

La loi « Travail » : L'emploi

Les accords de préservation ou de développement de l'emploi

par François DUMONT, Professeur à l'Université de Lille-2,
membre du LEREDS (CRDP)
et Lisa POINSOT, Doctorante à l'Université de Lille-2,
membre du LEREDS (CRDP)

PLAN

I. Le déclenchement et la procédure de conclusion de l'accord

- Le point de départ
- Le niveau de la négociation
- Les partenaires
- Le recours à l'expert-comptable
- La négociation des objectifs

II. Le contenu de l'accord et le nouveau rapport dans la hiérarchie des normes

- Le contenu de l'accord de préservation ou de développement de l'emploi
- La supériorité « apparente » de l'accord collectif de préservation ou de développement de l'emploi sur le contrat de travail
- L'impact de cette supériorité « apparente » sur le contrat de travail

III. Le refus du salarié d'adhérer à l'accord de préservation ou de développement de l'emploi

- Le formalisme du refus
- La procédure de rupture du contrat de travail
- Le motif de la rupture
- Les éléments de comparaison
- Le(s) recours possible(s) ?

IV. Le dispositif d'accompagnement proposé au salarié dont le contrat est rompu

L'accord de préservation ou de développement de l'emploi a fait irruption dans le panorama juridique des accords visant à la protection de l'emploi. S'il cohabite avec l'accord de maintien de l'emploi dans le Code du travail, il n'y est pas inscrit dans la même division, hébergé dans la partie sur les relations collectives de travail. Faut-il y voir un signe ? Assurément, il remet en cause l'application du principe de faveur ; avec certitude, il est à l'origine d'un nouveau type de licenciement fondé sur un motif spécifique pour le salarié qui refuse son application au contrat de travail. S'il peut encore susciter l'interrogation au regard de certains textes internationaux quant aux recours des travailleurs en justice, le questionnement demeure : la protection de l'emploi avait-elle besoin d'un tel dispositif ?

Les périodes estivales se suivent et se ressemblent. Elles sont propices à la publication de lois « importantes » ou de « réformes » qui impactent le droit du travail (1). Les exemples sont récents et chacun garde en mémoire la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques et la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi. À première vue, pourrait-on affirmer qu'elles favorisent l'emploi, à tout le moins qu'elles visent à améliorer la situation des salariés dans l'entreprise ? Ce sont de « grandes lois ». Encore faudrait-il s'interroger sur le sens à donner à l'adjectif « grande ». Serait-ce sur le fond, l'aspect médiatique... La loi n° 1982-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise était assurément une loi importante, ne serait-ce que par la longévité de ses dispositions, encore très présentes dans le Code du travail aujourd'hui. Le projet de loi « *visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs* », déposé au début de l'année 2016, a engendré la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 *relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels* (2). Chacun aura remarqué l'aspect numérique. Août 1982 connaît sa 689^{ème} loi, août 2016 sa 1088^{ème} loi, avec 123 articles au compteur. La superposition de textes et l'imbricatio qui en résulte, notamment au niveau des mesures réglementaires, dont certaines sont toujours en attente, permettent-ils d'affirmer que le sort du travailleur s'est amélioré ?

(1) Loi n° 2008-596, 25 juin 2008, portant modernisation du marché du travail ; Loi n° 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail ; Loi n° 2009-974, 10 août 2009, réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et zones touristiques et thermales ainsi que dans certaines

agglomérations pour les salariés volontaires ; Loi n° 2011-893, 28 juillet 2011, pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels ; Loi n° 2012-954, 6 août 2012, relative au harcèlement sexuel ; Loi 2014-873, 4 août 2014, pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes (...).

(2) Loi dite *El Khomri*.

L'emploi peut-être, car c'est d'emploi dont il s'agit ici, la loi dite *El Khomri* vient de créer « les accords de préservation ou de développement de l'emploi » (3).

Alors qu'il existait déjà la possibilité de conclure des accords de maintien de l'emploi (4) prévus dans la cinquième partie du Code du travail sur « l'emploi », son livre 1^{er} sur « les dispositifs en faveur de l'emploi », la loi nouvelle institue des accords « en vue de la préservation ou du développement de l'emploi » (5) dans la 2^{ème} partie du Code sur « les relations collectives de travail », et dans un chapitre portant l'intitulé évocateur des « rapports entre conventions et accords collectifs de travail et contrat de travail ». Si ce type d'accord est présenté comme une mécanique novatrice, à quelle véritable préoccupation législative obéit-il ? Doit-on l'identifier en termes d'emploi ou en termes de normes relationnelles ? Deux conjectures viennent rapidement à l'esprit dans cet ordre. La première met en lumière l'économie de l'accord : préserver ou développer l'emploi. Il existe toutefois une problématique voisine dans la possibilité de conclure un accord de maintien de l'emploi. Quelle différence entre maintenir et préserver ? Selon le Littré, maintenir est « conserver dans le même état, entretenir, défendre » ; préserver est « sauver d'un mal qui pourrait arriver ». Le Larousse donne *préserver* comme synonyme de *maintenir*. La seconde serait issue de la volonté législative de régler l'hypothèse d'un conflit de normes. L'accord de préservation ou de développement de l'emploi pourrait s'opposer, quant à son contenu, aux clauses du contrat de travail. Un

