



**Université
de Lille**

Master 2 Droit social parcours droit du travail

Année universitaire : 2021-2022

**Les accords de performance collective : trésor ou
boîte de pandore du salarié ?**

**Mémoire présenté et soutenu par Alexis DUQUENOY
Sous la direction de Monsieur le Professeur Bernard BOSSU**

*A Alexandre, Astrid, Melissa, Sebastien et
Sonia, mes amis.*

REMERCIEMENT

Je tiens d'abord à remercier l'ensemble des enseignants du Master II Droit social parcours droit du travail pour leur pédagogie et la qualité des enseignements qui nous ont été dispensés tout au long de l'année.

Je remercie également le Pr. Bossu pour son encadrement dans la rédaction de ce mémoire.

Je remercie ma famille pour leur soutien.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	7
PARTIE I - L'ÉMINENTE LATITUDE DES PARTENAIRES SOCIAUX DANS LA NÉGOCIATION D'UN APC	18
TITRE I - UN RECOURS SIMPLIFIÉ À L'APC PAR LES PARTENAIRES SOCIAUX	19
<i>CHAPITRE I - La disparition du motifs des difficultés économiques justifiant un recours à l'APC</i>	<i>20</i>
<i>CHAPITRE II - La flexibilité de la procédure conclusion</i>	<i>28</i>
TITRE II - UN CONTENU PERSONNALISABLE À LA FAVEUR DE LA PERFORMANCE COLLECTIVE D'ENTREPRISE	43
<i>CHAPITRE I - Le socle contractuel rendu entièrement modifiable par le domaine substitutif de l'APC</i>	<i>43</i>
<i>CHAPITRE II - L'exclusion du domaine substitutif des clauses anodines pour la performance collective</i>	<i>52</i>
PARTIE II - UNE LÉGITIMITÉ COLLECTIVE AUX FAIBLES LIMITES INDIVIDUELLES ET JUDICIAIRES	58
TITRE I - LA FACULTÉ DE RÉSISTANCE INDIVIDUELLE À LA VOLONTÉ COLLECTIVE	59
<i>CHAPITRE I - Une application de l'accord théoriquement subordonnée au consentement du salarié</i>	<i>60</i>
<i>CHAPITRE II - Les effets déstabilisants et incertains de la substitution sur le contrat de travail du salarié</i>	<i>71</i>
TITRE II - LE CONTRÔLE RESTREINT DU JUGE DEVANT LA VOLONTÉ COLLECTIVE	77

<i>CHAPITRE I - Un contrôle de la négociation limité à la conformité aux dispositions légales</i>	78
<i>CHAPITRE II - Un contrôle de la mise en oeuvre de l'accord légalement paralysé</i>	86

TABLE DES ABREVIATIONS

ANI	Accord national interprofessionnel
APC	Accord de performance collective
APDE	Accord de préservation de développement de l'emploi
C. trav.	Code du travail
Cass.	Cour de cassation
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CESDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme
CJUE	Cour de justice de l'Union Européenne
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
CPF	Compte personnel de formation
Crim.	Chambre criminelle
CSE	Conseil social et économique
DARES	Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques
DGT	Direction générale du travail
OIT	Organisation internationale du travail
OSS	Organisation syndicale représentative
Préc.	Précédent
SJS	Semaine juridique sociale
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
Soc.	Chambre sociale
SSL	Semaine Sociale Lamy
UE	Union européenne
UES	Union économique et sociale

INTRODUCTION

« *Les lois se maintiennent en crédit non parce qu'elles sont justes, mais parce qu'elles sont lois* »¹. Six cent ans plus tard, les certitudes de Montaigne ne sont plus qu'un lointain songe. Avec l'avènement de la mondialisation, le législateur a partiellement été amputé de la légitimité suprême qu'il brandissait lors de la Révolution française. C'est une autre révolution. Le légicentrisme n'a pas été guillotiné mais s'est lui-même abrogé. La loi n'est plus la règle à laquelle il s'agit de se soumettre en raison de son adoption par les représentants du peuple français, conformément à la théorie *Du Contrat Social* de Jean-Jacques Rousseau². Critiquée pour sa rigidité et son caractère jacobin, d'aucuns la considèrent comme un outil peu efficace pour l'entreprise qui doit faire face aux rapides transformations de l'économie et de la concurrence globalisée. Dès lors, la négociation collective, flexible, efficiente et girondine a le vent en poupe. Porté par ce courant, le législateur a adopté l'article L. 2254-2 du Code du travail issu de l'article 3 de l'Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective.

La lecture de l'article L. 2254-2 du Code du travail enseigne que l'accord de performance collective est un accord collectif d'entreprise qui, aux fins « *de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi* », permet d' « *aménager la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition, d'aménager la rémunération au sens de l'article L. 3221-3 dans le respect des salaires minima hiérarchiques mentionnés au 1° du I de l'article L. 2253-1 et de déterminer les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise.* »³. L'application de cet accord est soumise au consentement du salarié, qui a la capacité de la refuser. En cas d'acceptation, les dispositions relatives au domaine dit « substitutif » — à savoir la durée du travail, la rémunération et la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise — se substituent de plein droit aux stipulations contraires du contrat de travail. Le salarié bénéficie d'un délai d'un mois à compter de la connaissance de l'existence

¹ M. De Montaigne, *Essais*, Livre III, Chapitre 13, in *Oeuvres complètes*, textes établis par A. Thibaudet et M. Rat, Paris, 1962, p. 1049 (désormais dans le texte, sous la forme suivante : *Essais*, III, 13, p. 1049).

² Théorie du pacte social de Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat Social*, Flammarion.

³ Art. L.2254-2, Code du travail.

et du contenu de l'accord pour faire connaître son refus par écrit. Ce refus n'est toutefois pas sans conséquence. L'employeur peut en effet engager une procédure de licenciement pour motif *sui generis* à l'encontre du salarié dans un délai de deux mois à compter de la notification du refus du salarié. L'article dispose enfin que le salarié jouit d'un abondement par l'employeur de son Compte Personnel de Formation et que les droits à l'assurance chômage lui sont ouverts. Les nomothètes français ont doté d'un régime dérogatoire cet accord qui remet alors en cause le principe de faveur, jusqu'alors l'« âme » du droit du travail selon la formule aujourd'hui célèbre⁴ que « *le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation ont élevé au rang de principe fondamental du droit du travail tandis que le Conseil d'État en a fait un principe général du droit* »⁵.

Les partenaires sociaux n'ont pas bâti cette légitimité en un jour. En effet, dès 1946, le Préambule de la Constitution de la IV^e République disposait que tout salarié « *participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail* »⁶. Ce préambule faisant partie intégrante de la Constitution de la V^e République du 4 octobre 1958 depuis la décision *Liberté d'Association* du Conseil Constitutionnel⁷, la négociation collective est couronnée de la valeur suprême en droit français.

Bien que les lois AUROUX de 1982 ouvraient déjà la possibilité qu'un accord collectif soit moins favorable que la loi⁸, c'est sous l'influence du droit communautaire⁹ et de l'accord sur la politique sociale de Maastricht en 1992 que le droit de la négociation collective a pris sa revanche sur le « Goliath français » qu'est la loi¹⁰. En 2010, la CJUE a par ailleurs découvert dans le droit à la négociation collective un droit fondamental de l'Union Européenne¹¹. La

⁴ Y. Chalaron, « L'application de la disposition la plus favorable », Les transformations du droit du travail. Études offertes à G. Lyon-Caen, Dalloz 1989, p. 243.

⁵ S. Laulom, N. Merley, « La fabrication du principe de faveur », RDT 2009, p.219.

⁶ Alinéa 8, Préambule de la Constitution de la IV^e République, 27 octobre 1946

⁷ Cons. Const., 16 juillet 1971, n° 71-44 DC

⁸ Loi n°82-957, 13 novembre 1982, relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail

⁹ Art. 154 et 155, TFUE

¹⁰ J- E. Ray, La place de la négociation collective en droit constitutionnel, Les Nouveaux Cahiers Du Conseil Constitutionnel, n°45, Octobre 2014

¹¹ CJUE, 12 oct. 2010, aff. C-45/09, Arbeitsgericht de Hamburg

CEDH s'était quant à elle toujours refusée à juger qu'un droit à la négociation collective émanait de l'article 11 de la CESDH relatif à la liberté de réunion et d'association. Elle a finalement revu sa copie en 2008, en affirmant qu' « *eu égard aux développements du droit du travail tant international que national et de la pratique des États contractants en la matière, le droit de mener des négociations collectives avec l'employeur était, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du « droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts » énoncé à l'article 11 de la Convention* »¹².

En France, l'essor de la négociation collective a pour point de départ l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 signé par Nicole Notat et Jean Gandois. Puis, à partir de la « position commune » du 16 juillet 2001, il est possible d'affirmer que se distingue un droit autonome¹³ des normes législatives et réglementaires.

Les organisations syndicales, dorénavant munies d'un pouvoir normatif qu'elles co-détiennent avec l'employeur, devaient jouir d'une légitimité suffisante pour représenter les salariés et conclure de tels accords. La représentativité des organisations syndicales a longtemps été marquée par un statu quo d'après Libération en 1944, selon lequel cinq organisations syndicales bénéficiaient d'une présomption irréfragable de représentativité au niveau national interprofessionnel. Partant, alors que la loi du 19 mars 1919 instaure un premier cadre institutionnel aux conventions collectives, la loi du 24 juin 1936 a réservé le droit de conclure des conventions collectives dotées d'un pouvoir normatif général aux organisations syndicales représentatives. Par arrêté du Président du Conseil des ministres et du Ministre du travail, la CGT, la CGT-FO, la CFTC et la CGC étaient alors considérées représentatives. La loi du 11 février 1950 a ensuite défini les critères de représentativité¹⁴. En 2008, cette liste n'étant plus d'actualité, la présomption irréfragable de représentativité a été

¹² CEDH, 12 nov. 2008, Demir et Baykara c/ Turquie, n° 34503/97 (§§ 153-154)

¹³ Bertrand Mathieu, « La répartition constitutionnelle des compétences entre la loi et les accords collectifs de travail en droit français », Les Cahiers de Droit de l'Université Laval, vol. 48, n° 1-2 2007, p. 125 s.

¹⁴ Loi n°50-205, 11 février 1950, relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail

supprimée¹⁵. De nouveaux critères ont été instaurés, et le seul vote des salariés comme désignation des organisations syndicales représentatives donne un nouveau souffle à la démocratie sociale.

C'est dans ce contexte qu'apparaissent des accords potentiellement impopulaires chez les salariés, mais qui devraient être acceptés grâce à la légitimité renforcée des organisations syndicales représentatives.

D'abord en 2012, le Premier ministre de l'époque François Fillon, avait tenté d'ouvrir les négociations avec les partenaires sociaux afin de déterminer un cadre juridique pour les accords de « compétitivité-emploi ». Ces négociations n'ont cependant abouti à la conclusion d'aucun accord. La nouvelle présidence de la République a renouvelé l'expérience, cette fois-ci avec succès, puisque les négociations portant sur la sécurisation de l'emploi ont accouché de l'accord national interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2013. Il s'agit d'une première étape vers les accords de performance collective en ce sens que cet ANI a été transposé dans la loi¹⁶ du 14 juin 2013. Sont alors créés les accords de mobilité interne¹⁷ et ceux du maintien de l'emploi¹⁸.

Ces accords avaient en commun le fait qu'ils commandaient des efforts de la part des salariés, lesquels devaient renoncer à des avantages de leur contrat de travail, en contrepartie de quoi l'employeur s'engageait à des garanties sur l'emploi. En cas de conclusion d'accord de mobilité interne, les salariés s'engageaient à modifier leur lieu ou leur poste de travail ; lors de la conclusion d'un accord de maintien de l'emploi, les salariés devaient accepter de réduire leur rémunération ou leur durée de travail. Ces dispositifs furent toutefois un échec. En effet, la lecture du bilan de la loi du 14 juin 2013 souligne que les partenaires sociaux ne se sont pas saisis de ces outils, si bien qu' « *Aucun accord d'entreprise dédié à la mobilité*

¹⁵ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail

¹⁶ Loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi

¹⁷ Anc. Art. L.2242-19 C. Trav.

¹⁸ Anc. Art. L.5125-2 C. Trav.

interne n'a, à ce jour, été recensé »¹⁹. Le bilan l'explique par la pré-existence de clauses de mobilité et la jurisprudence de la Cour de cassation sur le « secteur géographique », pouvant rendre complexe la conclusion de ce type d'accord. Concernant les accords de maintien de l'emploi, le bilan pointe notamment du doigt que « *La durée de l'AME est limitée à deux ans* » et que « *La flexibilité permise par les AME est strictement encadrée par la loi et peut être jugée insuffisante par un certain nombre d'entreprises* »²⁰.

Le législateur, soucieux d'offrir aux entreprises la capacité d'opérer des réorganisations de fonctionnement en évitant les licenciements, a par la suite voté la loi du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels. Cette loi devait tenir compte des critiques afin que les partenaires sociaux se saisissent enfin de tels accords. Elle instaure alors les accords dits de « développement et de préservation de l'emploi »²¹. L'objectif est clair, « *Refonder le droit du travail et donner plus de poids à la négociation collective* » avec une stratégie offensive. Tandis que les accords de mobilité interne et les accords de maintien de l'emploi conditionnaient leur conclusion à l'existence de difficultés économiques, les accords de préservation et de développement de l'emploi permettent à l'employeur de licencier les salariés qui refuseraient l'accord sans démontrer que l'entreprise subit des difficultés économiques. A partir de 2016, le salarié peut donc être licencié sur un motif *sui generis*. Les effets de ce nouveau cadre juridique ne pourront pas porter leurs fruits. Est à déplorer « *Un manque de lisibilité qui s'accompagne notamment par l'éparpillement dans le Code du travail des dispositions : celles sur les accords de maintien dans l'emploi sont insérées dans la partie relative à l'emploi, celles sur la mobilité intégrées dans la section consacrée à la gestion des emplois et des parcours professionnels et les accords de préservation ou de développement de l'emploi au sein d'un chapitre consacré aux rapports entre conventions et accords collectifs de travail et contrat de*

¹⁹ Bilan au 3 avril 2015 de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, p. 37

²⁰ Bilan au 3 avril 2015 de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, p. 60

²¹ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels

travail »²². L'adoption des accords de performance collective tâchera de simplifier cette superposition complexe.

Ce sont les ordonnances « Macron » de 2017 qui ont créé l'accord de performance collective. Ce dispositif est consacré à l'article L. 2254-2 du Code du travail, dans lequel le Gouvernement a souhaité fusionner les différents types d'accords antérieurs qui se superposaient, à savoir les accords de maintien dans l'emploi, les accords de préservation ou développement de l'emploi et les accords de mobilité interne. Préférer l'unicité de l'accord de performance collective à la concurrence des trois accords dérogatoires précédents a permis de gagner en simplicité, de sorte que l'appréhension par les partenaires sociaux fut plus aisée. Dès lors, à l'occasion d'une session de questions au Gouvernement à l'Assemblée nationale, Muriel Pénicaud, alors Ministre du travail, affirmait que « *Nous constatons une dynamique analogue pour les APC, issus du regroupement de plusieurs dispositifs, ce qui a amélioré la lisibilité et la sécurisation juridique pour les acteurs. On dénombre 142 APC, ce qui est dix fois plus que les accords de compétitivité créés lors du précédent quinquennat* »²³. Force est de constater que les partenaires sociaux se sont davantage saisis de ce nouvel outil.

Le fait qu'au 31 mars 2019, 142 accords de performance collective avaient été conclus, pourrait laisser penser que ce nouvel outil a été utilisé dans la seule stratégie offensive de maintien de l'emploi, c'est-à-dire en dehors d'une situation de crise pour l'entreprise. Or, la crise sanitaire liée à la pandémie de COVID-19 a fait mentir les tenants de cette obédience²⁴. En effet, « *429 APC ou avenants à un APC ont été conclus entre le 1er juillet 2019 et le 31 décembre 2020, dont 380 accords au sens strict. La crise sanitaire entraîne une hausse significative des accords : 247 APC sont conclus durant les 3 derniers trimestres de 2020, contre 133 les 3 trimestres précédents (graphique 1)* »²⁵. Cette hausse de 86 % est d'autant plus remarquable que le nombre total des accords ou avenants (hors épargne salariale)

²² F. Millot, Conventions et accords collectifs - En questions : les accords sur l'emploi : où en est-on ?, SJS n° 37, 19 Septembre 2017, act. 251

²³ M. Pénicaud, Journal officiel de la République française, Session ordinaire de 2018-2019, 218^e séance, Compte rendu intégral, 2^e séance du mardi 30 avril 2019, p.3951.

²⁴ Voir annexe n°1.

²⁵ *ibid.*

n'augmente que légèrement sur la même période (+8 %) et qu'il est même en repli sur l'ensemble de l'année 2020 »²⁶.

Aussi ces accords ne sont-ils plus seulement conclus à durée indéterminée comme se pouvait être le cas avant la crise sanitaire. Au moment où seul un accord de performance collective sur cinq était conclu à durée déterminée à cette époque, un accord sur deux l'était durant la pandémie²⁷. Cet accroissement d'accords stipulant un terme est significatif d'une volonté d'utiliser l'accord de performance collective dans une stratégie défensive face aux difficultés économiques rencontrées par la crise sanitaire qui a frappé le pays. C'est donc un usage différent de ces accords par les partenaires sociaux qui a été fait, puisque « 36 % des accords signés pendant la crise comportent des mesures d'accompagnement pour les salariés acceptant l'accord, contre 54 % avant la crise (tableau 2) », en revanche « Les contreparties employeur (encadré), bien que toujours minoritaires, sont plus fréquentes avec la crise sanitaire »²⁸. La réduction du nombre d'accords comportant des mesures d'accompagnement pour les salariés et l'accroissement des accords stipulant des contreparties de l'employeur sont quant à eux révélateurs de la volonté des partenaires sociaux de réaliser des efforts réciproques temporaires afin de traverser une situation difficile.

Les ordonnances consacrant l'accord de performance collective ont donc marqué une rupture dans l'ordre juridique normatif jusqu'alors établi. Au delà de leur succès, cette rupture est de deux ordres : une rupture méthodique et une rupture philosophique.

Une rupture méthodique d'abord parce que les lois précédentes avaient créé des dispositifs spéciaux, dérogatoires du droit commun, qui se juxtaposaient les uns aux autres. Chaque dispositif avait son propre régime juridique. « *Des mécanismes de licenciement pour motif*

²⁶ M. Pesenti, « Les accords de performance collective : quels usages durant la crise sanitaire ? », 23 novembre 2021, DARES Analyses n°66, p.1.

²⁷ Voir annexe n°2.

²⁸ M. Pesenti, préc., p. 2

*personnel*²⁹, *économique*³⁰, ou encore, déjà, *sui generis*³¹ »³² étaient attachés à ces différents accords. « *Mais sa formulation extrêmement générale comme sa place dans l'architecture du code ne trompent pas : l'article L. 2254-2 du Code du travail a vocation à accueillir une grande partie des accords collectifs* ». Tandis que certains auteurs alertent sur une « *voie bis de négociation et conclusion des accords collectifs* »³³, d'autres appellent de leurs vœux cette généralisation³⁴.

La seconde rupture, philosophique, s'illustre par la dénomination qu'a souhaité donner le législateur à ces types d'accords. Lors des premiers accords créés en 2012-2013, leur dénomination faisait référence à l'emploi. C'est ainsi qu'ont émergé les accords de « *compétitivité-emploi* », puis de « *maintien de l'emploi* »³⁵ et enfin de « *maintien dans l'emploi* »³⁶. 2017 marque une rupture puisque le Conseil Constitutionnel évoque des « *accords compétitivité* » sans aucune référence à l'emploi³⁷. Les accords de performance collective consacrés par les ordonnances Macron viendront entériner l'absence de quelque référence à l'emploi, de sorte que seule compte la performance collective de l'entreprise, cet intérêt prévalant sur la situation individuelle³⁸.

« *Il est indispensable de rendre aux entreprises « toute la flexibilité » dont elles ont besoin* »³⁹ prônait Monsieur Gattaz, alors président du Conseil national du patronat français (CNPFP), sur le perron de l'Élysée. Flexibilité, c'était la première fois que le discours patronal

²⁹ Pour un accord de mobilité interne. Art. 15 de l'ANI du 11 janvier 2013

³⁰ Pour les accords de maintien de l'emploi. Anc. art. L.5125-2, C. trav.

