

Le droit du travail

Les accords de performance collective

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

Table des matières

Préambule	2
L'accord collectif et le contrat de travail	2
Modification du contrat par accord collectif	2
Les accords d'aménagement du temps de travail	2
L'arrêté de 2010	2
L'amendement Warsmann	3
La création des accords de performance collective (APC)	3
Accords majoritaires.....	3
La finalité des APC.....	4
La mise en œuvre d'un accord de performance collective	5
Le contenu de l'APC	5
Le sort des salariés récalcitrants	5
Les différents licenciements	5
Le licenciement <i>sui generis</i>	5
La contestation du licenciement <i>sui generis</i>	6
Contrôle de conventionnalité	6
Références	8

Préambule

Un certain nombre d'évènements peuvent venir perturber l'exécution du contrat de travail. Dans cette leçon, nous allons étudier en particulier l'accord de performance collective et comprendre en quoi il permet d'imposer au salarié une modification de son contrat de travail.

Un accord collectif peut avoir un effet substitutif au contrat de travail, spécialement s'il s'agit d'un accord de performance collective instauré par une des ordonnances Macron.

L'accord collectif et le contrat de travail

C. trav., art. L. 2254-1

« 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 ».

Modification du contrat par accord collectif

Parce qu'il affecte un élément essentiel du contrat, l'application d'un accord collectif peut constituer une modification du contrat de travail de chacun des salariés concernés, même si l'accord n'est pas défavorable. 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 ou professionnelle ou aménage ou réduit le temps de travail.

Les accords d'aménagement du temps de travail

L'arrêté de 2010

La jurisprudence le rappela pour les accords d'aménagement du temps de travail dans un cadre supérieur à la semaine.

Soc. 28 sept. 2010, n°08-43161

« 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 devrait être licencié, non en raison de son refus, légitime, mais sur la base du motif ayant présidé à la modification, donc économique. La requalification des ruptures individuelles pour refus en licenciement économique injustifié ne pourrait être évitée que si l'accord est 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.

L'amendement Warsmann

Une règle de sécurisation de ces accords fut alors adoptée en 2012.

C. trav. art. L. 3121-43

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 ».

Par exception légale, la modulation conventionnelle du temps de travail, n'emporte pas modification du contrat de travail. Le salarié qui la refuse s'expose à être licencié pour faute disciplinaire, qualifiée, le cas échéant, mais pas nécessairement, de faute grave.

La Cour de Cassation continue d'appliquer la jurisprudence de 2010 dans les autres cas en considérant « qu'un accord collectif ne peut modifier, sans l'accord des salariés concernés, les droits qu'ils tiennent de leur contrat », à l'exception de dispositions légales.

Soc., 16 fév. 2022, n°20-17644

Soc. 15 sept. 2021, n°19-15732

La création des accords de performance collective (APC)

Il a 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, en prévoyant un régime spécifique pour le licenciement des salariés récalcitrants.

Ce furent successivement les **accords de maintien dans l'emploi** (2013), accords défensifs conclus en cas de graves difficultés économiques conjoncturelles, puis les accords offensifs de préservation ou de développement de l'emploi de la loi dite « Travail » (2016), ou **accords « offensifs »**. Ils ont été remplacés par les **accords de performance collective** (APC), instaurés par une des ordonnances Macron.

Accords majoritaires

Les APC doivent nécessairement être des accords majoritaires. L'accord doit avoir été **signé par des organisations syndicales représentatives** ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés au 1er tour des dernières élections professionnelles. Le Conseil Constitutionnel exige l'accord majoritaire ou, une approbation référendaire majoritaire, en cas de signataires minoritaires ($\geq 30\%$).

C. trav. art. L. 2232-12 al 1 et 2 ; C. Const., DC n° 2018-761 du 21 mars 2018

En conséquence **l'APC ne devrait pas être conclu en l'absence de délégués syndicaux ou dans des entreprises de 50 salariés et plus.**

Le Ministère considère que ces accords devraient pouvoir être conclus avec des négociateurs alternatifs et ce même dans les entreprises de moins de 50 salariés. Mais l'effet substitutif de l'accord sur le contrat de travail ne devrait-il pas être écarté, vidant l'intérêt du recours à l'APC ? Cette question devra être tranchée par les juges.

Jusqu'en déc. 2020, 49% des APC relevaient d'une négociation alternative et, parmi eux près de 10% ont fait l'objet d'une ratification aux 2/3 par les salariés.

APC conclus du 1er juil. 2019 au 31 déc. 2020 - Base des accords d'entreprise, DARES, nov. 2021

La finalité des APC

La finalité des APC 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.

