avril 2015 à l'occasion de laquelle les partenaires sociaux ont dressé le bilan de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013⁹¹⁴, les deux types d'accord ont été abordés comme des outils de flexibilité permettant d'assurer la compétitivité de l'entreprise, et ce, sans préférence pour l'un ou l'autre. Toutefois, force est de constater que les entreprises ont leur préférence.

En effet, tandis que les services du ministère du travail ont recensés neuf accords de maintien de l'emploi au 15 mars 2015, vingt et un accords de compétitivité emploi ont été

913DANIEL (J.), « L'accord de maintien de l'emploi, un mélange détonnant de complexité et d'insécurité », *JCP S* 2014, 1187.

914V. Bilan de la loi de sécurisation de l'emploi *in* www.travail-emploi.gouv.fr. Cf. ANTONMATTEI, (P.-H.), Accord de maintien de l'emploi : premier lifting législatif, *dr. Soc.* 2015, 811.

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

conclus depuis le 1er janvier 2013. A l'heure actuelle, très rares sont donc les entreprises à avoir emprunter la voie des accords de maintien de l'emploi. Les praticiens fustigent les contraintes associées au dispositif parmi lesquelles : premièrement, l'appréciation des difficultés économiques conjoncturelles, une notion qui n'est pas toujours facile à évaluer ; deuxièmement, la durée de l'accord -alors limitée à deux années- jugée trop courte pour que les mesures produisent des effets durables sur la compétitivité de l'entreprise ; troisièmement, l'impossibilité de licencier, mais également de proposer un changement de poste durant l'application de l'accord ; quatrièmement, le risque contentieux lié au licenciement du salarié ayant refusé l'application de l'accord.

Ces remarques ont été largement prises en compte par la loi Macron du 6 août 2015, qui a considérablement allégé le dispositif en retouchant la durée de l'accord, la suspension de son exécution et le traitement du refus du salarié. A défaut d'avoir un passé heureux, a-t-il un avenir ? Si la prudence des employeurs, préférant conclure des accords de compétitivité emploi, excluant les contraintes imposées par les articles L.5125-1 et suivants du code du travail, était auparavant largement partagée, la souplesse et la sécurité juridique apportées par la loi Macron justifient de se s'interroger à nouveau. En effet, les nouvelles dispositions permettent à l'employeur de déroger au droit du licenciement pour motif économique. Cet ultime avatar était sans nul doute la garantie attendue par les employeurs, pour envisager un accord de maintien de l'emploi plutôt que l'accord de compétitivité emploi. Est-ce à dire que les accords de compétitivité emploi sont condamnés ? Peut être. Les partenaires sociaux ne s'opposeront certainement pas à l'exclusion des dispositions relatives au licenciement économique, puisqu'ils avaient prévu cette possibilité dans l'ANI.

Les accords de maintien de l'emploi peinent à séduire les employeurs. Par ailleurs le législateur vient de consacrer un nouveau dispositif visant à introduire de la flexibilité dans l'organisation du travail, élargissant ainsi le champ des possibles pour l'employeur, mais qui pourrait sonner définitivement le glas des accords de maintien de l'emploi.

B - L'accord de développement ou de préservation de l'emploi : la fin des accords de maintien de l'emploi ?

Afin de répondre aux besoins de flexibilité croissant des entreprises le législateur vient de consacrer le pendant des accords de maintien de l'emploi : les « *accords de préservation ou de développement de l'emploi* »⁹¹⁵. L'entreprise peut désormais conclure un accord afin d'ajuster les effectifs aux variations de son activité pour répondre à un objectif de préservation ou de développement de l'emploi. Il s'agit donc d'un accord conclu « à froid » c'est à dire en dehors de toutes difficultés économiques. Mais, afin de garantir une meilleure visibilité, le législateur impose que l'accord prévoit dans son préambule « *les objectifs de l'accord en matière de préservation ou de développement de l'emploi* », sous peine de nullité de l'accord⁹¹⁶, ainsi que les modalités d'information des salariés sur l'application et le suivi de l'accord. Pour autant, le législateur a semble-t-il tiré les leçons de l'échec des accords de maintien de l'emploi puisqu'il consacre un champ élargi de négociation, limitant la liberté contractuelle à l'impossibilité de diminuer la « rémunération mensuelle »⁹¹⁷ du salarié et à la prise en compte de la situation personnelle et familiale des salariés.

S'agissant des modalités de conclusion de l'accord, elles sont les mêmes que celles applicables à l'accord de maintien de l'emploi. L'employeur qui envisage de conclure un tel accord doit préalablement transmettre aux organisations syndicales « *toutes les informations nécessaires à l'établissement d'un diagnostic partagé* »⁹¹⁸. L'accord est conclu avec des délégués syndicaux, des représentants du personnel spécialement mandatés⁹¹⁹, ou

915 Art. L.2254-2 C. trav. L. n° 2016-2088 du 8 août 2016, art. 22. V. DUMONT (F.), « Préserver l'emploi : effet d'annonce pour des mesures discutables », *JCP S* n°36, 13 sept. 2016, 1304 ; GRATTON (L.), BAUGARD (D.) « Les accords de préservation ou de développement de l'emploi : premier regard conventionnel et constitutionnel », *Dr. Soc.* 2016, 745 ; FILIPETO (E.), « Et vinrent les accords de préservation ou de développement de l'emploi », *RDT* 2016, 415 ; PETIT (Franck), « Négociation collective : la volonté d'encadrer et d'orienter la liberté contractuelle des partenaires sociaux », *Gaz. Palais* 11 oct. 2016, n°35. « Qu'est ce qu'un accord de développement ou de préservation de l'emploi », *Droit du travail au quotidien*, 09/2016.

916 Art. L.2254-2 C. trav.

917 Un prochain décret devrait préciser les contours de cette notion.

918 Art. L.2254-2 C. trav.

919 Art. L.2232-21 C. trav.

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

des salariés mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales⁹²⁰. Ces derniers pourront aussi être assistés par un expert comptable désigné par le comité d'entreprise, à défaut, par eux mêmes⁹²¹. Sauf stipulation contraire, l'accord est conclu pour une durée de cinq ans.

Si les contours de l'accord ressemblent aux schémas traditionnels, le régime applicable à l'accord de préservation ou de développement de l'emploi revêt un caractère original. Le premier alinéa de l'article L.2254-2 du code du travail dispose que : « *Lorsqu'un accord d'entreprise est conclu en vue de la préservation ou du développement de l'emploi, ses stipulations se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail* ». Que doit-on comprendre par « *se substituent de plein droit* » ? La formulation prête à confusion puisqu'elle laisse à penser que les stipulations de l'accord revêtent un caractère définitif. Depuis plusieurs années le législateur développe des dispositifs conventionnels afin de corriger l'articulation traditionnelle entre l'accord collectif et le contrat de travail, optant soit pour la modification de contrat de travail, soit pour une suspension des clauses contractuelles contraires durant la période d'application de l'accord⁹²². La différenciation s'opère en fonction de la durée de l'accord. Lorsque l'accord est conclu pour une durée indéterminée, les stipulations incorporent logiquement le contrat de travail. De la même manière les stipulations résultant d'un accord collectif à durée limitée ne devraient pas incorporer le contrat de travail puisqu'elles n'ont pas vocation à perdurer. De ce raisonnement le législateur tire les conséquences en accordant au salarié un droit de refus à l'application de l'accord ou un droit au refus à la modification de son contrat. Selon les dispositions de l'article L. 2254-2 du code du travail, dans le cadre d'un accord de préservation ou de développement de l'emploi, le salarié dispose d'un droit de refus à la modification de son contrat. En cas de refus l'employeur peut engager une procédure de licenciement à l'encontre du salarié ; le licenciement repose alors sur un « *motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement (..) et soumis*

920Art. L.2232-34 C. trav.

921Art. L.2254-2 C. trav.

922De cette manière les accords introduit par la loi Aubry II du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail s'appliquaient aux contrats de travail en cours sans que la modification du contrat ne soit caractérisée. Différemment les dispositions issues des accords de maintien de l'emploi et de mobilité de l'emploi s'appliquent aux contrats de travail des salariés durant la durée de l'accord, les clauses contractuelles sont alors suspendues. V. GRATTON (L.), BAUGARD (D.) «Les accords de préservation ou de développement de l'emploi : premier regard conventionnel et constitutionnel », *Dr. Soc.* 2016, 745.

TITRE 1 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE MAINTIEN DANS L'EMPLOI

aux modalités applicables au licenciement individuel pour motif économique ». Juridiquement, la voie choisie apparaît surprenante. Le licenciement repose sur une qualification *sui generis* mais est soumis aux règles applicables à un licenciement individuel pour motif économique. Il en résulte, qu'à l'instar des accords de mobilité interne ou de maintien de l'emploi, se pose la question d'une potentielle atteinte au droit européen⁹²³. D'un point de vue opérationnel, la qualification *sui generis* éloigne une éventuelle contestation relative au motif économique. Egalement, l'employeur est exempté de la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi dans l'hypothèse où le nombre de refus individuels serait supérieur à dix. Toutefois il reste tenu de proposer le bénéfice d'un dispositif d'accompagnement à chaque salarié dont il envisage le licenciement. L'adhésion du salarié au parcours d'accompagnement emporte la rupture de son contrat de travail⁹²⁴.

Il paraît donc d'ores et déjà acquis que l'accord de préservation de l'emploi va rapidement devenir un instrument privilégié par les entreprises puisqu'il garantit une flexibilité accrue, notamment en comparaison des accords de maintien de l'emploi, tout en assurant une sécurité juridique optimale. Des questions restent néanmoins en suspens, certaines relatives aux orientations données par le futur décret, d'autres concernant la conduite des organisations syndicales.

923V. les développements Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

924Art. L.2254-3 C. trav.

TITRE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI

Les restructurations ne sont plus un fait occasionnel de la vie d'une entreprise mais un phénomène contemporain posant la question de la mobilité du salarié. Dans un contexte de mutations économiques les dispositifs de mobilité doivent être utilisés comme des leviers de transformation afin de sauvegarder un maximum d'emplois. La sauvegarde des emplois passe par la mobilité du salarié. C'est en tout cas la conviction acquise et reprise par les partenaires sociaux dans l'ANI du 11 janvier 2008⁹²⁵. La promotion de la mobilité est également un des axes d'action choisi par les institutions européennes. Cette conviction est aussi partagée par le Conseil d'orientation pour l'emploi, qui dans son rapport de 2013 pointe le manque de mobilité des travailleurs comme l'une des raisons du mauvais fonctionnement du marché du travail⁹²⁶.

La solution paraît simple pourtant la notion est particulièrement abstraite et complexe, tant elle revêt des formes différentes. Pour Alexandre Fabre, la mobilité s'entend comme *«l'ensemble des dispositifs permettant un changement de situation des salariés, que ces changements interviennent au sein de l'entreprise ou qu'ils les conduisent à quitter l'entreprise»*⁹²⁷. Il existe de nombreuses formes de mobilité, celle-ci pouvant être interne, externe, professionnelle, géographique, choisie, contrainte. La distinction s'opère alors en fonction de la situation du salarié. La mobilité interne s'entend comme une mutation, géographique ou professionnelle, mais sans rupture du lien contractuel. Dénommée également « mobilité continuité »⁹²⁸, elle s'oppose à la notion de « mobilité externe » ou « mobilité séparation ». La mobilité recouvre aussi la séparation entre la mobilité géographique du salarié, c'est à dire le changement de lieu de travail du salarié, de la mobilité professionnelle entendue comme la capacité à changer de poste de travail de grade ou de branche professionnelle. Enfin, le critère temporel permet de distinguer la mobilité

925Article 8 ANI du 11 janvier 2008.

926COE, *Rapport sur Emplois durablement vacants et difficultés de recrutement*, 2013.

927FABRE (A.), « Vers un droit des mobilités ? », *SSL* 10 févr. 2014 n° 1617.

928FAVENNEC-HERY (F.), « Les variables de la mobilité : organiser », *JCP S* n° 11, mars 2014, 1104.

TITRE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI

anticipative de la mobilité curative.

La mobilité peut être imposée lors de changements importants d'organisations, de stratégie ou encore à l'occasion de la recherche de davantage de gains de productivité, s'accompagnant d'une réduction d'effectifs. La mobilité géographique et/ou professionnelle est souvent la condition du reclassement du salarié et ce faisant, du maintien du lien contractuel. Il s'agit ici de la mobilité curative. A l'inverse, la mobilité n'est pas toujours la conséquence de l'acceptation d'une offre de reclassement dans un contexte de difficultés économiques pour l'entreprise. Un accord collectif de gestion du personnel, identifié comme « à froid » peut également organiser la mobilité de ses salariés au sein de l'entreprise ou du groupe. La mobilité est alors anticipative. Avec la loi de sécurisation de juin 2013, l'un comme l'autre peuvent être mis en place par un accord collectif.

Depuis quelques années, la mobilité est devenue un des vecteurs des politiques favorables au maintien de l'emploi. Cette évolution se traduit par une préférence pour la mobilité anticipative (**CHAPITRE 1**). Néanmoins, la prévention n'est pas toujours suffisante dès lors la mobilité curative, traduite pour l'essentiel par des obligations à la charge de l'employeur, est l'ultime solution pour éviter le licenciement (**CHAPITRE 2**).

CHAPITRE 1 - L'ACCORD COLLECTIF, SOUTIEN A LA MOBILITE ANTICIPATIVE

La mobilité est un enjeu majeur de la politique de gestion des ressources humaines dans les entreprises. Depuis plusieurs années, le droit du travail encourage la mise en place de mobilités « à froid », afin de répondre aux besoins de flexibilité de l'entreprise tout en limitant les coûts d'une restructuration.

Outil de gestion de l'entreprise, la GPEC est aujourd'hui une notion juridique encadrée. Avant la loi du 18 janvier 2005⁹²⁹ qui a légitimé institutionnellement la notion, le législateur avait intégré certains thèmes de la GPEC dans le champ de la négociation triennale au niveau des branches⁹³⁰. Le concept était alors peu utilisé, les entreprises le jugeant comme complexe, onéreux, et difficile à mettre en œuvre dans un contexte économique très fluctuant qui complique l'anticipation. C'est sous l'impulsion de la loi dite « loi Borloo » que la GPEC a fait un retour en force, notamment au niveau des entreprises. La mobilité est un point important de la GPEC notamment en raison de l'instauration d'une incitation à la négociation par le législateur. L'article L. 2242-15 du code du travail qui détermine le champ de la négociation, inclut les « mesures d'accompagnement de la mobilité professionnelle et géographique des salariés ». En pratique, la mise en œuvre de la mobilité n'est pas chose aisée pour l'employeur qui se heurte à des obstacles parmi lesquels la frilosité des salariés à l'idée de changer de métier ou de lieu de travail, surtout lorsque cette perspective entraîne un changement de domicile.

L'accord de mobilité interne, institué par la loi du 14 juin 2013, relève de la catégorie des accords de gestion prévisionnelle de l'emploi, et est utilisé pour organiser la mobilité géographique et professionnelle des salariés. Par la place qu'elle occupe dans le code du travail, la négociation de l'accord sur la mobilité interne est le « pendant »⁹³¹ de la négociation triennale sur la GPEC en amont des restructurations. La mutation décidée dans

929Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale.

930Loi n° 2002-73 de modernisation sociale du 17 janvier 2002 qui a rendu obligatoire la négociation au niveau des branches dans le cadre de la négociation triennale sur les priorités, les objectifs et les moyens de la formation professionnelle (art. L. 2241-6 c. trav.) ; loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites qui a introduit pour sa part dans le champ de la négociation obligatoire au niveau des branches, la gestion prévisionnelle des emplois des salariés âgés » (art. L. 2241-4 c. trav.).

931VERKINDT (P.-Y.), « Les mobilités », *JCP S* n° 25, 25 juin 2013, 1262.

TITRE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI

le cadre d'un accord de mobilité bénéficie d'un cadre juridique plus souple que si elle était mise en oeuvre en dehors d'un tel dispositif. Ces accords lèvent les freins tant juridiques que psychologiques à la mobilité en conciliant à la fois la sécurité juridique nécessaire aux entreprises à des mesures d'accompagnement pour les salariés (**section 1**) et favorisent la sauvegarde des emplois (**section 2**).

Section 1 - Un cadre de mobilité sécurisé face aux restructurations

Jusqu'à la loi de 2013, introduisant des dispositions sur la mobilité interne et externe des salariés, la mobilité se limitait à l'article L.1221-1 du code du travail qui soumet le droit du travail aux règles civilistes et donc à l'intangibilité des conventions. Progressivement, la cour de cassation a porté atteinte au principe d'intangibilité et établi un régime de la modification du contrat dans un souci de protection du salarié. Cela étant, ce régime jurisprudentiel est vécu comme une difficulté par les employeurs désireux de restructurer leurs entreprises, particulièrement lorsque le projet ne prévoit aucune suppression d'emploi.

Dans la perspective de faciliter le recours à la mobilité, les accords de mobilité conclus « à froid » permettent de s'affranchir du régime jurisprudentiel de la modification du contrat (**paragraphe 1**) ainsi que de la procédure économique des grands licenciements collectif (**paragraphe 2**).

§ 1. Exclusion du régime jurisprudentiel de la modification du contrat de travail

L'accord de mobilité interne va permettre à l'employeur de réorganiser son entreprise sans se préoccuper des règles régissant la modification des contrats. Avant de voir comment s'organise la mobilité en présence d'un accord collectif (**I**), nous étudierons la mobilité en l'absence d'accord conventionnel (**II**).

I - L'organisation contractuelle de la mobilité du salarié dans l'entreprise

Par principe, le contrat de travail est intangible et ses stipulations lient les parties. Cela étant, en l'absence d'une clause de mobilité, l'employeur ne peut l'imposer au salarié sauf accord de celui-ci. Afin d'obtenir un peu de latitude, une clause de mobilité peut être insérée lors de la conclusion du contrat de travail suivant un contrôle particulièrement rigoureux opéré par la cour de cassation (**A**).

A cet égard, tiraillé entre les règles civilistes et son désir d'affranchissement, le juge social a élaboré un régime de modification inféodé au droit du licenciement ; en effet, si la jurisprudence reconnaît que le salarié dispose toujours d'un droit de refus concernant la

TITRE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI

modification de son contrat, l'employeur qui souhaite maintenir son projet, est alors tenu de le licencier **(B)**.

A - Le contrat de travail, un rempart à la mobilité

Le contrat de travail peut constituer un instrument de résistance à la mobilité du salarié que celle-ci soit imposée par l'employeur **(1)** ou par la voie conventionnelle **(2)**.

1 - Le contrat de travail, instrument de résistance à la mobilité imposée par l'employeur

La Cour de cassation consacre l'intangibilité des conventions autour d'un principe clair selon lequel tout ce qui est contractuel ne peut être modifié sans l'accord des parties. Dès lors, c'est l'application du droit commun des conventions qui protègent le salarié d'une mobilité imposée par les choix de gestion de l'employeur. Cela étant si le principe est clair, des changements opérés par la chambre sociale ont quelque peu brouillé la frontière terminologique **(a)**.

Par ailleurs, le contrat peut aussi être un vecteur de mobilité. La clause de mobilité étend le pouvoir unilatéral de l'employeur pour déterminer le champ de la mobilité, cependant, la nature particulière du contrat garantie au salarié la protection du juge social **(b)**.

a) Le contrat de travail, un obstacle à la mobilité par nature

244. Intangibilité du contrat. L'évolution jurisprudentielle a conduit à la neutralisation de l'expression du pouvoir de l'employeur. Dans cette évolution, le très célèbre arrêt Raquin marque la première étape d'un tournant en matière de modification de contrat⁹³², désormais, l'employeur doit solliciter l'acceptation express du salarié⁹³³. Jusqu'alors, la poursuite des relations de travail aux nouvelles conditions suffisait au juge pour déduire le consentement du salarié. Cette solution d'une part protège le salarié contre les

932Suivront les arrêts Le Berrre et Le Berry, v. *infra*.

933Soc. 8 oct 1987, *Bull. Civ. V.* n° 541 ; *Dr. Soc.* 1988. 141, note SAVATIER (J.) ; *D.* 1988. 57, note SAINT JOURS (Y.) ; *Grands arrêts* n° 49 – Soc. 17 déc. 1987, *Bull. Civ. V.* n° 746 – Soc 16 nov. 2007, *JCP S* 2008. 1030, note DEL SOL (M.).

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

modifications unilatérales de son contrat de travail, et d'autre part, confirme la force obligatoire des engagements contractuels. Elle est également l'occasion de mettre fin à la pratique de la prise d'acte du salarié, lequel opposé à une modification de la rupture, prenait l'initiative de celle-ci avant de saisir le juge ; à compter de cette décision, l'employeur doit tirer les conséquences d'un refus du salarié en engageant la procédure de licenciement.

245. Primauté du contrat de travail. La mobilité peut modifier les fonctions ou le lieu de travail du salarié, et par conséquent, est susceptible d'affecter la sphère contractuelle ; de ce fait, la mise en œuvre de la mobilité tient dans la traditionnelle distinction entre modification du contrat de travail et changement des conditions de travail⁹³⁴. En l'absence d'un contrat écrit ou lorsque celui-ci est sommaire, la détermination du contenu de la sphère contractuelle est laissée à l'appréciation des juges.

Durant un temps, la question s'est posée de savoir s'il ne fallait pas suivre les indications de la directive communautaire du 14 octobre 1991 sur la formalisation des relations de travail⁹³⁵. Celle-ci indique que l'employeur est tenu de porter à la connaissance du salarié les éléments essentiels du contrat précisés à l'article 2 : identité des parties, lieu de travail, qualité ou catégorie d'emploi, date du début du contrat, rémunération, durée journalière ou hebdomadaire du travail...). Il n'en est rien. Certes ce texte demeure une orientation mais n'a aucune valeur obligationnelle de sorte que la chambre sociale de la cour de cassation apprécie la qualification de gré à gré en fonction des situations qui lui sont soumises et se prononce soit en faveur d'une modification du contrat, soit d'un changement des conditions de travail⁹³⁶.

934Soc. 10 juil. 1996, *Le Berre c. Société Socorem*, Bull. Civ. V, n°278 ; *GADT*, 4ième éd., n° 50 ; *Dr. Soc.* 1996. 976, obs. Blaise ; *RJS* 1996. 580. n° 900 ; *JCP* 1997. II. 22768, note Saint-Jours ; *Dr. Ouvr.* 1996. 457, note Moussy. Cette distinction a été adoptée par la cour pour se substituer à distinction antérieure « modifications substantielles » et « modifications non substantielles », jugée juridiquement incertaine. Toutefois la nouvelle distinction a suscité de nombreuses réserves : ESCANDE-VARNIOL (M.-C.), « Pour une évolution de la qualification juridique des changements d'horaire ou de lieu de travail », *Dr. Soc.* 2002, p. 1064 ; FAVENNEC-HERY (F.), « Modification du contrat de travail : Le glissement de l'objectif vers le subjectif », *RJS* 6/03, 459 ; PELISSIER (J.), « Difficultés et dangers de l'élaboration d'une théorie jurisprudentielle : l'exemple de la distinction entre modification du contrat et changement des conditions de travail » in *Mélanges offerts à P. Couvrat*, PUF 2001, p. 101.

935N° 91/533/CEE, 14 oct 1991, JOCE n° L 288, 18 oct 1991, *JCP* 1991, III, 65122.

936Dans le silence du contrat de travail, la jurisprudence considère que la qualification et les responsabilités du salariés sont des éléments du contrat soumis à l'assentiment du salarié, et ce, même lorsqu'il s'agit d'une promotion (Soc. 22 oct. 2002, *RJS* 2002, n° 1351).

TITRE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI

Au demeurant, lorsque les parties ont pris soin de rédiger un contrat exhaustif, alors, conformément aux dispositions de l'article 1103 du code civil qui pose le principe de force obligatoire des contrats de travail, la modification du contrat, fût-elle mineure, nécessite le consentement du salarié. Toutefois, la chambre sociale de la Cour de cassation a consacré depuis plusieurs années la distinction entre les clauses informatives et les clauses contractuelles du contrat⁹³⁷. En effet, toutes les mentions stipulées dans le contrat de travail n'ont pas la valeur de « clause contractuelle » c'est à dire qui donne naissance à des obligations réciproques entre les parties. A l'inverse, la clause « informative » constate seulement une situation de fait et n'empêche donc pas l'employeur de modifier l'exécution du contrat de travail unilatéralement.

Cependant la cour n'a jamais défini un critère distinctif et procède à une construction au gré des cas d'espèces. Sa position est ferme lorsqu'elle juge l'atteinte à la qualification du salarié caractérise une modification du contrat⁹³⁸, elle apprécie la portée de l'atteinte en s'appuyant sur la nature des tâches nouvelles ainsi que leur ampleur.

Tandis qu'un changement d'affectation du salarié qui modifie l'économie fonctionnelle du contrat, doit être accepté par le salarié⁹³⁹, l'attribution d'une nouvelle tâche, correspondant à sa qualification, n'est pas constitutive d'une modification⁹⁴⁰. Cette jurisprudence, nonobstant la théorie des contrats, crée une scission entre les mentions contractuelles « impératives », et les mentions « informatives », répondant ainsi aux demandes de flexibilité énoncées par les entreprises. Tandis que la mobilité professionnelle

937 Sur cette distinction, v. PELISSIER (J.) « Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail », *RJS* 2004, p.3 ; HAUTEFORT (M.), « Le lieu de travail dans le contrat n'est, sauf exception, qu'une simple information », *JSL* 8 juillet 2003, n° 127, p. 9 ; KOLECK-DESAUTEL (S.), « La simple indication du lieu de travail dans le contrat n'a qu'une valeur d'information », *Lexbase hebdo éd. Soc.* 19 juin 2003, n°76 ; CHAZAL (J.-P.), « Tout n'est il pas contractuel dans le contrat », *RDC* avril 2004, n°2, p. 237 ; LE GAC-PECH (S.), La figure contractuelle en droit du travail, *D.* 2005, p. 2250 ; JEAMMAUD (A.), « Le contrat de travail, une puissance moyenne », in *Analyse juridique et valeurs en droit social*, Etudes offertes à J. Pélissier, Dalloz, 2004, p. 299 ; MEKKI (M.), « Le discours du contrat : quand dire, ce n'est pas toujours faire », *RDC* avril 2006, n°2, p.297 ; RADE (Ch.), « Nouvelle application de la distinction entre les clauses informative et la clause normative du contrat de travail : l'exemple de la mention du régime de prévoyance ou de retraite », *Lexbase hebdo Ed. Soc.* 12 juill. 2007, n° 268 ; « Contrat de travail : quand les clauses du contrat n'ont qu'une simple valeur informative », *RDC* avril 2008, n°2, p. 393.

938 Soc. 23 janv. 2001, n°99-40129, *Bull. Civ.* 2001, V, n° 18 ; *TPS* 2001, comm. 129.

939 Soc. 7 juin 2006, n°04-44.815 – Soc. 26 nov. 2014, n° 13-20855 – Soc. 4 févr. 2015, n°13-17517 ; SIAU (B.), « La mobilité professionnelle », *Dr. Soc.* 2011. 883.

940 Soc. 10 mai 1999, n° 96-45.673 – Soc. 7 févr. 2007, n° 05-43.680.

nécessite l'accord du salarié, la chambre sociale est plus nuancée lorsqu'il s'agit de la mobilité géographique.

246. Souplesse jurisprudentielle dans la détermination du lieu de travail. A l'occasion de deux arrêts⁹⁴¹ très commentés sur la portée de la mention contractuelle du lieu de travail en cas d'un changement d'affectation géographique du salarié, la chambre sociale a qualifié la mention du lieu de travail comme une clause informative du contrat.

Dans la première espèce, une salariée était licenciée pour faute grave en raison de son refus d'aller travailler dans les nouveaux locaux de la société, situés à une vingtaine de kilomètres de son lieu de travail habituel. Tandis que dans la seconde espèce, il s'agissait d'une caissière licenciée pour son refus d'affectation sur un magasin situé à cinq kilomètres de son lieu de travail habituel. Si dans la première affaire la cour d'appel avait entendu l'argument de la salariée selon lequel le lieu de travail était un critère déterminant dans son engagement, et par conséquent jugé que le contrat de travail avait subi une modification, dans la seconde affaire, elle a estimé que le contrat de travail n'avait pas été modifié car la nouvelle affectation se trouvait dans le même secteur géographique. Dans les deux cas, la Cour de cassation a retenu que la mention du lieu de travail avait une simple valeur indicative, sauf s'il est précisé dans le contrat par une clause claire et précise que le salarié exécutera son travail exclusivement dans ce lieu. Non contractuel par nature, le lieu de travail peut donc être contractualisé par les parties sous certaines conditions.

Dès lors, ces deux arrêts s'inscrivent dans un mouvement d'infléchissement notable de la jurisprudence de la Cour de cassation⁹⁴² sur la détermination du lieu de travail⁹⁴³, par la

941 Soc. 3 juin 2003, n°01-43573, *Bull. civ.* 2003, V, n° 185 ; *D.* 2004. 89, note PUIGELIER ; *Dr. Soc.* 2003. 884, obs. SAVATIER ; *D.* 2003. IR 1879 ; *RJS* 2003. 66, n° 980 – Soc 3 juin 2003, *Bull. Civ.* 2003, V, n° 1605, *JCP G.* 2003. II. 10165, note VERICEL. Une jurisprudence ensuite confirmée : Soc. 21 janv. 2004, n°02-12712, *Bull. civ.* 2004, V, n° 26, p. 23, *Dr. Soc.* Sept. oct. 2004, n° 9/10, p. 845-851 obs. VERDIER (J.-M.) ; *RJS* 2004. 210, n° 301 ; *SSL* n° 1154. 6, note LYON CAEN (G.) ; *JSL* 2004, n° 140-2 – Soc. 15 mars 2006, n°02-46496, *Bull. civ.* 2006, V, n° 102 – Soc. 26 oct. 2011, n°09-71322.

942 Dans son rapport annuel de 2003, la cour regrettait « l'approche individualiste » de la portée de la mention du lieu de travail qui selon elle était « de nature à paralyser les transferts et adaptations de locaux nécessaires au maintien de l'activité de l'entreprise et de l'emploi au plus grand nombre dans le même secteur géographique. L'intérêt collectif du maintien de l'emploi doit être pris en compte car un manichéisme outrancier fondé sur une approche strictement individualiste du contrat ne pourrait qu'avoir des effets pervers s'il était indifférent, en termes de coût d'indemnisation des salariés refusant tout changement de leur lieu de travail, que ce changement se fasse dans le même secteur géographique ou loin au delà, voire même à l'étranger ».

943 La cour a admis que le salarié pouvait se voir imposer un déplacement occasionnel en dehors du secteur

TITRE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI

voie de création. En effet, avant d'inventer la notion de « clause informative » offrant à l'employeur le droit de modifier le lieu d'exécution du travail au sein du secteur géographique, la chambre sociale avait créé celle de « secteur géographique »⁹⁴⁴, qui permet d'élargir le champ du pouvoir de direction de l'employeur, et ce de manière considérable dans la mesure où elle n'a jamais établi de réel périmètre de mobilité ou des critères de détermination⁹⁴⁵. Le périmètre varie effectivement au gré des décisions de la cour alors que c'est un enjeu majeur.

247. Qualification changement du lieu de travail. Lorsque la mutation, individuelle ou collective, se situe au sein du même secteur géographique, il s'agit d'un simple changement des conditions de travail que le collaborateur est tenu d'accepter, à moins que le refus soit justifié par des motifs impérieux liés à sa vie personnelle ou familiale⁹⁴⁶. Le degré de gravité de la faute commise par le salarié qui refuse un changement de ses conditions de travail, a été l'objet d'hésitations jurisprudentielles. Il s'agissait de savoir si le refus constituait une faute sérieuse justifiant le licenciement sans privation des indemnités de rupture⁹⁴⁷ ou si au contraire il caractérisait une faute grave entraînant des conséquences indemnitaires plus lourdes. Rappelons que la faute grave découle de la violation d'obligations contractuelles par le salarié de sorte que son maintien dans l'entreprise est impossible⁹⁴⁸.

géographique où il travaille habituellement (Soc. 22 janv. 2003, *Bull. Civ. V*, n° 15), avant de préciser les conditions de ce dépassement : la mission doit être motivée par l'intérêt de l'entreprise et la spécificité des fonctions du salarié doit justifier le besoin de mobilité occasionnel (Soc., 3 févr. 2010, n° 08-41412, *Dr. Ouvr.* 2010. 359, note B. Lardy-Pelissier ; *RDT* 2010. 226, J.-Y. Frouin ; GARDIN (A.), « Le changement temporaire du lieu de travail du salarié », *SSL* 2010, n° 1460, p. 4).

944Soc. 20 oct. 1998, *Bull. Civ. V*, n° 431 – Soc. 16 déc. 1998, *Bull. Civ. V*, n° 558 – Soc. 4 mai 1999, *Bull. Civ. V*, n° 51 – Soc. 4 janv. 2000, *Bull. Civ. N° 4* – Soc. 3 mai 2006, *JCP S* 2006. 1666, note B. Bossu.

945Si la règle est relativement claire, la notion de « secteur géographique » demeure très incertaine notamment parce qu'elle relève de l'appréciation des juges du fond, v. sur ce point : HAUTEFORT (M.), « Changement de lieu : la mystérieuse notion de secteur géographique », *JSL* juin 1999, n° 37, p. 7 ; BOUBLI (B.), Le changement du lieu de travail, *SSL* 2004, p. 10 ; BOSSU (B.), note *JCP S* 2006. 1666 ; CANUT (F.), « Le secteur géographique », *Dr. Soc.* 2011, 923.

946Soc. 14 oct. 2008, n° 07-40523, *Bull* 2008, V. n° 192.

947Par ailleurs l'employeur qui licencie un salarié en raison de son refus d'un changement des conditions de travail, est fondé à lui imposer d'exécuter son préavis « dans les conditions nouvellement prévues », Soc. 25 nov. 1997, *Bull. Civ.* 1997, V. n°396, *JCP E* 1998, p. 999, note D. CORRIGAN-CARSIN.

948Soc. 27 sept. 2007, n° 06-43.867, *JCP S* 2007, 1934, note BUGADA (A.) ; *RJS* 2007, n° 1261 ; *RDT* 2007, 650, obs. AUZERO (G.).

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

La chambre sociale a dans un premier temps choisi la caractérisation de faute grave dans sa célèbre jurisprudence *Le Berre* du 10 juillet 1996⁹⁴⁹, sans pour autant reconnaître le caractère automatique de la qualification⁹⁵⁰. La qualification de faute grave demeurait l'application de principe et la cause réelle et sérieuse l'exception, la situation personnelle du salarié était alors un facteur modérateur de la faute. La cour opéra un revirement dans un arrêt déjà cité du 23 février 2005⁹⁵¹ en affirmant que « *le refus par un salarié d'un changement de ses conditions de travail, s'il rend son licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse, ne constitue pas à lui seul une faute grave* ». La faute grave n'est dès lors plus présumée et il revient à l'employeur d'en établir la preuve. Le refus du salarié à un changement de ses conditions de travail ne peut justifier à lui seul la rupture de son contrat de travail à ses dépens. En effet, la faute grave a des conséquences financières pour le salarié, puisqu'aux termes des articles L1234-5 et L1234-9 du code du travail, elle est privative des indemnités de préavis et de licenciement. Récemment, cette jurisprudence a été remise en cause.

En effet, le 23 octobre 2015, l'Assemblée plénière a admis la légitimité d'un licenciement pour faute grave consécutif à un refus de mutation géographique, estimant que les salariés « *avaient persisté dans une attitude d'obstruction consistant à se présenter (...), de manière systématique sur leur ancien lieu de travail (...) qu'un tel refus, pour la justification duquel aucune raison légitime n'était avancée, caractérisait une faute grave rendant impossible la poursuite de leur relation contractuelle de travail* »⁹⁵². Dans la note explicative de l'arrêt il est précisé que l'assemblée plénière a appliqué la jurisprudence sociale qui exerce désormais qu'un contrôle léger de la qualification de la faute grave. La solution est effectivement dans la même veine que celle retenue par la chambre sociale le

949Soc. 10 juill. 1996, n°93-40.966 et 93-41.137, préc., *Dr. soc.* 1996. 976, obs. BLAISE (H.) ; *D.* 1996. 199.

950Soc. 3 avril 1997, *RJS* 5/97, n°523 – Soc. 9 mars 2001, *RJS* 7/01, n° 837 – Soc. 15 déc. 2004. *Bull. Civ. V.* n° 335 – Soc. 23 févr. 2005, *Bull. Civ. V.* n°64.

951Soc. 23 févr. 2005, n° 04-45463 et n°03-42018, *D.* 2005. 1678, note H. K. Gaba ; *Dr. Soc.* 2006. 576, obs. MOULY (J.) ; *ibid.* 634, note BOUAZIZ (P.), GOULET (I.) ; *D.* 2005. Pan. 2502, obs. PELISSIER (J.) ; *Grands arrêts*, n° 53 – Soc. 11 mai 2005, n° 03-41.753, *Bull. Civ. V.* n°156 ; *JCP S* 2005. 1008, note VERKINDT (P.-Y.) ; *D.* 2005. 1504, obs. ASTAIX (A.) – Soc. 23 janv. 2008, n°07-40.522, *Bull. Civ. V.* n° 19 ; *JCP S* 2008. 1322, note BOSSU (B.) ; *D.* 2008. 422, INES (B.) Ines ; *ibid.* 2306, obs. AMAUGER LATTES (M.-C.), DESBARATS (I.), DUPOUEY-DEHAN (C.), LARDY-PELISSIER (B.), REYNES (B.) ; *Dr. Soc.* 2008. 498, obs. SAVATIER (J.).

952Ass. Plén. 23 oct. 2015 n°13-25279 ; *JCP S* 2015, 1433, note DAUXERRE (L.) ; *RJS* 01/16, p. 28-30 ; *Dr. Soc.* 2016, p. 27 note MOULY (J.) ; *RDC* 03/16, note LOISEAU (G.).

TITRE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI

25 juin 2014 où la cour avait retenu une faute grave à l'encontre d'une salariée qui «avait persisté dans son refus de prendre son poste au magasin d'usine et s'était absente sans justificatif malgré plusieurs courriers de l'employeur la mettant en demeure et demandant des explications »⁹⁵³.

Une solution favorable à la politique de mobilité qui dans la pratique peut s'avérer particulièrement délicate pour les services de ressources humaines. L'absence de dialogue et de contreparties accentuent le sentiment de contrainte du salarié qui est désormais obligé de réorganiser son emploi du temps personnel, voire familial, sous peine de licenciement. La direction doit alors faire preuve de beaucoup de diplomatie pour lui faire accepter une mutation en périphérie alors qu'il vit et scolarise ses enfants dans le centre ville. Evidemment le poids de la subordination est davantage ressenti pour la catégorie des « employés » astreinte à des horaires de travail fixes, que pour celle des « cadres », disposant d'une autonomie suffisante pour s'adapter rapidement à la mobilité. Finalement, le réel problème de cette jurisprudence n'est pas tant le nombre de kilomètres supplémentaires entre le lieu de résidence et le lieu de travail, ou la sanction en cas de refus, mais le manque de souplesse dans l'aménagement du temps de travail. Le salarié acceptera sa mobilité géographique, dans une certaine mesure, s'il peut aménager ses horaires en fonction de ses obligations personnelles. Bien que non envisageable pour tous les services, certains nécessitent une régularité des horaires pour leur bon fonctionnement, cette solution permettrait d'améliorer nettement les relations professionnelles ainsi que le bien être au travail et favoriserait dès lors la productivité des salariés. Un choix gagnant-gagnant !

En pratique, l'insécurité juridique entourant la mobilité géographique du salarié justifie qu'une grande majorité des contrats de travail contiennent une clause de mobilité, qui ont pour objectif d'imposer la détermination et le changement du lieu d'exécution du travail en cours d'exécution du contrat.

b) Contrat de travail : un obstacle à la mobilité pour la spécificité de la relation

248. Clause de mobilité sous surveillance du juge social. Il s'agit d'une clause par laquelle le salarié consent d'avance à un changement de lieu de travail ou de fonction, sur

953 Soc. 25 juin 2014 n° 12.29519 ; *RJS* 11/15, p. 672-673.

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

demande de l'employeur, au cours de l'exécution de son contrat de travail⁹⁵⁴. La mobilité est considérée de manière globale, d'autant qu'une mutation est souvent accompagnée d'une promotion⁹⁵⁵. En outre, le changement, lorsque la clause est licite, ne doit pas s'analyser en une modification du contrat mais seulement comme l'exécution de celui-ci. En effet, en application des dispositions de l'article 1103 du code civil, le refus par le salarié de la mise en œuvre d'une clause de mobilité licite pourrait justifier un licenciement pour faute grave.

Néanmoins la jurisprudence, soucieuse de ne pas accorder non plus un droit mais un pouvoir de modification à l'employeur⁹⁵⁶, en limitait la portée en refusant de caractériser la faute grave par la seule opposition du salarié⁹⁵⁷. Les circonstances du refus peuvent, le cas échéant, être constitutives d'une faute grave qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise⁹⁵⁸. A contrario la faute grave peut être écartée lorsqu'elle porte atteinte au droit à la vie personnelle et familiale du salarié. En effet, la clause peut être un instrument de gestion redoutable permettant à l'employeur d'asseoir sa politique de mobilité, et par conséquent, fait aujourd'hui l'objet d'un encadrement à la fois jurisprudentiel et législatif. La Cour de cassation a ainsi imposé une clause précise respectant les libertés fondamentales du salarié, qui ne peut être mise en œuvre de manière abusive⁹⁵⁹ ou en faisant preuve de mauvaise foi⁹⁶⁰, et doit répondre à un besoin objectif de l'entreprise.

954S'agissant de la notion, v. : DOCKES (E.), AUZERO (G.), *Droit du travail*, 30^{ème} éd. Dalloz, coll. « Précis », 2016, n° 649 & s. ; GRATTON (K.), *Les clauses de variations du contrat de travail*, Dalloz 2011, préf. P. RODIERE ; LOKIEC (P.), « La mise en œuvre des clauses contractuelles : l'exemple de la clause de mobilité dans le contrat de travail », *D.* 2009. 1427 ; CANUT (F.), « Tir groupé autour des clauses de mobilité », *Dr. Ouvr.* 2009. p.7 ; BOUAZIZ (P.) GOULET (I.), « A propos de la modification du lieu de travail et de la clause de mobilité », *Dr. Soc.* 2005, 634.

955Soc. 30 mars 2011, n° 09-71.542.

956La jurisprudence pose un principe selon lequel « la clause par laquelle l'employeur se réserve le droit de modifier, en tout ou partie, le contrat de travail, est nulle » : Soc. 27 févr. 2001, n° 99-40219, *Bull. Civ. V*, n° 60 ; *Dr. Soc.* 2001, p. 514, note RADE (Ch.) ; *JCP G* 2001, I, 330, obs. LOISEAU (G.).