³¹ Pour les accords de préservation de l'emploi. Anc. art. L.225'-2, C. trav.

³² F. Gea, « Retour sur les ordonnances Macron », novembre 2020, Dalloz, collection thèmes et commentaires, p. 145-146

³³ LOKIEC (P.), Le nouveau modèle du droit du travail est-il viable ?, SSL 2017, N° 1790, p.7.

³⁴ J. Barthélémy, G. Cette, « Contrat de travail et accord collectif, une bienheureuse nouvelle articulation », Dr. soc. 2018. 70.

³⁵ Dans l'ANI du 11 janvier 2013

³⁶ Dans la loi du 14 juin 2013

³⁷ Cons. Const. 7 septembre 2017, DC n°2017-71

³⁸ G. Larochelle, F. Courville, La course à la performance, Paris, Beauchesne, 2016.

³⁹ V. Forest, M. Julien, Analyse du discours patronal sur la flexibilité Une lecture juridique et économique, 8 juin 2015, SSL n°1680.

employait ce mot, les revendications des chefs d'entreprise se faisant davantage offensives sous le premier mandat d'un Président de la République de gauche, François Mitterrand⁴⁰. Ainsi Yvon Chotard, vice-président du CNPF, invitait-t-il, déjà en 1984, les organisations syndicales à négocier sur « *la possibilité d'accorder de plus grandes souplesses aux entreprises pour développer l'emploi* »⁴¹. Dès 1986, ce sont toujours les revendications patronales qui mettent en avant un dialogue social décentralisé. Jean Gandois affirmait lors de l'assemblée générale du CNPF de 1995 : « *Je crois d'abord que la réappropriation du champ social est la meilleure manière d'influer positivement sur la législation, et d'obtenir la souplesse nécessaire à la gestion car je n'ai pas confiance dans la capacité des pouvoirs publics à bâtir par la loi les conditions optimales pour les entrepreneurs.* ».

Si les revendications patronales se font entendre dans les années 1980, c'est parce qu'à la suite des chocs pétroliers et de l'avènement de la mondialisation, les entreprises sont en difficulté face à une concurrence accrue. Sont alors apparues les lois du 4 mai 2004 et du 14 juin 2013, la première⁴² consacrant la possibilité pour une convention collective d'être moins favorable que la loi pour le salarié, la seconde instituant les accords de maintien de l'emploi.

Ces mesures de flexibilité, notamment dans le cadre d'un accord de performance collective, ont fait débat à l'Assemblée nationale, de sorte que le Conseil constitutionnel a par exemple été saisi sur la question de savoir si les accords collectifs dont les clauses se substituent de plein droit au contrat de travail ne sont pas contraires à la liberté contractuelle. Le Conseil y a néanmoins répondu par la négative, en justifiant ces mesures par l'exercice de la liberté d'entreprendre⁴³.

La juridiction suprême est alors souvent critiquée pour sa frilosité en matière sociale, de sorte que d'aucuns regrettent que les Sages censurent des dispositions procédurales mineures plutôt

⁴⁰ J. Bunel et M. Dupupet, *Flexibilité* dans le débat social, in *Flexibilité* du droit du travail, objectif ou réalité ? coll. du Centre de recherche de droit social, Université Lyon III, Paris, Éd. Législatives et Administratives, 1986

⁴¹ V. Forest, M. Julien, préc.

⁴² Loi n°2004-391, 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

⁴³ Cons. constit., 21 mars 2018, DC n° 2018-761.

que de sanctionner les grandes réformes⁴⁴. Jean Rivero avait, non sans humour, résumé cette attitude par la formule suivante : « *filtrer les moustiques pour mieux laisser passer les chameaux* »⁴⁵.

Pourtant, cette frilosité ne peut-elle pas s'expliquer par la volonté du Conseil constitutionnel de laisser aux gouvernements la possibilité de diriger le pays ? Cette explication coïnciderait avec le fait que ce grief soit notamment invoqué lorsque le Conseil se prononce en matière sociale, cette matière comportant évidemment une importance politique particulière. Le droit du travail se muerait donc en droit du marché du travail⁴⁶, et les lois en matière sociale sont le plus souvent inspirées de rapports d'économistes⁴⁷. Le Code du travail n'est donc plus seulement un ensemble de règles auxquelles se référer et qu'il convient de respecter : il est plus que jamais un instrument de la politique de l'emploi des gouvernements et est donc attaché à une « *rationalité instrumentale orientée vers une finalité : l'amélioration du taux d'emploi* »⁴⁸. Il n'est alors plus rare de parler d'efficacité du droit du travail⁴⁹. Le juge a lui-même fait sienne la vision efficiente du droit du travail, avec pour preuve l'obligation du législateur, depuis 2008, de réaliser des études d'impact pour les lois qu'il entend adopter⁵⁰. À vrai dire, Alain Supiot reconnaît que « *Les transformations des relations de travail ont toujours été un observatoire privilégié des nouveaux modes de gouvernement des hommes* », mais regrette aujourd'hui l'excès d'instrumentalisation aboutissant à « *un monde enchanté de chiffres, vide de toute pensée sur les transformations réelles et profondes de l'organisation du travail* »⁵¹. Dans cette nouvelle logique, il est évident que l'objectif premier des réformes du

⁴⁴ P-Y Gahdoun, Le contrôle du Conseil constitutionnel en matière sociale est-il trop « relâché » ?, *Droit social* 2018. 732.

⁴⁵ J. Rivero, Filtrer le moustique et laisser passer le chameau ?, *AJDA* 1981. 275.

⁴⁶ T. Sachs, Première partie. Les fonctions et les mots - La consolidation d'un droit du marché du travail, *Revue de droit du travail* 2016 p.748

⁴⁷ Exemples : O. Blanchard et J. Tirole, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, rapport du Centre d'analyse économique, Doc. fr., 2003 ; P. Cahuc, *Pour une meilleure protection de l'emploi*, rapport au Centre d'organisation économique, CCIP, 2003 ; P. Cahuc, F. Kramarz, *De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle*, Doc. fr., 2004 ; v. égal. les travaux publiés par la Chaire de sécurisation des parcours professionnels

⁴⁸ T. Sachs, *ibid.* préc.

⁴⁹ A. Jeammaud et E. Serverin, « Évaluer le droit », *D.* 1992. 263.

⁵⁰ Loi n° 2008-724, 23 juill. 2008, de modernisation des institutions de la V^e République.

⁵¹ Alain Supiot, Quand les nombres nous gouvernent, *Études* 2016/9 (Septembre), p. 53 à 66.

droit du travail est de réaliser une performance chiffrée du taux de chômage qu'il convient de ramener à la baisse. Ainsi la tendance est-elle à la primauté des politiques privées de l'emploi, c'est-à-dire à la prévalence du droit conventionnel négocié par les partenaires sociaux afin de tailler des règles sur-mesure à l'entreprise, et ce en vue d'améliorer sa performance collective.

Dans ces conditions, l'accord de performance collective permet de substituer ses propres clauses aux clauses contraires du contrat de travail du salarié. Cette substitution est justifiée par une négociation entre partenaires sociaux. Les salariés comme collectivité ont alors accepté, par le biais de leurs représentants syndicaux, la conclusion de cet accord. Mais cette acceptation ne reposerait-elle pas sur une fiction ? Et, sans même parler du faible taux de syndiqués chez les salariés en France enracinant la position de faiblesse des organisations syndicales face à l'employeur, une dichotomie ne devrait-elle pas exister entre la « *transaction des intérêts particuliers* » et la « *recherche l'intérêt général* » comme le soulignait M. Supiot ? Si les partenaires sociaux négocient dans l'intérêt général, alors pourquoi ne conférerions-nous pas la même valeur aux accords collectifs qu'aux lois adoptées par le législateur, qui le sont elles aussi *a fortiori* dans l'intérêt général ? Les accords de performance collective n'ayant pas été dotés d'une force aussi contraignante que la loi, le législateur semble avoir implicitement admis que la légitimité des partenaires sociaux n'était pas d'égale puissance à la légitimité démocratique qui lui est accordée.

Partant, une question transcendera l'ensemble des développements de ce mémoire : **l'accord de performance collective est-il aujourd'hui omnipotent et et dépourvu de garde-fou pour le contrat de travail du salarié ?**

8. Plan. Sonder l'omnipotence et découvrir des gardes-fou du contrat de travail ne peut s'opérer que par une dissection minutieuse de l'accord de performance collective. Il s'agira dès lors de s'interroger sur l'identité des acteurs, et plus généralement sur les modalités de conclusion d'un tel accord. Ces modalités sont-elles restrictives, ou en rendent-elles la conclusion plus aisée ? La négociation des accords de performance collective est-elle nécessairement justifiée par des conditions dont il s'agirait de démontrer l'existence ? Les accords mettent en oeuvre une substitution de plein droit, mais celle-ci s'applique t-elle à n'importe quelle clause du contrat de travail ? Cette substitution est-elle temporaire

ou définitive ? Le consentement du salarié est requis pour l'application de cet accord, mais comment doit-il formuler sa réponse, cette dernière est-elle encadrée dans des délais ? Que vaut le silence du salarié ? Enfin, quel rôle le juge a-t-il à jouer dans le contrôle des accords de performance collective ? Les contours de son office sont-ils clairs ou flous ? Cette énumération de questions, qui ne prétend pas à l'exhaustivité, permettra toutefois d'analyser si, dans sa globalité, l'accord de performance collective est un accord omnipotent ou si le législateur a bâti des remparts pour protéger le contrat de travail du salarié. Il s'en dégagera une éminente latitude dans la négociation de l'accord de performance collective (**PARTIE I**), que le législateur a néanmoins corsetée dans des limites individuelles et judiciaires (**PARTIE II**).

PARTIE I - L'ÉMINENTE LATITUDE DES PARTENAIRES SOCIAUX DANS LA NÉGOCIATION D'UN APC

Les accords qui ont précédé l'accord de performance collective avaient pour point commun de subordonner leur conclusion à l'existence de difficultés économiques⁵². Ces accords avaient donc pour finalité la réorganisation de l'entreprise afin de subsister à une situation de crise. Pour que cette finalité soit respectée, le législateur a particulièrement encadré le contenu et les modalités de recours à ces accords. Les entreprises ne se sont donc pas saisies de ces dispositifs qu'elles jugeaient trop contraignants. Le bilan de la loi du 14 juin 2013 soulignait notamment que les accords de mobilité interne souffraient car « *la procédure de recueil de l'accord des salariés prévue par le texte peut paraître lourde* »⁵³. Sur les accords de maintien de l'emploi, il évoque que « *la flexibilité permise par les AME est strictement encadrée par la loi et peut être jugée insuffisante par un certain nombre d'entreprises* ».⁵⁴

Souhaitant améliorer ces dispositifs pour que les entreprises décident finalement de les utiliser, le législateur est par conséquent parti du constat que l'échec de ces accords trouvait

⁵² Exemples : les accords de maintien de l'emploi, de mobilité professionnelle et de préservation de l'emploi.

⁵³ Bilan au 3 avril 2015 de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, p. 37.

⁵⁴ *ibid.*, préc. p. 60.

sa cause dans un cadre juridique trop rigide. Partant, au moment de légiférer sur l'APC, l'Assemblée a prévu de nouvelles conditions de recours à celui-ci en évinçant l'obligation de démontrer des difficultés économiques et en simplifiant la procédure de conclusion, de sorte que celles-ci ont été drastiquement simplifiées (**TITRE I**).

Le législateur ne s'est pas contenté d'alléger les modalités de recours à l'accord de performance collective. La lecture de l'article L. 2254-2 du Code du travail révèle en effet que le domaine de négociation de l'accord est singulièrement large. L'accord permet désormais de négocier un domaine substitutif enrichi et des clauses superfétatoires, personnalisant le contenu des accords à la faveur de la performance collective de chaque entreprise (**TITRE II**).

TITRE I - UN RECOURS SIMPLIFIÉ À L'APC PAR LES PARTENAIRES SOCIAUX

Le législateur n'a pas laissé aux partenaires sociaux une liberté absolue quant au recours à la négociation d'un accord de performance collective. Il a toutefois disposé de nouvelles conditions dont l'étude permettra de démontrer que les modalités de recours à l'accord de performance collective ont été libérées d'un carcan législatif autrefois plus enserré.

Ainsi les partenaires sociaux devront, pour conclure un accord de performance collective, démontrer que cet accord répond à des nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise. L'article L. 2254-2 du Code du travail poursuit que l'accord de performance collective peut également être conclu « *en vue de préserver, ou de développer l'emploi* »⁵⁵. Force est de constater la disparition de l'obligation de démontrer des difficultés économiques (**CHAPITRE I**).

Le carcan des modalités de recours à l'accord de performance collective a de surcroît été desserré par une flexibilisation de la procédure de conclusion (**CHAPITRE II**). Sur ce point, le Gouvernement a entendu simplifier la conclusion d'un tel accord en permettant sa

⁵⁵ Art. L.2254-2 al. 1, C. Trav.

conclusion non seulement par une multitude d'acteurs, mais aussi par un champ d'application étendu.

CHAPITRE I - La disparition du motifs des difficultés économiques justifiant un recours à l'APC

Les difficultés économiques qui subordonnaient auparavant la conclusion des accords de maintien de l'emploi ont été remplacées par deux conditions non-cumulatives. La première, les nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise (**SECTION I**), est la condition la plus novatrice en ce qu'elle consacre la volonté de permettre à l'entreprise de s'auto-réguler. La seconde condition, plus classique, trouve sa forme dans la préservation ou le développement de l'emploi (**SECTION II**), ce qu'on pouvait déjà retrouver dans les accords de gestion de l'emploi précédents.

SECTION I - Les largesses du motif des « *nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise* »

Les nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise, condition de recours à un accord de performance collective, constituent dès l'intitulé un motif désignant un grand nombre de situations possibles. Le risque du motif générique n'est donc pas à exclure (§ I). Son étendue est si importante que les contours de la notion ne sont pas aisés, la tâche étant laissée à la subjectivité des partenaires sociaux (§ II).

PARAGRAPHE I - Le risque du motif générique

S'il fallait retenir une chose sur l'accord de performance collective, c'est l'originalité des motifs auxquels le législateur a subordonné sa conclusion. L'article L. 2254-2 du Code du travail dispose qu' « *Afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise* »⁵⁶, un accord de performance collective peut être négocié entre les partenaires sociaux. Ce n'est pas une simple suggestion du législateur, l'expression « *afin de répondre* »

⁵⁶ Art. L. 2254-2, C. Trav.

révélant expressément l'intention de l'Assemblée de soumettre la conclusion de ce type d'accord à l'existence de nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise. Cette justification de la conclusion d'un tel accord a vocation à permettre à l'entreprise de réorganiser son fonctionnement hors de toute crise conjoncturelle, voire en amont d'une telle crise. La finalité est par conséquent toute autre, elle trouve son essence moins dans l'emploi que dans l'autorégulation de l'entreprise. En réalité, si ce motif est une originalité car la conclusion des précédents accords sur l'emploi était conditionnée à la démonstration d'une situation de difficultés économiques, il ne l'est pas eu égard aux dispositions internationales.

L'organisation internationale du travail (OIT), est une organisation qui a pour objectif la promotion du droit du travail dans le monde. Créée en 1919, elle n'a pas attendu le législateur français pour s'exprimer sur la définition et la justification d'un licenciement. La convention n°159 de l'OIT dispose alors 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.* ». La loi française a donc repris « mot pour mot » l'expression de l'OIT pour mieux s'y conférer. Mais retranscrire un texte littéralement signifie-t-il pour autant que celui-ci est actuellement respecté ? L'OIT ne semble pas de cet avis⁵⁷, ce qui fera l'objet d'un développement *infra*.

Si l'expression « *afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise* » fait débat au siège de Genève, les juristes français ont énormément glosé sur le motif. D'une seule voix, les auteurs reconnaissent que « *la formulation est tellement vague et large qu'on peine à percevoir ce qu'elle recouvre et en quoi elle pourrait constituer une condition spécifique* »⁵⁸ et que « *l'objectif à atteindre est particulièrement vaste et le périmètre d'actions totalement illimité* »⁵⁹. Il semble que les

⁵⁷ Conseil d'administration 344^e session, Section institutionnelle, 16 février 2022, Seizième question à l'ordre du jour, Rapport du Directeur général Troisième rapport supplémentaire: Rapport du comité chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par la France de la convention (n°158) sur le licenciement, 1982

⁵⁸ S. Frossa, Licenciement pour motif économique : notion – Qualification de la rupture du contrat – , Répertoire de droit du travail, Juin 2018

⁵⁹ G.Meyer, L'exigence de loyauté dans la négociation des accords de performance collective, SSL n°1918, 31-08-2020

entreprises se soient bien accommodées de ce nouveau motif leur laissant toute latitude quant au recours à un accord de performance collective, puisque « *la pratique montre que la première motivation, les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, est largement prédominante* »⁶⁰. En effet, « *en 2018, 76 % des accords invoquent cet objectif* »⁶¹.

PARAGRAPHE II - La détermination subjective du motif par les partenaires sociaux

Les nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise sont un motif singulièrement vaste. L'entreprise répondant à des impératifs de compétitivité et de concurrence, il est difficile d'imaginer celle-ci agir contrairement aux nécessités de son fonctionnement. Partant, définir négativement les nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise pour identifier ce qui en est exclu permettra d'en éclaircir un tant soit peu les contours.

« *Une chose paraît certaine : les nécessités évoquées sont indépendantes de la situation de l'emploi et en particulier n'impliquent pas de destructions d'emplois ou de difficultés économiques* »⁶². L'Administration acquiesce en ce sens. À la question « *un accord de performance collective est-il nécessairement conclu pour faire face à des difficultés économiques ?* », la Direction générale du travail a répondu : « *Non. L'entreprise peut faire face à des difficultés économiques mais ce n'est pas une condition obligatoire pour recourir à un accord de performance collective* »⁶³. Malgré ces précisions, cette tentative de définition négative ne permet pas de délimiter clairement les contours de la notion de « *nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise* », et l'insécurité juridique est palpable. Il convient dès lors de revenir à la source de ce motif et réaliser une lecture littérale de l'article.

S'accrocher à la sémantique du motif, « *les nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise* », permet de soulever une précision. Le mot « *nécessités* » signale que la mise en

⁶⁰ *ibid.*

⁶¹ Y. Tarasewicz, H. Cavat, Controverse : L'accord de performance collective : instrument adéquat pour gérer une crise conjoncturelle ?, RDT. 2020. 584

⁶² S. Frossa, préc.

⁶³ Ministère du travail, de l'emploi et de l'insertion professionnelle, Question-Réponse, Accord de performance collective, juillet 2020

place en place des dispositifs négociés dans le cadre d'un APC doit revêtir un caractère indispensable pour le fonctionnement de l'entreprise. Si tel n'était pas le cas, le contenu de l'accord ne saurait s'imposer au salarié. « *Cela donne à cette circonstance une double caractérisation, au regard de l'objet d'une part (le lien avec le fonctionnement de l'entreprise) et au regard de l'intensité exigée d'autre part (caractère nécessaire)* »⁶⁴. Le fonctionnement de l'entreprise ayant une finalité économique, certains auteurs estiment au surplus que l'éviction de toute référence économique est illusoire. Pour eux, les nécessités au fonctionnement de l'entreprise impliquera *a fortiori* la démonstration d'un « *contexte spécifique* » ou de « *pronostics sur l'avenir* »⁶⁵. Les partenaires sociaux seront chargés de réaliser cette démonstration.

Les lois floues sont davantage enclines à faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. La loi sur l'accord de performance collective n'a pas fait exception à la règle puisque statuant sur l'article L. 2254-2 du Code du travail, le Conseil constitutionnel a jugé qu'« *en outre, 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* »⁶⁶. La juridiction suprême, en raison de la légitimité dont bénéficient les partenaires sociaux, laisse donc le soin à ces derniers d'apprécier la pertinence du motif des nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise. Le Conseil précise que le juge pourra toutefois connaître des contestations quant à la pertinence de ce motif, bien que cette occurrence soit débattue par la doctrine, ce qui fera l'objet d'un développement *infra*. La délimitation des nécessités au fonctionnement de l'entreprise commandera par conséquent une appréciation *in concreto* par les partenaires sociaux. Ainsi, pour les mêmes faits, la délimitation des nécessités au fonctionnement de l'entreprise ne sera pas identique. C'est une véritable décentralisation du motif de recours à l'accord de performance collective qui s'est opérée, renforçant ainsi l'opacité de la notion de nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise. Sans critères objectifs des nécessités, le salarié est dépendant de la subjectivité des partenaires sociaux dans la découverte de ce motif de recours.