C. trav., art. L. 2254-2

Exemples

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 création d'emplois » ;

- Un abaissement du temps de travail « pour tenir compte d'une baisse d'activité conjoncturelle permettant le maintien des emplois ».

Dans un cas sur quatre le contexte concurrentiel tendu est évoqué.

La situation de pandémie liée au 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. 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 et de leur nécessité ». Les négociateurs apprécient ainsi la nécessité de fonctionnement. Ils devront l'exposer dans l'accord.

C. const. 21 mars 2018 - Décision N° 2018-761 DC

La mise en œuvre d'un accord de performance collective

Le contenu de l'APC

C. trav., art. L. 2254-2

L'APC est limité dans son contenu à 3 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 la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise.

Outre l'objectif, il y a des mentions facultatives :

- Peuvent être mentionnées les modalités d'information des salariés sur son application et son suivi ;
- Les efforts proportionnés à ceux demandés aux salariés et consentis par les dirigeants salariés, mandataires sociaux et actionnaires ;
- La conciliation de la vie professionnelle et la vie personnelle et familiale des salariés ;
- Un abondement complémentaire du CPF.

En cas d'accord de modulation le régime prime sur le licenciement disciplinaire. En cas de disposition relative à la conclusion de conventions de forfait en jours, le salarié ne peut se voir imposer le forfait et ne peut pas être licencié s'il refuse de signer la convention individuelle.

Le sort des salariés récalcitrants

Les différents licenciements

En principe, sauf accord de modulation horaire, le refus de se voir appliquer un accord entraînant une modification est légitime.

Mais, pour les APC, « le salarié peut refuser la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord ». Mais en cas de refus, la loi précise qu'il a ainsi été instauré une possibilité de rompre le contrat sans justification. C'est un licenciement inclassable, un licenciement « *sui generis* ».

En cas d'accord de modulation ce régime prime sur le licenciement disciplinaire de l'amendement Warsmann. En cas de disposition relative au forfait en jours, le salarié ne peut se voir imposer d'office le forfait et ne peut pas être licencié s'il refuse de signer la convention de forfait.

Le licenciement *sui generis*

Le licenciement *sui generis* implique :

- Une information du salarié (collective ou individuelle) ;
- La notification du refus éventuel du salarié, dans le mois qui suit ;
- La notification d'une rupture consécutive, dans les 2 mois.

La cause réelle et sérieuse est constituée.

Le licenciement *sui generis* fait appel à la procédure de licenciement pour motif inhérent à la personne du salarié.

La procédure et les obligations d'adaptation et de reclassement applicables aux licenciement économiques sont écartées.

Pour les indemnités de rupture, les effets sont distincts.

La privation d'indemnités de rupture qui existe lorsque le refus constitue une faute grave n'est pas applicable.

Le salarié bénéficie de droits au titre de l'assurance-chômage et d'un abondement de 3 000 € minimum sur son CPF.

La contestation du licenciement *sui generis*

C. const. 21 mars 2018 - Décision N° 2018-761 DC

« 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] nécessairement [avoir été] invoqué par l'employeur dans la lettre de licenciement ». Le Ministère estime que le juge doit vérifier que l'APC est conforme aux dispositions du Code du travail : « bien-fondé, modalités d'adoption et contenu » ainsi que le respect des règles d'ordre public. Le plus délicat semble être le contrôle du bien-fondé de l'accord !

Question-réponses : l'APC, juil. 2020

Contrôle de conventionnalité

La conformité du licenciement à la convention n°158 de l'OIT pourrait être soulevée. Elle exige l'existence d'un « motif valable de licenciement [notamment] fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise ».

Tout dépendrait 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, pas la teneur des « nécessités de fonctionnement ». Pour le Conseil d'État, le juge apprécie le « caractère objectif des raisons l'ayant conduit[e] à procéder au licenciement contesté et vérifie qu'il n'est pas fondé sur des motifs discriminatoires ».

CE 7 déc. 2017, 408379

La Cour de Cassation a considéré pour un accord de mobilité interne qu'elle n'avait pas en apprécier la proportionnalité des mesures qui y figuraient.

Soc., 11 déc. 2019, n°18-13599

On peut considérer qu'il y a une présomption irréfragable de cause réelle et sérieuse ou que les organisations signataires soient présumées avoir apprécié le bien fondé des nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise, comme pour les avantages négociés.

Soc. 27 janv. 2015, n°13-14773

Références

Comment citer ce cours ?

Droit du travail – Les accords de performance collective, CASEAU-ROCHE Cécile et DORLET Jean-Michel, AUNEGe (<http://aunega.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.