tel conflit pourrait remettre en cause le principe de faveur. D'où l'intégration, dans un bloc de dispositions concernant les rapports de la convention avec le contrat de travail du salarié. À moins que la réponse ne soit plus factuelle, une adaptation du droit à la pratique, une troisième voie. Dans le prolongement de la loi de 2013 de sécurisation (6) et des accords de maintien de l'emploi, certaines entreprises s'étaient mobilisées et quelque peu émancipées du cadre légal pour ajuster, par le jeu de la négociation, leur organisation du travail aux variations de l'activité et modifier les paramètres salaires et/ou durée du travail. Cette mobilisation avait pour objet d'éviter ou limiter les licenciements et préserver la compétitivité (7). Il semble que ce soit cette dynamique du dialogue social qui ait été recherchée dans la loi (8). Mais à bien regarder le contenu du nouveau dispositif, l'impact de la coordination des normes ne peut être traité de manière accessoire. La terminologie utilisée par le législateur apparaît d'ailleurs fort large, préserver ou développer l'emploi. Une telle démarche ne sera pas sans demander des « efforts » aux salariés. Alors comment orchestrer la mécanique ? Pour quels effets ? Quatre points seront successivement étudiés :

- le déclenchement et la procédure de conclusion de l'accord (FD) ;
- le contenu de l'accord et le nouveau rapport dans la hiérarchie des normes (LP) ;
- le refus du salarié d'adhérer à l'accord de préservation ou de développement de l'emploi (FD) ;
- le dispositif d'accompagnement proposé au salarié dont le contrat est rompu (LP).

I. Le déclenchement et la procédure de conclusion de l'accord (F.D.)

A. Le point de départ

Alors que l'accord de maintien de l'emploi est une réponse à de graves difficultés économiques conjoncturelles dans l'entreprise (9), l'accord issu de la loi *El Khomri* intervient pour préserver ou développer l'emploi. Dissemblance ou dissonance ? La phase préparatoire des accords comporte des similitudes évidentes.

L'accord de maintien de l'emploi connaît d'un diagnostic qui va être « analysé » avec les partenaires sociaux, ici « les organisations syndicales de salariés représentatives » (10), pour déboucher sur des négociations qui conduiront possiblement à la conclusion de la norme. L'accord de préservation ou de développement de l'emploi obéit à la même logique. L'employeur transmet aux organisations syndicales de salariés toutes les informations nécessaires à l'éta-

(3) Art. 22 de la loi. Cette dernière est subdivisée en 7 titres. L'article 22 est inséré dans le titre 2 : « Favoriser une culture du dialogue et de la négociation » et son chapitre 2 sur « le renforcement de la légitimité des accords collectifs ».

(4) Art. L. 5125-1 et s., C. trav.

(5) Art. L. 2254-2 C. trav.

(6) Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 de sécurisation de l'emploi.

(7) Exemple de l'accord Renault en 2013.

(8) Étude d'impact, projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, 24 mars 2016, pp. 153 et 154 – AN. n° 3675, C. Sirugue, Rapport de la Commission des Aff. Soc.

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

(10) *Ibid.*

blissement d'un diagnostic. Il s'agit toutefois ici d'un diagnostic partagé (11), ce qui pourra déboucher, selon le même cheminement, sur négociation et accord. Le support clé demeure le diagnostic, même si son origine semble différer, au premier chef, entre les difficultés économiques conjoncturelles et la volonté de l'employeur de protéger ou favoriser l'emploi. À moins que l'idée de protéger l'emploi soit suffisamment vaste...

Dans l'un ou l'autre cas, l'initiative de l'accord revient à l'employeur. C'est lui qui sollicite les organisations syndicales de salariés et leur transmet toutes les informations nécessaires à la constitution du diagnostic. Ce « point de départ » de la négociation suscite pourtant une interrogation : les informations transmises seront-elles objectives ? Sont concernés la position de l'entreprise sur le marché, ses concurrents, les menaces potentielles ou avérées..., le niveau de compétitivité. De nombreux renseignements, qui n'occulent pas l'idée que poser un diagnostic, c'est déjà identifier une « maladie », porter un jugement sur une situation. En ce sens, c'est sans doute fort à propos qu'au regard de l'accord de préservation ou de développement de l'emploi, le législateur spécifie le « diagnostic partagé » entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives.

B. Le niveau de la négociation

En parallèle à nouveau, les textes semblent clairs. Pour l'accord de maintien de l'emploi, l'article L.5125-1 du Code du travail envisage explicitement les difficultés économiques conjoncturelles dans l'entreprise. C'est donc un accord d'entreprise qui matérialisera l'engagement de l'employeur à maintenir l'emploi et les contreparties pour les salariés concernés, en termes de durée du travail et de rémunération. Pour l'accord de préservation ou de développement de l'emploi, la lecture du premier alinéa de l'article L.2254-2, I, du Code du travail ne laisse planer aucun doute, c'est un « accord d'entreprise ». Toutefois, la loi du 8 août 2016 a modifié l'article L.2232-33 du Code du travail dans son article 23. La nouvelle mouture est significative de la volonté d'accentuer le jeu de la négociation collective, « l'ensemble des négociations prévues par le présent code au niveau de l'entreprise peuvent être engagées et conclues au niveau du groupe dans les mêmes conditions » (sous réserve de certaines adaptations propres

à la section « conventions ou accords de groupe »). Le législateur a-t-il pensé aux accords de maintien de l'emploi insérés dans la cinquième partie du Code du travail sur l'emploi ?