⁶⁴ S. Frossa, préc.

⁶⁵ M. Ollivier et B. Taillardat-Pietri, L'APC : opportunités et précautions d'emploi, *SSL 2018*, N°1827

⁶⁶ Décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018 - Communiqué de presse

Le motif des nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise se caractérise tout d'abord par la largesse des situations qu'il semble couvrir. Cette largesse rend les contours de la notion relativement flous. Les partenaires sociaux semblent pouvoir conclure un accord dès lors qu'ils auront décidé subjectivement de l'existence de nécessités au fonctionnement de l'entreprise. Cette décentralisation de la délimitation du motif entretient le flou sur les limites des nécessités. Le salarié est donc tributaire de la subjectivité de la volonté collective, sans pouvoir apprécier objectivement la réalité du motif de recours à l'APC. L'objectif de préservation de développement de l'emploi apparaît cependant comme empreint de davantage d'objectivité.

SECTION II - La préservation ou le développement de l'emploi

L'article L. 2254-2 du Code du travail dispose que les partenaires sociaux peuvent également conclure un accord de performance collective « *en vue de préserver ou de développer l'emploi dans l'entreprise* ». L'accord de performance collective n'est donc pas totalement sans lien avec l'emploi. En revanche, la question de la réminiscence de l'emploi comme objet de l'accord sera à nuancer (§I), d'autant que l'article L. 2254-2 du même code permet aux partenaires sociaux d'adopter soit une stratégie offensive pour développer l'emploi, soit une stratégie défensive visant à la préservation de l'emploi (§II).

PARAGRAPHE I - Une réminiscence potentielle de l'emploi comme objet de l'accord

Les accords de maintien de l'emploi précédant la loi du 8 août 2016 conditionnaient leur conclusion à l'existence de « *graves difficultés économiques* »⁶⁷. Il appartenait alors aux partenaires sociaux de démontrer ces difficultés, qui étaient une condition de validité de l'accord, le défaut d'une telle démonstration pouvant entraîner sa nullité. La loi du 8 août 2016 a remplacé les accords de maintien de l'emploi par les accords de préservation ou de développement de l'emploi (APDE)⁶⁸. Si la dénomination a changé, la philosophie également. La conclusion de ces accords n'était en effet plus subordonnée à l'existence de

⁶⁷ Anc. art. L. 5125-1. C. trav.

⁶⁸ Anc. art. L. 2254-2 issu de L. n° 2016-1088, 8 août 2016.

difficultés économiques. Cette nouveauté eut pour conséquence de simplifier la possibilité de recourir à la conclusion d'un tel accord. Leur vigueur fut de courte durée puisque dès 2017, les ordonnances « Macron » consacraient l'accord de performance collective, dont le motif de recours « préservation et développement de l'emploi » s'avère être la reprise littérale des APDE. Le législateur, qui aspirait au succès que connaissent aujourd'hui les accords de performance collective, a derechef attaché au régime juridique de ces accords la possibilité de négocier leur conclusion, y compris en l'absence de situation de difficultés économiques.

La levée de l'obligation de démontrer des difficultés économique à l'occasion de la conclusion d'un accord de performance collective révèle que la finalité de tels accords est moins l'emploi que la performance collective. Le Ministère du travail l'a par ailleurs rappelé à l'occasion de « questions-réponses », en précisant que « *l'objectif du législateur est d'offrir aux entreprises un cadre juridique sécurisé permettant, par le biais du dialogue social, de rechercher la performance sociale et économique* »⁶⁹. Partant, les partenaires sociaux n'ont pas l'obligation de négocier sur des contreparties aux efforts des salariés en matière d'emploi. Cela ne signifie pas plus qu'un accord de performance collective ne peut pas contenir de contreparties. C'est en réalité la liberté de négociation qui domine en la matière. Selon les stipulations de l'accord, l'employeur sera donc tenu ou à une obligation de moyens, ou à une obligation de résultat. La première apparaîtra dans les accords sans contreparties en matière d'emploi, aux termes desquels l'employeur sera seulement tenu de tout mettre en œuvre pour atteindre l'objectif de la conclusion de l'accord, à savoir la préservation ou le développement de l'emploi. La seconde obligation existera dans les accords où des contreparties en matière d'emploi, notamment chiffrées, auront été stipulées. L'employeur s'étend engagé, il lui appartiendra de s'exécuter en vertu de la force obligatoire des contrats.

Si les partenaires sociaux n'ont pas pour obligation de s'engager en matière d'emploi, il leur appartiendra cependant d'expliquer au sein de l'accord ce qui justifie la conclusion d'un accord de performance collective. Ce faisant, il est interdit pour les partenaires sociaux d'adopter un tel accord en vue de détourner la loi sur les licenciements économiques

⁶⁹ Ministère du travail, de l'emploi et de l'insertion professionnelle, Accord de performance collective, Questions-réponses, p.3.

collectifs⁷⁰ ou d'un accord collectif portant rupture conventionnelle⁷¹. « *L'utilisation de l'accord de performance collective dans une telle situation pourrait être constitutive d'un abus de droit destiné à contourner les dispositions prévues aux articles L. 1233-2 et suivants du Code du travail, cette infraction étant susceptible d'être relevée par voie de procès-verbal transmis au Procureur de la République par l'inspection du travail, conformément aux dispositions de l'article L. 8113-7 du même code* »⁷² explique le Ministère du travail. Dans le respect de l'intention du législateur, les partenaires sociaux peuvent donc adopter l'accord de performance collective dans une stratégie soit offensive, soit défensive.

PARAGRAPHE II - Une faculté de choix entre stratégie offensive et stratégie défensive

L'article L. 2254-2 du Code du travail dispose que l'accord de performance collective peut être conclu en vue de « *préserver ou de développer l'emploi* ». La loi propose donc aux partenaires sociaux qui choisissent comme objectif l'emploi soit de le préserver, soit de le développer. Deux stratégies différentes semblent se dessiner. Une stratégie offensive avec le développement de l'emploi et une stratégie défensive avec la préservation de l'emploi.

La stratégie défensive s'inscrit dans la lignée des accords sur l'emploi antérieurs à l'accord de performance collective. L'accord de performance collective peut définir comme objectif la préservation de l'emploi. Cet objectif peut être utilisé par les partenaires sociaux dans une stratégie défensive en vue de faire face à une situation de difficulté économique. « *L'entreprise doit disposer d'outils lui permettant de « réagir en temps utile aux modifications de l'environnement économique, financier ou économique dans lequel elle déploie son activité* »⁷³, l'accord de performance collective répond à cette exigence en proposant aux partenaires sociaux un outil en réponse à une situation conjoncturelle. Ainsi l'accord permettra-t-il d'imposer ses clauses aux contrats de travail des salariés qui auront accepté l'accord afin de lutter contre ces difficultés. La loi impose aux partenaires sociaux de

⁷⁰ Art. L. 1233-8 et s. et L. 1233-21 et s., C. trav.

⁷¹ Art. L. 1237-19, C. trav.

⁷² Ministère du travail, de l'emploi et de l'insertion professionnelle, Accord de performance collective, Questions-réponses, p.3.

⁷³ A. Teissier, L'accord de performance collective : quelques points de repère, 6 Octobre 2020, La SJS n° 40

définir leurs objectifs dans le préambule de l'accord de performance collective. Pour expliquer en quoi la conclusion de l'accord est indispensable à la préservation des emplois, il n'est pas impensable que les partenaires sociaux doivent réaliser un diagnostic qu'il leur appartiendra de partager. L'accord de performance collective impose donc aux salariés de réaliser des efforts collectifs en vue d'éviter la réduction du volume d'emploi, « *cette dynamique ne peut donc s'envisager que dans un environnement où le dialogue social présente une certaine forme de maturité.* »⁷⁴. La responsabilisation des partenaires sociaux est encore plus forte lorsqu'ils choisissent d'adopter une stratégie offensive.

Contrairement à la stratégie défensive par laquelle les partenaires sociaux entendent faire face à une conjoncture difficile, la stratégie offensive consiste, par le biais de l'objectif de développement de l'emploi, à demander aux salariés de réaliser des efforts afin d'accroître les embauches. Ces embauches pourraient advenir à la suite de la création de nouveaux postes, d'une nouvelle branche d'activité ou d'un nouvel établissement. En revanche, ces paris sur l'avenir apparaissent difficilement démontrables. Il appartiendra alors aux partenaires sociaux de démontrer dans le préambule de l'accord de performance collective en quoi les efforts demandés aux salariés sont indispensables pour la création de ces postes. Cette exigence imposée par le législateur rassure quant au risque d'utilisation de ces accords afin d'obtenir des efforts des salariés alors que les objectifs étaient inatteignables. L'accord de performance collective « *puise ses racines dans deux dispositifs aujourd'hui disparus : l'accord de maintien dans l'emploi et l'accord de préservation et de développement de l'emploi. Or, ces deux dispositifs avaient pour dénominateur commun d'imposer aux négociateurs un préalable, celui de procéder à un diagnostic partagé en vue de s'assurer que la situation de l'entreprise justifiait le recours au dispositif /au cadre fixé par le législateur* »⁷⁵. La loi n'impose plus expressément de procéder à ce diagnostic, mais il s'impose *de facto*. Dans le cadre du développement de l'emploi, comment apprécier la réalité de l'objectif si aucun diagnostic, aucune étude ne sont réalisés ? Ce diagnostic devra donc être établi. D'abord pour convaincre les représentants syndicaux représentatifs de conclure l'accord, mais également pour justifier la conclusion de l'accord de performance collective.

⁷⁴ A. Teissier, *ibid*, préc.

⁷⁵ *Ibid*, préc.

Depuis le début de la crise sanitaire, la préservation et le développement de l'emploi sont davantage employés que les nécessités au fonctionnement de l'entreprise comme objectif de l'accord de performance collective car ils emportent la notion d'emploi, laquelle a été affectée par la conjoncture. C'est donc principalement la préservation de l'emploi qui a été usitée par les partenaires sociaux, ce qui permet d'affirmer que l'accord de performance collective, en laissant le choix aux partenaires sociaux entre stratégie offensive et stratégie défensive, est un outil qui permet de répondre aussi bien à des nécessités conjoncturelles que structurelles. Mais cette efficacité est également due à la flexibilité de la procédure de conclusion.

CHAPITRE II - La flexibilité de la procédure conclusion

Il ne faut pas l'oublier, en ratifiant les ordonnances de 2017, le législateur avait pour objectif de simplifier le recours à l'accord de performance collective. Cette simplification s'est retrouvée dans la procédure d'adoption d'un tel accord. Au-delà des conditions larges de recours, l'accès à l'accord de performance collective est facilité tant par la multitude d'acteurs susceptible de négocier un accord de performance collective (**SECTION I**), que par son champ d'application étendu (**SECTION II**).

SECTION I - Une négociation ouverte à une multitude d'acteurs

De nombreux acteurs sont susceptibles d'intervenir lors de la négociation d'un accord de performance collective. Les acteurs principaux de la négociation collective sont d'abord évidemment les parties à l'accord (**§I**), mais des tiers peuvent intervenir soit parce que la loi le prévoit, soit parce que les acteurs de la négociation auront mandaté ce tiers (**§II**).

PARAGRAPHE I - De nombreux acteurs susceptibles d'être partie à l'accord

A - Les règles classiques de la négociation collective

« *Là où la loi ne distingue pas, il ne faut pas distinguer* » rappelle le célèbre adage. L'article L. 2254-2 du Code du travail ne fait aucune précision quant à la procédure de

négociation de l'accord de performance collective. L'article se contente d'affirmer que l' « accord de performance peut... »⁷⁶. Il appert que la loi ait donné aux entreprises la possibilité de bénéficier de la souplesse des procédures alternatives de conclusion des accords collectifs. C'est en tout cas l'interprétation de la pratique puisque « dès l'entrée en vigueur de ce nouveau dispositif, il est apparu que n'étaient pas rares les APC signés avec d'autres acteurs que les organisations syndicales, conformément aux modes supplétifs de négociation admis par le code du travail (C. trav., art. L. 2232-21 s.) »⁷⁷. En vertu de ce dernier article, les accords collectifs peuvent être négociés avec les représentants du personnel, les salariés mandatés par une organisation syndicale représentative (OSS), mais aussi directement par les salariés par voie de référendum pour certaines entreprises.

Classiquement, la procédure de négociation d'un accord collectif se déroule avec les organisations syndicales représentatives ayant réunis plus de 50 % des suffrages exprimés, et dont les délégués sont investis d'un mandat antérieurement à la conclusion de l'accord⁷⁸. Si la signature des organisations syndicales représentatives n'est pas majoritaire mais se situe entre 30 et 50 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles, alors le recours au référendum est ouvert⁷⁹. Suite à la demande de référendum, un délai de 8 jours court laissant la possibilité aux autres organisations syndicales de ratifier l'accord afin de franchir le seuil de 50 % nécessaire à un accord majoritaire. Si le seuil n'a pas été franchi, la consultation des salariés est réalisée dans un délai de 2 mois⁸⁰.

La négociation avec les représentants du personnel est prévue par le Code du travail dans les entreprises dont l'effectif habituel est d'au moins 11 salariés et de moins de 50 salariés⁸¹. Celles-ci doivent toutefois être dépourvues de délégué syndical, ce dernier ayant la priorité. Dans les entreprises dont l'effectif habituel est supérieur ou égal à 50 salariés, « en l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise ou l'établissement, les membres titulaires de la

⁷⁶ B. Gauriau, L'accord de performance collective est-il un accord majoritaire ?, SJS n° 7, 19 Février 2019, act. 64.

⁷⁷ P. Lokiec, A. Cormier Le Goff, I. Taraud – Juges et accords de performance collective, Droit social 2020. 511.

⁷⁸ CE, 22 juill. 2015, Pages jaunes, n° 382668.

⁷⁹ Art. L. 2232-12 al 2, C. trav.

⁸⁰ Art. L. 2232-12 al 3, C. trav.

⁸¹ Art. L. 2232-23-1 I al. 2, C. trav.

*délégation du personnel du comité social et économique peuvent négocier, conclure, réviser ou dénoncer des accords collectifs de travail s'ils sont expressément mandatés à cet effet par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche dont relève l'entreprise ou, à défaut, par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel. Une même organisation ne peut mandater qu'un seul salarié »*⁸². L'entreprise peut également trouver comme interlocuteur les salariés mandatés par les organisations syndicales représentatives.

Les entreprises dépourvues de délégués syndicaux, dont l'effectif habituel se situe entre au moins 11 salariés et moins de 50 salariés, peuvent conclure des accords de performance collective avec les salariés mandatés par une OSS⁸³. Ce mode alternatif de négociation a son importance. En effet, les TPE-PME représentent la plus grande part des accords de performance collective signés. Les entreprises de 10 à 49 salariés sont passées de 37 APC signés avant la crise à 71 pendant la crise sanitaire, représentant ainsi 28 % des accords de performance collective signés. Cela représente la plus grande part des accords signés⁸⁴.

Dans les entreprises sans délégués syndicaux, dont l'effectif habituel est situé sous le seuil de 11 salariés, ou dans les entreprises entre 11 et 20 salariés dépourvues d'élus de la délégation du personnel, la consultation directe des salariés est ouverte. L'employeur doit communiquer aux salariés le projet d'accord de performance collective au moins 15 jours avant la consultation⁸⁵. L'élaboration du projet réalisée unilatéralement par l'employeur fait néanmoins dire à certains auteurs que la conclusion de tels accords, bien que nécessitant la majorité des deux tiers des salariés, est entachée d'illégitimité⁸⁶.

⁸² Art. L. 2232-24, C. trav.

⁸³ Art. L. 2232-23-1 II al. 3. C. trav.

⁸⁴ Voir tableau 1 en annexe n°3.

⁸⁵ Art. L.2232-21 à 23, C. trav.

⁸⁶ Y. Pagnerre, Les accords de performance collective, *Dr. soc.* 2018, p. 694

B - La reconnaissance constitutionnelle d'une dérogation au droit commun

Selon l'adage « *ubi lex non distinguit* », lorsque la loi reste silencieuse sur l'éventualité d'un régime dérogatoire, il faut en conclure que le régime qui s'applique est celui de droit commun. Toutefois, le Conseil constitutionnel, depuis son arrêt largement commenté du 21 mars 2018, semble avancer que la négociation d'un accord de performance collective doit respecter une procédure exorbitante du droit commun. Le Conseil a en effet considéré qu' « *en vertu de l'article L. 2232-12 du Code du travail, l'accord, pour être adopté, doit soit être signé par des organisations syndicales représentatives majoritaires, soit être approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés s'il n'a été signé que par des organisations syndicales représentatives minoritaires ayant recueilli plus de 30 % des voix au premier tour des dernières élections des membres titulaires du comité social et économique* »⁸⁷. L'accord de performance collective serait donc, pour le Conseil constitutionnel, un accord nécessairement majoritaire qui doit en respecter les modalités de conclusion. « *L'atteinte au droit à l'emploi et à la liberté contractuelle ne serait justifiée que si la négociation était réalisée avec des syndicats représentatifs dans l'entreprise et l'accord signé aux nouvelles conditions de majorité* »⁸⁸. Une telle interprétation aurait pu freiner l'accès des entreprises à l'APC, si bien que le Professeur Gauriau regrette que « *ce dispositif soit fermé aux TPE et aux PME privées de présence syndicale. Il eût sans doute été possible de transposer le régime qui fut celui de l'accord de maintien dans l'emploi, singulièrement les dispositions issues de l'article L. 5125-4 (ancien) du code du travail, aujourd'hui abrogé* »⁸⁹. Cette décision s'explique notamment par les observations du Gouvernement à destination de Conseil, qui mentionnaient que l'APC était « *conclu dans les conditions de validité définies à l'article L. 2232-12 du code du travail* »⁹⁰.

En 2022, il s'agit toujours d'interpréter cette décision des Sages de la rue de Montpensier au conditionnel. À cet égard, de nombreux auteurs contestent l'interprétation stricte de leur

⁸⁷ Cons. const., DC, 21 mars 2018, n° 2018-761, considérant n°27.

⁸⁸ Y. Pagnerre, L'accord de performance collective, Droit social 2018. 694

⁸⁹ B. Gauriau, L'accord de performance collective depuis la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018, Droit social 2018 p.504.

⁹⁰ Observations du gouvernement sur Cons. const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, préc. (www.conseil-constitutionnel.fr/les-decisions/decision-n-2018-761-dc-du-21-mars-2018-observations-du-gouvernement)

décision. En vertu de l'adage énoncé supra, Y. Pagnerre évoque une décision *contra legem*. Il argue de surcroît que dans les travaux préparatoires, il a été souligné que « *la nouvelle rédaction de l'article L. 2254-2, introduite par l'article 3 de l'ordonnance, élargit et simplifie les règles des accords de préservation et de développement de l'emploi (APDE), créés par la loi travail* »⁹¹ »⁹². Et de commenter qu' « *En aucun cas, il apparaît que le législateur ait voulu rigidifier ou complexifier la conclusion des APC par rapport aux dispositifs antérieurs qui soit acceptaient une forme de négociation dérogatoire* »⁹³ »⁹⁴. Mme Cormier Le Goff partage l'idée d'une décision *contra legem* de la juridiction suprême, « *le texte légal régissant l'APC, qui se borne à le qualifier « d'accord » sans lui accorder une nature juridique particulière, ne comporte aucune restriction quant à ses modes de conclusion, ce qui devrait autoriser le recours à tous ceux ouverts par la loi.* »⁹⁵. Cette solution du Conseil est d'autant plus surprenante que l'Administration du travail avait pourtant fait expressément référence aux procédures alternatives de conclusion d'un accord de performance collective⁹⁶, et dans une analyse du recours aux APC durant la crise sanitaire, la DARES comptabilise les accords qui ne sont pas conclus avec les délégués syndicaux représentatifs et majoritaires, et semble par conséquent leur octroyer un caractère licite⁹⁷. Enfin, dans ses questions-réponses, le Ministère du travail affirme que « *les conditions de validité de l'accord de performance collective sont identiques à celles de tout accord collectif d'entreprise [...] En l'absence de délégué syndical, s'appliquent les modalités de négociation dans les entreprises dépourvues de délégué syndical ou de conseil d'entreprise (art. L. 2232-21 à L. 2232-29-2 du Code du travail)* »⁹⁸, en contradiction avec la solution du Conseil constitutionnel. Ces contradictions créent une insécurité juridique pour le salarié, qui n'est pas en mesure de connaître les APC

⁹¹ A. Milon, rapp. Sénat (2017-2018) n° 194, 20 déc. 2017. 28.