957 « *Le refus, par le salarié dont le contrat de travail contient une clause de mobilité, de la modification de son lieu de constitue en principe un manquement à ses obligations contractuelles mais ne caractérise pas une faute grave* » (soc. 23 janv. 2008, *D.* 2008. Pan. 2307, note DESBARATS (I.) ; *RDT* 2008. 174, obs. LARDY-PELISSIER (B.) ; *RJS* 2008. 296, n° 371 ; *Dr. Soc.* 2008. 498, obs. SAVATIER (J.).

958Soc. 12 janv. 2016, n° 14-23. 290, *JCP S* 2016. n° 12, 1107.

959 Soc. 10 janv. 2001, *dr. Soc.* 2001. 553, obs. SAVATIER (J.) -- Soc. 18 sept 2002, *Bull. Civ. V*. n°273 – Soc. 25 mars 2009, *JCP S* 2009, 1294, note BOSSU (B.).

960Soc. 18 mai 1999 n° 96-44315, *JCP E* 6 janvier 2000 n°1 obs. PUIGELIER (C.) ; *Dr. Soc.* 1999. 734, obs. GAURIAU (B.) ; *D.* 2000, Somm. 84 obs. ESCANDE VARNIOL (M-C.).

TITRE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI

Néanmoins, elle leur reconnaît une « présomption de licéité »⁹⁶¹ et considère que la mutation n'est pas une atteinte à une liberté fondamentale⁹⁶².

249. Une clause précise et non restrictive des libertés individuelles. Née de la pratique⁹⁶³, c'est la Cour de cassation qui se charge d'en apprécier la validité autour de l'idée que la clause de mobilité doit permettre d'accroître le pouvoir de l'employeur mais de manière limitée. Cette exigence a été appliquée à de nombreuses reprises pour annuler la portée de celles jugées trop floues⁹⁶⁴, et ce, qu'elles soient de nature contractuelle ou conventionnelle⁹⁶⁵. Ces solutions sont prises sous le visa de l'article 1134 du code civil⁹⁶⁶, un renvoi au droit commun permettant d'appliquer les dispositions concernant les conditions générales de validité des actes juridiques prévues par l'article 1129 du code civil, lequel exige des obligations contractuelles qu'elles aient un objet déterminé ou déterminable⁹⁶⁷. Il en résulte que le licenciement du salarié refusant d'être muté dans un établissement créé postérieurement à la signature d'une clause de mobilité est dénué de cause réelle et sérieuse. En outre, la chambre sociale juge nulle la clause qui impose une mobilité au sein d'un groupe ou d'une d'une unité économique et sociale⁹⁶⁸.

Egalement, la clause ne doit pas contrevenir aux dispositions de l'article L. 1121-1 du code du travail qui limite toute atteinte aux droits fondamentaux du salarié. La chambre sociale prononce la nullité des clauses de mobilité qui, le cas échéant, obligent le salarié à

961GRAS (N.), *Essai sur les clauses contractuelles*, Thèse, Université d'Auvergne-Clermont Ferrant, 2014.

962Soc. 28 mars 2006 n°04-41016, *Bull. Soc.* V 2006, n° 126 ; *D.* 3 aout 2006, n° 29, p. 2002, note PELISSIER (J.), LARDY-PELISSIER (B.), REYNES (B.) ; *RDC* octobre 2006 n° 2006/4 p. 1163, note RADE (Ch.).

963 LYON-CAEN (A.), « Actualité du contrat de travail, brefs propos », *Dr. soc.* 1988, p. 540.

964Soc. 7 juin 2006, *Bull. Civ.* V, n° 209, *Dr. Soc.* 2006. 926, obs. FAVENNEC-HERY (F.), *D.* 2006. 3041, note ESCANDE-VARNIOL (M.-C.), *JCP S* 2006. 1917, obs. BOSSU (B.), *Grands arrêts*, n° 52 – Soc. 12 juill. 2006, *Bull. Civ.* V, n° 41, *RDT* 2006. 313, obs. PILISSIER (J.) – Soc. 17 juill. 2007, n° 06-41630 – Soc. 14 oct. 2008, n° 07-42352, *Dr. Soc.* 2008. 112, obs. RADE (CH.).

965Soc. 24 janv. 2008, *Bull. Civ.* V, n° 23, *JCP S* 2008, 1250, note BOSSU (B.), *RDC* 2008, p. 855.

966Art. 1103 C. civ.

967DOCKES (E.), La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail, *Dr. Soc.* 1997. 440 ; PELISSIER (J.), La détermination des éléments du contrat de travail, *Dr. Ouvr.* 2005. 92.

968Soc. 23 sept. 2009, n° 07-44.200, *JSL*, n° 265-3 ; *D.* 2009. AJ 2351, obs. MAILLARD ; *RDT* 2009, 647, obs. AUZERO (G.) ; *RJS* 2009. 795, n° 898.

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

déménager, en raison de la liberté de choix du domicile⁹⁶⁹, tout en précisant « qu'une mutation géographique ne constitue pas en elle-même une atteinte à la liberté fondamentale du salarié quant au libre choix de son domicile »⁹⁷⁰. Si la clause doit donc être édictée dans le respect des droits des salariés, des restrictions peuvent être apportées lorsqu'elles sont justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché. Toutefois, l'atteinte à cette liberté n'est pas tant attachée à l'insertion de la clause dans le contrat de travail, à l'inverse d'une clause de résidence, que la mise en œuvre de cette clause par l'employeur, eu égard aux circonstances personnelles et familiales contemporaines⁹⁷¹. La chambre sociale a pris toute la mesure de cette difficulté en transférant la question des droits fondamentaux sur le terrain de la mise en œuvre de la clause de mobilité.

En témoignent les décisions rendues par la chambre sociale de la Cour de cassation depuis le 14 octobre 2008 qui jugent, au nom des droits et libertés fondamentaux, l'application de la clause⁹⁷². En effet, la Haute juridiction reproche aux juges du fond de ne pas avoir recherché si la mise en œuvre de la clause ne « *portait pas atteinte au droit de la salariée à une vie personnelle et familiale et si une telle atteinte pouvait être justifiée par la tâche à accomplir et était proportionnée au but recherché* », en visant l'article L. 1121-1 du code du travail. En l'espèce, une jeune maman consultante junior, basée à Marseille, a refusé une mission de trois mois en région parisienne alors que son contrat prévoyait « *la possibilité de déplacements en France et à l'étranger, certaines missions pouvant justifier l'établissement temporaire de sa résidence sur place* ». Le contrôle lors de la mise en œuvre se justifie, particulièrement concernant le droit au respect de la vie privée et

969 Soc. 12 janv. 1999, n° 96-40755, *Bull. Civ.* 1999, V, n° 7, *RJS* 02/99, n° 151 ; *ibid.* 94, note RICHARD DE LA TOUR (J.) ; D. 1999. 645, note MARGUENAUD (J.-P.), MOULY (J.) ; *Dr. Soc.* 1999, obs. RAY (J.-E.) – Soc. 12 juill. 2005, *RJS* 8-9/05, n° 1048, *Dr. Soc.* 2005. 1037, obs. BARTHELEMY (J.), *JCP S* 2005. 1209, obs. VERKINDT (P.-Y.) ; EMERAS (M.), « Le domicile du salarié », *JCP S* n°3, 2015, 1012.

970 Soc. 28 mars 2006, n° 04-41016, *Bull. Civ.* V, n° 126, *JCP S* 2006. 1381, note VERKINDT (P.-Y.) ; *RDC* 2006, n° 4, note RADE (Ch.).

971 ESCANDE-VARNIOL (M.-C.), « Pour une évolution juridique de la qualification juridique des changements d'horaires ou de lieu de travail », *Dr. Soc.* 2002, p. 1064 ; ADAM (P.), « Vie familiale et mobilité : des racines et des ailes (à propos d'un arrêt de la cour d'appel de Versailles) », *SSL* 2013, 1571.

972 Soc. 14 oct. 2008, n° 07-40.523, *Bull. Civ.* V, n° 192 ; D. 2008. 2672, obs. L. Perrin ; *ibid.* 2009. Pan. 590, obs. FABRE (A.) ; *RDT* 2008. 731, obs. AUZERO (G.) – Soc. 13 janv. 2009, n° 06-45.62 P, *RDT*. 2009. 300, obs. DUMERY (A.), DOCKES (E.), AUZERO (G.), *Droit du travail*, 30^{ième} éd. Dalloz, coll. « Précis », 2016, n° 695 & s.

TITRE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI

familiale, puisque la clause peut ne pas être abusive lors de son introduction et l'être lors de sa mise en œuvre compte tenu de circonstances différentes. Il convient toutefois de nuancer ce propos. Comme le souligne le Professeur Loiseau, lorsque « la clause de mobilité se double d'une contrainte pour le salarié, qui met en soi en cause sa vie privée et familiale, à savoir quand elle accompagne le changement de lieu de travail d'un changement de domicile », alors le contrôle doit s'effectuer en aval⁹⁷³.

Le contrat peut faciliter la mobilité du salarié mais celle-ci est strictement encadrée par le juge social dont l'intervention se justifie par la particularité de la relation contractuelle. Le contrat de travail est un rempart devant le pouvoir de l'employeur soit en raison de sa nature contractuelle soit en raison de la spécificité de la relation. Egalement, le contrat de travail empêche une mobilité imposée par un accord collectif.

2 - Le contrat de travail, instrument de résistance à l'accord collectif

250. Comme nous l'avons rappelé précédemment⁹⁷⁴, traditionnellement, seules les clauses contractuelles plus favorables échappent à l'impérativité de l'accord collectif. Aussi, lorsque une convention collective se heurte au contrat de travail, il convient de rechercher la norme la plus favorable⁹⁷⁵. Dès lors si cette dernière désigne l'accord collectif, cela ne pose pas de difficulté particulière. A contrario, une clause conventionnelle nouvelle moins favorable, c'est à dire qui impose une mobilité non prévue dans le contrat ou qui en élargit le périmètre, ne peut s'appliquer qu'à la condition de respecter les conditions relatives à la modification du contrat⁹⁷⁶. L'insertion d'une clause de sédentarité dans le contrat de travail d'un salarié le protège d'une mesure de mobilité, quelque en soit le motif ou la source, de sorte qu'elle ne

973 LOISEAU (G.), « La police des clauses du contrat de travail : le paradigme de la clause de mobilité », *JCP S* 2009, 1013. V. également : PELISSIER (J.), Pour un droit des clauses du contrat de travail, *RJS* 2005, p. 499 et p. 501.

974 Sur l'articulation traditionnelle entre l'accord individuel et l'accord collectif, v. le chapitre 1 titre 1 partie 2.

975 Art. L.2254-1 du code du travail. AUERO (), DOCKES (), *Droit du travail*, coll. Précis, 29e éd., 2015, spéc. p. 641.

976 Soc. 25 févr. 1998, n° 95-45.171, *Bull. Civ.* 1998, V. n°104 ; *RJS* 1998, n°497 – Soc. 14 mai 1998, n° 96-43797, *Bull. Civ.* V. n° 251 – Soc. 13 nov. 2001, n° 99-42798, *Bull. Civ.* V, n° 340 – Soc. 25 févr. 2003, n° 01-40.588, *Bull. Civ.* V, n° 64 – Soc. 10 févr. 2016, n° 14-26147 ; AUZERO (G.), DOCKES (E.), *Droit du travail*, 30e éd. Dalloz, coll. « Précis », 2016, n° 654.

peut lui être appliquée sans son accord⁹⁷⁷. S'il refuse, l'employeur pourra prendre l'initiative de la rupture de son contrat ou renoncer. Les règles jurisprudentielles relatives à la modification du contrat de travail ne peuvent être écartées par l'application d'un accord collectif.

Le contrat de travail peut constituer un instrument de résistance à la mobilité, et ce, que cette dernière soit imposée par l'employeur ou par accord collectif. En pratique cela se traduit par un droit de refus du salarié et, le cas échéant, par l'application d'un régime spécifique.

B - Un régime de modification lié au droit du licenciement

251. La proposition de modification de l'employeur. Lorsque le changement envisagé dépasse le champ du pouvoir de direction de l'employeur, il a l'obligation de demander l'accord du salarié. La procédure applicable diffère selon la nature du motif justifiant la modification du contrat de travail. Dans l'hypothèse où le motif est personnel, c'est à dire qui a pour origine des causes tenant à la personne du salarié, alors l'employeur n'est pas tenu par la mise en œuvre de formalités particulières, sauf au respect d'un délai de réflexion raisonnable. En revanche, lorsque le motif est économique tel que défini par l'article L1233-3 du code du travail et complété par la jurisprudence, alors il est tenu de respecter la procédure édictée par l'article L.1222-6 du code du travail⁹⁷⁸. L'employeur doit en faire la proposition au salarié par lettre recommandée avec avis de réception dans laquelle il l'informe qu'il dispose d'un délai de réflexion d'un mois pour faire connaître son refus. Dans les deux cas, l'acceptation du salarié doit être claire et non équivoque⁹⁷⁹ et ne pas être déduite de la seule poursuite des relations contractuelles⁹⁸⁰.

252. Un licenciement causé. En cas de refus de la modification, l'employeur peut choisir de renoncer à son projet ou poursuivre, hypothèse qui l'oblige à prendre la responsabilité de la rupture du contrat en licenciant le salarié. Toutefois, un licenciement justifié par le refus

977BORENFREUND, La volonté des salariés dans les relations collectives de travail in *La volonté du salarié*, 2012, coll. Thèmes et commentaires, Actes, Dalloz, p. 9, spéc. p. 27.

978Soc. 21 janv. 2015, n°13-22.963.

979Soc. 7 juill. 2009, n° 08-40414.

980Soc. 16 nov. 2007, n° 06-41405.

TITRE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI

du salarié à la modification est dépourvu de cause réelle et sérieuse puisque ce seul refus n'est pas constitutif d'une faute⁹⁸¹. Le refus est la manifestation d'un droit pour le salarié de sorte qu'il ne peut justifier son licenciement. Cela étant, le motif à l'origine de la modification, qu'il soit personnel ou économique, peut justifier une cause réelle et sérieuse de licenciement. Dès lors, il appartient au juge de l'apprécier. Il doit veiller que le motif invoqué par l'employeur ne cache pas un autre motif. Lorsque la modification repose sur l'un des critères énoncés à l'article L. 1233-3 du code du travail, le juge est tenu de contrôler la réalité ainsi que le sérieux du motif économique, en vérifiant l'adéquation entre la situation économique de l'entreprise et les mesures affectant les contrats de travail. En l'absence d'un lien de causalité entre la situation économique de l'entreprise et la mise en cause de l'emploi, le licenciement consécutif au refus de modification du contrat pour motif économique est dépourvu de cause réelle et sérieuse. Cependant le contrôle par les juges du fond se heurte à certaines décisions de la Cour de cassation.

En effet, la question a été posée de savoir si le juge devait se contenter de vérifier la réalité du lien ou en apprécier la pertinence. En poussant l'exercice du contrôle à son paroxysme, le juge social serait ainsi en mesure d'apprécier l'opportunité du choix opéré par l'employeur. Il n'en est rien. La Haute autorité retient la théorie de l'employeur seul juge de la gestion de l'entreprise⁹⁸², position reprise par l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation le 8 décembre 2000, qui précise que le contrôle judiciaire ne doit pas conduire à une substitution du juge à l'employeur⁹⁸³. En l'espèce, bien que constatant la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise, les juges du fond considéraient les licenciements prononcés pour motif économique dépourvus de cause réelle et sérieuse car sur les trois solutions envisageables, celle choisie par l'employeur entraînait le plus grand nombre de licenciements. Le contrôle du juge est strictement factuel.

Le juge peut toutefois apprécier les circonstances de la modification en se préoccupant du contrôle du consentement du salarié. En effet, en 2005, la chambre sociale a introduit

981 Soc. 28 janv. 2005, n° 03-40639, *Bull. Civ.*, V. n° 35.

982 Soc. 31 mai 1956, *Dr. Soc.* 1956, p. 489.

983 Ass. Plén. 8 déc. 2000, *Bull. AP.* n° 11 ; D. 2001. 1125, note PELISSIER (J.) ; *Dr. Soc.* 2001. 126, concl. DE CAIGNY (P.), note CRISTAU (A.) ; *ibid.* p. 417, note JEAMMAUD (A.), LE FRIAND (M.) ; *RJS* 2001. 95, note ANTONMATTEI (P.-H.) ; *ibid.* p. 567, chron. WAQUET (PH.) ; *JCP E* 2001. 426, note. DUQUESNE (F.) – Soc. 8 juill. 2009, n° 08-40046, *JCP S* n°43, 20 oct. 2009, 1479, comm. DUMONT (F.) Dumont ; *RDT* 2009. 584, note GEA (F.).

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

une présomption de bonne foi de l'employeur dans la mise en œuvre de la clause, en ces termes « *la bonne foi contractuelle étant présumée, les juges n'ont pas à rechercher si la décision de l'employeur de modifier les conditions de travail du salarié est conforme à l'intérêt de l'entreprise (...); il incombe au salarié de démontrer que cette décision a été prise pour des raisons étrangères à cet intérêt ou bien qu'elle a été mise en œuvre dans des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle* »⁹⁸⁴. En consacrant cette présomption, le juge oblige le salarié qui se prévaut de la mauvaise foi de l'employeur à en rapporter la preuve, mais une fois démontré un abus potentiel, l'employeur est tenu d'établir un motif objectif, qui ne saurait être l'intérêt de l'entreprise.

253. Refus collectif de modification des contrats individuels. Cette question a fait l'objet d'un véritable feuilleton juridique, la difficulté étant de déterminer à quel moment devait être déclenchée la procédure de grand licenciement économique. Rappelons que les marqueurs principaux de celle-ci sont l'information et la consultation du comité d'entreprise ainsi que l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi, et qu'elle concerne seulement les entreprises de plus de cinquante salariés. Le seuil de déclenchement est fixé à dix licenciements, il s'agissait alors de définir si la procédure s'imposait dès lors que les modifications étaient envisagées ou lorsque les salariés les avaient refusées.

Par deux célèbres arrêts, Framatome et Majorette, du 3 décembre 1996, la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que le décompte du nombre doit s'opérer au début de l'opération de réorganisation. L'objectif était d'imposer aux employeurs disposant d'un projet de restructuration la procédure de grand licenciement pour motif économique, et ce, au grand dam de ces derniers qui regrettaient les lourdeurs de celle-ci. Cette solution s'inscrivait dans la logique de prévention du plan de sauvegarde de l'emploi, l'idée étant d'avancer les discussions autour du plan et de permettre aux salariés « vulnérables » de se positionner sur la modification de leur contrat de travail en pleine conscience. Par ailleurs, le juge s'assurait que les propositions de modification de contrat n'avaient pas en réalité pour but de contourner les règles de procédure des « grands » licenciements économiques.

Finalement, le législateur a condamné cette jurisprudence à l'occasion de la loi du 18

⁹⁸⁴Soc. 23 févr. 2005, n° 04-45463 et n°03-42018, D. 2005. 1678, note GABA (H.) ; Dr. Soc. 2006. 576, obs. MOULY (J.) ; *ibid.* 634, note BOUAZIZ (P.), GOULET (I.) ; D. 2005. Pan. 2502, obs. PELISSIER (J.) ; *Grands arrêts*, n° 53.

TITRE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI

janvier 2005⁹⁸⁵. Depuis, les dispositions concernant la procédure des licenciements économiques collectifs ne sont impératives que lorsque dix salariés au moins ont refusé la modification d'un élément essentiel de leur contrat de travail, proposé par leur employeur en raison d'un motif économique prévu à l'article L. 1233-3 du code du travail⁹⁸⁶. Dès lors la procédure est justifiée sous condition d'un nombre de suppressions d'emplois suffisant et certain.

En dépit d'une réduction de la portée du plan de sauvegarde de l'emploi depuis la loi de 2005, le droit de la modification collective est analysé comme un frein à l'exigence de mobilité souhaitée par les employeurs à l'heure des délocalisations et des restructurations. Selon eux la mobilité géographique collective des salariés est complexe et risquée. L'exemple le plus souvent avancé est celui d'un déplacement d'usine, sans projet de réduction d'effectifs, lequel doit faire l'objet d'un projet de restructuration soumis à consultation, de propositions de modifications collectives et de la rupture des contrats des salariés réfractaires ainsi que, le cas échéant, l'établissement d'un PSE. Le droit du travail doit permettre aux employeurs de restructurer leurs entreprises par voie de modification de contrat sans être tenus d'engager une procédure de licenciement pour motif économique.

Les accords de mobilité interne répondent à cet objectif en donnant la possibilité aux employeurs de négocier des mesures de mobilité et ce, sans être contraints de mettre en place la procédure de licenciement économique.

II - La mobilité du salarié dans le cadre d'un accord de mobilité interne : de la modification du contrat à la suspension des clauses contractuelles

La mobilité est désormais considérée comme un levier important de la gestion des ressources humaines chargée de concilier les aspirations individuelles aux enjeux à court terme des entreprises. Cette ambition est portée par la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 qui a instauré les accords de mobilité interne et la mobilité sécurisée. Au niveau

985Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale. CHAGNY (Y.), « La jurisprudence Framatome et Majorette : les derniers feux ? », *Dr. Soc.* 2005. 556 ; MEYRAT (I.), « Vers un affaiblissement de l'entreprise des procédures de licenciement collectif : le cas des propositions de modification du contrat de travail pour motif économique », *Dr. Ouvr.* 2005, 296 ; RADE (Ch.), « Feu la jurisprudence *Framatome et Majorette* », *Dr. Soc.* 2005. 386 ; « Le droit du travail après la loi du 18 janvier 2005 : la cohésion sociale comme affichage, la flexibilité comme objectif », *Lettre juridique Lexbase* 2005, n° 152, p. 9-12.

986Art. L1233-25 C. trav.

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

collectif, le législateur incite à la conclusion d'accord de mobilité interne en brisant la capacité de résistance du contrat de travail à l'accord collectif (A), et en aménageant la portée du refus du salarié à la modification de son contrat (B).

A - Impérativité de l'accord collectif renforcé

254. Selon les dispositions de l'article L2242-19 du code du travail, les stipulations de l'accord de mobilité interne s'appliquent aux contrats de travail en cours. Il s'agit dès lors d'une application similaire à celle concernant les accords collectifs dits classique. Toutefois, le législateur en tire des conséquences différentes puisqu'il poursuit en indiquant que « *les clauses contraires sont suspendues* ». Afin d'apporter de la flexibilité dans la gestion courante d'entreprise, et à contre sens du principe de faveur, l'accord de mobilité interne modifie l'articulation traditionnelle entre les accords collectifs et le contrat de travail. Dès lors, les questions sur la norme la plus favorable et la distinction entre modification du contrat de travail et changement des conditions de travail sont écartées, puisque les dispositions impératives de l'accord collectif suspendent automatiquement les stipulations contractuelles, sans rechercher si ces dernières sont « plus favorables » au salarié. L'accord de mobilité interne déroge considérablement aux accords collectifs ordinaires, et ce, à deux égards.

D'une part, le principe de faveur est écarté car l'accord collectif prime sur les clauses contraires du contrat de travail, y compris lorsque ces dernières sont plus favorables. Cette évolution est une première étape, alors que, depuis plusieurs années, le législateur n'hésite plus à forcer le contrat de travail par la voie négociée à l'instar des lois Aubry du 19 janvier 2000 et Warsmann en date du 22 mars 2012⁹⁸⁷, un processus qui à terme devrait conduire à la substitution au contrat de travail d'un contrat collectif d'entreprise. Vieux serpent de mer, le contrat collectif d'entreprise a été suggéré par le conseil d'analyse économique comme un outil de traitement du déséquilibre à la négociation lors de la conclusion du contrat de travail. Ainsi le contrat collectif, sous réserve du respect de l'ordre public, deviendrait la « loi des parties ». Le contrat de travail aurait alors une simple valeur informative.

D'autre part, la mise en œuvre de l'accord n'entraîne pas une modification du contrat

⁹⁸⁷Supra, partie 2, Titre 1, chapitre 1.

TITRE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI

mais, le cas échéant, une suspension des clauses contractuelles, un choix qui vise à faire échec à la jurisprudence constante de la cour de cassation selon laquelle un accord collectif ne peut modifier le contrat de travail d'un salarié sans son accord. Aussi, le salarié ne s'oppose plus à la modification de son contrat de travail mais exerce son droit de refus à l'accord.

L'impérativité de l'accord est ainsi renforcée en raison de l'absence de recherche de la norme la plus favorable ainsi que par le contournement de l'obstacle de la modification du contrat. Cette approche s'inscrit dans un mouvement initié par le législateur et poursuivant l'idée doctrinale⁹⁸⁸ selon laquelle la légitimité retrouvée des accords collectifs justifie la majoration de la force collective face au contrat individuel.

En conséquence, il ne s'agit pas de modifier le contrat de travail du salarié, mais d'en suspendre les clauses contraires à l'accord.

255. Suspension des clauses contraires lors de la mise en œuvre de l'accord de mobilité interne. Comme pour l'accord de maintien de l'emploi, le caractère « plus favorable » ou non des dispositions de la norme collective n'est pas pris en compte, la volonté collective s'impose et les normes contractuelles « contraires » sont suspendues. La suspension est automatique. Ce faisant, dans le silence du contrat de travail, l'application de l'accord de mobilité interne ne pose pas de difficulté particulière. A l'inverse, la situation est plus complexe en présence d'une clause insérée dans le contrat de travail du salarié. L'adjectif « contraire » fait débat en doctrine. Si le Doyen Antonmattei considère que la clause contractuelle de mobilité est de fait une clause contraire⁹⁸⁹, le Professeur Ray s'oppose à ce postulat, considérant que l'élargissement du champ de la mobilité, du secteur géographique à la zone géographique ne peut définir la clause conventionnelle comme contraire. Pour sûr, les clauses de sédentarité doivent être désignées comme contraires. Une clause précisant le lieu de travail du salarié est automatiquement suspendue sous l'effet d'un accord de mobilité interne. S'agissant des clauses de mobilité, la question est plus délicate.

988MORAND (M.), « Rapports entre accords collectifs et relations individuelles de travail, » *Dr. Soc.* 2009. 900 ; « Apprécier plus exactement et réformer la relation entre le contrat et l'accord collectif », *RDT* 2007. 147.

989ANTONMATTEI (P.-H.), « L'accord de mobilité interne : il faut l'essayer ! », *Dr. Soc.* Oct. 2013, 794.

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

Doit-on considérer le périmètre de la clause de mobilité contractuelle afin d'apprécier son caractère contraire ou non à l'accord ? Une clause de mobilité contractuelle réduite par rapport aux stipulations de l'accord doit logiquement être écartée. En revanche, lorsque le contrat de travail prévoit une clause de mobilité élargi cette dernière doit-elle continuer à s'appliquer ? Cette question relève d'une certaine importance dans la mesure où les conséquences du refus d'une clause contractuelle de mobilité ou d'un accord de mobilité interne sont radicalement différentes. Selon nous, établir une distinction entre les clauses de mobilité relèverait du non sens. La neutralisation du principe de faveur par l'accord est une chose, et l'instauration d'un principe de défaveur en est une autre ! La totalité des clauses de mobilité contractuelle sont suspendues durant la durée d'application de l'accord de mobilité⁹⁹⁰.

Au demeurant, la suspension d'une clause contraire n'entraîne pas la disparition de l'avantage contractuel. Il convient alors de s'intéresser à la durée de la suspension. Dans l'hypothèse d'un accord de mobilité conclu pour une durée déterminée, l'avantage contractuel produit à nouveau effet dès l'arrivée du terme de l'accord collectif. Cependant, la solution est moins claire lorsqu'il s'agit d'un accord de mobilité conclu pour une durée indéterminée. En prolongeant le raisonnement, l'accord de mobilité interne à durée indéterminée suspend les clauses contraires pour une durée indéfinie. De là à admettre que le contrat de travail est modifié officieusement...! En réalité, l'accord collectif peut toujours être dénoncé ou mis en cause lors d'une restructuration⁹⁹¹.

Toutefois, l'impérativité de l'accord n'augmente pas le pouvoir de l'employeur puisque s'il n'est pas obligé d'obtenir le consentement du salarié à l'accord de mobilité interne, il doit recueillir l'accord du salarié pour mettre en œuvre une mesure individuelle de mobilité interne.

B - Du refus de la modification au refus de soumission à l'accord

L'une des conséquences du renforcement de l'impérativité de l'accord collectif est l'objet du droit de refus du salarié. L'article L.2242-19 du code du travail précise : « *l'employeur*

990Pour une appréciation contraire : RADE (Ch.), «Commentaire de l'article 15 de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, relative à la sécurisation de l'emploi, sur la mobilité interne», *Hebdo éd. Soc.* 2013, n° 535.

991Art. L2261-10 et L.2261-14 C. trav.

TITRE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI

qui souhaite mettre en œuvre une mesure individuelle de mobilité prévue par l'accord conclu (...) recueille l'accord du salarié ». Le droit jurisprudentiel de la modification du contrat est écarté par le législateur toutefois le salarié dispose d'un droit de refus à l'accord.

Pour obtenir l'accord du salarié, l'employeur doit mettre en œuvre la procédure prévue en cas de modification du contrat pour motif économique. Ce renvoi aux dispositions de l'article L1222-6 du code du travail crée un certain flou autour de l'accord de mobilité, alors que celui-ci écarte le droit de la modification et qu'il intervient « *dans le cadre de mesures collectives d'organisation courantes sans projet de réduction d'effectifs* ». Si le salarié ne se prononce pas dans le délai, il est réputé avoir accepté la mobilité.

En outre, le changement essentiel est relatif aux conséquences du droit de refus.

§ 2. Une dérogation légale au droit du licenciement économique

La modification fondamentale des accords de mobilité réside d'une part dans l'exclusion du régime jurisprudentiel du droit de la modification du contrat et d'autre part, du contournement du droit du licenciement économique en cas de refus du salarié⁹⁹².

La raison pour laquelle les partenaires sociaux avaient écarté la qualification économique du licenciement réside dans le régime juridique associé à ce dernier ainsi qu'au contrôle du juge a posteriori. Ils souhaitaient ainsi éviter les obligations relatives au reclassement et à l'établissement d'un PSE. Depuis de nombreuses années, le droit du licenciement économique cristallise les critiques de commentateurs autour de l'idée qu'il serait inefficace et inadapté⁹⁹³. En pratique, les entreprises tenteraient de s'y soustraire par tous les moyens, n'hésitant pas à contourner la législation sur les licenciements collectifs via la substitution de licenciements individuels ou de ruptures conventionnelles. Ce faisant,

992 PESKINE (E.), WOLMARK (C.), Droit du travail, 10e éd. Dalloz, coll. Hypercours, 2015, n° 656 & s. ; DOCKES (E.), AUZERO (G.), Droit du travail, 30ième éd. Dalloz, coll. « Précis », 2016, n° 655 & s. ; BORENFREUND (G.), « Le refus du salarié face aux accords collectifs de maintien de l'emploi et de mobilité interne », *RDT* 2013, 316 ; CAVAT (H.), « Les contorsions à l'oeuvre dans les accords de maintien de l'emploi et de mobilité interne : A propos du refus du salarié » in *Licenciements pour motif économique et restructurations : vers une distribution des responsabilités*, (ss la dir. De G. BORENFREUND et E. PESKINE), coll. Thèmes et Commentaires, Dalloz 2015, p. 61 ; FABRE (A.), Le licenciement économique et l'objectif de sécurisation, *RDT* 2013, 184 ; LOKIEC (P.), « Le motif économique après la loi de sécurisation de l'emploi », *SSL* n° 1592 ; VERKINDT (P.-Y.), « Les mobilités », *JCP S* 2013. 1261.

993 Sur ce point : GEA (F.), « Le droit du licenciement économique à l'épreuve de la sécurisation de l'emploi », *Dr. Soc.* 2013. 210.

alors que la jurisprudence a longtemps inféodé le droit du travail aux dispositions du licenciement économique, le législateur tente désormais de limiter son application.

Dans la même veine, l'accord de mobilité interne s'affranchit du droit du licenciement économique collectif (I) auquel est substitué un nouveau régime d'accompagnement du salarié (II).

I - Incidences du refus du salarié à la mobilité

256. Une qualification économique très contestée⁹⁹⁴. Dans un premier temps, l'article 15 de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 stipulait que « *le refus par le salarié d'une modification de son contrat proposée dans des conditions définies au présent article n'entraîne pas son licenciement pour motif économique. Il s'agit d'un licenciement pour motif personnel ouvrant droit à des mesures de reclassement telles qu'un bilan de compétences ou un abondement du compte personnel de formation* ». Les partenaires sociaux se sont inspirés de la solution adoptée lors de la loi Aubry II relative à la réduction négociée du temps de travail, pour exclure le droit du licenciement économique. Dès lors, les partenaires n'ont pas écarté le droit de la modification en raison d'un changement intervenu par accord collectif comme pour la loi Warsmann, mais mis hors jeu la qualification économique du licenciement suivant le refus du salarié. Le Professeur Fabre analysait cette exclusion par le fait générateur de la rupture, à savoir le refus à la modification du contrat et non la suppression d'un poste⁹⁹⁵. Non seulement la rupture ne revêt pas un caractère économique mais le comportement du salarié est déterminant dans celle-ci. Selon le Professeur Borenfreund, cette version traduisait l'idée « qu'en refusant l'application de l'accord à son contrat de travail, le salarié n'aurait pas joué le jeu de la solidarité ; il aurait manqué en quelque sorte au bien commun, incarné dans l'accord collectif »⁹⁹⁶.

En tout état de cause, légitime ou non, cette option posait la question de la conformité de l'ANI à plusieurs textes européens et internationaux, notamment à la directive du 20

994Pour la distinction « cause qualitative » et « cause justificative », PELISSIER (J.), LYON-CAEN (A.), JEAMMAUD (A.), DOCKES, (E.), *Les grands arrêts du droit du travail*, 4ème éd., Dalloz, coll. Grands arrêts, 2008, n° 106-107, p. 491.

995FABRE (A.), « Le licenciement économique et l'objectif de sécurisation », *RDT* 2013, 184.

996BORENFREUND (G.), Le refus du salarié face aux accords collectifs de maintien de l'emploi et de mobilité interne, *RDT* 2013, 316. Opinion divergente : LOISEAU (G.), « Les transformations du droit de la rupture du contrat de travail », *JCP S* 2015, 1245.

TITRE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI

juillet 1998 relative aux licenciements collectifs. Celle-ci, comme l'article L.1233-3 du code du travail, définit les licenciements collectifs comme « les licenciements effectués par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne des travailleurs »⁹⁹⁷. Dans la mesure où le refus de la mobilité ne peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement, c'est le motif de la modification qui doit justifier la rupture. En l'occurrence l'ANI inscrivait la mobilité dans un contexte de réorganisation d'entreprise sans projet de réduction d'effectifs. Il était alors difficile compte tenu de ces dispositions d'écarter la qualification économique, et c'est pourquoi le législateur n'a pas suivi les partenaires sociaux.

En effet, suivant l'avis du conseil d'état⁹⁹⁸, le législateur a tranché qu'en cas de refus du salarié de l'application de l'accord de mobilité à son contrat de travail, le licenciement repose sur un « motif économique » prononcé selon les modalités du licenciement individuel⁹⁹⁹. Rappelons que constitue un licenciement pour motif économique « le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs 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, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques »¹⁰⁰⁰. Cependant ce choix se heurte à d'autres problématiques.

En effet, cette disposition a produit une intensité doctrinale et la majorité des commentateurs lui prédit un bel avenir judiciaire¹⁰⁰¹ tandis que d'autres¹⁰⁰² préfèrent ne pas

997Dir. 98/59/CE, art. 1Er, par. 1, a.

998Le conseil d'état avait mis en garde sur le risque d'inconventionnalité de cette mesure vis à vis de l'article 4 de la Convention n° 158 de l'OIT qui stipule qu'un travailleur ne pourra pas être licencié « sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service ».

999Art. L. 2242-23 C. trav.

1000Art. L1233-3 C. trav.

1001Cf. BORENFREUND (G.), « Le refus du salarié face aux accords collectifs de maintien de l'emploi et de mobilité interne », *RDT* 2013, 316 ; FAVENNEC-HERY (F.), « Accords de mobilité interne, un rendez vous manqué ? », *SSL* 2013, n° 1592 ; KRIVINE (J.), « Les accords de mobilité interne, nouvel échappatoire au PSE », *SSL* 2013, n° 1592, p. 53 ; LOKIEC (P.), « Le motif économique après la loi de sécurisation de l'emploi », *SSL* n° 1592 ; VACHET (G.), « Les deux faces de la mobilité », *SSL* 2013, n° 1570, p. 7 ; VERKINDT (P.-Y.), « Les mobilités », *JCP S* 2013. 1261.

1002BEAL, « La mobilité interne : un outil de GPEC », *JCP S* 2013, 1428 ; ANTONMATTEI (P.-H.), « L'accord de mobilité interne : il faut l'essayer ! », *Dr. Soc.* 2013, 794.

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

s'attarder sur les « maladresses » du texte pour s'intéresser à l'esprit de la loi.

En premier lieu, le législateur a rappelé que la négociation porte « (...) *sur les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise dans le cadre de mesures collectives d'organisation courantes sans projet de réduction d'effectifs* ». La philosophie du texte est dès lors ambiguë puisque le législateur a choisi un licenciement économique comme sanction d'un dispositif anticipatif destiné à préserver l'emploi. Si les accords de mobilité interne étaient si éloignés d'un contexte économique difficile alors le licenciement serait prononcé pour motif personnel, comme dans le cas d'une application d'une clause de mobilité¹⁰⁰³.

En deuxième lieu, le contrôle du motif économique par le juge. En effet, quelle est la justification de ce dernier ? Dans la mesure où l'accord de mobilité interne s'inscrit nécessairement « *dans le cadre de mesures collectives d'organisation courantes sans projet de réduction d'effectifs* », ni les causes légales¹⁰⁰⁴ -difficultés économiques et mutations technologiques- ni celles jurisprudentielles -réorganisation pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité¹⁰⁰⁵ ou la cessation d'activité¹⁰⁰⁶- admises actuellement, ne peuvent justifier le motif économique. Aussi, le législateur a-t-il écarté le contrôle du juge et consacré une présomption irréfragable de légitimité du motif ? La formule choisie interroge. Toutefois, cette hypothèse serait largement contestée au regard de la convention n°158 de l'OIT qui impose que le travailleur puisse avoir de droit de contester son licenciement « *devant un organisme impartial tel qu'un tribunal, un tribunal du travail, une commission d'arbitrage ou un arbitre* »¹⁰⁰⁷. Finalement, la question n'est pas le critère de qualification du licenciement laissé à l'appréciation de chaque législation nationale, mais la possibilité pour le salarié de se défendre ; de fait, le licenciement ne doit pas être arbitraire et reposer sur des critères objectifs.

Il existe deux fondements possibles de rattachement au motif économique : un motif ad

1003 Soc. 12 janvier 2016 n° 14-23.290 : le refus du salarié de changer de lieu d'affectation en application d'une clause de mobilité, et ce sans motif légitime, justifie son licenciement pour faute grave.

1004 Art. L1233-3 C. trav.

1005 Soc. 11 juin 1997, n° 94-45.175, *Bull. Civ. V*, n°219 – Soc. 5 avr. 1995, n°93-42.690, *Bull. civ. V*, n° 123.

1006 Soc. 16 janv. 2001, n° 98-44.647, *Bull. Civ. V*, n°10.

1007 Art. 10 convention OIT.

TITRE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI

hoc tiré de l'existence même de l'accord collectif de mobilité¹⁰⁰⁸ ou un nouveau motif justificatif. Le motif ad hoc semble représenter le fondement le plus plausible puisqu'il présente l'avantage d'être facilement applicable ; il suppose de justifier le motif économique par la validité de son fait générateur c'est à dire l'accord de mobilité interne.

S'agissant des conséquences du licenciement, le législateur a délibérément fait un tri concernant les règles subséquentes à ce motif, certaines sont appliquées, d'autres pas.

II - Un régime juridique de rupture allégé ?

Si la loi dispose que le licenciement consécutif au refus d'application de l'accord repose sur un motif économique, celui-ci est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel, et ce quelque soit le nombre de licenciement. Sont donc exclues l'ensemble des règles relatives au droit du licenciement collectif à savoir la consultation du comité d'entreprise et l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi (A).

Toutefois, le licenciement ouvre droit à des mesures d'accompagnement prévues par l'accord de mobilité interne (B).

A - Une rupture du contrat déconnectée du droit du licenciement économique collectif

257. Un licenciement prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel.
L'article L. 2242-19 du code du travail stipule « *lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent l'application à leurs contrats de travail des stipulations de l'accord relatives à la mobilité interne (...), leur licenciement repose sur un motif économique, est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique* ». Les licenciements pour motif individuel ne sont soumis ni à la procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise ni à l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi.

258. Conformité avec le droit de l'union européenne ? En rejetant l'application des règles sur les licenciements collectifs aux ruptures consécutives à la non application de l'accord de mobilité interne, le législateur ne contrevient-il pas à la directive 98/59/CE du 20

¹⁰⁰⁸Solution adoptée par la Cour de cassation à propos des accords de réduction du temps de travail dans le contexte des du passage aux 35 heures : Soc. 23 sept. 2009, n° 07-44.712.

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

juillet 1998¹⁰⁰⁹? La directive impose à l'employeur d'informer les représentants des travailleurs de son intention d'effectuer des licenciements¹⁰¹⁰ puis de les consulter sur le projet de licenciement¹⁰¹¹. Egalement, l'employeur doit prévoir des mesures visant à éviter les licenciements ou à en limiter le nombre. Plusieurs auteurs¹⁰¹² relèvent une atteinte au droit européen en raison de la mise à l'écart du droit du licenciement collectif pour des ruptures économiques. En conséquence, les salariés pourraient attaquer l'Etat en responsabilité pour non transposition de la directive¹⁰¹³. Toutefois, ne peut-elle pas être interprétée de manière extensive ? Pour les Professeurs Auzero et Dockes¹⁰¹⁴, la négociation de l'accord collectif de mobilité pourrait satisfaire à l'obligation de consultation des représentants du personnel. Par ailleurs, l'article 2.2 de la directive prévoit que la consultation doit porter sur les « *possibles reclassements internes et externes des salariés menacés de licenciement* », or l'accord de mobilité interne contient des « mesures d'accompagnement et de reclassement ». Il paraît toutefois très audacieux de substituer la négociation de l'accord avec les syndicats à l'obligation d'informer et de consulter les représentants de l'entreprise au titre des articles L.2323-6 et L.2323-15 du code du travail. Par contre, l'établissement d'un PSE est semble t-il moins indispensable dans la mesure où les mesures d'accompagnement prévues à L. 2242-23 du code du travail sont négociées par

1009Dir. 98/59/CE 20 juill. 1998, préc., art. 1-1 a). Elle définit les licenciements collectifs comme « *des licenciements effectués par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne des travailleurs lorsque le nombre de licenciements intervenus est, selon le choix effectué par les Etats membres : 1) soit pour une période de trente jours : a) au moins égale à 10 dans les établissements employant habituellement plus de 20 et moins de 100 travailleurs b) au moins égal à 10% du nombre des travailleurs dans les établissements employant habituellement au moins 100 et moins de 300 travailleurs c) au moins égal à 30 dans les établissements employant habituellement au moins 300 travailleurs 2) soit, pour une période de 90 jours, au moins égal à 20, quelque soit le nombre des travailleurs habituellement employés dans les établissements concernés* ». La directive a été transposée en droit français et est prévue à l'art. L.1233-24-1 du code du travail.

