

L'économie générale des « accords de compétitivité » mise sens dessus dessous

Par Josépha DIRRINGER et Ylias FERKANE,
Maîtres de conférences de droit privé

PLAN

I. De la force obligatoire des accords organisationnels sur l'emploi

- A. Les sirènes de l'analyse contractuelle
- B. Les échos de l'analyse réglementaire

II. Du contenu obligationnel des accords sur l'emploi

- A. La teneur de l'engagement patronal
- B. La sanction de l'employeur en cas d'inexécution

À l'évidence, l'année 2017 n'aura pas manqué de mettre les « accords de compétitivité » (1) sur le devant de la scène. La nouvelle mandature, tout d'abord, nous aura gratifiés, sans coup de semonce, d'une énième réforme portant modification du régime juridique de ces accords. Se substituant aux accords de maintien de l'emploi et aux accords de mobilité interne et banalisant les accords de préservation et de développement de l'emploi, une nouvelle génération d'accords visent désormais à « répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi » (2). Pour prendre la mesure de l'évolution opérée, signalons *a minima* que ces accords ne comprennent plus nécessairement un engagement de l'employeur en matière d'emploi (3). Les magistrats auront également été sollicités de toute part. La Cour de cassation aura été la première à s'emparer de ce type d'accord en rendant un arrêt dans l'affaire *Whirlpool*, dont la teneur laisse pour le moins dubitatif (4). Le Conseil constitutionnel a ensuite admis la conformité à la Constitution de l'article L. 2254-2 du Code du travail, dans sa rédaction issue de la loi du 8 août 2016, en émettant toutefois une légère réserve d'interprétation (5).

Face à ces évolutions majeures, reste une pratique aux enjeux et aux contours maintes fois discutés (6). La rhétorique qui les porte est éprouvée. Elle repose sur l'idée d'un échange. Il est rare que les organisations syndicales consentent à des sacrifices au « nom » des salariés sans que l'employeur ne s'engage, en contrepartie, à respecter quelques directives. Pour leur donner corps, ces engagements sont bien souvent assortis de quelques gages visant à assurer aux salariés qu'ils ne renoncent pas à leurs avantages en vain. Cependant, l'arrêt *Whirlpool* est venu brouiller le schéma ici exposé et il y a fort à parier que l'application de l'ordonnance du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective y contribuera également à sa manière. Face à la promotion des accords de compétitivité qu'opère

l'article L. 2254-2 du Code du travail, il devient urgent de s'interroger sur les moyens dont disposent les salariés pour faire exécuter un accord sur l'emploi, à défaut de pouvoir contester le licenciement en cas de refus de la modification de leur contrat de travail (7). La dimension collective de l'accord et des engagements qu'il contient rend difficile la détermination des moyens d'action offerts aux salariés pour faire exécuter l'engagement de l'employeur. L'affaire *Whirlpool*, fil rouge de l'étude, est révélatrice de cette évolution du droit du travail. Elle sera employée ici à des fins illustratives, pour mieux décrire et décrier ces accords, dont la banalisation ne doit pas faire oublier le caractère dangereux pour les salariés.

Pour rappel, une restructuration d'ampleur avait été entreprise en 2008 sur le site d'Amiens dans le but

(1) Expression obscure employée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2017-751 DC du 7 septembre 2017 relative à la loi d'habilitation à prendre par ordonnances des mesures pour le renforcement du dialogue social. Sur cette décision, O. Dutheillet de Lamothe, SSL, 21 septembre 2017, n° 1783.

(2) Art. 3 de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective (nouvel art. L. 2254-2, C. trav.).

(3) L'accord doit simplement définir dans son préambule ses objectifs (art. L. 2254-2 II, C. trav.). Sur la teneur de tels engagements, cf. *infra* la deuxième partie.

(4) Cass. Soc. 8 mars 2017, n°s 15-26.975 à 15-27.008.

(5) Décision n° 2017-665 QPC du 20 octobre 2017. La réserve d'interprétation porte sur l'absence de fixation dans la loi d'un délai imparti à l'employeur pour décider du licenciement du salarié qui l'a averti de son refus de modification de son contrat de travail. Le Conseil constitutionnel estime « qu'un licenciement fondé sur ce motif spécifique ne saurait, sans méconnaître le droit à l'emploi, intervenir au-delà d'un délai raisonnable à compter de ce refus ».

(6) Entre autres et tout particulièrement, A. Lyon-Caen, « Le maintien de l'emploi », Dr. Soc. 1996, p. 655 ; M.-A. Souriac-Rotschild, « Engagements et arrangements sur l'emploi : quelle efficacité juridique ? », Dr. Soc. 1997, p. 1061.

(7) Étant précisé que la conformité des dispositions de l'article L. 2254-2 à l'égard de la convention OIT n° 158 est pour le moins discutable.

d'assurer sa pérennité. Celle-ci s'était traduite par des suppressions de postes et par la mise en place d'un nouveau projet « Optima », qui reposait essentiellement sur la fabrication d'un nouveau modèle de sèche-linge, Zephyr. Dans ce cadre, un accord d'établissement « donnant-donnant » fut signé le 2 juin 2008, l'accord « portant sur un nouveau dispositif social 2009 ». Les salariés restés sur le site acceptaient de renoncer à certains de leurs droits et avantages, renonciation actée par la signature d'un avenant à leur contrat de travail (8) : allongement du temps de travail, suppression de la prise en charge par l'entreprise des trois jours de carence en cas de maladie d'un salarié, renonciation à des jours de RTT, travail le samedi, etc. Pour sa part, l'employeur s'était engagé à maintenir la production d'alors et à fabriquer le nouveau modèle de sèche-linge dans l'usine amiénoise. L'accord fixait un volume minimum de machines à produire annuellement (9). À la lecture de l'arrêt rendu par la Cour d'appel d'Amiens le 16 décembre 2015 (10), il apparaît que, dès 2009, soit un an après la conclusion de l'accord, l'employeur n'avait pas respecté son engagement (11). Pourtant, rien n'a formellement été entrepris pendant la durée d'application de l'accord, ni par les salariés, ni par leurs représentants (12). Ce n'est qu'à son terme que les salariés décidèrent de réclamer un rappel de salaire et de congés payés, ainsi que des dommages et intérêts pour préjudice moral. Leur demande

était, à bien des égards, tardive. Non seulement ils ne pouvaient solliciter autre chose qu'une demande indemnitaire, mais encore les juges ont réduit le montant de leur indemnisation en invoquant la présence d'une clause pénale et l'exécution partielle de l'accord par l'employeur.

Cet arrêt est symptomatique des tendances de fond qui parcourent la négociation collective sur l'emploi, à plus d'un titre. Prétexte d'une étude générale sur les accords en matière d'emploi, il offre la possibilité de réfléchir à la fois aux implications tirées de l'effet impératif de ce type d'accord, mais également de saisir l'impact de son contenu obligationnel. À l'évidence, l'effet normatif de l'accord a permis de justifier une telle solution. Ainsi les juges ont-ils considéré que les salariés, même non-signataires de l'accord, pouvaient se voir opposer la clause pénale dès lors qu'un accord collectif s'impose aux parties au contrat de travail. Le rejet du pourvoi par la Cour de cassation valide cette analyse, alors même qu'elle repose sur une confusion de ce qu'implique un tel effet normatif et qu'elle fait peu de cas du principe de non-incorporation de l'accord collectif au contrat de travail.

La portée de ces accords, et plus précisément leur force obligatoire, mérite d'être précisée (I). Si cette portée est déterminante, leur contenu obligationnel l'est tout autant si l'on s'attache aux conséquences juridiques concrètes en cas d'inexécution par l'employeur de son engagement (II).

I. De la force obligatoire des accords organisationnels sur l'emploi

L'effet normatif reconnu légalement à l'accord collectif est traditionnellement présenté comme la manifestation, à la fois, d'une force juridique en intensité (effet impératif sur les contrats de travail compris dans son champ d'application) et d'une force juridique en extension (effet *erga omnes*) (13). À ce titre, les dispositions de l'accord collectif sont appelées à se substituer, dès leur entrée en vigueur, aux clauses des contrats de travail en cours. Appliquée

aux accords sur l'emploi, cette analyse questionne. L'échange qui se trouve au cœur de ces accords réactive une analyse contractuelle, certes séduisante, mais néanmoins erronée (A). En effet, l'analyse règlementaire permet de bien mieux rendre compte de l'engagement et du droit d'action des salariés pris individuellement (B). De cette analyse que l'on retiendra découle la contestation de la qualification de clause pénale retenue par la Cour de cassation.

(8) Comme indiqué dans les motifs adoptés par la cour d'appel : « qu'en date du 24 juin 2008, un avenant au contrat de travail a été proposé à chaque salarié demandeur ».

(9) Cela étant, il est intéressant de souligner le désaccord qui est apparu entre les parties au procès sur la teneur de l'engagement et de l'importance qu'il y a à définir ce à quoi s'engage la partie patronale. Selon l'employeur, « la commune intention des parties n'était pas de s'engager sur un volume de production ferme, mais de garantir l'exclusivité de la production sur le site d'Amiens ». Au contraire, pour les salariés, et ce que retiendront au demeurant la cour d'appel et la Cour de cassation, l'employeur s'était engagé à « un volume de production annuelle minimum de 550.000 produits ».

(10) CA d'Amiens, 16 septembre 2015, RG 13/06.820.

(11) « 2008 : 514.139 sèche-linge produits ; 2009 : 468.751 sèche-linge produits ; 2010 : 515.204 sèche-linge produits ; 2011 : 422.019 sèche-linge produits ; 2012 : 370.000 sèche-linge produits ; 2013 : 369.179 sèche-linge produits ».

(12) L'arrêt de la cour d'appel relève que « les parties » n'ont pas mis en œuvre l'obligation de conciliation prévue par l'accord. Toutefois, il a également été relevé que les salariés indiquaient avoir formulé « de nombreuses demandes orales », non prises en compte par la société Whirlpool.

(13) A. Lyon-Caen, « Grandeur et décadence de la loi professionnelle », in *Les conventions collectives de branche : déclin ou renouveau ?* CEREQ, Étude n° 65, 1993, p. 57.