⁹² Y. Pagnerre, *ibid*, préc.

⁹³ Anc. art. L. 2254-2, I, al. 5, et L. 5125-4., C. trav.

⁹⁴ Y. Pagnerre, *ibid*, préc.

⁹⁵ P. Lokiec, A. Cormier Le Goff, I. Taraud, Juges et accords de performance collective, *Droit social* 2020. 511.

⁹⁶ DGT, Guide relatif aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, 2019, Fiche 11 b.

⁹⁷ DARES, les accords de performance collective : quels usages durant la crise ?, *Analyses*, novembre 2021.

⁹⁸ Ministère du travail, de l'emploi et de l'insertion professionnelle, Questions-réponses, Les accords de performance collective, juillet 2020.

qui seront susceptibles de lui être opposables. Toujours est-il que quelque acteur que ce soit, les partenaires sociaux peuvent faire appel à des tiers lors de la négociation d'un APC.

PARAGRAPHE II - Des tiers susceptibles d'éclairer la négociation de l'APC

A - Le mandat d'un expert-comptable

La loi a souhaité offrir aux partenaires sociaux la possibilité d'analyser le contenu, les conséquences mais aussi l'atteinte des objectifs de l'accord. C'est en ce sens que le législateur a expressément prévu que les partenaires sociaux peuvent décider de mandater un expert en vue de préparer la négociation de l'article L. 2254-2 du Code du travail. Cette faculté est consacrée à l'article L. 2315-92, qui dispose que « *le comité peut également mandater un expert-comptable afin qu'il apporte toute analyse utile aux organisations syndicales pour préparer les négociations prévues aux articles L. 2254-2 et L. 1233-24-1* ».

La désignation d'un expert-comptable impose, comme lors de la négociation d'un accord sur les mesures sociales d'un PSE, un vote majoritaire en CSE. Suite à ce vote, un échange avec les partenaires sociaux sera organisé afin de déterminer les modalités d'intervention de l'expert-comptable⁹⁹. Un délai sera alors attribué à l'expert pour réaliser son rapport. Ce dernier a pour finalité d'aider les représentants du personnel à analyser « *les conséquences de chacun des aménagements proposés par la direction et à préconiser des solutions alternatives ou à ajuster le projet initial de la direction* »¹⁰⁰. Les facultés de l'expert-comptable ont été revues, et depuis les ordonnances du 22 septembre 2017, ce dernier ne dispose plus des mêmes prérogatives que le commissaire aux comptes en cas de mandat à la charge partielle ou totale de l'employeur¹⁰¹. Le législateur, soucieux de permettre aux organisations syndicales d'analyser les conséquences de l'accord, a néanmoins posé une exception en cas de négociation d'un accord de performance collective. Les larges pouvoirs de l'expert-comptable sont donc préservés en la matière, ce qui permet aux organisations

⁹⁹ P. Gervais et J. Sportes, Les missions de l'expert-comptable du CSE lors des négociations d'entreprise, Les Cahiers Lamy du CSE, N° 222, 1er février 2022

¹⁰⁰ *ibid*, préc.

¹⁰¹ Anc. art. L. 2325-37, al. 1, C. Trav.

syndicales de négocier en connaissance de cause et d'assurer une certaine transparence vis-à-vis des salariés¹⁰².

L'expert-comptable aura donc tout loisir d'exiger, notamment en référé, toute pièce qu'il estimerait utile à l'exercice de ses missions¹⁰³. Des pièces auxquelles le CSE n'a pas accès peuvent également être réclamées par l'expert, et les documents mis à sa disposition ne peuvent être circonscrits à ceux fournis aux actionnaires¹⁰⁴. Partant, l'expert-comptable pourra être force de proposition sur les mesures favorisant l'emploi, mais il pourra également alerter sur l'utilité de clauses de retour à meilleure fortune en cas de difficultés économiques conjoncturelles¹⁰⁵. Eu égard au champ d'application étendu de l'accord de performance collective, l'expert-comptable aura des pouvoirs à proportion de cette étendue. Enfin, une lecture stricte des dispositions législatives converge vers l'idée que le recours à l'expert-comptable lors de la négociation d'un APC serait une faculté exclusive des délégués syndicaux¹⁰⁶. Cette disposition apparaît contradictoire avec la volonté du législateur de permettre au plus grand nombre d'entreprises de conclure un APC. Par ailleurs, le Professeur Teyssié souligne sciemment que, lorsque l'interlocuteur dispose d'un mandat syndical, le cocontractant est en réalité l'organisation syndicale qui lui a octroyé ce mandat¹⁰⁷.

Le législateur n'ayant consacré qu'un seul article à l'accord de performance collective dans le Code du travail, bon nombre de questions restent en suspens. Le financement de l'expertise en matière d'APC doit donc trouver ses règles en jonglant avec les articles du code. Il appert cependant que l'expertise-comptable doive faire l'objet d'un financement partagé entre l'employeur à hauteur de 80 % et du CSE à hauteur de 20 % du coût de l'expertise pour les négociations ponctuelles¹⁰⁸. L'article L. 2315-92 du Code du travail

¹⁰² Art. L. 2315-93, al. 1er, C. trav.

¹⁰³ Cass. soc., 17 févr. 2004, n° 02-11.404 : RJS 2004, n° 714.

¹⁰⁴ TGI Lille, réf., 9 août 1984 : Dr. ouvrier 1985, p. 21

¹⁰⁵ P. Gervais et J. Sportes, *ibid*, préc.

¹⁰⁶ M. Ollivieret et B. Taillardat-Pietri, L'APC : opportunités et précautions d'emploi, *SSL 2018*, n°1827

¹⁰⁷ B. Teyssié, Fasc. 15-50 : Comité social et économique – Expert comptable. Expert économique. Expert libre. *JurisClasseur Travail Traité*

¹⁰⁸ Art. L. 2315-80, C. trav.

dispose néanmoins qu'un expert-comptable peut être désigné lors de la conclusion d'un APC, or cet expert est le même qu'en cas de licenciement économique collectif dont le financement est assuré par l'employeur. La référence à ce dernier expert, financé en totalité par l'employeur, laisse à penser que le législateur ait souhaité calquer le régime de l'expertise en matière de licenciement économique collectif sur le régime du financement de l'expertise au cours de la négociation d'un APC, en ce sens qu'elle apparaît devoir être prise en charge entièrement par l'employeur. Si tel est le cas, c'est une protection supplémentaire des salariés dont les représentants sont assurés de négocier en connaissance de cause.

B - La consultation du CSE

Auparavant, les projets, les révisions ou encore les dénonciations d'un accord collectif étaient soumis à consultation du CSE. Toutefois, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 17 août 2015¹⁰⁹, l'article L. 2312-14 du Code du travail a abandonné cette obligation de consultation du CSE en cas de projets, révisions ou dénonciations d'accord collectif. Il en ressort que « *sauf en cas de mise en place d'un conseil d'entreprise, aucune consultation du CSE n'est prévue avant la conclusion d'un accord de performance collective, qui peut comporter des clauses en matière de salaire* »¹¹⁰. Cette déduction *a priori* issue des textes législatifs selon laquelle, comme tous les accords collectifs, l'APC n'est soumis à aucune consultation obligatoire du CSE pourrait être précipitée eu regard aux conséquences possibles de l'APC. En effet, dans le cas où l'APC aurait pour conséquence une réorganisation de l'entreprise susceptible d'emporter des implications importantes en matière sociale, et ce alors que cette réorganisation n'était pas stipulée dans l'APC, « *la consultation du comité s'imposerait en tout état de cause, non sur le contenu de l'accord lui-même, mais sur le projet de réorganisation de l'entreprise sous réserve qu'il entre dans le champ des attributions du comité (la DGEFP s'est prononcée en ce sens)* »¹¹¹. Par décret du 2 mai 2020 et en raison de la crise sanitaire, le Gouvernement a pris la décision de réduire les délais des

¹⁰⁹ Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi.

¹¹⁰ Mémento Comité social et économique et autres représentants du personnel 2022, Consultations ponctuelles.

¹¹¹ M. Ollivieret et B. Taillardat-Pietri, L'APC : opportunités et précautions d'emploi, *SSL 2018*, n°1827

informations-consultations du CSE. Dans ce décret, le pouvoir réglementaire a pris le soin de préciser que ces délais abrégés n'étaient pas applicables en cas de conclusion d'un accord de performance collective¹¹², preuve s'il en fallait que le CSE est susceptible d'être consulté lors de la conclusion de ce type d'accord.

Alors que les accords de performance collective sont signés majoritairement avec les délégués syndicaux, la DARES souligne un taux plus élevé de négociation avec les salariés non-mandatés lors de la conclusion d'accords de performance collective (29 %) que dans l'ensemble des accords (10 %)¹¹³. Sur ce point, il apparaît que la décision du Conseil constitutionnel réclamant la nécessité de la conclusion d'un accord de performance collective avec les organisations syndicales représentatives ne soit pas suivie d'effets. En ce qui concerne les recours à l'expert-comptable et l'information-consultation du CSE, la pratique contentieuse ne permet pas encore de tirer de conclusions, mais il ne paraît pas présomptueux d'affirmer que les entreprises se soient saisi de la multitude d'acteurs susceptibles d'intervenir à la négociation. Le champ d'application étendu de cet accord explique également la raison de ce succès (**SECTION II**).

SECTION II - Une négociation ouverte sur un champ d'application étendu

Le champ d'application de la négociation de l'accord de performance collective est qualifié d'étendu car il offre aux partenaires sociaux une certaine souplesse. D'abord une souplesse quant à l'échelle des négociations (§I) mais également une souplesse concernant la durée de ces accords (§II).

¹¹² P. Lokiec, A. Cormier Le Goff, I. Taraud, Juges et accords de performance collective, *Droit social* 2020. 511

¹¹³ DARES, *Analyses, préc.* ; Annexe n°3

PARAGRAPHE I - Des échelles de négociation à l'articulation incertaine

Une multitude d'échelles de négociation a été ouverte aux partenaires sociaux, qu'il est possible de ranger entre les échelles *infra* entreprise d'une part (A) et les échelles *supra* entreprise d'autre part (B).

A - Les échelles *infra* entreprise

L'article L. 2232-11 du Code du travail dispose que « *Sauf disposition contraire, les termes " convention d'entreprise " désignent toute convention ou accord conclu soit au niveau du groupe, soit au niveau de l'entreprise, soit au niveau de l'établissement* ». L'article enseigne par conséquent que « convention d'entreprise » est un terme générique comprenant les accords au niveau de l'établissement. Sachant qu'avant la loi d'habilitation¹¹⁴ de 2018, les accords de performance collective étaient désignés par l'article L. 2254-2 comme des « accords d'entreprise », il est évident que l'article L. 2232-11 Code du travail s'applique. L'accord de performance collective peut donc être incarné par un accord d'établissement. Tout porte à croire que les objectifs de l'accord de performance collective devront alors être appréciés à l'échelle de l'établissement. Mais bien souvent, l'APC est conclu à l'échelle de l'entreprise.

Comme pour l'accord d'établissement, il s'agit de se référer à l'article L. 2232-11 du Code du travail, qui indique que le terme « convention d'entreprise » désigne comme son nom le présage les accords conclus à l'échelle de l'entreprise. Le Ministère du travail l'a d'ailleurs rappelé à l'occasion d'un exercice de questions-réponses de juillet 2020¹¹⁵. Là-encore, les objectifs que se donneront les partenaires sociaux devront être appréciés à l'échelle de la négociation qu'ils ont entreprise, à savoir au niveau de l'entreprise.

Pour comprendre pourquoi un accord de performance collective peut être conclu à l'échelle d'une unité économique et sociale (UES), il faut définir l'UES. Celle-ci se caractérise en effet

¹¹⁴ Loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social

¹¹⁵ Ministère du travail, Questions-réponses, 2020.

par une union de « *personnes juridiquement distinctes* »¹¹⁶ dont l'existence permet en droit du travail de dévoiler une « *seule et même entreprise là où le droit des sociétés en constate plusieurs* »¹¹⁷. Puisque l'UES forme une entreprise, alors un accord à son échelle est un accord d'entreprise, dont on a déjà vu qu'il pouvait être le récipiendaire de l'accord de performance collective. « *Le terme « employeur » est mentionné à l'article L. 2254-2 non au stade de la conclusion de l'accord mais au stade de ses effets. L'employeur est simplement créancier et débiteur des obligations découlant de l'accord* »¹¹⁸. En conséquence de quoi, les différents employeurs de l'UES pourront conclure cet accord, mais les dispositifs et les objectifs de l'APC s'apprécieront à l'égard de l'UES dans son ensemble. Peu commune, c'est pourtant l'échelle qu'a choisie la société *CDC Habitat* pour conclure un APC¹¹⁹.

Cette multitude d'échelles *infra* entreprise crée une incertitude dans l'articulation des accords conclus à des échelles différentes, ce qui risque d'avoir pour conséquence de perdre le salarié quant à la norme conventionnelle qui lui est opposable. Ce risque est d'autant plus grand que la conclusion d'un APC est également rendue possible à des niveaux de négociation *supra* entreprise (**B**).

B - Les échelles *supra* entreprise

Comme l'entreprise, d'établissement ou encore d'UES, le niveau de négociation du groupe peut permettre la conclusion d'un accord de performance collective. Pourtant, l'article L. 2254-2 du Code du travail ne semble pas envisager la conclusion d'un tel accord à l'échelle du groupe. Mais puisque « *tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas* », il appert que l'APC puisse être conclu au niveau du groupe conformément aux dispositions de droit commun¹²⁰, qui disposent que « *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*

¹¹⁶ Soc. 7 mai 2002, n° 00-60.424, D. 2002. 3119, Dr. soc. 2002. 715, note J. Savatier

¹¹⁷ E. Pelskine, Réseaux d'entreprises et droit du travail, thèse, Paris-X-Nanterre, 2004.

¹¹⁸ C. Duchemin, Les accords de performance collective, Mémoire, Université Paris II Panthéon-Assas.

¹¹⁹ CDC Habitat, 26 févr. 2019, legifrance.gouv.fr.

¹²⁰ Art. L. 2232-11, C. trav.

condition »¹²¹. Ce niveau de négociation est toutefois très peu utilisé puisqu'il ne représente que 2% des accords conclus¹²², et ce malgré la crise sanitaire, car l'objectif de l'APC est d'améliorer la performance collective de l'entreprise de façon souple. Or, la négociation à l'échelle de l'entreprise signifie qu'il faudra apprécier les dispositifs et les objectifs de l'APC au niveau du groupe. Cette large appréciation ampute de sa souplesse un APC se voulant flexible. Ce niveau d'accord est enfin susceptible de créer des incertitudes d'articulation.

Les APC peuvent donc être négociés au niveau de l'établissement, l'entreprise, l'UES, ou encore le groupe. Ces différents étages de négociation emportent des incertitudes d'abord sur l'articulation des normes conventionnelles entre elles, et par ricochet, sur l'opposabilité au salarié. Il est vrai que cette incertitude n'est pas apparue avec les accords de performance collective. Déjà en 2016, le législateur a tenté de mettre de l'ordre dans cette articulation en disposant à l'article L. 2253-5 du Code du travail que « *lorsqu'un accord conclu dans tout ou partie d'un groupe le prévoit expressément, ses stipulations se substituent aux stipulations ayant le même objet des conventions ou accords conclus antérieurement ou postérieurement dans les entreprises ou les établissements compris dans le périmètre de cet accord* »¹²³. Cet accord consacre la possibilité de contourner le principe de faveur en stipulant dans l'accord de groupe une clause de commutation. *A contrario*, à défaut d'une telle clause, « *le principe de faveur doit pouvoir jouer* »¹²⁴. Pour ce faire, une méthode de comparaison globale des avantages de même objet ou cause est préconisée par la Cour de cassation¹²⁵. Cette dernière appréciera notamment les contreparties réelles et effectives prévues par l'accord en matière d'emploi pour décider de la norme conventionnelle opposable¹²⁶. Au surplus, la négociation collective au niveau du groupe pose la question des rapports qu'entretient le groupe avec ses filiales. Les effets possibles d'un accord de performance sont tellement puissants à l'égard du contrat de travail du salarié, et par conséquent sur la performance collective d'une entreprise,

¹²¹ Art. L. 2232-33, C. trav.

¹²² DARES, préc. ; Annexe n°3.

¹²³ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

¹²⁴ J. Daniel, À propos de l'effet coagulant de l'emploi en matière conventionnelle, SJS n° 11, 17 Mars 2020, 1073

¹²⁵ P. Lokiec, A. Cormier Le Goff, I. Taraud, Juges et accords de performance collective, Droit social 2020. 511

¹²⁶ Soc., 8 janv. 2020, n° 18-17.708, publié au Bulletin ; RDT 2020. 191, obs. I. Meftah

que certains auteurs s'interrogent sur le fait de savoir si la conclusion d'un tel accord au niveau du groupe ne pourrait pas permettre de démontrer une ingérence anormale du groupe dans la gestion économique et sociale de ses filiales, de sorte qu'une situation de coemploi serait révélée¹²⁷. Cette liberté de choix relative au niveau de négociation se retrouve en matière de durée de l'APC.

PARAGRAPHE II - La libre durée de l'accord

La loi laisse toute latitude aux partenaires sociaux quant à la durée de leur APC. Il peut donc être conclu pour une durée déterminée (A), indéterminée (B) mais il est également possible de négocier un panachage (C).

A - Un accord à durée déterminée

Contrairement aux anciens accords de préservation et de développement de l'emploi qui obligeaient les partenaires sociaux à déterminer la durée de leur accord pour 5 ans maximum¹²⁸, le législateur ne consacre aucune obligation en la matière à l'article L. 2254-2 du Code du travail. Il s'agit de se reporter à l'article L. 2222-4 du même code, qui lui prévoit que « *la convention ou l'accord est conclu pour une durée déterminée ou indéterminée* ». En vertu de cet article, les partenaires sociaux qui négocient un APC peuvent librement déterminer la durée de leur accord. Pour respecter l'esprit des APC conclus pour permettre aux entreprises de s'adapter au marché, il apparaît qu'une durée déterminée soit plus appropriée. Cette durée va donc être déterminée en fonction des objectifs de l'accord et du diagnostic qui sera posé pour les atteindre¹²⁹. D'aucuns appellent à ce que la durée déterminée soit de nouveau imposée afin de s'assurer que l'APC soit utilisé à bon escient¹³⁰. Concernant le terme fixé par les partenaires sociaux, il peut s'incarner en une date fixe, mais aussi en un évènement futur et incertain. Le terme prendra alors la forme d'une condition

¹²⁷ P. Lokiec, A. Cormier Le Goff, I. Taraud, *ibid* préc.

¹²⁸ Anc. art. L. 5125-1, C. trav.

¹²⁹ M. Hautefort, Utiliser l'accord de performance collective pour gérer la reprise, Les Cahiers du DRH, N° 277, 1er juillet 2020

¹³⁰ Y. Tarasewicz, H. Cavat, Controverse : L'accord de performance collective : instrument adéquat pour gérer une crise conjoncturelle ?, RDT. 2020. 584

suspensive.¹³¹ « *L'évènement attendu doit pouvoir être diagnostiqué avec une précision chiffrée (exemple : retour au chiffre d'affaires de 2019). Il est d'ailleurs possible de prévoir des étapes, les restrictions étant allégées au fur et à mesure que la situation se redresse* »¹³². Une clause cernant la situation des salariés à l'issue de l'accord apparaît indispensable à l'APC à durée déterminée. À défaut, « *lorsque la convention ou l'accord arrive à expiration, la convention ou l'accord cesse de produire ses effets* »¹³³.