1010Dir. 98/59/CE du 20 juill. 1998, art. 2.3.

1011Dir. 98/59/CE du 20 juill. 1998, art. 2.1

1012FABRE (A.), « Le licenciement économique et l'objectif de sécurisation », *RDT* 2013. 184 ; CAVAT (H.), Les contorsions à l'oeuvre dans les accords de maintien de l'emploi et de mobilité interne : A propos du refus du salarié in *Licenciements pour motif économique et restructurations : vers une distribution des responsabilités*, ss la dir. De G. BORENFREUND et E. PESKINE, Thèmes et Commentaires, Dalloz 2015, p. 61.

1013«Des mises à l'écart flagrantes du droit international et européen», Entretien avec N. Moizard, *SSL* 21 janv. 201, n° 1568 ; «L'ANI tente de briser la capacité de résistance des salariés», Entretien avec A. Braun, *SSL* 21 janv. 2013, n° 1568.

1014AUZERO (G.), DOCKES (E.), *Droit du travail*, 30ème éd., Dalloz, coll. Précis, 2016.

les mêmes acteurs de l'entreprise.

259. Une éventuelle (nécessaire) évolution de la notion de licenciement économique ?

A défaut d'écarter la qualification économique, comme souhaité dans l'ANI, le législateur en limite considérablement la portée. Et pour cause, dans le réquisitoire contre le licenciement économique conduit par le patronat, les procédures des grands licenciements collectifs sont depuis plusieurs années au centre de l'attention. La question avait déjà été soulevée lorsque le législateur avait remis en cause la jurisprudence Framatome/Majorette en 2005, ou à l'occasion de l'arrêt Renault en date du 26 octobre 2010 au terme duquel la chambre sociale avait considérablement allégé le plan de sauvegarde de l'emploi en présence d'un plan de départs volontaires¹⁰¹⁵, et enfin quand le législateur a évité l'application des dispositions sur le licenciement économique aux ruptures conventionnelles¹⁰¹⁶. Derrière la réduction du champ d'application de la procédure du droit du licenciement collectif se profile l'idée que seuls les licenciements économiques suivant une suppression d'emploi doivent être soumis au droit des grands licenciements économiques. Une distinction apparaît désormais entre les « mesures collectives d'organisation » et les « mesures d'organisation courantes sans projet de réduction d'effectifs ». Les premières sont soumises au droit de la modification du contrat et, le cas échéant, à la procédure collective de licenciement économique, tandis que les secondes s'affranchissent des règles relatives au grand licenciement économique. L'objectif serait de déconnecter les mesures de prévention de la rupture du droit du licenciement économique, qui serait alors réservé aux seules mesures entraînant des suppressions d'emplois. S'interrogeant sur cette éventualité, le Professeur Borenfreund observe que « Celle-ci aboutirait à ce que l'application du droit pour motif économique dans son ensemble ne fasse plus figure, à l'avenir, de principe, sauf en cas de suppression d'emploi »¹⁰¹⁷. Exit la transformation d'emploi ou la modification de l'emploi, l'élément matériel du motif économique serait réduit aux suppressions d'emplois, alors que les autres cas seraient soumis au droit individuel du licenciement. Ce faisant, les modifications opérées dans le cadre d'un accord collectif de prévention de la rupture s'imposeraient aux contrats de

1015 Soc. 26 oct. 2010, *Bull. Civ. V.* n° 245, *JCP S* 2010, 1483, note LOISEAU (G.) ; *Dr. Soc.* 2010, p. 1164, note FAVENNEC-HERY (F.)

1016 *V. infra.* § 117.

1017 BORENFREUND (G.), Le refus du salarié face aux accords collectifs de maintien de l'emploi et de mobilité interne, *RDT* 2013. 316. Dans le même sens : GEA (F.), « Le droit du licenciement économique à l'épreuve de la sécurisation de l'emploi », *Dr. Soc.* 2013, 210.

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

travail, et le cas échéant, constitueraient un licenciement sui generis pour motif personnel. Il s'agirait, à l'instar des accords de réduction négociée du temps de travail, d'instaurer une véritable présomption de cause réelle et sérieuse aux licenciements résultant d'un refus du salarié d'application de l'accord collectif conclu pour sauvegarder les emplois et, garantirait l'évitement du juge social par la mise à l'écart des règles relatives aux grands licenciements collectifs. Ce régime spécifique devrait toutefois garantir un droit au reclassement du salarié.

De ce point de vue, les accords de mobilité interne s'inscrivent parfaitement dans cette logique puisque le refus du salarié à la mobilité, lui ouvre droit aux mesures d'accompagnement que doit prévoir l'accord.

B - La mise en place de mesures d'accompagnement et de reclassement pour le salarié

260. Droit aux mesures d'accompagnement et de reclassement. L'alinéa 3 de l'article L. 2242-23 impose que l'accord contienne des mesures d'accompagnement et de reclassement à l'attention des salariés qui refusent l'application de l'accord interne. En l'absence de précisions, l'accord de mobilité doit adapter le champ et les conditions du reclassement prévu aux articles L.1233-4 et L. 1233-4-1 du code du travail. Le reclassement doit être opéré dans l'entreprise ou le groupe auquel appartient l'entreprise, porter sur tous les postes disponibles relevant de la même catégorie que celui occupé par l'intéressé ou sur des emplois équivalents assortis d'une rémunération équivalente.

L'ensemble des commentateurs ont admis qu'il s'agissait d'une compensation à l'absence d'établissement d'un PSE¹⁰¹⁸. Puisque l'accord de mobilité interne est issu d'une négociation « à froid », il est donc logique de le déconnecter d'un droit du licenciement économique. Soit l'entreprise souhaite supprimer des emplois dans un contexte de difficultés économiques, et dans ce cas l'établissement d'un PSE est la procédure adéquate, soit il s'agit de mesures de gestion du personnel « à froid » sans projet de destruction d'emploi, et alors la procédure du licenciement économique ne se justifie pas. En procédant de la sorte, le législateur offre un réel outil de gestion des emplois aux entreprises et la possibilité pour les salariés de choisir au lieu de subir la mobilité.

1018FABRE (A.), « De l'usage des dispositifs de mobilité dans les accords collectifs », *Les cahiers sociaux* 01/15, n° 270.

Section 2 - La sauvegarde de l'emploi par la mobilité négociée

L'instauration des accords de mobilité interne poursuit, à l'instar des accords de maintien de l'emploi, l'objectif de sauvegarde de l'emploi par la voie négociée. Il faut rappeler les déclarations du ministre du travail de l'époque qui prônait un modèle « made in France » caractérisé par un pouvoir de négociation donné « *aux acteurs pour anticiper et accompagner les mutations économiques et in fine sauver et développer les emplois* ». ¹⁰¹⁹ Anticiper les problèmes de sureffectifs pour éviter l'ultime solution des licenciements (**paragraphe 1**).

Cela étant, si la mobilité doit assurément être un vecteur de sauvegarde de l'emploi, elle doit aussi être mise en œuvre en respectant les exigences posées par la jurisprudence qui protège la vie familiale normale du salarié (**paragraphe 2**).

§ 1. La conclusion d'un accord de mobilité interne

L'accord de mobilité interne n'est pas conclu « à chaud » dans un contexte de graves difficultés économiques, à l'instar des accords de maintien de l'emploi. Dans sa traduction littérale, il s'inscrit dans le cadre de mesures collectives d'organisation courantes sans projet de réduction d'effectifs. La crainte du législateur, partagée par de nombreux observateurs, est que le dispositif serve à contourner les règles impératives relatives au PSE. C'est pourquoi il insiste sur l'idée que l'accord s'analyse comme une mesure de GPEC, préparée à froid (**I**).

Pourtant la mise en œuvre de la mesure individuelle de mobilité interne à l'initiative patronale traduit au mieux l'idée d'une mobilité contrainte, au pire renforce la thèse d'un PSE déguisé (**II**).

I - Un accord conclu nécessairement « à froid »

261. Négociation facultative liée à la GPEC. Contrairement à ce qui avait été envisagé par l'ANI du 11 janvier 2013 d'instituer une obligation triennale de négocier des accords de

¹⁰¹⁹Déclaration de M. Sapin, ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social lors de la présentation du projet de loi sur la sécurisation de l'emploi le 17 avril 2013 à Paris.

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

mobilité interne, l'article L.2242-21 du code du travail¹⁰²⁰ dispose que cette négociation est facultative. Le législateur reconnaît que la mobilité est utile mais pas nécessaire dans toutes les entreprises. Toutefois, dans la mesure où elle trouve sa place dans la GPEC, doit-on considérer qu'elle s'impose dans les entreprises ou groupes d'entreprises au sens de l'article L.2331-1 du code du travail d'au moins trois cents salariés, soumis à l'obligation triennale de négocier sur la GPEC¹⁰²¹ ? Il n'en est rien. En témoigne, l'article L. 2242-13 du code du travail qui dispose que « le cas échéant, les conditions de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise prévues à l'article L. 2242-21, qui doivent, en cas d'accord, faire l'objet d'un chapitre spécifique ». Il est facile d'admettre, sur la base de la locution « le cas échéant », la volonté du législateur de consacrer l'accord de mobilité interne comme une opportunité laissée à l'appréciation de l'employeur.

Au demeurant, la négociation sur l'accord de mobilité interne est étroitement liée avec celle obligatoire concernant la GPEC¹⁰²². Rappelons que la création des accords de mobilité interne est liée aux souhaits de développer la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences « à froid », c'est à dire en dehors de tout projet de restructuration destructrice d'emplois. Dès lors, sauf si l'accord ne porte que sur la mobilité interne, la conclusion d'un accord de mobilité interne est impossible lorsqu'il existe déjà un accord de GPEC, le premier ne pouvant être qu'un chapitre du second. Dans les autres entreprises, le législateur prévoit que la négociation porte également sur les évolutions prévisionnelles des emplois et des compétences¹⁰²³. En tout état de cause, son cadre de négociation étant lié à celui de la GPEC, la fréquence des négociations devrait être greffé sur le calendrier de la négociation de la GPEC.

262. Cadre de mesures collectives d'organisation sans projet de réduction d'effectifs.

Traditionnellement, la mobilité se limite à une mesure de dernier recours utilisée afin d'éviter les licenciements lorsque des suppressions d'emplois sont envisagées. A contrario, les

1020L'alinéa premier de l'article L. 2242-21 du code du travail, dispose que « *l'employeur peut engager une négociation portant sur les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise dans le cadre de mesures collectives d'organisation courantes sans projet de réduction d'effectifs* ». Sur la base du verbe « pouvoir », il est admis que le législateur n'impose pas la négociation.

1021Art. L. 2242-13 C. trav.

1022ANTONMATTEI (P.-H.), « GPEC : le renforcement de l'obligation triennale de négocier », *Dr. Soc.* 2013. 791.

1023Art. L.2242-13 code du travail.

TITRE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI

accords de mobilité interne s'inscrivent dans une logique d'anticipation de sorte qu'ils ne peuvent être conclus dans une entreprise confrontée à un problème de compression d'effectifs. Afin d'éviter tout malentendu, la loi précise que la négociation portant sur les conditions de la mobilité s'inscrit « *dans le cadre de mesures collectives d'organisation courantes sans projet de réduction d'effectifs* »¹⁰²⁴. La méfiance est liée à l'imprécision de la notion de projet de réduction d'effectifs. En effet, l'absence de réduction d'effectifs n'empêche pas des suppressions de postes.

Avec certitude, les mesures telles que la réorganisation d'un service, le déménagement d'un site, ou la mise à disposition des salariés rentrent dans cette qualification¹⁰²⁵. Aussi, le doute n'est pas permis sur les intentions du législateur concernant les projets de licenciement qui écartent par nature la mise en œuvre de ce type d'accord. Néanmoins, doit-on considérer que les accords de mobilité interne sont exclusifs de tout projet de réduction d'effectifs, tels que les plans de départs volontaires ou tout autre projet de réductions d'effectifs ? Pour certains auteurs, si on s'en réfère à l'esprit et à la lettre de la loi¹⁰²⁶, les accords de mobilité interne justifient la mise à l'écart de projet entraînant des ruptures de contrat, qu'il s'agisse de départs volontaires, de ruptures conventionnelles pour cause économique, ou encore de départs à la retraite.

Les accords de mobilité interne ne doivent entraîner aucune suppression de poste de sorte que les salariés sortants pour refus d'application de l'accord doivent tous être remplacés¹⁰²⁷. Ils craignent que ce dispositif serve à éviter un contournement des règles relatives au PSE¹⁰²⁸. Par conséquent, si des mesures de mobilité sont négociées dans le cadre d'un projet de restructuration avec suppression de postes, c'est le régime du PSE qui

1024Art. L. 2242-17 code du travail.

1025Compte rendu Cour de cassation « Accords de mobilité et accords de maintien dans l'emploi » Rencontre de la chambre sociale 2014.

1026Monsieur Germain, rapporteur de la loi à l'Assemblée nationale, affirme que la négociation sur la mobilité interne comme « une négociation à froid, qui ne doit être le corollaire d'un projet plus vaste de restructuration de l'entreprise qui prévoirait une suppression de postes ou encore des licenciements » (AN. Rapp. Fait au nom de la commission des affaires sociales, n° 847, 27 mars 2013, p. 276 et s.).

1027KRIVINE (J.), « Les accords de mobilité interne, nouvelle échappatoire au PSE », *SSL* 2013, 1592 ; HAUTEFORT (M.), « Mobilité : un pas vers la modernité », *Les cahiers du DRH* 2014, 205-206.

1028En ce sens, KRIVINE (J.), « Les accords de mobilité interne, nouvelle échappatoire au PSE ? », *SSL* 2013, n° 1592 ; LOKIEC (P.), « La face cachée des accords de mobilité interne », *SSL* 2013, n°1587.

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

doit s'appliquer. L'un d'entre eux va même plus loin, considérant que l'absence de suppression de postes est une condition de validité de l'accord¹⁰²⁹. Cette interprétation au sens large de la notion laisse supposer une frontière étanche entre d'un côté la GPEC exclusive de tout projet de réduction d'effectif et de l'autre le PSE. En réalité, l'autonomie de ces deux procédures ne crée pas à elle-seule les conditions d'une séparation étanche. Lors de la tentative avortée de création d'un lien artificiel entre les deux dispositifs¹⁰³⁰, il avait été rappelé, à raison, par la Haute autorité, que si la négociation triennale a pour objet d'éviter la mesure ultime que constitue le licenciement économique, elle n'exclut pas le recours à une restructuration générant des suppressions d'emplois¹⁰³¹. La négociation « à froid » écarte certes les ruptures subies par le salarié, une catégorie dans laquelle n'entrent pas les départs volontaires, les ruptures conventionnelles ou encore les départs à la retraite. Dès lors, la conception restrictive de la notion, au sens où elle exclut seulement un projet de licenciement, est la solution la mieux adaptée, et ce d'autant plus qu'elle élargit considérablement le champ de conclusion de l'accord. Cette conception est celle choisie par le gouvernement qui, à l'occasion du rapport sur le bilan de la loi de sécurisation de l'emploi en date du 3 avril 2015, a expressément, et ce à plusieurs reprises, employé les termes « en dehors de tout projet de licenciement » pour définir le cadre de la négociation des accords de mobilité interne¹⁰³². Toutefois, la loi reste silencieuse concernant l'appréciation de cette condition dans le temps et les juges devront évaluer la durée d'attente entre un accord de mobilité interne et un projet de licenciement.

En tout état de cause, l'accord est conclu dans les conditions de droit commun pour une durée déterminée ou indéterminée.

263. Importance du rôle des partenaires sociaux. La volonté du législateur d'inscrire cette mesure dans le cadre d'une négociation « à froid » se justifie au regard du régime

1029 KRIVINE (J.), « Les accords de mobilité interne, nouvelle échappatoire au PSE », *SSL* 2013, 1592.

1030De nombreux juges en référés estimaient que la négociation sur la GPEC était un préalable obligatoire à l'ouverture d'une procédure relative au licenciement économique (CA Paris, 7 mars 2007, n°17-500, *JSL*, n° 210-3 ; TGI Nanterre, 18 janv. 2006, EDF, *SSL*, n° 1277, p. 14 ; TGI Nanterre, 28 sept. 2006, n° 06-1989, *Yoplait*, *SSL*, n° 1277, p. 12 ; CA Versailles, 29 nov. 2006, EDF, *JCP S* 2006, 2011).

1031Soc. 30 sept. 2009, n° 07-20.525, *Bull. Civ. V*, n°217, *JCP S* 2009, 1526 ; PESKINE (E.), WOLMARK (C.), *Droit du travail*, 10e éd. Dalloz, coll. Hypercours, 2015, n° 655. Egalement, dans l'ANI du 11 janvier 2008 relatif à la modernisation du marché du travail, les partenaires sociaux se sont montrés très favorables à une déconnexion entre GPEC et licenciement économique.

1032Rapport gouvernemental du 3 avril 2015 sur le bilan de la loi de sécurisation de l'emploi.

TITRE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI

juridique qui lui est appliquée et du risque important de contournement des règles relatives au PSE. Les partenaires sociaux devront donc être très vigilants et déterminés si cet accord s'inscrit dans une démarche préventive de sauvegarde de l'emploi ou sert seulement à assoir davantage le pouvoir unilatéral de l'employeur. La signature d'un accord de mobilité interne peut être lourde de conséquences pour les salariés mais aussi pour les partenaires sociaux qui pourraient subir le mécontentement de ces derniers dans les urnes. Il leur est recommandé d'une part de signer un accord à durée déterminée en s'assurant de la bonne foi de l'employeur, et d'autre part de négocier des mesures d'accompagnements confortables voire incitatives pour les salariés. Ces précautions sont d'autant plus importantes que la mise en œuvre de la mesure de mobilité suscite quelques inquiétudes.

II - Une mobilité contrainte

264. Obligation d'information individuelle des salariés concernés. Lorsque l'employeur souhaite mettre en œuvre l'accord de mobilité il doit déterminer puis informer les salariés concernés par une mesure de mobilité individuelle¹⁰³³. L'information doit donc être individuelle et non collective¹⁰³⁴. Aucun formalisme n'est imposé par le législateur mais il est recommandé aux employeurs d'informer les salariés par écrit afin d'en conserver une preuve. A défaut d'information, l'accord de mobilité ne peut leur être opposable. Une fois celle-ci donnée, s'ouvre une phase de concertation qui doit permettre à l'employeur de « *prendre en compte les contraintes personnelles et familiales de chacun des salariés potentiellement concernés* »¹⁰³⁵. Durant cette phase l'employeur peut, au-delà des critères négociés dans l'accord, prendre en compte, notamment à l'occasion d'entretiens avec le salarié, des circonstances particulières liées par exemple à des contraintes familiales ou personnelles. Si l'entretien est obligatoire il s'agit néanmoins d'une obligation de moyens. L'employeur peut proposer une mesure de mobilité interne au salarié et ce en dépit de sa situation personnelle et ou familiale. Il doit alors prouver qu'il a bien pris en compte ces critères mais que des « *exigences professionnelles matériellement vérifiables par le juge et*

1033 Art. L2242-19 du code du travail.

1034 A l'origine le projet de loi prévoyait que le contenu de l'accord soit communiqué « à l'ensemble des salariés ».

1035 Art L2242-19 C. trav.

légitimes »¹⁰³⁶ justifient le choix du salarié désigné, plutôt qu'un autre. A cette fin, il s'appuie sur les caractéristiques du poste, les qualifications ou encore l'expérience du salarié. Comme pour la clause de mobilité, les juges du fond exerceront probablement un contrôle de la mise en œuvre en combinant les dispositions des articles 1104 du code civil et L1121-1 du code du travail qui tiennent en échec l'automatisme du lien entre intérêt de l'entreprise et légitimité de la décision. Alors que le législateur a soigneusement écarté le risque contentieux entourant le motif économique et l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi, la mise en œuvre de l'accord pourrait constituer une importante source de contestations. Enfin, une fois cette phase de concertation réalisée l'employeur peut proposer la mobilité au salarié.

265. Une mobilité imposée par l'employeur. En dépit des obligations qui incombent à l'employeur et des garanties accordées au salarié via l'accord de mobilité interne, il peut paraître paradoxal, voir contradictoire, d'inscrire la mobilité dans une démarche de prévention de l'emploi tout en lui reconnaissant un caractère contraignant. En effet, quelle est la place de la volonté du salarié dans un processus de restructuration dont il subit seulement les conséquences ? L'accord de mobilité interne n'a pas pour ambition de promouvoir la mobilité dans l'entreprise mais instrumentalise celle-ci à des fins gestionnaire au nom de la sauvegarde de l'emploi. L'exclusion de la volonté du dispositif alimente la thèse selon laquelle l'accord de mobilité interne est une opportunité pour les employeurs de contourner les PSE en désignant comme candidats à la mobilité les salariés dont il souhaite se séparer. Cette crainte fait fi de la possibilité que l'employeur n'envisage pas la mobilité uniquement comme une sanction mais comme un moyen de gestion des compétences. Dès lors, le départ d'un salarié refusant la mobilité représente un coût financier pour l'entreprise, notamment en terme de formation. Cela étant compte tenu des réticences suscitées par les accords de mobilité interne, il conviendrait d'adapter sa mise en œuvre.

266. L'opportunité de modifier la mise en œuvre de l'accord. Pour éviter toute utilisation détournée de l'accord de mobilité interne il faut introduire une part de volontariat. En effet, l'employeur ne devrait pas être le seul à décider de la mobilité du salarié. Il conviendrait de substituer à la désignation unilatérale des candidats à la mobilité par l'employeur, un appel au volontariat sur des postes fléchés en fonction des besoins de l'entreprise. Les modalités de l'appel ainsi que les conditions du refus devraient être fixées

1036RADE (Ch.), «Commentaire de l'article 15 de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, relative à la sécurisation de l'emploi, sur la mobilité interne», *Hebdo éd. Soc.* Juill. 2013, n° 535.

TITRE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI

dans le cadre de l'accord de mobilité interne. Alors, les candidats choisis bénéficieraient des mesures d'accompagnement prévues, et ce en concertation avec l'employeur. Sur le modèle des plans de départs volontaires dits « à froid », cette démarche permettrait de répondre aux inquiétudes des commentateurs relatives aux PSE déguisé mais aussi de promouvoir la mobilité choisie dans le cadre de restructuration « à froid » où les mesures d'accompagnement pèseraient dans le choix du salarié. Pour sur, cette nouvelle approche garantirait davantage de succès et d'efficacité à un dispositif jusqu'alors bien peu populaire !

§ 2. L'organisation conventionnelle de la mobilité

L'accord doit prévoir les limites imposées à la mobilité ainsi les garanties accordées aux salariés au regard de sa vie personnelle et familiale (I), et ne peut avoir pour effet la diminution du niveau de la rémunération ou de la classification personnelle du salarié (II).

I - Périmètre de la mobilité

267. Détermination de la zone d'emploi. Aux termes de l'article L. 2242-18 du code du travail, les partenaires sociaux doivent définir les limites de la « zone géographique d'emploi ». Le régime de cette zone s'apparente à celui appliqué au « secteur géographique », notion jurisprudentielle, c'est à dire un périmètre au sein duquel l'employeur a le droit de muter le salarié sans son accord¹⁰³⁷. En outre, ce champ de mobilité peut être imposé mais dans le respect du principe de conciliation de la vie professionnelle ainsi que de la vie personnelle et familiale du salarié, conformément aux dispositions de l'article L. 1121-1 du code du travail, et prendre en considération les situations liées aux contraintes de handicap et de santé¹⁰³⁸. La loi consacre ainsi deux jurisprudences importantes en matière de mobilité.

Afin d'établir l'étendue de la zone géographique d'emploi, les partenaires sociaux peuvent s'inspirer des critères retenus par les juges du fond pour définir le périmètre du secteur géographique¹⁰³⁹. En procédant de la sorte, peuvent être pris en compte la distance

1037FAVENNEC-HERY (F.), « Accords de mobilité interne : un rendez vous manqué ? », *SSL* 2013, n°1592 ; AUZERO (G.), « De quelques effets de l'ANI du 11 janvier 2013 sur le droit du contrat de travail », *RDT* 2013, 179 ; VERKINDT (P.-Y.), « Les mobilités », *JCP S* 2013, n° 25, 1261.

1038Art. L. 2242-18 C. trav.

1039Rappelons que la notion de secteur géographique n'a jamais été définie, et la cour laisse les juges déterminer par des critères, laissés à leur appréciation, les contours de la notion.

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

entre deux sites, la desserte en termes de moyens de transport, l'état des routes, les temps de trajet... Egalement, l'article L. 5411-6-3 du code du travail peut aider les signataires puisqu'il détermine les éléments constitutifs d'une offre raisonnable d'emploi, à savoir un temps de trajet entre le domicile et le lieu de travail, en transport en commun, d'une durée maximale d'une heure ou d'une distance maximale de trente kilomètres¹⁰⁴⁰. Comme pour le secteur géographique, on applique le régime du changement des conditions de travail à la zone géographique d'emploi.

Toutefois, il reste à s'interroger sur le pouvoir d'appréciation de l'accord par le juge. La zone géographique d'emploi définie par les partenaires sociaux s'impose-t-elle au juge ? Sur ce point, les opinions divergent. Pour certains, le doute profite au salarié de sorte qu'en l'absence de précisions législatives, la zone géographique conventionnelle ne s'impose pas aux juges¹⁰⁴¹. D'autres considèrent, à raison, que la zone conventionnellement fixée s'impose logiquement au juge, à moins qu'elle ne soit imprécise ou contraire aux droits et libertés du salarié¹⁰⁴².

En tout état de cause, au sein de cette zone, le salarié ne peut refuser une mutation puisqu'il ne s'agit pas d'une modification de son contrat de travail. Au même titre, il n'a pas droit aux mesures d'accompagnement prévues. S'agissant des conséquences consécutives au refus, en l'absence de précisions, il convient d'appliquer la même jurisprudence que celle relative au secteur géographique, le licenciement pour faute du salarié.

Après avoir définie les frontières du « déplacement géographique » du salarié, les négociateurs doivent s'entendre sur la zone de mobilité qui délimite le secteur au-delà duquel commence la mobilité.

268. Limitation de la de mobilité. Il s'agit d'un secteur géographique, caractérisé par un rayon kilométrique maximal, à l'intérieur duquel peuvent être mises en œuvre les mobilités ainsi que les mesures d'accompagnement prévues. Elle correspond à une clause de mobilité

1040FABRE (A.), « De l'usage des dispositifs de mobilité dans les accords collectifs », *Cahiers sociaux* 2015, n°270, p. 55.

1041AUZERO (G.), « De quelques effets de l'ANI du 11 janvier 2013 sur le droit du contrat de travail », *RDT* 2013. 179 ;

1042ANTONMATTEI (P.-H.), « L'accord de mobilité interne : il faut l'essayer », *Dr. Soc.* Oct. 2013, 794 ; FAVENNEC-HERY (F.), « Accords de mobilité interne : un rendez-vous manqué ? », *SSL* 2013, n° 1592 ; VERKINDT (P.-Y.), « Les mobilités », *JCP S* juin 2013, n°25, 1261.

TITRE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI

dont les limites maximales -les minimales étant déterminées par la zone d'emploi- sont fixées par les partenaires sociaux dans le respect de plusieurs conditions légales. La zone géographique doit être déterminée précisément par l'accord de mobilité interne, et ce, en équilibrant les intérêts de l'entreprise et les considérations liées au respect de la vie personnelle et familiale, « conformément à l'article L.1121-1 du code du travail ». Les mesures prises doivent être concrètes, il ne suffit pas de fixer un cadre d'intentions. Au demeurant, ces engagements peuvent s'inspirer des critères de validité pris en compte au visa de l'article L. 1121-1 du code du travail pour les clauses de mobilité, la jurisprudence retient : âge du salarié¹⁰⁴³, parent isolé¹⁰⁴⁴, enfant handicapé¹⁰⁴⁵, la grossesse d'une compagne¹⁰⁴⁶... Les critères de considérations pour la délimitation de la mobilité ne doivent pas être confondus avec les mesures d'accompagnement à la mobilité qui représentent les garanties offertes au salarié.

269. Mesures d'accompagnement à la mobilité. De nombreux actifs déclarent qu'ils préféreraient refuser une opportunité professionnelle si elle impliquait un potentiel déménagement en raison des frais financiers et du stress occasionnés par celui-ci¹⁰⁴⁷. Les problèmes entourant le coût d'un déménagement ont un impact important sur la mobilité des salariés. Aussi, le législateur impose que l'accord prévoit des mesures visant à concilier la vie professionnelle et personnelle du salarié ainsi que des mesures d'accompagnement à la mobilité, financières ou matérielles, de nature à compenser une éventuelle perte de pouvoir d'achat mais aussi à rassurer le salarié à l'occasion d'un changement de cadre de vie. Ce sont « *les actions de formation ainsi que les aides à la mobilité géographique, qui comprennent notamment la participation de l'employeur à la compensation d'une éventuelle perte de pouvoir d'achat et aux frais de transport* »¹⁰⁴⁸. Cette liste n'est pas exhaustive et d'autres mesures peuvent être envisagées. S'agissant de la mobilité professionnelle, les signataires

1043Soc. 23 février 2005, n°04-45.463, *Bull.* 2005, V, n° 64.

1044Soc. 13 janvier 2009, n°06-45.562, *Bull.* 2009, V, n° 4.

1045Soc. 6 février 2001, n°98-44.190, *Bull.* 2001, V, n° 41.

1046Soc. 18 mai 1999, n°96-44.315, *Bull.* 1999, V, n° 219.

1047Sur cette question : TEISSIER (A.), « Le logement : pivot invariable de la mobilité professionnelle », *JCP S* 2014, n° 11, 1105.

1048Art. L2242-18 C. trav.

peuvent s'entendre sur des mesures portant sur l'avancement ou la polyvalence¹⁰⁴⁹ du salarié. Tandis que pour la mobilité géographique, des mesures telles que des aides à la recherche d'un logement, des primes au déménagement, le paiement temporaire d'un logement, un service d'aide à la recherche d'une école ou encore des jours de congés pour le déménagement. En tout état de cause, ces mesures doivent être expressément mentionnées dans l'accord.

270. L'opportunité du télétravail. Grace à l'essor des nouvelles technologies, travailler de chez soi devient facile et accessible. Or, le travail à distance permettrait de pallier aux difficultés liées à la mobilité du salarié. Déjà admis dans certains pays d'Europe¹⁰⁵⁰, il est réglementé par le code du travail depuis la loi du 22 mars 2012¹⁰⁵¹. L'article L.1222-9 du code du travail stipule qu'il s'agit « *d'une forme d'organisation du travail dans laquelle un travail qui aurait également pu être exécuté dans les locaux de l'employeur est effectué par un salarié hors de ces locaux de façon régulière et volontaire en utilisant les technologies de l'information et de la communication dans le cadre d'un contrat de travail ou d'un avenant à celui-ci* ». Egalement, l'employeur est tenu de « *prendre en charge les coûts découlant directement de l'exercice du télétravail* »¹⁰⁵² et doit définir « *les plages horaires durant lesquelles il peut habituellement le contacter* »¹⁰⁵³. En intégrant le télétravail dans les mesures d'accompagnement à la mobilité, les partenaires sociaux encourageraient le recours à une pratique encore impopulaire¹⁰⁵⁴ mais qui présente de réels avantages tant pour le salarié que pour l'entreprise. Côté salarié, le travail à distance permet de mieux organiser sa vie personnelle et professionnelle puisqu'il aménage ses

1049ALBIOL (J.-M.) COUGNAUD (C.), « Mobilité : un pas vers la modernité », *Les cahiers du DRH* 2014, 205-206.

1050Cette pratique est encouragée par l'Union européenne, et le premier accord relatif au télétravail a été conclu par les partenaires sociaux européens (Accord-cadre sur le télétravail, 16 juillet 2002).

1051Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012. FLAMENT (L.), « Télétravail, un jeu croisés d'obligations », *JCP S* 2011, 1073 ; GUYOT (H.), « Le télétravail codifié », *JCP S* 2012, 1204 ; « Le télétravail, état des lieux », *JCP S* 2013, 1382 ; RAY (J.-E.), « Le droit du travail à l'épreuve du télétravail, le statut du télétravailleur », *Dr. Soc.* 1996, 121 ; « Légaliser le télétravail, une bonne idée ? », *Dr. Soc.* 2012, 443.

1052Art. L.1222-10 1° C. trav.

1053Art. L.1222-10 4° C. trav.

1054Une étude réalisée en 2011 par l'IDC sur « l'informatique et les télécoms au service de nouvelles organisations du travail » dévoile que seules 24% des entreprises interrogées ont des salariés qui travaillent à domicile. Pour 81% de celles qui se disent concernées, ce mode de collaboration touche moins de 10% de leurs effectifs.

TITRE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI

horaires de travail et fait des économies de temps en terme de trajet. Pour l'entreprise, le télétravail permet, dans l'absolu, des gains financiers en raison de salariés davantage motivés. De plus, l'atténuation du lien hiérarchique et le surplus de confiance améliorent le relationnel. Ce propos doit être nuancé. Les partenaires sociaux émettent quelques réticences craignant un isolement du salarié et une déshumanisation des rapports sociaux. Pour prévenir d'éventuels risques psychosociaux, il conviendrait dans le cadre d'un accord de mobilité interne, d'aménager la semaine de travail du salarié en fractionnant son temps de travail entre la présence sur site et le travail à distance. Evidemment cet aménagement ne peut s'envisager que pour quelques catégories de salariés, néanmoins la transition numérique constitue un enjeu majeur pour les entreprises et développer le télétravail comme nouvel usage, même à dose homéopathique, permettrait d'assurer une mutation gagnant-gagnant pour l'avenir.

Ce dispositif peut amortir les conséquences de la mobilité. D'une part, le recours à la négociation collective devrait être un facteur d'équilibre, et une solution plus sécurisante pour le salarié¹⁰⁵⁵ ; rappelons que la chambre sociale a validé une clause contractuelle prévoyant le « territoire métropolitain » comme zone de mobilité ! D'autre part, la mise en oeuvre de la mobilité par l'employeur s'accompagne de mesures destinées à amortir les coûts financiers et matériels liés à la mutation.

II - Intangibilité de la rémunération ou de la classification personnelle du salarié

271. L'accord de mobilité interne ne doit pas être confondu avec un accord de maintien de l'emploi. En témoigne, l'interdiction d'assortir la mobilité professionnelle ou géographique d'une baisse de rémunération. Egalement, l'accord doit garantir le maintien ou l'amélioration de la qualification professionnelle. Certes, l'employeur peut modifier le lieu de travail ou les fonctions du salarié mais l'accord ne peut avoir pour conséquence de dégrader la situation financière du salarié. C'est en tout cas la volonté du législateur puisqu'aux termes de l'article L.2242-18 du code du travail, les partenaires sociaux doivent s'assurer que l'accord de mobilité n'entraîne pas « une diminution du niveau de la rémunération ou de la classification personnelle du salarié et doivent garantir le maintien ou l'amélioration de sa qualification professionnelle ». Cette disposition est également une garantie supplémentaire contre les velléités de mise en oeuvre d'un PSE déguisé.

1055FAVENNEC-HERY (F.), « Accords de mobilité interne : un rendez-vous manqué ? », *SSL* 2013, n° 1592.

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

Malgré l'absence de précisions, il ne fait aucun doute que les conséquences sur la rémunération s'entendent de manière directe comme indirecte, de sorte que le passage d'une rémunération fixe à une rémunération variable est sans effet. Plus globalement, c'est la perte de pouvoir d'achat qui doit être prise en compte dans la balance. Cependant, si l'accord entraîne des conséquences financières négatives, celui-ci doit prévoir dans l'accord les conditions de la compensation. Selon un auteur, le principe d'égalité de traitement pourrait être mis en cause dès lors qu'un salarié bénéficiant d'une mobilité interne dans le cadre de l'accord aurait une rémunération supérieure aux autres salariés de l'établissement d'accueil¹⁰⁵⁶.

La mobilité dépasse le simple cadre géographique et devient professionnelle. Ce faisant, elle représente un atout pour l'entreprise mais aussi une opportunité professionnelle pour le salarié. Beaucoup d'entreprises choisissent de traiter le sujet mais se heurtent à des freins à la fois psychologiques et juridiques. La loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 a misé sur la mobilité des salariés avec la volonté de favoriser leur employabilité. Au plan collectif, les mesures d'accompagnement proposées ainsi que la mise à l'écart du droit de la modification devaient inciter à la négociation d'accords collectifs d'anticipation portant sur la mobilité. Or force est de constater que le succès n'est pas au rendez vous. Pour preuve, en avril 2015, aucun accord de mobilité interne n'avait été recensé. Quelles sont les raisons de cet échec ? Pour les organisations syndicales de salarié, la signature d'un tel accord pourrait se traduire dans les urnes lors des prochaines élections. Dès lors qu'un accord est conclu, l'employeur est en droit d'imposer une mobilité à son salarié. En dépit de toutes les précautions prises dans l'accord, il s'agit ni plus ni moins d'une mobilité contrainte. Le dispositif représente un réel outil d'aide aux entreprises dans un contexte de restructuration mais certainement pas un instrument de développement du volontariat à la mobilité. Dans cette perspective il conviendrait que les acteurs sociaux négocient des accords portant sur la mobilité à « froid » afin de mettre en place un e-portail d'organisation et d'accompagnement de la mobilité. Cela étant, la loi de sécurisation de l'emploi répond aux besoins de développement de la mobilité choisie, à l'instar d'un autre dispositif à savoir la mobilité volontaire et sécurisée. Elle vise à permettre au salarié de développer ses compétences par une expérience en situation de travail effective auprès d'une autre

1056MARQUET DE VASSELOT (L.), « La mobilité et l'emploi : vers de nouvelles pratiques ? » JCP S n° 25, 2013, 1262.

TITRE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI

entreprise, tout en étant assuré de pouvoir, s'il le souhaite, revenir ensuite chez son employeur d'origine. Nul doute qu'il s'agit du pendant des accords de mobilité interne pour les salariés !

CHAPITRE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, SOUTIEN A LA MOBILITE CURATIVE

La mobilité peut être imposée lors de changements importants d'organisations, de stratégie ou encore à l'occasion de la recherche de davantage de gains de productivité, s'accompagnant d'une réduction d'effectifs. Ainsi, la mobilité est curative lorsque la restructuration de l'entreprise s'accompagne d'un projet de réduction d'effectifs. L'illustration la plus caractéristique réside dans les mesures prises dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi, destinées à éviter les licenciements pour motif économique. A cette occasion les partenaires sociaux peuvent négocier et proposer : un plan de reclassement, des créations d'activités nouvelles, des actions de formation, de validation des acquis de l'expérience ou de reconversion de nature à faciliter le reclassement interne ou externe des salariés sur des emplois équivalents. Le contenu du PSE est important dans la mesure où il vise à éviter des licenciements.

Lors de son instauration par la loi du 2 août 1989, le PSE a la nature d'une décision unilatérale de l'employeur. Néanmoins, le droit européen permet la négociation de celui-ci « *afin d'atténuer les conséquences par le recours à des mesures sociales d'accompagnement, visant notamment l'aide au reclassement ou à la reconversion des travailleurs* »¹⁰⁵⁷. La recherche d'un accord a également été plébiscitée par la loi du 14 juin 2013 sur la sécurisation de l'emploi.

Transposant l'ANI du 11 janvier 2013, la loi de sécurisation du 14 juin 2013 a introduit la possibilité de négocier « *le contenu du PSE ainsi que les modalités de consultation du comité d'entreprise et de mise en œuvre des licenciements* », sans toutefois déroger aux grands principes du licenciement économique collectif. Lorsque l'entreprise décide d'ouvrir une négociation, celle-ci porte sur le contenu du PSE, qui en constitue le socle minimum. Ainsi, le contenu du plan de sauvegarde est défini soit par un accord collectif majoritaire, soit par un document unilatéral de l'employeur, soumis à un contrôle de la DIRECCTE. L'employeur et les partenaires sociaux partagent la responsabilité du plan de reclassement (**section 1**).

Les actions de reclassement constituent des processus de transition professionnelle

1057RODIERE (P.), «L'influence du droit communautaire et du droit international», *dr. Soc.* 2008, 895.

TITRE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI

destinés à organiser la mobilité de la main d'oeuvre. A ce titre, le reclassement est une mesure utilisée soit pour permettre le retour à l'emploi du travailleur, soit le maintien de l'emploi d'un salarié vulnérable (**section 2**).

Section 1 - Le PSE conventionnel

Le Plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) trouve son origine au début des années 1970, concomitamment à la crise économique¹⁰⁵⁸. Le PSE doit contenir des mesures destinées à éviter ou limiter le nombre de licenciements et d'autres dont l'objet est de faciliter le reclassement des salariés les plus vulnérables. L'obligation d'établissement du plan de sauvegarde de l'emploi vise uniquement les entreprises de plus de cinquante salariés, lorsque le projet de licenciement économique concerne plus de dix salariés sur une même période de trente jours. Par ailleurs, le PSE doit intégrer un plan visant au reclassement des salariés¹⁰⁵⁹. L'objectif est la sauvegarde de l'emploi (**paragraphe 1**).

Or depuis la loi du 14 juin 2013 visant à conforter le dialogue social en matière de restructuration, il est possible de mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi par accord majoritaire, en alternative à l'élaboration d'un document unilatéral, dans le cadre d'une procédure d'information-consultation rénovée se déroulant dans des conditions favorables à un dialogue constructif (**paragraphe 2**).

1058HEAS (F.), *Le reclassement du salarié en droit du travail*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit social », 2000, p. 208 ; WAQUET (P.), « Les plans sociaux », *RJS* 5/96, p. 303.

1059Art. L1233-61 C. trav. ; GRÉVY (M.), « Les obligations de reclassement », *Action juridique*, n°135, mars 1999, p. 383 ; KATZ (T.), *La négociation collective et l'emploi*, thèse, Paris X Nanterre, 2004 ; LYON-CAEN (A.), « Le maintien de l'emploi », *Dr. soc.* 1996. 655 ; MALLET (L.), REYNÈS (B.), TEYSSIER (F.), VICENS (C.), « À quoi servent les plans sociaux ? », *Travail et Emploi*, n°72, 03/1997, p.79 ; PÉLISSIER (J.), « Les restructurations d'entreprise et leurs effets sur l'emploi », in *Le droit du travail : hier et demain*, 1990, Société de législation comparée, p. 157 ; RAY (J.-E.), « Du droit de résiliation unilatérale à la lutte contre l'exclusion », *Dr. soc.* 1994. 433 ; TEYSSIER (B.), « Propos iconoclastes sur le droit du licenciement pour motif économique », *JCP* 1996. I. 3902 ; WAQUET (P.), « Les plans sociaux », *RJS* 5/1996, p. 303.

§ 1. L'objectif de préservation de l'emploi du plan de sauvegarde

La protection de l'emploi a longtemps été assurée par les restrictions au pouvoir de l'employeur de rompre le contrat de travail avant que ce dernier ne soit obligé à prendre une part plus active dans la préservation de l'emploi. La responsabilisation accrue de l'employeur prend la forme de nouvelles obligations parmi lesquelles l'obligation de reclassement et d'adaptation du salarié (I).

