

Droit du travail - Transcription vidéo -Les accords de performance collective

Ce cours vous est proposé par Cécile CASEAU-ROCHE, Maître de conférence, Université de Bourgogne et Jean-Michel DORLET, juriste chargé d'enseignement, Université de Bourgogne et par AUNEGe, l'Université Numérique en Économie Gestion.

Jean-Michel Dorlet

Nous allons voir qu'un accord collectif peut avoir un effet substitutif au contrat de travail, spécialement s'il s'agit d'un accord de performance collective instaurée par une des ordonnances Macron.

Un accord collectif peut-il imposer aux salariés une modification du contrat de travail ? La question n'est pas nouvelle, mais aujourd'hui, dans certains cas, il peut y être répondu positivement.

Lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf stipulations plus favorables. C'est ce que nous dit l'article L.2254-1 du Code du travail.

Parce qu'il affecte un élément essentiel du contrat, l'accord collectif, il peut constituer une modification du contrat de travail de chacun des travailleurs concernés. Tel est le cas si la rémunération est affectée dans son montant ou sa structure. Il en va de même si l'accord organise une mobilité géographique, professionnelle ou aménage ou réduit le temps de travail. Les contreparties obtenues dans la négociation font que l'accord n'est pas forcément défavorable néanmoins, il implique une modification du contrat de travail.

C'est en tout cas ce que nous rappelle la jurisprudence pour les accords d'aménagement du temps de travail dans un cadre supérieur à la semaine.

La Cour de Cassation se positionne très clairement en 2010 : « *L'instauration d'une modulation du temps de travail constitue une modification du contrat de travail qui requiert l'accord exprès du salarié* ».

En application de cette jurisprudence, le salarié refusant la modification que constitue cet aménagement du temps de travail devra être licencié, non en raison de son refus légitime, mais sur la base du motif ayant présidé à la modification. Il est de nature économique.

La requalification des ruptures individuelles pour refus de la modulation en licenciement économique injustifié ne peut alors être évitée que si l'accord a été conclu pour répondre à des difficultés économiques ou sauvegarder la compétitivité de l'entreprise.

Par ailleurs intervient un risque judiciaire important. Les salariés n'ayant pas expressément consenti à la modulation conserveraient la possibilité de demander le paiement d'heures supplémentaires.

La solution fut rapidement contrée, du moins pour les accords d'entreprise relatifs à la modulation horaire. Le législateur adopta en 2012 une règle de sécurisation de ces accords pour les salariés à temps complet. La mise en place d'un dispositif d'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine par accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail.

L'affaire est donc entendue. Par exception légale, la modulation conventionnelle du temps de travail n'emporte pas modification du contrat de travail. Le salarié qui la refuserait s'exposerait à être licencié pour une cause réelle et sérieuse, à savoir une faute disciplinaire qualifiée, le cas échéant, mais pas nécessairement, de faute grave. Cet amendement, dit Warsmann, est loin de régler la question. C'est une exception légale à une règle que la Cour de cassation continue d'appliquer. Concernant un accord de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, elle a estimé, ainsi en 2022, qu'un des accords collectifs ne peut modifier, sans l'accord des salariés concernés, les droits, qu'ils tiennent de leur contrat, à l'exception de dispositions légales, comme le précise cet autre arrêt relatif à une modification conventionnelle de la structure de rémunération définie au contrat.

Il a donc été recherché des moyens d'éviter que les salariés ne puissent contester l'application d'un accord collectif en invoquant la modification de leur contrat. Cela passe par un régime spécifique pour le licenciement des salariés récalcitrants et cela a conduit à terme à la création des accords de performance collective.

Les premières tentatives visaient à éviter de fragiliser des accords sur l'emploi. Ce furent successivement :

- Les accords de maintien dans l'emploi, accords défensifs, conclus en cas de graves difficultés économiques conjoncturelles ;
- Puis les accords offensifs de préservation du développement de l'emploi de la loi dite travail ;
- Ils ont été remplacés par les accords de performance collective instaurés par une des ordonnances Macron.

Les accords de performance collective doivent nécessairement être des accords dits majoritaires.

Le principe de l'accord majoritaire c'est la signature de l'accord par des organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles. En effet, le Conseil constitutionnel exige un accord majoritaire ou, en cas de signature minoritaire représentant 30 % des suffrages, une approbation référendaire majoritaire. Par ailleurs cette position devrait exclure la signature d'un APC en l'absence de délégués syndicaux et ne concerner que des entreprises de 50 salariés et plus.

