



HAL
open science

”L’accord de performance collective : trois questions en guise d’introduction”, Dossier : L’accord de performance collective, Actes du colloque de Clermont-Ferrand du 26 février 2021, G. François et C. Mariano (dir.)

Gwennaël François, Christophe Mariano

► **To cite this version:**

Gwennaël François, Christophe Mariano. ”L’accord de performance collective : trois questions en guise d’introduction”, Dossier : L’accord de performance collective, Actes du colloque de Clermont-Ferrand du 26 février 2021, G. François et C. Mariano (dir.). Bulletin Joly Travail, 2021, n° 5, pp. 42-46. <hal-03218862>

HAL Id: hal-03218862

<https://uca.hal.science/hal-03218862v1>

Submitted on 6 May 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire HAL, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

L'ACCORD DE PERFORMANCE COLLECTIVE : TROIS QUESTIONS EN GUISE D'INTRODUCTION

Gwennaëlle François

*MCF HDR en droit privé à l'Université Clermont Auvergne
Centre Michel de l'Hospital (EA 4232)*

Christophe Mariano

*MCF en droit privé à l'Université Clermont Auvergne
Centre Michel de l'Hospital (EA 4232)*

1°/ Pourquoi l'accord de performance collective fait-il autant débat ?

L'accord de performance collective est défini par l'article L. 2254-2, I du Code du travail à travers son objet et son domaine d'intervention. Concernant l'objet de l'accord de performance collective, celui-ci est particulièrement large¹ : ce nouvel accord collectif est conclu « *afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi* ». Concernant ensuite son domaine d'intervention, tout aussi conséquent², le texte précité prévoit qu'il permet d'aménager l'un des trois sujets suivants ; premièrement, la durée du travail, ses modalités d'organisation et répartition ; deuxièmement, la rémunération (dans le respect des minima hiérarchiques prévus par un accord branche) ; troisièmement, les conditions de la mobilité professionnelle et géographique interne à l'entreprise. D'emblée, on comprend donc que les dispositions conventionnelles négociées par les partenaires sociaux sont susceptibles d'être contraires, sur les trois thèmes précités, aux stipulations du contrat de travail. Or, le législateur a décidé de résoudre la contrariété de l'accord collectif et du contrat de travail en donnant préférence au premier sur le second. En effet, le III de l'article L. 2254-2 du Code du travail précise que dans cette hypothèse, « *les stipulations de l'accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et*

¹ V. par ex. : P. LOKIEC, «Le nouveau modèle du droit du travail est-il viable ?», SSL 2017, n° 1781, p. 6 et s., spéc. p. 7 : « *Etant donné leur justification extrêmement ouverte, n'importe quel accord portant sur la rémunération ou la durée du travail devrait pouvoir être conclu en tant qu'accord (de performance collective), avec la facilité de licencier qui l'accompagne* ».

² V. par ex. : G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKES, *Droit du travail*, Dalloz, 2020, 34^{ème} ed., n° 1376. –P. LOKIEC, «L'accord de performance collective ou le champ infini des possibles», SSL 2020, n° 1918, p. 3 et s., spéc. p. 3 : « *Eu égard à l'étendue de ses objets (la rémunération, la durée du travail, y compris l'aménagement sur une durée supérieure à la semaine, la mobilité géographique et professionnelle), l'accord de performance collective a tout d'une voie bis de conclusion des accords collectifs ; si l'on se situe sur ces objets, tout ou presque peut être prévu même si la philosophie (de ces accords) n'est pas de définir ou de revoir l'ensemble du statut conventionnel mais de l'adapter en fonction des besoins spécifiques* ».

incompatibles du contrat de travail » : le salarié qui refuserait tout de même cette substitution s'expose à un licenciement reposant sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement³.