A. Les sirènes de l'analyse contractuelle

Il n'est rien d'aussi stimulant qu'un engagement conventionnel portant sur l'emploi pour réactiver un débat plus que centenaire, celui de la nature juridique de l'accord collectif de travail. Et si la question divise, c'est que de la nature de l'acte découle son régime juridique et, *in fine*, ses effets. La question est donc aussi redoutable que décisive, car de la réponse qui y sera apportée pourra être déduite l'efficacité juridique de l'accord. En la matière, le dualisme de l'acte constitue un postulat qu'il est confortable de ne pas discuter (14). Le schéma est connu, l'accord collectif de travail emprunterait à la fois au contrat et au règlement. Derrière l'apparente unité et simplicité de ce schéma se cachent des approches diverses du dualisme, sur lesquelles il n'est pas nécessaire de s'étendre ici (15). Employé à des fins de compréhension de la singularité des engagements conventionnels en matière d'emploi, le schéma invite essentiellement à s'interroger sur la ligne de partage entre partie obligatoire (créatrice d'obligations conventionnelles) et partie normative (réglementaire) des accords qui les contiennent.

Auparavant, il convient de se prononcer sur la « localisation » de ces engagements dans la structure interne de l'accord. Dans l'arrêt *Whirlpool*, l'accord d'établissement « portant sur un nouveau dispositif social 2009 » du 2 juin 2008, stipulait expressément que « la condition d'allocation de production s'accompagne de l'engagement de maintien des productions actuelles et ensuite des productions Zephyr sur le site d'Amiens, pendant une durée minimum de 5 ans, avec un volume de production annuelle minimum de 550.000 produits, à compter de la signature de ce présent accord ». La clause ainsi exposée était pour le moins claire dans sa formulation. Il s'agissait bien là d'un engagement chiffré et ferme sur un quota minimum de production annuelle de 550.000 pièces. L'engagement de production ici retranscrit était donc logé au sein du préambule du premier chapitre de l'accord.

Or, la force juridique de ces préambules divise et autorise ici une incise. L'alternative est connue. Soit les préambules sont dotés de la même force juridique que les accords qu'ils introduisent, soit leur portée est restreinte et ils ont au mieux vocation à guider l'interprète à la recherche de « l'esprit » de l'accord. On rappellera que le préambule est le texte qui précède l'énonciation de la teneur de l'accord collectif ou de l'une de ses parties, et dans lequel les interlocuteurs sociaux exposent à l'envie son objet et leurs motifs. Il est le reflet, en quelque sorte, de l'économie générale du texte qu'il introduit. À l'évidence, il s'agit d'une « partie intégrante de la convention collective », qui, en tant que telle, doit recevoir de celle-ci la même force juridique (16). La Cour de cassation estime ainsi qu'un préambule peut comporter des obligations à la charge de l'employeur (17). L'article L. 2222-3-3 du Code du travail issu de la loi du 8 août 2016 tend d'ailleurs à généraliser la pratique et à faire du préambule un document incontournable, notamment à des fins d'interprétation de la teneur d'un accord. Ainsi, tout accord collectif doit contenir « un préambule présentant de manière succincte ses objectifs et son contenu » (18).

L'engagement de production qui figurait dans le préambule de l'un des chapitres de l'accord était donc bien doté d'une force juridique. Reste alors à déterminer si celui-ci se rattache plutôt à la partie obligatoire ou normative de l'accord.

Invités à se prononcer sur la nature juridique de divers engagements du même type, certains auteurs n'ont pas hésité à trancher en faveur d'une analyse contractuelle. En effet, ils ont cru déceler dans l'apparition de clauses conventionnelles en matière d'emploi « l'émergence du contrat synallagmatique » (19) dans le domaine des accords collectifs de travail, allant même jusqu'à proposer de distinguer parmi les actes collectifs que connaît le droit du travail, « l'acte à effet réglementaire » du « contrat collectif » (20). Cette dernière catégorie accueillerait, notamment, tous les accords contenant des engage-

(14) P. Durand, « Le dualisme de la convention collective », RTD civ. 1939, p. 353. Ce schéma explicatif est un « canevas de départ », M.-A. Souriac-Rotschild, « Autonomie de la négociation d'entreprise », in *Conventions collectives de branche : déclin ou renouveau ?*, CEREQ, 1993, Études n° 65, p. 183.

(15) À ce titre, une approche relayée en doctrine invite à considérer que la nature juridique de l'accord varierait essentiellement en fonction de son objet. V. par exemple, J. Barthélemy, « Les accords nationaux interprofessionnels », Dr. Soc. 2008, p. 570.

(16) Pour une affirmation très claire en ce sens, cf. J. Savatier, « Espèces et variétés dans la famille des accords collectifs », Dr. Soc. 1960, p. 598. V. également, T. Katz, « La portée juridique des préambules des conventions ou accords collectifs de travail », D. 2002, p. 764.

(17) Par exemple, cf. Cass. Soc., 13 novembre 2001, n° 99-10.891, Bull. civ. V, n° 343 ; Cass. Soc. 7 mai 2008, n° 06-43.989, Bull. civ. V, n° 99. V. également sur cette question, G. Auzero, « La force juridique des préambules des conventions et accords collectifs de travail », TPS, 2004, chron. 6 ; F. Dumont, « L'exécution de bonne foi d'un accord collectif suppose le respect de son préambule », JCP S 2008, n° 37, p. 33.

(18) À cette nuance près que « l'absence de préambule n'est pas de nature à entraîner la nullité de la convention ou de l'accord ».

(19) V. tout particulièrement, F. Gaudu et R. Vatinet, *Traité des contrats, Les contrats de travail, Contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux*, ss. la dir. de J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 470.

(20) *Ibid.*

ments conventionnels en matière d'emploi, qui seraient teintés de synallagmatisme. Dans la même veine, il a pu être soutenu que l'effet obligatoire de l'accord collectif constituait le fondement même de l'action en exécution de l'engagement intentée par les salariés visés (21). Le célèbre arrêt *Briou* (22) offrait, à ce titre, une assise solide à cette analyse, car rendu au visa de l'ancien article 1147 du Code civil, siège du principe de base des mécanismes de responsabilité contractuelle (23). Pareil renvoi indique, à tout le moins, que l'obligation souscrite est une obligation précise, confinant à une obligation de résultat (24).

Il est vrai qu'au premier abord, c'est le propre d'un accord dit « donnant-donnant » que d'aménager le diptyque temps de travail/rémunération en contrepartie, notamment, d'un engagement de production. Les concessions qu'il contient sont donc réciproques (25), voire indivisibles (26). C'est d'ailleurs ce que rappelait le préambule de l'accord Whirlpool du 2 juin 2008, en indiquant que la « condition d'allocation de production s'accompagne de l'engagement de maintien des productions actuelles et ensuite des productions Zephyr sur le site d'Amiens ». L'intention commune des parties était bien de définir, en tête d'accord, que les lourdes concessions accordées par les salariés constituaient, selon une logique que l'on pourrait effectivement être tenté de qualifier de synallagmatique, la contrepartie de l'engagement pris par l'employeur de développer un nouveau produit et de maintenir les productions sur le site concerné (27). La responsabilité de l'employeur semble ainsi prendre un tout autre relief lorsqu'elle découle de la violation d'un compromis enregistré dans un schéma d'échange. Elle autoriserait chaque salarié à invoquer directement les dispositions de l'accord litigieux, et donc à agir individuellement pour la réalisation des droits

qu'il tient de celui-ci et à empêcher l'employeur de se départir sans conséquence de ses engagements (28). En réalité, on ne voit pas ce qui aurait pu empêcher un salarié de l'établissement Whirlpool d'Amiens ayant refusé de signer un avenant à son contrat de travail d'agir en exécution de l'accord collectif. L'intérêt à agir du salarié est peu contestable, surtout au regard de l'article L.2262-12 du Code du travail. Celui-ci prévoit que « les personnes liées par une convention ou un accord peuvent intenter toute action visant à obtenir l'exécution des engagements contractés et, le cas échéant, des dommages-intérêts contre les autres personnes ou les organisations ou groupements, liés par la convention ou l'accord, qui violeraient à leur égard ces engagements ». Dès lors, voir uniquement dans l'engagement conventionnel pris en matière d'emploi « un engagement contractuel, source de responsabilité contractuelle, [reviendrait donc à] ignorer le droit des accords collectifs, qui ne qualifie d'accords que ceux passés par l'employeur avec les organisations syndicales représentatives du personnel » (29).

L'analyse contractuelle a donc de quoi séduire. Cependant, elle n'emporte pas complètement la conviction.

L'évidence mérite d'être rappelée, les salariés ne participent pas directement à la conclusion de l'engagement conventionnel en matière d'emploi. En tant que « tiers » à l'accord, ils ne sont donc ni débiteurs, ni créanciers. La reconnaissance d'un droit d'action individuelle à leur profit en cas d'inexécution d'un accord collectif ne relève donc pas de l'évidence, même si les tiers à un contrat sont fondés à invoquer l'exécution défectueuse. L'engagement dont est porteur l'accord à l'égard de la collectivité de travail n'a, à proprement parler, pas de nature contractuelle à son égard. L'engagement lie principalement

(21) G. Couturier, « La méconnaissance d'un engagement de maintien de l'emploi », Dr. Soc. 1998, p. 375.

(22) Cass. Soc. 22 janvier 1998, D. 1998, p. 480, n. T. Aubert-Monpeyssen.

(23) V. en ce sens, F. Petit, « Sur les clauses de garantie d'emploi », Dr. Soc. 2000, p. 80 : « en permettant à la fois aux syndicats signataires et aux salariés liés par la convention collective d'intenter toute action visant l'engagement de maintien de l'emploi, les articles L. 135-5 et L. 135-6 traduisent nettement la nature contractuelle de l'engagement sur l'emploi ».

(24) V. en ce sens et au-delà de l'arrêt *Briou* : Cass. Soc. 1^{er} avril 1997, n° 95-45.284 ; Cass. Soc. 3 novembre 1999, n° 98-44.271 et 98-44.277, Bull. civ. V, n° 429 ; Cass. Soc. 10 octobre 2002, n° 00-42.906, Bull. civ. V, n° 304 ; Cass. Soc. 7 février 2007, n° 05-43.298 ; Cass. Soc. 14 février 2007, n° 05-42.505.

(25) E. Dockès, « La réciprocité des dispositions dans la convention collective », Dr. Ouv. 1997, p. 503.

(26) A. Lyon-Caen, art. cit. : « Dans les accords d'entreprise où de nouveaux régimes de l'emploi sont définis et consignés des engagements de préservation d'une activité, des effectifs, ou des salariés en place ou d'embauchés ultérieurs, se manifestent deux idées qui pourraient vite troubler, quand elles ne l'ont pas déjà fait, l'économie traditionnelle de tels accords, la première a pour nom l'indivisibilité. Entre les diverses dispositions de tels accords, des liens sont plus ou moins fermement noués. Faut-il dès lors encourager une interprétation de ces accords qui privilégierait ces liens ? ».