Certains considèrent que ces accords devraient pouvoir être conclus avec des négociateurs alternatifs, et ce, même dans les entreprises de moins de 50 salariés. C'est la position du ministère. Mais l'effet substitutif de l'accord sur le contrat de travail ne devrait-il pas alors être écarté, ce qui viderait l'intérêt du recours à l'APC ? Cette question devra être tranchée par les juges. D'ores et déjà, 49 % des accords signés jusqu'ici relevaient d'une négociation alternative et près de 10 % ont fait l'objet d'une ratification par les salariés.

La finalité des accords de performance collective est large.

Ils peuvent être conclus en vue de préserver ou de développer l'emploi. Mais s'est aussi ajouté un motif d'adaptation aux contours imprécis. Il s'agit de la réponse aux nécessités de fonctionnement de l'entreprise. Ainsi, il peut être envisagé de conclure une augmentation temporaire du temps de travail pour répondre à un surcroît d'activité plutôt ponctuel, avec ou sans créations d'emplois, ou un abaissement du temps de travail pour tenir compte d'une baisse d'activité conjoncturelle permettant le maintien des emplois. Statistiquement, dans un cas sur quatre, est évoqué un contexte concurrentiel tendu. La situation de pandémie liée à la COVID-19 a aussi pu être invoquée. Mais il ne peut jamais s'agir de substituer à un licenciement collectif pour cause économique, comme dans le cas d'une fermeture de site.

L'objectif de l'accord doit nécessairement être rédigé dans le préambule du texte. C'est essentiel, spécialement lorsque sont invoqués des motifs liés au fonctionnement de l'entreprise. Comme le souligne le Conseil constitutionnel, la pertinence des motifs ayant justifié l'accord peut être contestée devant le juge. Selon lui, il appartient « *aux partenaires sociaux de déterminer lors de la négociation de l'accord les motifs liés au fonctionnement de l'entreprise justifiant d'y recourir et à ce titre, de s'assurer de leur légitimité, de leur nécessité* ». L'enjeu rédactionnel des accords est donc posé. C'est aux négociateurs que

revient la tâche d'apprécier la nécessité de fonctionnement. Ils devront l'exposer dans l'accord.

Voyons désormais ce que doit contenir un accord de performance collective et ce qu'il advient des salariés refusant de se le voir appliquer.

La loi exige un contenu spécifique aux accords de performance collective. L'accord de performance collective est limité dans son contenu à trois domaines exclusifs :

- L'aménagement de la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ;
- Celui de la rémunération ;
- La détermination des conditions de mobilité professionnelle ou géographique internes à l'entreprise.

Si jusqu'à présent, la moitié des accords conclus ne traitent que d'un de ces trois thèmes, l'autre moitié en aborde plusieurs. La moitié des appels concerne la rémunération et les deux tiers la durée du travail. Outre les objectifs, peuvent être mentionnés dans l'accord :

- Les modalités d'information des salariés sur l'application de l'accord et son suivi, des efforts proportionnés à ceux demandés aux salariés et consentis par les dirigeants salariés, les mandataires sociaux et les actionnaires ;
- Les modalités de conciliation de la vie professionnelle et de la vie personnelle et familiale des salariés ;
- Et un abondement en complément au compte personnel de formation.

Lorsqu'il aménage le temps de travail sur une période supérieure à la semaine, ou un dispositif d'aménagement du temps de travail déjà en place, l'accord de performance collective doit respecter les dispositions du Code du travail relatives à ce type d'accord. Les stipulations d'un accord de performance collective se substituent aux clauses d'une convention individuelle de forfait en jours qui, leur serait contraire et incompatibles sans qu'il y ait besoin de signer une nouvelle convention individuelle de forfait.

L'acceptation de l'accord par le salarié vaut acceptation de la modification de sa convention individuelle.

Qu'arrive-t-il au salarié qui refuse de se voir appliquer un accord ?

En principe, le refus de se voir appliquer un accord entraînant une modification du contrat de travail est légitime. Le licenciement consécutif à ce refus sera économique.