B - Un accord à durée indéterminée

Il ne faut pas confondre la durée indéterminée, et la volonté de ne pas déterminer la durée. En effet, comme Sartre, les partenaires sociaux peuvent faire le choix de ne pas choisir¹³⁴. Partant, lorsqu'ils n'ont rien stipulé dans l'APC, l'article L. 2222-4 du Code du travail enseigne qu'« *à défaut de stipulation de la convention ou de l'accord sur sa durée, celle-ci est fixée à cinq ans.* ». En revanche, les partenaires sociaux peuvent décider de déterminer la durée en lui donnant un caractère indéterminé. « *Le fait que l'APC puisse être conclu à durée indéterminée, conforte l'idée que ces nécessités ne sont pas obligatoirement d'ordre conjoncturel, mais qu'elles peuvent être structurelles* »¹³⁵. Cependant, le redémarrage de l'entreprise peut parfois nécessiter une nouvelle façon de travailler et en pareille occurrence, il n'est pas impensable de stipuler une durée indéterminée en réponse à une crise conjoncturelle¹³⁶. Mais la stipulation d'une durée indéterminée est d'ailleurs extrêmement majoritaire¹³⁷ puisqu'elle représentait 74% des APC en 2018. « *Avec la crise, près d'un APC sur deux est à durée déterminée, contre un sur cinq avant la crise (tableau 2). Ce basculement répond au besoin urgent d'adaptation auquel font face les entreprises depuis le mois de mars 2020. En témoigne également le fort repli de la durée moyenne des APC à durée déterminée, qui passe de 14 à 5 mois* »¹³⁸. Peu d'accords stipulent des clauses de revoiyure ou de retour en arrière, de sorte que la doctrine s'inquiète d'une « *dynamique de*

¹³¹ Art. 1181 et 1182, C. civ.

¹³² M. Hautefort, *ibid*, préc.

¹³³ Art. L. 2222-4, C. trav.

¹³⁴ J-P Sartre, *L'existentialisme est un humanisme*

¹³⁵ P. Lokiec, A. Cormier Le Goff, I. Teraud, *ibid* préc.

¹³⁶ M. Hautefort, *ibid*, préc.

¹³⁷ Y. Tarasewicz, H. Cavat, *ibid*, préc.

¹³⁸ DARES, *ibid*, préc. ; Annexe n°2.

moins-disant social » entre les entreprises afin de rester compétitives¹³⁹. La stipulation d'une durée indéterminée s'avère parfois une aubaine pour les représentants syndicaux. Ces derniers peuvent se réserver, « *par le jeu de la dénonciation, la possibilité de choisir à quel moment il y est mis fin* »¹⁴⁰.

C - Le panachage

Tout n'est pas tout blanc ou tout noir. Dès lors, certaines clauses de l'APC nécessiteront d'être accompagnées d'un terme à durée indéterminée, alors que d'autres clauses auront besoin d'un terme à durée déterminée. La grande liberté laissée aux partenaires sociaux dans la conclusion d'un APC leur permet de pouvoir personnaliser pour chaque clause la durée de son application. Ainsi, dans un même APC, certaines stipulations auront un terme déterminé et d'autres une durée indéterminée. Si cela ne facilite pas la tâche du salarié qui découvre l'accord de performance collective, il conviendra néanmoins de prévoir une clause expresse de dénonciation pour les stipulations à durée indéterminée. Effectivement, la dénonciation partielle est jugée nulle excepté si elle est autorisée par l'accord¹⁴¹. Si la seule stipulation d'une durée déterminée devrait suffire à écarter la clause de la dénonciation, il ne peut qu'être recommandé une mention expresse.

L'éminente latitude laissée aux partenaires sociaux dans la négociation d'un accord de performance se révèle donc dans l'ensemble des modalités de recours à l'APC offert aux partenaires sociaux. Ainsi, les motifs de recours à cet APC ont été élargis, avec la disparition de l'obligation de démontrer des difficultés économiques, et le bénéfice des dispositions de droit commun sur la procédure de conclusion d'un accord en a facilité l'accès aux entreprises. L'éminente latitude des partenaires sociaux ne trouve pas seulement sa source dans les voies de recours et la procédure de droit commun qui a été ouverte aux partenaires sociaux. Cette liberté est tout autant présente dans le contenu négociable par les partenaires sociaux, qui ont la capacité de personnaliser leur APC (**TITRE II**).

¹³⁹ L. Bento de Carvalho, « Le contentieux des accords d'entreprise au prisme du contrat d'adhésion », Dr. soc. 2019. 867 ; Y. Pagnerre, « Les accords de performance collective », Dr. soc. 2018. 694

¹⁴⁰ M. Hautefort, *ibid*, préc.

¹⁴¹ M. Hautefort, *ibid*, préc.

TITRE II - UN CONTENU PERSONNALISABLE À LA FAVEUR DE LA PERFORMANCE COLLECTIVE D'ENTREPRISE

Contrairement aux accords sur l'emploi antérieurs, le contenu de l'APC peut aborder les trois thèmes du socle contractuel, à savoir la rémunération, la durée du travail et la mobilité du salarié. Au-delà, l'article L.2254-2 du Code du travail propose de stipuler des clauses facultatives telles que des contreparties d'employeurs ou la fixation de modalités concernant l'information du salarié sur l'accord.

Le contenu de l'APC est donc ultra personnalisable afin de répondre au mieux au besoin de performance collective de l'entreprise. Partant, il en ressort que le socle contractuel est rendu entièrement modifiable par le domaine substitutif de l'APC (**CHAPITRE I**), d'autant plus que les notions de durée du travail, de mobilité et de rémunération du salarié sont entendues au sens large et peu limitées. En revanche, les clauses qui paraissent anodines pour la performance collective de l'entreprise, telles que les modalités d'information des salariés ou les contreparties des organisations patronales, sont exclues du domaine substitutif de l'APC (**CHAPITRE II**), ce qui les rend facultatives et leur confère peu de valeur contraignante par rapport au contrat de travail.

CHAPITRE I - Le socle contractuel rendu entièrement modifiable par le domaine substitutif de l'APC

Le socle contractuel, qui contient depuis l'arrêt *Le Berre*¹⁴² de la Cour de cassation notamment la durée du travail, la rémunération, le lieu de travail et la nature du travail, est entièrement remis en cause par la conclusion d'un APC. Les modalités d'exercice de la prestation de travail sont effectivement taillables sur-mesures (**SECTION I**) et la rémunération est quant à elle modifiable dans le respect de l'ordre public (**SECTION II**).

¹⁴² Cass. Soc., 10 juillet 1996, 93-41.137, Publié au bulletin.

SECTION I - Des modalités d'exercice de la prestation de travail taillables sur-mesure

Taillables sur-mesure, l'APC attache aux modalités d'exercice de la prestation de travail un large domaine modifiable. Ce domaine, permettant une grande latitude dans la négociation sur le socle contractuel du salarié, n'est toutefois pas sans limite. La mobilité du salarié est effectivement limitée par la notion d'entreprise (§I) et la durée du travail est quant à elle enserrée par l'étau des dispositions d'ordre public (§II).

PARAGRAPHE I - La mobilité du salarié délimitée par la notion d'entreprise

L'étude d'Hélène Cavat sur les accords de performance collective enseigne que « *les dispositions relatives aux « conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise » sont présentes dans près d'un tiers des accords* »¹⁴³. Le législateur permet en effet aux partenaires sociaux de négocier sur un domaine substitutif comprenant la mobilité interne à l'entreprise. Cette mobilité comporte deux pans : la mobilité professionnelle interne à l'entreprise (A) et la mobilité géographique interne à l'entreprise (B).

A - La mobilité professionnelle interne à l'entreprise

L'accord de performance n'est pas une nouveauté en matière de mobilité professionnelle, la loi du 14 juin 2013 ayant institué les accords de mobilité interne, qui permettaient déjà aux partenaires sociaux de négocier sur la question. Depuis l'accord de performance collective, la loi est particulièrement large quant à la possibilité de négocier sur la mobilité du salarié interne à l'entreprise. En effet, le législateur n'a volontairement pas précisé cette notion de « *mobilité interne à l'entreprise*¹⁴⁴ ». De cet indéterminisme, les partenaires sociaux tirent la possibilité de négocier la mobilité professionnelle du salarié. Si un tiers des accords contiennent des dispositions sur la mobilité interne à l'entreprise, seuls

¹⁴³ H. Cavat, Les accords de performance collective, Rev. trav. 2020. 165

¹⁴⁴ Art. L. 2254-2, C. trav.

54% d'entre eux stipulent sur la mobilité professionnelle et bien souvent en combinaison avec des stipulations sur la mobilité géographique afin d'en organiser le régime¹⁴⁵.

La négociation sur la mobilité professionnelle est principalement utilisée par les entreprises en vue de réaffecter le salarié sur des postes différents. En d'autres termes, la mobilité professionnelle est souvent utilisée pour rendre les salariés davantage polyvalents par des changements de poste et de rythmes de travail en évitant le régime de la modification du contrat de travail. Pour illustration, un accord stipule que « *les changements d'affectations de salariés entre différentes équipes (postes de jour, de nuit, ou weekend), avec un délai de prévenance de deux semaines, s'effectueront « par application de la mobilité professionnelle prévue au présent titre »*¹⁴⁶. En vue de concilier vie privée et vie personnelle, les partenaires pourront prévoir des mesures d'accompagnement comme prise en charge des frais de déménagement ou de transport¹⁴⁷. Cette négociation n'est toutefois pas sans limite, les partenaires sociaux devant prendre garde à l'article L. 2253-1 du Code du travail qui impose le respect des classifications professionnelles établies par accord de branche. Les clauses de mobilité professionnelles sont souvent combinées avec des clauses de mobilité géographique.

B - La mobilité géographique interne à l'entreprise

Les clauses de mobilité géographique interne à l'entreprise sont les clauses de mobilité interne qui ont le plus de succès dans les accords de performance collective. L'étude empirique d'Hélène Cavat relate que 89 % des clauses de mobilité interne sont des clauses concernant la mobilité géographique¹⁴⁸. Par ce type de clause, les partenaires sociaux autorisent l'entreprise à imposer au salarié un changement de lieu de travail. Ce changement peut avoir lieu hors du secteur géographique de l'entreprise, le secteur géographique permettant déjà à l'employeur de changer unilatéralement le lieu de travail du salarié¹⁴⁹ qui

¹⁴⁵ H. Cavat, *ibid*, préc.

¹⁴⁶ H. Cavat, *ibid*, préc.

¹⁴⁷ S. Maillard-Pinon, *Contrat de travail : modification*, Répertoire droit du travail.

¹⁴⁸ H. Cavat, *ibid*, préc.

¹⁴⁹ Cass., soc., 16 déc. 1998, n° 96-40.227.

est assimilé à une simple modification des conditions de travail¹⁵⁰. Ce secteur peut donc en quelque sorte être étendu par l'APC. Ces clauses laissent la liberté aux partenaires d'imaginer les dispositifs pouvant être mis en place. Ont ainsi pu être négociés la « *création de périodes probatoires ou organisation d'alternances entre périodes de travail et périodes de formation sur un nouveau poste* »¹⁵¹.

La première frontière est celle de la jurisprudence. Les clauses de mobilité géographique de l'APC « *sont classiquement soumises aux mêmes conditions de validité que les contrats, ce qui est légitime compte tenu de leur nature également contractuelle* »¹⁵². Partant, la clause de l'APC devra être suffisamment précise en prévoyant une zone géographique déterminée. Les partenaires sociaux devront également porter une attention particulière à ce que la clause de l'APC ne porte pas une atteinte disproportionnée à la vie personnelle¹⁵³ ainsi qu'au libre choix du domicile du salarié¹⁵⁴ afin de ne pas être déclarée illégale en vertu de la CESDH ou de l'article L. 1121-1 du Code du travail. Les frontières de la mobilité de l'APC sont également celles de l'entreprise en tant qu'institution. L'article L. 2254-2 du Code du travail évoque une négociation sur la mobilité interne à l'entreprise. « *L'adjectif « interne » pourrait circonscrire aux établissements existants au jour de la conclusion de l'accord le cercle de la mobilité, et invalider les mobilités vers de « nouveaux établissements » telles que prévues dans certains accords* »¹⁵⁵. Ainsi une clause, qui ne permettait pas son extension unilatérale par l'employeur¹⁵⁶, prévoyant une mobilité dans l'ensemble des établissements de l'entreprise sur le territoire français a-t-elle été validée par la Cour de cassation¹⁵⁷. C'est également en raison du périmètre de l'entreprise à respecter qu'une clause prévoyant une mobilité dans l'ensemble de l'UES sera invalidée par les juges du Quai de l'Horloge. L'UES étant

¹⁵⁰ Pascal Lokiec, L'accord de performance collective ou le champ infini des possibles, Semaine Sociale Lamy, N° 1918, 31 août 2020.

¹⁵¹ A. Dupays (dir.), Lamy social, p. 29, info. n°1869.

¹⁵² RADÉ, L'objet des obligations imposées doit être déterminé avec suffisamment de précision, note sous Soc. 24 janv. 2008, RDC 2008. 855.

¹⁵³ Cas. soc., 24 janv. 2008, n° 06-45.088

¹⁵⁴ Cass. soc., 12 janv. 1999, *Dr. soc. 1999*, p.287, *obs. J.-E. Ray*.

¹⁵⁵ H. Cavat, *ibid*, préc.

¹⁵⁶ Cas.soc., 2 oct. 2019, n° 18-20.353 ; v. égal. Soc. 18 sept. 2019, n° 18-12.603.

¹⁵⁷ Cas soc., 14 févr. 2018, n° 16-23.042.

composée de plusieurs entreprises, mais ne formant pas une seule et même entreprise, cette mobilité est jugée illégale puisque cela entraînerait un changement d'employeur qui ne peut en aucun cas être imposé au salarié¹⁵⁸. Enfin, bien que Dauzet et Rosec estiment que « *la limitation de l'effet de l'accord sur la mobilité interne à l'entreprise est une insuffisance du texte qui ne permettra pas de sécuriser les bonnes pratiques de solidarité à l'intérieur des groupes* », la Cour de cassation interdit la mobilité à l'intérieur d'un groupe en raison d'un changement d'employeur qui ne saurait être imposé au salarié¹⁵⁹.

PARAGRAPHE II - L'amplitude de la modification de la durée du travail enserrée par l'étau de l'ordre public

A - Une définition étendue de la durée du travail modifiable

L'article L. 2254-2 du Code du travail dispose qu'un accord de performance collective peut aménager la durée du travail. Globalement, il semble que les partenaires sociaux puissent réduire le temps de travail, aménager la répartition du temps de travail ou encore augmenter le temps de travail. C'est donc une innovation de l'accord de performance collective puisque les accords antérieurement consacrés par le législateur n'avaient jamais réuni en un seul dispositif ces trois facultés¹⁶⁰. Concernant la réduction du temps de travail, elle devra être justifiée par le motif choisi en préambule. Cette baisse de temps de travail sera évidemment suivie d'une baisse de rémunération, mais l'acceptation de l'accord par le salarié entraîne l'effet substitutif de l'accord qui rend légale cette diminution de rémunération. À l'inverse, l'accord peut également augmenter le temps de travail. Cet allongement de la durée de travail peut ne pas être accompagnée d'une augmentation de rémunération, ou si l'augmentation est stipulée elle peut ne pas être proportionnelle à l'augmentation du temps de travail¹⁶¹, de sorte que le travailleur travaillera davantage pour le même salaire. Cet accroissement peut également se réaliser par la suppression de congés payés. Aussi les partenaires sociaux peuvent-ils aménager la répartition de la durée de travail. Cette répartition peut donc s'opérer sur une période supérieure à la période classique hebdomadaire. Des

¹⁵⁸ Cass. soc., 16 déc. 2008, n° 07-43.875.

¹⁵⁹ Cass., soc., 23 novembre 2009, n° 07-44.200 ; Cass. soc., 19 mai 2016, n° 14-26.556.

¹⁶⁰ M. Morand, *préc.*, p. 43.

¹⁶¹ A. Dupays, (dir.) : *op. cit.*, p. 29, info. n° 1869.

disparités pourront donc être observées entre les différentes semaines de la période, mais un nombre d'heures devra être réalisé sur la période supérieure.

L'ensemble de ces facultés sont toutefois bornées par les dispositions d'ordre public ainsi que par les dispositions du droit de l'Union Européenne (UE) en la matière, auxquelles l'accord de performance collective doit encore se plier malgré la grande puissance de ses stipulations¹⁶². Il sera alors interdit aux négociateurs de contrevenir à la définition légale du temps de travail effectif qui permet de décompter le temps de travail du salarié¹⁶³. Les partenaires sociaux ne pourront pas plus déterminer une nouvelle durée maximale de travail quotidienne ou hebdomadaire supérieure à la loi¹⁶⁴. Encore, augmenter le seuil d'heures de travail déclenchant des heures supplémentaires ne sera pas une prérogative des négociants¹⁶⁵. Ces derniers devront également se soumettre aux dispositions concernant l'inégalité de traitement. Les partenaires sociaux ne sont en revanche pas obligés de modifier la durée du travail pour l'ensemble des salariés de l'entreprise et peuvent ne cibler qu'un établissement spécifique s'ils le souhaitent¹⁶⁶. Ils ont donc toute latitude dans la négociation sur l'aménagement, l'organisation et la répartition de la durée du travail, mais ce toujours dans le respect de l'ordre public. Les dispositions d'ordre public s'amenuisant, la protection du salarié fond à proportion. Le législateur a toutefois prévu des exceptions en matière de forfait horaire.

B - Les spécificités de la modification et de la mise en place des forfaits annuels

C'est une autre originalité¹⁶⁷ de l'accord de performance collective, qui permet d'être le récipiendaire à la mise en place ou à la modification d'une convention de forfait annuel¹⁶⁸. Selon l'étude empirique d'Hélène Cavat, 27 % des APC aménageaient un forfait annuel, dont

¹⁶² Cass. crim., 7 janv. 2020, n°18-83.074.

¹⁶³ Art. L. 3121-1 à L. 3121-5, C. trav.

¹⁶⁴ Art. L. 3121-18, L. 3121-20 à L. 3121-22, C. trav.

¹⁶⁵ Art. L. 3121-27 à L. 3121-31 ; Art. L. 3121-41, C. trav.

¹⁶⁶ Cass. soc. 4-10-2017 n° 16-17.517 FS-PBRI

¹⁶⁷ H. Cavat, Les accords de performance collective, Rev. trav. 2020. 165

¹⁶⁸ Art. L. 2254-2, II, 4°, C. trav.

les deux tiers le mettaient en place et un tiers le modifiait¹⁶⁹. Ces dispositifs sont une exception de l'accord de performance collective puisque leur régime d'application est différent du reste de l'APC. La loi dispose effectivement que « *Les articles L. 3121-53 à L. 3121-66 s'appliquent si l'accord met en place ou modifie un dispositif de forfait annuel, à l'exception de l'article L. 3121-55 et du 5° du I de l'article L. 3121-64 en cas de simple modification. Lorsque l'accord modifie un dispositif de forfait annuel, l'acceptation de l'application de l'accord par le salarié conformément aux III et IV du présent article entraîne de plein droit l'application des stipulations de l'accord relatives au dispositif de forfait annuel* ». Le renvoi aux articles L.3121-53 à L.3121-66 du Code du travail a pour conséquence l'application du droit commun en matière de forfait annuel. Toutefois, une distinction s'opère entre mise en place et modification du forfait annuel par l'APC. En cas de mise en place, il s'agira de recueillir l'acceptation du forfait par le salarié avec une convention écrite distincte de l'APC, tandis que la simple modification d'un forfait annuel existant ne requiert pas le consentement du salarié spécifiquement sur le forfait. En d'autres termes, l'acceptation de l'APC par le salarié entraîne la modification de son forfait annuel¹⁷⁰. L'employeur pourra donc modifier le nombre d'heures ou de jours du forfait sans l'accord spécifique du salarié, « *et ce quelque soit l'aggravation des conditions de travail* »¹⁷¹. Ce régime de modification a un certain attrait pour les entreprises puisque depuis la loi du 8 août 2016, l'application d'une convention individuelle de forfait est subordonnée à l'accord du salarié si elle est fondée sur un accord collectif de droit commun révisé antérieurement en raison d'une insuffisance ou postérieurement pour une autre raison. Partant, les entreprises peuvent avoir les yeux de chimène pour l'APC et son régime de modification du forfait dispensé d'accord du salarié. Mais la rémunération du salarié est également un élément négociable lors de la conclusion d'un APC.