Ces dispositions s'écartent véritablement des principes énoncés par la jurisprudence. En effet, les règles relatives à la modification du contrat de travail laissent au salarié le droit de refuser la modification de son contrat de travail⁴ : si l'employeur n'entend pas, face au refus du salarié, maintenir les conditions contractuelles initialement convenues, il lui appartient alors d'en tirer les conséquences et de prononcer le licenciement du salarié. Dans ce cas, le licenciement ne sera pas considéré automatiquement comme reposant sur une cause réelle et sérieuse : encore faut-il que le motif de la modification constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement⁵. Ce régime de la modification du contrat de travail – d'origine jurisprudentielle – qui autorise le salarié à refuser les nouvelles stipulations proposées par l'employeur, s'explique par le fait que le contrat de travail demeure avant tout un contrat. Or, un contrat ne peut, par principe, être modifié ou révoqué que du consentement mutuel des parties – et seulement exceptionnellement, pour les causes que la loi autorise⁶. Assurément, l'accord de performance collective peut de ce fait être présenté comme une hypothèse légale particulière permettant la modification du contrat de travail, malgré l'absence de consentement d'une des parties.

Le fait d'écarter les règles « classiques » sur la modification du contrat de travail et d'autoriser l'employeur à modifier celui-ci dans certains domaines – sans doute les plus essentiels – en application d'un accord d'entreprise permet de comprendre pourquoi le débat est aussi vif. Le dispositif est d'ailleurs doublement dérogatoire car l'accord de performance collective déroge aux principes précités sur la modification du contrat de travail mais aussi à la règle énoncée à l'article L. 2254-1 du Code du travail. Selon cette disposition, l'insertion ou le maintien dans le contrat de travail individuel de clauses plus favorables au salarié que celles prévues à l'accord collectif d'entreprise ou de branche est parfaitement autorisé. Dès lors, comment justifier un tel dispositif dérogatoire ? La doctrine met souvent en avant, à propos de l'accord de performance collective, l'idée que la norme collective doit prévaloir sur

³ C. trav., art. L. 2254-2, V.

⁴ Cass. soc., 7 juill. 1998, n° 95-45.209.

⁵ Cass. soc., 10 déc. 1996, n° 94-40.300 ; Dr. soc. 1997, p. 200, note G. COUTURIER.

⁶ C. civ., art. 1193.

le contrat individuel⁷. Supériorité du collectif sur l'individuel, en définitive, sous réserve bien évidemment que les acteurs syndicaux soient suffisamment légitimes. Ce type de justification a nécessairement de quoi surprendre si l'on veut bien se rappeler qu'à l'origine, la négociation collective se donnait avant tout comme objectif de rechercher au plan collectif des moyens de restaurer un certain équilibre dans la relation de travail qui se noue entre l'employeur et le salarié à travers la conclusion du contrat de travail. A présent, l'accord d'entreprise, dès lors qu'il est majoritaire, est toutefois devenu, qu'on l'approuve ou le conteste avec vigueur, le moyen d'écarter des stipulations contractuelles – au même titre qu'il permet, d'ailleurs, d'écarter la convention de branche plus favorable⁸.

Bien que le sujet de la modification du contrat de travail par l'employeur en application d'un accord collectif de travail soit très sensible, le législateur a tout de même entendu consacrer la possibilité, par un accord de performance collective, de substituer aux clauses du contrat de travail relatives à la durée du travail, la rémunération ou la mobilité, les dispositions de l'accord collectif dans le but de donner aux entreprises le moyen de se réorganiser sans que des salariés ne puissent y faire échec en opposant les stipulations de leurs contrats de travail⁹. L'accord de performance collective a essentiellement été imaginé comme un outil pour les restructurations d'entreprise que l'employeur peut mobiliser afin que les salariés ne puissent pas empêcher les projets d'évolution de l'entreprise. Il s'agit toutefois d'un outil permettant de restructurer sans une compression des effectifs de l'entreprise : dès lors, un salarié licencié en raison de son refus d'appliquer l'accord et la modification de son contrat de travail a vocation à être remplacé, dans le cadre d'un recrutement réalisé aux nouvelles conditions¹⁰.