C. Les partenaires

La loi du 8 août 2016 est précise sur ce point, la négociation s'instaure avec les délégués syndicaux. Ici encore, l'objectif est d'aligner, au moins partiellement, le régime des accords de maintien de l'emploi avec celui des accords de préservation ou de développement de l'emploi. L'Assemblée nationale a modifié la première mouture du projet de loi pour y ajouter, dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, les représentants élus du personnel et les salariés non élus, en visant à respecter la technique du mandatement (12).

D. Le recours à l'expert-comptable

Afin d'assister les délégués syndicaux ou les partenaires substitués dans la négociation, le législateur a prévu la possibilité de recourir à un expert-comptable. L'acteur privilégié est le comité d'entreprise, dans la mesure où il est prioritaire dans le déclenchement l'intervention. En l'absence de comité, les délégués syndicaux ou, à défaut, les représentants élus mandatés ou les salariés mandatés, pourront solliciter l'expertise-comptable. Le coût de cette expertise sera supporté par l'employeur (13).

E. La négociation des objectifs

Les objectifs de l'accord de préservation ou de développement de l'emploi sont des éléments fondamentaux qui font naturellement l'objet des négociations et traduisent, au demeurant, la substance même de la norme conventionnelle. L'établissement d'un diagnostic partagé va concourir à la détermination de ces objectifs, inéluctablement indiqués dans le préambule de l'accord (14). C'est à ce titre le respect du principe dégagé par l'article L.2222-3-3 du Code du travail (15). Toutefois, la règle est de considérer que l'absence de préambule n'est pas de nature à entraîner la nullité de la convention ou de l'accord (16). Sur ce point, la loi *El Khomri* introduit une dérogation pour l'accord de préservation ou de développement de l'emploi.

Mais il s'agit déjà du contenu de l'accord...

(11) Art. L.2254-2, I, al. 2, C. trav.

(12) Art. L.2254-2, I, al. 5, C. trav.

(13) Art. L.2254-2, III, C. trav.

(14) Art. L.2254-2, I, al. 3, C. trav.

(15) Disposition nouvellement introduite par l'article 16 de la loi du 8 août 2016 qui ajoute une « Section 2 bis : Préambule des

conventions et accords » dans le chapitre II (*Contenu et durée des conventions et accords*) du titre II (*Objet et contenu des accords et conventions collectifs de travail*) du livre II (*La négociation collective - Les conventions et accords collectifs de travail*) de la deuxième partie du Code du travail.

(16) Art. L.2222-3-3, al.2, C. trav.

II. Le contenu de l'accord et le nouveau rapport dans la hiérarchie des normes (L.P.)

A. Le contenu de l'accord de préservation ou de développement de l'emploi

La présence d'un préambule est une condition de validité de l'accord collectif de préservation ou de développement de l'emploi. Ce dernier doit indiquer les objectifs à atteindre en matière de favorisation et de protection de l'emploi (17), c'est-à-dire répondre à une situation économique qui pourrait aboutir à des suppressions d'emploi ou accompagner la croissance et le développement de l'entreprise. Son absence frappe l'accord collectif de nullité (18). Cependant, qu'en est-il de la portée de l'accord ? La simple mention du terme « emploi » dans le préambule de l'accord collectif suffira-t-elle à le qualifier d'accord de préservation ou de développement de l'emploi ?

À la suite du préambule, l'accord doit mentionner les modalités d'information des salariés sur son application et celles prenant en compte la situation des salariés invoquant une atteinte disproportionnée à leur vie personnelle et familiale (19). La faculté (20) de mentionner les efforts des dirigeants, des mandataires et des actionnaires, ainsi que les conditions qui permettent aux salariés de bénéficier de l'amélioration de la situation, différencient ce type d'accord de l'accord collectif de maintien de l'emploi (21).

Par ailleurs, cet accord peut modifier la rémunération, la durée du travail, ainsi que l'ensemble des conditions de travail (22). Pour rendre effective la modification du contrat de travail, le législateur écarte l'application du principe de faveur et permet la substi-

tution des dispositions de la norme négociée aux clauses contractuelles considérées comme contraires et incompatibles.

B. La supériorité « apparente » de l'accord collectif de préservation ou de développement de l'emploi sur le contrat de travail

En cas de conflit entre un accord collectif et un contrat de travail, le principe est celui d'une articulation entre ces deux normes, compte tenu de la combinaison du principe de faveur (23) et du principe de l'impérativité de la norme négociée (24). Le principe de faveur, dont l'application est conforme à la recommandation de l'Organisation internationale du travail de 1951 (25), a pour objectif de faire primer l'intérêt individuel (26) contrairement au principe de l'impérativité de la norme collective. Toutefois, la particularité des accords de préservation ou de développement de l'emploi est justement de faire prévaloir l'intérêt collectif. L'éviction du principe de faveur résulte de l'objet même de l'accord, à savoir favoriser l'emploi. Le Conseil constitutionnel a admis, dans une décision du 15 mars 2012 (27), que la loi peut prévoir la supériorité de l'accord collectif sur le contrat de travail, dès lors qu'il s'agit de répondre à un motif d'intérêt général. L'accord collectif qui vise à préserver ou développer l'emploi, prime ainsi sur l'intérêt individuel caractérisé par le contrat de travail (28).