(27) À la suite de la signature de l'accord d'établissement du 2 juin 2008, la durée annuelle du travail est passée de 1.480 heures à 1.600 heures sans qu'une augmentation proportionnelle de la rémunération des salariés n'ait été opérée. Les salariés ont également été invités à renoncer à divers avantages tels que, notamment, des jours de RTT ou se sont vus contraints à travailler le samedi.

(28) Cass. Soc. 7 janvier 1997, n° 93-45.664, Bull. civ. V n° 1.

(29) I. Omarjee, « La violation par l'employeur d'un engagement unilatéral en matière d'emploi », D. 2004, p. 2395.

l'employeur aux organisations syndicales représentatives signataires de l'accord. Celui-ci relève, à ce titre, de la partie obligatoire de l'accord. Sur ce point, il convient de rappeler que si l'employeur est lié par un accord collectif et est tenu de respecter les engagements portés par celui-ci, c'est en premier lieu vis-à-vis des organisations syndicales signataires dudit accord. En ce sens, l'article L. 2262-1 du Code du travail énonce que « *l'application des conventions et accords est obligatoire pour tous les signataires ou membres des organisations ou groupements signataires* ». Il s'agit là d'une obligation civile, obligation d'origine contractuelle. En creux, c'est la question des destinataires de l'engagement en matière d'emploi qui se pose. Sa portée est-elle individuelle ou simplement collective ? Qu'un salarié puisse individuellement se prévaloir de ce type d'engagement, surtout lorsqu'il est précis dans sa formulation, est tout à fait souhaitable. La reconnaissance d'un tel droit devrait accréditer, au premier abord, l'analyse contractuelle de ces engagements. Toutefois, que le montant de la pénalité que l'employeur s'était engagée à verser aux salariés dans l'affaire *Whirlpool*, pénalité représentant le montant du salaire pour l'intégralité des 14 jours de RTT par année (30) pour chaque salarié, ait été jugé excessif, intrigue. Rapporté à chaque salarié pris individuellement, un tel montant était-il vraiment excessif ou bien est-ce l'accumulation de ces pénalités et leur montant apprécié globalement, au regard de l'ensemble des salariés concernés, qui a guidé les juges ? Autrement dit, et à supposer la qualification de clause pénale admise (31), celle-ci implique, dans un acte doté d'un effet normatif, que l'on s'accorde sur un point. Est-ce le préjudice causé à l'intérêt collectif des salariés couvert par l'accord ou bien celui causé à l'intérêt individuel de ces derniers ? À cette question, la Cour de cassation n'apporte aucune réponse dans l'affaire *Whirlpool*.

Ajoutons un dernier point. Faut-il le rappeler, « *Dans notre droit, la convention collective – même l'accord d'entreprise – n'est pas, par essence, un contrat synallagmatique* » (32). Une telle affirmation n'est pas sans conséquence sur la qualification, très discutable, de clause pénale retenue par la Cour de cassation à propos de la clause de dédommagement.

Cette dernière limite relevée permet surtout d'avancer notre conviction, à savoir que l'analyse

réglementaire de l'accord permet bien de mieux rendre compte de ses effets à l'égard des salariés.

B. Les échos de l'analyse réglementaire

Dans l'affaire *Whirlpool*, l'accord du 2 juin 2008, signé pour satisfaire aux exigences dites de « compétitivité » sur le site d'Amiens, est resté en vigueur dans l'entreprise, malgré l'inexécution par la société de ses engagements de production de 550.000 sèche-linge par an. Or, les volumes de fabrication annuelle n'ayant jamais été atteints, la réduction des droits des salariés était, pour le moins, contestable. À ce titre, l'accord collectif prévoyait une indemnisation des salariés. La direction s'était engagée « *à indemniser chaque salarié du montant total des efforts concédés entre la date de mise en application et la date de rupture de cet engagement* », dans l'hypothèse où la production du sèche-linge Zephyr ne serait pas mise en œuvre et où la production annuelle sur le site n'atteindrait pas les 550.000 produits garantis par ledit accord. Compte tenu du fait que l'accord n'a jamais été respecté par la société *Whirlpool*, cette clause conventionnelle aurait dû, logiquement, se voir appliquée.

Toutefois, et ce de manière assez classique, la stratégie adoptée par la société *Whirlpool* consistait à se décharger de ses responsabilités ou, à tout le moins, de les atténuer, en tentant de faire requalifier la clause de dédommagement prévue par l'accord en clause pénale. L'objectif était, bien entendu, d'obtenir la réduction du montant de l'indemnité (à hauteur d'un euro symbolique !). La demande ne pouvait que froisser des salariés ayant consenti de nombreux sacrifices. Elle semblait d'autant plus délicate à accepter qu'analyser la clause de dédommagement comme une clause pénale est pour le moins discutable, notamment à raison de l'effet normatif de l'accord collectif.

Pour rappel, la clause pénale, désormais régie par le seul article 1231-5 du Code civil, est celle par laquelle les parties prévoient qu'une certaine somme sera due à titre de dommages et intérêts en cas d'inexécution. À la différence de la clause limitative de responsabilité, qui fixe un plafond d'indemnisation, la clause pénale prévoit un forfait indemnitaire (33). Cette clause « *présente une double utilité : d'une part, elle dispense de la preuve de l'existence et de l'étendue du préjudice ; d'autre part, elle peut inciter*

(30) En tout état de cause limitée à la durée de 5 ans, selon les termes mêmes de l'accord.

(31) Sur cette qualification, cf. *infra*.

(32) M.-A. Souriac, M. Morand, « Accords de compétitivité : quels engagements sur l'emploi ? », RDT 2012, p. 194.

(33) Cass. Civ., 1^{ère}, 10 octobre 1995, Bull. civ. I, n° 347.

le débiteur à l'exécution de son engagement (c'est l'effet dit « comminatoire » de la clause pénale) » (34).

En effet, la clause de dédommagement ne figure pas dans un contrat, mais bien dans un accord collectif. Or, la Cour de cassation distingue traditionnellement selon que l'indemnité litigieuse est d'origine contractuelle ou conventionnelle. Issue d'un accord collectif, la clause était, jusqu'à peu, insusceptible de contrôle. Plus précisément, la Cour de cassation avait estimé que « lorsque les parties contractantes conviennent de l'application au contrat de travail d'une convention collective [...], l'indemnité [...] prévue par ladite convention collective revêt la nature d'une indemnité conventionnelle non susceptible d'être réduite par le juge » (35). Une clause conventionnelle ne pourrait donc être qualifiée de clause pénale. Or, selon M. D. Mazeaud, une telle analyse ne se comprend que rapportée à l'effet normatif de l'accord. Puisqu'elle « s'applique à des tiers qui n'ont pas donné leur consentement à sa création, la convention collective n'est guère compatible avec la stipulation d'une clause pénale qui suppose, pour prospérer, un véritable contrat et, en particulier, le consentement préalable du débiteur à qui elle s'applique » (36). Cela résulte de la rédaction même de l'ancien article 1226 du Code civil, dont il ressort que « la clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution ». Cet article exclut manifestement la présence d'un créancier tiers à l'accord. Admettre l'existence d'une clause pénale dans un accord collectif reviendrait à contredire pareil raisonnement. En effet, dans ce cas, les bénéficiaires de la clause pénale ne seraient pas, comme dans la théorie classique, les cocontractants de l'employeur que sont les organisations syndicales signataires, mais les destinataires de l'accord, c'est-à-dire les salariés, par hypothèse victimes de l'inexécution par l'employeur de ses engagements. Or, dans l'affaire *Whirlpool*, le contentieux opposait bien les salariés à leur employeur, et non les syndicats signataires de l'accord litigieux à la société. Si l'on s'inscrit dans la lignée du raisonnement ici proposé, l'accord collectif devrait être analysé principalement dans sa dimension règlementaire. Le fait que l'accord en question s'analyse comme un accord « donnant-donnant » n'y change rien, même si certains croient déceler dans ce type d'accord une réminiscence de la

figure contractuelle. En réalité, que les salariés aient consenti de nombreux sacrifices en contrepartie de l'engagement de production n'a strictement aucune incidence sur la nature juridique du « compromis ». Par quel tour d'alchimiste pourrait-on transformer un accord collectif en une somme d'accords individuels ? Ce serait faire peu de cas de l'effet normatif de l'accord collectif.

La Cour de cassation a d'ailleurs estimé, dans un arrêt du 12 juillet 2006, que chaque salarié est recevable à agir individuellement afin d'obtenir l'exécution des engagements énoncés dans le cadre d'un accord ou des dommages-intérêts au visa de l'ancien article L.135-6 du Code du travail (actuel article L.2262-12), et non de l'ancien article 1147 du Code civil. C'est dire « qu'un accord de création d'emplois dont le salarié n'est pas, par hypothèse, le bénéficiaire, mais dont la cause est dans l'acceptation d'un sacrifice que chaque salarié en fonction supporte individuellement, peut fonder une action individuelle » (37). L'article L.2262-12 du Code du travail peut donc être invoqué au soutien du droit de chaque salarié d'obtenir l'application, à son profit, de la norme collective du travail. S'agit-il d'une action en responsabilité contractuelle ? Le doute est permis (38).

Une nuance peut toutefois être apportée à ce sujet. Il est souligné que ce n'est pas tant l'effet impératif de l'accord collectif qui justifie la reconnaissance d'un droit d'action, mais plutôt son effet *erga omnes*. Il est vrai que les clauses en matière d'emploi « n'ont pas vocation à atteindre, dans [leur] contenu le contrat de travail » (39), dès lors qu'il est acquis qu'en principe, un accord collectif ne saurait modifier à lui seul la teneur d'un contrat de travail. Sinon, pourquoi la société Whirlpool a-t-elle jugé bon de faire signer à chaque salarié pris individuellement un avenant à son contrat de travail relayant l'engagement conventionnel ? C'est bien la preuve que l'échange ainsi proposé et la clause de dédommagement y afférant trouvaient leur source dans l'accord collectif et non dans le contrat de travail. La clause conventionnelle n'a donc pas été incorporée au contrat de travail par le seul effet de l'accord. Elle ne suffisait pas, à elle seule, à signifier l'accord des salariés. L'analyse cèderait-elle face aux accords de compétitivité « nouvelle génération » conclus afin de répondre aux nécessités

(34) F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, 2016, 1^{ère} éd., Dalloz, p. 209.

(35) Cass. Soc. 9 novembre 2011, n° 09-43.528, Bull. civ. V, n° 253.

(36) D. Mazeaud, « Les clauses pénales en droit du travail », Dr. Soc. 1994, p. 343.

(37) H. Tissandier, « Une action individuelle en exécution des engagements conventionnels sur l'emploi ? », note ss. Cass. Soc. 12 juillet 2006, n° 04-47.550, RDT 2007, p. 48.