Cette volonté du législateur de donner à l'employeur le moyen de réorganiser l'entreprise via un accord collectif primant sur le contrat de travail donne naturellement l'impression que

⁷ B. TEYSSIE, *Droit du travail – Relations collectives*, LexisNexis, 2020, 12^{ème} ed., n° 2072 : « *La norme collective, expression de l'intérêt général, l'emporte sur le contrat individuel, réceptacle des intérêts particuliers* ». –V. pour une critique de cette position : H. CAVAT, « L'accord de performance collective ou le transfert du risque », RDT 2020, p. 587 et s., spéc. p. 591 : « *L'écrasement de la volonté individuelle du salarié par le mécanisme de 'substitution' et son corollaire le licenciement justifié du salarié réfractaire à l'application de l'accord reposent, implicitement, sur l'idée que l'opposant à l'accord manquerait à une 'solidarité' induite par le principe majoritaire, ainsi travesti en 'obligation de passivité', qui aboutit pourtant à priver de droits les salariés face à l'exercice d'un pouvoir patronal consolidé* ». –V. plus largement pour une critique de la préférence donnée à l'accord collectif sur la volonté individuelle : G. BORENFREUND, « Le renforcement de la légitimité des accords collectifs justifie-t-il un effacement de la volonté individuelle du salarié ? », RDT 2016, p. 309 et s.

⁸ Dans les matières relevant de l'article L. 2253-3 du Code du travail.

⁹ C. ARANDA et V. CORREIA, « L'accord de performance collective : un nouvel outil pour obtenir l'adhésion des partenaires sociaux et des salariés aux projets d'évolution de l'entreprise », Les Cahiers du DRH févr. mars 2018, p. 62 et s.

¹⁰ En effet, la compression des effectifs de l'entreprise n'est pas prévue par l'article L. 2254-2 du Code du travail, d'autres dispositions du Code du travail régissant la suppression d'emploi. En cas de non-remplacement du salarié licencié, le juge constatant la suppression d'emploi pourrait sans doute en déduire qu'il s'agit d'un licenciement économique déguisé.

seuls les intérêts économiques de l'entreprise sont ici pris en compte. Cela ne risque pas, évidemment, d'apaiser le débat sur l'accord de performance collective. L'utilisation de la norme négociée ne peut seulement servir à améliorer la productivité ou les performances de l'entreprise¹¹ car tout dispositif suppose de parvenir à concilier l'économique et le social (et non de prendre en compte seulement les intérêts de l'entreprise). Il s'agit en effet d'une nécessité si l'on veut que le débat soit moins vif en la matière. Un rééquilibrage, passant par une meilleure prise en compte des intérêts des salariés dans le cadre de ce dispositif, est dès lors nécessaire. Il faudra alors sans doute se rappeler que l'accord de performance collective, institué à l'article L. 2254-2 du Code du travail, est une exception à la règle posée à l'article L. 2254-1 du Code du travail : comme toute exception, elle se doit d'être interprétée strictement, ce qui ne permettra pas d'envisager d'autres aménagements que ceux prévus par le législateur, à savoir des aménagements relatifs à la durée du travail, la rémunération ou encore la mobilité. Plus généralement, il faudra aussi que, nonobstant l'affirmation par le législateur du caractère réel et sérieux du licenciement prononcé à la suite du refus du salarié d'appliquer l'accord, celui-ci dispose tout de même d'un recours pour en contester le bien-fondé. De prime abord, et bien qu'aucun arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation ne concerne pour le moment l'accord de performance collective, la jurisprudence semble s'orienter dans cette voie, avec un arrêt relatif aux anciens accords de mobilité dans lequel est prévue la possibilité pour le salarié de contester son licenciement dès lors que l'accord collectif n'est pas conforme aux dispositions légales ou qu'il n'est pas justifié par l'existence des nécessités de fonctionnement de l'entreprise¹². Bien sûr, l'existence de ce recours ne va pas clore totalement le débat concernant l'accord de performance collective car une question essentielle demeure non tranchée : quelle sera l'intensité du contrôle réalisé par le juge à propos des nécessités de fonctionnement de l'entreprise¹³ ? Nul doute que cette question continuera d'alimenter la controverse autour du dispositif prévu à l'article L. 2254-2 du Code du travail.

¹¹ J. BARTHELEMY, *Droit social, technique d'organisation de l'entreprise*, Wolters Kluwer, 2015, p. 167 et s. : pour qui l'amélioration de la productivité ne peut se faire au détriment de la protection du salarié, raison pour laquelle toute négociation doit être réalisée sur la base d'un certain équilibre.