SECTION II - Une rémunération modifiable jusqu'au respect de l'ordre public

¹⁶⁹ H. Cavat, *ibid*, préc.

¹⁷⁰ B. Gauriau, L'accord de performance collective depuis la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018, *Droit social* 2018. 504

¹⁷¹ M. Véricel, « Les forfaits jours après la loi Travail du 8 août 2016 et la loi du 29 mars 2018 de ratification des ordonnances Macron : un renforcement de la protection des salariés en trompe-l'oeil », *CSB* mai 2018. 41.

La modification de la rémunération du salarié, bien qu'entendue au sens large (§I) par référence à l'article L. 3221-3 du Code du travail trouve une limite dans les dispositions d'ordre public (§II).

PARAGRAPHE I - La rémunération modifiable entendue au sens large

Dans un courant d'une plus grande liberté pour les partenaires sociaux, le législateur a entendu de façon large la rémunération négociable. La loi dispose que la rémunération est entendue au sens de l'article L. 3221-3 du Code du travail¹⁷². Le salaire ou traitement de base, mais aussi les avantages et accessoires payés directement ou indirectement, en espèce ou en nature, sont donc compris dans la notion de rémunération. Schématiquement, deux stratégies pour baisser la rémunération du salarié peuvent être adoptées par les partenaires sociaux. La première consiste en la modification de la structure de rémunération. Une baisse de la rémunération de base ou une accentuation de la part variable peuvent alors être négociées¹⁷³. Certains APC prévoyaient la suppression d'une prime de treizième mois versée mensuellement pour en transférer le montant dans le salaire brut du salarié¹⁷⁴ ou encore le « *remplacement de primes aléatoires par une prime de fidélisation, « davantage stable et harmonieuse, versée à l'ensemble des salariés concernés* »¹⁷⁵. La seconde stratégie est celle de baisser une rémunération prévue par une mesure spécifique. Des primes peuvent notamment être fondées sur un accord de branche. Or, la matière étant classée dans « le bloc 3 », il appert que l'APC a la capacité de détruire ce système de primes¹⁷⁶. L'intensité de ces stratégies peut être modulée en fonction de la rémunération du salarié afin d'amoindrir les conséquences sur les bas salaires¹⁷⁷. Enfin, des contreparties peuvent être stipulées, mais dans la majorité des cas elles ne font qu'atténuer la baisse de rémunération.

¹⁷² Art. L.2254-2, I. C. trav.

¹⁷³ H. Cavat, *ibid*, préc.

¹⁷⁴ Société Docks des Matériaux de l'Ouest, 25 févr. 2019, *legifrance.gouv.fr*.

¹⁷⁵ Plurelya, 27 nov. 2019, *legifrance.gouv.fr*.

¹⁷⁶ H. Cavat, *ibid*, préc.

¹⁷⁷ A. Dupays, (dir.) : *op. cit.*, p. 29, info. n° 1869

PARAGRAPHE II - L'ordre public comme unique borne aux modifications de la rémunération

La liberté des partenaires sociaux négociant sur la rémunération n'est pas totale. Plusieurs garde-fous viennent protéger la rémunération du salarié. L'APC étant soumis à l'ordre public, les négociateurs ne pourront pas négocier à la baisse la rémunération du salarié au point de la faire passer sous le salaire minimum interprofessionnel de croissance, soit la somme de 1645, 58 € depuis le 1er mai 2022¹⁷⁸. L'article L. 2254-2 du Code du travail prescrit également la nécessité pour les partenaires sociaux de respecter les minima hiérarchiques. L'ordonnance évoquait en 2017 les « minima conventionnels hiérarchiques » mais cette expression semant le trouble dans la doctrine, la disposition a été corrigée par les « *minima hiérarchiques mentionnés au 1° du I de l'article L. 2253-1* »¹⁷⁹. Ces minima hiérarchiques sont fixés par accord de branche et cette dernière conserve la primauté en la matière sur un accord d'entreprise. L'APC étant un accord d'entreprise, il doit nécessairement se plier aux stipulations de l'accord de branche. En revanche, l'article L. 2252-2 du Code du travail dispose qu'en matière de prime pour travail dangereux ou insalubre, un accord de branche peut expressément stipuler en la matière sa prévalence¹⁸⁰. L'APC devra s'y soumettre.

La négociation d'un APC commande également une attention particulière des partenaires sociaux à ne pas mettre en place un dispositif de rémunération susceptible d'engendrer une inégalité de traitement entre des salariés dans une situation identique¹⁸¹. Néanmoins, la Cour de cassation n'interdit pas toutes les différences de traitement. Elle a par ailleurs jugé qu'une différence de traitement entre des catégories professionnelles était licite. Le salarié s'estimant victime d'une inégalité de traitement devra alors braver la jurisprudence de la Cour, qui pose une présomption de justification sur les différences de traitement établies par accord collectif¹⁸².

¹⁷⁸ Art. L. 3231-2, C. trav.

¹⁷⁹ B. Gauriau, *ibid*, préc.

¹⁸⁰ Art. L.2253-2, al. 4, C. trav.

¹⁸¹ Cass. soc. 29 octobre 1996 n° 92-43.680, Bull. civ. V n° 359.

¹⁸² Cass. soc., 8 juin 2016, n° 15-11.324

Enfin, l'article L. 2254-2 du Code du travail clôturant le champ de négociation de la rémunération par une référence à l'article L. 3221-3, ce qui n'entre pas dans la définition de la rémunération au sens de ce dernier article, tels que les dispositifs d'épargne salariale ou de participation, ne pourront faire l'objet d'une négociation par les partenaires sociaux.

La rémunération, la durée du travail et la mobilité interne à l'entreprise sont des thèmes éminemment stratégiques pour l'optimisation de la performance collective. Le législateur ne s'y est pas trompé et les a donc inclus dans le domaine substitutif de l'APC. Dans cette recherche de performance, le législateur suggère aux partenaires sociaux un certain nombre de clauses, anodines pour la performance collective de l'entreprise, qu'il a exclues du domaine substitutif de l'entreprise mais dont l'objectif est d'emporter le consentement des représentants des salariés (**CHAPITRE II**).

CHAPITRE II - L'exclusion du domaine substitutif des clauses anodines pour la performance collective

L'intention affichée de l'accord de performance collective est de laisser aux partenaires sociaux la plus grande liberté de négociation en vue de les inciter à se saisir de ce dispositif. Alors que les accords précédents étaient marqués par des rigidités quant au contenu des accords, l'APC n'impose aucune clause si ce n'est la détermination de ses objectifs. Dès lors, la véritable dichotomie s'opère entre les clauses incluses dans le domaine substitutif et celles qui en sont exclues. Il est à observer que ces dernières ont pour point commun d'avoir des conséquences négligeables sur la performance collective de l'entreprise. Ainsi l'article L. 2254-2 du Code du travail suggère-t-il une clause d'information du salarié (**SECTION I**) et des contreparties aux efforts des salariés (**SECTION II**).

SECTION I - La précision facultative des modalités d'information des salariés

Parmi les clauses exclues du domaine substitutif, le législateur propose aux partenaires sociaux de négocier une clause d'information qui portera d'abord sur l'opposabilité de l'accord au salarié (§I) et la mise en œuvre de l'accord (§II).

PARAGRAPHE I - Les modalités d'information sur l'application de l'accord

L'article L. 2254-2 II dispose que « *L'accord définit dans son préambule ses objectifs et peut préciser : 1° Les modalités d'information des salariés sur son application* ». Cette disposition ne laisse pas la liberté aux partenaires sociaux de décider s'il veulent ou non informer le salarié de l'existence et du contenu de l'accord. Cette information est une obligation à laquelle les partenaires sociaux ne sauraient renoncer. L'article précise que la négociation porte sur « *les modalités d'information des salariés* ». C'est donc la façon d'informer le salarié sur l'application de l'accord qui fera l'objet d'une négociation. L'article L. 2254-2 se contente d'imposer une information par « *tout moyen conférant date certaine et précise* ». Les négociateurs devront donc adopter des dispositifs au moins aussi protecteurs. Si certains accords se contentent de reprendre cette formule¹⁸³, d'autres stipulent que les salariés seront informés par LRAR ou lettre remise en main propre contre décharge. En outre, les partenaires sociaux ont pu opter pour un affichage informant les salariés de ce que l'accord est à disposition dans les locaux¹⁸⁴, ou d'une mise à disposition sur l'intranet¹⁸⁵ de l'entreprise. Souvent, il est précisé dans l'accord que la date de notification ou de présentation de l'existence et du contenu l'accord fait courir le délai d'un mois de réflexion du salarié sur l'application de l'accord. Certains auteurs regrettent que compte tenu des enjeux du refus du salarié, les dispositions soient trop exigeantes sur l'information du salarié, sur son droit au refus mais aussi sur les effets de son refus¹⁸⁶. Les modalités stipulées par l'APC devront être respectées par l'entreprise. Si tel n'était pas le cas, le salarié sera réputé ne pas avoir eu connaissance de l'existence et du contenu de l'accord, de sorte que le délai de réflexion n'aura pas commencé à courir. Si les partenaires sociaux peuvent donc négocier les modalités d'information du salarié sur l'application de l'accord, ils peuvent également discuter des modalités de suivi de l'accord et de l'accompagnement du salarié (§II).

¹⁸³ Jouve, 28 avr. 2020, *legifrance.gouv.fr*.

¹⁸⁴ OPC, 20 avr. 2020, *legifrance.gouv.fr*.

¹⁸⁵ Gaia, 2 mars 2020, *legifrance.gouv.fr*.

¹⁸⁶ P. Lokiec, Semaine Sociale Lamy, *ibid*, préc.

PARAGRAPHE II - Les modalités d'information sur la mise en œuvre de l'accord

Outre les modalités d'information sur l'application de l'APC, le législateur permet aux partenaires sociaux de préciser les modalités du « *suivi pendant toute sa durée* ». Sur ce point, l'accord *Poclain Technicast* stipule un suivi dans le cadre des réunions ordinaires du CSE, qui devra être informé et consulté sur « *l'évolution du niveau d'acceptation ou de refus des salariés* » et de la « *bonne application de l'accord et de ses mesures* »¹⁸⁷. Sur le plan individuel, il est imaginable que les organisations patronales et syndicales s'accordent sur des entretiens individuels périodiques abordant les conséquences de la mise en œuvre de l'accord sur les conditions de travail du salarié. Des entreprises optent quant à elles pour la constitution d'une commission de suivi qui se réunira deux fois la première année puis « *une fois par an, ainsi qu'en cas de demande spécifique de l'une des parties signataires de l'accord. Lors de la réunion Commission, un bilan de la mise en œuvre de l'accord sera présenté* »¹⁸⁸. Enfin, dans le dessein de préparer les conséquences de l'arrivée au terme de l'APC, il peut s'avérer judicieux de prévoir la réalisation d'un « *examen de la situation des salariés* » comme le suggère expressément l'article L. 2254-2 II, 1° du Code du travail. Ces clauses sur les modalités d'information du salarié sont facultatives et exclues du domaine substitutif de l'APC. Comme elles, les dispositions de l'article L. 2254-2 relatives aux contreparties sont à la discrétion des partenaires sociaux et exclues du domaine substitutif (**SECTION II**).

SECTION II - Des efforts demandés exclusivement aux salariés

La loi incite les partenaires sociaux à négocier sur les contreparties aux efforts des salariés. Comme toutes les incitations, elles ne sont, par définition, pas obligatoires. Partant, force est de constater que cette incitation en matière de contreparties patronales a été infructueuse (**§I**). L'accompagnement des salariés n'a pas davantage suscité l'intérêt des partenaires sociaux (**§II**).

¹⁸⁷ Poclain Technicast, 25 mai 2020, legifrance.gouv.fr.

¹⁸⁸ GCS GHICL, 28 juin 2019, legifrance.gouv.fr.

PARAGRAPHE I - Une incitation infructueuse aux contreparties des organisations patronales

L'article L. 2254-2 II 2° du Code du travail énonce les acteurs susceptibles d'être désignés par l'APC pour fournir des efforts proportionnés en contrepartie de ceux accomplis par les salariés. Le législateur identifie les dirigeants salariés et les mandataires sociaux et actionnaires comme susceptible d'apporter leurs efforts. Concernant les dirigeants, la loi vise ceux « exerçant dans le périmètre de l'accord ». Ainsi, en fonction de l'échelle de négociation, les dirigeants visés sont susceptibles d'être différents. Le législateur n'évoque pas le périmètre à propos des mandataires sociaux et actionnaires, de sorte qu'il faudra vérifier quelles sont les sociétés engagées par l'accord en vue de les identifier.

Les contreparties, bien que d'aucuns en regrettent le caractère facultatif¹⁸⁹, sont un enjeu substantiel¹⁹⁰ de l'APC puisque qu'un accord doit être négocié avec les organisations syndicales. La conclusion d'un APC nécessite donc la signature de ces dernières. Pour obtenir le consentement des organisations, les organisations patronales devront elles aussi consentir à des concessions. Ces efforts devront être proportionnés et il appartiendra aux partenaires sociaux d'en juger, étant donné que les contreparties ne sont pas obligatoires pour la validité d'un APC. Bien qu'ayant démontré l'enjeu de ces contreparties, les partenaires sociaux ne s'en sont pas saisis. En effet, le caractère non contraignant de ces clauses, qui ont fait le succès de l'APC, a été remarqué en ce sens que « seuls 3 % des accords prévoient des efforts de la part des dirigeants ou actionnaires »¹⁹¹ et quand ils en prévoient, « seuls 10 % contiennent des « contreparties » précises, c'est-à-dire chiffrées, en termes d'investissements ou de maintien de l'emploi »¹⁹². Mais si elles sont toujours extrêmement minoritaires, la crise sanitaire semble avoir fait progresser l'apparition de ces clauses puisque « 21 % des APC conclus entre avril et décembre 2020 contiennent une clause de retour à meilleure fortune et

¹⁸⁹ Y. Tarasewicz, H. Cavat, *ibid*, préc.

¹⁹⁰ M. Ollivier, SSL N° 1827, *ibid*, préc.

¹⁹¹ H. Cavat, *ibid*, préc.

¹⁹² H. Cavat, *ibid*, préc.

20 % rendent compte d'engagements pris par l'employeur et/ou de garanties accordées aux salariés (contre respectivement 6 % et 9 % avant la crise »¹⁹³.

Ces contreparties consenties par les organisations patronales peuvent s'incarner en différents dispositifs. L'entreprise peut par exemple consentir à garder le même volume d'emploi ou s'engager à garder son activité dans une zone géographique déterminée pendant un certain temps¹⁹⁴. D'autres entreprises acceptent de prévoir une re-négociation dès qu'elles auront retrouvé « *une profitabilité usuelle de 4% (résultat net/CA HT)* »¹⁹⁵. Ainsi pourrait-il être demandé aux dirigeants une baisse de leur rémunération proportionnelle à celle des salariés, ou encore un gel ou une réduction des dividendes pour les mandataires sociaux et actionnaires¹⁹⁶. Toutefois, ces contreparties sont facultatives et exclues du domaine substitutif de l'accord. Ce choix du législateur peut s'expliquer par son objectif de performance collective. Effectivement, les actionnaires ne reçoivent des dividendes que lorsque la société a réalisé un bénéfice, de sorte que les dividendes ne sont pas des charges qu'il conviendrait de supprimer pour améliorer la compétitivité de l'entreprise. Concernant les dirigeants, leur nombre est généralement peu important. Ainsi, une baisse de leur rémunération n'aura que peu d'influence sur la performance collective de l'entreprise, cette mesure est donc surtout symbolique. Ces pistes d'analyse peuvent tenter d'expliquer ce choix de rendre optionnel ces contreparties. Parmi celles-ci se trouvent également l'accompagnement des salariés (§II).

PARAGRAPHE II - Un désintérêt des partenaires sociaux pour l'accompagnement

L'article L. 224-2 du Code du travail dispose que l'APC peut préciser « *3° les modalités selon lesquelles sont conciliées la vie professionnelle et la vie personnelle et familiale des salariés* ». Cette clause déterminant les modalités de la conciliation entre vie personnelle et vie professionnelle n'est plus qu'une faculté, alors qu'auparavant était obligatoire dans les accords sur l'emploi précédents « *les mesures visant à concilier*

¹⁹³ DARES, *ibid*, préc.

¹⁹⁴ Halieutis Fish & Co, 29 nov. 2019, www.legifrance.fr.

¹⁹⁵ Derichebourg Aéronautics Services, 12 juin 2020, Miroir Social

¹⁹⁶ A. Dupays, (dir.) : *op. cit.*, p. 29, info. n° 1871

*la vie professionnelle et la vie personnelle et familiale et à prendre en compte les situations liées aux contraintes de handicap et de santé*¹⁹⁷ ». L'APC bénéficie peut être d'un domaine substitutif puissant, mais ses stipulations doivent respecter les lois, les règlements et la jurisprudence de la Cour de cassation. Dès lors, l'application de l'APC pour le salarié ne doit pas avoir pour conséquence de porter une atteinte disproportionnée à la vie personnelle du salarié en vertu de l'article L. 1121-1 du Code du travail. Par exemple, un délai de prévenance insuffisant à l'activation d'une clause de mobilité pour un salarié assumant seul la charge d'un enfant porte atteinte à sa vie personnelle¹⁹⁸. Cette conciliation avec la vie personnelle du salarié implique alors de se pencher sur son cas personnel et de vérifier si l'application de l'accord ne porte pas une atteinte disproportionnée à sa vie privée, notion protégée par la Constitution¹⁹⁹.

Mais l'article L. 2254-2 dispose également que l'APC peut préciser « 4° *Les modalités d'accompagnement des salariés ainsi que l'abondement du compte personnel de formation au-delà du montant minimal défini au décret mentionné au VI du présent article* ». Les partenaires sociaux ont là-encore bien saisi la teneur facultative de cette disposition, peu d'accord mentionnant les modalités d'accompagnement des salariés. La crise sanitaire n'a pas arrangé les choses. Seuls « 36 % des accords signés pendant la crise comportent des mesures d'accompagnement pour les salariés acceptant l'accord, contre 54 % avant la crise »²⁰⁰. Les clauses ciblant les salariés refusant l'application de l'accord représentent quant à elles seulement 15 % des accords conclus²⁰¹. Si certains accords se contentent de reprendre la disposition légale accordant un abondement du CPF du salarié d'une somme minimale de 3000 €²⁰², d'autres prévoient des mesures supplémentaires telle que l'accompagnement par un cabinet spécialisé suite au refus du salarié en vue de favoriser le contact avec les entreprises recrutant ou d'aider à la création d'entreprise²⁰³. Néanmoins, certains accords, comme *PSA Vesoul*, présentent comme contrepartie une augmentation du salaire de base

¹⁹⁷ Anc. art. L. 2242-22, C. trav.

¹⁹⁸ Soc. 25 janv. 2011, n° 09-42.307

¹⁹⁹ Voir l'article 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

²⁰⁰ DARES, *ibid*, préc.

²⁰¹ *ibid*, préc.

²⁰² Art. R. 6323-3-2, C. Trav.

²⁰³ OPC, 20 avr. 2020, précité

répondant à une augmentation de la durée du travail alors que cette première augmentation ne couvre pas les heures ajoutées non-rémunérées, de sorte que la rémunération du salarié est en réalité réduite.

Les partenaires sociaux disposent donc d'une grande latitude de négociation, que ce soit sur les clauses du domaine du substitutif ou celles qui en sont exclues. Les clauses utiles à la performance collective sont par ailleurs prioritairement incluses dans ce domaine afin de pouvoir s'imposer aux clauses contraires et incompatibles du salariés. Les clauses qui sont moins utiles à cette performance, telles que les clauses de contreparties ou d'accompagnement, sont quant à elles facultatives et ne bénéficient pas du régime du domaine substitutif. Il ressort ainsi de ce qui précède le risque d'une situation dangereuse pour le salarié, où il s'engagerait unilatéralement à des obligations en vue d'atteindre les objectifs de l'APC malgré une négociation par les partenaires sociaux. Partant, il s'agit de s'interroger sur la légitimité collective, est-elle omnipotente et sans obstacle ? Après étude de la question, il conviendra d'observer que cette légitimité est effectivement limitée individuellement et judiciairement (**PARTIE II**).