(38) Cf. *infra*.

(39) T. Katz, *La négociation collective et l'emploi*, LGDJ, 2007, p. 215.

liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver ou de développer l'emploi ? Ne sont-ils pas porteurs, en creux, de l'affirmation éclatante de l'effet impératif des engagements conventionnels en matière d'emploi, dès lors que le salarié récalcitrant pourra être licencié pour avoir refusé la modification de son contrat de travail (40) ? Le législateur ne s'est d'ailleurs même pas embarrassé d'insérer une clause pénale dans ce cadre, à la différence du régime applicable à feu les accords de maintien de l'emploi. Le silence du législateur laisse cependant entière la question de savoir comment sanctionner le manquement de l'employeur aux engagements contenus dans l'accord (41).

En tout état de cause, on ne saurait vider de son sens l'accord collectif du 2 juin 2008 en retenant la qualification de clause pénale. Au moins trois arguments peuvent être avancés dans le sens de l'exclusion d'une telle qualification.

D'une part, si, au jour de la conclusion de l'accord collectif d'entreprise Whirlpool, soit le 12 juin 2008, la loi du 14 juin 2013 (42) imposant aux négociateurs d'un accord de maintien de l'emploi d'introduire une clause pénale visant à régler les modalités de versement de dommages et intérêts aux salariés éventuellement lésés par l'inexécution dudit accord n'était pas applicable (43), l'ancien article L.5125-2 du Code du travail, qui en était issu, autorise *a minima* un raisonnement *a contrario*. Pour rappel, les accords dits de maintien de l'emploi constituaient une variété d'accord « donnant-donnant » (44). Il s'agissait d'accords collectifs de « droit spécial », soumis en tant que tels à un régime juridique spécifique. Ils avaient pour particularité notable de voir leur conclusion suspendue à la réalisation d'un diagnostic partagé avec des organisations syndicales représentatives de salariés (45). Celui-ci portait, selon l'expression consacrée, sur l'existence de « *graves difficultés économiques conjoncturelles* » (46). Une fois établi, il autorisait alors l'employeur à s'engager à maintenir

les emplois pendant la durée de validité de l'accord, en contrepartie d'un aménagement de la durée du travail de ses salariés, de ses modalités d'organisation et de répartition, ainsi que de leur rémunération. Toutefois, pour inciter l'employeur à respecter ses engagements et que ceux-ci ne restent pas lettre morte, alors que les concessions des salariés sont bien réelles, les signataires de l'ANI du 11 janvier 2013 ont souhaité que l'accord contienne « *une clause pénale (trouvant) à s'appliquer dès lors qu'il est incontestable que l'employeur n'a pas respecté les termes de l'accord* » (47). Se faisant le relais de ce souhait, l'article L.5125-2 du Code du travail imposait ainsi aux négociateurs d'un accord de maintien de l'emploi, l'insertion d'une clause en ces termes : « *l'accord contient une clause pénale au sens de l'article 1226 du code civil. Celle-ci s'applique lorsque l'employeur n'a pas respecté ses engagements* » et « *donne lieu au versement de dommages et intérêts aux salariés lésés, dont le montant et les modalités d'exécution sont fixés dans l'accord* ». L'intervention expresse du législateur a donc été jugée nécessaire pour loger une clause pénale dans un accord collectif. On peut donc avoir le sentiment qu'il s'agit là d'une exception qui doit être interprétée strictement. La possibilité de prévoir une clause pénale dépendait bien d'une habilitation spéciale. Alors, il devrait pouvoir être défendu que la qualification de clause pénale ne puisse être retenue à propos d'une clause issue d'un accord collectif qui ne serait pas un accord de maintien de l'emploi au sens de l'ancien article L.5125-2 du Code du travail. Or, tel était le cas dans l'arrêt *Whirlpool*.

D'autre part, si les organisations syndicales signataires ont souhaité soutenir l'entreprise au vu de la situation économique qu'elle rencontrait, c'est à l'unique condition de protéger les salariés concernés en introduisant dans l'accord une clause de dédommagement. Or, l'interprétation retenue par les juges conduit, en définitive, à priver de sa substance l'obligation essentielle de l'employeur telle qu'elle avait

(40) D'après l'article L.2254-2 du Code du travail, « *les stipulations de l'accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération, de durée du travail et de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise* ». Si le « *salarié peut refuser la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord* », l'employeur peut, dans ce cas, engager « *une procédure de licenciement à l'encontre du salarié ayant refusé l'application de l'accord mentionné au premier alinéa, ce licenciement repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse* ».

(41) Cf. *infra*.

(42) Loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

(43) Comme rappelé à juste titre par la Cour d'appel d'Amiens dans son arrêt du 16 septembre 2015.

(44) Sur cette terminologie, cf. « *Espèces et Variétés dans la famille des accords collectifs* », Dr. Soc. 1960, p.602. Sur la manière de situer les accords de maintien de l'emploi dans la famille des accords « donnant-donnant », cf. I. Meftah, « *Les frontières des accords de maintien de l'emploi* », in *Licenciements pour motif économique et restructurations : vers une redistribution des responsabilités*, dir. G. Borenfreund et E. Peskine, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2015, p.25.

(45) Sur ce point, cf. V. Ilieva, « *La motivation des accords collectifs : l'exemple des accords de maintien de l'emploi* », in *Licenciements pour motif économique et restructurations : vers une redistribution des responsabilités*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2015, p.39.

(46) Art. L.5125-1, C. trav.

(47) Annexe à l'article 18 relatif aux accords de maintien de l'emploi de l'ANI du 11 janvier 2013.

été voulue par les parties (48). C'est violer l'esprit de l'accord, alors même qu'il a été négocié et conclu par des syndicats représentatifs à l'habilitation desquels les salariés avaient directement participé par leur vote (49). Cette légitimité accrue des acteurs signataires de l'accord, et de la négociation collective dont ce dernier est le fruit, commande d'œuvrer pour une application pleine et entière de l'accord collectif dans son ensemble, y compris s'agissant de sa clause de dédommagement. Il est d'ailleurs possible de se demander si l'exclusion des accords collectifs de travail du champ des clauses pénales par la Cour de cassation n'était pas tant la conséquence de cette prétendue légitimité plutôt que de son caractère réglementaire, comme soutenu par D. Mazeaud. C'est ce que semble suggérer en filigrane l'arrêt du 14 mai 1987 rendu par la Cour de cassation (50). En l'espèce, une société avait fait grief à une cour d'appel d'avoir refusé de réduire le montant, selon elle excessif, d'une indemnité conventionnelle de licenciement, alors que toute indemnité d'origine contractuelle peut être réduite lorsqu'elle apparaît manifestement excessive. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi, estimant que la décision avait justement énoncé que le juge ne pouvait exercer le pouvoir modérateur de la peine qu'il tient de cet article, à l'égard du montant d'une indemnité de licenciement fixée « *contradictoirement* » par les parties signataires d'une convention collective. Cette référence au caractère contradictoire de la négociation collective justifierait ainsi l'absence de contrôle du juge en la matière, dès lors qu'elle permettrait nécessairement, dans une certaine imagerie, d'aboutir à un résultat équilibré et juste.

Enfin, une autre analyse est rendue possible par l'arrêt du 9 novembre 2011, plus récent (51). La Cour de cassation y énonce que « *lorsque les parties contractantes conviennent de l'application au contrat de travail d'une convention collective autre que celle applicable de droit, l'indemnité de licenciement prévue par ladite convention collective revêt la nature d'une indemnité conventionnelle non susceptible d'être réduite par le juge* ». Affleure ici l'idée qu'au nom de l'ordre public social, une convention collective, et par là même le juge auquel il est demandé d'en faire application, ne pourraient réduire les droits que les salariés tiennent de la loi. Si l'on pousse le raisonnement plus loin, cela signifierait que la qualification

de clause pénale n'aurait pas dû être retenue, dès lors que l'article 1231-5 du Code civil rappelle que le juge a la faculté de modérer la pénalité si la somme prévue au contrat lui apparaît manifestement excessive. Autrement dit, une clause pénale ne devrait pouvoir prendre place dans un accord « *donnant-donnant* » et n'être opposable aux salariés que si elle avait pour finalité exclusive de les protéger et veiller à ce que les efforts substantiels consentis ne l'aient pas été en vain. L'efficacité de l'accord est en jeu. En cas de manquement de l'employeur à ses engagements, une sanction sera d'autant plus aisée à prononcer que la clause litigieuse qui en est le siège est non ambiguë, quantifiée et prise pour une période déterminée. Autrement dit, il convient de prendre en compte l'équilibre général de la convention pour apprécier l'ampleur de l'inexécution, c'est-à-dire l'importance du sacrifice des salariés, ainsi que le contexte particulier entourant la conclusion des accords « *donnant-donnant* ». Ces derniers sont porteurs d'un déséquilibre qui leur est inhérent, dès lors que les salariés consentent à mettre dans la balance leur emploi. Cela explique que, dans le cadre des accords de maintien de l'emploi, une clause pénale ait été intégrée en vue de protéger, par la voie de la négociation collective, les salariés de l'iniquité afférente. Il en découle que le contrôle du juge de la clause pénale d'origine conventionnelle ne peut porter que sur son caractère dérisoire et non excessif, et sera plutôt à l'origine d'un complément d'indemnisation décidé par le juge à l'occasion d'un contentieux prud'homal, complément sur le fondement de l'article 1152 du Code civil.

Or, admettre une diminution de l'indemnité due aux salariés, prévue à l'accord du 2 juin 2008 dans l'affaire *Whirlpool*, revient ni plus, ni moins à violer « l'esprit du donnant-donnant », les salariés étant perdants tant lors de la conclusion de l'accord que dans l'hypothèse de sa violation (52). Cette solution serait « *d'autant plus critiquable, qu'au regard du Code civil seul l'excès peut être réduit, de telle sorte que le juge ne doit pas affecter le sens général du contrat, que ce dernier soit favorable au créancier ou au débiteur* » (53). On voit mal, en l'espèce, comment il pourrait être soutenu que l'évaluation du juge maintienne le sens général de l'accord conclu » (54). Toute autre analyse revient à ôter à la clause de dédommagement son caractère comminatoire. Plus grave, une telle analyse risque de laisser

(48) Comp. C. civ. art. 1168.

(49) On raisonne ici par analogie, cf. Cass. Soc. 27 janvier 2015, n° 13-22.179, Bull. civ. V n° 9.

(50) Cass. Soc. 14 mai 1987, n° 85-41.349, Bull. civ. V, n° 320 ; JCP E 1988. II. 15129, n. M. Défossez.

(51) Cass. Soc. 9 novembre 2011, n° 09-43.528.