Au demeurant, en dehors de l'objet de l'accord, la règle est qu'en raison du principe de faveur, une norme négociée ne peut être supérieure au contrat

(17) Le Conseil constitutionnel considère l'emploi comme un motif d'intérêt général (cf. C. const., 15 mars 2012, n° 2012-649 DC ; C. const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC).

(18) La sanction de la nullité concernant les accords collectifs de préservation ou de développement de l'emploi renforce davantage l'exigence que tout accord doit contenir un préambule mentionnant ses objectifs et son contenu (cf. art. L. 2222-3-3, C. trav.).

(19) Art. L. 2254-2, III, al. 1 à 3, C. trav.

(20) Art. L. 2254-2, III, al. 4 à 7, C. trav.

(21) Art. L. 5125-1, al. 1 à 3, C. trav. : l'accord collectif de maintien de l'emploi prévoit ces conditions, alors que l'accord collectif de préservation ou de développement de l'emploi en a la possibilité.

(22) Art. L. 2254-2, I, al. 1, C. trav.

(23) Le principe de faveur n'a pas de valeur constitutionnelle puisqu'il « ne saurait être regardé comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du Préambule de la Constitution de 1946 » (cf. C. const., 25 juillet 1989, n° 89-257 DC ; C. const., 6 novembre 1996, n°93-383 DC, Dr. Ouvr. 1996, p. 479, n. G. Lyon-Caen ; C. const., 13 janvier 2003, n° 2002-465 DC). Il est cependant considéré comme un principe fondamental par la Cour de cassation au visa de l'article L. 2254-1 du Code du travail et du principe fondamental en droit du travail, selon

lequel, en cas de conflit de normes, c'est le plus favorable au salarié qui doit recevoir application (cf. Cass. Soc., 15 février 2012, n° 10-27.397, RJS. 2012, n°483). Il est également estimé comme un principe général du droit selon le Conseil d'État (cf. CE., 8 juillet 1994, RJS. 1994, p. 1386, n. X. Prétot).

(24) Art. L. 2254-1, C. trav.

(25) OIT, Recommandation concernant les conventions collectives n° 91, 29 juin 1951, art. 3 point 3 : « Les dispositions du contrat de travail plus favorables aux travailleurs que celles que prévoit la convention collective ne devraient pas être considérées comme contraire à la convention collective », en lien avec la convention n° 154 relative à la négociation collective du 3 juin 1951 et la convention n° 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective du 1^{er} juillet 1949.

(26) Le travailleur se voit appliquer les dispositions conventionnelles et contractuelles les plus favorables, par un système de comparaison de catégorie d'avantages par catégorie d'avantages ayant le même objet ou la même cause (cf. Cass. Soc., 12 octobre 2011, n° 09-43.155, Bull. civ. V, n° 233).

(27) C. const., 15 mars 2012, n° 2012-649 DC, Dr. Ouvr. 2012, p. 623 n. P.-Y. Gahdoun.

(28) J.-D. Combrexelle, La négociation collective, le travail et l'emploi, rapport au Premier ministre, septembre 2015 ; JCP S. 2015, act. 327 et 333, prop. n° 42.

de travail. La validité de ce dernier ne résulte pas de l'existence de cette norme collective (29). Cependant, le principe de faveur est occulté en matière d'accord de préservation ou de développement de l'emploi. Dès lors, une hypothèse peut être soulevée. En raison de l'éviction du principe de faveur, l'accord collectif de préservation ou de développement de l'emploi pourrait être considéré comme supérieur au contrat individuel de travail. Cela voudrait dire qu'il aurait une force juridique supérieure à celle de ce dernier. Deux éléments abonderaient en ce sens. D'une part, si l'on considère, en raison de l'ordonnement juridique, qu'une norme inférieure n'est valable que si elle est conforme à une norme supérieure, laquelle constitue le fondement immédiat de la validité de la norme inférieure, la validité du contrat de travail devrait donc s'asseoir sur l'accord collectif. D'autre part, en s'appuyant également sur la force juridique de l'accord collectif, il pourrait être considéré comme supérieur au contrat de travail en vertu de son caractère impératif (30).

En conséquence, l'éviction légale du principe de faveur et l'application du principe d'impérativité de la norme négociée remettent en cause l'articulation entre le contrat de travail et l'accord collectif de préservation ou de développement de l'emploi. Dès lors, toutes les dispositions issues de l'accord collectif de préservation ou de développement de l'emploi écartent les dispositions contractuelles contraires et incompatibles, même si ces dernières sont plus favorables, au motif d'un intérêt général que traduit l'emploi. Cette éviction ne concerne que les situations juridiques dans lesquelles le contrat de travail a été conclu avant la période d'application d'un tel accord (31). Les salariés ayant conclu leur contrat de travail pendant la période d'application d'un tel accord se verront directement appliquer ses disposi-

tions. Cependant, ce système pourrait porter atteinte au principe de l'égalité de traitement, dans le sens où il va exister une situation différente entre les salariés qui ont conclu leur contrat avant la conclusion d'un tel accord et les salariés qui l'ont conclu après (32). Dans le premier cas, l'accord collectif modifiera les éléments essentiels du contrat de travail, alors que, dans le second cas, il influencera la conclusion du contrat de travail.