Au niveau collectif compte tenu de l'impact d'une restructuration sur l'emploi, le reclassement du salarié est également au cœur du dispositif du plan de sauvegarde de l'emploi : il en constitue la clé de voûte et une quasi obligation de résultat (II).

I - Les fondements de l'obligation de reclassement.

L'obligation de reclassement trouve sa source à la fois dans les droits fondamentaux du salarié, en l'occurrence le droit à l'emploi (A), mais aussi dans son contrat de travail en application duquel l'employeur est tenu d'exécuter le contrat de travail de bonne foi (B).

A - Le droit à l'emploi

Consacrée par le préambule de la constitution de 1946¹⁰⁶⁰, la notion originelle de droit à l'emploi procède de l'idée que tout homme a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi¹⁰⁶¹. Il s'agit d'une exigence de politique publique, un objectif à valeur constitutionnelle, mais en aucun cas un droit subjectif dont le salarié peut réclamer le respect par voie judiciaire : *« le droit d'obtenir un emploi proclamé par le préambule de la constitution est non un droit subjectif, individuellement justiciable, mais un objectif de valeur constitutionnelle qui doit être poursuivi au niveau collectif »*¹⁰⁶². C'est également

1060Le droit à l'emploi a été reconnu au sein du préambule de la constitution du 27 octobre 1946 parmi les objectifs à valeur constitutionnelle.

1061Cette disposition du préambule a suscité de nombreuses questions en doctrine. Pour certains auteurs cet alinéa du préambule est un impératif dicté au législateur. V. en ce sens les développements de F. Gaudu, «L'organisation du marché du travail », dr. Soc. 1992, p. 941, n° 16. Pour d'autres, bien qu'il soit reconnu de manière constitutionnelle, il ne s'agit pas d'un droit subjectif au bénéfice des individus contre l'Etat. V. sur ce point les développements de O. Dutheillet de Lamothe (Existe-t-il un droit constitutionnel du travail ?, *JCP S* 2012. 1050) ; A. Jeammaud et M. Le Friant, « L'incertain droit à l'emploi », *Travail, genre et sociétés*, 1999/2 N° 2, p. 29-45.

1062Commentaire au Cahiers constitutionnel n° 18, 2005, sous Cons. Const. 13 janv. 2005, Loi pour l'égalité

l'opinion dominante en doctrine¹⁰⁶³. En tout état de cause, cette notion fonde les dispositions législatives qui sont destinées à favoriser l'accès à l'emploi, et justifie celles fixant des restrictions à d'autres droits et libertés. Ce faisant, la notion de droit à l'emploi est aujourd'hui mobilisée pour légitimer les politiques restrictives en matière de licenciement pour motif économique.

Le reclassement du salarié permet d'éviter de licenciements économiques et dès lors constitue une expression juridique d'un droit à l'emploi. Bien que l'Etat soit le débiteur de ce droit, il est permis de considérer qu'en mettant à la charge de l'employeur l'obligation de reclassement et d'adaptation du salarié, la chambre sociale a donné un « *effet horizontal* » au droit à l'emploi¹⁰⁶⁴. Cette notion traduit l'idée que désormais le droit à l'emploi relève de la relation professionnelle entre l'employeur et le salarié, de cette façon l'Etat se désengage partiellement.

B - Le devoir d'exécuter le contrat de bonne foi

272. Tenu à une obligation de loyauté dans l'exécution du contrat de travail, l'employeur doit tout mettre en œuvre afin que le salarié puisse conserver son emploi. Le principe de bonne foi et de loyauté issu de l'article 1104 du code civil exige des contractants une conduite loyale et honnête lors de la formation et de l'exécution du contrat de travail. La jurisprudence et le législateur s'appuie régulièrement sur cette notion pour protéger l'emploi, en encadrant le pouvoir de l'employeur dans le recrutement ainsi que dans l'exécution du contrat. C'est en s'appuyant sur le principe d'exécution loyale du contrat que la jurisprudence a reconnu l'obligation d'adaptation afin de préserver le lien contractuel lorsque le contrat de travail est affecté par des difficultés économiques¹⁰⁶⁵.

des chances.

1063RIVERO (J.), SAVATIER (J.), *Droit du travail*, Thémis, PUF, 13eme éd. p. 401-402 :« le droit du travail ne saurait être compris comme un droit de créance susceptible de s'exercer soit contre l'état, soit contre un employeur, pour obtenir un emploi (...) Le droit du travail signifie seulement que l'Etat a l'obligation d'intervenir sur le marché du travail par une politique active de l'emploi destinée à favoriser le plein emploi, ou d'organiser l'indemnisation des personnes auxquelles cette politique n'a pu procurer de travail » ; en ce sens : GAUDU (F.), « L'organisation du marché du travail », *Dr. Soc.* 1992, p. 945. Pour un point de vue différent : JEAMMAUD (A.) et LE FRIANT (M.), « L'incertain droit à l'emploi », *Travail, genre et sociétés* 02/99, p. 29 et s. ; MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2004, p. 509 & s.

1064LARDY PELISSIER (B.), « L'obligation de reclassement », *D.* 1998, p.399.

1065Soc. 25 févr. 1992, *D.* 1992, jur. 390, note Défossez. ,

TITRE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI

Jusqu'alors, sauf détournement de pouvoir de l'employeur, ce dernier est le seul juge des compétences de ses salariés et n'a donc pas d'obligation de reclassement. En intégrant le devoir de loyauté dans le champ contractuel, la chambre sociale a responsabilisé l'employeur dans la sauvegarde de l'emploi. Après avoir été consacré par la jurisprudence, le devoir d'adaptation est inscrit dans la loi Aubry du 17 janvier 2000 concernant la réduction du temps de travail. Le mouvement de stabilisation du contrat de travail s'est poursuivi avec la consécration explicite de l'obligation générale de reclassement¹⁰⁶⁶ sur le fondement de la bonne foi contractuelle¹⁰⁶⁷. La notion de bonne foi inspire l'obligation de reclassement mais également son régime juridique.

II - PSE et protection de l'emploi

273. Du « Plan social » au « Plan de sauvegarde de l'emploi ». Une réglementation spécifique encadre les licenciements pour motif économique tant au niveau national que communautaire justifiée par la protection de l'emploi du salarié. Le droit français doit tenter de réaliser un équilibre entre l'intérêt social du maintien de l'emploi et l'objectif de compétitivité des entreprises. Plusieurs lois importantes ponctuent l'histoire du droit du licenciement économique français. Dans sa version historique¹⁰⁶⁸ le régime du licenciement économique obligeait l'employeur à communiquer aux représentants du personnel les mesures prises pour éviter les licenciements et celles destinées à faciliter le reclassement des salariés dont le licenciement ne pouvait être évité. Le volet social des licenciements a ensuite été développé par la loi du 2 août 1989 avec la généralisation de la convention de conversion et l'introduction de la notion de « plan social ». Le plan réunit un « *ensemble de mesures alternatives au licenciement, de mesures de reclassement et d'indemnisation dans le but d'éviter des licenciements, d'en limiter le nombre et de faciliter le reclassement du personnel* ». La loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 a rebaptisé le « plan social » en « plan de sauvegarde de l'emploi » et accru les obligations sociales de l'employeur¹⁰⁶⁹.

1066COUTURIER (G.), « Vers un droit du reclassement ? », *dr. Soc.* 1999, p. 497 ; HEAS (F.), « Les obligations de reclassement en droit du travail », *Dr. Soc.* 1999, p. 504 ; LARDY-PELLISSIER (B.), « L'obligation de reclassement », *D.* 1998, chron., p. 399 ; VIGNEAU (C.), « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », *Dr. Soc.* 2004, p. 706.

1067Soc. 8 avr. 1992, *JCP éd. E.*, II, 360 note J. Savatier.

1068L. n° 75-5 du 3 janv. 1975 relative aux licenciements pour cause économique.

1069Cf. VERICEL (M.), « Le plan de sauvegarde de l'emploi, acte normatif original », *Dr. Soc.* 2005. 976 s. ; COUTURIER (G.) *Dr. Soc.* 2002. 279 ; PELLISSIER (J.), « Le contrôle des plans sociaux », *RJS* 8/9 94, n° 563 ;

Le PSE revêt donc une nature sociale qui débute bien en amont des licenciements économiques.

274. De la prévention à la responsabilisation. Le PSE dispose d'une place « centrale » au sein de la procédure des grands licenciements économiques notamment en raison de la sanction qui s'y attache. L'absence ou l'insuffisance des mesures contenues dans le plan de sauvegarde de l'emploi, particulièrement celles relatives au reclassement des salariés, entraîne par voie de conséquence la nullité des licenciements prononcés¹⁰⁷⁰. Il s'agit d'une sanction aussi lourde que redoutée par les entreprises, les obligeant à ne négliger aucun aspect du PSE. La logique sociale l'emporte ainsi sur la logique indemnitaire. De cette façon la législation française se singularise par l'accent mis sur les reclassements ainsi que la responsabilisation de l'employeur à l'égard de ses salariés. La préservation de l'emploi n'est plus garantie par l'encadrement légal du pouvoir de l'employeur mais par ce dernier qui constituerait le meilleur garant de la réinsertion professionnelle de ses salariés, dans le cadre d'un reclassement interne ou externe. L'employeur porte alors une « responsabilité sociétale »¹⁰⁷¹. En effet l'impact d'un plan de licenciement collectif dépasse largement les frontières de l'entreprise mettant parfois en péril une économie locale sous l'effet domino. Néanmoins, cette double responsabilité incombe uniquement aux entreprises d'au moins cinquante salariés qui sont tenues par l'obligation d'établissement d'un PSE lorsque l'employeur envisage de prononcer au moins dix licenciements sur une période de trente jours¹⁰⁷². Pour les autres, c'est à dire celles dont l'effectif de l'entreprise est inférieur au seuil, le reclassement externe est assuré par les services de Pôle emploi.

Cette situation parfaitement illustrée par l'affaire IBM. En 2013, l'employeur mettait en place un plan social prévoyant 671 départs par le biais de départs volontaires et de préretraites. Par ailleurs l'accord portant sur la méthode ainsi que les mesures d'accompagnement avait été signé par trois syndicats, à savoir la CFE-CGC, l'Unsa et la

GAUDU (F.), « L'extinction du plan social », *D.* 1995. Chron. 337.

1070 Soc. 13 févr. 1997, n° 96-41.874 et n° 96-41.875, *Bull. Civ.* 1997, V. n° 64.

1071 RAY (J-E.), *Droit du travail*, Liaisons sociales, coll. Droit vivant, 24ème éd., 2016, p. 319.

1072 Art. 1233-61 C. trav. Récemment la Cour de cassation a jugé que lorsque le PSE est mis en place à titre volontaire dans une entreprise de moins de cinquante salariés projetant des licenciements économiques, l'employeur n'a pas à satisfaire aux exigences légales issues des articles L.1233-61 et L.1233-62 du code du travail (Soc., 10 juin 2015, n° 14-10.031 à n° 14-10.038, *JCP S* 2015, 1331, note A. Teissier ; *JCP S* 2015, 1382, note P. Thiébart et D. David).

TITRE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI

CFDT. La CGT, non signataire, introduisait alors une demande en annulation du plan de sauvegarde de l'emploi devant le TGI de Nanterre en raison de « l'insuffisance des reclassements proposés ». Le plan a néanmoins été validé en première instance, les juges du fond estimant que « *eu égard au résultat net d'IBM France qui doit être mis en comparaison, il n'apparaît pas que le plan soit insuffisant* ». Ils s'appuyaient sur le coût du plan (estimé à 75 millions d'euros soit 109000 euros par salarié) ainsi que le nombre important de volontaires (plus de mille personnes sur un effectif de 9000 salariés). Une conception indemnitaire que n'a pas suivi la cour d'appel de Versailles qui a annulé le plan au motif que la société ne présentait pas le nombre de postes offerts au reclassement¹⁰⁷³. Preuve, s'il en est besoin, que le plan social reste en France un dispositif de protection de l'emploi et à ce titre l'employeur ne peut se déresponsabiliser en substituant des avantages individuels financiers à des propositions de reclassement. Par ailleurs cette volonté fait l'objet d'une instruction à destination des DIRECCTE du 26 juin 2013 enjoignant ces dernières à veiller « *à ce que le montant des indemnités de rupture ne pèse pas exagérément au détriment des mesures actives de reclassement qui doivent être privilégiées* »¹⁰⁷⁴.

En tout état de cause cette responsabilité sociale de l'entreprise relative au PSE est singulière en Europe. En Allemagne la compensation s'effectue essentiellement par un droit à indemnisation du salarié. En effet, bien que le plan social élaboré à la suite d'une restructuration vise l'accompagnement des salariés par le biais d'un reclassement ou d'une indemnisation, l'aspect indemnitaire constitue le point essentiel du plan¹⁰⁷⁵. En Suisse, depuis le 1er janvier 2014, le plan social représente une obligation lors d'un licenciement collectif pour motif économique ; toutefois si les nouvelles règles imposent à l'employeur une obligation générale de négocier libre à ce dernier de définir le contenu du plan¹⁰⁷⁶. De ce fait libre à lui de choisir entre les deux options : indemnitaire ou reclassement.

1073CA Versailles, 6eme ch., 18 nov. 2013, n°14/01105.

1074Instruction DGEFP no 2013-10 du 26 juin 2013 relative aux orientations pour l'exercice des nouvelles responsabilités des DIRECCTE/DIECCTE dans les procédures de licenciement économique collectif (loi de sécurisation de l'emploi).

1075REYNES (B.), VICENS (C.), «Cadre institutionnel des restructurations en France : une nouvelle configuration dans l'espace européen », *La Revue de l'Ires*, 2005/1 (n° 47), p. 281-300. Sur la méthode de calcul de l'indemnisation, v. *JCP S* n° 36, 7 sept. 2010, 427.

1076RUDELLI (D.), UHRING (L.), « A l'international », *JCP S* 24 juin 2014 n° 25.

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

Pour autant la loi de sécurisation de l'emploi qui a introduit le PSE conventionnel offre à l'employeur une possibilité de partager sa responsabilité de l'emploi. Dans ce cas le contrôle opéré par l'autorité administrative sur le contenu du plan de reclassement s'avère réduit.

§ 2. La contractualisation du PSE

Le PSE a une image souvent nuisible pour l'entreprise et il fait régulièrement l'objet à la fois de contestation sociale, à l'instar des mobilisations collectives, et contentieuse. Ce constat a conduit l'employeur à rechercher des alternatives moins contestées au plan social. Parmi lesquelles, les plans de départs volontaires (PDV) qui promettent une indemnisation généreuse contre l'accord du salarié de partir. Les PDV ont « meilleure presse » que les PSE, et ce notamment en raison du caractère unilatéral de ces derniers, illustration du pouvoir de gestion de l'employeur. Dans un objectif de pacification depuis plusieurs années le législateur a entamé un mouvement de contractualisation du droit du licenciement pour motif économique, consacré par la loi du 14 juin 2013 qui a créé le PSE conventionnel **(I)**.

En réalité, la loi recouvre un autre objectif, celui de réduire le recours au juge en limitant les sources de contentieux. En effet antérieurement à la loi de 2013, le juge judiciaire, dès lors qu'il avait été saisi pour des irrégularités, disposait du contrôle de l'opération de licenciements collectifs. A ce titre il pouvait faire recommencer la procédure à l'employeur qui n'avait alors aucune visibilité sur la durée de celle-ci. La réforme de 2013 cherche à instaurer une sécurité juridique pour les entreprises, soit une dé-judiciarisation de la rupture, une volonté qui a auparavant justifié des dispositifs tels que le contrat nouvelles embauches ou la rupture conventionnelle. Dans cette perspective, le législateur a strictement encadré la négociation sur le PSE, permettant d'éviter les recours et de rétablir l'autorisation administrative **(II)**.

I - De l'accord de méthode au PSE conventionnel

275. Evolution législative du droit du licenciement économique. Pendant longtemps le plan de sauvegarde de l'emploi est resté un acte unilatéral émanant de l'employeur. Sous l'influence du droit communautaire, la loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003 a ouvert à titre expérimental la possibilité de déroger par la voie conventionnelle aux dispositions portant sur les modalités de consultation des représentants du personnel sur les projets de licenciement économique de plus de dix salariés dans une même période de trente jours¹⁰⁷⁷.

La loi du 18 janvier 2005 de cohésion sociale¹⁰⁷⁸ a ensuite pérennisé ces accords dits de méthode qui figurent à présent aux articles L. 1233-21 à L. 1233-24 du code du travail¹⁰⁷⁹. L'accord de méthode peut organiser le contenu du PSE, l'occasion notamment d'améliorer les offres de reclassement, voire d'anticiper le contenu du plan. La loi du 30 décembre 2006¹⁰⁸⁰ a prévu la possibilité pour les entreprises occupant au moins trois cents salariés de conclure un accord de méthode ayant pour objet d'adapter les modalités de l'information et d'organiser l'échange de vues auquel la transmission de ces informations donne lieu¹⁰⁸¹.

Ces réformes successives ont d'une part mis fin à l'exclusivité de la loi impérative en matière de licenciement économique, et d'autre part, modifié les acteurs puisque le comité d'entreprise n'est plus le seul interlocuteur de l'employeur, les partenaires sociaux ont désormais une place centrale dans le processus de restructuration.

Ce mouvement a atteint son apogée avec la loi de sécurisation de l'emploi du 13 juin 2013 l'employeur et les partenaires sociaux peuvent négocier le contenu du plan de

1077AUZERO (G.), « Les prérogatives du comité d'entreprise après la loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003 », *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 237, spéc. p. 239 ; ANTONMATTEI (P.-H.), « Licenciements économiques et négociation collective : un nouvel accord collectif de travail est né », *Dr. soc.* 2003, p. 486, spéc. p. 487.

1078L. n° 2005-32 du 18 janv. 2005.

1079ANTONMATTEI (P.-H.), « Accord de méthode, génération 2005, « la positive attitude », *Dr. Soc.* 2005, p. 399 ; BAUMGARTEN (C.), « Accords de méthode : un marché de dupes », *Dr. Ouvr.* 2003, p. 358 ; GAYAT (E.), « Accord de méthode », *Dr. Ouvr.* 2005, p. 349 ; GAUDU (F.) « Les accords de méthode », *Dr. Soc.* 2008, p. 915 ; FAVENNEC-HERY (F.), « Loi Borloo : une nouvelle approche de la modification », *SSL* 17 janv. 2005, n° 1198 ; NADAL (S.), « Négociation collective et licenciement économique, propos introductifs sur le nouvel article L. 320-3 du code du travail », *Dr. Ouvr.* 2005, 303.

1080Loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006.

1081Art. L. 2323-61 C. trav.

sauvegarde de l'emploi ainsi que les modalités de mise en œuvre des licenciements¹⁰⁸².

276. Introduction de l'accord collectif majoritaire sur le PSE¹⁰⁸³. La loi de sécurisation de l'emploi a profondément rénové la gestion des restructurations, notamment en introduisant de nouveaux espaces de négociation relevant jusqu'alors des prérogatives patronales. Si les accords de méthode avaient ouvert largement la voie de la négociation, le législateur prolonge cette dynamique en consacrant le plan de sauvegarde de l'emploi comme nouvel objet de négociation aux côtés des accords de maintien de l'emploi et de mobilité interne.

L'employeur peut désormais décider d'ouvrir une négociation portant sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi qui en constitue un socle minimum et sur lequel l'administration exerce un contrôle restreint. Au delà, l'accord peut porter sur les autres thèmes mentionnés à l'article L.1233-24-2 du code du travail, à savoir les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise, la pondération des critères d'ordre des licenciements, le calendrier de consultation du comité d'entreprise, le nombre de suppressions d'emplois et les catégories professionnelles concernées, et les modalités de mise en œuvre des mesures de formation, d'adaptation et de reclassement. L'objectif est de renforcer le champ du dialogue social pour faciliter l'anticipation des reclassements lorsque les suppressions d'emplois sont devenues inéluctables.

Pour les entreprises, les nouvelles règles garantissent une certaine paix sociale et ainsi réduisent les risques de judiciarisation des plans sociaux. Le législateur n'oblige pas l'employeur à emprunter la voie de la négociation. L'emploi de l'expression « à défaut d'accord » avait dans un premier temps créé le doute sur une potentielle condition à la conclusion d'un accord unilatéral, finalement rapidement dissipé¹⁰⁸⁴. Et, à la lecture du

1082Art. L. 1233-24-1 C. trav.

1083MORVAN (P), « Restructurations en droit social », 3eme éd., LexisNexis, 2014, p. 604 ; COUTURIER (G.), « Un nouveau droit des (grands) licenciements collectifs », *Dr. Soc.* 2013, p. 814 ; FABRE (A.), « Le licenciement économique et l'objectif de sécurisation », *RDT* 2013, p. 184 ; REYNES (B.), « Repères sur la réforme de la procédure des grands licenciements collectifs », *Petites affiches* 6 janv. 2014, n°4 ; TARASEWICZ (Y.), « A propos de la nouvelle procédure de licenciement collectif pour motif économique », *SSL* 8 juillet 2013, n° 1592, p. 61 ; TEYSSIE (B.), « L'accord, la loi, le juge : un nouveau droit des PSE », *JCP S* 2013, 1201 ; VATINET (R.), « Les accords relatifs au plan de sauvegarde de l'emploi », *JCP S* 2014, 1188.

1084TARASEWICZ (Y.), « A propos de la nouvelle procédure de licenciement collectif pour motif économique », *SSL* 8 juillet 2013, n° 1592, p. 61 ; VATINET (R.), « Les accords relatifs au plan de

TITRE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI

bilan de la loi de sécurisation en date du 3 avril 2015, force est de constater que les résultats sont conformes aux intentions du législateur.

Les employeurs privilégient largement la voie négociée puisque les entreprises *in bonis*, entamant une procédure de restructuration, négocient dans les deux tiers des cas¹⁰⁸⁵. Il faut dire que si la loi n'oblige pas la négociation, elle y incite fortement. L'accord peut déroger à des dispositions légales auxquelles l'acte unilatéral ne peut se soustraire, il est soumis à un contrôle allégé de la DIRECCTE et limite les cas de recours pour les salariés. Pour preuve, le nombre de refus d'homologations est plus important que celui des validations d'accord. L'élaboration du PSE négociée est préférée à la voie unilatérale, mais faut-il encore qu'il y ait des syndicats représentatifs au sein de l'entreprise puisque le législateur exclut le recours à d'autres acteurs dans les entreprises dépourvues de délégué syndical. Généralement, au titre des dispositions de l'article L. 2232-21 du code du travail, dans les entreprises de moins de deux cents salariés dépourvus de délégués syndicaux, les représentants élus du personnel au comité d'entreprise ou à la délégation unique du personnel ou les délégués du personnel, peuvent négocier et conclure des accords. La négociation dérogatoire n'est pas permise s'agissant des accords collectifs sur le PSE.

En outre, il semblerait que les recours administratifs contre les plans de sauvegarde de l'emploi soient moins nombreux que lorsque le contentieux était confié au tribunal de grande instance¹⁰⁸⁶. L'élaboration du plan, le contenu de celui-ci, le rôle de l'administration ou la qualité du dialogue social sont autant de raisons qui justifieraient ce premier bilan.

Les syndicats, longtemps réticents à négocier des suppressions d'emplois, partagent la responsabilité avec la direction. La négociation permet certes de participer activement à la recherche de mesures d'accompagnement et de reclassement pour les salariés vulnérables, l'intérêt de négocier est moins évident, ou du moins plus risqué, que du côté des employeurs. En effet, s'il est important de garder le droit à l'information, « *la codécision*

sauvegarde de l'emploi », *JCP S* 2014, 1188.

¹⁰⁸⁵Au 3 avril 2015, les DIRECCTE avaient pris 642 décisions dont 234 homologations et 35 refus, et 363 validations d'accords et 9 refus.

¹⁰⁸⁶Le contentieux qui a été confié au juge administratif dans le cadre d'une procédure spécifique est faible : le taux de recours est de 7% tandis qu'il était de 30 à 40% devant le tribunal de grande instance avant la loi de sécurisation de l'emploi.

est toujours un peu compromettante »¹⁰⁸⁷. La crainte est d'une part d'être associés à d'importantes réductions d'effectifs qui pèseront dans la balance lors des élections professionnelles futures, et d'autre part, de réduire les possibilités d'actions des salariés aux prud'hommes. Au demeurant, l'immobilisme n'est pas une meilleure option, le refus de négocier pourrait leur être reproché en raison d'un document unilatéral sommaire¹⁰⁸⁸.

277. PSE conventionnel outil du rapport de force dans l'entreprise : l'exemple des critères d'ordre des licenciements. En pratique un PSE négocié est un instrument du rapport de force dans l'entreprise. L'objectif pour les organisations syndicales est de disposer d'une monnaie d'échange afin d'obtenir un PSE plus avantageux pour les salariés. La détermination des critères d'ordre de licenciement fait l'objet du rapport de force. Traditionnellement les critères d'ordre doivent être arrêtés par l'employeur après consultation du comité d'entreprise¹⁰⁸⁹. De plus l'application de l'ordre des licenciements s'arrête à l'entreprise sans englober le groupe. Sous l'empire du droit antérieur à la réforme du 14 juin 2013, la Cour de cassation a admis qu'un accord collectif conclu au niveau de l'entreprise ou à un niveau plus élevé pouvait déroger à la règle légale selon laquelle les critères déterminant l'ordre des licenciements doivent être mis en œuvre à l'égard de l'ensemble du personnel de l'entreprise¹⁰⁹⁰. Autrement dit un accord collectif pouvait étendre le champ d'application à l'ensemble du groupe de sociétés mais pas réduire à une partie de l'entreprise¹⁰⁹¹. La loi de sécurisation de l'emploi a expressément autorisé la négociation sur « *la pondération et le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements* » dans le cadre d'un PSE conventionnel¹⁰⁹². L'objectif poursuivi

1087GAUDU (F.), « Les accords de méthode », *Dr. Soc.* 2008, p. 915.

1088LOKIEC (P.), « Le plan de sauvegarde de l'emploi conventionnel » in *Licenciements pour motif économique et restructurations : vers une redistribution des responsabilités*, dir. G. BORENFREUND et E. PESKINE, coll. *Thèmes et commentaires*, 2013 p. 11 ; VATINET (R.), « Les accords relatifs au plan de sauvegarde de l'emploi », *JCP S* 2014, 1188.

1089DESPAX (M.), « L'ordre des licenciements dans les entreprises à établissements multiples », *Dr. Soc.* 1994. 243 ; SAVATIER (J.), « L'ordre des licenciements dans les licenciements pour motif économique », *Dr. Soc.* 1990. 515. ; VERKINDT, « Plans sociaux : un outil de sélection du personnel ? », *Dr. soc.* 1994. 464 ; La question de l'ordre des licenciements, *Dr. Soc.* 1996. 26. ; WAQUET (P.), « Jurisprudence récente sur l'ordre des licenciements », *Dr. soc.* 1994. 677.

1090Soc. 15 mai 2013, n° 11-27458, *RDT* 2013. 533, note A. Fabre.

1091Soc. 10 févr. 2010, n° 08-41. 109.

1092Art. L1233-24-2 C. trav.

TITRE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI

par la fixation de critères est de protéger les salariés les plus vulnérables ; or le rapport de force se construit autour de l'idée que pour appliquer les critères d'ordre de son choix l'employeur doit obtenir un accord majoritaire de la part des organisations syndicales. Ceci s'effectue au prix d'un nombre de licenciements réduit, d'une augmentation des indemnités supra légales ou encore de facilités de reclassement. Dans cette perspective de nombreux accords ont été conclus depuis 2013.

Il est à noter que la loi ouvrait également la porte à la détermination des critères d'ordre par la voie unilatérale. Le renvoi de l'article L. 1233-24-4 aux dispositions de l'article L.1233-24-2 du code du travail traduisait toutefois un doute dans l'esprit des commentateurs. Illustration de ce flou interprétatif, la question a donné lieu à des débats devant les juridictions administratives bien que ces dernières se soient en majorité prononcées en faveur d'une interprétation restrictive c'est-à-dire pour une interdiction pure et simple de la réduction des critères d'ordre¹⁰⁹³. Cette position a ensuite été confirmée par le Conseil d'Etat dans un arrêt rendu le 7 décembre 2015. Il reste à noter que la haute juridiction administrative s'est prononcée en application des dispositions relatives aux critères d'ordre telles qu'elles étaient en vigueur à l'époque du PSE d'espèce, soit en 2014. La loi Macron du 6 août 2015 a depuis lors modifié et clarifié la position du législateur.

278. Le succès du PSE conventionnel à l'épreuve de la loi Macron. La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 a expressément consacré la possibilité de restreindre le périmètre des critères d'ordre par voie négociée ou document unilatéral¹⁰⁹⁴. La réduction par voie conventionnelle ne suscite aucune réserve légale. Aussi la Cour de cassation estime que le périmètre défini par l'accord collectif s'impose au juge¹⁰⁹⁵ de sorte qu'il est probable qu'une agence, une succursale voire un bureau soient acceptés. La chambre sociale n'accorde aucune marge d'appréciation aux juges du fond et laisse aux partenaires

1093TA Cergy-Pontoise 11 juill. 2014, n° 1404370 ; CAA Versailles 22 oct. 2014, n° 14VE02408 ; GEA (F.), « Le PSE sous l'empire de la loi relative à la sécurisation de l'emploi – à propos de quelques décisions récentes de juridictions administratives », *RDT* 2014. 549 ; BEAL (S.), TERRENOIRE (C.), « Licenciement collectif : faculté de définir un périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements dans le document unilatéral, *JCP E*, n° 37, 11 sept. 2014. 1464.

1094Sur les modifications introduites par la loi Macron : MORVAN (P.), « Périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements », *JCP S* 2016, 1048 ; GEA (F.), « Le périmètre de l'ordre des licenciements à l'épreuve du projet de loi Macron », *RDT* 2015. 115.

1095Soc. 14 oct. 2015, n° 14-14339.

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

sociaux un pouvoir de réduction du périmètre sans limite. Pour autant, tout en reconnaissant à l'employeur le même droit, elle le limite à la « zone d'emploi dans laquelle sont situés un ou plusieurs établissements de l'entreprise concernés par les suppressions d'emploi »¹⁰⁹⁶. Le décret n°2015-1637 du 10 décembre 2015 précise la notion de zone d'emploi. Il s'agit de celles référencées dans l'atlas des zones d'emploi établi par l'Institut national de la statistique et des études économiques et les services statistiques du ministre chargé de l'emploi¹⁰⁹⁷. Cette disposition modère considérablement la jurisprudence antérieure, interdisant de réduire le périmètre d'application des critères mais établissant un garde-fou. Ce changement appelle à deux remarques.

D'abord la crainte que l'employeur utilise les critères d'ordre pour définir la liste des collaborateurs qu'il souhaite voir partir à contre courant de l'esprit du texte puisque l'objet des critères est justement d'éviter cette hypothèse afin de protéger les salariés les plus fragiles.

Par ailleurs les syndicats pourraient perdre un atout majeur dans l'échange avec l'employeur, à considérer que ce dernier soit toujours enclin à emprunter la voie négociée. En effet l'employeur disposant d'une présence territoriale étendue pourrait être tenté de ne pas réunir les organisations syndicales pour rechercher un accord et de décider directement de manière unilatérale l'établissement de critères à un niveau inférieur de l'entreprise. En donnant la possibilité de déterminer ces critères d'ordre par voie unilatérale le législateur prend dès lors le risque de remettre en cause le nombre de PSE négociée alors même qu'il s'agissait de l'un de ses objectifs majeurs dans la loi de 2013. En conséquence il est à craindre une reconsidération de l'équilibre mis en place par la loi de sécurisation qui procède d'un accord collectif majoritaire.

1096 Art. L. 1233-5 al. 4 C. trav.

1097 Art. D. 1233-2 C. trav.

II - Négociation d'un accord collectif majoritaire sur le PSE

La procédure sociale qui encadre l'accord sur le plan de sauvegarde est stricte, fermant ainsi les voies de recours, sans pour autant constituer un obstacle à leur conclusion. Tout en rappelant que la négociation d'un accord n'est pas une alternative aux grands principes du licenciement collectif, le législateur lui offre une capacité dérogatoire non admise en cas de document unilatéral. En cas de réussite des négociations, un accord est conclu selon une logique majoritaire, renforçant ainsi ses conditions de validité **(A)**.

Egalement, le législateur a octroyé « un bloc de compétences » à la faveur de l'administration. Jusqu'à la réforme de 2013 l'Administration était présente lors du processus puisque l'employeur devait lui transmettre le projet de licenciement sur lequel elle pouvait apporter des observations, mais elle n'avait pas le contrôle de l'opération. Désormais l'autorité administrative puis le juge administratif ont le pouvoir de contrôler la validité du plan de sauvegarde. Trente ans après la suppression de l'autorisation administrative, celle-ci redevient le garant de la qualité du dialogue social et de la qualité des mesures sociales du plan de sauvegarde de l'emploi **(B)**.

A - Le régime du plan de sauvegarde conventionnel

Au préalable il convient de rappeler que l'accord collectif sur le PSE est une alternative au document unilatéral mais qu'il doit répondre aux mêmes exigences légales. Pour autant s'il n'existe aucune obligation de négocier les dérogations accordées dans cette hypothèse laisse peu de doute sur la préférence du législateur.

279. Domaine de l'accord collectif. L'article L. 1233-24-1 du code du travail, applicable aux entreprises de 50 salariés ou plus envisageant un licenciement d'au moins dix salariés, ouvre la possibilité aux partenaires sociaux de « *déterminer le contenu du PSE* » ainsi que « *les modalités de consultation du comité d'entreprise et de mise en œuvre du PSE* ». Il s'agit d'un contenu minimal, auquel ils pourront ajouter d'autres dispositions portant sur les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise, la pondération et le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements, le calendrier des licenciements, le nombre de suppressions d'emploi, et enfin les modalités de mise en œuvre

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

des mesures de formation, d'adaptation et de reclassement¹⁰⁹⁸. Toutefois l'accord collectif ne peut déroger aux principes relatifs aux règles générales d'information et consultation du comité d'entreprise, ceux concernant les règles de consultation applicables lors d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire et enfin aux règles impératives mettant à sa charge des obligations en matière de reclassement externe du salarié¹⁰⁹⁹.

Après négociation, l'accord doit être signé « *par une ou plusieurs organisations représentatives ayant recueilli au moins 50% des suffrages exprimés en faveur d'organisations reconnues représentatives au premier tour des dernières élections* »¹¹⁰⁰. Il s'agit donc d'un accord majoritaire. La particularité de la négociation réside dans l'opportunité pour les syndicats de bénéficier en supplément des informations relatives à la négociation de l'aide d'un expert comptable mandaté par l'entreprise¹¹⁰¹.

280. Coordination des procédures d'information et de consultation. Le projet de licenciement économique collectif peut désormais faire l'objet d'une négociation d'un accord qui cependant ne peut déroger aux grands principes du licenciement économique collectif. Ce faisant, la négociation n'est pas une alternative aux obligations relatives à l'information-consultation du comité d'entreprise au titre des articles L.2323-2, L.2323-4 et L.2323-5 du code du travail, de formation, d'adaptation et de reclassement des salariés, ou encore aux propositions de contrat de sécurisation professionnelle ou du congé de reclassement.

Rappelons que le comité d'entreprise dispose d'une compétence générale en matière de restructuration et compression d'effectifs. Ce dernier doit donc être consulté une première fois au nom de la marche générale de l'entreprise¹¹⁰² puis une seconde fois au nom de ses attributions spécifiques en matière de licenciements économiques.

Le moment de l'ouverture de la négociation n'a pas été prévu par le législateur. Il en est de même concernant la durée de celle-ci, la seule limite étant la constitution du délit

1098 Art. L. 1233-24-2 C. trav.

1099 Art. L. 1233-24-3 C. trav.

1100 Art. L. 1233-24-1 C. trav. Le Conseil d'Etat demande aux DIRECCTE de vérifier du caractère majoritaire de l'accord ainsi que de la qualité des signataires (CE 22 juill. 2015, n°385668).

1101 Art. L. 1233-24 C. trav.

1102 Art. L.2323-6 C. trav.

TITRE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI

d'entrave. L'ouverture de la phase de négociation peut donc intervenir à deux moments. Première hypothèse, les négociations commencent préalablement à la procédure d'information-consultation du comité d'entreprise. Il ne s'agit pas d'un délit d'entrave dès lors que les représentants du personnel sont informés et consultés lorsque le projet est suffisamment précis. L'avantage de cette option est qu'employeur et syndicats disposent de temps pour négocier puisqu'ils ne sont pas obligés par des délais¹¹⁰³. Seconde hypothèse, les négociations démarrent concomitamment à la procédure d'information-consultation du comité d'entreprise. Le délai de procédure commence à courir lorsque le comité d'entreprise est informé de restructuration avec réduction d'effectifs. Dès lors, la DIRECCTE est prévenue de l'intention de l'employeur d'ouvrir une négociation au plus tard le lendemain de leur ouverture dans le cadre de la notification du projet de licenciement économique collectif¹¹⁰⁴. La procédure sociale est alors enfermée dans les mêmes délais que la procédure information-consultation, soit deux, trois ou quatre mois maximum en fonction des du nombre de licenciements projetés.

Par conséquent le comité d'entreprise perd ses prérogatives à la faveur des organisations syndicales mais n'est toutefois pas exclu du processus. En ce sens la décision du Conseil d'état qui demande aux DIRECCTE de s'assurer que la procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise a été régulière avant d'homologuer le plan de sauvegarde¹¹⁰⁵. Il en résulte que l'employeur doit mettre tout en œuvre pour que le Comité d'entreprise puisse rendre un avis tant sur l'opération projetée que sur le projet de licenciement collectif.

1103 Instruction DGEFP/DGT n°2013/13 du 19 juillet 2013 relative à la mise en œuvre de la procédure de licenciement économique collectif. La réunion avec le comité d'entreprise marque le point de départ du délai de procédure mentionné à l'article L. 1233-30 du code du travail.

1104 Art. L.1233-46 code du trav. Sur le rôle renforcé de l'autorité administrative, v. les développements de REYNES (B.), « Repères sur la réforme de la procédure des grands licenciements collectifs », *Petites affiches* 01/14, n° 4, p. 7 & s ; VERKINDT (P.-Y.), « Le rôle de l'administration dans les PSE », *JCP S* 2013, n° 19-20, 1209.

1105 CE 22 juill. 2015, n° 38/5816.

B - La sécurisation de la rupture : le pouvoir de l'administration sur la procédure

281. Intervention de l'autorité administrative en fin de procédure. La procédure interne à l'entreprise constitue une première étape à l'élaboration d'un PSE. Dans un second temps, l'autorité administrative s'est vue confier la compétence de contrôler la régularité de cette procédure, soit en homologuant le document unilatéral élaboré par l'employeur¹¹⁰⁶, soit en validant l'accord contenant le PSE¹¹⁰⁷. L'exigence d'une autorisation administrative n'est pas nouvelle : sous le régime de la loi du 3 janvier 1975 le directeur départemental du travail et de l'emploi exerçait un contrôle de régularité du licenciement économique qui s'étendait aux règles de fond et de forme du licenciement. Il s'agissait dès lors d'une véritable autorisation administrative de licenciement. Suite aux demandes répétées du Président du CNPF, elle fut supprimée par la loi du 30 décembre 1986 dans l'espoir de créer de nombreux emplois. Jusqu'à la loi de 2013, l'administration du travail ne jouait aucun rôle dans l'appréciation du licenciement pour motif économique¹¹⁰⁸, l'ensemble du contentieux étant confié au juge judiciaire. Si la réforme de 2013 ne restaure pas l'autorisation administrative de licenciement, elle signe le retour de l'administration du travail dans le processus des grands licenciements collectif.

Dans sa version revisitée de 2013, l'étendue du contrôle de l'autorité administrative est moins large que sous la loi de 1975, et ce davantage encore lorsque la demande porte sur la validation de l'accord. Dans ce cas seules la conformité de l'accord aux règles légales, la régularité de la procédure relative à l'information et consultation des instances représentatives et la présence des mesures de reclassement sont contrôlées. L'administration n'est pas tenu de vérifier la pertinence des mesures prises par l'employeur dans ce cadre¹¹⁰⁹. Le contrôle est logiquement restreint lorsqu'il s'agit d'un accord majoritaire. La portée du contrôle est sensiblement la même lorsqu'il s'agit d'une demande d'homologation du document unilatéral, sauf s'agissant du PSE. Si au titre de la validation le contrôle du PSE est restreint à la vérification de la présence d'un contenu

1106 Art. L. 1233-57-6 C. trav.

1107 Art. L. 1233-57-2 C. trav.

1108 A l'exception du licenciement pour motif économique d'un salarié protégé.

1109 TA Montreuil, 7 févr. 2014, n° 1311393, *JCP S* 2014, n°12, 1108, commentaire P. Morvan.

TITRE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI

minimal, il est plus approfondi dans le cadre d'une homologation. En effet, la DIRECCTE est tenue d'apprécier la pertinence des mesures prévues dans le PSE selon plusieurs critères explicitement mentionnés : les moyens de l'entreprise, les efforts de formation... Le Professeur Couturier souligne que le contrôle « *au titre de la validation de l'accord majoritaire relève (...) du contrôle de l'existence du PSE. Mais ce qui est prévu au titre de l'homologation du document relève du contrôle de qualité* »¹¹¹⁰.

La différence d'intensité du contrôle est renforcée par la durée des délais accordés à l'administration pour effectuer ce contrôle. Il est de quinze jours calendaires -à compter de la réception du dossier complet par le directeur régional¹¹¹¹- pour la validation, ce qui implique un contrôle plus léger, et de vingt et un jours pour l'homologation qui nécessite un contrôle plus approfondi¹¹¹². La décision de refus de l'administration doit être motivée. Afin d'éviter un contentieux, le législateur ouvre la possibilité pour l'employeur d'amender le projet avant de présenter une nouvelle demande qui tient compte des motifs de refus. Une fois le délai légal expiré, la décision d'homologation ou de validation est implicite.

Lorsque l'employeur agit en défense, c'est à dire lorsque la décision de la DIRECCTE de valider le plan est ensuite contestée par une organisation syndicale, le comité d'entreprise, ou par un ou plusieurs salariés, les parties à l'instance sont le requérant et l'Etat. Il en résulte qu'à ce stade de la procédure l'employeur n'est pas partie à l'instance de sorte que si le jugement lui est défavorable, il ne peut pas interjeter appel. Plusieurs possibilités s'offrent à lui. Soit il est intervenu volontairement lors de l'instance, dans ce cas il obtiendra la qualité de partie et pourra interjeter appel. Soit il n'a pas anticipé et un jugement a été rendu en son absence, dans ce cas il devra former une tierce opposition devant le tribunal qui a rendu la décision qui lui fait grief.

Par ailleurs le rôle confié à l'administration s'est accompagné d'un transfert de compétence de l'autorité judiciaire aux juridictions administratives.

1110COUTURIER (G.), « Un nouveau droit des (grands) licenciements collectifs », *Dr. Soc.* 2013, p. 814.