(52) En ce sens, J. Icard, « L'affaire Whirlpool : l'arrêt de la Cour de cassation viole l'esprit du donnant-donnant », *Le Monde*, 20 mars 2017. Cf. *infra*.

(53) Sur le pouvoir de modération du juge, cf. *infra*.

(54) M. Roussel, « Quand la limitation d'une clause pénale contrevient à l'économie générale d'un accord sur l'emploi », RDT 2017, p. 417.

libre cours aux pratiques dénoncées par une doctrine avisée consistant à détourner la finalité même d'une clause pénale : « *alors que le but de la clause pénale est de garantir l'exécution d'une obligation, en droit du travail, il n'est pas rare de voir un débiteur spéculer sur la qualification de clause pénale en vue de se soustraire à la rigueur de l'engagement qu'il a souscrit* » (55). Il serait profondément regrettable qu'une société défaillante puisse « *se sortir aussi facilement du mauvais*

pas dans lequel elle s'était mise » (56). Plus encore, espérons que la décision de la Cour de cassation ne fasse pas tâche d'huile et n'incite pas certains esprits à réactiver et à exploiter le dispositif de la clause pénale, au-delà des accords collectifs, dans le contrat de travail.

L'arrêt *Whirlpool* n'invite pas seulement à revenir sur l'effet normatif des accords sur l'emploi. Son intérêt tient également à leur contenu obligationnel.

II. Du contenu obligationnel des accords sur l'emploi

L'affirmation de l'effet normatif des accords organisationnels sur l'emploi, recoupant à la fois leur effet impératif et leur effet *erga omnes*, ne résout pas toutes les difficultés soulevées par l'exécution de tels accords. Celles-ci naissent aussi de leur contenu. Ainsi, la diversité des accords organisationnels va bien au-delà de(s) modèle(s) des accord(s) organisationnel(s) imaginé(s) par le législateur (57). Cette variété de contenu oblige à affiner la réflexion sur les conséquences juridiques attachées à l'application de ces accords et, en particulier, sur les sanctions possibles en cas d'inexécution par l'employeur (B). Pour s'accorder sur les conséquences, encore faut-il l'être sur le contenu de l'engagement patronal (A).

A. La teneur de l'engagement patronal

Depuis 2016, l'existence d'un engagement patronal n'est plus une exigence légale (58). Pour autant, compte tenu du synallagmatisme qui imprègne ces accords, il faut espérer que les salariés n'abandonneront pas leurs avantages sans une contrepartie de la part de l'employeur qui ne soit pas illusoire (59). Quelle peut être cette contrepartie ?

Il en existe principalement trois : les engagements portant sur l'activité économique, ceux contenant un engagement de maintien ou de préservation

de l'emploi et, enfin, les accords dits de développement de l'emploi. Chacune de ces catégories peut être affinée selon que l'on prend en compte la temporalité dans laquelle s'inscrit l'engagement de l'employeur (60).

En premier lieu, l'engagement patronal peut porter sur l'activité économique de l'entreprise. Il existe au moins deux manières de le formaliser. Il peut soit promettre de pérenniser l'activité économique pendant une durée minimum, soit s'engager sur un volume de production (61). Dans un cas, le manquement de l'employeur résultera de la cessation d'activité, l'inexécution de l'engagement étant alors totale et définitive. Dans le second cas, il s'appréciera à chaque échéance sur la base des éléments quantitatifs stipulés dans l'accord.

En deuxième lieu, figurent les accords à travers lesquels l'employeur s'engage à maintenir l'emploi. Eux aussi connaissent de multiples déclinaisons, qui appellent la même vigilance. Comme nous l'a enseigné depuis longtemps l'arrêt *Potain* (62), s'engager à éviter les licenciements ou à en limiter le nombre n'exclut pas que l'employeur puisse exercer son pouvoir de licencier lorsque cela est inévitable (63). L'économie générale de ces accords est cependant différente des accords sur la production,

(55) D. Mazeaud, « Les clauses pénales en droit du travail », Dr. Soc. 1994, p. 343.

(56) J. Mouly, « La découverte d'une clause pénale par la Cour de cassation dans un accord collectif « donnant-donnant », Dr. Soc. 2017, p. 477.

(57) F. Géa, « Et maintenant des accords de l'emploi « offensifs » ? RDT 2014, p. 760. ; D. Baugard, L. Gratton, « Les accords de préservation ou de développement de l'emploi : premier regard conventionnel et constitutionnel », Dr. Soc. 2016, p. 745.

(58) Dans les accords de maintien de l'emploi, l'employeur devait s'engager à ne pas licencier les salariés en contrepartie de leurs sacrifices visant à surmonter les difficultés et les accords de mobilité interne ne pouvaient être conclus qu'en l'absence de projet de compression d'effectifs.

(59) Comp. art. 1169 C. civ. : « un contrat à titre onéreux est nul

lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire ».

(60) Pour une analyse de la temporalité des accords de maintien de l'emploi issue de la loi de sécurisation de l'emploi, cf. S. Alzais, « Les temporalités du droit du travail à l'épreuve des accords de maintien de l'emploi », in *Licenciement pour motif économique et restructurations*, Dalloz, Thèmes et commentaires, p. 51.

(61) Tel était le cas de l'accord d'établissement conclu chez *Whirlpool*.

(62) Cass. Soc. 13 décembre 1995, n°94-13.867, Bull. civ. V n°345.

(63) Cass. Soc. 13 décembre 1995, n°94-13.867. M.-A. Souriac-Rotschild, « Engagements et arrangements sur l'emploi : quelle efficacité juridique ? », préc. ; Cass. Soc. 25 novembre 2003, n°01-17.501, obs. J. Savatier, Dr. Soc. 2004, p. 166 ; obs. O. Leclercq, D. 2004, p. 389.

et il sera parfois délicat de déterminer le moment de l'inexécution par l'employeur de son engagement. Le manquement résulte d'une décision unilatérale de l'employeur. En l'absence d'une telle décision, aucune violation ne saurait lui être reprochée. Il en va de même si l'employeur exerce son pouvoir de supprimer des emplois ou de licencier après que l'accord a pris fin. En revanche, si, au cours de l'application de l'accord, une telle décision a été prise par l'employeur, sans que sa suspension n'ait été obtenue par la voie d'une action en référé, alors l'inexécution sera définitive. Encore faut-il s'accorder sur la décision de l'employeur qui est visée par l'accord. Identifier cette décision permet de déterminer le moment auquel on appréciera l'inexécution ou non de l'employeur de ses engagements. Il convient, notamment, de distinguer selon que l'employeur s'est engagé à ne pas procéder à des licenciements pour motif économique, à ne pas supprimer des emplois ou à ne pas engager de procédures de licenciement pour motif économique. Dans le premier cas, il pourrait supprimer des emplois sans pour autant licencier les salariés concernés. Ce ne sera qu'au stade de l'exécution de l'obligation de reclassement – véritable obligation de résultat, dans ce cas – que l'on pourra dire si l'engagement de ne pas licencier les salariés a été ou non respecté. Il pourrait tout aussi bien user d'autres modes de rupture, telle que la rupture conventionnelle (collective ou non). Les mêmes précautions valent lorsque l'employeur s'engage à ne pas supprimer d'emplois. Cet engagement n'exclut pas, en théorie, qu'il puisse prendre d'autres mesures affectant l'emploi (64). Pourrait-on alors lui reprocher, par exemple, de licencier un salarié ayant refusé la modification de son contrat de travail ? À cet égard, les négociateurs d'accords régis par l'article L. 2254-2 du Code du travail seraient bien inspirés de veiller à distinguer l'objet des modifications du contrat de travail proposées en application de l'accord de celles qui ne le seront pas. Quant à l'engagement de ne pas ouvrir de procédures de licenciement collectif, l'on sait qu'il sera toujours possible pour l'employeur de mettre sur pied un plan de départs volontaires et, depuis les récentes ordonnances, des ruptures conventionnelles collectives (65).

En troisième et dernier lieu, un employeur peut décider, dans le cadre d'un « accord de compétitivité », de s'engager à développer l'emploi dans l'entreprise. Les concernant, mieux vaudra se méfier des simples

déclarations d'intention. En effet, l'absence de précision sur les modalités d'application de l'objectif en matière d'emploi privera l'accord de toute portée normative (66). En outre, comme l'engagement portant sur l'activité économique de l'entreprise, celui visant le développement de l'emploi peut être stipulé ou bien à terme, en indiquant le nombre d'emplois créés à l'issue de l'accord, ou bien en prévoyant une exécution échelonnée dans le temps, sur la base d'un échéancier défini conventionnellement.

Cette typologie peut être affinée. Chacune des catégories d'engagement patronal connaît diverses configurations liées à la temporalité des engagements de l'employeur. En particulier, l'exécution de l'engagement peut s'apprécier au terme de l'application de l'accord ou bien au fur et à mesure de son application. Le créancier d'une obligation à terme ne peut, en principe, en exiger l'exécution avant la survenance du terme (67). À l'inverse, dans le cas d'une obligation à exécution successive, l'inexécution par l'employeur pourra s'apprécier tout au long de l'application de l'accord, ouvrant la possibilité aux salariés d'agir pendant ce temps. Pour sa part, l'employeur sera en mesure, selon la forme de son engagement de prétendre avoir exécuté partiellement ses engagements, ce qui, comme la suite le montrera, pourra avoir une influence sur l'indemnisation des salariés. Il en ira encore différemment à l'égard d'une obligation de ne pas faire, dont l'inexécution ne peut être constatée qu'à un instant *t*, celui où une décision contraire a été prise par l'employeur et où l'inexécution est devenue totale et définitive. Sur un autre plan, l'intensité de l'engagement peut varier selon qu'il s'agisse d'une obligation de moyen ou de résultat. Par exemple, dans le cas d'un engagement sur la production, la preuve de l'inexécution résultera de la différence entre le nombre stipulé et le nombre de machines réellement fabriquées. Cependant, l'inexécution de l'employeur ne sera admise que pour autant qu'il s'agisse d'une obligation de résultat, ce qui pourra découler d'un engagement à produire un volume minimum, comme dans l'accord Whirlpool. Cependant, l'engagement pourrait aussi n'être qu'une obligation de moyen, rendant plus difficile pour les salariés la preuve d'une faute contractuelle.

On le pressent déjà : la teneur de l'engagement autant que sa temporalité sont de nature à affecter la sanction en cas d'inexécution et, *in fine*, la possibilité

(64) Telles que des transformations d'emploi ou des propositions de modification du contrat de travail dans le cadre d'une réorganisation.

(65) Art. L. 1237-17, C. trav. ; v. R. Dalmaso, « La rupture conventionnelle collective : une chimère ? », Dr. Ouv. 2017, p. 649.