C. L'impact de cette supériorité « apparente » sur le contrat de travail

Le mécanisme de l'accord de préservation ou de développement de l'emploi impacte le sort du contrat de travail. Contrairement aux accords de maintien de l'emploi (33), la loi du 8 août 2016 (34) n'instaure pas une simple suspension des clauses contractuelles, mais une véritable substitution des clauses conventionnelles aux clauses contractuelles contraires et incompatibles. Les clauses conventionnelles relatives aux éléments du socle contractuel, telles que la rémunération et la durée du travail, se substituent de plein droit à celles du contrat de travail. Une limite est toutefois posée, l'accord ne peut avoir pour effet de diminuer la rémunération mensuelle du salarié. Cependant, l'application de cet accord entraîne la diminution de la rémunération horaire, car « *si le temps de travail augmente sans incidence sur le salaire, c'est la rémunération horaire qui diminue* » (35). Cela engendre donc une modification des éléments essentiels du contrat de travail (36), bien que le principe soit qu'un accord collectif ne puisse modifier le contrat d'un salarié (37). La Cour de cassation considère toutefois, depuis 2010, que « *sauf disposition légale contraire, une convention collective ne peut permettre à l'employeur de modifier le contrat de travail sans l'accord du salarié* » (38). C'est sur cette décision

(29) N. Aliprantis, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, Bibliothèque d'ouvrages de droit social, LGDJ, 1980, pp. 43-45.

(30) *Idem*.

(31) Art. L. 2254-2, C. trav.

(32) M. Morand, *L'accord de préservation ou de développement de l'emploi*, RJS 2016, p. 655.

(33) Le Code du travail prévoit la suspension des clauses du contrat de travail contraires à celles de l'accord collectif de maintien de l'emploi. Il ne s'agissait plus d'une soumission contractuelle, mais d'une simple application temporaire des dispositions de l'accord collectif à la place des stipulations contractuelles contraires (cf. art. L. 5125-2, C. trav.).

(34) Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n° 0184 du 9 août 2016.

(35) F. Dumont, *Préserver l'emploi : effet d'annonce pour des mesures discutables*, JCP S. 2016, 1304.

(36) Depuis l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation en date du 10 juillet 1996, la jurisprudence distingue ce qui relève de la modification du contrat de travail et ce qui est du domaine du

simple changement des conditions de travail. Il est de principe que l'employeur, dans le cadre de son pouvoir de direction, peut changer les conditions de travail d'un salarié. Ce n'est pas le cas des modifications du contrat de travail qui nécessitent l'accord du salarié. La modification du contrat est celle qui porte sur un élément essentiel, c'est-à-dire un élément qui entre dans la définition du contrat, tels que le lien de subordination juridique, les fonctions et la rémunération (cf. Cass. Soc., n° 93-40.966, Bull. civ. V, n° 278 – dit *Le Berre*).

(37) Cass. Soc., 17 mars 1993, n° 91-45.184, Dr. Soc. 1993, p. 464 ; Cass. Soc., 25 février 1998, n° 95-45.171, Bull. civ. V, n° 104, RJS, 1998, n° 497 ; Cass. Soc., 25 février 2003, n° 01-40.588, Bull. civ. V, n° 64.

(38) Il s'agissait, à l'époque, des accords de modulation issus de la loi *Warsmann*. L'article 45 de la loi prévoyait que la mise en place d'un accord de modulation du fait de la loi *Warsmann* ne serait pas une modification du contrat de travail. Ainsi, la mise en place d'un accord de modulation du fait de cette loi ne constitue pas une modification du contrat de travail. *A contrario*, la mise en place d'un simple accord collectif de modulation entraînant un changement de la répartition du temps de travail est considérée comme une modification du contrat de travail (cf. Cass. Soc., 28 septembre 2010, n° 08-43.161, JCP S. 2010, p. 1466 ; Cass. Soc., 10 février 2016, n° 14-26.147, D. 2016, p. 431, Dr. Ouvr. 2016, p. 167).

que se fonde le législateur s'agissant des accords de préservation ou de développement de l'emploi. En effet, s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de cassation, il déclare, à l'article L. 2254-2 I, alinéas 1 et 2 du Code du travail, que le contrat de travail peut être modifié en vertu des clauses de l'accord collectif de préservation ou de développement de l'emploi.

Au demeurant, la substitution de plein droit ne signifie pas que les dispositions de la norme négociée écartent les clauses correspondantes du contrat de travail (39). Cela veut uniquement dire que les clauses conventionnelles remplacent les clauses contractuelles lors de leur application pendant la durée de vie de l'accord collectif. L'accord collectif de préservation ou de développement de l'emploi se différencie de l'accord collectif de maintien de l'emploi puisque dans ce dernier, les clauses contractuelles contrares et incompatibles, ne sont pas remplacées, mais suspendues (40). Dès lors, la clause contractuelle devient-elle nulle par le mécanisme de la substitution de plein droit ? Au contraire, devient-elle sans effet ou encore non écrite ? Selon la recommandation de l'Organisation internationale du Travail de 1951, « *les dispositions du contrat de travail contrares à une convention collective devraient être considérées*