1111D. 1233-14-1 C. trav.

1112Art. L.1233-57-4 C. trav.

282. Le choix du juge administratif. La nouvelle procédure modifie le recours contentieux puisque le juge administratif est désormais le juge principal en matière de contentieux collectif de PSE¹¹¹³. Ce transfert doit permettre de sécuriser juridiquement les licenciements pour motif économique en retirant au juge judiciaire, spécifiquement au tribunal de grande instance, la compétence en matière de contentieux collectif des PSE. A croire que la plaie laissée par la saga *Viveo*¹¹¹⁴ peine à cicatriser... au point de souhaiter le retour de l'administration du travail pourtant ardemment décriée quelques années plus tôt. Le juge administratif dispose d'une compétence exclusive pour tout ce qui est relatif au contrôle de l'administration. Cependant, ce choix conduit à un éclatement du contentieux puisque le juge judiciaire reste compétent pour connaître de tous les aspects individuels. Ce faisant, ce changement de juge va-t-il bouleverser le contrôle des PSE, les juridictions administratives s'affranchissant des solutions judiciaires pour constituer une jurisprudence originale, ou au contraire la protection offerte par le juge administratif sera-t-elle comparable à celle du juge judiciaire ? Les premières décisions laissent apparaître des dissonances entre les juges : certains analysent chaque élément du PSE¹¹¹⁵ alors que d'autres font un « *contrôle de méthodologie des mesures de reclassement* »¹¹¹⁶, soit une

1113 Sur l'interprétation par le juge administratif des nouvelles règles sur le licenciement pour motif économique : DIRRINGER (J.), SWEENEY (M.), « Les juges administratifs face aux PSE : une logique de repli ? », *Dr. Ouvr.* Juill. 2015, p. 378 ; SARRAZIN (M.-C.), « Les licenciements économiques collectifs sous le regard du juge administratif », *RDT* 2014, p. 614 ; GEA (F.), « Le PSE sous l'emprise de la loi relative à la sécurisation de l'emploi – à propos de quelques décisions récentes de juridictions administratives », *RDT* 2014, p. 549 ; TARASEWICZ (Y.), « L'insécurité autour du PSE perdue », *SSL* 2014, p. 4 ; KRIVINE (J.), « Négociation collective et PSE : les tontons flingueurs », *Dr. Ouvr.* 2015, p. 239 ; MAZAUD (J.-Ph.), « Le nouveau régime du PSE : l'approche du juge administratif », *Dr. Ouvr.* 2015, p. 246.

1114 Soc. 3 mai 2012, n° 11-20.741, *D.* 2012 ; BOUBLI (B.), « Nullité des licenciements économiques : nouvelles problématiques », *Gaz. Pal.* 17 déc. 2011, étude I8163 ; COUTURIER (G.), « Nullités du licenciement : les audaces de la cour d'appel de Paris », *SSL* 17 oct. 2011, n° 1509, p. 10 ; « Petites histoires de nullités du licenciement », *Dr. soc.* 2011, p. 1218 ; « Procédure de licenciement collectif et contestation du motif économique », *Dr. soc.* 2012, p. 600 ; FAVENNEC HERY (F.), « Recadrer la nullité du licenciement pour motif économique », *JCP S* 2012, 35 ; « L'arrêt *Viveo* : fin d'une controverse ? » *JCP S* 2012, 1241 ; GEA (F.), « La problématique *Viveo* : au législateur de reprendre la main », *RDT* 2012, p. 608 ; LYON-CAEN (A.), « La nullité d'une procédure de licenciement collectif pour défaut de motif économique », *Dr. ouvrier* 2011, p. 537 ; LOKIEC (P.), « De l'inexistence », *SSL* 31 oct. 2011, n°1511, p.11 ; « Les licenciements boursiers », *Dr. soc.* 2011, p. 1229 ; LOKIEC (P.), LYON-CAEN (A.), « Contre la violation efficace du droit », *SSL* 2 avr. 2012, n° 1532, p. 6 ; DOCKES (E.), « Le droit du licenciement perd son sens à l'ombre de l'arrêt *Viveo* », *Dr. soc.* 2012, p. 606 ; HENRY (M.), « À propos de l'arrêt *Viveo* : faisons un rêve », *Dr. ouvrier* 2012, p. 629.

1115 CAA Douai, 3 juillet 2014, *AJIS* n°14DA00635.

1116 SARRAZIN (M.-C.), « Les licenciements économiques collectifs sous le regard du juge administratif », *RDT* 2014, p. 614.

TITRE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI

approche plus globale du PSE¹¹¹⁷. Le rapprochement opéré ces dernières années entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation traduit par l'harmonisation de leurs jurisprudences sur des questions communes laisse supposer que le juge administratif s'inspirera fortement de la jurisprudence établie en la matière¹¹¹⁸.

Au demeurant, le retour de l'autorité administrative modifie le domaine des sanctions. Jusqu'alors, l'absence ou l'insuffisance d'un PSE entraînait la nullité de la procédure de licenciement pour motif économique¹¹¹⁹. Désormais ce contrôle est opéré par l'autorité administrative. Dès lors, aucun licenciement économique ne peut être prononcé sans l'accord express ou tacite de l'administration sous peine de nullité. Une décision favorable de l'administration est une condition de validité du licenciement¹¹²⁰. Logiquement, l'annulation de la décision administrative entraîne également la nullité du licenciement¹¹²¹ à condition toutefois que l'annulation soit prononcée « en raison d'une absence ou insuffisance de plan ».

Enfin, il résulte de la combinaison des articles L.1235-10 et L.1235-11 du code du travail que le salarié licencié percevra une indemnité de 12 mois de salaire (la réintégration n'étant jamais pratiquée).

283. Une procédure contentieuse accélérée. L'autre marqueur de cette réforme est la volonté d'accélérer la procédure. En ce sens tous les contentieux doivent être regroupés en fin de procédure ; par conséquent si un contentieux surgit en cours de procédure il sera traité a posteriori avec la contestation de la décision de l'administration. Toute contestation relève de la compétence du tribunal administratif qui doit statuer dans un délai de trois mois¹¹²². A défaut l'affaire est transmise automatiquement à la cour administrative d'appel qui dispose du même délai pour statuer. Enfin, en l'absence de

1117TA Paris, 14 oct. 2014, n° 1411810/3-1.

1118En ce sens : DIRINGER (J.), SWEENEY (M.), « Les juges administratifs face aux PSE : une logique de repli ? », *Dr. Ouvr.* Juill. 2015, p. 378 ; AUZERO (G.), DOCKES (E.), *Droit du travail*, 30ème éd., Dalloz, coll. Précis, 2016, §530.

1119Art. L1235-10 C. trav.

1120Art. L.2135-10 C. trav.

1121 Art. L.1235-10 C. trav.

1122Art. L.1235-7-1 C. trav.

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

décision de cette dernière le Conseil d'Etat est automatiquement saisi. De manière inédite l'employeur dispose donc d'une visibilité sur la potentielle durée de la procédure.

La loi de sécurisation de l'emploi a bouleversé le droit des grands licenciements économiques, elle a introduit la voie conventionnelle dans l'établissement du PSE et confié à l'administration, sous le contrôle du juge administratif, un pouvoir étendu. Toutefois le législateur n'a modifié ni la finalité du PSE ni son contenu, visant la sauvegarde de l'emploi du salarié par des actions de reclassement.

Section 2 - La mobilité d'un salarié par la voie du reclassement économique

Il est communément observé qu'un PSE s'apprécie en fonction des sommes investies pour l'accompagnement des salariés. Aussi, l'une des mesures les plus convoitées est l'aide financière appelée « indemnités supra légales ». Cela étant depuis plusieurs années l'accompagnement n'a plus qu'une connotation financière et les attentes plus fortes autour du plan en raison de la conjoncture économique obligent les entreprises à faire preuve d'ingéniosité pour satisfaire les besoins des salariés.

En dépit de la précision des contours de la notion de PSE, celle-ci recouvre de nombreuses hypothèses comme l'a observé Monsieur le professeur Supiot¹¹²³. Le PSE comprend des mesures alternatives au licenciement économique ou aménageant les conséquences de la rupture du contrat de travail, parmi lesquelles : les actions en vue de reclassement interne des salariés, des créations d'activités nouvelles par l'entreprise, les actions favorisant le reclassement externe, les actions de formation, les mesures de réduction ou d'aménagement du temps de travail.

Bien que les mesures de mobilité ne soient pas directement visées par l'article L1233-62 du code du travail, elles constituent sans aucun doute un élément essentiel de sa réussite.

Dans une perspective de sauvegarde de l'emploi, le périmètre de la mobilité n'a cessé de s'étendre. Le PSE présente ainsi des mesures de reclassement interne et externe à l'entreprise¹¹²⁴. L'accord du salarié concernant l'une ou l'autre de ces mesures lui garantit la sauvegarde d'un emploi, cependant le lien contractuel est maintenu uniquement lors d'un reclassement interne. C'est donc le critère de la rupture qui fonde la distinction entre les

1123Selon lui la notion est « une qualification molle, qui peut recouvrir pêle-mêle des mesures individuelles, des prescriptions de circonstances, et de véritables règles générales et permanentes dans l'entreprise » (« La réglementation patronale dans l'entreprise », *Dr. Soc.* Mars 1992, p. 219).

1124BOUBLI (B.), « Réflexions sur l'obligation de reclassement en matière de licenciement pour motif économique », *RJS* 3/1996, p. 131 ; COUTURIER (G.), « Plans sociaux et exigences de reclassement », *Dr. soc.* 1994. 436 ; « Vers un droit du reclassement ? », *Dr. soc.* 1999. 497 ; GÉA (F.), « Licenciement pour motif économique : l'obligation générale de reclassement », *RJS* 7-8/2000, chron. p. 511 ; « Les obligations de reclassement en droit du travail », *Dr. soc.* 1999. 504 ; HÉAS (F.), *Le reclassement du salarié en droit du travail*, 2000, LGDJ, n°323 et s. ; Droit au reclassement et plan de sauvegarde de l'emploi, in C. WILLIAM [sous la dir. de], *Le licenciement économique après la loi de modernisation sociale*, préf. A. Supiot, 2002, Litec, p. 273 et s. ; JOURDAN (D.), « Le droit au reclassement », *SSL* 23 juill. 2001, suppl. N° 1038, p. 25 ; LARDY-PÉLISSIER (B.), « L'obligation de reclassement », *D.* 1998. Chron. 399.

deux catégories de reclassement. Dès lors, tandis que le reclassement interne représente une alternative au licenciement, le reclassement externe est une alternative au chômage¹¹²⁵.

C'est pourquoi le reclassement interne qui assure le maintien du lien contractuel (**paragraphe 1**) doit être prioritaire vis à vis du reclassement externe dont les conséquences sur l'emploi sont plus incertaines (**paragraphe 2**).

§ 1. Le reclassement interne vecteur de maintien de l'emploi

Pour satisfaire à son obligation de reclassement, l'employeur doit privilégier des actions de reclassement interne se substituant au licenciement économique. Il s'agit d'une prérogative pour le salarié provenant des engagements pris par l'employeur au titre du PSE (**I**).

Toutefois, l'employeur est en partie déresponsabilisé de ses obligations en matière d'emploi lorsque les suppressions d'emplois sont organisées uniquement par le biais des départs volontaires (**II**).

I - Les actions de reclassement

L'article L. 1233-62 du code du travail mentionne parmi les mesures que doit comporter un plan de sauvegarde de l'emploi « *des actions en vue du reclassement interne des salariés sur des emplois relevant de la même catégorie d'emplois ou équivalents à ceux qu'ils occupent* ». L'employeur doit mener une recherche effective afin de proposer au salarié une offre de reclassement la plus proche possible du poste qu'il occupe. Inspirées de la jurisprudence, ces exigences font l'objet d'un contrôle sévère des juges, soucieux d'écartier les licenciements économiques arbitraires. Toutefois, l'article L.1233-57-2 du code du travail, introduit en 2013 par la loi de sécurisation de l'emploi, dispense l'autorité administrative d'examiner le contenu du PSE conventionnel, au risque de rendre facultatives ces contraintes. Mais dans la mesure où le juge judiciaire reste le juge du droit au reclassement dont le salarié bénéficie, il est fort probable qu'il maintienne les mêmes protections que pour tous les autres licenciements pour motif économique (**A**). Pour autant force est de constater que le reclassement interne fait figure

1125COUTURIER (G.), « Plans sociaux et exigences de reclassement », *Dr. Soc.* 1994, p. 443.

d'exception (B).

A - Les propositions de reclassement

284. L'offre de reclassement au sens large. En préambule, il convient de distinguer l'obligation reclassement individuelle¹¹²⁶ de l'exigence d'établir un plan de reclassement au sein du PSE¹¹²⁷. Au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, les deux obligations partagent le même objectif de sauvegarde de l'emploi sans toutefois être alternatives. La Haute juridiction estime en effet que l'employeur doit avant tout licenciement pour motif économique rechercher et proposer les postes disponibles « même lorsqu'un plan social a été établi, les mesures contenues dans ce plan étant notamment destinées à faciliter le reclassement du personnel »¹¹²⁸. L'employeur ne peut donc se satisfaire de l'un pour se dispenser de l'autre. Aussi elles diffèrent s'agissant des conséquences. L'absence du plan de reclassement est sanctionnée plus sévèrement que le non respect de l'obligation individuelle de reclassement. Dans le premier cas, la procédure de licenciement est nulle et de nul effet tandis que dans la seconde hypothèse le licenciement est privé de cause réelle et sérieuse. Cette distinction se justifie par la différence de nature des garanties d'emploi, l'une étant individuelle, l'autre collective¹¹²⁹.

De fait le processus de reclassement interne se déroule en deux temps. Durant une première phase individuelle, l'employeur est contraint à formuler une offre dont le fond et la forme répondent à des impératifs légaux. Le cas échéant, une seconde phase collective est engagée : elle vise le plan de reclassement destiné à favoriser le reclassement interne puis externe des salariés. L'offre de reclassement de l'article L.1233-4 du code du travail doit être écrite, individuelle et précise¹¹³⁰, alors que dans le cadre du

1126 Art. L1233-4 C. trav. V. AUZERO (G.), DOCKES (E.), *Droit du travail*, 30ème éd., Dalloz, coll. Précis, 2016, §493 & s.

1127 Art. L1233-4 C. trav. V. AUZERO (G.), DOCKES (E.), *Droit du travail*, 30ème éd., Dalloz, coll. Précis, 2016, §531 & s.

1128 Soc. 22 févr. 1995, n° 93-43.404, *Bull. Civ. V*, n° 66, *Dr. Soc.* 1995. 389, obs. RAY (J.-E.), *RJS* 6/1995, n° 633 ; Soc. 26 mars 2002, n° 00-40.898, *TPS* 2002. Comm. 181, obs. VERKINDT (P.-Y.), *RJS* 6/2002, n° 665 ; Soc. 26 sept. 2006, n° 05-43.840, *RDT* 2006. 316, obs. WAQUET (P.).

1129 PELISSIER (J.), « Le contrôle des plans sociaux », *RJS* 8-9/94, p. 570 ; HEAS (F.), *Le reclassement du salarié en droit du travail*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit social », 2000, p. 217, §281.

1130 Soc. 20 sept. 2006, *Bull. Civ. V*, n° 276 ; *RDT* 2006. 315, obs. Ph. Waquet ; *Dr. Soc.* 2006. 1156, obs. G. Couturier.

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

plan de reclassement les propositions sont plurielles et non nominatives. Le PSE présente une liste d'emplois disponibles, y compris sur des postes différents de ceux occupés par les salariés menacés de licenciement. Une nouvelle fois les deux obligations diffèrent puisque dans le cadre de son obligation de reclassement individuelle, l'employeur doit proposer aux salariés concernés des emplois disponibles de même catégorie assortis d'une rémunération équivalente¹¹³¹. Ce n'est qu'à défaut d'emploi de même catégorie que l'employeur peut proposer un emploi d'une catégorie inférieure¹¹³².

Le reclassement interne a par ailleurs un périmètre très large.

Le reclassement au sein du groupe. L'entreprise était le cadre originel au sein duquel l'employeur devait opérer la recherche du reclassement. Progressivement le champ a été étendu hors du simple périmètre de l'entreprise. Désormais la recherche de reclassement doit s'effectuer dans l'entreprise et à l'intérieur du groupe de sociétés auquel appartient l'entreprise, y compris à l'étranger¹¹³³. La Cour de cassation a étendu le périmètre en ordonnant le reclassement pour les entreprises dont les activités et l'organisation permettent la permutation de tout ou partie du personnel¹¹³⁴. Toutefois la notion de « permutabilité du personnel » demeure floue. La seule détention d'une partie du capital d'une société par d'autres sociétés n'implique pas la possibilité d'effectuer entre elles la permutation de personnel et ne caractérise pas l'existence d'un groupe au sein duquel le reclassement doit s'effectuer¹¹³⁵. Parmi les critères retenus pour déterminer la possibilité de permutabilité de tout ou partie du personnel figurent : les activités, les méthodes, l'organisation ou le lieu de l'exploitation. Cette méthode a permis à la jurisprudence d'exiger de l'employeur qu'il opère ses recherches au-delà du groupe de

1131Loi n° 2010-499 du 18 mai 2010 visant à garantir de justes conditions de rémunération aux salariés concernés par une procédure de reclassement. V. notamment : GEA (F.), « Le législateur face aux propositions indécentes » *RDT* 2010. 646.

1132Soc. 28 sept. 2010, n° 09-65.118 et n° 09-65-120.

1133Soc. 7 oct. 1998, *Bull. Civ. V.* n° 407, *D.* 1999. 310, note J.-P. Adom ; Soc. 30 mars 1999, *RJS* 5/99, n° 644.

1134Soc. 5 Avr. 1995 n° 93-42.690 et n° 93-43.866, *RJS* 5/95, n° 497, *Bull. Civ. V.* n° 123, *Grands arrêts* n° 115 ; Soc. 5 oct. 1999. *Bull. Civ. V.* n° 368, *Dr. Soc.* 1999. 1112, obs. G. Couturier. La loi de modernisation du 17 janvier 2002 a généralisé l'obligation de recherche au sein de l'ensemble du groupe sans reprendre la notion de « permutabilité du personnel ». Toutefois la Cour de cassation a confirmé sa jurisprudence sur ce point (Soc. 3 nov. 2011, n° 10-15.176).

1135Soc. 27 oct. 1998 n° 96-40.626, *RJS* 12/98 n° 1456, *Bull. Civ. V* n° 459 – Soc. 10 mai 2012 n° 11-12. 469.

TITRE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI

société, par exemple au sein d'un réseau de franchisés¹¹³⁶. L'appréciation des frontières de la notion de groupe en droit social va bien au-delà des frontières économiques, ce qui peut constituer un frein dans la coopération de recherche de reclassement. Pourtant l'obligation de reclassement au sein du groupe demeure à la seule charge de l'employeur, de sorte que les autres sociétés du groupe ne sont pas débitrices d'une obligation de reclassement¹¹³⁷. Cette décision est aussi nécessaire que paradoxale. L'employeur est seul débiteur alors qu'il ne peut satisfaire à l'obligation sans la coopération des autres sociétés du groupe. D'un autre côté, les autres sociétés du groupe sont généralement frileuses à communiquer les offres, craignant un risque de contagion. Cette jurisprudence protège les sociétés du groupe qui dès lors sont plus enclines à faciliter le travail de recherche de l'employeur. L'une des pistes d'amélioration serait d'analyser le reclassement au sein du groupe comme externe et non interne¹¹³⁸.

Afin de satisfaire aux exigences de la jurisprudence, l'entreprise est contrainte de proposer des offres de reclassement à l'étranger qui ne sont pas toujours bien perçus par les salariés ainsi que par la sphère médiatique.

285. Le reclassement international. Jusqu'en 2010 les employeurs étaient tenus de proposer aux salariés licenciés tous les postes disponibles à l'étranger sans les faire passer au préalable par le filtre de la décence¹¹³⁹. Cette obligation pouvait amener l'employeur à soumettre des propositions « indécentes », notamment lors de délocalisation en raison du faible niveau de salaire pratiqué dans certains pays. Afin d'éviter d'autres situations ubuesques, le législateur a mis en place une procédure particulière pour les entreprises ou les groupes situés hors du territoire national¹¹⁴⁰. Les

1136 Soc. 15 janv. 2014, n° 12-22944 – Soc. 19 févr. 2014, n° 12-22.709, *Dr. ouvr.* 2014. 578, note F. Heas.

1137 Soc. 13 janv. 2010, *Dr. Soc.* 2010. 474, obs. G. Couturier et F. Favennec-Héry, *Dr. Soc.* 2010. 762 s. ; AUZERO (G.), « Plan de sauvegarde de l'emploi et groupe de sociétés » *SSL* 2009, n° 1416, p. 6.

1138 PASCAL (A.), *Essai juridique sur la sécurisation des parcours professionnels*, Université Toulouse 1 Capitole, 2012, p. 389.

1139 L'employeur ne pouvait pas s'appuyer de la volonté présumée du salarié de ne pas accepter un poste à l'étranger pour justifier l'absence de propositions de postes disponibles à l'étranger (Soc. 13 nov. 2008, n° 06-46.227, *JCP S* 2009, 1069, note D. Everaert-Dumont. - Dans le même sens, CE, 11 juill. 2012, n° 334502, *RJS* 2012, n° 886).

1140 L. n° 2010-499, *JO* 19 mai 2010. Cf. MORVAN (P.), GRANGE (J.), « Le plan de reclassement », *JCP S* n° 19, 7 mai 2013, 1208.

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

employeurs pouvaient présenter aux salariés des questionnaires de mobilité permettant de connaître leurs velléités concernant un potentiel reclassement à l'étranger. Dans un second temps, l'employeur devait adresser des offres précises de postes à l'étranger aux salariés qui le souhaitaient. Cette loi amorçait un mouvement de flexibilisation de l'obligation de reclassement, à l'attention des employeurs, qui s'est ensuite poursuivie avec la loi Macron sur la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques¹¹⁴¹.

En effet, depuis août 2015 il incombe aux salariés de demander expressément à l'employeur de leur transmettre les offres de reclassement à l'étranger. A défaut l'employeur est libéré de toute obligation de reclassement à l'étranger. Pour Antoine Foucher directeur général adjoint du MEDEF la loi « *poursuit le mouvement vers la sortie de l'hypocrisie jurisprudentielle sur l'obligation de reclassement, qui n'avait pas pour objectif réel – c'est un secret de Polichinelle – de favoriser le reclassement des salariés, mais celui de faciliter la condamnation aux prud'hommes des employeurs* »¹¹⁴². Il est toutefois à craindre la possibilité à terme d'un inversement systématique de l'obligation de reclassement, le salarié devrait alors faire part de ses dispositions s'agissant d'un éventuel reclassement à l'employeur qui pourrait s'en prévaloir pour limiter ses recherches ainsi que pour s'assurer contre les risques de contentieux.

La réalisation d'une telle hypothèse se heurterait pour sûr au contrôle du juge judiciaire.

286. Exclusion des mesures de reclassement du champ de contrôle de l'administration. L'autorité administrative valide l'accord collectif relatif au PSE après s'être assurée du respect des conditions de conclusion, de la régularité de la procédure d'information et consultation du comité d'entreprise, et enfin de la présence dans le plan de sauvegarde des mesures prévues aux articles L1233-61 et L1233-63 du code du travail¹¹⁴³. En d'autres termes le législateur a exclu les dispositions de l'article L1233-62 du code du travail qui précisent le contenu impératif au PSE. Le contrôle de l'administration est sur ce point allégé puisque concernant le document unilatéral celui-ci concerne le respect des

1141L. n°2015-990, JO 6 août 2015 ; D. n° 2015-1638 du 10 décembre 2015 relatif à la procédure de reclassement interne hors du territoire national en cas de licenciements pour motif économique, JO du 12 décembre 2015.

1142MARTINON (A.), STOCKI (A.), « De l'impact de la loi Macron sur les restructurations », *Les cahiers sociaux*, 1er oct. 2015, n°278.

1143Art. L1233-24-2 C. trav.

TITRE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI

articles L1233-61 à L1233-63 du code du travail. Est ce à dire pour autant que les actions en vue du reclassement interne des entreprises sont facultatives ? Il n'en est rien. Cette observation est rapidement nuancée car comme l'affirme le Professeur Lokiec « *le PSE conventionnel devra dans sa globalité mériter la qualification de PSE et ainsi incorporer un plan de reclassement digne de ce nom, ce qui implique qu'il comporte un ensemble de mesures de nature à éviter ou réduire le nombre de licenciements et favoriser le reclassement externe de ceux dont l'emploi n'aura pas pu être sauvé* »¹¹⁴⁴.

B - Des résultats très moyens

287. Des résultats très moyens. Selon une étude menée en 2013 par le Think tank « Les ateliers de la Convergence »¹¹⁴⁵, moins de 10% des salariés susceptibles d'être licenciés économiquement sont reclassés au sein de l'entreprise ou du groupe, moins d'un quart des salariés se voient proposer un autre poste et 60% le refusent. Par ailleurs le chemin est long puisque la durée moyenne pour retrouver un emploi serait de un an. Parmi les raisons invoquées pour justifier ces mauvais résultats l'étude indique que du côté des salariés le bénéfice d'une grosse indemnité reste encore le plus séduisant ; ces derniers – davantage encore les salariés bénéficiant d'un taux d'employabilité élevé – préfèrent partir avec la garantie d'une belle somme empochée plutôt que de poursuivre au sein d'une entreprise « en mauvaise santé financière ». L'enquête démontre que 75% des directions interrogées ont recours à des indemnités supra légales. Le faible taux de reclassement doit également mis en corrélation avec les réticences à la mobilité géographique des salariés français.

Du côté des employeurs l'obligation de reclassement est particulièrement redoutée notamment à la lumière des nombreux exemples médiatiques qui démontrent qu'en dépit d'efforts financiers importants il est encore possible d'être condamné pour défaut de reclassement. Pour preuve la saga Continental concernant la fermeture du site de Clairoux : l'entreprise a investi 200 000 euros par salarié dans l'accompagnement, mis en place une antenne emploi, et pour autant le PSE a été annulé, entre autres, pour défaut de

1144LOKIEC (P.), Le plan de sauvegarde de l'emploi conventionnel in *Licenciements pour motif économique et restructurations : vers une distribution des responsabilités*, ss la dir. De G. BORENFREUND et E. PESKINE, Thèmes et Commentaires, Dalloz 2015, p.12 & s. spéc. p. 18.

1145Enquête menée entre juin et août 2013 sur 201 entreprises employant en moyenne 1804 salariés.

reclassement¹¹⁴⁶.

Par conséquent, malgré les efforts du législateur, notamment concernant le reclassement international, les entreprises privilégient les voies permettant de contourner les contraintes liées au plan de sauvegarde de l'emploi. C'est pourquoi elles préfèrent mettre en place un plan de départs volontaires sans licenciements.

II - L'obligation de reclassement dans les plans de départs volontaires (PDV)

288. PDV et plan de reclassement. La question de l'utilité du plan de reclassement pour des salariés volontaires au départ de l'entreprise a été posée. Les dispositifs de départs volontaires sont courants, et il n'est pas rare que les entreprises laissent un guichet de départs volontaires ouvert sans perspective de projet de réduction d'effectifs. Toutefois il n'existe pas de définition légale du PDV et le régime juridique applicable dépend de la sphère dans laquelle il se développe. Dès lors il convient de distinguer les PDV exclusifs de tout licenciement de celui inclus dans un PSE. Cette distinction opère une différenciation dans l'application des dispositions légales relatives au droit du licenciement économique. Lorsque le PDV est doté d'autonomie, c'est à dire que l'employeur s'engage à ne pas recourir à des licenciements pour atteindre son objectif de suppressions d'emplois, il est dispensé de mettre en place un plan de reclassement. C'est logiquement que la Cour de cassation a adopté cette solution lors d'un arrêt très remarqué en date du 26 octobre 2010¹¹⁴⁷.

Cette solution ne fait toutefois pas l'unanimité en doctrine. De nombreux commentateurs, à l'instar du Professeur Dockes¹¹⁴⁸, louent le caractère impératif du PSE dans le cas des départs volontaires¹¹⁴⁹ mais regrettent l'application d'un « *PSE tronqué* », d'autant que selon eux le plan de reclassement est au cœur du dispositif. A contrario dans

1146Soc. 6 juill. 2016, n°14-27.266.

1147Soc. 26 oct. 2010, n° 09-15187, *SSL* 2010, n° 1465, p. 10. DOCKES (E.), « Le PSE sans reclassement : naissance d'une chimère », *SSL* 2010, n° 1465, p. 11 ; *RDT* 2010, 704, obs. A. Fabre ; ANTONMATTEI (P.-H.), « Le Plan de départs volontaires mérite mieux », *RJS* mai 2011, 353 ; *JCP S* 2010, 1483, note LOISEAU (G.) – Soc. 5 nov. 2014, n° 13-17.270.

1148DOCKES (E.), « Le PSE sans reclassement : naissance d'une chimère », *SSL* 2010, n° 1465, p. 11.

1149MORVAN (P.), « Libérer le départ volontaire pour motif économique », *Dr. soc.*, 1995, p. 59 et s., spéc. p. 62 ; COUTURIER (G.), PELISSIER (J.), *SSL* n°1411, p. 208 ; *RDT* 2009, p. 380, note FABRE (A.).

TITRE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI

la mesure où le salarié est libre de rester ou de partir moyennant une importante indemnité, il est manifestement inutile de lui proposer des offres de reclassements puisqu'il ne risque pas le licenciement. Autrement dit le salarié dispose d'un droit au reclassement si et seulement si son emploi est menacé. Qui plus est le développement du droit à la mobilité dans les entreprises garantit au salarié des possibilités de mobilité durant toute la durée d'application de son contrat. Néanmoins cette décision concerne, à raison, exclusivement le reclassement interne des salariés. En effet comme le souligne justement le Professeur Favennec-Héry, l'encadrement du reclassement externe conserve « un réel intérêt »¹¹⁵⁰.

Par conséquent le PDV dit autonome doit s'inscrire dans un PSE mais les mesures de reclassement interne ne sont pas obligatoires. L'employeur n'est quoi qu'il en soit pas dispensé de présenter des mesures externes, bien qu'elles ne soient pas toujours gages d'efficacité et de réussite dans le processus de retour à l'emploi.

§ 2. Le reclassement externe

Lorsque les dispositifs de prévention ainsi que ceux prévus pour éviter le nombre de licenciements ne suffisent pas, l'employeur doit recourir à des dispositifs de reclassement externe. Si le reclassement interne est prioritaire, force est de constater qu'il est encore sporadique. Lui est préféré le reclassement externe par les employeurs. Le reclassement externe désigne « *l'ensemble des aides mobilisées directement ou indirectement au profit de des salariés pour faciliter leur embauche par un employeur lorsqu'il n'a pas été possible de leur proposer un reclassement interne* »¹¹⁵¹. Il ne s'agit pas de prévenir la rupture du contrat mais de trouver une alternative au chômage en accompagnant le travailleur vers son retour à l'emploi. Les dispositifs de reclassement externe doivent permettre d'atténuer les conséquences du licenciement économique en facilitant le retour à l'emploi des salariés dont la rupture du contrat n'a pas pu être évité. En effet, si les mesures d'aides sont prévues avant la rupture du contrat de travail, leur exécution est postérieure à celle-ci. Dès lors, les dispositifs de reclassement externe s'appliquent également aux salariés volontaires à un départ.

1150FAVENNEC-HERY (F.), « PDV, PSE, PRE : un plan chasse l'autre », *Dr. Soc.* 2010, 1164.

1151Circulaire du 29 janvier 1993 relative à la modification des procédures de licenciement pour motif économique, JORF du 13 février 1993, p. 2408.

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

Par ailleurs la nature du nouvel emploi représente un enjeu majeur. En effet, il peut s'agir d'un accompagnement vers un un emploi salarié ou vers une activité indépendante. L'entreprise intervient donc activement dans le processus de sécurisation du parcours professionnel de son salarié. C'est la raison pour laquelle l'employeur doit, lors de la mise en œuvre du plan, informer loyalement les salariés des risques que peuvent présenter les emplois proposés¹¹⁵².

Bien que secondaire, le reclassement externe est essentiel si l'employeur souhaite satisfaire à son obligation de reclassement collectif. Aussi, d'importantes sommes d'argent sont dépensés par les entreprises pour assurer une sortie positive aux salariés victimes du plan social (I).

Cependant si l'acceptation d'un dispositif de reclassement externe offre au salarié une possibilité de retour à l'emploi, la qualité de celui-ci n'est pas garantie (II).

I - Les mesures de transition vers un nouvel emploi

Afin d'observer au mieux l'obligation de reclassement, l'employeur peut mettre en œuvre des dispositifs juridiques très différents mais qui poursuivent un objectif commun à savoir un retour à l'emploi d'un maximum de salariés. Le reclassement externe met en évidence l'intérêt de la prise en charge des bénéficiaires tour à tour collective (A) et individuelle (B) mais aussi de la diversité des mesures.

A - Les dispositifs collectifs de reclassement externe

Des budgets importants sont alloués à des sociétés privées de placement chargées d'accompagner les futurs chômeurs dans leur recherche d'un nouvel emploi et d'organiser, le cas échéant, les formations nécessaires à leur mobilité. Leur fonctionnement dépend du mode de dispositif choisi. Ainsi la cellule de reclassement est une structure mise en place par l'employeur pour évaluer les compétences et les qualifications des salariés concernés par un projet de licenciement économique, afin de leur proposer des reclassements (1).

L'outplacement est une convention par laquelle l'employeur confie à un cabinet spécialisé le reclassement d'un ou plusieurs salariés dont la rupture du contrat ne peut être

1152Soc. 6 juin 2007, pourvoi n°06-41001.

évitée (2).

1 - La convention de cellule de reclassement

289. Mise en place d'une cellule de reclassement. La cellule de reclassement est mise en oeuvre dans le cadre des grands licenciements économiques pour accompagner les salariés dits « vulnérables » dans leur transition professionnelle. Créé dans les années 80, les cellules de reclassement se sont progressivement généralisées dans années 90 suite aux nouvelles obligations de l'employeur en matière de reclassement. Aujourd'hui, elles occupent une place importante au cœur du PSE, et bien que leur absence ne constitue pas par nature une violation de l'obligation de reclassement de l'employeur¹¹⁵³, le juge les considère comme un moyen pertinent d'éviter les licenciements ou d'en atténuer les effets¹¹⁵⁴. De fait, 85 % des PSE prévoient une cellule de reclassement¹¹⁵⁵.

Depuis 1989, la cellule peut faire l'objet d'une aide financière du Fond National de l'Emploi (FNE)¹¹⁵⁶. Dès lors il faut distinguer les cellules conventionnées qui bénéficient d'une aide financière publique des cellules non conventionnées. Concernant les cellules conventionnées, seules les entreprises en redressement ou liquidation judiciaire et celles de moins de mille salariés confrontées à des difficultés financières peuvent solliciter une aide de l'Etat. Aussi, la mise en place d'une telle cellule repose sur trois piliers : le volontariat des entreprises, l'intégration de la cellule dans le PSE et la bonne articulation entre les services de la cellule et ceux de Pôle emploi afin d'éviter la paralysie du marché de l'emploi local¹¹⁵⁷. Le montant maximal de la participation s'élève à 2000 euros par bénéficiaire¹¹⁵⁸. Néanmoins, les cellules à la seule charge financière de l'entreprise sont

1153 Soc. 16 déc. 1998, n°96-41989, *Bull. Civ. V*, n° 560.

1154 Soc. 26 mai 1999, n°96-40721, *SSL* mai 1999, n° 936 – Soc. 6 juill. 1999, n° 94-45.665, *JCP* 1999, 2640.

1155 Pour l'année 2008 (RAMONET (M.), *Les cellules de reclassement - rapport du Conseil économique et social*, La documentation française, janv. 2010, p. 30).

1156 Décr. N° 89-653 du 11 sept. 1989 ; Circ. DE n° 89-51 du 8 nov. 1989.

1157 Circ. DGEFP 2007-20 du 17 juillet 2007 relative aux conventions du Fonds national de l'emploi de cellules de reclassement entreprises et interentreprises.

1158 Inst. DGEFP du 9 oct. 2003 relative au plafond d'intervention de l'Etat dans le cadre des cellules de reclassement.

les plus nombreuses¹¹⁵⁹.

La convention de cellule de reclassement peut aussi être envisagée dans le cadre d'une structure interentreprises. Dès lors la convention vise plusieurs entreprises qui mutualisent leurs moyens en raison de graves difficultés économique au sein du bassin d'emploi.

290. Objectifs de la cellule. La cellule doit apporter une aide individuelle au salarié en recherche d'emploi. Les missions de la cellule sont définies lors de la conclusion de la convention avec l'entreprise. Parmi les mesures recensées dans le cahier des charges figure le plus souvent l'organisation de l'accueil et l'information du salarié dans l'objectif de le convaincre rapidement de la nécessité de la cellule ; également, la cellule doit s'appuyer sur le profil du salarié pour élaborer un parcours de reclassement, et le cas échéant l'orienter vers des formations. En troisième lieu, elle est chargée de faciliter les démarches avec Pole emploi et prospecter les offres d'emplois ciblées sur les qualifications et savoir-faire du salarié. Enfin, elle peut mettre en œuvre des ateliers destinés à préparer les travailleurs à des entretiens d'embauche. En tout état de cause, les actions d'accompagnement doivent être adaptées selon la situation personnelle de chaque salarié.

2 - L'outplacement

Pour s'acquitter de son obligation de reclassement, l'employeur peut conclure une convention avec un prestataire de service afin que ce dernier prenne en charge les salariés bénéficiaires d'un reclassement externe dans le cadre d'un PSE. Pour la cour d'appel de Paris, l'*outplacement* est « une mission d'assistance et de conseil, confiée par l'entreprise à une société, en vue de la recherche d'une nouvelle situation pour le salarié »¹¹⁶⁰. En l'absence de dispositions spécifiques, l'activité de placement relève du droit commun des obligations¹¹⁶¹. Par ailleurs, à la différence de la cellule de

1159Depuis 2011 le financement public des cellules de reclassement revêt un caractère exceptionnel. C'est le sens de l'instruction du 21 octobre 2011 qui soumet le recours au dispositif à l'appréciation de la DGEFP, sur avis du DIRECCTE, ainsi qu'à des « circonstances exceptionnelles » (DGEFP n° 2011-24, 21 oct. 2011)

1160CA Paris, 1er avr. 1994, *RJS* 6/94, n°684, p.420.

1161Com. 15 janv. 2002, n° 98-18180.

TITRE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI

reclassement, elle ne fait l'objet d'aucun financement public.

La conclusion d'une convention *d'outplacement* repose sur trois composantes : une aide exclusivement financée par l'employeur, l'obligation de mettre à disposition des moyens matériel et d'accorder du temps au salarié destiné à l'accompagner, et enfin, l'acquisition d'une situation stable pour le salarié. Il s'agit en conséquence d'un engagement contractuel selon lequel l'employeur confie à un organisme spécialisé la prise en charge matérielle et morale de travailleurs dont il s'est séparé¹¹⁶². Contrairement à la cellule de reclassement, la prestation *d'outplacement* n'a pas de durée limitée dans le temps. Aussi, l'entreprise s'engage à suivre le travailleur au delà de son entrée en fonction dans un nouvel emploi.

B - Des dispositifs individuels d'accompagnement vers un autre emploi

Dans le cadre du PSE, les partenaires sociaux peuvent mettre en place des actions chargées de faciliter l'embauche de salariés par d'autres entreprises. Egalement, le reclassement externe peut prendre la forme d'un accord entre le salarié et l'employeur. Ces dispositifs doivent permettre aux salariés de bénéficier de mesures d'accompagnement avant même la rupture de leur contrat ou au plus tard dans un délai réduit suivant celle-ci, afin de garantir une efficacité optimum des mesures prises.

L'adhésion du salarié à un contrat de sécurisation professionnelle (CSP) emporte la rupture d'un commun accord du contrat de travail. Le consentement du salarié concerne seulement les conséquences de la rupture et non la nature de celle-ci, de sorte que la violation des règles relatives à la procédure de licenciement préalable à l'acceptation de la convention cause un préjudice au salarié qui doit être réparé¹¹⁶³. Lorsque l'accompagnement personnalisé prend la forme d'un congé de reclassement (CR) le lien contractuel est maintenu durant toute la durée du congé. Ces précisions faites, la CSP et le CR sont deux formes de reclassement externe qui varient en fonction de la taille de l'entreprise.

1162HEAS (F), *Le reclassement du salarié en droit du travail*, Préface Alain Supiot, LGDJ, Bibliothèque de droit social, 2000, Tome 34, p. 263.

1163Soc. 10 mai 2016, n° 14-27953 P, *D.* 2016, 1084 (l'absence de motif économique de licenciement prive de cause le contrat de sécurisation professionnelle et l'employeur est alors tenu à l'obligation de préavis et des congés payés afférents) – Soc. 17 mars 2015, n° 13-26941P, *RDT* 2015. 328, note FABRE (A.) (l'adhésion à un CSP ne prive pas le salarié de contester son obligation de reclassement).

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

Dans les entreprises de moins de 1000 salariés ou dans celles qui sont en redressement ou liquidation judiciaire, l'employeur doit proposer à chaque salarié dont le licenciement est envisagé un contrat de sécurisation professionnelle (1), tandis que le congé de reclassement constitue un droit pour les salariés employés dans les entreprises d'au moins 1000 salariés (2).

1 - Le contrat de sécurisation professionnelle

Le CSP a été créé par la loi n° 2011-893 du 28 juillet 2011, initié par l'ANI du 31 mai 2011, pour remplacer à la fois la convention de reclassement personnalisé (CRP)¹¹⁶⁴ et le

contrat de transition professionnelle (CTP)¹¹⁶⁵ dont les résultats ont été jugés insuffisants¹¹⁶⁶. Toutefois ce dernier, présentant près de 80% d'adhésions parmi ceux auxquels il est proposé¹¹⁶⁷, a été une source d'inspiration. L'expérimentation du CTP¹¹⁶⁸ a

1164La CRP s'adressait aux entreprises de moins de 1000 salariés, aux entreprises en redressement ou liquidation judiciaire, ainsi qu'aux salariés qui auraient refusé un congé de reclassement. L'adhésion à la CRP entraînait la rupture d'un commun accord du salarié mais ouvrait droit au salarié pour une période de huit mois à un accompagnement renforcé ainsi qu'à une allocation spécifique de reclassement d'un montant de 80% du salaire brut moyen des douze derniers mois. Le salarié bénéficiait du statut de stagiaire de la formation professionnelle. Enfin, l'adhésion à la CRP ne privait pas le salarié de son droit de contester le motif économique du licenciement (Soc. 5 mars 2008, n° 07-41.964, *Bull. civ.* V, n° 47 ; *D.* 2008. Pan. 2313, obs. REYNES (B.) ; *Dr. soc.* 2008. 617, obs. COUTURIER (G.)). Cf : GOMEZ-MUSTEL (M.-R.), « Convention de reclassement personnalisé » in *Répertoire de droit du travail, D.*, juin 2011.