¹² Cass. soc., 2 déc. 2020, n° 19-11.986 ; RDT 2021, p. 104, note I. MEFTAH : il ressort de cet arrêt rendu à propos des anciens accords de mobilité, dont la solution semble transposable à l'accord de performance collective, que le salarié dispose de deux moyens dans le cadre de son recours contre le licenciement consécutif à son refus de modification contractuelle, à savoir : 1/ contester le licenciement en raison de la non-conformité de l'accord aux dispositions légales le régissant ; 2/ contester celui-ci si l'accord en question n'est pas justifié par l'existence des nécessités du fonctionnement de l'entreprise mentionnées dans le préambule de l'accord.

¹³ V. notamment, en faveur d'un contrôle restreint des nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise, qui pourrait emprunter à trois considérations (discrimination, détournement de pouvoir, erreur manifeste d'appréciation) : F. MOREL, « Licenciement à la suite d'un accord de performance collective », SSL 2020, n° 1933, p. 13 et s., spéc. p. 16 et 17 : pour cet auteur, le contrôle restreint s'impose s'agissant « d'une norme négociée disposant de la légitimité correspondante ».

2°/ Pourquoi avoir retenu ce nom : « accord de performance collective » ?

Peu d'auteurs se sont intéressés à cette question, si ce n'est pour préciser, de manière souvent très rapide, que le dispositif ne portait aucun nom à l'origine (lorsqu'il fut créé par l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017), avant d'être finalement baptisé ainsi à l'occasion de la loi de ratification n° 2018-217 du 29 mars 2018¹⁴. Ce nom, si l'on veut bien s'arrêter un instant à propos de celui-ci, a véritablement de quoi surprendre. Plus encore, à l'heure où les pouvoirs publics se comportent souvent comme des communicants, ce nom peut résonner comme une provocation. En effet, le nom donné au dispositif pourrait laisser penser que la recherche de performance et de gain de productivité, pour l'entreprise qui se réorganise via un tel accord, trouve sa source dans une démarche collective, c'est-à-dire des efforts consentis de part et d'autre¹⁵. Pourtant, ce n'est pas le cas puisque rien n'oblige à prévoir, dans l'accord collectif, des efforts des dirigeants et des actionnaires proportionnés à ceux demandés aux salariés. Selon l'article L. 2254-2, II du Code du travail, l'accord peut prévoir une clause en ce sens, mais il ne s'agit nullement d'une disposition obligatoire.

Il aurait sans doute été moins hypocrite de retenir un nom en lien avec le but recherché par les employeurs qui s'engagent dans la conclusion de tels accords, à savoir la recherche d'un gain de productivité, d'une meilleure performance ou compétitivité. Si à notre sens, le terme accord de compétitivité aurait eu pour mérite d'indiquer sans détours ce qui est attendu de ces accords, ce sont sans doute des raisons politiques qui ont conduit à écarter ce nom¹⁶. La compétitivité, notion *a priori* économique, n'est pourtant pas inconnue des juristes en droit du travail. L'on songe bien sûr immédiatement à la réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité, laquelle est une cause justificative du licenciement pour motif économique à présent reconnue explicitement par le législateur¹⁷. Mais, de manière générale, le fait que des accords collectifs puissent être conclus dans un souci de préservation de la compétitivité est d'ores et déjà une réalité connue de la jurisprudence, laquelle est souvent amenée à trancher des litiges portant sur ces accords¹⁸.

¹⁴ V. par ex. : M. MORAND, «L'APC, un accord né sous X», SSL 2020, n° 1933, p. 8 et s.

¹⁵ Tant par les salariés que par les dirigeants salariés, les mandataires sociaux et les actionnaires.

¹⁶ Ce terme avait été employé, notamment, par le Président de la République Nicolas Sarkozy.

¹⁷ C. trav., art. L. 1233-3, 3°.

¹⁸ V. pour un ex. récent : Cass. soc., 8 janv. 2020, n° 18-17.708 ; BJT mars 2020, p. 25, note F. BERGERON-CANUT (dans cet arrêt, il était question de l'articulation entre un accord de groupe et un accord d'entreprise et du mode de comparaison des avantages, sachant que l'accord de groupe avait supprimé, dans un souci de préservation de la compétitivité, des avantages

On admettra bien volontiers que la question du nom donné à ce dispositif est assez secondaire en comparaison des incidences que l'accord de performance collective peut avoir sur le contrat de travail. Qu'il nous soit tout de même permis d'avancer, dans le cadre de ces brefs propos introductifs, que le fait de l'avoir baptisé ainsi est peut-être, en soi, une erreur, ce d'autant que le nom retenu, destiné à favoriser son acceptabilité auprès des syndicats et des salariés, n'a pas eu l'effet escompté.