comme nulles et devraient être remplacées d'office par les dispositions correspondantes de la convention collective » (41). Or, la nullité est la sanction aboutissant à la disparition rétroactive d'un acte juridique (42), tel que le contrat de travail. Cela ne correspond donc pas au mécanisme de substitution de plein droit de l'accord collectif de préservation ou de développement de l'emploi. La Cour de cassation a considéré que, durant l'application de ce type d'accord, les clauses contractuelles sont réputées sans effet (43). La privation d'effet renvoie néanmoins à la suspension de la clause et au mécanisme des accords collectifs de maintien de l'emploi (44). Dès lors, les clauses du contrat de travail contrares et incompatibles sont réputées non écrites par l'existence de la substitution de plein droit de l'accord collectif de préservation ou de développement de l'emploi (45). Ainsi, les clauses contrares et incompatibles du contrat de travail sont neutralisées tant que l'accord collectif s'applique. À la fin de la vie de l'accord collectif, les clauses contractuelles considérées comme non écrites s'appliquent à nouveau.

Mais quel est le sort du salarié lorsqu'il refuse de se voir appliquer l'accord collectif de préservation ou de développement de l'emploi ?

III. Le refus du salarié d'adhérer à l'accord de préservation ou de développement de l'emploi (F.D.)

La mise en œuvre de l'accord de préservation ou de développement de l'emploi peut avoir des conséquences sur le contrat de travail, des modifications que le salarié « *peut refuser* » comme le souligne l'article L. 2254-2, II, alinéa 1 du Code du travail.

A. Le formalisme du refus

Le refus doit assurément revêtir une forme écrite (46). Les modalités selon lesquelles les salariés font connaître leur refus sont attendues par la voie réglementaire (47). Cela fait partie des nombreux décrets qui accompagnent la loi *El Khomri*. Prévu(s) pour octobre 2016, celui ou ceux qui s'attachent à

la mise en œuvre des dispositions sur les accords de préservation ou de développement de l'emploi ne sont pas publié(s) à ce jour.

Face à l'opposition du salarié, l'employeur peut engager une procédure de licenciement.

B. La procédure de rupture du contrat de travail

Le législateur aurait pu porter son choix sur une procédure autonome, spécifique, au refus de la mise en œuvre de l'accord de préservation ou de développement de l'emploi. Mais il est vrai qu'en droit français, les différents cas de rupture possibles du contrat de

(39) Cela résulte du principe de non-incorporation des clauses conventionnelles.

(40) Art. L. 5125-1 al. 2, C. trav.

(41) OIT, Recommandation concernant les conventions collectives, n° 91, 29 juin 1951, art. 3 point 2, en lien avec la convention n° 154 relative à la négociation collective du 3 juin 1951 et la convention n° 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective du 1^{er} juillet 1949.

(42) G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2014, V° Nullité.

(43) Cass. Soc., 27 février 2002, n° 99-46.066 : « *Mais attendu qu'il résulte de l'article L. 135-2 du Code du travail qu'un salarié ne peut valablement renoncer aux avantages qu'il tire d'un accord*

collectif tant que son contrat de travail est en cours et que toute clause du contrat de travail moins favorable au salarié que la convention collective est sans effet ».

(44) Art. L. 5125-1 al. 2, C. trav.

(45) Cass. Soc., 17 juillet 2001, n° 98-42.310, Dr. Soc. 2001, p. 1017, obs. C. Radé.

(46) Art. L. 2254-2, II, al. 1, C. trav.

(47) Art. L. 2254-2, III, dernier al., C. trav.

travail ont pour effet la mise en œuvre de nombreuses procédures aux modalités distinctes. Cela aurait été « une de plus ». Par analogie, vient rapidement à l'esprit qu'en cas de refus de la modification du contrat de travail par le salarié, la procédure de licenciement va s'appliquer. Les procédures sont toutefois différentes selon qu'il s'agit d'un licenciement pour motif personnel ou d'un licenciement pour motif économique. Dans la première mouture du projet de loi, il était spécifié que le refus de l'application de l'accord de préservation ou de développement de l'emploi par le salarié ne constituait pas un « licenciement pour motif économique » (48). Cette précision a aujourd'hui disparu. L'actuelle procédure va pourtant emprunter les dispositions du licenciement pour motif économique, mais uniquement celles applicables aux licenciements de moins de dix salariés sur une même période de trente jours. On y retrouve l'obligation de l'entretien préalable et les règles de notification du licenciement (49). En choisissant une telle voie, le législateur semble faciliter la « tâche » de l'employeur. Les conséquences sont claires, certaines dispositions liées à la consultation du comité d'entreprise (50), celles sur l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi sont évincées. Bien entendu, la caractéristique principale demeure, il s'agit d'un licenciement... et, à bien y regarder, un licenciement particulier, un licenciement propre au refus de la mise en œuvre de l'accord de préservation ou de développement de l'emploi : un licenciement *sui generis* (51).

C. Le motif de la rupture

À l'image de l'application d'un accord de maintien de l'emploi que le salarié refuse à titre individuel, et pour lequel le motif du licenciement est pré-qualifié d'économique (52), le refus du salarié de se voir appliquer un accord de préservation ou de développement de l'emploi a aussi conduit le législateur à une pré-qualification : il s'agit d'un motif « spécifique » (53). Le postulat est posé, ce motif « constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement » (54). Si la combinaison de la procédure et du motif constitue

une mécanique « hybride », terminologie qui recueille un certain succès aujourd'hui, le motif est bel est bien autonome, *sui generis*. Faut-il s'en réjouir ?