1165Le CTP a été mis en place à titre expérimental en 2006 (Ord. N°2006-433 du 13 avr. 2006, *JO* 14 avr.) sur sept bassins d'emploi puis étendu sur plusieurs bassins d'emploi (L. n° 2008-126 du 13 févr. 2008. - L. n° 2008-1425 du 27 déc. 2008, art. 124. - L. n° 2009-1437 du 24 nov. 2009, art. 19) se substituant dans ce périmètre à la CRP. Le CTP était conclu pour une durée maximale de 12 mois et avait pour objet le suivi d'un parcours de transition professionnelle pouvant comprendre des périodes d'accompagnement, de formation et des périodes de travail au sein d'entreprises privées ou d'organismes publics sous forme de CDD voir même de CDI. Hors période de travail, le salarié percevait une allocation de transition professionnelle égale à 80% du salaire brut moyen perçu au cours des douze derniers mois précédant la conclusion du contrat. Cf : GOMEZ-MUSTEL (M.-R.), « Convention de reclassement personnalisé » in *Répertoire de droit du travail, D.*, juin 2011.

1166DOLE (Ph.), *Le contrat de transition professionnelle et la convention de reclassement personnalisée : évaluation d'une approche systémique de l'accompagnement pour le retour durable à l'emploi des personnes licenciées pour motif économique*, Rapport de l'inspection générale des affaires sociales, La documentation française, 2010.

1167DOLE (Ph.), *Le contrat de transition professionnelle et la convention de reclassement personnalisée : évaluation d'une approche systémique de l'accompagnement pour le retour durable à l'emploi des personnes licenciées pour motif économique*, Rapport de l'inspection générale des affaires sociales, La documentation française, 2010, p. 3.

1168AUZERO (G.), DOCKES (E.), *Droit du travail*, 30ème éd., Dalloz, coll. Précis, 2016, §500 ; PASCAL (A.), *Essai juridique sur la sécurisation des parcours professionnels*, Université Toulouse Capitole, 2012, spéc. p. 350 & s. Sur les modifications apportées par la loi Macron : MORVAN (P.), « Le droit du

TITRE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI

mis en évidence l'importance de l'encrage territorial pour la qualité du dispositif de suivi ainsi que de l'usage des « périodes d'emploi » nécessaires pour le maintien de la motivation et de l'employabilité du salarié. Partant de ce constat, le CSP a pour objectif de « *contribuer à un accompagnement unifié et renforcé des licenciés pour motif économique* »¹¹⁶⁹. Il s'agit d'un droit pour tout salarié menacé de licenciement économique¹¹⁷⁰. La remise de cette proposition s'effectue au cours de l'entretien préalable ou à l'issue de la dernière réunion de consultation des représentants du personnel ou encore lorsque le licenciement a eu lieu dans le cadre d'un PSE après notification par la DIRECCTE de sa décision de validation ou d'homologation¹¹⁷¹. Le salarié dispose d'un délai de réflexion de vingt et un jours. S'il accepte il renonce « nécessairement » aux propositions de reclassement faites antérieurement¹¹⁷².

Pendant l'exécution du contrat de sécurisation le salarié dispose du statut de stagiaire de formation professionnelle et n'apparaît donc pas dans les statistiques du chômage. Il bénéficie alors de mesures d'accompagnement définies lors d'un entretien individuel « pré bilan »¹¹⁷³ qui doivent être mises en place au plus tard un mois suivant l'entretien¹¹⁷⁴. En pratique, les faiblesses de l'accompagnement limitent le dispositif à la rémunération perçue. Les bénéficiaires perçoivent une allocation de 75% du salaire journalier de

licenciement pour motif économique retouché par la loi du 6 août 2015 », *JCP S* n° 38, 15 sept. 2015, 1320.

1169 CHERPION (M.), Rapport sur la proposition de loi pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels, Assemblée nationale, 8 juin 2011, p. 45.

1170 Art. L.1233-66 C. trav.

1171 Art. L.1233-66 C. trav. La loi Macron met fin à une difficulté causée par un refus d'homologation ou validation du PSE alors que le salarié a déjà accepté le CSP.

1172 Soc. 28 sept. 2011, n° 10-23703, *RDT* 2011. 637, obs. F. Géa : « *si l'adhésion du salarié à une convention de reclassement personnalisé, qui entraîne la rupture de son contrat de travail, ne le prive pas du droit de contester le respect par l'employeur de son obligation de reclassement, elle entraîne toutefois nécessairement renonciation de sa part à la proposition de reclassement qui lui a été faite* ».

1173 Il peut s'agir de mesures d'appui social et psychologiques, de mesures d'orientation en tenant compte de la situation du marché local de l'emploi, de mesures d'accompagnement (préparation aux entretiens d'embauche, techniques de recherche d'emplois), des actions de validation des acquis de l'expérience, ou de mesures de formation.

1174 ANI 26 janv. 2015, art. 10. En effet il ressortait des travaux menés par la DARES la mise en place tardive du suivi individuel, soit plusieurs mois après l'entrée au chômage en raison notamment de problèmes administratifs (« Les dispositifs publics d'accompagnement des restructurations en 2013 », *Dares Analyses*, janv. 2015, n°004).

PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE

référence¹¹⁷⁵. Toutefois le système mis en place par l'ANI du 26 janvier 2015 est chargé d'inciter les salariés à reprendre une activité. En effet, l'accompagnement peut s'interrompre temporairement lorsque le bénéficiaire réalise des périodes d'activité en entreprise, événement qui jusqu'alors mettait fin automatiquement au CSP ; désormais, ils peuvent réaliser des périodes de travail pour une durée comprise entre trois jours et six mois, le versement de l'allocation reprend dès lors dans la limite restant à courir. De plus, le salarié qui retrouve un emploi avant la fin du dixième mois de son CSP bénéficie d'une prime de 50% du reliquat de ses droits à l'allocation de sécurisation¹¹⁷⁶.

2 - Le congé de reclassement

Créé par la loi du 17 janvier 2002¹¹⁷⁷, le dispositif a été modifié par les lois du 28 juillet 2011 et du 14 juin 2013. Le CR doit viser « à renforcer l'accompagnement dans le reclassement des salariés licenciés pour motif économique et la mise en oeuvre de ce dispositif doit être de nature à permettre aux salariés une transition plus sûre vers un nouvel emploi ».

La perspective est très différente du CSP d'une part parce qu'il concerne les très grandes entreprises¹¹⁷⁸ et d'autre part car la charge du reclassement pèse sur l'employeur qui doit financer les actions de formation et les prestations d'une cellule d'accompagnement des démarches de recherches d'emplois. L'employeur doit proposer le bénéfice du congé de reclassement dans la lettre de licenciement¹¹⁷⁹ à compter de laquelle le salarié dispose d'un délai de huit jours pour faire connaître sa décision à l'employeur¹¹⁸⁰. Si le salarié accepte il est maintenu dans l'entreprise puisque le CR est pris durant le préavis, le terme de ce dernier est alors reporté à la fin du reclassement¹¹⁸¹. La situation est fréquente puisque le

1175ANI 26 janv. 2015, art. 15. Il était jusqu'alors de 80% mais le patronat estimait l'allocation trop généreuse.

1176ANI 26 janv. 2015, art. 12.

1177L. n° 2002-73, 17 janv. 2002, *JO* 18 janv. 2002. - art. L. 1233-71 à L. 1233-76 c. trav.

1178Art. L.1233-71 C. trav. Une circulaire de 2002 précise le seuil d'effectif s'apprécie selon les dispositions de l'article L.2312-8 C. trav. (Circ. DGEFP n° 2002/19, 28 mars 2002).

1179Art. R.1233-20 C. trav.

1180Art. R. 1233-21 C. trav.

1181Art. L.1233-71 C. trav.

TITRE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI

CR dure généralement entre quatre et neuf mois, suscitant au passage une véritable « fiction juridique »¹¹⁸², durant laquelle le salarié bénéficie d'actions de formation et des prestations d'une cellule ainsi que d'une rémunération mensuelle financée par l'employeur¹¹⁸³. Le PSE doit fixer les conditions de mise en œuvre du CR et prévoir les possibilités de suspension¹¹⁸⁴. Il peut par exemple s'agir de la possibilité d'occuper un CDD ou un CTT durant le congé.

L'intérêt appuyé du législateur pour cette question et la multiplication des dispositifs ne suffisent néanmoins pas à assurer des résultats significatifs et durables.

II - Des résultats des reclassements externes très limités

291. Des résultats insuffisants en termes de retour à l'emploi. Les mesures destinées au reclassement externe du salarié ne manquent pas. L'enquête menée par le Think tank « Les ateliers de la convergence » révèle que parmi les dispositifs les plus utilisés, au sein de l'échantillon de l'étude, figurent l'aide à la création/reprise d'entreprise, les indemnités supra-légales, l'aide à la mobilité géographique, l'antenne emploi et le congé de reclassement. L'éventail des mesures proposées dépend toutefois de la taille de l'entreprise. A la lumière de cette étude il apparaît une absence de concordance entre les mesures proposées et les besoins réels des salariés. En effet, les mesures les plus couramment proposées ne sont pas forcément celles jugées le plus utile par les salariés licenciés. C'est notamment le cas de l'aide à la mobilité géographique. Il conviendrait certainement d'ajouter à la dimension financière une dimension familiale pour séduire le plus grand nombre. Inversement, le financement des formations de reconversion ainsi que les primes d'incitation à un reclassement sont jugées utiles mais sont peu proposées. En tout état de cause à peine la moitié des salariés licenciés pour motif économique retrouvent un emploi à l'issue de la période d'accompagnement, un retour qui, le plus souvent, prend la forme d'un contrat précaire.

1182 Sur cette question, v. les développements de P. MORVAN, « Pratique et théorie du congé de reclassement », *JCP S* n° 38, 18 sept. 2012, 1379.

1183 Cette rémunération varie selon la période du congé : il perçoit sa rémunération habituelle pendant la période correspondant à son préavis puis bénéficie d'une allocation d'un congé de reclassement dont le montant est au moins égal à 65% de sa rémunération annuelle brute au titre des douze derniers mois précédant la notification du licenciement (Art. R. 1233-32 C. trav.).

1184 Art. R. 1233-18 C. trav.

292. Appréciation des cellules de reclassement. La cellule de reclassement a pour objectif l'accompagnement des futurs chômeurs dans leur recherche d'un nouvel emploi et le cas échéant l'organisation des formations nécessaires à leur mobilité professionnelle. Ses missions sont définies avec l'employeur dans le cahier des charges. Son intervention est plébiscitée par de nombreuses entreprises. D'ailleurs le recours régulier à ces cellules a occasionné l'émergence d'un véritable marché du reclassement ainsi que de nombreuses sociétés spécialisées dans la reconversion. Elles s'appuient sur les arguments de leur expertise en matière d'accompagnement des sans-emploi et des taux de reclassement très élevés pour facturer leurs services au prix fort. Mais derrière ces chiffres se cache une réalité moins glorieuse. En dépit des taux de reclassement élevés, les résultats obtenus sont nettement inférieurs à l'espérance suscitée¹¹⁸⁵. Plusieurs insuffisances sont relevées notamment la qualité du reclassement proposé. En effet, les parcours des travailleurs se dessinent majoritairement comme instables ; ces derniers alternent les CDD et les missions d'intérim, et ce, pour une qualification ainsi qu'une rémunération inférieures à leurs compétences. Seuls les salariés les plus qualifiés tirent leur épingle du jeu en décrochant un CDI. En réalité les sociétés chargées du reclassement sont animées par la « politique du chiffre ». Ce faisant elles ont tendances à aider davantage les travailleurs les plus employables pour obtenir des résultats rapides. Le coût important du dispositif et la mauvaise articulation des services avec ceux de Pôle emploi nuisent aussi à son image. La qualité des prestations varie selon les cabinets car il n'existe pas de méthodologie d'accompagnement unique et la coordination des acteurs demeure parfois difficile¹¹⁸⁶. Afin de s'assurer de l'efficacité de ces cellules dans l'accompagnement des bénéficiaires vers un emploi stable, il conviendrait d'opérer un contrôle de ces nombreux prestataires.

293. Les leviers d'action. Pour autant le reclassement reste un bel outil qui permet d'une part de limiter les conséquences, parfois désastreuses, d'une restructuration, et d'autre part d'éviter de faire payer la note à la collectivité. A ce titre il conviendrait de réaliser une vraie réflexion pour sortir du formalisme procédurier et placer le reclassement effectif des

1185Selon une étude de la DARES « *parmi les salariés suivis par une cellule conventionnée en 2005 et dont le bilan a été établi jusqu'à deux ans après la date de la convention, trois sur dix retrouvent un CDI à l'issue de la cellule de reclassement, un quart retrouvent un contrat court et moins de cinq sur cent reprennent ou créent leur entreprise* » (DARES, *Les dispositifs publics d'accompagnement des restructurations en 2008*, Premières synthèses, n°48.2, nov. 2009).

1186RAMONET (M.), *Les cellules de reclassement*, La documentation Française, 2010, p. 22.

TITRE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI

salariés au cœur du processus. Grâce à la créativité de certains DRH il est possible de dégager quelques bonnes pratiques¹¹⁸⁷. Pour exemple le voyageur TUI qui projetait de supprimer plus de trois cent postes pour affronter les difficultés rencontrées par le secteur. Afin de limiter le nombre de salariés licenciés l'entreprise a signé un contrat de partenariat avec une entreprise d'assurance ; celui-ci prévoyait une passerelle entre les deux entreprises sous réserve d'une formation de onze semaines entièrement financée par l'entreprise TUI. Pour les salariés non satisfaits par leur nouveau poste ils pouvaient réintégrer le plan de départs volontaires. Un système gagnant gagnant puisque la seconde entreprise s'assurait l'intégration d'un personnel formé. Une initiative séduisante qui ouvre la voie à d'autres.

Il est possible d'envisager des réseaux d'entraide entre des sociétés de toutes les tailles sur un même territoire pour créer de véritables « bourses d'emplois ». Une solution qui a le mérite d'être adaptée au mode de vie majoritairement sédentaire des salariés français.

Néanmoins on note avant tout que les efforts devraient être consentis par les employeurs bien en amont des restructurations par un investissement conséquent dans le domaine de la formation qui garantirait une meilleure employabilité.

1187« Reclassement externe, comment le rendre plus efficace », *Liaisons sociales* 2014, n° 1197, p. 20.

CONCLUSION GENERALE

La relation salariale n'est plus celle que l'on a connue. Loin du statut de partie faible et protégée, le salarié tend à devenir acteur de son parcours professionnel.

Le droit de la rupture s'est construit autour de l'objectif unique de protéger le salarié par le biais d'un ensemble de règles impératives obéissant à la suprématie de l'ordre public social. A contre-courant de sa nature contractuelle, le législateur a limité les espaces de négociation individuels dans le cadre du contrat de travail, a fortiori au moment de la rupture de celui-ci. Des dispositions vertueuses, aujourd'hui éloignées des réalités économiques et qui ne tiennent pas suffisamment compte de la volonté des parties : à l'évidence les employeurs cherchent davantage de souplesse pour s'adapter aux variations de charges, et les salariés apparaissent en capacité d'exprimer leur souhait sous réserve d'être accompagnés. De cette manière le législateur ouvre la voie de la négociation.

Si dans cette perspective la négociation individuelle s'avère intéressante lors de la rupture du contrat, la négociation collective tend vers un objectif plus large, la préservation de l'emploi.

En effet au niveau individuel le législateur a progressivement admis une alternative aux

CONCLUSION GÉNÉRALE

modes de résiliations unilatérales traditionnelles : la rupture négociée. La rupture conventionnelle, depuis sa création, connaît un succès non démenti. La protection du salarié n'est dès lors plus juridique mais sociale. Celui-ci peut opter pour une sortie de la relation de travail sans subir les conséquences sociales de la démission. Ces dispositifs, s'ils garantissent la portabilité des droits, restent insuffisants dans la mesure où ils n'assurent pas un retour à l'emploi.

En parallèle la négociation collective se développe à la faveur de la préservation de l'emploi. Elle permet aux employeurs associés aux partenaires sociaux de gérer les restructurations sans porter atteinte aux emplois, en activant de nouveaux dispositifs de flexibilité interne. Leur mise en place, à la faveur de l'emploi, bouleverse l'articulation traditionnelle entre l'accord collectif et le contrat de travail du salarié, ce dernier étant jusqu'alors considéré comme une forteresse imprenable. Compte tenu du caractère endémique du chômage, le législateur souhaite privilégier le niveau de l'entreprise par rapport à la branche et le justifie en s'appuyant sur la légitimité des acteurs sociaux. L'intérêt général doit prévaloir sur l'intérêt particulier dans le cadre d'une procédure concertée, pratique et au plus près des entreprises. La consécration du référendum d'entreprise s'inscrit dans cet objectif de facilitation des échanges au niveau de l'entreprise.

Ainsi c'est l'intégralité du droit du travail qui tend à se contractualiser ; l'affirmation de la liberté contractuelle s'accompagne d'une dérèglementation de la matière. Cette autonomie est également impulsée par les évolutions juridiques actuelles, à l'instar de la « loi travail » du 8 août 2016 qui s'inscrit directement dans cette tendance.

Au niveau collectif cette loi offre un nouvel outil de gestion de l'emploi par le biais des accords de préservation de l'emploi. Ceux-ci permettent, hors de toutes difficultés économiques, d'intégrer la notion de sauvegarde de compétitivité dans la mise en œuvre de mesures de flexibilité interne. Globalement elle donne toujours plus de place à la négociation d'entreprise consacrant la supériorité de l'accord d'entreprise sur le contrat de travail, notamment en matière de temps de travail.

Au niveau individuel elle entérine l'idée que la stabilité du contrat de travail n'est plus une fin en soi. Non parce que nous avons atteint le graal du plein emploi mais parce qu'aujourd'hui nous évoluons vers une société de protection du travailleur, voire de

LE CONSENSUALISME DANS LA RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL À DURÉE INDETERMINÉE

protection de la personne. Cette idée se concrétise par le compte personnel d'activité : à terme il doit permettre au travailleur d'être conscient de ses droits, d'en disposer librement, de devenir acteur de son parcours. De là à envisager dans un futur proche la création d'un revenu universel, il n'y a qu'un pas. Le débat est lancé autour de cet idéal social déjà expérimenté à l'étranger, mais dont la compatibilité avec notre modèle social reste à prouver.

En tout état de cause, et malgré une présence croissante, la révolution négociée paraît être à ses prémices. Si, au niveau individuel le dispositif conventionnel de rupture en place semble abouti et convaincant, force est de constater que l'enjeu est aujourd'hui plus global. La négociation collective, particulièrement au niveau de l'entreprise, est sur le point de devenir la norme au détriment de la voie règlementaire. L'ambition est à terme de créer un droit négocié propre à chaque entreprise permettant ainsi à l'accord collectif de devenir le processus d'élaboration des normes.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux et Traités

ANTONMATTEI (P.-H.), Le motif économique de licenciement, Deuxième journée prud'homale de Montpellier 13 mai 1995, in *Les motifs de licenciement*, Tome V, Litec.

ANTONMATTEI (P.-H.), RAYNARD (J.), SEUBE (J.-B.), *Droit civil. Contrats spéciaux*, LexisNexis, coll. Manuels, 8ème éd., 2015.

ATIAS (C.), *Précis élémentaire de contentieux contractuel*, Librairie de l'Université d'Aix, coll. Droit et Eco, 3ème. éd., 2006.

AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 15ème éd. 2014.

AUZERO (G.), DOCKES (E.), *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis, 30ème éd., 2016.

CAPITANT (H.), CHENEDE (F.), TERRE (F.), LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile – Obligations, contrats spéciaux, suretés*, Dalloz, coll. Grands arrêts, 13e éd., 2015.

CHAUCHARD (J.-P.), KERBOURC'H (J.-Y.), WILLMANN (C.), *Droit de la sécurité sociale*, LGDJ, coll. Manuels, 7e éd., 2015.

COEURET (A.), GAURIAU (B.) MINE (M.), *Droit du travail*, Sirey, 3ème éd., 2013.

COEURET (A.), SOURIAU (M.-A.), VERDIER (J.-M.) :

**Droit du travail, vol. 1 - Rapports collectifs*, Dalloz, coll. Mémentos, 16ème éd., 2011.

**Droit du travail, vol.2 - Rapports individuels*, Dalloz, coll. Mémentos, 16ème éd., 2011.

DESPAX (M.), *Droit du travail - Négociations, conventions et accords collectifs*, Dalloz, 2ème éd., 1989.

DUPEYROUX (J.-J.), BORGETTO (M.), LAFORE (R.), *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, coll. Précis, 17ème éd., 2011.

GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *Traité de droit civil - Les effets du contrat*, 2ème éd. LGDJ, 1994.

FABRE-MAGNAN (M.), *Droit civil, Les obligations, tome 1 (Contrat et engagement unilatéral) et tome 2 (responsabilité civile et quasi-contrats)*, PUF, coll. Thémis Droit privé, 2ème éd., 2010.

FAVENNEC-HERY (F.), VERKINDT (P.-Y.), *Droit du travail*, LGDJ, coll. Manuel, 5ème éd., 2016.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), « Droit civil – Les obligations », *L'acte juridique*, Armand Colin, 9e éd. 2000.

MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *Droit des obligations*, LGDJ, coll. Droit

civil, 7ème éd., 2015.

MAZEAUD (A.), *Droit du travail*, LGDJ, coll. Précis Domat, 9ème éd., 2014.

MORVAN (P.) :

**Restructurations en droit social*, LexisNexis, coll. Droit et Professionnels, 3ième éd., 2013.

**Droit de la protection sociale*, LexisNexis, coll. Manuel, 7ème éd., 2015.

**Restructurations et licenciements économiques*, LexisNexis, coll. Actualité, 2013.

PELISSIER (J.), AUZERO (G.), DOCKES (E.), *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis, 28ème éd., 2014.

PELISSIER (J.), LYON-CAEN (A.), JEAMMAUD (A.), DOCKES (E.), *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, coll. Grands arrêts, 4ème éd., 2008.

PESKINE (E.), WOLMARK (C.), *Droit du travail*, Dalloz, coll. Hypercours, 9ème éd., 2015.

PRETOT (X.) :

**Les grands arrêts de la jurisprudence de la sécurité sociale*, Dalloz, coll. Grands arrêts, 4ème éd., 2008.

**Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, coll. Les mémentos, 14ème éd., 2015.

RADÉ (Ch.), *Droit du travail*, Montchrestien, coll. Focus droit, 5ème éd., 2011.

RAY (J-E.), *Droit du travail*, Liaisons, coll. Droit vivant, 24ème éd., 2016.

TERRE (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil - Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 11ème éd., 2013.

TEYSSIE (B.) :

**Droit du travail européen*, LexisNexis, coll. Manuel, 3ème éd., 2013.

**Droit du travail – Relations collectives*, LexisNexis, coll. Manuel, 9ème éd., 2014.

TEYSSIE (B.), CESARO (J-F), MARTINON (A.), *Droit du travail, tome 1- Relations individuelles de travail*, LexisNexis, coll. Manuel, 3ème éd., 2014.

TRIGEAUD (J.-M.), *Encyclopédie philosophique universelle publiée sous la direction d'André JACOB, Les notions philosophiques, Tome 1 Philosophie occidentale*, dirigé par Sylvain AUROUX, éd. PUF, 1990.

Thèses, Monographies et ouvrages spéciaux

AICARDI (L.), *Restructurations d'entreprises et relations collectives de travail*, thèse, Université de Toulouse, 2001.

AUBERT (J.-L.), *Le contrat*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1996.

AZEMA (J.), *La durée des contrats successifs*, LGDJ, 1969.

BARGAIN (G.), *Normativité économique et droit du travail*, Préface Alain SUPIOT, LGDJ, coll. Droit et Economie, 2014.

BIBLIOGRAPHIE

BORENFREUND, SOURIAC (M.-A.), (ss la direction de), in *Syndicats et droit du travail*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2008.

CANUT (F.), *L'ordre public en droit du travail*, Préface François GAUDU, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, 2007.

CARDOSO-LOQUIN (N.), *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, thèse, Université de Bourgogne, 2008.

CLAUDE (N.), *La variabilité du droit du travail*, thèse, Université d'Angers, 2010.

COUMAROS (N.), *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique (étude critique de la conception classique)*, thèse, Université de Bordeaux, 1931.

DELPLANCKE (C.), LASCHON (P.), *Les départs négociés*, Litec, coll. Pratique sociale, 1993.

DUPRE-D'ALLEMAGNE (A.-S.), *La force contraignante du rapport d'obligation (Recherche sur la notion d'obligation)*, Préface Philippe DELBECQUE, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004.

EMERAS (M.), *La démocratie sociale dans l'entreprise après la loi du 20 aout 2008*, Préf. Franck PETIT, Mare et Martin, coll. Droit public, 2015.

FIN-LANGER (L.), *L'équilibre contractuel*, Préf. Catherine THIBIERGE, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2002, Tome 356.

FORRAY (V.), *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Préf. Geneviève PIGNARRE, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2007, Tome 480.

FOURCADE (C.), *L'autonomie collective des partenaires sociaux : essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale*, Préf. Antoine MAZEAUD, LGDJ, Bibliothèque de droit social, 2006, Tome 43.

GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, thèse, Université de Dijon, 1912.

GRAS (N.), *Essai sur les clauses contractuelles*, thèse, Université d'Auvergne-Clermont Ferrant, 2014.

GRATTON (K.), *Les clauses de variation du contrat de travail*, Préf. P. RODIERE, Dalloz, 2011.

HÉAS (F.), *Le reclassement du salarié en droit du travail*, LGDJ, Bibliothèque de droit social, 2000, Tome 34.

KATZ (T.), *La négociation collective et l'emploi*, Préf. Antoine Lyon Caen, LGDJ, Bibliothèque de droit social, 2007, tome 41.

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, Traduit par Charles EISENMANN, LGDJ, La pensée juridique, 1999.

LEQUETTE (Y.), *Annuaire de l'institut Michel Villey – volume 4*, Dalloz, coll. Les fondements du droit, 2013.

LE CONSENSUALISME DANS LA RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL À DURÉE INDETERMINÉE

LEURIER (C.), *La résiliation unilatérale des contrats à exécution successive*, thèse, Université Paris-Sud, 1995.

LYON-CAEN (G.), *Le salaire*, Dalloz, 2ème éd., 1981.

MARTIN DE LA MOUTTE (J.), *L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, thèse, Université de Toulouse, 1949.

MASQUEFA-NEAU-LEDUC (C.), *La restructuration*, Thèse, LGDJ, 2000.

MEYER (N.), *L'ordre public en droit du travail. Contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé*, Préface Jean PELISSIER, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2006, Tome 461.

MORACCHINI-ZEIDENBERG (S.), *L'abus dans les relations de droit privé*, Préf. Alain BERNARD, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Institut de droit des affaires, 2004.

MORIN (M.-L.), *Le droit des salariés à la négociation collective principe général du droit*, Préface Michel DESPAX, LGDJ, Bibliothèque droit social, 1994, Tome 27.

MYLONAS (T.), *La force obligatoire du contrat de travail*, Thèse, Université de Toulouse, 2001, p. 314.

PAGNERRE (Y.), *L'extinction unilatérale des engagements*, Préface Bernard TEYSSIE et J.-M. OLIVIER, Editions Panthéon-Assas, Coll. Thèses, 2012.

PASCAL (A.), *Essai juridique sur la sécurisation des parcours professionnels*, Université Toulouse 1 Capitole, 2012.

PELISSIER (J.), *Droit de l'emploi*, Dalloz Sirey, coll. Dalloz Action 1999.

PETIT (F.), *La notion de représentation dans les relations collectives de travail*, Préface P. RODIERE, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2000 Tome 291.

PORUMB (O.), *La rupture des contrats à durée indéterminée par volonté unilatérale*, thèse, Université de Paris, 1937.

POULET (L.), *Transaction et protection des parties*, Préface Yves LEQUETTE, LGDJ, Bibliothèque droit privé, 2005, Tome 452.

PRADES (O.), *La volonté dans la rupture du contrat de travail*, thèse, Université de Toulouse, 2013.

RANOUIL (V.), *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, Préface Jean-Philippe LEVY, PUF, 1980.

RIEG (A.), *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, thèse, 1961.

SACHS (T.), (sous la direction de) in *La volonté du salarié*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2012.

SAGUES (M.), *La rupture unilatérale des contrats*, thèse, Université de Paris, 1937.

SAVAUX (E.), *La théorie générale du contrat : mythe ou réalité ?*, Préface Jean-Luc AUBERT, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1997, Tome 264.

BIBLIOGRAPHIE

- SIGAUX (T.)**, *Mobilités résidentielles et professionnelles des salariés en France : entreprises, marchés et territoires, une articulation en tension*, thèse, Université Paris Dauphiné, 2014.
- SIGNORETTO (C.)**, *Licenciements et rupture conventionnelle : analyse et évaluation empirique des comportements des employeurs*, thèse, Université Paris I Panthéon – Sorbonne, 2013.
- STOFFEL-MUNCK (P.)**, *L'abus de droit dans le contrat*, Préf. BOUT. R., LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2000, Tome 337.
- SUPIOT (A.)**, *Critiques du droit du travail*, PUF, coll. Quadrige Essais Débats, 2007.
- TALAMON (C.)**, *Le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur l'interprétation et l'application des contrats*, thèse, Université de Paris, 1926.
- TERRE (F.)**, *Influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, thèse, Université de Paris, 1957.
- TISON (R.)**, *Le principe de l'autonomie de la volonté dans l'ancien droit français*, thèse. Université de Paris, 1931.
- TRUSKOLASKI (M.)**, *La légitimité du motif économique de licenciement (contribution à l'étude de la cause justificative)*, Thèse, Université de Cergy-Pontoise, 2008.
- VILLEY (M.)**, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2002.
- VIOTTOLLO-LUDMANN (A.)**, *Egalité, liberté et relation contractuelle du travail*, Préface Claude ROY-LOUSTAUNAU, Presses universitaires d'Aix Marseille, Centre de droit social, 2004.
- VOIRIN (P.)**, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, thèse, Université de Nancy, 1922.
- WALERS (G.)**, *Entre esprit et lettre : Le juge et l'interprétation du contrat en droit français et en droit américain (une étude comparative)*, Mémoire sous la direction de Monsieur le Professeur Martijn Hesselink, Université Paris I, 2010.
- WALINE (M.)**, *L'individualisme et le droit*, Préface Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN, Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2007.
- WICKER (G.)**, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1997, Tome 253.
- YANNAKOUROU (S.)**, *L'Etat, l'autonomie collective et le travailleur*, Préface Antoine LYON CAEN, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1995, Tome 247.

Articles et Chroniques

- AHUMADA (C.)**, « Le congé individuel de formation », *RPDS* 2010. p. 311.
- ALBIOL (J.-M.) COUGNAUD (C.)**, « Mobilité : un pas vers la modernité », *Les cahiers du DRH* 2014, 205-206.
- AMAUGER-LATTES (M.-C.)**, « Les deux visages de l'obligation patronale d'adaptation du salarié

», *SSL Suppl.* 2008, n° 1343, p. 10.

AMRANI-MEKKI (S.), « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *Répertoire du Notariat Deffrénois* 2003, n° 6, p. 369.

ANCEL (P.) :

*« Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771.

*« La force obligatoire, jusqu'où faut-il la défendre ? » in C. Jamin et D. Mazeaud (dir), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2003, p. 163.

ANDREU (L.), « L'intégration jurisprudentielle des projets de réforme dans le droit positif », *Recueil Dalloz* sept. 2013, n° 31, p. 2108-2119.

ANTONMATTEI (P. H.) :

*« Les alternatives aux licenciements », in *Les licenciements pour motif économique*, Actes du XIII^{ème} colloque organisé par l'Institut d'Etudes Européennes et Internationales du Travail, du 14 mars 1997, Litec, coll. Droit, tome IX.

*« Négociation collective : une bonne nouvelle et une mauvaise », *Dr. Soc.* 2007, n°4 p. 459.

*« Accord national interprofessionnel et loi : un conflit de normes inattendu et inopportun », *Dr. Soc.* 2009, p. 528.

*« Avantages catégoriels d'origine conventionnelle et principe d'égalité de traitement : évitons la tempête ! », *Dr. Soc.* 2010. 1169.

*« Accord de maintien de l'emploi : premier lifting législatif », *Dr. Soc.* 2015, p.811.

*« Les critères de la représentativité : lecture critique de la position commune du 9 avril 2008 », *Dr. Soc.* 2008, p. 771-773.

*« Le Plan de départs volontaires mérite mieux », *RJS* 2011, p. 353.

*« Grands licenciements pour motif économique, des innovations séduisantes à parfaire », *SSL* 2013, n° 1592.

*« Flexisécurité : nouvelle victoire de la démocratie sociale », *Dr. Soc.* 2013, p. 97.

*« L'accord de mobilité interne : il faut l'essayer ! », *Dr. Soc.* Oct. 2013, 794.

*« GPEC : le renforcement de l'obligation triennale de négociation », *Dr. Soc.* 2013, p.791.

*« L'obligation de rechercher un repreneur en cas de projet de fermeture d'un établissement : censure partielle du Conseil constitutionnel », *Dr. Soc.*, 2014, p. 574.

*« Accord de maintien de l'emploi : premier lifting législatif », 2015, p. 811.

ARSEGUEL (A.) :

*Rupture d'un commun accord et transaction : une interaction fructueuse, in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p.1.

*« Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale », in *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 401.

*« Controverse : Réformer sans bouleverser », *RDT* 2006, p. 288.

*« Représentativité syndicale et élections professionnelles », *Recueil Dalloz* 2010, 2029.

ARSEGUEL (A.), ISOUX (P.), « La transaction : ses effets au regard de l'indemnisation du chômage », *Dr. Soc.*, 1991, p. 438.

ARSEGUEL (A.), VERDIER (J.-M.), « Quelle réforme de représentativité syndicale ? », *RDT* 2006, p. 284.

ATIAS (C.) :

*« Qu'est ce qu'un contrat ? », JAMIN (Ch.) (dir.) in *Droit et économie des contrats*, LGDJ, 2008.

*« Les risques et périls de l'exception d'inexécution », *D.* 2003, p.1103.

BIBLIOGRAPHIE

- AUBREE (Y.)**, « Le concept légal d'avantage individuel acquis », *RJS* 11/00, chron., p. 699.
- AUBERT-MONPEYSSEN (T.)**, « Valeur juridique d'un accord de maintien de l'emploi », *D.* 1998, 480.
- AUMERAN (X.), MICHEL (J-B.)**, « Les ruptures du contrat de travail : quelles tendances ? », *JSL* 2014, n° 370, p. 4.
- AUNE (A.-C.)**, « Le fait du prince en droit privé », *RLDC* 2008, n°47, p. 71-81.
- AUZERO (G.) :**
- *« La force juridique des préambules des conventions et accords collectifs de travail », *Travail et protection sociale* 2004, p. 7.
 - *« L'application du principe d'égalité de traitement dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2006. 822.
 - *« L'accord du 23 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail : l'ébauche d'une flexisécurité à la française », *RDT* 2008, p. 152.
 - *« Représentativité syndicale dans l'entreprise : la consécration de la règle du cycle électoral », *Lexbase hebdo éd. Soc.* 2013, n° 518.
 - *« De quelques effets de l'ANI du 11 janvier 2013 sur le droit du contrat de travail », *RDT* 2013, p. 179.
 - *« Plan de sauvegarde de l'emploi et groupe de sociétés » *SSL* 2009, n° 1416, p. 6.
 - *« L'articulation de la rupture conventionnelle et de la transaction », *RDT* 2014, p.330.
 - *« Formation professionnelle, emploi et démocratie sociale : représentativité syndicale et transparence financière », *Lexbase hebdo éd. Soc.* 2014, n° 563.
- AUZERO (G.), LARDY-PELISSIER (B.)**, « De quelques effets de l'ANI du 11 janvier 2013 sur le droit du contrat de travail », *RDT* 2013, n° 3, p. 179.
- AYNES (L.)**, « A propos de la force obligatoire du contrat », *RDC* 12/03, n° 1, p. 323.
- BAILLY (P.)**, « La contractualisation des plan de sauvegarde de l'emploi », *Gaz. Pal.*2007, n° 224, p. 38.
- BALMARY (D.) :**
- *« Le licenciement économique : du contrôle à la négociation ? », *Dr. Soc.* 2004, p. 271.
 - *« Le droit du licenciement économique est-il vraiment un droit favorable à l'emploi ? », *Dr. Soc.* 1998, p. 131.
- BAREGE (A.)**, « Le pouvoir normatif des conventions et accords collectifs », *JCP S* 2014, n° 46, p. 14.
- BARON (P.), PIGNAUD (X.)**, « Généralisation de la couverture « frais de santé » et de la portabilité », *JCP S* 2013, n° 26, p.1269.
- BARTHELEMY (J.) :**
- *« L'évolution du système de protection sociale complémentaire de l'entreprise », *Dr. Soc.* 1986, p. 305.
 - *« La négociation collective, outil de gestion de l'entreprise », *JCP E* 1987, n°46, p. 11.
 - *« Restructurations et protection sociale complémentaire », *Dr. Soc.*,1989, p. 110.
 - *« La contribution de l'accord de méthode à l'édification d'un droit social plus contractuel » in *Les accords de méthode*, *SSL* supp. 2004, n°1152, p. 10.
 - *« La portabilité des garanties collectives de prévoyance », *Dr.Soc.* 2008, p. 325.
 - *« Vers de nouvelles évolutions du droit de la négociation collective », *Dr. Soc.* 2009, p. 907.

LE CONSENSUALISME DANS LA RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL À DURÉE INDETERMINÉE

*« Restructurations et sort de la protection sociale complémentaire », *Gaz. Pal.* 2013, n° 234, p.27.

*« Les fondamentaux du droit de la « PSC », *Dr. Soc.* 2013, p. 873.

BARUEL BENCHERQUI (B.), LE FLANCHEC (A.), MULLENBACH-SERVAYRE (A.), « La Gestion Prévisionnelle des Emplois et des Compétences et son effet sur l'employabilité des salariés », *Management & Avenir* 8/2011, n° 48, p. 14-36.

BATTUT (M.), DUCHAMP (P.), « Conditions pour l'anticipation des changements dans l'entreprise », in *Restructurations en Europe, SSL* suppl.2008, n° 1376, p. 69.

BAUGARD (D.) :

*« Le droit à l'emploi », *Dr. Soc.* 2014, p.332.

*« La qualification du motif économique », *RDT* 09/09, 510.

BEAL (S.), DODET (A.L.) :

*« Les impasses de la jurisprudence Adecco », *JSL* 2007, p. 3.

*« Validité des accords collectifs et détermination des syndicats majoritaires », *JCP S* 2007, n° 11, p. 18.

*« La mobilité interne : un outil de GPEC », *JCP S* 2013, 1428.

BEAL (S.), TERRENOIRE (C.), « Licenciement collectif : faculté de définir un périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements dans le document unilatéral », *JCP E* 2014. n° 37, p.1464.

BELIER (G.), « Quelques questions autour de la loi Robien », *Dr. Soc.* 1996, p. 1008.

BENABENT (A.), AYNES (L.), « Réforme du droit des contrats et des obligations : aperçu général », *D.* 2016, p. 434.

BOIXADER (M.), VINCENS (F.), « De la nécessité de préciser la loi Evin ? », *JCP S* 2008, n°21, p. 12.

BERAUD (J. M.) :

*« Ruptures conventionnelles et droit du licenciement économique, un rapport à décrypter », *RDT* 04/11 p. 226.

*« Représentativité : pondération des critères et transparence financière », Rapport sur Soc., 29 février 2012, *Dr. Ouv.* Mai 2012, p. 315.

BERTA (N.), SIGNORETTO (C.), VALENTIN (J.), « La rupture conventionnelle: objectifs officiels versus enjeux implicites », *Revue française de socio-économie* 2012, p. 191.

BERTHOU (K.), « Différence de traitement : esquisses des exigences professionnelles essentielles après la loi du 27 mai 2008 », *Dr. Soc.* 2009. p. 410.

BLAISE (H.), « Rupture amiable et transaction : une distinction délicate en droit du travail », *Dr. Soc.*, 1996, p. 33.

BLANC-JOUVAN (G.), « Accords individuels et accords collectifs en droit du travail », *JCP S* 2007, n° 16, p. 1265.

BOCQUILLON (F.), « Que reste-t-il du principe de faveur ? », *Dr. Soc.* 2001, p. 255.

BONI (G.), « Regards extérieurs et comparés sur les accords collectifs conclus lors des

BIBLIOGRAPHIE

restructurations », *SSL suppl.* 2008, p. 47.

BORENFREUND (G.) :

- *« Propos sur la représentativité syndicale », *Dr. soc.* 1988, p. 476.
- *« La représentation des salariés et l'idée de représentation », *Dr. Soc.* 1991, p. 685.
- *« Les syndicats bénéficiaires d'un accord collectif », *Dr. Soc.* 2001, p. 821.
- *« Les syndicats et l'exigence majoritaire dans la loi Fillon », in *La négociation à l'heure des révisions*, Dalloz, 2005, p. 7.
- *« Le nouveau régime de la représentativité syndicale », *RDT* 2008, p. 712.
- *La volonté des salariés dans les relations collectives du travail in *La volonté du salarié*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2012, p. 8.
- *« L'idée majoritaire dans la négociation collective », in *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 429.
- *« Représentativité syndicale et négociation collective », *Dr. Soc.* 2013, p. 300.
- *« Le renouveau du droit syndical dans l'entreprise : entre faveur et défiance ? », *Dr. Soc.* 2009, p. 700.
- *« Le financement des syndicats sous l'emprise de l'autonomie collective ? », *Dr. Soc.* 2008, p. 106.
- *« Le refus du salarié face aux accords collectifs de maintien de l'emploi et de mobilité interne », *RDT* 2013, p. 316.
- *« Représentativité syndicale et négociation collective », *Dr. Soc.* 2013, p. 300.

BORENFREUND (G.), VACARIE (I.), « Le droit social, l'égalité et les discriminations », Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2013, p. 77.

BOULMIER (D.), « La loi du 20 août 2008 et la représentativité... arithmétique étrange et autres singularités », *JCP S* 2014, p. 1209.

BOUBLI (B.) :

- *« Le licenciement statut exclusif de la rupture du contrat à durée indéterminée ? », *Travail et protection sociale* 1998, p. 4.
- *« Des précisions importantes à la jurisprudence des arrêts *Framatome et Majorette* », *JSL* 1999, n°29, p. 4.
- *« La sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise », *Dr. Soc.* 2004, 1094.
- *« Nullité des licenciements économiques : nouvelles problématiques », *Gaz. Pal.* 2011, étude 18163.

BREON (G.), FLAMENT (L.), « La rupture conventionnelle, une rupture amiable encadrée », *JCP S* 2008, 1431.

CALIFANO (M.), « Transaction et résiliation amiable : un consensualisme renaissant », *Dr. Ouvrier* 1989, p. 419.

CAMDESSUS (M.), « Le sursaut - Vers une nouvelle croissance pour la France », *La Documentation française*, 2004, p. 98.