(66) Cass. Soc. 28 mai 2009, RDT 2009, p. 49, n. H. Tissandier.

(67) Selon l'article 1305 du Code civil, l'obligation est à terme lorsque son exigibilité est différée jusqu'à la survenance d'un événement futur et certain, encore que la date en soit incertaine.

pour les salariés de disposer de garanties réelles qui soient à la hauteur de leurs sacrifices.

B. La sanction de l'employeur en cas d'inexécution

De manière assez inattendue, l'arrêt *Whirlpool* déterre le débat classique sur l'opposition entre droit civil et droit du travail (68). Sans doute, le jeu de la clause pénale, qui a eu pour effet de diminuer fortement l'indemnisation des salariés, nourrit l'idée que le droit civil est définitivement incapable de saisir le pouvoir et la dimension collective des rapports de travail. Cependant, plutôt que de se résigner, ne faut-il pas chercher à retourner, pour une fois, les armes du droit civil contre ceux qui les ont forgées ? Cela est d'abord vrai des sanctions en cas d'inexécution, qui sont prévues par le Code civil (1.). Cela vaut aussi de la maîtrise des techniques contractuelles, qui peuvent servir à réarmer (un peu) les salariés et leurs représentants engagés dans des accords sur l'emploi (2.).

1. Le panel légal

Le Code civil définit les sanctions en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle. Cinq sanctions sont ainsi listées avec clarté depuis l'ordonnance de 2016 : l'exception d'inexécution, l'exécution forcée, la réduction du prix, la résolution et, enfin, la réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat. Ces sanctions peuvent se cumuler, sauf incompatibilité (69). En particulier, cumulativement aux autres sanctions, il est toujours possible de demander la réparation de son préjudice. En l'espèce, les demandes des salariés n'étaient qu'indemnitaires (a). Mais alors, pourquoi ne pas avoir sollicité, au cours de l'application de l'accord, d'autres mesures face à l'inexécution par l'employeur de son engagement (b) ?

a. La demande indemnitaire

L'effet normatif des accords collectifs rend délicate l'application des principes de la responsabilité contractuelle. Comme les développements précé-

dents l'ont rappelé, si l'accord s'applique bien à chacun des salariés concernés, ces derniers n'en sont pas pour autant partie, au sens du droit du contrat. C'est donc bien l'effet normatif reconnu par la loi à l'accord collectif qui ouvre la possibilité aux salariés de demander à être indemnisés du fait de la violation par l'employeur d'un engagement de maintien de l'emploi (70). Cela suppose d'établir en quoi l'inexécution de l'accord collectif leur a été préjudiciable (71). D'abord, cela dépend largement de la formulation de l'engagement (72), puisque le montant de la réparation dépend de l'intérêt que l'exécution partielle a pu procurer au créancier. Ainsi, dans l'affaire *Whirlpool*, alors que le manquement de l'employeur ne faisait pas de doute, les juges ont apprécié le montant de l'indemnisation due aux salariés après avoir relevé que ces derniers n'avaient pas été entièrement privés des gains qu'ils pouvaient attendre de l'application de l'accord.

Ensuite, le créancier d'une obligation contractuelle doit prouver l'existence et l'étendue de son préjudice. La Cour de cassation l'a durement affirmé dans un arrêt rendu le 13 avril 2016 (73). Le premier préjudice auquel on songe est celui résultant de la perte d'emploi. Ce chef de préjudice sera invoqué lorsque l'engagement de l'employeur consiste à maintenir l'emploi. Indépendamment même des indemnités de licenciement, et sans préjudice de l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement, les salariés peuvent obtenir des dommages-intérêts en raison de l'inexécution de l'accord (74). Plus précisément, si l'engagement de l'employeur contient un terme, la violation de la garantie d'emploi contenue dans l'accord ouvre droit à des dommages-intérêts « équivalents aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme de cette période » (75). L'engagement portant sur l'activité économique est également de nature à ouvrir une indemnisation, puisqu'un lien de causalité entre le manquement de l'employeur et le dommage subi par le salarié peut être démontré (76).

(68) Sur ce débat, V. not. G. Lyon-Caen, « Rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », RTD civ. 1974. 229 ; G. Couturier, « Les techniques civilistes et le droit du travail », D. 1975. Chron. 151.

(69) En particulier, le créancier d'une obligation ne peut à la fois solliciter l'exécution forcée et la résolution du contrat. En revanche, à la suite de la réforme de 2016, l'octroi de dommages et intérêts est, quant à lui, compatible avec toutes les autres sanctions pouvant être sollicitées, alors qu'il était auparavant impossible de « demander en même temps le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard ».

(70) Cass. Soc. 22 janvier 1998, n° 95-45-400, Dr. Soc. 1998, p. 376, obs. G. Couturier.

(71) Cf. art. L. 2262-12, C. trav..

(72) Cf. *supra*.

(73) Cass. Soc. 13 avril 2016, n° 14-28.293 : « l'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond ; que le conseil de prud'hommes, qui a constaté que le salarié n'apportait aucun élément pour justifier le préjudice allégué, a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ».

(74) Cass. Soc. 22 janvier 1998, *Briou*. V. aussi T. Aubert-Monpeysse, « Valeur juridique d'un accord de maintien de l'emploi », D. 1998, p. 480.

(75) Cass. Soc. 12 novembre 2015, n° 14-16.489, n° 14-16.567, n° 14-16.814, Inédit (à propos d'une garantie d'emploi offerte par un repreneur).

(76) Cass. Soc. 10 octobre 2002, n° 00-42.906, obs. C. Radé, Dr. Soc. 2002, p. 1168.

Cependant, cela suppose que les juges y voient une véritable garantie d'emploi. Or, tel n'est pas toujours le cas. Ainsi, un engagement sur un volume de production ne contient aucune garantie d'emploi au profit des salariés, de sorte qu'il n'existe pas nécessairement un lien de causalité entre le manquement de l'employeur et la perte d'emploi des salariés.

Le préjudice lié à la perte d'emploi n'est cependant pas le seul qui puisse être invoqué. La dégradation des conditions salariales, des conditions de travail et des conditions de vie des salariés peut aussi être invoquée. On retiendra également, s'agissant d'un accord de création d'emplois, la possibilité, pour un salarié qui a subi un retard dans sa progression de carrière en contrepartie de l'engagement de création d'emplois, de solliciter à ce titre la réparation du préjudice (77). Cependant, dans l'affaire *Whirlpool*, indépendamment de la question de la clause pénale, le fait que les salariés n'avaient pas été (encore) licenciés a été déterminant. Les autres chefs de préjudices ont été largement dépréciés et n'ont eu que peu d'influence. En définitive, l'exécution partielle de ses obligations par l'employeur, l'absence de garantie d'emploi ou bien l'absence de préjudice financier autre que la perte d'emploi seront autant de facteurs limitant le montant de la réparation des salariés (78).

À cela, il faut ajouter que c'est bien souvent la seule sanction qui soit envisagée et, s'agissant des salariés de *Whirlpool*, cela s'est malheureusement retourné contre eux. Pour retrouver sans doute un peu de « l'esprit du donnant-donnant » (79) de ces accords, sans doute ne faut-il pas renoncer à user de toutes les potentialités du droit civil.

b. L'exécution forcée, la réduction du prix ou la résolution de l'accord

Parallèlement à la demande en réparation du préjudice subi, trois autres sanctions peuvent être utilement sollicitées par les salariés ou leurs représentants engagés dans le cadre d'un accord de compétitivité.

D'abord, pourquoi ne pas envisager une action en exécution forcée, ce que reconnaît d'ailleurs explici-

tement le Code du travail ?

D'aucuns seront réticents, attachés à l'idée que les obligations de faire ne peuvent faire l'objet d'une telle action. Pourtant, depuis l'ordonnance de février 2016 portant réforme du droit des contrats, le débat est clos. Peu importe la nature de l'obligation.

L'action sera admise dès lors que l'exécution est possible, que ce soit matériellement ou juridiquement (80), et dès lors qu'il n'existe pas de disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier (81). En présence d'un engagement sur la production, tel qu'il figurait dans l'accord d'établissement de *Whirlpool*, il aurait été envisageable d'intenter une telle action et de solliciter que la société *Whirlpool* produise le volume minimum auquel elle s'était engagée, sauf à démontrer les conséquences disproportionnées d'une telle action.

Pour être pleinement admis, il convient de soulever, au préalable, deux obstacles. D'une part, même si les accords organisationnels disposent d'un effet *erga omnes* en application de l'article L. 2254-1 du Code du travail, l'engagement de l'employeur pourrait n'avoir qu'une dimension collective et organisationnelle, n'intéressant que le « fonctionnement de l'entreprise » et non la situation individuelle des salariés. Dans ce cas, les salariés ne seraient certainement pas recevables à agir à titre individuel. D'autre part, en présence d'un engagement de maintien de l'emploi, il convient de s'assurer que l'engagement de l'employeur consiste bien, à l'égard de chaque salarié, d'une garantie d'emploi. Dans ce cas, il serait possible d'envisager la suspension du projet de suppression d'emplois, voire d'une procédure de licenciement engagée par l'employeur. Si le licenciement a eu lieu, la question se pose de savoir si la nullité du licenciement peut être envisagée. À la suite de l'arrêt *Briou*, les auteurs ont majoritairement rejeté cette possibilité et n'ont retenu comme sanction qu'une indemnisation égale aux salaires que les salariés auraient dû percevoir si l'engagement avait été respecté (82). Telle serait sans doute la position de la Cour de cassation, qui refuse de voir dans le droit constitutionnel à l'emploi une liberté fondamentale (83). Reste à savoir

(77) Cass. Soc. 12 juillet 2006, n° 04-47.550, obs. H. Tissandier, RDT 2007, p. 48.

(78) Sans même évoquer ici la possibilité pour l'employeur d'invoquer la force majeure.

(79) J. Icard, art. préc.

(80) S'agissant d'un engagement de création d'emplois, l'action en exécution forcée paraît bien plus compromise puisque la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre s'y opposent certainement.

(81) Art. 1221, C. civ.

(82) J. Savatier, « La violation d'un engagement sur le maintien d'un volume d'emplois pris lors de la consultation du comité d'entreprise sur un projet de restructuration », Dr. Soc. 2004, p. 166 ; F. Gaudu, « Le contrôle de l'exécution des engagements en matière d'emploi », Dr. Soc. 1998, p. 367 ; G. Couturier, « La méconnaissance d'un engagement de maintien de l'emploi », Dr. Soc. 1998, p. 375. Les auteurs se fondaient également sur la jurisprudence relative aux clauses conventionnelles limitant les causes de licenciement. Cf. Cass. Soc. 14 octobre 1997, Dr. Soc. 1997, 1100, obs. J. Savatier. Comp. M.-A. Souriac, art. préc.