PARTIE II - UNE LÉGITIMITÉ COLLECTIVE AUX FAIBLES LIMITES INDIVIDUELLES ET JUDICIAIRES

L'objectif du législateur en consacrant la possibilité de conclure un APC était d laisser la plus grande liberté aux partenaires sociaux dans la négociation de dispositifs en faveur de la performance collective de l'entreprise. Ainsi, l'objectif à atteindre est l'amélioration de cette performance par les efforts consentis par les salariés via leurs représentants. Le fait que ces efforts soient consentis par ces représentants offre une légitimité démocratique à des mesures négociées potentiellement impopulaires. Cette légitimité démocratique va alors servir à justifier les faibles limites individuelles et judiciaires pour borner la liberté de négociation.

Sur les limites individuelles, la résistance à la volonté collective s'avère en vérité chimérique (**TITRE I**) et les risques d'atteinte aux droits des salariés souvent protégés par le contrat de travail plus que jamais une réalité. Chimérique, le mot est fort. Mais bien que le législateur ait

prévu la possibilité pour le salarié de choisir entre l'acceptation et le refus de la modification de son contrat de travail, cette faculté de choix est en vérité à nuancer. Le salarié a le choix entre accepter la modification de son contrat de travail et garder son emploi, ou refuser la modification de son contrat et le perdre. Entre modification et licenciement, notamment en période de fort de taux de chômage, le choix apparaît limité et par conséquent la faculté de résistance à la volonté individuelle semble quant à elle chimérique.

Concernant les limites judiciaires à la volonté collective, elles ont été paralysées par le législateur (**TITRE II**). D'abord parce que le contrôle judiciaire de l'APC en lui-même est cantonné à la conformité de l'APC aux dispositions légales de droit commun ou à l'ordre public absolu. Le niveau d'exigence concernant l'APC a donc été abaissé au minimum afin que la conclusion d'un tel accord par les partenaires sociaux soit facilitée, et ce alors que jamais un accord collectif n'a eu par le passé des conséquences aussi considérables sur le contrat du salarié. Aucun contrôle de proportionnalité n'est ainsi opéré par le juge entre les motifs de recours à l'APC et les mécanismes négociés pour les atteindre. De même en ce qui concerne l'application de l'APC et donc notamment le licenciement du salarié. Le contrôle du motif de ce dernier est entravé par la consécration d'une présomption irréfragable de justification du licenciement, le seul contrôle réalisable étant celui de l'APC par voie d'exception afin de vérifier sa conformité avec les prescriptions légales.

TITRE I - LA FACULTÉ DE RÉSISTANCE INDIVIDUELLE À LA VOLONTÉ COLLECTIVE

L'article L. 2254-2 du Code du travail dispose que « *le salarié peut refuser la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord* ». La loi laisse tomber le choix au salarié d'accepter ou de refuser la modification de son contrat de travail en application de l'APC. Seulement, cette faculté légale de résistance apparaît chimérique et l'application de l'accord subordonnée au consentement du salarié ne semble que théorique (**CHAPITRE I**). En effet, les conséquences du refus du salarié étant susceptibles d'être si dévastatrices, en ce qu'elles pourraient potentiellement engendrer la perte de son emploi pour un motif *sui generis*, elles ne lui laissent une faculté de choix qu'entre la modification de son contrat et son éviction des effectifs de l'entreprise. Ce risque de licenciement incite donc

fermement le salarié à adhérer à la modification de son contrat de travail de sorte qu'il est permis de s'interroger sur la réalité de la faculté de choisir l'application de l'accord pour le salarié. Cette faculté de refus limitée est d'autant plus dommageable que l'acceptation par le salarié entraîne une substitution des clauses de l'APC aux clauses contraires et incompatibles du salarié aux effets déstabilisants pour le contrat de travail (**CHAPITRE II**). L'intangibilité du contrat et l'âme du droit du travail en sont remis en cause, et la temporalité de ces effets n'étant toujours pas résolue à l'heure actuelle, le salarié est sommé de se prononcer sur la modification de son contrat de travail sans connaître l'ampleur des effets de cette dernière.

CHAPITRE I - Une application de l'accord théoriquement subordonnée au consentement du salarié

Le consentement du salarié à l'application de l'APC n'est que partiellement organisé par le législateur. Ce dernier n'a effectivement qu'encadré le refus du salarié en raison des risques qu'encourt le salarié refusant la modification (**SECTION I**), laissant alors le régime de l'acceptation de l'application de l'APC par le salarié dans le flou (**SECTION II**).

SECTION I - Le refus risqué du salarié légalement encadré

Le refus du salarié à la modification de son contrat de travail par l'application de l'APC a été encadré par le législateur. Cet encadrement permet d'assurer une réponse non-équivoque du salarié, ce qui est une protection supplémentaire des droits de celui-ci. En s'interrogeant sur l'existence d'un délai de réponse et de la possibilité de refuser de manière implicite la modification, ce sont les modalités contraignantes du refus qui seront évoquées (**§I**) avant de s'intéresser aux lourdes conséquences de ce refus pour le salarié (**§II**).

PARAGRAPHE I - Les modalités contraignantes du refus du salarié

A - Le respect d'un délai d'option

L'article L. 2254-2 III du Code du travail dispose que « *Le salarié peut refuser la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord* ». L'accord de performance collective négocié par les partenaires sociaux ne s'impose donc pas au salarié,

qui dispose d'une option entre refuser ou accepter la modification de son contrat de travail. Cette option est une option individuelle, le texte précisant que c'est le salarié qui peut refuser l'application de l'accord, une réponse collective ne saurait donc être admise.

L'article L. 2254-2 IV énonce quant à lui que « *Le salarié dispose d'un délai d'un mois pour faire connaître son refus par écrit à l'employeur à compter de la date à laquelle ce dernier a informé les salariés, par tout moyen conférant date certaine et précise, de l'existence et du contenu de l'accord, ainsi que du droit de chacun d'eux d'accepter ou de refuser l'application à son contrat de travail de cet accord* ». Pour faire connaître sa réponse, le salarié dispose d'un délai d'un mois à compter de la date à laquelle l'employeur a informé les salariés de l'existence et du contenu de l'accord ainsi que de leur droit d'acceptation et de refus d'application. Ces éléments sont cumulatifs en vue de faire courir le délai de réflexion du salarié. En cas de réponse en fin de délai, le salarié devant « faire connaître » sa décision dans le délai d'un mois, la date de réponse semble être celle de la réception.

Certains auteurs estiment « *le dispositif est trop peu exigeant sur l'information du salarié quant aux conséquences de son refus, l'enjeu n'étant pas seulement, contrairement à ce que suggère la lettre de l'article L. 2254-2, d'informer le salarié sur son droit au refus mais aussi et surtout sur les effets de son refus* »²⁰⁴. La liberté de moyens conférant date certaine et précise est donc la cible de critiques, bien que les partenaires sociaux aient la faculté de négocier sur ces modalités d'information. Si le texte n'évoque pas le degré de précision attendu quant à l'information sur le contenu et l'existence de l'accord au regard des enjeux du refus du salarié, il convient d'informer celui-ci sur l'ensemble des stipulations de l'accord et des dispositions légales afin de prendre sa décision en toute connaissance de cause. Enfin, l'article L. 2261-1 du Code du travail rappelle que l'entrée en vigueur d'un accord intervient le lendemain de la date de dépôt de l'accord. L'information sur l'existence de l'accord, pour être recevable, doit donc intervenir après ce dépôt. Le salarié est lui aussi soumis à contrainte dans sa façon de refuser l'APC (B).

B - La nécessité d'un refus exprès

²⁰⁴ Lokiec, *ibid*, préc.

La lettre de l'article L. 2254-2 du Code du travail informe que le salarié, pour communiquer sa décision de refuser la modification de son contrat de travail par application de l'APC, doit réaliser un écrit. Ce refus exprès du salarié est une protection du respect de son consentement. Si le législateur ne dit mot quant au contenu de cet écrit, il est toutefois évident que celui-ci devra être suffisamment clair sur l'intention du salarié de refuser l'application de l'accord. M. Aluome propose la mise à disposition d'un bulletin au salarié composé de cases à cocher²⁰⁵. Lors d'une réponse imprécise, l'employeur a deux options, soit il demande davantage de précisions au salarié, soit il considère que le salarié n'a pas clairement refusé l'accord, en ce sens qu'il a accepté son application. Cette dernière occurrence est pour le moins risquée : soit l'employeur laisse le délai de 2 mois courir pour licencier et la modification est alors définitive, soit il licencie et le salarié pourra alors contester son licenciement.

En outre, le texte n'évoque pas expressément le silence gardé par le salarié jusqu'à l'expiration du délai de réflexion d'un mois. Avant toute chose, il convient de rappeler que l'article 1193 du Code civil dispose que « *les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise* ». En droit commun de la modification du contrat, « *il est classiquement admis que faute de disposition légale contraire et expresse, le silence du salarié ne peut jamais valoir acceptation* »²⁰⁶. Cette solution ne peut souffrir que des dérogations légales. Par analogie, en matière de modification du contrat de travail pour motif économique, la loi prévoit qu'en l'absence de « *réponse dans le délai d'un mois, ou de quinze jours si l'entreprise est en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire, le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée* »²⁰⁷. Mais cette disposition vaut pour la modification du contrat pour motif économique ; or, le Gouvernement a déjà rappelé que l'APC n'avait pas pour objectif de remédier aux difficultés économiques mais seulement d'améliorer la performance collective de l'entreprise²⁰⁸. Cette solution ne semble donc pas transposable et l'absence de disposition spécifique en matière

²⁰⁵ L. Aluome, L'accord de performance collective et le consentement du salarié, La Semaine Juridique Social n° 19, 14 Mai 2019, 1138.

²⁰⁶ Cass. soc., 29 nov. 2011, n° 10-19.435 : JurisData n° 2011-026627 ; JCP S 2012, 1061, note C. Leborgne-Ingelaere.

²⁰⁷ Art. L.1222-6 C. trav.

²⁰⁸ Questions-réponses, *ibid*, préc.

d'APC amène certains auteurs à considérer que l'acceptation tacite du salarié n'est pas valable²⁰⁹.

PARAGRAPHE II - Les lourdes conséquences du refus du salarié

A - L'absence de substitution aux clauses du contrat de travail

Le refus du salarié, prévu à l'article L. 2254-2 du Code du travail, empêche la substitution des clauses de l'APC aux clauses contraires du contrat de travail. L'accord est ainsi inapplicable quant à ses effets sur le contrat de travail du salarié. En effet, l'article L. 2254-2 dispose que « *Les stipulations de l'accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération, de durée du travail et de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise* ». Aussi en refusant l'accord le salarié enraye-t-il cette substitution, notamment en matière de rémunération, de durée de travail et de mobilité professionnelle ou géographique.

Partant, suite à la notification du refus de la modification par le salarié à son employeur, son contrat de travail continue à produire les effets qui étaient les siens avant cette proposition de modification. Le refus du salarié portant sur la modification de son contrat de travail, comme pour tout accord, les clauses qui ne relèvent pas du domaine substitutif et qui n'opèrent donc aucune modification du contrat de travail sont applicables dès le dépôt de l'accord²¹⁰. Cependant, conformément au droit commun, seules les plus favorables le sont. Le Ministère du travail précise que « *le salarié étant en droit de refuser l'application de l'accord, son refus ne constitue pas une faute. Dès lors, son licenciement ne revêtira en aucun cas le caractère d'un licenciement disciplinaire* »²¹¹. Il en ressort que le salarié qui refuse l'application de l'accord ne commet aucune faute susceptible d'entraîner une sanction disciplinaire. Cette position sera cependant difficilement tenable vis-à-vis des salariés ayant accepté l'accord.

²⁰⁹ P.-H. Antonmattei, V. Bardin, F. Canut, D. Chenu et G. Vachet, Réforme du Code du travail : analyse des nouvelles règles sur la rupture du contrat de travail : RJS 2018, p. 99.

²¹⁰ Art. L. 2261-1, C. trav.

²¹¹ Questions-réponses, *ibid*, préc.

Pourraient alors exister des différences de traitement entre les salariés dans une même situation. Néanmoins, sur le plan juridique, cette différence de traitement serait non seulement justifiée par la légitimité de la négociation collective, mais aussi par la liberté de choix qu'avaient les salariés.

En revanche, tandis que l'employeur ne peut licencier le salarié pour motif disciplinaire en raison du refus de la modification de l'accord, la loi l'autorise à licencier pour un motif *sui generis*.

B - Le licenciement du salarié pour motif *sui generis*

Le refus des modifications du contrat de travail par le salarié ouvre le droit, pour l'employeur, de le licencier pour un motif *sui generis*. C'est une faculté, le licenciement n'étant dans cette hypothèse pas automatique. Cette faculté n'est pas une originalité du dispositif. Les APDE prévoyaient déjà la possibilité de licencier le salarié pour un motif spécifique²¹². Le législateur précise que « *le type de licenciement prévu par cet article n'est [...] ni un licenciement pour motif économique, ni un licenciement pour motif personnel* »²¹³. Ce motif spécifique avait provoqué l'émoi chez les organisations syndicales, mais le Conseil constitutionnel a décidé que ce motif était conforme à la Constitution et ne portait pas une atteinte manifeste au droit à l'emploi et à la liberté contractuelle²¹⁴. Le Conseil des sages considère que ce licenciement apporte les mêmes garanties qu'en matière de licenciement pour motif personnel, que le salarié n'est pas interdit de contester son licenciement devant les juridictions afin d'examiner sa conformité avec les dispositions légales, et enfin que le licenciement ne peut intervenir que dans un délai de 2 mois à compter de la notification de la décision de refus du salarié.

²¹² Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

²¹³ C. Sirugue, rapp. AN n° 3675, 7 avr. 2016. 415

²¹⁴ Cons. constit., 21 mars 2018, DC n° 2018-761.

Si le Conseil des Sages a validé la constitutionnalité de ce motif de licenciement, il apparaît néanmoins peut-être contraire aux dispositions du droit de l'UE selon Y. Pagnerre²¹⁵. Pour cette dernière, en matière de licenciements collectifs, le licenciement « englobe toute cessation du contrat de travail non voulue par le travailleur, et donc sans son consentement »²¹⁶. L'APC semble donc entrer dans cette définition en raison de son motif non inhérent à la personne du salarié. Partant, l'article L. 2254-2 du Code du travail ne respecte pas les dispositions de l'UE commandant une consultation « les possibilités d'éviter ou de réduire les licenciements collectifs ainsi que sur les possibilités d'en atténuer les conséquences par le recours à des mesures sociales d'accompagnement visant notamment l'aide au reclassement ou à la reconversion des travailleurs licenciés »²¹⁷, ce que ne prévoit pas l'APC afin de faciliter la négociation d'un tel accord. Ne sera pas même abordé le manquement à l'obligation de « notifier par écrit tout projet de licenciement collectif à l'autorité publique compétente »²¹⁸.

Sur la procédure de licenciement, elle doit être entamée dans un délai de deux mois et respecter les dispositions en matière de licenciement personnel. C'est une simplification du licenciement par rapport aux anciens accords sur l'emploi. Un entretien préalable, la possibilité d'être assisté d'un salarié conseiller, une notification de licenciement, la motivation mentionnant le refus du salarié de l'application de l'accord en le désignant expressément²¹⁹, un préavis et le versement d'une indemnité de licenciement, et enfin le certificat et le solde de tout compte seront des modalités à respecter afin que la cause du licenciement soit réelle et sérieuse. « Ce licenciement « ne se voit appliquer aucune des obligations qui pèsent sur l'employeur en cas de licenciement économique (consultation des instances représentatives du personnel, ordre des licenciements, élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi, obligation de reclassement etc.) »²²⁰ précise le législateur. Le salarié

²¹⁵ Y. Pagnerre, *ibid*, préc.

²¹⁶ CJUE, 11 nov. 2015, aff. C-422/14, RDT 2016. 37, obs. A. Fabre ; Directive n° 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998 relative aux licenciements collectifs.

²¹⁷ Dir. 20 juill. 1998, art. 2.2 ; v. Conv. OIT n° 158, art. 13, 1

²¹⁸ Dir. 20 juill. 1998, art. 3 et 4 ; v. Conv. OIT n° 158, art. 14.

²¹⁹ Soc., 15 mars 2006, n° 04-40.504

²²⁰ C. Sirugue, rapp. Préc.

est accompagné comme demandeur d'emploi dans les conditions de droit commun, l'employeur devant toutefois abonder le CPF.

SECTION II - Le régime inextricable de l'accord du salarié

Le régime de l'accord du salarié à la modification de son contrat de travail peut être décrit comme inextricable parce que le silence du législateur sur l'accord exprès et l'absence de disposition légale nécessaire à l'accord implicite du salarié incarnent le vide législatif en la matière (§I). En outre, ce vide législatif est d'autant plus regrettable pour le respect des droits des salariés que les conséquences de l'acceptation du salarié sont considérables (§II) puisqu'entraînant la substitution de plein droit des clauses de l'APC aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail.

PARAGRAPHE I - Le vide législatif sur l'acceptation du salarié

A - Le silence du législateur sur l'accord exprès

L'article L. 2252-4 du Code du travail dispose que « *le salarié dispose d'un délai d'un mois pour faire connaître son refus par écrit à l'employeur à compter de la date à laquelle ce dernier a informé les salariés, par tout moyen conférant date certaine et précise, de l'existence et du contenu de l'accord, ainsi que du droit de chacun d'eux d'accepter ou de refuser l'application à son contrat de travail de cet accord* ». Le texte ne fait donc aucune référence aux modalités d'acceptation de l'accord.

L'article impose toutefois un délai de réflexion en faveur du salarié. Ce délai semble donc applicable à l'acceptation du salarié, qui devra donc intervenir dans un délai d'un mois à compter de l'information sur l'existence, le contenu et la faculté de refuser ou d'accepter l'accord par tout moyen conférant date certaine. La réponse dans un délai supérieur à un mois sera sans valeur, celle-ci devant être assimilée au silence du salarié²²¹. Calquant le régime d'acceptation sur celui du refus, l'acceptation expresse doit s'effectuer par écrit. Une fois la réponse notifiée, le salarié renonce au délai de réflexion. La Cour de cassation a déjà jugé en

²²¹ L. Aluome, *ibid*, préc.

matière de modification économique que « *le délai d'un mois constitue une période de réflexion destinée à permettre au salarié de prendre parti sur la proposition de modification en mesurant les conséquences de son choix* », de telle sorte qu' « *un tel délai est, par nature, édicté au profit du salarié qui peut seul y renoncer en exprimant une acceptation expresse et non équivoque avant le terme prévu* »²²².

L'article L. 2254-2 reste dans la confidentialité quant à la capacité du salarié de se rétracter. *A priori*, la rétractation du salarié semble impossible en l'absence de précisions. Toutefois, la matière étant d'ordre public social, rien n'empêche d'y contrevenir plus favorablement²²³. Les partenaires sociaux ont par conséquent la capacité de prévoir un délai de rétractation qui serait le bienvenu au regard des conséquences qu'emporte l'acceptation ou le refus du salarié.

Enfin, se pose la question du sort des salariés embauchés pendant l'application de l'accord. Pour L. Aluome, « *la conclusion du contrat de travail voire l'apposition de la signature du salarié sur l'écrit le constatant, vaut acceptation expresse de l'intéressé* »²²⁴. Le salarié qui entre dans l'entreprise en accepte d'office l'ensemble du statut collectif, il n'est ainsi pas fondé à demander le bénéfice du délai de réflexion d'un mois. L'article L. 1224-1 du Code du travail prévoit quant à lui le régime du transfert d'entreprise. Ce transfert s'imposant au salarié et la mesure étant d'ordre public, l'entreprise d'accueil devra faire bénéficier le salarié transféré du délai de réflexion ainsi que de l'information sur le contenu, l'existence et la capacité de refuser ou d'accepter l'accord. Ce salarié acceptera éventuellement l'application de l'accord de manière tacite (**B**).

B - L'absence de disposition légale nécessaire à l'admission de l'acceptation implicite

Le principe est bien connu : en matière de modification du contrat de travail pour motif économique, l'absence de « *réponse dans le délai d'un mois, ou de quinze jours si l'entreprise est en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire, le salarié est réputé*

²²² Cass. soc. 10 déc. 2003 : *JCP E 2004. 1145*, obs. P. Morvan

²²³ B. Gauriau, L'accord de performance collective depuis la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018. À propos de l'article L. 2254-2 du Code du travail : *Dr. soc.* 2018, p. 504.