CANUT (F.) :

- *« La sanction des engagements collectifs en matière d'emploi », *JCP S* 2005, p. 1411.
- *« Les accords de maintien de l'emploi : l'heure du premier bilan », *Les Cahiers sociaux* 01/15, n° 270, p. 47.
- *« Le secteur géographique », *Dr. Soc.* 2011, p. 923.
- *« Tir groupé autour des clauses de mobilité », *Dr. Ouvr.* 2009, p.7.

CAVALIE (B.), « Le projet de réforme du droit des contrats face à la crise : quel avenir pour la théorie de l'imprévision ? », *RLDC* 2009, n°62.

CAVAT (H.), Les contorsions à l'oeuvre dans les accords de maintien de l'emploi et de mobilité interne : A propos du refus du salarié in *Licenciements pour motif économique et restructurations : vers une distribution des responsabilités*, ss la dir. De G. BORENFREUND et E. PESKINE, coll. Thèmes et Commentaires, Dalloz, 2015, p. 61.

CHAGNY (Y.), « La jurisprudence Framatome et Majorette : les derniers feux ? », *Dr. Soc.* 2005. p. 556.

CHALARON (Y.), « L'application de la disposition plus favorable, » in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 243.

CHAMPEAUX (F.), « Le choix d'une démocratie élective », *SSL* 2008, n° 1370, p. 2.

CHASSAGNARD-PINET (S.), VERKINDT (P-Y.), « La rupture conventionnelle du contrat de travail », *JCP S* 2008, n° 26, p. 1365.

CHAZAL (J.-P.), « Tout n'est il pas contractuel dans le contrat », *RDC* avril 2004, n°2, p. 237.

CESARO (J.-F.) :

*« La résiliation conventionnelle des contrats de travail », *Dr. Soc.* 2011, p. 640.

*« Commentaire de la loi du 31 janv. 2007 de modernisation du dialogue social », *JCP* 2007, n° 8.

CHEVILLARD (A.), « La notion de disposition plus favorable », *Dr. Soc.* 1993, p. 363.

COMBREXELLE (J.-D.) :

*« La réforme de la représentativité syndicale, vu de la salle des machines », *Dr. Soc.* 2013, p. 932.

*« Propos introductif sur la loi du 5 mars 2014 », *JCP S* 2014, p. 1156.

COURSIER (P.), « De l'égalité de traitement des régimes catégoriels », *JCP S* 2013, p. 1144.

COUTURIER (G.) :

*« Plans sociaux et exigences de reclassement », *Dr. Soc.* 1994, p. 443.

*« Vers un droit du reclassement ? », *Dr. Soc.* 1999. p. 497.

*« L'autonomie du droit du licenciement (Brefs propos sur les accords de rupture amiable du contrat de travail et les transactions) », *Dr. Soc.* 2000, p. 178.

*« La résolution amiable du contrat de travail sur la sellette », *D.* 2000, p. 265.

*« Nullités de transactions », *Dr. Soc.* 2001, p. 23.

*« Le licenciement de compétitivité », *SSL* 2006, n° 1245, p. 8.

*« Les ruptures d'un commun accord », *Dr. Soc.*, 2008, p. 923.

*« Nullités du licenciement : les audaces de la cour d'appel de Paris », *SSL* 2011, n° 1509, p. 10.

*« Avant propos », *SSL* 2013, n° 1592.

*« Accord de maintien de l'emploi », *Dr. Soc.* 2013, p. 805.

*« Un nouveau droit des (grands) licenciements collectifs », *Dr. Soc.* 2013, p. 814.

COUTURIER (G.), PERULLI (A.), « Droit des contrats et droit du travail », *RDT* 2007, p.407.

CROMARIAS (A.), « Penser la flexicurité au niveau « méso » : entre ancrage territorial et innovation sociale », *Géographie, économie, société*, 2010/04.

DALMASSO (R.), « Le désamorçage de l'obligation de recherche d'un repreneur – Libres propos après la décision du conseil constitutionnel du 27 mars 2014 », *SSL* 2014, p. 1625.

BIBLIOGRAPHIE

DANIEL (J.), « L'accord de maintien de l'emploi, un mélange détonnant de complexité et d'insécurité », *JCP S* 2014, 1187.

DAVEZIES (Ph.), « Les impasses du harcèlement moral », *Travailler* 2004/1, n° 11, p. 83.

DAVID (R.), « L'imprévision dans les droits européens », *Mélanges dédiés à Alfred Jauffret*, Université de droit et de science politique d'Aix-Marseille, Aix-Marseille, 1974, p. 211.

DE COURSON (C.-A.), La re-fondation sociale – les empiètements de l'Etat – les enjeux sociaux et économiques du dialogue social in *La co-gestion à la française : voies et moyens du dialogue social*, F. Loos (sous la dir.), Colloque du 27 juin 2001 à l'assemblée nationale, Staut et Associés, 2001, p. 13.

DELEBECQUE (P.), L'anéantissement unilatéral du contrat, in JAMIN C. et MAZEAUD D. (sous la direction) *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Etudes juridiques, T. 9, Economica, 1999, p. 61.

DESPAX (M.) :

*Les paradoxes de la négociation d'entreprise, in *Transformations du droit du travail*, Etudes offertes à G. Lyon Caen, Dalloz, 1989, p. 267.

*Négociations, conventions et accords collectifs, in *Droit du travail*, dir. G.-H. Camerlynch, Paris, Dalloz, T.VII, 2^{ème} éd., 1989, n°58.

*« L'exercice du droit d'opposition de l'art. L.132-26 C. trav. À l'encontre d'accords sur la durée et l'aménagement du temps de travail », *dr. Soc.* 1991, p. 292.

*« Le maintien des avantages acquis en matière de rémunération », *Dr. Soc.*, 1990, p. 156.

*« L'ordre des licenciements dans les entreprises à établissements multiples », *Dr. Soc.* 1994, p. 243.

DIRRINGER (J.), SWEENEY (M.), « Les juges administratifs face aux PSE : une logique de repli ? », *Dr. Ouvr.* 2015, p. 378.

DOCKES (E.) :

*« Un accord donnant, donnant, donnant », *Dr. Soc.* 2008, p. 280.

*« La réciprocité des dispositions dans la convention collective », in *Droit syndical et droits de l'Homme à l'aube du XXI^{ème} siècle*, mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier, Dalloz, 2001, p. 505.

*« Le PSE sans reclassement : naissance d'une chimère », *SSL* 2010, n° 1465, p. 11.

*« Le droit du licenciement perd son sens à l'ombre de l'arrêt Vivéo », *Dr. soc.* 2012, p. 606.

DUFOUR (F.), Les clauses de garantie d'emploi dans les accords d'entreprise « donnant-donnant », in *Le salarié, l'entreprise, le juge et l'emploi*, sous la direction de J.-Y. KERBROUC'H et C. WILLMANN, Cahier Travail et Emploi, La documentation française 2001, p. 97.

DUPEYROUX (J.), « Avant propos : un nouveau droit social ? », *Dr. Soc.* 2003, p. 5.

DUPUY (J.), « La démission du salarié », *D.* 1980, p. 261.

DURAND (P.), « Le dualisme de la convention collective », *RDT civ.* 1939, p. 353.

DUTHEILLET DE LAMOTHE (O.), « Existe-t-il un droit constitutionnel du travail ? », *JCP S* 2012, p. 1050.

EMERAS (M.), « Le domicile du salarié », *JCP S* 2015, n° 3, p. 1012.

ESCANDE-VARNIOL (M.-C.), « Pour une évolution juridique de la qualification juridique des

changements d'horaires ou de lieu de travail », *Dr. Soc.* 2002, p. 1064.

ETIENNOT (P.), « La formation professionnelle pensée autrement », *RD*T 2014, p. 112.

FABRE (A.) :

*« Rupture conventionnelle et champ du licenciement pour motif économique : une exclusion troublante », *RD*T 2008, p. 653.

*« Ruptures conventionnelles et suppressions d'emplois pour motif économique : possibilité offerte par la loi ou fraude à la loi ? », *RD*T 2010, p. 369.

*« Le licenciement économique et l'objectif de sécurisation », *RD*T 2013, p.184.

*« De l'usage des dispositifs de mobilité dans les accords collectifs », *Les cahiers sociaux* 01/15, n° 270.

*« Vers un droit des mobilités ? », *SSL* 2014, n° 1617.

*« Les négociateurs sociaux, « seuls juges » du principe d'égalité », *Dr. Soc.* 2015. p. 237.

FABRE (A.) LEFRESNE (F.) TUCHSZIRER (C.), « L'accord du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail » *Revue de l'OFCE*, 2008, p. 5.

FAGES (B.), « Equilibre et transaction : l'exigence de concessions réciproques », in *La transaction dans toutes ses dimensions* (dir. B. MALLET-BRICOURT et C. NOURISSAT), coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2006, p. 53.

FAVENNEC-HERY (F.) :

*« L'ANI du 31 octobre 1995 sur l'emploi », *Dr. Soc.*, 1996, p. 20.

*« Loi Robien : création d'emplois, alternative au licenciement ou opportunité ? », *Dr. Soc.* 1996, p. 999.

*« Modification du contrat de travail : Le glissement de l'objectif vers le subjectif », *RJS* 6/03, p. 459.

*« La représentativité syndicale », *Dr. Soc.*, 2009, p. 630.

*« PDV, PSE, PDR : un plan chasse l'autre », *Dr. Soc.* 2010, n°12.

*« L'accès à la représentativité », *JCP S* 2012, n° 22, p. 21- 28.

*« Recadrer la nullité du licenciement pour motif économique », *JCP S* 2012, p. 35.

*« L'arrêt Viveo : fin d'une controverse ? » *JCP S* 2012, p. 1241.

*« Les accords de maintien de l'emploi, une mesure phare de la loi de sécurisation de l'emploi », *Gazette du Palais* 2013, n° 295, p. 10.

*« Les périmètres du PSE », *JCP S* 2013, p. 1202.

*« Accords de mobilité interne, un rendez vous manqué ? », *SSL* 2013, n° 1592.

*« Les variables de la mobilité : organiser », *JCP S* 2014, n° 11, p. 1104.

FLAMENT (L.) :

*« A propos de la rénovation de la démocratie sociale », *Dr. Soc.* 2009, p. 627.

*« La représentativité après la loi du 20 août 2008, nouvelles questions », *JCP S* 2009, 1386.

*« Télétravail, un jeu croisés d'obligations », *JCP S* 2011, 1073.

FLORES (P.), « Modulation du temps de travail et modification du contrat de travail », *SSL* 2010, n° 1472, p. 12.

FOURCADE (C.), « La transaction en droit du travail : quelle place pour la liberté contractuelle ? », *Dr. Soc.* 2007, p. 166.

FREYSSINET (J.) :

*« L'emploi au cœur de la négociation d'entreprise: quel impact de l'accord du 11 janvier 2013 ? », *La Revue de l'Ires* 2014, p. 3.

BIBLIOGRAPHIE

*« La loi Robien : rupture qualitative ou aubaine éphémère ? », *La Revue de l'IRES* 1997, n° 23, p. 5.

FRISON-ROCHE (M.-A.), « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement », *RTD civ.* 1995, p. 573.

FROUIN (J.-Y.) :

*« Retour sur la notion de sauvegarde de compétitivité », *RJS* 2006, n° 3.

*« Protection de l'emploi du salarié, intérêt de l'entreprise et construction prétorienne du droit du travail », *JCP S* 2010, p. 1088.

GADY (O.), « Accords de maintien de l'emploi : les contours incertains de la clause pénale », *SSL* 2014, p. 1626.

GARDES (D.), « Congé de maternité suivi de congés annuels : report de la période de protection relative à la reprise effective du travail », *RDT* 2014, p.547.

GARDIN (A.), « Le changement temporaire du lieu de travail du salarié », *SSL* 2010, n° 1460, p. 4.

GAUDU (F.) :

*« Les notions d'emploi en droit », *Dr. Soc.*, 1996, p. 579.

*« Le contrôle de l'exécution des engagements en matière d'emploi », *Dr. soc.* 1998, p. 372.

*« Les accords de méthode », *Dr. Soc.* 2008, p. 915.

GAURIAU (B.) :

*« Le référendum, un préalable nécessaire ? », *Dr. Soc.* 1998, p. 338.

*« L'exclusivité de la rupture conventionnelle », *Dr. Soc.* 2008, p. 1065.

*« La rénovation de la démocratie sociale, loi n° 2008-789 du 20 août 2008 », *JCP S* 2008, p. 1448.

*« Droit syndical et question prioritaire de constitutionnalité », *JCP S* 2010, p. 1354.

*« Le périmètre d'appréciation de la représentativité syndicale », *JCP S* 2011, p. 1116.

*« Stratégie et dialogue social adapté », *JCP S* 2015, n° 41, p. 27.

GAUTIE (J.), MAGGI-GERMAIN (N.), PEREZ (C.), « Fondements et enjeux des « comptes de formation » : les regards croisés de l'économie et du droit », *Dr. Soc.* 2015, p. 591.

GEA (F.) :

*« Les obligations de reclassement en droit du travail », *Dr. Soc.* 1999, p. 504.

*« Licenciement pour motif économique : l'obligation générale de reclassement », *RJS* 7-8/2000, p. 511.

*« Causes (économiques) enchevêtrées », *RDT* 2010, p. 297.

*« Le droit du licenciement économique à l'épreuve de la sécurisation de l'emploi », *Dr. Soc.* 2013, p. 210.

*« Le législateur face aux propositions indécentes » *RDT* 2010. p. 646.

*« Ruptures conventionnelles et droit du licenciement économique », *RDT* 2011, p. 244.

*« Rompre (Réflexions sur la volonté du salarié de rompre son contrat) », in *La volonté du salarié* (dir. Tatiana Sachs), Dalloz, 2012.

*« La problématique Vivéo : au législateur de reprendre la main », *RDT* 2012, p. 608.

*« Point de contestation de la cause économique en cas de rupture amiable », *RDT* 2012, p. 220.

*« L'obligation de rechercher un repreneur en cas de fermeture d'un site », *Dr. Soc.* 2013, p. 827.

*« Le droit du licenciement économique à l'épreuve de la sécurisation de l'emploi », *Dr. Soc.* 2013. p. 210.

*« Le PSE sous l'emprise de la loi relative à la sécurisation de l'emploi – à propos de quelques décisions récentes de juridictions administratives », *RDT* 2014, p. 549.

LE CONSENSUALISME DANS LA RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL À DURÉE INDETERMINÉE

*« Le périmètre de l'ordre des licenciements à l'épreuve du projet de loi Macron », *RDT* 2015, p. 115.

GHESTIN (J.) :

*« L'absence de cause de l'engagement : absence de la contrepartie convenue », *JCP G* 2006, I, p. 177.

*« Le renouveau doctrinal actuel de l'absence de cause », *JCP G* 2006, I, p. 194.

GOMEL (B.), MEDA (D.) SERVERIN (E.), « Le licenciement pour motif économique est-il juridiquement risqué en France? », *Connaissances de l'emploi, CEE*, 2010, n°72.

GOSELIN (H.), VERKINDT, (P.-H.), *in* Les rencontres de la chambre sociale de la Cour de cassation, 2011, *D*, 7 s.

GREVY (M.), « La capacité d'intervention des syndicats face au nouveau régime de la représentativité », *Dr. Soc.* 2013, p. 311.

GREVY (M.), HENRIOT (P.), « Le juge, ce gêneur.. », *RDT* 2013, p. 173.

GRIGNARD (M.), « Articuler démocratie sociale et démocratie politique », *Dr. Soc.* 2010, n° 5, p. 515.

GRIMAUT (S.), « Sécurisation des parcours professionnels et flexicurité: analyse comparative des positions syndicales », *Revue Travail et emploi*, 2008, p. 75.

GRUMBACH (T.), « De l'abus dans le recours à la rupture conventionnelle le CPH des sables d'Olonne ouvre la voie », *SSL* 2010, n° 1451.

GRUMBACH (T.) SERVERIN (E.), « Le juge des référés prud'homal face au refus d'homologation de ruptures conventionnelles », *SSL* 2010, n° 1435, p. 6.

GUIOMARD (F.), « La justice du travail confrontée aux politiques de flexicurité », *RDT* 2013, p. 52.

GUYOT (H.) :

*« Le télétravail codifié », *JCP S* 2012, n° 19, p. 19.

*« Le télétravail, état des lieux », *JCP S* 2013, n° 40, p. 15.

HAUTEFORT (M.) :

*« Loi de Robien, la face cachée », *SSL Supp.* 1997, n° 845.

*« Le lieu de travail dans le contrat n'est, sauf exception, qu'une simple information », *JSL* 8 juillet 2003, n° 127, p. 9.

*« Les accords de maintien de l'emploi », *Les cahiers du DRH* 2014, p. 207.

HEAS (F.) :

*« Retour sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences », *JCP S* 2008, n°22, p. 14.

*« La représentativité des organisations salariées et patronales en droit français », *RDT* 2011, p. 91

IZAC (L.), « Volonté individuelle et acte juridique : regard d'un privatiste sur le contrat », *in La volonté individuelle*, LGDJ, 2004, p. 193.

JEANSEN (E.), « La rupture amiable planifiée », *JCP S* 2015, n° 28, p. 20.

JEAMMAUD (A.) LE FRIANT (M.), « L'incertain droit à l'emploi », *Travail, Genre et société* 1999, n° 2, p. 29.

BIBLIOGRAPHIE

JEAMMAUD (A.) MASSE-DESSEN (M.), « Quel avenir pour la loi face à la négociation collective ? » *SSL* 2006, n° 1257, p. 10.

JEAMMAUD (A.) :

*« Le principe de faveur – Enquête sur une règle émergente », *Dr. Soc.* 1999, p. 15.

*« Crise et relations de travail » in *Droit de la crise : crise du droit ? Les incidences de la crise économique sur l'évolution du système juridique*, Cinquièmes Journées René Savatier, Poitiers, 5 et 6 octobre 1995, Tome 31, PUF, 1997, p. 91.

*« Le contrat de travail, une puissance moyenne », in *Analyse juridique et valeurs en droit social*, Etudes offertes à J. Pélissier, Dalloz, 2004, p. 299.

*« Consentir » in *La volonté du salarié*, T. Sachs (dir.), Dalloz, 2012, p. 65.

JAMIN (C.) :

*« Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, *Economica*, 1999, p. 71.

*« Pour en finir avec la formation du contrat », *Petites affiches* 6 mai 1998, p. 25.

JARROSSON (C.), « Les concessions réciproques dans la transaction », *Dalloz* 1997, p. 267.

JAUBERT (A.), « La négociation d'entreprise dans la crise : innovations institutionnelles et sociales, » *Dr. Soc.*, 2013, p. 332.

JOSSERAND (L.), « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD civ* 1937, p. 4.

JOURDAN (D.), « Le droit au reclassement », *SSL* supp. 2001, n° 1038, p. 25.

KERBOUC'H (J.-Y.), « L'anticipation des restructurations à l'épreuve du droit du travail », *Revue Travail et emploi* 2007, p. 109.

KOLECK-DESAUTEL (S.), « La simple indication du lieu de travail dans le contrat n'a qu'une valeur d'information », *Lexbase hebdo éd. Soc.* 2003, n°76.

KRIVINE (J.),

*« Les accords de mobilité interne, nouvel échappatoire au PSE ? », *SSL* 2013, n°1592, p. 53.

*« Négociation collective et PSE : les tontons flingueurs », *Dr. Ouvr.* 2015, p. 239.

LAGARDE (X.), « Les spécificités de la transaction consécutive à un licenciement », *JCP* 2001, p. 337.

LAGESSE (P.), **BOUFFIER (N.)**, « Les frontières de la rupture conventionnelle », *Dr. Soc.*, 2012, p. 14.

LANGLOIS (Ph.), « Contrat individuel de travail et convention collective : un nouveau cas de représentation », *Dr. Soc.* 1975, p. 283.

LANGLAIS (E.), « Le "risque judiciaire" et les licenciements en France : le point de vue de l'économie du risque », MPRA, 2008, p. 8845, University Library of Munich, Germany.

LARDY-PÉLISSIER (B.), « L'obligation de reclassement », *D.* 1998. Chron. 399.

LAULOM (S.), **MERLEY (N.)**, « La fabrication du principe de faveur », *RDT* 2009, p. 219.

LEGRAND (H.-J.) :

*« Sur un nouvel objet juridique non identifié, la GPEC », *Dr. Soc.* 2006, p. 330.

*« Les accords collectifs de « maintien de l'emploi » : entre deux frontières de la négociation collective », *Droit social*, 2013, p. 245.

LE GOFF (J.), « La naissance des conventions collectives », *Droits*, 1990, n° 12, p. 67.

LEQUETTE (Y.), « Libres propos », *Annuaire de l'institut Michel Villey*, Volume 4, 2012, p. 151.

LEMOINE (E.), « Les principes civilistes dans le contrat de travail », *Petites affiches* 2001 n° 119, p. 8.

LEVENEUR (L.), Consensualisme et liberté contractuelle, in *Le discours et le code*, Litec, coll. Jurisclasseur, 2004, p. 285.

LOKIEC (P.) :

*« Garantir la liberté du consentement contractuel », *Dr. Soc.* 2009, p. 127.

*« La mise en œuvre des clauses contractuelles : l'exemple de la clause de mobilité dans le contrat de travail », *D.* 2009, n° 21, p. 1427.

*« Départs volontaires, GPEC et licenciement pour motif économique, » *Droit social* 2008, n° 12, p. 1238.

*« L'accord du salarié », *Dr. Soc.* 2010, n° 2, p. 140.

*« De l'inexistence », *SSL* 2011, n°1511, p. 11.

*« Flexibilité et contrat de travail », *JCP G* 2013, p. 224.

*« Le motif économique après la loi de sécurisation de l'emploi », *SSL* 2013, n° 1592, p. 57.

*« Le plan de sauvegarde de l'emploi conventionnel » in *Licenciements pour motif économique et restructurations : vers une redistribution des responsabilités*, (dir. G. BORENFREUND et E. PESKINE), coll. Thèmes et commentaires, 2013, p. 11.

LOKIEC (P.), LECLERC (O.), GUAMAN (H.), « Abécédaire comparé de l'ANI du 11 janvier 2013 », *RDT* 2013, n° 3, p. 204.

LOKIEC (P.), LYON-CAEN (A.), « Contre la violation efficace du droit », *SSL* 2012, n° 1532, p. 6.

LOISEAU (G.) :

*« La rupture conventionnelle au régime de droit commun », *JCP S* 2014, n° 8, p. 12.

*« Rupture du troisième type : la rupture conventionnelle du contrat de travail », *Dr. social* 2010, n° 3, p. 297.

*« Les accords de maintien de l'emploi », *JCP S* 2013, n°25, p.32.

*« La police des clauses du contrat de travail : le paradigme de la clause de mobilité », *JCP S* 2009, n°3, p.14.

*« La sécurisation de l'emploi et la compétitivité des entreprises dans l'ANI du 11 janvier 2013 et sa transposition par l'avant-projet de loi du 11 févr. 2013 », *JCP S* 2013, n° 8, p. 10.

*« L'âge de raison de la rupture conventionnelle », *JCP S* 2014, n° 14, p. 1137.

*« Les transformations du droit de la rupture du contrat de travail », *JCP S* 2015, n° 26, p. 55.

*« Les accords de maintien de l'emploi ont-ils un avenir ? », *RDT* 09/15, p. 499.

LUTTRINGER (J.-M.), « Le compte personnel de formation : genèse, droit positif, socio-dynamique », *Dr. Soc.* 2014, p. 972.

LYON CAEN (P.), « Fragilité des accords amiables de résiliation d'un contrat de travail », *Dr. Soc.*, 1998, p. 29.

BIBLIOGRAPHIE

LYON CAEN (G.) :

*« Le droit du travail dans la nouvelle politique de l'emploi », *Dr. Soc.* 1988, p. 548.

*« Rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », *RTD civ.* 1974, p. 229.

LYON CAEN (A.),

*« L'emploi comme objet de la négociation collective », *Dr. Soc.*, 1998, p. 317.

*« La nullité d'une procédure de licenciement collectif pour défaut de motif économique », *Dr. ouvrier* 2011, p. 537.

*« L'ADN d'une réforme », *RDT* 2013. n° 3, p.162.

MACHELON (J.-P.), « La réforme récente du contrôle administratif des licenciements et le juge administratif », *Droit social*, 1975, n°9/10, p 190.

MAGGI-GERMAIN (N.), « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », *Dr. Soc.* 2011, n° 11, p. 1072.

MAGNIER (J.-L.), « La rupture conventionnelle du contrat de travail : un instrument de plus... ou de trop ? », *Gazette du palais* 2008 n° 201, p. 6.

MALLET-BRICOURT, (B.), « Vices et transactions », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, p. 35.

MARQUET de VASSELOT (L.), « La mobilité et l'emploi : vers de nouvelles pratiques ? », *JCP S* 2013, p. 1262.

MARTIN (Ph.), « Le droit du travail en Espagne et en Italie. Convergences, divergences, singularités », *Les cahiers Irice*, 2014, n° 11, p. 37.

MARTINEZ (J.), « Enjeux financiers entourant les plans de sauvegarde de l'emploi », *JCP S* 2015, n° 24, p.10.

MARTINON (A.) :

*« L'articulation des conventions et accords collectifs et des contrats de travail », in *L'articulation des normes en droit du travail*, (ss la dir. de B. TEYSSIE), Etudes juridiques, Economica, p. 29.

*« La représentativité des syndicats catégoriels », *JCP S* 2012, n° 22, p. 29.

*« Mobilité : le nécessaire équilibre des intérêts en présence », *JCP S* 2014, n° 11, p. 32.

MARTINON (A.), STOCKI (A.), « De l'impact de la loi Macron sur les restructurations », *Les cahiers sociaux* 2015, n° 278.

MAYER (L.), « La transaction, un contrat spécial ? », *RDT civ.* 2014, p. 523.

MAZAUD (J.-Ph.), « Le nouveau régime du PSE : l'approche du juge administratif », *Dr. Ouvr.* 2015, p. 246.

MAZEAUD (D.) :

*« La cause, une notion dans le vent... », *Recueil Dalloz* 2013, p. 686.

*« Le juge face aux clauses abusives », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, IDA, 1993, p. 23.

*« L'arrêt Canal moins ? », *Recueil Dalloz* 2010, n° 37, étude 2481.

*« Durées et ruptures », *RDC* 2004, n° 1, p. 129.

*« Durée et expiration du contrat », *RDC* 2004, p. 150.

*« Un nouveau droit syndical ou un droit syndical rénové ? », *JCP S* 2012, n° 22, p. 72.

MEHADJI (A.), PELE (A.), « Les accords majoritaires : consensus ou compromis ? », *SSL* 2013, n°

1587, p. 9.

MELOT (R.), « Les transactions lors de ruptures du contrat de travail », *Travail et emploi*, 2005, n° 104, p. 85.

MESTRE (J.), LAUDE (A.), « L'interprétation "active" du contrat par le juge » in *Le juge et l'exécution du contrat*, 1993, PUAM, IDA, p. 9.

MEYRAT (I.), « Vers un affaiblissement de l'entreprise des procédures de licenciement collectif : le cas des propositions de modification du contrat de travail pour motif économique », *Dr. Ouvr.* 2005, n° 689, p. 552.

MICHEL (S.), « Présentation succincte des critères de représentativité syndicale après la loi du 20 aout 2008 », *Dr. Ouvr.*, 2008, n° 725, p. 604.

MINE (M.), « La loyauté dans le processus de négociation collective », *Travail et Emploi* 2000, n° 84, p. 47.

MORAND (M.) :

*« Rapports entre accords collectifs et relations individuelles de travail », *Dr. Soc.* 2009. p. 900.

*« Apprécier plus exactement et réformer la relation entre le contrat et l'accord collectif », *RDT* 2007, p. 147.

MOREL (F.), « Quelques propositions concrètes en vue de la transposition de l'ANI du 11 janvier 2013 dans la loi », *JCP S* 2013, n° 14, p. 3.

MORIN (M.-L.) :

*« Principe majoritaire et négociation collective, un regard de droit comparé », *Dr. Soc.* 2000, p. 1080.

*« La loi et le négociation collective : concurrence ou complémentarité », *Dr. Soc.* 1998. n°, p. 419.

*« Les nouveaux critères de la représentativité syndicale dans l'entreprise », *Dr.soc.* 2011, n° 1, p. 62.

MORIN (M.-L.), REMY (P.), « Dialogue sur l'articulation entre la convention collective et le contrat de travail », in *La volonté du salarié*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, p. 245.

MORVAN (P.) :

*« Principe majoritaire et négociation collective, un regard de droit comparé », *Dr. Soc.*, 2000, n° 12, p. 1080.

*« Libérer le départ volontaire pour motif économique », *Dr. social* 2005, p. 59.

*« Le consentement des salariés dans le plan de sauvegarde de l'emploi », *Dr. soc.* 2011, p. 632.

*« Pratique et théorie du congé de reclassement », *JCP S* 2012, n° 38, p. 13.

*« Périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements », *JCP S* 2016, n° 5, p. 35.

MORVAN (P.), GRANGE (J.), « Le plan de reclassement », *JCP S* n° 19, 7 mai 2013, n° 19, p. 55.

MOULY (J.) :

*« La renonciation du salarié entre ordre public social et déréglementation : un nouvel état des lieux » in *La volonté du salarié*, Dalloz, Thèmes et commentaires, p. 113.

*« La rupture conventionnelle *versus* la protection des salariés victimes de risques professionnels ou en état de grossesse », *Droit social* 2015, p. 399.

NICOD (M.), « Propos introductifs », in *De la volonté individuelle*, LGDJ, Presses de l'Université

BIBLIOGRAPHIE

Capitole I, 2004, p. 3.

ODOUL-ASOREY (I.), « Elections professionnelles et droit syndical », *RDT* juill. 2014, p. 481.

PAOLI (L.), « Des ruptures conventionnelles pas si conventionnelles », *SSL supp.* 2015, n° 1693, p. 76.

PATIN (M.) :

*« La rupture conventionnelle du contrat de travail suspendu », *JCP S* 2011, p. 17.

*« L'évolution du contrôle de la rupture conventionnelle », *JCP S* 2012, n° 1, p. 25.

PELISSIER (J.) :

*« Le recours à la négociation individuelle : les accords de rupture des contrats de travail », *Dr. Soc.* 1987, p. 479.

*« Les départs négociés », *Dr. Soc.* 1981, p. 228.

*« Le contrôle des plans sociaux », *RJS* 8-9/94, p. 570.

*« Droit des conventions collectives, évolution ou transformation », in *Droit syndical et droits de l'Homme à l'aube du XXIème siècle*, Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier, Dalloz, 2001, p. 95.

*« Modernisation de la rupture du contrat de travail », *RJS* 09/08, p. 679.

*« Existe-t-il un principe de faveur en droit du travail ? », in *Mélanges Michel Despax*, PUSS, 2001, p. 389.

*« Difficultés et dangers de l'élaboration d'une théorie jurisprudentielle : l'exemple de la distinction entre modification du contrat et changement des conditions de travail » in *Mélanges offerts à P. Couvrat*, PUF 2001, p. 101.

*« Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail », *RJS* 2004, p. 3.

PERROD-MARRON (D.), « L'effet relatif de la transaction », *RDT* 1994, chron. 17.

PESKINE (E.) :

*« La célébration de l'accord collectif d'entreprise », *Dr. Soc.* 2014, p. 438.

*« Les accords de maintien dans l'emploi, ruptures et continuités », *RDT* 2013, p. 168.

PECAULT-RIVOLIER (L.), PETIT (F.), « Le redéploiement des forces syndicales, enjeux et mesure de l'audience syndicale », *Dr. Soc.* 2010, n° 12, p. 1168.

PETIT (Franck.) :

*« Les clauses de garantie d'emploi », *Dr. Soc.* 2000, p. 80.

*« Représentation syndicale et représentation élue des personnels de l'entreprise depuis la loi 2008-789 du 20 août 2008 », *Dr. Ouvr.* 2009, n°726, p. 22.

*« L'affiliation confédérale, élément déterminant du vote des salariés », *dr. Soc.* 2011, n° 11, p. 1063.

*« Les syndicats mis à l'épreuve des scrutins », *Dr. Soc.* 2011, NS12, p. 1241.

*« Négociation collective : la volonté d'encadrer et d'orienter la liberté contractuelle des partenaires sociaux », *Gaz. Palais* 11 oct. 2016, n°35.

PIZZIO-DELAPORTE (C.), « De la transaction prévue par le code civil à la transaction utilisée en droit du travail : réflexions sur une règle en dérive », in *1804-2004 Le code civil*, Dalloz, 2004.

QUETANT (G-P.), « L'homologation de la rupture conventionnelle devant le conseil de prud'hommes », *JSL* 2009, n° 247.

RADE (Ch.) :

*« La résolution amiable du contrat de travail sur la sellette », *D.* 2000, p. 265.

LE CONSENSUALISME DANS LA RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL À DURÉE INDETERMINÉE

- *« L'autonomie du droit du licenciement (Brefs propos sur les accords de rupture amiable du contrat de travail et les transactions) », *Dr. Soc.*, 2000, p. 178.
- *« L'appréciation de la disposition la plus favorable », *Dr. Soc.* 2000, p.381.
- *« Feu le contrat première embauche », *RDC* 2006, n° 3.
- *« Nouvelle application de la distinction entre les clauses informative et la clause normative du contrat de travail : l'exemple de la mention du régime de prévoyance ou de retraite », *Lexbase hebdo Ed. Soc.* 12 juill. 2007, n° 268.
- *« Contrat de travail : quand les clauses du contrat n'ont qu'une simple valeur informative », *RDC* 2008, n°2, 393.
- *« Retour sur une espèce en voie de disparition : la rupture amiable du contrat de travail », *Dr. social* 2009. p.557.
- *«La loi négociée : simple marketing politique ou véritable produit de la démocratie sociale ? », *Dr. Ouvr.* 2010, n° 743, p. 319.
- *« Les syndicats catégoriels et le réforme de la démocratie sociale », *Dr. Soc.*, 2010, n° 7-8, p. 821.
- *« Différence de traitement entre syndicats représentatifs », *Dr. Soc.* 2013, p. 604.
- *« L'exercice du droit syndical après la loi du 20 août 2008 : liberté, égalité, représentativité, ou la nouvelle devise de la démocratie sociale », *Dr. Soc.* 2011, p. 1234.
- *« Commentaire de l'article 15 de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, relative à la sécurisation de l'emploi, sur la mobilité interne», *Hebdo éd. Soc.* 2013, n° 535.
- *« « La suprématie du cycle électoral (à propos de quatre arrêts en date du 19 février 2014) » : le mieux, ennemi du bien ? », *Lexbase hebdo éd. soc.* 2014, n° 561.

RAY (J.- E.) :

- *« De l'ANI du 31 octobre 1995 à la loi Aubry de 1998 », *Dr. Soc.* 1998, p. 313.
- *« Les grandes manœuvres du droit à la négociation collective », *Dr. Soc.* 1999, p. 1018.
- *« Du tout-État au tout contrat ? De l'entreprise citoyenne à l'entreprise législateur ? », *Dr. Soc.* 2000. p. 574.
- *« Les curieux accords dits « majoritaires » de la loi du 4 mai 2004 », *Dr. Soc.* 2004, n° 6, p. 590.
- *« Devoirs d'adaptation et obligations de reclassement », *Dr. Soc.* 2008, p. 949.
- *« Quel droit pour la négociation collective de demain ? », *Dr. Soc.* 2008, p. 1.
- *« L'accord majoritaire d'entreprise », *Dr. Soc.* 2009, p. 887.
- *« A travail inégal, salaire inégal », *Dr. Soc.* 2011. n° 1, p. 42.
- *« Le droit du travail à l'épreuve du télétravail, le statut du télétravailleur », *Dr. Soc.* 1996, p. 121.
- *« Légaliser le télétravail, une bonne idée ?, *Dr. Soc.* 2012, p. 443.

REMY (P.) :

- *«Représentation dans la négociation collective : les limites du principe majoritaire », *Dr. ouv.*, 1999, p. 269.
- *«Les accords collectifs sur l'emploi en Allemagne : un « modèle » pour le droit français ? », *RDT* 2012, p. 133.
- *«Qu'est ce que « négociateur » sur les « restructurations » en droit allemand ? Avec quels enseignements pour le droit français ? » In *Licenciements économiques et restructurations : une redistribution des responsabilités*, (ss la direction de E. Peskine & G. Borenfreund), coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2013.

REYNES (B.) :

- *« Emploi durable et formes d'emploi. La primauté du CDI : mythe ou réalité ? », *SSL* 2012, p. 20.
- *« Repères sur la réforme de la procédure des grands licenciements collectifs », *Petites affiches* 2014, n°4.

REYNES (B.), VICENS (C.), « Cadre institutionnel des restructurations en France : une nouvelle configuration dans l'espace européen », *La Revue de l'Ires*, 2005/1, n° 47, p. 281.

BIBLIOGRAPHIE

RIGAUD (D.), « Etendue et mise en œuvre de la portabilité en matière de prévoyance », *JCP* 2008, n° 1547, p.17.

ROCHE-DAHAN (J.), « L'exception d'inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique », *D.* 1994, p. 255.

RODIERE (P.) :

*« L'influence du droit communautaire et du droit international », *Dr. Soc.* 2008, p. 895.

*« Du dialogue social à la démocratie sociale », *SSL* 2008, n° 1370, p. 7.

*« Volonté des parties et définition du licenciement collectif dans le droit de l'union européenne », *Dr. Soc.* 2010, p. 131.

ROULET (V.), « La portabilité des droits de prévoyance au vu de la sécurisation de l'emploi » *Dr. Soc.* 2013, p. 901.

ROUVIERE (F.), La remise en cause du contrat par le juge, in *L'efficacité du contrat*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, p. 41.

SACHS (T.), « Un droit du marché du travail », *SSL* 2013, n° 1569, p. 9.

SARAMITO (F.), « A la recherche d'une majorité dans la négociation collective », *Dr. Ouvr.* 2000, p. 428.

SARRAZIN (M.-C.), « Les licenciements économiques collectifs sous le regard du juge administratif », *RDT* 2014, p. 614.

SAVATIER (J.) :

*« La résiliation amiable du contrat de travail », *Dr. Soc.* 1985, p. 692.

*« Résiliation amiable du contrat de travail et transaction », *Dr. Soc.* 1996, p. 689.

*« Révision d'une convention collective, condition de suppression d'un avantage », *RJS* 1989, p. 491.

*« Les transformations de la fonction représentative des syndicats », *Etudes offertes à G LYON CAEN*, Dalloz 1989, p. 179.

*« L'ordre des licenciements dans les licenciements pour motif économique », *Dr. Soc.* 1990, p. 515.

SERIZAY (B.), « La fragile portabilité des droits », *SSL* 2008, n° 1366, p. 7.

SEVERIN (E.) :

*« L'évolution du contentieux du travail, des mots aux chiffres », *RDT* 2006, p. 44.

*« La part du conflit dans le processus de rupture conventionnelle », *RDT* 2012, p. 110.

SEVERIN (E.), **VALENTIN (J.)**, « Licenciement et recours aux prud'hommes, questions de mesure », in *L'emploi en ruptures*, Dalloz 2009, p.121.

SIAU (B.), « La mobilité professionnelle », *Dr. Soc.* 2011, n° 9/10, p. 883.

SIGNORETTO (C.) :

*« La recherche de l'accord du salarié dans la rupture pour motif économique », (ss dir. M. KERLEAU, S. LAGUERODIE, J.-L. OUTIN), in *Crise, inégalités et pauvretés*, 2011 p. 115.

*« Les pratiques des employeurs en matière de rupture du CDI : un nouveau regard sur les règles de protection de l'emploi », *Travail et emploi* 2015, n° 142, p. 69.

SOUMEIRE (A.), « Accords de compétitivité, accords de maintien de l'emploi : l'affaiblissement de

la résistance du contrat de travail », *Dr. Ouvr.* 2015, n° 801, p. 228.

SOURIAC-ROTSCHILD (M.-A.) :

*« Engagements et arrangements sur l'emploi : quelle efficacité juridique ? », *Droit social* 1997, p. 1061.

*« Les réformes de la négociation collective », *RDT* 2009, n° 1, p. 14.

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

SPITZ (J.-F.), « « Qui dit contractuel dit juste » : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée », *RDT civ.* 2007, p. 281.

STULZ (V.), « Les transactions en droit du travail », *Petites affiches* 2000, p. 3.

SUPIOT(A.) :

*« Déréglément des relations de travail et auto-réglementation de l'entreprise », *Dr. Soc.* 1989, p. 195.

*« Parité, égalité et majorité dans les relations collectives de travail : un droit comparé », *dr. Soc.* 2000, p. 1083.

*« Parité, égalité, majorité dans les relations collectives de travail », *Mélanges en l'honneur de H. Sinnay*, 1994, p. 67.

*« La loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative », *Dr. Soc.* 2010, n° 5, p. 525.

TAQUET (F.), « La transaction admise sous conditions », *JSL* 2014, n° 365.

TARASEWICZ (Y.) :

*« A propos de la nouvelle procédure de licenciement collectif pour motif économique », *SSL* 2013, n° 1592, p. 61.

*« L'insécurité autour du PSE perdue », *SSL* 2014, p. 4.

TERRE (F.), « Sur l'image de la justice », in *Mélanges offerts à Pierre Draï, Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 121.

TEISSIER (A.), « Le logement : pivot invariable de la mobilité professionnelle », *JCP S* 2014, n° 11, p. 1105.

TEYSSIE (B.) :

*« La rupture du contrat de travail à durée indéterminée hors licenciement », *Dr. Soc.* 2005, p. 45.

*« La représentativité syndicale en droit communautaire », in *Mélanges BLANC JOUVAN (X.)*, 2005, 369.

*« Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013: vers un nouveau droit du travail », *JCP S* 2013, p. 1257.

*« 2008-2012 : les syndicats le législateur et le juge », *JCP S* 2012, n° 22, p. 13.

*« La loi n° 2014-288 du 5 mars 2014, variations sur l'efficacité », *JCP S* 2014, n° 16, p. 11.

*« L'accord, la loi, le juge : un nouveau droit des PSE », *JCP S* 2013, n° 19, p. 10.

TEYSSIER (F.), VICENS (C.), « À quoi servent les plans sociaux ? », *Travail et Emploi*, n°72, 03/1997, p. 79

TISSANDIER (H.), « L'articulation des niveaux de négociation : à la recherche de nouveaux principes », *Dr. Soc.* 1997, n° 12, p. 1045.

VACARIE (I.), La renonciation du salarié, *Dr. Soc.* 1990, p. 761.

BIBLIOGRAPHIE

VACHET (G.) :

*« Les deux faces de la mobilité », *SSL* 2013, n° 1570, p. 7.

*« Le principe de faveur dans les rapports entre les sources de droit », in *Les principes dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation*, sous la direction de B. TEYSSIÉ, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2008, p. 79.

VALTICOS (N.), « Un développement du droit international du travail : les droits syndicaux et les libertés publiques » in *En hommage à P. HORION*, Faculté de droit belge, Liège, 1972, p. 263.

VATINET (R.),

*« Le mutuus dissensus », *RTD civ.* 1987, p. 252.

*« Les accords relatifs au plan de sauvegarde de l'emploi », *JCP S* 2014, n° 18, p. 63.