3°/ Quelles racines pour l'accord de performance collective ?

L'accord de performance collective est le petit dernier d'une lignée d'accords collectifs ayant tous eu en commun, tantôt sur le fondement de l'emploi¹⁹, tantôt sur celui, parfois plus trouble, de la flexibilité²⁰, de réinterroger l'articulation du collectif et de l'individuel. Lancé à la recherche des racines de cet objet conventionnel, l'observateur peut reconstituer, sur les vingt dernières années, un véritable arbre généalogique. La filiation qu'il établit permet de retracer, au terme d'une « théorie de l'évolution » propre à la matière, comment cette dernière génération d'accords collectifs a fait évoluer sa morphologie pour mieux s'adapter aux contextes économiques et sociaux qu'elle est amenée à servir.

Si l'on scrute l'arbre généalogique à sa base pour y trouver le premier ancêtre répertorié, nous voilà renvoyés à la période emblématique du passage aux 35 heures. La volonté politique était alors d'accompagner une réduction négociée de la durée du travail passant par l'accord collectif. Pour ce faire, afin d'éviter les frictions entre cet accord et les contrats individuels de travail et assurer une « application sans heurts »²¹ de la réforme, la loi « Aubry II » du 19 janvier 2000²² avait prévu deux mesures complémentaires dégageant la route jusqu'aux 35 heures : la première consistait à repousser la qualification de modification du contrat de travail en cas de diminution de la durée du travail résultant directement d'un accord de réduction de la durée du travail²³ ; la seconde consistait à prévoir que lorsqu'un accord de

prévus par l'accord d'entreprise tout en prévoyant, en contrepartie, des engagements de maintien d'un certain niveau d'emploi : la Haute juridiction a considéré que les dispositions de l'accord de groupe devaient trouver à s'appliquer en ce qu'elles étaient globalement plus favorables à l'ensemble des salariés du groupe que celles des accords d'entreprise).

¹⁹ Sur les limites d'un tel fondement : Fabre A., « Inépuisable droit à l'emploi... qui justifie tout et ne protège rien », RDT 2017, p. 720.

²⁰ Lokiec P., « Accord collectif et contrat de travail », Dr. soc. 2017, p. 1024.

²¹ Véricel M., « Accords d'aménagement du temps de travail et modifications du contrat de travail », JCP S 2010, 1423.

²² Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail, art. 30.

²³ C. trav., anc. art. L. 1222-7.

réduction de la durée du travail s'accompagnait, en plus de la diminution de la durée du travail, d'une autre altération du socle contractuel²⁴, le refus de cette modification « collatérale » par les salariés les exposait à un licenciement qui ne reposait pas sur un motif économique mais qui était soumis aux seules dispositions relatives au licenciement pour motif personnel²⁵.

On reconnaît, à cette occasion, le premier aménagement historique du régime du licenciement d'un salarié réfractaire à une modification de son contrat de travail provoquée par un accord collectif. Apparaissait ainsi, dans le paysage juridique, un nouveau genre de licenciement : le licenciement « sui generis », échappant, au prix d'un forçage légal, tant au genre du licenciement économique qu'à celui du licenciement personnel. On fait également remonter à cette date la première réduction de la fenêtre d'exercice, par le juge, de son pouvoir d'appréciation du caractère réel et sérieux de la rupture patronale du contrat dès lors que « la justification du licenciement se trouvait dans l'accord collectif »²⁶, ce qui, en plus de positionner la norme conventionnelle au fronton de la lettre de licenciement²⁷, la situait au centre du contrôle judiciaire éventuel²⁸. Le juge se voyait ainsi confié la tâche de veiller à ce que « les stipulations de l'accord soient conformes aux dispositions légales »²⁹, ce qui faisait varier l'intensité du contrôle selon que l'on interprétait cette formule comme ouvrant sur une vérification purement formelle ou sur une pesée de l'équilibre de l'accord destinée à légitimer certains refus de salariés³⁰. Promis initialement à une brève espérance de vie légale, l'accord de réduction du temps de travail a finalement survécu à la séquence législative qu'il était censé accompagner³¹ et a continué de hanter le Code du travail au point de coexister avec ses successeurs et de menacer leur héritage.