(83) Cass. Soc. 21 septembre 2017, n°s 16-20.270 et 16-20.277.

s'il pourrait en aller autrement si l'accord prévoyait explicitement la nullité comme sanction (84) ou si cela résultait de la commune intention des parties exprimée dans l'accord. Un dernier argument pourrait être avancé. L'employeur s'est engagé à *suspendre* son pouvoir de licencier, et non à en limiter l'exercice à quelques causes de licenciement seulement. L'action en exécution forcée de l'accord ne doit-elle pas conduire à priver d'efficacité toute décision contraire pendant le temps de cette suspension (85) ?

Ensuite, le Code civil reconnaît désormais la possibilité de demander une « réduction du prix ». Admise auparavant dans des cas limités, ainsi qu'en matière commerciale, cette sanction intègre désormais le droit commun des obligations. Ainsi, l'article 1223 du Code civil dispose que « *le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix* ». Certains discuteront peut-être de savoir si la renonciation à des avantages est un prix à payer pour les salariés. Selon nous, cette disposition cherche à rétablir, au-delà des seules obligations de payer une somme d'argent, un rapport de proportionnalité, voulue par les parties, entre les engagements auxquels elles ont consenti à titre onéreux. Une telle demande ne serait admise que si l'accord de compétitivité contient des engagements réciproques. Les salariés qui constateront que l'employeur ne satisfait pas pleinement à son engagement de production ou de création d'emplois, pourront alors solliciter de réviser le montant de leurs concessions, notamment salariales.

Enfin, un accord organisationnel sur l'emploi peut certainement faire l'objet d'une action en résolution de l'accord, comme le prévoyait d'ailleurs le régime applicable aux accords de maintien de l'emploi issus de la loi de 2013.

Depuis l'ordonnance de février 2016, dans le cadre d'une action en résolution, le juge peut désormais, selon les circonstances, « *constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages et intérêts* ». Tout dépendra de l'attachement du juge à l'adage *Pacta sunt servanda* ou de son pragmatisme. Il pourra, dans

un premier temps, être sollicité pour envisager la renégociation « 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 ». 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 (86). 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. L'action en résolution demeure ouverte quoi qu'il en soit. Cette décision met alors fin à l'accord, soit à compter de la date prévue par une clause résolutoire, soit à compter de la réception par le débiteur de la mise en demeure, soit à la date fixée par le juge ou, à défaut, au jour de l'assignation en justice (87).

Se pose d'abord l'épineuse question de savoir si les salariés, non partie en résolution à l'accord, peuvent demander des restitutions résultant de l'action en résolution de l'accord. On peut douter, en effet, qu'ils soient recevables à solliciter la résolution de l'accord. La médiation des organisations syndicales, signataires ou ayant adhéré, à l'accord paraît nécessaire. À supposer que cette médiation ait lieu, les salariés devraient, selon nous, être en mesure de solliciter la restitution des sommes correspondant aux avantages auxquels ils ont renoncé en application de l'accord. Cette faculté résulterait, en effet, de la caducité de l'avenant au contrat de travail consécutivement à la résolution de l'accord collectif (88).

Les restitutions ne sont possibles que dans certaines hypothèses (89). L'ordonnance de 2016 établit une distinction. Soit, « *lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre* ». Soit, « *lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie ; dans ce cas, la résolution est qualifiée de résiliation* ».

(84) Cf. G. Couturier, art. préc.

(85) De même, désormais, que le contrat conclu avec un tiers en méconnaissance d'une promesse unilatérale de contracter est nul (C. civ. art. 1124). La principale différence avec une demande d'indemnisation en présence d'une garantie d'emploi réside dans la possibilité pour le salarié d'exiger sa réintégration. Encore faut-il que celle-ci soit encore possible, condition nécessaire à toute action en exécution forcée.

(86) Art. 1195, C. civ.

(87) Art. 1229, nouv. C. civ.

(88) La modification du contrat de travail résultant soit d'un accord exprès (cf. le cas Whirlpool), soit tacite, comme le prévoit désormais l'article L. 2254-2, C. trav.

(89) Selon le rapport remis au Président de la République, « *l'ordonnance abandonne [...] la fiction juridique de la rétroactivité traditionnellement attachée à la résolution par la doctrine et la jurisprudence* ».

Ici encore, la teneur de l'engagement patronal est déterminante. L'accord Whirlpool s'inscrit clairement dans la seconde hypothèse, de sorte que les salariés n'étaient plus en droit de solliciter les restitutions, du moins pas tant qu'ils n'avaient pas mis en demeure l'employeur de respecter le volume de production auquel il s'était engagé. En revanche, la violation d'un engagement de pérenniser l'activité ou de maintenir l'emploi confère à l'accord une autre économie, qui s'inscrit davantage dans la première hypothèse. En effet, l'utilité de l'accord pour les salariés ne tient que dans la promesse de l'employeur de ne pas les licencier ou de ne pas cesser l'activité de l'entreprise. Ce n'est donc qu'à l'issue de l'accord que cette utilité pourrait être constatée.

Insistons sur un point : il s'agit bien alors de solliciter les restitutions, et non de demander une indemnisation en réparation du préjudice subi. Au risque de se répéter, ajoutons que, quelle que soit la voie choisie par les salariés en fonction de l'économie générale de l'accord, les sommes qui leur seront versées au titre d'une astreinte, d'une réduction de prix ou de restitutions n'excluent plus, en principe, l'indemnisation du préjudice subi.

Manier le droit des obligations en matière de négociation collective ne se limite pas à la sanction en cas d'inexécution. Avec l'affaire *Whirlpool*, on saisit aussi l'importance de maîtriser l'ingénierie contractuelle.

2. L'outillage contractuel

Un des enseignements à tirer de l'arrêt *Whirlpool* tient à l'usage qui peut être fait, par les interlocuteurs sociaux, de la « boîte à outils » du civiliste pour « sécuriser » leur accord et anticiper les conséquences en cas d'inexécution par l'employeur de ses engagements. Même de manière discutable, une clause pénale est donc licite (90) et peut s'avérer particulièrement dangereuse pour les salariés (a). Pour contourner le danger et prémunir les salariés des conséquences d'une inexécution par l'employeur de l'accord, il est possible de recourir à d'autres techniques contractuelles (b).

a. Le recours dangereux à la clause pénale

Comme cela a déjà été rappelé, l'accord collectif de travail peut être le siège d'une clause pénale. Nous ne reviendrons pas sur les propos précédents, qui ont

conduit à interroger la pertinence d'une telle qualification au sein d'un accord collectif de travail, ni sur les doutes qui entourent le préjudice qu'est censée réparer une telle clause, compte tenu de la dimension collective et organisationnelle des engagements auxquels elle se rapporte.

Il s'agit plutôt de revenir sur le pouvoir modérateur du juge en présence d'une clause pénale, lorsque le montant prévu lui paraît dérisoire ou manifestement excessif, ou encore, lorsque l'inexécution par le créancier n'est que partielle (91), d'apprécier dans quelle occasion ce dernier sera amené à l'exercer. Pour rappel, selon la Cour d'appel d'Amiens, l'octroi de 4 jours de RTT au salarié pour chaque année apparaît manifestement excessif, eu égard au préjudice subi, de sorte qu'il sera ramené à la somme de 1.000 euros. L'arrêt relève, en outre, que « *la société a maintenu l'exclusivité de la production du sèche-linge Zephir sur le site d'Amiens, qu'elle n'a procédé à aucun licenciement économique durant la période évoquée, qu'elle a investi plusieurs millions d'euros au sein de l'entreprise* ». Autrement dit, les juges du fond ont modéré le montant de l'indemnisation non seulement en considération du caractère manifestement excessif du montant par rapport à leur préjudice, mais aussi eu égard à l'exécution partielle de l'accord.

En toute rigueur, il convient de distinguer les deux. S'agissant du pouvoir de modération du juge, l'aune à partir de laquelle le caractère excessif ou dérisoire se mesure n'est pas définie par la loi. L'analyse de la jurisprudence révèle que cette appréciation se fait au regard du préjudice subi par le créancier (92). En l'espèce, ni la situation du débiteur, ni la gravité de son manquement ne semblent être pris en compte. Pourtant, il n'est pas indifférent, s'agissant d'un accord de compétitivité, de rapporter le montant de quatre jours de RTT au chiffre d'affaires de Whirlpool SA (93) ou à ses bénéficiaires. Et que dire de 1.000 euros alloués aux salariés au titre de dommages-intérêts ?

Ce n'est pas tout. La diminution du montant prévu par la clause pénale peut également l'être à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, au regard de ses gains et de ses pertes. En l'espèce, les salariés n'avaient subi aucune perte, puisque l'activité avait été maintenue et aucun licenciement n'avait été prononcé pendant toute la durée d'application de l'accord. L'inaction des salariés pendant la durée d'application de l'accord explique

(90) Cf. *supra* ; cf. aussi D. Mazeaud, « Les clauses pénales en droit du travail », art. préc. ; M. Roussel, « Quand la limitation d'une clause pénale contrevient à l'économie générale d'un accord sur l'emploi », art. préc.

(91) Art. 1231-5, al. 3, C. civ.

(92) Com. 11 février 1997, ° 95-10.851 ; RTD civ. 1997, p. 654, obs. J. Mestre.

(93) Qui, en 2016, s'évaluait à 679.567.200,00 €...

aussi la décision de modération des juges, qui n'est pas donc uniquement liée au caractère excessif de celui-ci. Une fois encore, l'intérêt d'insérer dans l'accord une clause pénale doit s'apprécier au regard de l'objet de l'engagement de l'employeur et de la temporalité dans laquelle il s'inscrit (94).

Dans certains cas, il apparaîtra dangereux pour les salariés d'y recourir. Quelles que soient les considérations morales ou d'équité que l'on peut faire valoir, il sera difficile de contester juridiquement le pouvoir d'appréciation des juges à l'égard d'une clause pénale. Et les syndicats signataires croiront faussement rendre contraignant l'engagement de l'employeur et donneront faussement l'espoir aux salariés d'être indemnisés. Ainsi, dans le doute, mieux vaut désormais s'en méfier et opter pour d'autres techniques contractuelles.

b. Les clauses de sortie de contrat

Les clauses résolutoires sont une première option. Leur intérêt tiendrait principalement dans la détermination des raisons permettant de solliciter la résolution et de la date à laquelle elle prendrait effet. Autrement dit, elles tendent à faciliter la résolution de l'accord. Cependant, elles n'assurent en rien pour les salariés le droit d'obtenir les restitutions qui dépendent des règles précédemment rappelées.