D. Les éléments de comparaison

Le législateur a déjà introduit dans le Code du travail des procédures ou qualifications de rupture, qui s'écartent de la logique juridique habituellement mise en œuvre en droit du travail.

La diminution du nombre d'heures stipulé au contrat de travail en application d'un accord de réduction du temps de travail (55) est le premier exemple que l'on retrouve aux articles L.1222-7 et L.1222-8 du Code du travail. La loi précise, dans le premier texte, qu'il ne s'agit pas d'une modification du contrat de travail (56). L'accord du salarié n'a donc pas à être recueilli. Dans sa grande sagacité, le législateur souligne pourtant, dans l'article suivant, qu'en cas de refus de la modification, le licenciement « ne repose pas sur un motif économique et est soumis aux dispositions relatives à la rupture du contrat de travail pour motif personnel ».

La mise en place par accord collectif d'un aménagement du temps de travail, sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année (57), ne constitue pas une modification du contrat de travail (58). L'accord du salarié n'a donc pas à être recueilli. Son refus de poursuivre l'exécution du contrat de travail aux nouvelles conditions constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement.

L'accord de mobilité interne (AMI) prévoit les conditions d'application d'une mobilité du salarié au-delà de sa zone géographique (59). Avant l'exécution de l'accord, l'employeur doit recueillir l'acceptation du salarié selon la procédure prévue en cas de modification du contrat de travail pour motif économique.

L'application d'un accord de maintien de l'emploi (AME) aménage la durée du travail du salarié et sa rémunération pendant une durée déterminée pour permettre à l'entreprise de faire face « à de graves

(48) Projet de loi, AN. n° 3600, art. 11, spéc. p. 137.

(49) Art. L. 1233-11 à L. 1233-15, C. trav.

(50) L'article L. 2323-15 du Code du travail est toutefois modifié pour que le comité d'entreprise puisse être consulté, dans le cadre de la consultation annuelle sur la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi, sur les conséquences pour les salariés de l'accord conclu pour la préservation ou le développement de l'emploi (loi du 8 août 2016, art. 22, II).

(51) La fixation de règles spécifiques par le législateur ne méconnaît aucune exigence constitutionnelle (C. const., 13 juin 2013, n° 2013-672 DC, Dr. Ouvr. 2013, p. 613 n. P.-Y. Gahdoun).

(52) Art. L. 5125-2, al. 3, C. trav.

(53) Art. L. 2254-2, II, al. 2, C. trav. On peut s'interroger sur le contenu précis du motif : est-ce l'existence même de l'accord ? Les objectifs de préservation ou de développement de l'emploi ?

(54) *Ibid.*

(55) Accord de RTT – Dispositions introduites par la loi dite « Aubry II » du 19 janvier 2000 dans le cadre de la réforme des 35 heures.

(56) Art. L. 1222-7, C. trav.

(57) Anciens accords dits de « modulation » – Dispositions prévues par la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit, dite loi *Warsmann*.

(58) Art. L. 3122-6, C. trav. – C. const. déc. n° 2012-649 DC 15 mars 2012, prec.

(59) Disposition issue de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, art. L. 2242-17 à L. 2247-19, C. trav.

difficultés économiques ». L'employeur doit recueillir l'accord du salarié, selon les modalités prévues par l'accord lui-même. En cas de refus, le licenciement est considéré comme reposant sur un motif économique et il est prononcé selon les règles d'un licenciement individuel (60). Il repose sur une cause réelle et sérieuse (61).

E. Le(s) recours possible(s) ?

Pour revenir sur les conséquences du refus du salarié de respecter l'accord de préservation ou de développement de l'emploi, la création d'un motif spécifique de rupture n'est pas sans susciter la question de la justification de cette rupture et du recours du travailleur lorsqu'il estime que son licenciement est injustifié. Plusieurs textes semblent apporter des garanties. La Charte sociale européenne, dans son article 24, qui concerne le droit à la protection en cas de licenciement, considère que « *les parties s'engagent à reconnaître (...) le droit des travailleurs à ne pas être licenciés sans motif valable lié à leur aptitude ou conduite, ou fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service* ». La convention n° 158 de l'OIT sur le

licenciement (62) précise, dans son article 4, qu'« *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* ». Si la similitude est évidente entre les deux textes, le Conseil d'État a été saisi pour avis sur le projet de loi et sa compatibilité avec l'article 4 de la convention OIT n° 158. Il a estimé que la disposition était respectée (63). L'article 8 de la même convention internationale peut aussi susciter le questionnement, dans la mesure où tout « *travailleur qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement injustifiée aura le droit de recourir contre cette mesure devant un organisme impartial tel qu'un tribunal* ». Tel que présenté, le licenciement de l'article L. 2254-2 du Code du travail prive le salarié de toute action sur le fond. Ce n'est donc que par le biais d'une remise en cause de l'accord qu'il pourra espérer des effets sur les actes subséquents. Sont bien sûr exclus de la mécanique les règles de l'ordre des licenciements, l'obligation de reclassement... (64).

Mais est-ce à dire que rien n'est proposé au salarié dont le licenciement est envisagé ?