Derrière ce robuste aîné, l'arbre généalogique dévoile, une génération plus tard, deux « faux jumeaux » que sont l'accord de maintien de l'emploi³² et l'accord de mobilité interne³³.

²⁴ Il s'agissait le plus souvent de la rémunération (structure et/ou montant).

²⁵ C. trav., anc. art. L. 1222-8.

²⁶ Lokiec P., « Le motif économique après la loi de sécurisation de l'emploi », *Semaine sociale Lamy* 2013, n° 1592, p. 58.

²⁷ Cass. soc., 15 mars 2006, n° 04-40.504 : Bull. civ. V, n° 107.

²⁸ Cass. soc., 15 mars 2006, n° 04-41.935 : Bull. civ. V, n° 107.

²⁹ Cass. soc., 15 mars 2006, n° 03-48.027 : Bull. civ. V, n° 107.

³⁰ Morand M., « Licenciement sui generis : entre précisions et interrogations », *Semaine sociale Lamy* 2006, n° 1260, p. 7. – Adde Bossu B., « Réduction du temps de travail et modification du contrat », note ss. Cass. soc., 15 mars 2006, JCP S 2006, 1355.

³¹ Morand M., « Les accords compétitivité-emploi : du mieux pour les salariés ? », RDT 2012, p. 196.

³² Peskine E., « Les accords de maintien dans l'emploi. Ruptures et continuités », RDT 2013, p. 168. – Legrand H.-J., « Les accords collectifs de « maintien de l'emploi » : entre deux « frontières » de la négociation collective ? », Dr. soc. 2013, p. 245. – Couturier G., « Accords de maintien de l'emploi », Dr. soc. 2013, p. 805. – Morand M., « L'accord collectif de

Partageant les mêmes géniteurs conventionnels³⁴ et le même acte de naissance légal³⁵, ces « faux jumeaux » présentaient à la fois des différences et des points communs.

S'agissant, d'abord, des différences, celles-ci tenaient à l'objet mais aussi au contexte d'adoption de chacun de ces accords. Pour ce qui est, en premier lieu, de leur objet, l'accord de mobilité interne traitait, comme son nom l'indique, de la mobilité professionnelle et géographique des salariés et avait vocation à écarter le salarié de son périmètre contractuel de mobilité³⁶ là où l'accord de maintien de l'emploi concentrait son rayon sur la durée du travail, tant sur le plan quantitatif que qualitatif, ainsi que sur la rémunération. La différence d'objet se trouvait accentuée par le contenu très contraignant corsetant l'accord de maintien de l'emploi, lequel devait contenir toute une série de clauses obligatoires tenant, notamment, à l'engagement patronal de maintien de l'emploi³⁷ et aux efforts proportionnés fournis par les dirigeants, mandataires sociaux et actionnaires de l'entreprise. Pour ce qui est, en second lieu, du contexte d'adoption justifiant leur conclusion, l'accord de mobilité interne se concevait en dehors de tout projet de réduction des effectifs³⁸ et pouvait, de manière souple, s'inscrire dans le cadre de mesures collectives d'organisation courantes là où l'accord de maintien de l'emploi était strictement subordonné à la caractérisation de graves difficultés économiques conjoncturelles.

S'agissant, ensuite, des points communs, ceux-ci tenaient à leur impact sur le contrat de travail ainsi qu'à l'aménagement du régime du licenciement frappant le salarié réfractaire. Sur le premier point, accord de mobilité interne comme accord de maintien de l'emploi

maintien dans l'emploi », Semaine sociale Lamy 2013, n° 1570, p. 12. – Loiseau G., « Les accords de maintien de l'emploi », JCP S 2013, 1260. – Favennec-Héry F., « Les accords de maintien de l'emploi », JCP S 2014, 1186.

³³ Antonmattei P.-H., « L'accord de mobilité interne : il faut l'essayer ! », Dr. soc. 2013, p. 794. – Morvan P., « Les accords de mobilité dans la loi du 14 juin 2013 », JCP S 2014, 1184. – Grangé J., « Les accords de mobilité interne », JCP S 2014, 1185. – Lokiec P., « La face cachée des accords de mobilité interne », Semaine sociale Lamy 2013, n° 1587, p. 6. – Favennec-Héry F., « Accords de mobilité interne : un rendez-vous manqué ? », Semaine sociale Lamy 2013, n° 1592, p. 47.