M. J. Granotier identifie deux types de clauses, venues de la pratique anglo-saxonne, organisant la sortie d'une relation contractuelle (95). « *Les premières, qualifiées de clauses de changement significatif défavorable, ou Material adverse change (MAC clause), autorisent l'une des parties (voire les deux) à revenir sur son consentement en cas de modification substantielle de la situation économique entourant l'opération. [...] Les secondes, que l'on peut désigner sous le terme de clauses d'indemnités de rupture, et connues en pratique sous le terme anglais de « break-up fees », offrent à l'une des parties (voire aux deux) la possibilité, après s'être engagée(s) dans les liens contractuels, de rompre unilatéralement le contrat, généralement sans motif, en contrepartie du versement d'une certaine somme d'argent au cocontractant* ».

Ces clauses attribuent un droit de dédit établi conventionnellement et dont la mise en œuvre n'est reconnue qu'en présence de circonstances établies par l'accord ou qu'en contrepartie d'une somme déter-

minée à l'avance. C'est en cela qu'elles se distinguent des clauses pénales. Pour citer la solution retenue par certains juges du fond, « *alors que la clause pénale sanctionne l'inexécution fautive des obligations contractuelles, la clause de dédit, qui permet à une partie de se soustraire à son engagement moyennant paiement d'une somme convenue, ne sanctionne pas un manquement du débiteur, mais lui offre le choix entre l'exécution du contrat ou sa résolution* » (96).

Ce type de clause pourrait être une alternative aux clauses pénales, notamment dans le cadre des accords de pérennisation de l'activité ou de maintien de l'emploi. Ainsi, l'annonce faite aux représentants des salariés par l'employeur du projet de supprimer des emplois ou de cesser l'activité exprimerait la volonté de l'employeur d'user de son droit de dédit institué par l'accord, et dont l'efficacité serait subordonnée au versement d'une somme conventionnellement fixée par l'accord. En effet, dans cette hypothèse, la décision de l'employeur n'est qu'à l'état de projet, de sorte qu'au moment où il en informe les représentants des salariés, il n'a pas encore manqué à son engagement. Aucune faute contractuelle ne peut encore lui être reprochée. Le projet de suppression d'emplois ou de cessation de l'activité peut donc s'analyser non comme l'inexécution de son engagement, mais comme la volonté de l'employeur de se délier. Il pourrait en aller de même dans le cadre d'un accord sur la production, tel qu'il figurait dans l'accord *Whirlpool*, ou portant sur la création d'emplois. Ainsi l'employeur pourrait-il, à chaque échéance, disposer du pouvoir de revenir sur son engagement, soit en raison de circonstances économiques rendant excessivement onéreuse la production ou la création d'emplois, soit, en l'absence de telles circonstances, en contrepartie d'une somme d'argent versée aux salariés. Non seulement les salariés échapperaient ainsi au pouvoir de modération du juge, mais encore ils ne seraient pas privés du droit d'agir en inexécution dans l'hypothèse où l'employeur, plutôt que d'user du pouvoir que lui reconnaissait l'accord, avait tout simplement violé son engagement.

Josépha Dirringer
et **Ylias Ferkane**

(94) Cf. *supra*.

(95) J. Granotier, « Le droit unilatéral de rompre le contrat : de la faculté de dédit à la clause de « break-up fees », D. 2014, p. 1960.

(96) CA Paris, 25^{ème} ch. B, 21 janvier 2005 : Juris-Data n° 2005-263152 ; CA Paris, 16^{ème} ch. B, 17 mars 2000 : Juris-Data n° 2000-119769 ; CA Montpellier, 2^{ème} ch. A, 24 octobre 2000 :

Juris-Data n° 2000-131796 ; CA Colmar, 2^{ème} ch. civ. À, 7 mars 2002 : Juris-Data n° 2002-183180. Cf. aussi Cass. 1^{ère} civ. 17 juin 2009, n° 08-15.156 ; Cass. Com. 10 mars 2015, n° 13-27.993. Malgré cette distinction, il n'est pas rare qu'un doute subsiste et que les juges requalifient en clauses pénales des clauses de dédit.

Attendu, selon les arrêts attaqués (Amiens, 16 septembre 2015), que courant 2007, la société Whirlpool France a mis en place, dans le but de permettre la création d'un nouvel appareil électroménager, un projet de réorganisation comportant notamment comme objectifs, l'amélioration de la performance industrielle, la réduction des effectifs sur la base du volontariat et la négociation d'un dispositif social passant par la redéfinition des usages et accords internes ; qu'un accord d'établissement a été signé le 12 juin 2008 aux termes duquel les salariés acceptaient des modalités d'aménagement de la durée du travail, en renonçant au bénéfice de 14 jours par an de réduction du temps de travail ; que l'employeur s'engageait au maintien des productions actuelles sur le site d'Amiens et ensuite à la production du nouveau sèche linge sur le même site pendant une durée minimum de 5 ans avec un volume de production annuel minimum de 550 000 produits à compter de la signature de l'accord ; qu'en cas de non-respect de l'accord, l'entreprise s'engageait à indemniser chaque salarié du montant total des efforts concédés entre la date de mise en application et la date de rupture de cet engagement ;

Sur le moyen unique du pourvoi principal des salariés :

Attendu que les salariés font grief aux arrêts de rejeter leurs demandes de condamnation de la société Whirlpool France à leur payer des sommes à titre de salaire et des dommages-intérêts à titre de préjudice moral, alors selon le moyen :

1°/ que la clause pénale est celle par laquelle les parties évaluent forfaitairement et d'avance l'indemnité à laquelle donnera lieu l'inexécution de l'obligation contractée ; que ne constitue pas une clause pénale celle qui détermine, dans un contrat synallagmatique, le contenu des obligations contractées par chacune des parties ; que les salariés étaient engagés à renoncer à leurs jours de RTT et à la rémunération des jours qui auraient dû être des jours de congé, sans contrepartie de travail, en contrepartie de l'engagement de l'employeur de produire annuellement 550 000 sèche-linges ; que la somme demandée ne constituait donc pas une indemnisation, mais la seule contrepartie de cet engagement synallagmatique inexécuté ; qu'en retenant que la somme due aux salariés l'était en application d'une clause pénale, la cour d'appel a violé l'article 1152 du code civil ;

2°/ que, à tout le moins, la clause pénale est celle par laquelle les parties à un contrat évaluent forfaitairement et d'avance l'indemnité à laquelle donnera lieu l'inexécution de l'obligation contractée ; qu'une indemnité accordée aux salariés en cas de méconnaissance d'un engagement de garantie d'emploi mis à la charge de l'employeur ne peut recevoir la qualification de clause pénale lorsqu'elle est prévue par une convention collective ; qu'en retenant que l'indemnité versée par la société Whirlpool France pour le cas où elle méconnaîtrait son engagement de produire annuellement 550 000 sèche-linges s'analysait en une clause pénale à l'égard de laquelle le juge pouvait exercer le pouvoir de révision qu'il tient de l'article 1152 du code civil, quand cette obligation avait pour source l'accord collectif d'entreprise du 12 juin 2008, la cour d'appel a violé l'article 1152 du code civil ;

3°/ que, subsidiairement, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire ; qu'en se bornant à relever que les salariés n'avaient pas établi avoir subi un préjudice financier lié à un volume de production inférieur aux 550 000 sèche-linge initialement prévus, en ne tenant pas compte de ce qu'ils avaient subi un autre préjudice matériel ayant consisté à être privés de 14 jours de RTT par an sans que soit respectée durant plusieurs années la garantie d'emploi constituée par l'engagement que la société Whirlpool France avait pris de respecter un volume minimal de production de 550 000 sèche-linge par an, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1152 du code civil ;

4°/ que tout aussi subsidiairement, il incombe au débiteur qui sollicite la réduction du montant de l'indemnité prévue par une clause pénale d'établir que celui-ci est manifestement excessif et que le créancier a subi un préjudice bien inférieur à celui indemnisé forfaitairement aux termes de la clause pénale ; qu'en reprochant aux exposants de ne pas avoir établi l'existence d'un préjudice financier lié à un volume de production inférieur aux 550 000 sèche-linge prévus par l'accord d'entreprise du 12 juin 2008, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve et partant a violé l'article 1152 du code civil ; Mais attendu, d'abord, qu'ayant constaté que l'accord d'entreprise prévoyait qu'en cas de non-respect par la société de son engagement, celle-ci s'obligeait à indemniser chaque salarié du montant

total des efforts concédés entre la date de mise en application et la date de rupture de l'engagement, la cour d'appel a décidé à bon droit que cette clause s'analysait en une clause pénale par laquelle la société Whirlpool, pour assurer l'exécution de l'accord collectif, s'engageait à indemniser les salariés en cas d'inexécution ;

Et attendu, ensuite, que sous couvert de violation de la loi et de défaut de base légale, le moyen tend seulement à remettre en cause, devant la Cour de

cassation, l'appréciation souveraine par les juges du fond de l'étendue du préjudice des salariés et du caractère manifestement excessif de la pénalité litigieuse ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs :

Rejette les pourvois ;

(M. Frouin, prés. - SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, av.)

PRIX DE THÈSE 2017 DE L'ASSOCIATION FRANÇAISE DE DROIT DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

Le concours destiné à récompenser la meilleure thèse soutenue en droit du travail et de la sécurité sociale est ouvert aux docteurs qui ont soutenu leur thèse entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2017.

**Les candidat(e)s doivent adresser
avant le 1^{er} mars 2018 à l'adresse suivante :**

Maître Emmanuelle Barbara,
6-8, avenue de Messine, 75008 Paris

Un *curriculum vitae*, l'attestation de l'obtention du grade de docteur en droit avec indication de la date de soutenance, du sujet présenté et de la mention obtenue, le rapport de soutenance, un exemplaire et une version électronique de la thèse qui doit être rédigée en langue française.

Le jury, chargé de choisir la thèse méritant d'être couronnée, est composé de cinq membres dont trois universitaires, nul ne pouvant siéger dans le jury plus de deux années consécutives. Le jury peut soumettre les thèses reçues à l'appréciation d'un expert extérieur. Il peut décider de ne pas décerner de prix lorsqu'il estime qu'aucune thèse reçue ne mérite d'être couronnée.

Le prix de thèse, délivré par l'Association française du Droit du Travail et de la sécurité sociale, comporte une dotation de 4.000 euros destinée à faciliter l'édition de la thèse. Cette somme sera remise à l'auteur(e) de la thèse primée sur présentation de la facture correspondant au coût de l'impression. Lors de la publication d'une thèse primée par l'A.F.D.T., il sera mentionné que la thèse a été dotée.