IV. Le dispositif d'accompagnement proposé au salarié dont le contrat est rompu (L.P.)

Le dispositif d'accompagnement, dit parcours d'accompagnement personnalisé, prévu lors de la procédure de licenciement, répond à l'exigence posée par l'article 13 b) de la Convention OIT n° 158. Cela consiste à prévoir des mesures visant à atténuer les effets défavorables de tout licenciement pour les travailleurs intéressés, notamment en imposant la recherche de possibilités de reclassement dans un autre emploi (65).

L'employeur doit proposer le parcours d'accompagnement personnalisé lors de l'entretien préalable au licenciement. Il doit informer le salarié par écrit du motif spécifique de la rupture du contrat et « *sur lequel repose la rupture en cas d'acceptation par celui-ci du dispositif d'accompagnement* » (66). L'adhésion à ce dispositif entraîne la rupture du contrat de travail (67)

qui suit la procédure d'un licenciement individuel pour motif économique. L'acceptation du salarié à cette mesure d'accompagnement ouvre droit à l'indemnité de licenciement prévue à l'article L. 1234-9 du Code du travail et à toute indemnité conventionnelle qui aurait été due en cas de licenciement au terme du préavis (68). En revanche, tout comme le contrat de sécurisation professionnelle (69), la rupture du contrat de travail par l'adhésion au parcours d'accompagnement personnalisé comporte ni préavis, ni indemnité compensatrice de préavis (70).

Durant l'application de ce dispositif, ces personnes, placées sous le statut de stagiaires de la formation professionnelle (71), débutent par une « *phase de pré-bilan, d'évaluation des compétences et d'orientation professionnelle en vue de l'élaboration d'un*

(60) Art. L. 5125-2, al. 3, C. trav.

(61) *Ibid.*

(62) 22 juin 1982.

(63) CE., avis, 17 mars 2016, spéc. point. 15.

(64) L'absence de consultation des IRP pourrait s'avérer également problématique, notamment au regard de l'article 13 de la convention n° 158 de l'OIT.

(65) *prec.*

(66) Art. L. 2254-2, II, al. 3, C. trav.

(67) Art. L. 2254-2, II, al. 4, C. trav.

(68) Le Code du travail dispose que cette rupture ne comporte ni préavis, ni indemnité compensatrice de préavis (cf. art. L. 2254-2, II, al. 5, C. trav.).

(69) Art. L. 1233-65 et s, C. trav.

(70) Art. L. 2254-2, II al. 4, C. trav.

(71) Art. L. 2254-4 al. 1, C. trav.

projet professionnel » auprès de Pôle Emploi (72). Ce dispositif d'accompagnement est financé en partie par une contribution patronale, laquelle est représentative de l'indemnité compensatrice de préavis, dans la limite de trois mois de salaires majorés de l'ensemble des cotisations et contributions obligatoires afférentes (73). En l'absence de proposition par l'employeur, celui-ci est tenu au versement d'une contribution égale à deux mois de salaire brut, portée à trois mois en cas d'adhésion effective du salarié au parcours personnalisé sur proposition de Pôle Emploi (74).

Nouvelle mécanique, complexité d'un « marché des accords collectifs » aux desseins souvent identiques, questionnement sur certains effets... La création de

l'accord de préservation ou de développement de l'emploi était-elle indispensable ? Plutôt que d'opter pour une stratégie d'empilement de dispositions dans des parties différentes du Code du travail, la logique (pour ne pas dire la recherche) d'une meilleure compréhension des textes par chacune des parties à la relation de travail commandait certainement un dispositif unique regroupant les accords de maintien, de préservation et de développement de l'emploi. Objectifs, procédures et effets bien comparables, l'efficacité ne pouvait qu'être améliorée, quitte à subdiviser les quelques spécificités respectives de ces accords.

François Dumont
et **Lisa Poinso**

(72) Art. L. 2254-3, C. trav.

(73) Art. L. 2254-5 al. 1, C. trav.

(74) Art. L. 2254-6 al. 1, C. trav.

Colloque organisé par l'Institut du travail de Bordeaux

L'ACCORD COLLECTIF DE TRAVAIL APRÈS LA LOI EL KHOMRI

Vendredi 3 mars 2017, Pey-Berland, Bordeaux

INTRODUCTION

Christophe Radé, professeur à l'Université de Bordeaux

I. L'ACCORD COLLECTIF ET LA LOI

- **Le recul de l'ordre public face à l'accord collectif**
Florence Canut, professeur à la Faculté de droit de Montpellier
- **L'articulation de la loi et l'accord collectif**
Sébastien Tournaux, professeur à l'Université de Bordeaux

II. L'ACCORD COLLECTIF ET L'ENTREPRISE

- **Accords de branche et accords d'entreprise**
Françoise Favennec-Héry, professeur à l'Université Panthéon Assas
- **Accords et entreprises à structures complexes (établissements groupes, UES, réseaux)**
Gilles Auzero, professeur à l'Université de Bordeaux

III. L'ACCORD COLLECTIF ET LE CONTRAT DE TRAVAIL

- **La supériorité du contrat de travail**
Alexandre Fabre, professeur à l'Université d'Artois
- **La supériorité de l'accord collectif**
Christine Neau-Leduc, professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne

SYNTHÈSE

Jean-Pierre Laborde, professeur émérite de l'Université de Bordeaux