³⁴ Accord national interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2013 pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés, art. 15 et art. 18. – Sur cet ANI : Lyon-Caen A. et Sachs T., « ADN d'une réforme », RDT 2013, p. 162. – Antonmattei P.-H., « Les nouvelles frontières de la négociation collective. À propos des rapports entre l'accord collectif et le contrat de travail après l'ANI du 11 janvier 2013 », Dr. soc. 2013, p. 241. – Géa F., « Vers un nouveau modèle de droit du travail ? À propos de l'ANI du 11 janvier 2013 », Semaine sociale Lamy 2013, n° 1569, p. 4. – Loiseau G. et Lokiec P., « L'ANI du 11 janvier 2013 à l'ombre du droit », Semaine sociale Lamy 2013, n° 1569, p. 2.

³⁵ Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, art. 15 et art. 17. – C. trav. anc. art. L. 5125-1 à L. 5125-5 (accords de maintien de l'emploi) et anc. art. L. 2242-17 à L. 2242-19 (accords de mobilité interne).

³⁶ Ce qui ne manquait pas d'interroger en présence d'une clause de mobilité : Lokiec P., « La face cachée des accords de mobilité interne », art. préc.

³⁷ Engagement dont la méconnaissance était sanctionné par l'activation d'une clause pénale devant obligatoirement figurer au sein de l'accord.

³⁸ Circonstance dont la Cour de cassation a confirmé qu'elle n'était pas incompatible avec la suppression de certains postes et la réaffectation de certains salariés sur d'autres postes : Cass. soc., 2 décembre 2020, n°s 19-11.986 à 19-11.994, publié au Bulletin : BJT janv. 2021, n° 114r9, p. 23, note Icard J. ; RDT 2021, p. 104, obs. Meftah I.

conduisaient à suspendre les clauses contraires du contrat de travail. Sur le second point, le refus exprimé par le salarié face à l'application de la norme conventionnelle à son contrat de travail ouvrait sur un licenciement reposant sur un motif économique³⁹ mais demeurant dans le giron du licenciement individuel pour motif économique⁴⁰. Cela revenait à opérer une paralysie partielle du droit des licenciements économiques en bloquant la qualification de licenciement collectif dans les hypothèses qui devaient théoriquement la commander.

Sur ces « faux jumeaux », tous deux « mal-aimés »⁴¹, l'un est vite apparu particulièrement handicapé par son calibrage complexe voire incertain⁴². Afin de gommer ses faiblesses congénitales, l'accord de maintien dans l'emploi subira rapidement une intervention législative⁴³ destinée à alléger et assouplir son mécanisme⁴⁴ afin de le rendre plus attractif⁴⁵. En vain ... rien n'y fera, seule une poignée d'accords de maintien de l'emploi seront conclus, désignant sans aucun doute ce type d'accords comme le membre le moins populaire de la famille.

Cela amènera le législateur⁴⁶ à faire accompagner ce grand frère un peu trop couvé, par un petit frère plus énergique et émancipé. Relégués au rang des accords sur l'emploi dits « défensifs », les accords de maintien de l'emploi durent ainsi cohabiter avec une nouvelle génération d'accords dits « offensifs » n'ayant plus pour seul horizon de défendre l'emploi : été nés les accords de préservation ou de développement de l'emploi⁴⁷. Pour se démarquer de son encombrant grand frère, l'accord de préservation ou de développement de l'emploi prend ses distances.

³⁹ Sur l'autonomie de ce motif économique en matière d'accord de mobilité interne : Cass. soc., 2 décembre 2020, préc.

⁴⁰ Borenfreund G., « Le refus du salarié face aux accords collectifs de maintien de l'emploi et de mobilité interne », RDT 2013, p. 316.

⁴¹ Rogez Ph. et Goasdoué L., « Accords de mobilité et de maintien dans l'emploi, les mal-aimés des praticiens », Cah. Lamy DRH 2016, n° 228, p. 44.

⁴² V. not. Béal S., « Les accords de maintien de l'emploi en quête de sécurité juridique », Semaine sociale Lamy 2013, n° 1592, p. 38.