Il y a deux exceptions. Pour la modulation horaire, le régime issu de la loi Warsmann conduit à l'application d'un licenciement disciplinaire puisqu'il n'y a pas, de par la loi, de

modification. Pour les accords de performance collective, le salarié peut refuser la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord. Il a été instauré une possibilité de rompre le contrat sans justification. C'est un licenciement inclassable. On parle de licenciement *sui generis*.

En cas d'accord de modulation, le régime du licenciement *sui generis* prime sur le licenciement disciplinaire de l'amendement Warsmann. En cas de dispositions relatives à la conclusion d'une convention de forfait en jours, le salarié ne peut pas se voir imposer d'office le forfait en jours et ne peut pas être licencié s'il refuse de signer la convention individuelle de forfait.

Comment se déroule la procédure de licenciement *sui generis* ?

Tout d'abord, on passe par une information du salarié qu'il s'agisse d'une information collective ou d'une notification individuelle. Le salarié peut refuser la modification de son contrat de travail dans le mois qui suit cette information. Une fois que son refus a été exprimé, l'employeur dispose d'un délai de deux mois pour rompre le contrat sous la forme d'un licenciement *sui generis*. La cause réelle et sérieuse de ce licenciement sera constituée.

Le licenciement *sui generis* fait appel à la procédure de licenciement pour motif inhérent à la personne du salarié. Les règles procédurales et les obligations d'adaptation et de reclassement qui sont applicables aux licenciements économiques sont donc écartées.

Pour les indemnités de rupture, les effets sont distincts. La privation des indemnités de rupture qui existe en matière disciplinaire lorsque le refus constitue une faute grave n'est pas applicable. Enfin, le salarié bénéficie de droits au titre de l'assurance chômage et d'un abondement de 3 000 € minimum sur son compte personnel de formation.

Qu'en est-il des contestations ?

Selon le Conseil constitutionnel, le fait que la loi ait réputé le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse « *N'interdit pas au salarié de contester ce licenciement devant le juge* ».

Outre le respect de la procédure de licenciement, peut être contrôlé, selon le ministère, le motif spécifique de licenciement constitué par le refus de l'accord, lequel doit nécessairement avoir été invoqué par l'employeur dans la lettre de licenciement. Le ministère estime que le juge doit vérifier que l'accord est conforme aux dispositions du code : bien-fondé, modalités d'adoption et contenu, ainsi que les règles d'ordre public qui doivent avoir été respectées. Mais le plus délicat semble être le contrôle du bien-fondé de l'accord.

A ce titre, la conformité du licenciement et la convention numéro 158 de l'Organisation internationale du travail pourrait être soulevée. Celle-ci exige l'existence d'un motif valable de licenciement, notamment fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise. Tout dépendra donc du contenu du préambule de l'accord de performance collective censé les exposer. Cet examen de conventionnalité pourrait être limité. Le juge pourrait apprécier l'existence, mais pas la teneur des nécessités de fonctionnement. Comme l'a précisé le Conseil d'Etat, le juge apprécie le caractère objectif des raisons l'ayant conduit à procéder au licenciement contesté et vérifié que celui-ci n'est pas fondé sur des motifs discriminatoires. Par ailleurs, la Cour de cassation a considéré pour un accord de mobilité interne qu'elle n'avait pas à apprécier la proportionnalité des mesures qui y figuraient. Enfin, on peut considérer qu'il y a, avec le licenciement *sui generis* une présomption irréfragable de cause réelle et sérieuse. On peut aussi estimer que les organisations signataires sont présumées avoir apprécié le bien fondé des nécessité liées au fonctionnement de l'entreprise.

La Cour de cassation a reconnu cette présomption de légitimité des avantages négociés par celle-ci. En sera-t-il de même pour les accords de performance collective ? C'est l'examen de la jurisprudence à venir qui nous le dira.

Références

Comment citer ce cours ?

Droit du travail – Les accords de performance collective, Cécile CASEAU-ROCHE, Jean-Michel DORLET, AUNEGe (<http://auneg.fr>), CC – BY NC ND (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>).



Cette œuvre est mise à disposition dans le respect de la législation française protégeant le droit d'auteur, selon les termes du contrat de licence Creative Commons Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>). En cas de conflit entre la législation française et les termes de ce contrat de licence, la clause non conforme à la législation française est réputée non écrite. Si la clause constitue un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles, sa nullité emporte celle du contrat de licence tout entier.