VERDIER (J.-M.) :

*« Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales », *Dr. Soc.* 1991, p. 5.

*« Réalité, authenticité et représentativité syndicales » in *Etudes offertes à A. Brun*, Lib. Eco. et soc., 1974, p. 571.

*« Critères de la représentativité syndicale, recomposition et contrôle du juge de cassation? (Soc. 3 dec. 2002. Syndicat Sud Caisse d'Épargne)», *Dr. soc.*, 2003, p. 299.

VERICEL (M.), « Accords d'aménagement du temps de travail et modifications du contrat de travail », *JCP E* 2010, n° 17, p. 38.

VERKINDT (P.-H.) :

*« Plans sociaux : un outil de sélection du personnel ? », *Dr. Soc.* 1994. p. 464.

*La question de l'ordre des licenciements, *Dr. Soc.* 1996. p. 26.

*« Brèves et intempestives remarques sur l'accord sur la modernisation du marché du travail », *JCP S* 2008, n°7, p. 3.

*« Le rôle de l'administration dans les PSE », *JCP S* 2013, n° 19-20, p. 62.

*« Les mobilités », *JCP S* n° 25, 25 juin 2013, p. 36.

VIGNEAU (C.), « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », *Dr. Soc.* 2004, p. 706.

WAQUET (P.),

*« Une transaction peut-elle mettre fin au contrat de travail d'un représentant du personnel ? », *Dr. Soc.* 1993, p. 152.

*« Les plans sociaux », *RJS* 5/96, p. 303.

*« Modification du contrat et changement des conditions de travail », *RJS* 1996, n° 12, p. 791.

*« Jurisprudence récente sur l'ordre des licenciements », *Dr. soc.* 1994. p. 677.

*« La cause économique du licenciement », *Dr. Soc.* 2000, p. 168.

*« Le renouveau du contrat de travail », *RJS* 1999. p. 383.

*« Modification des contrats de travail et plan social », *Dr. Soc.* 1997, p. 18.

WILLMANN (CH.), « Assurance chômage et placement : a difficile consécration du soft workfare », *JCP S* 2005, n° 23, p.13.

WITZ (C.), « Force obligatoire et durée du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats* (ss. La dir. De REMY-CORLAY, P. et FENOUILLET, D.), Dalloz, 2003, p. 175.

Emilie, T., Sophie, L., et Schéhérazade, E. B. (2014), La limitation du risque contentieux en matière

de rupture du contrat de travail, *Revue Européenne du Droit Social*, (24), 184-203.

Rapports, documents officiels

BADINTER (R.), *Définir les principes essentiels du droit du travail*, Rapport remis au Premier Ministre, Paris, Janvier 2016.

BESSON (E.), *Accompagner vers l'emploi. Les exemples de l'Allemagne, du Danemark et du Royaume Uni*, La Documentation française, 2008.

BLANCHARD (O.), **TIROLE (J.)**, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, La documentation française, 2003.

CAHUC (P.), **KRAMARZ (F.)**, *De la précarité à la mobilité: vers une sécurité sociale professionnelle, rapport au ministre d'état, ministre de l'économie des finances et de l'industrie, et au ministre de l'emploi du travail et de la cohésion sociale*, 2004.

CENTRE D'ANALYSE STRATEGIQUE, *La rupture conventionnelle du contrat de travail*, La note d'analyse Travail-Emploi, 2010, n° 198.

CENTRE D'ETUDES DE L'EMPLOI, *Le consentement du salarié à la rupture conventionnelle, entre initiative, adhésion et résignation*, Rapport de recherche, 2015, n° 95.

CENTRE D'ETUDES DES REVENUS ET DE LA COHESION SOCIALE, Rapport sur la sécurité de l'emploi face au défis des transformations économiques, 2005, n° 5.

CEREQ, *Le DIF, un outil pour réduire les inégalités d'accès à la formation continue*, 2008, n°255.

CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL, *Consolider le dialogue social*, La Documentation française, 2006.

CONSEIL ECONOMIQUE SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL, *Les cellules de reclassement*, 2010.

COE, *Rapport d'étape sur la sécurisation et la dynamisation des parcours professionnels*, 2007.

COE, *Emplois durablement vacants et difficultés de recrutement*, 2013.

COUR DES COMPTES, *Les dispositifs de formation à l'initiative des salariés*, La documentation française, 2009.

DALMASSO (R.), **GOMEL (B.)**, **MEDA (D.)**, **SERVERIN (E.)**, *Des ruptures conventionnelles vues par les salariés. Analyse d'un échantillon de cent une ruptures conventionnelles signées en 2010*, Rapport de recherche du CEE, 2012.

DALMASSO (R.), **GOMEL (B.)**, **SERVERIN (E.)**, «Les figures juridiques de rupture du contrat de travail, d'une crise à l'autre (1973-2012) », in SPIESER (dir.), *L'emploi en temps de crise. Trajectoires individuelles, négociations collectives et action publique*, Editions Liaisons, coll. « Liaisons Sociales », 2013.

DE VIRVILLE (M.), *Pour un code du travail plus efficace*, Rapport au ministre des affaires sociales,

BIBLIOGRAPHIE

du travail et de la solidarité, 15 janvier 2004, p.18.

DIRECTION GENERALE DU TRAVAIL, Circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008 relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminé, Ministère du travail, des relations sociales, de la famille et de la solidarité, 2008.

DIRECTION GENERALE DU TRAVAIL, Instruction DGT n°02 du 23 mars 2010 relative à l'incidence d'un contexte économique difficile sur la rupture conventionnelle d'un contrat de travail à durée déterminée, Ministère du travail, des relations sociales, de la famille et de la solidarité, 2010.

DIRECTION INFORMATION LEGALE ET ADMINISTRATIVE, *Les mobilités des salariés*, 2010.

DORD (D.), Rapport fait au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi (n° 789) portant modernisation du marché du travail, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 8 avril 2008.

HADAS-LEBEL (R.), *Pour un dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles syndicales*, 2006.

MINNI (C.), *Les ruptures conventionnelles de 2008 à 2012*, Dares Analyses, 2013, n° 031.

MORANGE (P.), Rapport d'information en conclusion des travaux de la mission sur la flexisécurité à la française, 28 avril 2010.

MORANGE (P.), Rapport « Les juges et l'économie : une défiance française », Institut Montaigne, déc. 2012.

Table de jurisprudence

Jurisprudence des juridictions du premier degré

TGI Nanterre, 28 sept. 2006, n° 06-1989.
TA Cergy-Pontoise 11 juill. 2014, n°1404370.
TA Montreuil, 7 févr. 2014, n° 1311393.
TA Paris, 14 oct. 2014, n° 1411810/3-1.

Jurisprudence des juridictions d'appel

CAA Versailles 22 oct. 2014, n° 14VE02408.
CA Paris, 7 mars 2007, n°17/500.
CA Bourges, 16 septembre 2011, n° 10/01735.
CA Montpellier 16 nov. 2011, n°09/00552.
CA Montpellier, 1er juin 2011, n° 10/6114.
CA Aix-en-Provence, 17e ch., 3 avr. 2012, n°11/05043.
CA Amiens, 7 mars 2012, n° 11/02161.
CA Poitiers 28 mars 2012 n° 10/02441.
CA Bordeaux, 22 mai 2012, n° 11/05856.
CA Lyon 14 décembre 2012, n°12/01916.
CA Rennes, 8 févr. 2013, n° 11/05356.
CA Poitiers, 6 nov. 2013, n° 12/00772.
CA Lyon 6 nov. 2013 n° 11/08266.

CA Rouen, 15 oct. 2013, n° 13/00515.
CA Versailles, 6eme ch., 18 nov. 2013, n°14/01105.

Jurisprudence des Hautes juridictions

- **Jurisprudence du Conseil constitutionnel**

Cons. const. 9 nov. 1999, n° 99-419 DC.
Cons. const. 3 août 1994, n° 94-348 DC.
Cons. const. 20 juillet 1988, n°88-244 DC.
Cons. const. 20 mars 1997, n° 97-388 DC.
Cons. const. 13 janv. 2003, n° 2002-465 DC.
Cons. const. 18 mars 2009, n° 2009-578 DC.
Cons. const. 12 nov. 2010, n° 2010-63/64/65 QPC.
Cons. const. 15 mars 2012, n° 2012-649 DC.

- **Jurisprudence du Conseil d'Etat**

CE 11 juill. 2012, n° 334502.
CE 22 juill. 2015, n°385816.
CE 22 juill. 2015, n°385668.

- **Jurisprudence de la Cour de Cassation**

Ass. Plé. 17 juin 2005, n° 03-30.038, *Bull. AP* n° 7.
Ass. Plé. 8 déc. 2000, *Bull. AP*, n° 11.
Ass. Plé. 4 mars 1983, *D.* 1983. 381.
Ass. Plé. 4 juillet 1997, *D.* 1998. 101.
Ass. Plé. 18 mars 1988, n° 84-40.083, *Bull. AP* n°3.
Ass. Plé. 23 oct. 2015, n°13-25279.
Cass. civ. 1ere, 16 mars 2004, n° 01-15.804.
Cass. civ. 1ere, 5 févr. 1985, *Bull. Civ.*, I, n° 54.
Cass. civ. 1ere, 11 juin 1996, *Bull. Civ.*, I, n° 246.
Cass. civ. 1ere, 13 oct. 1998, *Bull. civ.* I, n° 300.
Cass. civ. 1ere, 30 mai 2000, n° 98-15.242.
Cass. civ. 1ere., 20 févr. 2001, *Bull. Civ.* I, n° 40.
Cass. civ. 1ere, 28 janv. 2003, *Bull. Civ.*, I, n° 27.
Cass. civ. 1ere, 9 juill. 2003, n° 01-11.963, *Bull. civ.* I, n° 174.
Cass. civ. 1ere, 6 déc. 2007, n° 06-18.049, *Bull. civ.* I, n° 383.
Cass. civ. 2Eme, 1er juin 2011, n° 10-20178, *Bull. Civ.* II. N° 127.
Cass. crim. 19 décembre 1979, *Bull. Civ.* V. n° 1022.
Cass. crim. 3 juin 1980, n° 79-90.707.
Cass. crim. 28 nov. 1984, *Bull. Crim.* V. n° 375.
Cass. crim. 29 nov. 1994, n° 93-81.321 *Bull. crim.* 1994, n° 385.
Cass. crim. 4 nov. 1997, n° 96-84.594.
Cass. crim. 6 janv. 2004 n° 02-88.240, *Bull. Crim.* N° 4.
Cass. soc. 18 mai 1953, *Bull. Civ.* V, n° 379.
Cass. soc. 6 oct. 1965, *Bull. civ.* 1965, V, n° 620.
Cass. soc. 4 mars 1970, *Bull. Civ.* V, n° 161.
Cass. soc. ch. mixte 21 juin 1974, *Perrier*, *Bull. Civ.* ch. mixte n° 3.
Cass. soc. 17 mai 1978, *Bull. civ.* 1978, V, n° 354.
Cass. soc. 23 juill. 1980, *Bull. civ.* V, n° 686.
Cass. soc. 7 janv. 1982, *Bull. Civ.* V, n° 6.
Cass. soc. 14 janv. 1982, *Bull. civ.* V, n° 22.

BIBLIOGRAPHIE

- Cass. soc. 11 févr. 1982, *Bull. Civ. V*, n° 91.
Cass. soc. 17 novembre 1982, *Novak, Bull. Civ. V*, n° 627.
Cass. soc. 5 mars 1986, n° 83-40.223, *Bull. Civ.*, V, n° 60.
Cass. soc. 8 oct 1987, *Bull. Civ. V*, n° 541
Cass. soc. 8 oct. 1987, n° 84-41.902 *Bull. Civ. V*, n° 541.
Cass. soc. 8 févr. 1989, n° 86-11.022, *Bull. Civ. N°* 104.
Cass. soc. 25 avril 1990, n° 87-43. 314, *Bull. Civ. V*, n° 191.
Cass. soc. 17 mars 1993, n° 90-43.233, *Bull. Civ. V*, n° 273.
Cass. soc. 22 févr. 1995, n° 92-11.566, *Bull. civ. 1995, V*, n° 68.
Cass. soc. 8 mars 1995, n° 93-41.699.
Cass. soc. 5 avr. 1995, n°93-42.690, *Bull. civ.V*, n° 123.
Cass. soc. 13 déc. 1995, *Bull. civ. 1995, V*, n° 345.
Cass. soc. 27 mars 1996, n° 92-40.448, *Bull. Civ, V*, n°124
Cass. soc. 29 mai 1996, n° 92.45115, *Bull. Civ. V* n° 215.
Cass. soc. 5 novembre 1986, n° 86-60.043, *Bull. Civ. V*, n° 512.
Cass. soc. 22 novembre 1995 n° 93-44.017, *Bull. Civ.*, V, n°307.
Cass. soc. 10 juil. 1996, *Bull. Civ. V*, n°278.
Cass. soc. 19 févr. 1997, *Bull. Civ. V*, n° 74.
Cass. soc. 11 juin 1997, n° 94-45.175, *Bull. Civ. V*, n°219.
Cass. soc. 25 nov. 1997, *Bull. Civ.1997, V*, n°396.
Cass. soc. 17 mars 1998, n° 96-60.396, *Bull. Civ. V*, n° 157.
Cass. soc. 19 mai 1998, n°96-41573, *Bull. Civ. V*, n°265.
Cass. soc. 10 mars 1998, n°95-44842, *Bull. Civ. V*, n°124.
Cass. soc. 9 mars 1999, *Bull. Civ. V*, n° 107.
Cass. soc. 4 mai 1999, *Bull. Civ. V*, n° 51.
Cass. soc. 29 juin 1999, n° 96-44160, *Bull. Civ. V*, n° 304.
Cass. soc. 4 janvier 2000, n° 97-44566, *Bull. Civ. V*, n° 3.
Cass. soc. 22 févr. 2000, n° 97-44.339.
Cass. soc. 27 juin 2000, n° 99-41.135, *Bull. Civ. V*, n° 247.
Cass. soc. 28 sept. 2010, n° 08-43.161.
Cass. soc. 14 nov. 2000, n° 98-43.218.
Cass. soc. 28 nov. 2000, n° 93-43.635, *Bull. Civ. V*, n° 399.
Cass. soc.16 janv. 2001, n° 98-44.647, *Bull. Civ. V*, n°10.
Cass. soc. 23 janv. 2001, n°99-40129 ; *Bull. Civ. 2001, V*, n° 18.
Cass. soc. 6 février 2001, n°98-44.190, *Bull. 2001, V*, n° 41.
Cass. soc. 27 févr. 2001, n° 99-40219, *Bull. Civ. V*, n° 60.
Cass. soc. 18 juill. 2001, n° 99-45.534, *Bull. Civ. V*, n° 279.
Cass. soc. 13 nov. 2001, n° 99-42798, *Bull. Civ. V*, n° 340.
Cass. soc. 5 déc. 2001, n° 00-40.516.
Cass. soc. 11 juill. 2001, n° 99-42.710.
Cass. soc. 12 févr. 2002, n° 99-41.698, *Bull. civ. V*, n° 66.
Cass. soc. 28 févr. 2002, *Bull. Civ. V*, n° 81.
Cass. soc. 10 oct. 2002, *Bull. Civ. 2002, V*, n° 304.
Cass. soc. 3 déc. 2002, *Bull. Civ. V*, n° 364.
Cass. soc. 21 janv. 2003, *Bull. Civ. V*, n° 11.
Cass. soc. 22 janv. 2003, *Bull. Civ. V*, n° 15
Cass. soc. 25 févr. 2003, n° 01-40.588, *Bull. Civ. V*, n° 64.
Cass. soc. 3 juin 2003, n°01-43573, *Bull. civ. 2003, V*, n° 185.
Cass. soc. 25 nov. 2003, n° 01-17.501, *Bull. civ. V*, n° 294.
Cass. soc. 2 déc. 2003, n° 01-46.176 et n° 01-46.540, *Bull. civ. V.*, n° 308 et 309.
Cass. soc. 7 avr. 2004, *Bull. Civ. N°* 107.
Cass. soc. 15 déc. 2004. *Bull. Civ. V*, n° 335.
Cass. soc. 28 janv. 2005, n° 03-40639, *Bull. Civ.V*, n° 35.

LE CONSENSUALISME DANS LA RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL À DURÉE INDETERMINÉE

- Cass. soc. 23 févr. 2005, *Bull. Civ. V.* n°64.
Cass. soc. 16 mars 2005, n° 02-45.293, *Bull. Civ. V.* n° 98.
Cass. soc. 10 mai 2005, n° 03-43.256.
Cass. soc. 11 mai 2005, n° 03-41.753, *Bull. Civ. V.* n°156.
Cass. soc. 29 juin 2005, n° 03-44.412.
Cass. soc. 13 sept. 2005, n° 04-40.135, *Bull. Civ.* 2005, V. n° 252.
Cass. soc. 9 nov. 2005, *Bull. Civ.*, V, n° 320.
Cass. soc. 11 janv. 2006, n° 05-40.977, *Bull. Civ. V.* n° 10.
Cass. soc. 15 mars 2006, n° 05-42.946.
Cass. soc. 15 mars 2006, n° 04-40.504.
Cass. soc. 15 mars 2006, n° 04-41.935.
Cass. soc. 28 mars 2006 n°04-41016, *Bull. Soc. V* 2006, n° 126.
Cass. soc. 21 juin 2006, *Bull. Civ. V.* n° 223.
Cass. soc. 29 mars 2006, n° 04-46.499, *Bull. civ. V.* n° 131.
Cass. soc. 14 juin 2006, n° 04-43.123, *Bull. Civ. V.* n° 215.
Cass. soc. 12 juill. 2006, *Bull. Civ. V.* n° 41.
Cass. soc. 15 mars 2006, n°02-46496, *Bull. civ.* 2006, V, n° 102.
Cass. soc. 18 oct. 2006, n°05-41.643.
Cass. soc. 7 févr. 2007, n° 05-43.680.
Cass. soc. 4 avril 2007, n°05-42.856.
Cass. soc. 17 juill. 2007, n° 06-41630.
Cass. soc. 27 sept. 2007, n° 06-43.867.
Cass. soc. 25 nov. 1997, *Bull. Civ. V.* n°396
Cass. soc. 23 janv. 2008, n°07-40.522, *Bull. Civ. V.* n° 19.
Cass. soc. 24 janv. 2008, *Bull. Civ. V.* n° 23.
Cass. soc. 20 févr. 2008, n° 05-45.601, *Bull. civ. V.* n° 39.
Cass. soc. 5 mars 2008, n° 07-41.964, *Bull. civ. V.* n° 47.
Cass. soc. 14 mai 2008, n° 07-40.846.
Cass. soc. 14 oct. 2008, n° 07-40523, *Bull* 2008, V. n° 192.
Cass. soc. 13 janvier 2009, n°06-45.562, *Bull.* 2009, V, n° 4.
Cass. soc. 3 juin 2009, n° 08-40981, *Bull. Civ. V.* n° 141.
Cass. soc. 1er juill. 2009, *Bull. Civ. V.* n° 168.
Cass. soc. 7 juill. 2009, n° 08-40414.
Cass. soc. 8 juill. 2009, n° 08-40046.
Cass. soc. 23 sept. 2009, n° 07-44.712.
Cass. soc. 30 sept. 2009, n° 07-20.525, *Bull. Civ. V.* n°217.
Cass. soc. 10 nov. 2009, n° 08-43.805, *Bull. Civ. V.* n° 251.
Cass. soc. 20 janv. 2010, n° 08-42.796.
Cass. soc. 5 mai 2010, n°07-45.409, *Bull. Civ. V.* n° 102.
Cass. soc. 12 juill. 2010, n° 09-41.490.
Cass. soc. 17 févr. 2010, n° 08-45.382.
Cass. soc. 26 oct. 2010, n° 09-15.187.
Cass. soc. 2 mars 2011, n° 09-43. 223.
Cass. soc. 9 mars 2011, n° 10-11.581, *Bull. Civ. V. n° 70*
Cass. soc. 28 avril 2011, n° 09-08.134.
Cass. soc. 8 juin 2011, n° 10-14.725
Cass. soc. 8 juin 2011, n° 10-11.933.
Cass. soc. 28 sept. 2011, n° 10-23703.
Cass. soc. 12 oct. 2011, n° 09-43.155.
Cass. soc. 3 nov. 2011, n° 10-30.033.
Cass. soc. 25 janv. 2012, n° 10-23.516.
Cass. soc. 25 janv. 2012, n° 10-26.887, *Bull. Civ. V.* n° 23
Cass. soc. 8 févr. 2012, n° 10-27.176.

BIBLIOGRAPHIE

- Cass. soc. 13 févr. 2013, 11-26.258.
Cass. soc. 13 mars 2013, n° 11-20.490.
Cass. soc. 13 mars 2013 n° 10-28.022.
Cass. soc. 13 mars 2013 n° 11-23.761.
Cass. soc. 13 mars 2013 n° 11-13.645.
Cass. soc. 24 avril 2013, n°11-15.204.
Cass. soc. 15 mai 2013, n° 11-26.414.
Cass. soc. 15 mai 2013, n° 11-27458.
Cass. soc. 23 mai 2013, n° 12-13.865, *Bull. Civ. V*, n° 128.
Cass. soc. 25 juin 2013, n° 12-13.968, *Bull. Civ.* n° 165.
Cass. soc. 26 juin 2013, n° 12-15.208.
Cass. soc. 29 oct. 2013, n° 12-15.382.
Cass. soc. 20 nov. 2013, n°12-21.999.
Cass. soc. 20 nov. 2013, n° 12-20.074.
Cass. soc. 18 déc. 2013, n° 02-95.567.
Cass. soc. 14 janv. 2014, n° 12-27.284, *Bull. Civ. V.* n°6.
Cass. soc. 15 janv. 2014, n° 12-22944.
Cass. soc. 29 janv. 2014, n° 12-22.116, *Bull. Civ. V.* n° 35.
Cass. soc. 29 janv. 2014, n° 12-25.951, *Bull. Civ. V.* n° 38.
Cass. soc. 29 janv. 2014, n° 12-27.594, *Bull. Civ. V.* n° 39.
Cass. soc. 29 janv. 2014, n° 12-21.136, *Bull. Civ. V.* n° 35.
Cass. soc. 19 fév. 2014, n° 13-16.750.
Cass. soc. 19 fév. 2014, n° 12-29.354.
Cass. soc. 19 fév. 2014, n° 13-20.069.
Cass. soc. 26 mars 2014, n° 12-21-136 *Bull. Civ. V.* n° 660.
Cass. soc. 30 avril. 2014, n° 13-12.321.
Cass. soc. 28 mai 2014, n° 12-28.082.
Cass. soc. 25 juin 2014 n° 12.29519.
Cass. soc. 30 septembre 2014, n° 13-16.297.
Cass. soc. 15 octobre 2014, n° 11-22.251.
Cass. soc. 5 nov. 2014, n° 13-17.270.
Cass. soc. 5 nov. 2014, n° 13-18.984.
Cass. soc. 26 nov. 2014, n° 13-20855.
Cass. soc. 10 décembre 2014, n° 13-22.134.
Cass. soc. 21 janv. 2015, n°13-22.963.
Cass. soc. 27 janv. 2015, n° 13-22.179.
Cass. soc. 27 janv. 2015, n° 13-25.437.
Cass. soc. 4 févr. 2015, n° 23-28.855.
Cass. soc. 4 févr. 2015, n°13-17517.
Cass. soc. 25 mars 2015, n° 14-10.149, *Bull. Civ. V.* n° 512.
Cass. soc. 25 mars 2015, n° 13-23.368.
Cass. soc. 26 mars 2014, n° 12-21.136, *Bull. Civ.* N° 660.
Cass. soc. 13 mai 2015 n° 14-10.116.
Cass. soc. 8 juillet 2015, n°14-101.39.
Cass. soc. 6 oct. 2015, n° 14-17.539.
Cass. soc. 14 oct. 2015, n° 14-14339.
Cass. soc. 15 oct. 2015, n° 14-25.375.
Cass. soc. 16 déc. 2015, n° 13-27.212.
Cass. soc. 12 janv. 2016, n° 14-23. 290.
Cass. soc. 14 janv. 2016, n° 14-26.220.
Cass. soc. 28 janv. 2016, n° 14-26.800.
Cass. soc. 10 févr. 2016, n° 14-26147.
Cass. soc. 22 mars 2016, n° 14-17.926.

LE CONSENSUALISME DANS LA RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL À DURÉE INDETERMINÉE

Cass. soc. 6 juill. 2016, n°14-27.266.

INDEX ALPHABETIQUE

Accord d'engagement sur l'emploi.....	227, 260, 298
Accord de développement ou de préservation de l'emploi.....	300
Accord de maintien de l'emploi.....	265
Appréciation difficultés économiques.....	268, 270
Clause pénale.....	290
Conclusion.....	273
Contenu.....	278
Egalité de traitement.....	280 sv
Engagement sur l'emploi.....	282, 284
Refus du salarié.....	294
Accord de mobilité interne.....	322, 338 sv
Conclusion.....	334
Droit au refus.....	326 sv
Droit européen.....	330
Zone d'emploi.....	340
Clause de mobilité.....	314 sv
Compte personnel d'activité.....	212
Compte personnel de formation.....	194, 199
Congé de reclassement.....	385
Consensualisme.....	23
Autonomie de la volonté.....	33, 36 sv, 42, 232
Force obligatoire.....	45 sv, 50, 54 sv, 62, 72, 234, 260, 309
Contrat de sécurisation professionnelle.....	383
Contrat de travail.....
Force obligatoire.....	260, 309
Modulation du temps de travail.....	261, 263
Départ volontaire (PDV).....	88, 199, 377
Droit du licenciement économique.....	93
Licéité.....	89
Notion.....	89
Plan de reclassement.....	377
Droit individuel à la formation.....	194 sv
GPEC.....	305, 334 sv
Modification du contrat.....	297, 321
PSE conventionnel.....	352
Autorité administrative.....	365
Contentieux.....	367 sv
Procédure.....	357, 359, 362
Reclassement.....	371 sv, 376, 378, 380
Reclassement.....	350
Référendum d'entreprise.....	276
Représentativité des organisations patronales.....	253
Représentativité syndicale.....	246, 251
Rupture amiable.....	81
Absence de litige.....	100
Domaine d'application.....	110, 112 sv
Licéité.....	83

Motif personnel.....	87
Notion.....	78
Ordre public social.....	95 sv
Vices du consentement.....	95, 103 sv
Rupture conventionnelle.....
Allocations chômage.....	186
Contestation.....	165
Contexte économique.....	146, 148
Existence d'un différend.....	145
Homologation.....	155, 157
Indemnité conventionnelle de rupture.....	181 sv, 184
Rétractation.....	155
Salariés protégés.....	138 sv, 142, 144
Transaction.....	175
Rupture par mutuus consensus.....	33, 35
Télétravail.....	343 sv
Transaction.....	114
Autorité de la chose jugée.....	126 sv
Concessions réciproques.....	120 sv
Effet relatif.....	129
Licéité.....	80, 85
Montages transactionnels.....	129, 131
Rupture amiable.....	100
Rupture conventionnelle.....	170 sv, 173, 175 sv
Validité.....	116 sv, 123 sv

TABLE DES MATIÈRES

PRINCIPALES ABREVIATIONS UTILISEES.....	10
SOMMAIRE.....	14
INTRODUCTION GENERALE	16
I -UN MODELE SOCIAL EN CRISE.....	17
II -UN NOUVEAU MONDE EN MARCHÉ.....	22
III -L'ADAPTATION PAR L'ACCORD.....	23
PARTIE 1 - L'ACCORD INDIVIDUEL, OUTIL DE SORTIE DE L'EMPLOI.....	29
TITRE 1 -L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE EMPRUNTE AU DROIT DES CONTRATS	31
CHAPITRE 1 -L'ACCORD INDIVIDUEL COMME MODE TRADITIONNEL DE RUPTURE DU CONTRAT.....	33
Section 1 -Les origines de la rupture par mutus consensus.....	35
§ 1.Le fondement de la force obligatoire du contrat.....	35
I -La quintessence de la théorie de l'autonomie de la volonté.....	36
A -La théorie classique de l'autonomie de la volonté.....	36
B -L'autonomie de la volonté, justification de la force obligatoire	39
II -Les autres fondements de la force obligatoire du contrat.....	43
§ 2.La teneur du principe de la force obligatoire des conventions.....	45
I -Les effets du principe intra partes.....	46
II -La force obligatoire du contrat à l'égard du juge.....	50
A -Le contrôle de dénaturation : le pouvoir souverain des juges.....	50
B -L'admission de la révision pour imprévision : le pouvoir du juge.....	54
Section 2 -La rupture par mutus consensus, mode de rupture naturel des conventions.....	62
§ 1.Le caractère exceptionnel de la rupture d'un commun accord pour les contrats à durée indéterminée.....	63
I -La reconnaissance du droit de résiliation unilatérale.....	63
II -Du droit de la résiliation unilatérale au droit du licenciement.....	67
§ 2.Le caractère exceptionnel de la révocation unilatérale pour les contrats à durée limitée. 71	
I -La résiliation unilatérale autorisée par le législateur en raison du comportement fautif du contractant	72
II -Résiliation unilatérale autorisée par le juge.....	73
A -Refus du principe de résolution unilatérale du contrat à durée déterminée.....	74
B -Résiliation unilatérale en raison du comportement grave du contractant.....	75
CHAPITRE 2 -L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE INHABITUEL DE RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL	78
Section 1 -La rupture amiable : un mode de rupture inadapté en droit du travail ?.....	81
§ 1.La reconnaissance de la rupture amiable des contrats à durée indéterminée.....	82
I -Principe de validité de la rupture amiable.....	83
A -La rupture amiable pour motif personnel.....	87
B -Les départs volontaires.....	88
II -Contrôle de l'intégrité du consentement par le juge : retour à la logique « autonomiste » du droit du travail.....	95
A -Interdiction des résiliations amiables au nom de l'ordre public social.....	95
1 -Interdiction de renoncer à son statut protecteur.....	96
2 -Interdiction de renoncer à ses droits du licenciement au moyen d'une rupture négociée.....	100
B -Interdiction au nom de l'absence d'intégrité du consentement.....	102
§ 2.La marginalisation de la rupture amiable civiliste en droit du travail.....	105
I -Les insuffisances de la rupture amiable civiliste.....	106

A -Interventionnisme du juge.....	106
B -Des contreparties financières peu engageantes.....	108
II -Le caractère résiduel de la rupture amiable de droit commun en droit du travail.....	110
A -Impérativité du régime de rupture conventionnelle.....	111
B -Maintien de la rupture amiable « libre ».....	113
Section 2 -La transaction : un instrument post rupture.....	114
§ 1.Un encadrement jurisprudentiel destiné à préserver les intérêts des salariés.....	116
I -Les règles de validité « empruntées » au droit commun des contrats	116
II -L'adaptation des conditions de validité au droit du travail.....	120
A -Des concessions réciproques « appréciables ».....	120
B -Une transaction postérieure à la rupture du contrat de travail	123
§ 2.La transaction : un outil de négociation aux conséquences avantageuses.....	126
I -L'autorité de la chose jugée de la transaction.	126
II -Montages transactionnels : Un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès.....	129
TITRE 2 -L'ACCORD INDIVIDUEL, UN MODE DE RUPTURE AU SERVICE DE LA FLEXICURITE.....	133
CHAPITRE 1 -L'ACCORD INDIVIDUEL UN MODE DE RUPTURE SOUPLE ET SECURISE	135
Section 1 -La reconnaissance de l'égalité des parties par le juge dans le cadre de la rupture conventionnelle.....	136
§ 1.Un espace de négociation inédit.....	137
I -Un domaine d'application étendu.....	138
A -Rupture conventionnelle et salariés protégés.....	138
1 -Rupture conventionnelle et salarié protégé en raison de son état de santé.....	139
2 -Rupture conventionnelle et salariée protégée en raison de son état de grossesse	143
B -Rupture conventionnelle pour mettre fin à un différend.....	145
II -Ruptures conventionnelles et contexte économique.....	146
§ 2.Le consentement des parties consacré.....	151
I -Un contrôle a priori rigoureux.....	152
II -Un contrôle a posteriori revisité.....	159
Section 2 -Limiter le risque contentieux : dé-judiciarisation.....	161
§ 1.La rupture conventionnelle : un dispositif de gestion du risque contentieux.....	162
I -La rupture conventionnelle : un mode de rupture inédit.....	162
A -Le consensus au lieu de l'unilatéralité.....	163
B -Un délai de contestation réduit.....	165
II -De la substitution de la rupture conventionnelle au licenciement.....	166
§ 2.La fin de la transaction en droit du travail.....	169
I -Rupture conventionnelle ou transaction.....	170
II -Rupture conventionnelle et transaction.....	175
CHAPITRE 2 -L'ACCORD INDIVIDUEL, UN OUTIL DE SECURISATION PARTIELLE....	178
Section 1 -La sécurisation financière : des contreparties alléchantes et immédiates.....	180
§ 1.Le régime indemnitaire de post rupture.....	180
I -Indemnité conventionnelle de rupture.....	181
II -Bénéfice des allocations chômage.....	185
§ 2.Le maintien des droits sociaux du salarié.....	187
I -Le maintien des couvertures complémentaires santé et prévoyance.....	187
A -L'amélioration de la portabilité des droits de prévoyance.....	189
B -Une portabilité relative.....	191
II -De la portabilité du droit à la formation à la sécurisation du parcours professionnel.....	193
A -La portabilité du droit à la formation.....	194
1 -Le mécanisme de portabilité du DIF.....	194

2 -Les limites du système.....	197
B -Le compte personnel de formation, un espoir déçu ?.....	199
1 -Le CPF, un dispositif de formation tout au long de la vie.....	199
2 -Le CPF, un dispositif non optimisé.....	202
Section 2 -Une sécurisation sans emploi.....	204
§ 1.Le devenir des salariés ayant rompu leur contrat par une rupture conventionnelle.....	204
§ 2.Le transfert du coût des ruptures conventionnelle sur la collectivité : les effets négatifs sur l'assurance chômage.....	207
PARTIE 2 - L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE PREVENTION DE LA RUPTURE.....	214
TITRE 1 -L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE MAINTIEN DANS L'EMPLOI.....	218
CHAPITRE 1 -L'ACCORD COLLECTIF D'ENGAGEMENT SUR L'EMPLOI : UNE LOGIQUE CONTRACTUELLE DE LA NEGOCIATION.....	220
Section 1 -Le nouvel équilibre de l'accord collectif	221
§ 1. Evolution de la fonction de l'accord collectif.....	222
I -L'accord collectif traditionnel, source de droits pour le salarié.....	223
II -L'accord collectif, source d'obligations pour le salarié.....	225
§ 2.L'engagement sur l'emploi comme contrepartie.....	226
I -L'emploi comme moyen de négociation.....	227
II -L'emploi comme résultat de négociation.....	229
Section 2 -La majoration de l'accord collectif sur l'accord individuel : l'intérêt supérieur du maintien de l'emploi.....	232
§ 1.Concours de l'accord individuel avec un accord collectif ordinaire : une approche sociale	232
I -Prévalence de l'accord collectif	233
A -L'effet impératif de l'accord collectif.....	233
B -L'avantage individuel contractuel maintenu	234
1 -La recherche de l'avantage le plus favorable	234
2 -Recherche de l'avantage plus favorable	236
II -Autonomie de l'accord collectif et de l'accord individuel.....	239
A -Principe de non incorporation	239
B -Effets du principe de non-incorporation.	241
§ 2.Concours de l'accord individuel avec un accord collectif pour l'emploi : une modification de l'articulation traditionnelle.....	242
I -Le recul du principe de faveur au profit de l'intérêt collectif	243
II -L'autorité de l'accord collectif d'entreprise sur l'accord individuel	245
A -Une nécessaire légitimité démocratique	245
1 -Légitimité des acteurs.....	246
a)La double représentativité avant la loi du 20 août 2008.....	247
b)Représentativité syndicale issue de la loi du 20 août 2008.....	250
2 -Légitimité des accords.....	255
B -La prévalence de l'intérêt collectif sur l'intérêt individuel	259
1 -Le contrat de travail comme rempart.....	260
2 -La contrainte occasionnelle de l'accord individuel pour la préservation de l'emploi.....	261
CHAPITRE 2 -L'ACCORD COLLECTIF DE MAINTIEN DE L'EMPLOI.....	265
Section 1 -Un accord collectif dérogatoire « inflexible ».....	267
§ 1.Un cadre sécurisé peu incitatif.....	268
I -L'accord de maintien de l'emploi : un accord « défensif ».....	268
II -La difficulté d'obtenir un accord majoritaire.....	272
A -La légitimité par la représentation.....	272
B -La légitimité par le vote ?	275
§ 2.L'équilibre de l'accord de maintien de l'emploi.....	277

I -Les efforts consentis strictement encadrés.....	278
II -L'indispensable engagement de l'employeur sur l'emploi.....	282
A -L'engagement de maintien de l'emploi.....	282
B -L'engagement « d'efforts partagés ».....	284
Section 2 -Une sécurisation de l'accord utile mais insuffisante.....	286
§ 1.Une sécurisation utile.....	287
I -Les conséquences contractuelles de l'accord du salarié.....	287
II -La force de l'engagement sur l'emploi	289
A -Une logique indemnitaire	290
B -Intervention du juge.....	292
§ 2.Un accord juridiquement sécurisé.....	293
I -Les conséquences du refus d'application de l'accord	294
II -L'accord de maintien de l'emploi « défensif » a t-il un avenir ?	297
A -Les alternatives aux accords de maintien de l'emploi.....	297
B -L'accord de développement ou de préservation de l'emploi : la fin des accords de maintien de l'emploi ?	300
TITRE 2 -L'ACCORD COLLECTIF, OUTIL DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI.....	303
CHAPITRE 1 -L'ACCORD COLLECTIF, SOUTIEN A LA MOBILITE ANTICIPATIVE.....	305
Section 1 -Un cadre de mobilité sécurisé face aux restructurations.....	307
§ 1.Exclusion du régime jurisprudentiel de la modification du contrat de travail.....	307
I -L'organisation contractuelle de la mobilité du salarié dans l'entreprise.....	307
A -Le contrat de travail, un rempart à la mobilité	308
1 -Le contrat de travail, instrument de résistance à la mobilité imposée par l'employeur.....	308
a)Le contrat de travail, un obstacle à la mobilité par nature.....	308
b)Contrat de travail : un obstacle à la mobilité pour la spécificité de la relation	314
2 -Le contrat de travail, instrument de résistance à l'accord collectif	318
B -Un régime de modification lié au droit du licenciement	319
II -La mobilité du salarié dans le cadre d'un accord de mobilité interne : de la modification du contrat à la suspension des clauses contractuelles.....	322
A -Impérativité de l'accord collectif renforcé.....	323
B -Du refus de la modification au refus de soumission à l'accord	325
§ 2.Une dérogation légale au droit du licenciement économique	326
I -Incidences du refus du salarié à la mobilité	327
II -Un régime juridique de rupture allégé ?	330
A -Une rupture du contrat déconnectée du droit du licenciement économique collectif	330
B -La mise en place de mesures d'accompagnement et de reclassement pour le salarié	333
Section 2 -La sauvegarde de l'emploi par la mobilité négociée.....	334
§ 1.La conclusion d'un accord de mobilité interne.....	334
I -Un accord conclu nécessairement « à froid »	334
II -Une mobilité contrainte.....	338
§ 2.L'organisation conventionnelle de la mobilité.....	340
I -Périmètre de la mobilité.....	340
II -Intangibilité de la rémunération ou de la classification personnelle du salarié.....	344
CHAPITRE 2 -L'ACCORD COLLECTIF, SOUTIEN A LA MOBILITE CURATIVE.....	347
Section 1 -Le PSE conventionnel	349
§ 1.L'objectif de préservation de l'emploi du plan de sauvegarde	350
I -Les fondements de l'obligation de reclassement.....	350
A -Le droit à l'emploi.....	350

B -Le devoir d'exécuter le contrat de bonne foi	351
II -PSE et protection de l'emploi.....	352
§ 2.La contractualisation du PSE.....	355
I -De l'accord de méthode au PSE conventionnel.....	356
II -Négociation d'un accord collectif majoritaire sur le PSE.....	362
A -Le régime du plan de sauvegarde conventionnel	362
B -La sécurisation de la rupture : le pouvoir de l'administration sur la procédure ..	365
Section 2 -La mobilité d'un salarié par la voie du reclassement économique	370
§ 1.Le reclassement interne vecteur de maintien de l'emploi	371
I -Les actions de reclassement.....	371
A -Les propositions de reclassement.....	372
B -Des résultats très moyens	376
II -L'obligation de reclassement dans les plans de départs volontaires (PDV).....	377
§ 2.Le reclassement externe.....	378
I -Les mesures de transition vers un nouvel emploi	379
A -Les dispositifs collectifs de reclassement externe.....	379
1 -La convention de cellule de reclassement	380
2 -L'outplacement	381
B -Des dispositifs individuels d'accompagnement vers un autre emploi.....	382
1 -Le contrat de sécurisation professionnelle	383
2 -Le congé de reclassement	385
II -Des résultats des reclassements externes très limités.....	386
CONCLUSION GENERALE	389
BIBLIOGRAPHIE.....	393
INDEX ALPHABETIQUE.....	423

LE CONSENSUALISME DANS LA RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL À DURÉE INDETERMINÉE

Résumé

Le droit de la rupture doit réaliser un périlleux équilibre entre la sauvegarde de l'emploi du salarié et le besoin de flexibilité des entreprises lié à la préservation de leur compétitivité. Dans cette quête, les lois françaises constituent une protection juridique exemplaire s'agissant des salariés ayant déjà un emploi mais un frein pour les travailleurs désireux d'intégrer le marché de l'emploi. Pour sortir de l'impasse, il est nécessaire d'insérer une dose de droit commun dans une équation jugée trop rigide. S'inscrivant dans la tendance européenne de flexisécurité, l'introduction d'une voie négociée individuelle est une solution contrastée en raison des faibles résultats des politiques de sécurisation des parcours professionnels dans une période où le taux de chômage atteint des records. Dès lors le législateur a mis en place de nouveaux dispositifs collectifs négociés afin de prévenir la rupture du contrat de travail mais au prix de concessions salariales ainsi que d'un bouleversement des principes juridiques inédit dans cette matière.

Mots-clés : Consensualisme, Flexisécurité, Rupture, CDI, Accord d'engagement sur l'emploi.

CONSENSUS IN THE RUPTURE OF THE PERMANENT CONTRACT

Abstract

Termination law must achieve a dangerous balance between the employment protection of the salaried and the need for businesses to be flexible in order to maintain their competitiveness. In this search, French laws form a perfect legal protection regarding salaried workers but also create an obstacle to workers eager to enter the job market. To break the deadlock, it is necessary to insert a common law measure in an equation deemed too strict. In line with the European inclination towards flexicurity, the introduction of an individual negotiated approach is a contrasting remedy on account of professional life securing policies' poor results in times where the rate of unemployment reach record highs. Consequently, the legislator set up new public negotiated measures in order to prevent the termination of an employment contract but at the cost of salary concession and an unprecedented change of legal principles.

Keywords : Consensus, Flexicurity, Rupture, Permanent contract, Collective agreement on job.