⁴³ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, art. 287.

⁴⁴ À cette occasion, la durée maximale de l'accord passa de deux à cinq ans tandis que le régime du licenciement du salarié réfractaire se trouva davantage simplifié grâce, d'une part, au forçage légal de sa cause réelle et sérieuse et, d'autre part, à la mise à l'écart des obligations d'adaptation et de reclassement préalables au prononcé du licenciement.

⁴⁵ Antonmattei P.-H., « Accord de maintien de l'emploi : premier lifting législatif », Dr. soc. 2015, p. 811.

⁴⁶ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 22.

⁴⁷ Baugard D. et Gratton L., « Les accords de préservation ou de développement de l'emploi : premier regard conventionnel et constitutionnel », Dr. soc. 2016, p. 745. – Filipetto E., « Et vinrent les accords de préservation ou de développement de l'emploi », RDT 2016, p. 415. – Morand M., « Les accords de préservation ou de développement de l'emploi », RJS 2016, p. 655. – Dumont F. et Poinot L., « Les accords de préservation ou de développement de l'emploi », Dr. ouvrier 2017, n° 823, p. 88.

Il apparaît, d'abord, moins engageant que son aîné dès lors qu'il ne comporte plus d'engagements en termes de maintien de l'emploi mais peut contenir de simples objectifs en matière de préservation ou de développement de l'emploi⁴⁸. Il apparaît, ensuite, moins contraignant, les clauses qui étaient obligatoires dans le cadre de l'accord de maintien de l'emploi ne l'étant plus dans le cadre de cet accord offensif au format moins exigeant⁴⁹. Il apparaît également plus direct quant à l'impact sur le contrat de travail puisque désormais les stipulations de l'accord « se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail », ce qui exprime « un nouveau glissement »⁵⁰ et soulève de nouvelles difficultés quant à la façon d'appréhender la cessation des effets de la norme conventionnelle, pourtant substituée, aux clauses du contrat individuel de travail dont le cours se poursuit. Il apparaît, enfin, plus incisif quant au régime du licenciement des salariés réfractaires à l'accord dès lors que ce licenciement repose sur un « motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse » et se trouve soumis aux seules règles d'entretien préalable et de notification du licenciement valables pour les licenciements économiques à titre individuel, ce qui consomme une rupture encore plus poussée avec le droit des licenciements économiques. Sur ce point, et en contemplation des dispositifs antérieurs, « la méthode diffère et a manifestement pour objectif d'éviter toute discussion relative à l'identification du motif économique pouvant justifier les licenciements »⁵¹.

Parent le plus proche des accords de performance collective, on relèvera sans surprise une correspondance génétique très élevée entre ce dernier et l'accord de préservation ou de développement de l'emploi. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si, au moment de la succession, l'accord de performance collective se logera dans l'habitat légal de son prédécesseur au sein de l'article L. 2254-2 du Code du travail. Souhaitant encourager le développement de l'accord de performance collective sans le laisser dans l'ombre de ses aînés, le législateur prendra cette fois soin d'éliminer toute concurrence familiale⁵² en faisant apparaître le petit dernier comme l'héritier unique et seul survivant de cette lignée mouvementée. Reste à savoir combien de

⁴⁸ Sur le tracé de la frontière entre les justifications appuyant la conclusion d'un accord de maintien de l'emploi et celles fondant la passation d'un accord de préservation ou de développement de l'emploi : Morand M., « Les accords de préservation ou de développement de l'emploi », art. préc., spéc. n° 4.

⁴⁹ C'est ainsi que la clause relative aux efforts partagés des dirigeants, mandataires et actionnaires ainsi que la clause de « retour à meilleure fortune » en cas d'amélioration de la situation économique de l'entreprise ne se présentent désormais que dans un registre facultatif.

⁵⁰ Filipetto E., « Et vinrent les accords de préservation ou de développement de l'emploi », art. préc.

⁵¹ Baugard D. et Gratton L., « Les accords de préservation ou de développement de l'emploi : premier regard conventionnel et constitutionnel », art. préc., spéc. n° 14.

⁵² Ord. n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, art. 3 et art. 7.

temps durera ce nouveau règne sans partage et si l'arbre généalogique ne sera pas amené, sous peu, à intégrer de nouvelles ramifications ...