²²⁴ L. Aluome; *ibid*, préc.

avoir accepté la modification proposée ²²⁵ ». Seulement, l'application de cet article à l'APC lui confisquerait tout intérêt. En effet, l'esprit de l'APC était de faciliter la négociation d'un accord sur l'emploi en faveur de la performance collective. Or en permettant au salarié d'ankyloser l'application de l'accord en faisant valoir son refus plusieurs mois après l'expiration du délai de réflexion, une telle solution porterait évidemment atteinte à cette volonté de facilitation.

De plus, la lettre de l'article L.2254-2 du Code du travail laisse à penser que le silence durant le délai de réflexion vaut acceptation de la modification de son contrat de travail. Il est vrai que cet article dispose que « *les stipulations de l'accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération, de durée du travail et de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise* ». La loi imposant la substitution des clauses de l'accord de plein droit aux clauses contraires du contrat de travail, il en ressort qu'une présomption d'acceptation soit instituée. Il appartient donc au salarié de faire connaître son refus — qui est seul mentionné dans le texte — dans le délai de réflexion. En cas de silence, la modification serait réputée acceptée²²⁶.

Dans le doute, certains auteurs proposent que les partenaires sociaux tentent de s'arracher à cette incertitude en intégrant à l'APC une clause stipulant que le silence du salarié à l'expiration du délai de réflexion vaut acceptation de l'application de l'APC²²⁷. Mais là-encore, la jurisprudence de la Cour de cassation pourrait faire échouer cette stratégie, celle-ci ayant déjà jugé que « *sauf disposition légale contraire, une convention collective ne peut permettre à un employeur de procéder à la modification du contrat de travail sans recueillir l'accord exprès du salarié* »²²⁸. En l'occurrence, l'article L. 2254-2 du Code du travail ne faisant mention d'aucune modalité quant au silence du salarié pouvant extraire l'APC de ce régime juridique, l'accord exprès du salarié apparaît nécessaire. Enfin, si la formulation

²²⁵ Art. L.1222-6 C. trav.

²²⁶ G. Auzero, D. Baugard, E. Dockes, Droit du travail : Dalloz, 32e éd., 2018, p. 1632, n° 1383.

²²⁷ E. Brunner, Contribution à l'étude juridique du droit de la mobilité professionnelle : th. dactyl, Paris II, 2018, p. 236, n° 263. — K. Chebbah et V. Manigot, Modèle d'accord de performance collective : JCP S 2018, 1377.

²²⁸ Cass. soc., 10 févr. 2016, n° 14-26.147 : JurisData n° 2016-001969 ; JCP S 2016, 1135, étude D. Jacotot.

« *sauf dispositifs légaux contraires* » pourrait laisser penser que la loi prévoit des cas où la modification du contrat de travail du salarié puisse être unilatéralement décidée par l'employeur, ces dispositions légales ne font en réalité que permettre une acceptation implicite par le salarié. L'acceptation, quelque forme qu'elle prenne, n'est pas sans conséquences (§II).

PARAGRAPHE II - Les conséquences considérables sur le contrat de travail

A - L'activation de la substitution de plein droit des clauses de l'APC aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail

L'article L. 2254-2 du Code du travail dispose qu' « *Afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi, un accord de performance collective peut : aménager la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ; aménager la rémunération au sens de l'article L. 3221-3 dans le respect des salaires minima hiérarchiques mentionnés au 1° du I de l'article L. 2253-1 ; déterminer les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise* ». La loi précise encore que « *les stipulations de l'accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération, de durée du travail et de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise* ».

L'acceptation de la modification de son contrat de travail par le salarié entraîne, dès la notification de cette décision à l'employeur, la substitution de plein droit des clauses de l'APC aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail. Partant, qu'elles soient plus ou moins favorables, les clauses de l'accord vont s'appliquer au salarié en lieu et place de celles de son contrat. L'intérêt de cette substitution porte surtout sur les thèmes de négociation appartenant au domaine substitutif. En effet, seule l'acceptation de la modification par le salarié peut permettre d'appliquer les clauses de l'APC en matière de rémunération, de durée du travail ou encore de mobilité interne à l'entreprise, tandis qu'un salarié ayant refusé la modification peut tout de même bénéficier des clauses de l'APC

n'entraînant pas modification de son contrat. Il est précisé que cette substitution se réalise de plein droit, mais cette notion est débattue, ce qu'il convient d'aborder maintenant (**B**).

B - L'effet « de plein droit » source de débats doctrinaux

« La conception de l'effet de plein droit aujourd'hui reçue comme classique et renvoyant à l'automatisme de cet effet s'est dégagée en doctrine au cours du XIX^e siècle, l'idée d'effet de droit automatique renvoie à une mise en mouvement sans l'intervention des autorités (judiciaires mais aussi administratives) ou des sujets de droit concernés »²²⁹, enseigne la thèse de Mme Tirel sur la question. Partant, « le droit est mis en oeuvre sans qu'une action en justice soit nécessaire, soit que les clauses du contrat énoncent l'action, soit que la loi en dispense la personne intéressée »²³⁰. L'application de cet effet à l'accord de performance collective entraîne une application immédiate de ses effets dès son opposabilité, à savoir lors de son dépôt²³¹. La substitution fondée sur l'APC prend par conséquent effet dès ce dépôt et ne nécessite l'intervention d'aucun acte supplémentaire ou action devant le juge.

Dès lors, de deux choses l'une : soit l'effet de plein droit est appliqué de manière stricte et les clauses facultatives et du domaine substitutif se substituent automatiquement dès le dépôt de l'APC, soit le délai de réflexion instauré par la loi repousse cet effet de plein droit d'un mois²³². Cette seconde hypothèse apparaît comme la plus adaptée par souci de simplicité et afin d'éviter les changements de stipulations tous azimuts. Une modification du contrat de travail pour quelques jours, temps de la décision du salarié, apparaît peu respectueuse de son consentement conditionnant l'applicabilité de l'accord, mais également d'une complexité superfétatoire. Cette stipulation de plein droit pourrait toutefois régler la question de l'application de l'APC suite au silence du salarié à l'expiration du délai de réflexion, qui vaudrait alors acceptation²³³. Cette substitution entraîne alors des effets sur le contrat de travail du salarié (**CHAPITRE II**).

²²⁹ E. Putman, Morgane Tirel, *L'effet de plein droit*, RTD civ. 2018. 1018.

²³⁰ E. Putman, *ibid.*

²³¹ Art. L. 2231-5-1 et R. 2231-1-1, C. trav.

²³² Art. L. 2254-2 IV, C. trav.

²³³ ALUOME (L.), *préc.*, p. 49

CHAPITRE II - Les effets déstabilisants et incertains de la substitution sur le contrat de travail du salarié

Les effets de la substitution sur le contrat de travail peuvent être rangés en catégories : les effets matériels et les effets temporels. Si les premiers sont marqués par m'instauration d'un aléa contractuel (**SECTION I**), les seconds demeurent irrésolus (**SECTION II**). Ces incertitudes sont regrettables. Elles obligent le salarié à se prononcer sur la modification de son contrat de travail sans connaître réellement l'ampleur des effets de la substitution sur son contrat de travail.

SECTION I - La matérialité de la substitution marquée par l'instauration d'un aléa contractuel

Le contrat de travail du salarié pouvant être modifié en cas conclusion d'un APC, la survenance de ce dernier événement incertain laisse à penser qu'une sorte d'aléa contractuel a été instauré à tous les contrats de travail, ceux-ci dépendant alors de la conclusion ou non d'un APC par les partenaires sociaux. Cette modification susceptible advenir en cas d'acceptation par le salarié a pour conséquence la désuétude de la maxime « *contracter c'est prévoir* » (§I) et l'extinction de l'âme du droit du travail (§II).

PARAGRAPHE I - La désuétude de la maxime « *contracter c'est prévoir* »²³⁴

Avant la réécriture de l'article 1993 du Code civil, le droit commun interdisait la modification unilatérale à moins que cette possibilité n'ait été prévue par les parties dès l'origine²³⁵. Cependant, aujourd'hui, « *le contrat devient « situé » dans un système organisé et rationalisé. Il n'est plus vu en lui-même, mais comme un élément d'un ensemble articulant respect des libertés individuelles du salarié et exigences liées à l'organisation de*

²³⁴ Selon la formule de George Ripert.

²³⁵ J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, Droit civil. Les obligations, vol. 3, 9^e éd., Sirey, 2015. 409 s.

l'entreprise »²³⁶. C'est ainsi qu'en 2003, la Cour de cassation a reconnu que le contrat de travail était composé de clauses avec des régimes différents²³⁷. D'une part les clauses informatives, de l'autre les clauses contractuelles, les premières pouvant être modifiées sans l'accord du salarié, les secondes nécessitant quant à elles son consentement²³⁸. Cette solution de la chambre sociale semble toutefois en conflit avec le droit commun des contrats à deux égards. Le premier étant que « *depuis 1804, le code civil prévoit que les stipulations contractuelles doivent avant toute chose être interprétées en contemplation de la commune intention des parties. Est-ce bien toujours la volonté des deux parties que le lieu de travail prévu par le contrat n'ait pas de caractère obligatoire, n'ait qu'un caractère informatif ?* »²³⁹. Le second résidant dans le fait que depuis la loi du 8 août 2016, l'article 1190 du Code civil précise qu'en matière de contrat d'adhésion, les stipulations doivent être interprétées contre celui qui l'a proposé. Or, juger qu'une stipulation considérée comme une clause informative du contrat de travail — contrat d'adhésion — puisse être modifiée unilatéralement par l'employeur est-il réellement une solution relevant d'une interprétation contre lui ? Il ressort de ce débat que l'intangibilité du contrat de travail trouve son origine bien avant la consécration de l'accord de performance collective.

L'accord de performance collective est néanmoins le produit fini de ce courant affaiblissant l'intangibilité du contrat de travail. Le législateur a tant simplifié la négociation d'un tel accord que la modification du contrat de travail qui en résulte apparaît elle aussi davantage accessible, mettant à mal son intangibilité incarnée par la maxime de G. Ripert, « *contracter c'est prévoir* ». En y additionnant la voie ouverte par l'article L.2254-2 du Code du travail de licencier le salarié qui refuserait cette modification par un motif *sui generis*, le législateur a décomplexifié drastiquement l'obtention du consentement du salarié à la modification, et transforme ainsi le contrat en un objet tangible. Le doyen Waquet, qui analysait le contrat de travail comme un outil de stabilité et les conventions collectives comme un outil de

²³⁶ BERAUD (J.-M.), Autour de l'idée de constitution sociale de l'entreprise, *Études offertes à J. Pélissier, Dalloz 2004*, p. 55.

²³⁷ Soc., 3 juin 2003, n° 01-43.573, Bull. civ. V, n° 185, Dr. soc. 2003. 884, obs. J. Savatier.

²³⁸ J. Pélissier, Clauses informatives et clauses contractuelles, RJS 2004. 3.

²³⁹ S. Tournaux, Le contrat de travail et les dérogations au droit commun du contrat, *Droit social 2017*. 688.

flexibilisation avait donc vu juste²⁴⁰. Cette instabilité engendre de surcroît l'extinction de l' « âme du droit du travail » (§II).

PARAGRAPHE II - L'extinction de l' « âme du droit du travail »²⁴¹

Enraciné dans la doctrine, le « *principe de la lex favoris (...) peut être rangé au nombre des principes généraux spécifiques au droit du travail* »²⁴². De création prétorienne, dont le caractère général n'a jamais été consacré par la loi²⁴³, « *le principe de faveur conduit à considérer que, « en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable au salarié qui doit recevoir application* »²⁴⁴. L'âme du droit du travail a été consacrée par L. 2254-1 du Code du travail, qui dispose que « *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* ». En revanche, la loi prévoit dès l'article suivant une exception à ce principe pour la conclusion d'un accord de performance collective. Ce dernier article est dans la droite ligne de la jurisprudence de la Cour de cassation affirmant que « *sauf disposition légale contraire, un accord collectif ne peut modifier le contrat de travail d'un salarié, seules les dispositions plus favorables de cet accord pouvant se substituer aux clauses du contrat* »²⁴⁵.

Le régime de l'accord de performance collective prévoit en effet que ses stipulations se substitueront de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail du salarié²⁴⁶. Il faut en déduire que même en présence de stipulations moins favorables que le contrat de travail, ce sont celles de l'APC qui s'imposeront au salarié. Il convient toutefois de

²⁴⁰ WAQUET (P.), Contrat de travail et statut collectif, *RJS 6/94, Chronique*.

²⁴¹ Selon la formule du Professeur Chalaron, *Etudes offertes à G. Lyon-Caen, 1999*.

²⁴² *Encycl. Dalloz, Rép. Trav., V° Travail (Droit du) : sources, n° 76*.

²⁴³ A. Barège, *Articulation du principe d'égalité de traitement, du principe de faveur et du principe de la force obligatoire des conventions*, *La Semaine Juridique Social n° 5, 6 Février 2018, 1052* ; *Cass. soc., 17 juill.1996 : Bull. civ. V, n° 296 et 297 ; JCP G 1997, II, 22798, note J. Chorin ; D. 1996, IR p. 208 ; Dr. soc. 1996, p. 1049, concl. P. Lyon-Caen, note J. Savatier : « principe fondamental du droit du travail » selon lequel en cas de conflit de normes, la plus favorable s'applique*

²⁴⁴ *Cass. soc., 17 juill. 1996, deux arrêts, n° 91-41.745 et n° 95-41.313 : Dr. soc. 1996, p. 1049, note J. Savatier, concl. P. Lyon-Caen. – Sur la portée du principe de faveur, V. J. Péliissier, Existe-t-il un principe de faveur en droit du travail : Mél. Despax, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 389*

²⁴⁵ *Cass. soc. 7 déc. 2017, nos 16-15.109 et 16-15.110 P.*

²⁴⁶ *Art. L. 2254-2, III, C. trav.*

noter que cette substitution est conditionnée à l'acceptation du salarié, ce dernier pouvant cependant être licencié pour un motif *sui generis* en cas de refus. Le législateur force donc fermement la main du salarié pour qu'il accepte cette substitution dont les conséquences sont forcément antinomiques avec le principe de faveur. Ce dernier cède face à la légitimité collective. C'est un « *important changement de paradigme dans l'articulation classique de l'accord collectif de travail et du contrat de travail, jusqu'ici marquée par l'intangibilité du second, « sanctuarisé » afin d'échapper à l'emprise des partenaires sociaux* »²⁴⁷. Pour B. Gauriau, le législateur avait l'intention « *d'assurer la primauté du collectif sur l'individuel, celle de l'accord collectif sur le contrat de travail, étouffant ainsi toute velléité de manifestation du principe de faveur* »²⁴⁸. L'effectivité des mesures de l'APC impose de mettre de côté l'article L.2254-1, si bien que l'article consacrant « *le droit de l'accord de performance collective, est d'ailleurs inséré dans un chapitre consacré aux « rapports entre conventions et accords collectifs de travail et contrat de travail* »²⁴⁹. Jérôme Daniel nuance enfin que « *si la résistance du contrat de travail individuel contre l'accord collectif est parfois anéantie par la volonté du législateur, force est d'observer que cela s'accompagne toujours du côté des négociateurs d'un renforcement des garanties de légitimité et de loyauté de la négociation collective* »²⁵⁰. Toujours est-il qu'il reste des incertitudes quant à la durée des effets contraires au principe de faveur (**SECTION II**).

SECTION II - La temporalité irrésolue de la substitution

La temporalité mécanisme substitutif divise la doctrine de sorte qu'elle semble irrésolue à l'heure actuelle. Nonobstant l'effet temporaire de cette substitution semblant davantage probable (§I), certains auteurs estiment quant à eux que cette substitution emporte des effets définitifs sur le contrat de travail (§II). Cette division doctrinale sème ainsi le doute sur la temporalité de la substitution que le législateur a voulu lui conférer et crée une insécurité juridique pour le salarié.

²⁴⁷ Louis Aluome, SJS n° 19, 14 Mai 2019, 1138.

²⁴⁸ B. Gauriau, JCPS 2019, *ibid*, préc.

²⁴⁹ P. Lopes, L'accord de performance collective aux prises avec le refus du salarié, La Semaine Juridique Social n° 43, 27 Octobre 2020, 3051.

²⁵⁰ J. Daniel, À propos de l'effet coagulant de l'emploi en matière conventionnelle, La Semaine Juridique Social n° 11, 17 Mars 2020, 1073.

PARAGRAPHE I - Une substitution *a priori* temporaire

Les auteurs se disputent quant à l'effet temporel de la substitution. Si « *en droit anglais, c'est la technique de l'incorporation, relativement aisée à appréhender (même s'il y a lieu de faire coexister incorporation expresse et implicite) qui prévaut* »²⁵¹, « *le Gouvernement a expressément précisé devant le Conseil constitutionnel que cette substitution (...) n'est pas irrévocable, les clauses du contrat de travail n'étant que suspendues pendant la durée d'application, déterminée ou indéterminée selon les cas, de l'accord [de performance collective]* »²⁵². L'article L. 2254-2 du Code du travail évoque cependant la possibilité pour le salarié de refuser « *la modification du contrat de travail* ». Cette modification, par définition, emporterait des effets définitifs, c'est pourquoi la doctrine est divisée.

P. Lokiec souligne très justement que le législateur, en jonglant entre les vocables de « *substitution* », « *modification* » ou encore « *d'application* » ne permet aux justiciables de déduire d'un vocabulaire qui serait précis, un régime juridique applicable pour chaque expression employée²⁵³. L'enjeu de connaître la situation du contrat de travail au terme de l'accord est pourtant bien réel. Effectivement, « *si le contrat est modifié par l'accord collectif cette modification devient pérenne. En revanche, si les clauses contraires et incompatibles du contrat ne sont que suspendues pendant la durée de l'accord, à l'échéance de celui-ci, le contrat retrouve son contenu contractuel* »²⁵⁴.

Isabelle Teraud a quant à elle tranché, « *les clauses initiales du contrat de travail ne sont pas annihilées, mais elles sont simplement temporairement éclipsées par cette prévalence de l'accord collectif qu'organise le code du travail. Si l'accord disparaît, il n'existe plus que le contrat de travail qui, lui, n'a jamais été modifié par un avenant* »²⁵⁵. Elle objecte toutefois

²⁵¹ Françoise Champeaux, Les accords de performance collective au colloque de la revue Droit social, Semaine Sociale Lamy, N° 1893, 3 février 2020.

²⁵² L. Aluome SJS n°19, *ibid*, préc.

²⁵³ P. Lokiec, *ibid*, préc.

²⁵⁴ M. Morand, L'APC, un accord né sous X, Semaine Sociale Lamy, N° 1933, 14 décembre 2020

²⁵⁵ P. Lokiec, A. Cormier Le Goff, I. Teraud, Juges et accords de performance collective, Droit social 2020. 511.

une exception pour la mise en place d'un forfait jours par l'accord pour lequel l'article L. 2254-2 du Code du travail prévoit la signature d'un avenant. Le Ministère du travail adopte également cette conception, « *En effet, si des clauses du contrat de travail sont incompatibles avec les dispositions de l'accord de performance collective, et que le salarié accepte l'application de cet accord, elles vont être suspendues pendant la durée de vie de l'accord* »²⁵⁶. Mais une déclaration de la DGT a permis le développement d'un courant doctrinal en faveur de la modification définitive du contrat de travail (§II).

PARAGRAPHE II - Une substitution définitive pour un courant doctrinal

« *Les clauses du contrat de travail ne sont suspendues que pendant la durée de l'accord. Si l'accord est à durée indéterminée, les clauses contraires du contrat de travail sont modifiées de manière permanente. C'est donc l'accord lui-même qui, par nature, fixe la durée de cette substitution* »²⁵⁷, c'est ainsi que la DGT a décrit l'effet substitutif de l'accord de performance collective. Il n'en fallait pas moins pour que certains auteurs y voient la consécration d'une modification définitive du contrat de travail. A. Cormier Le Goff défend cette idée en alertant sur la réapparition des clauses du contrat de travail au terme de l'accord qui seraient difficiles à mettre en place en pratique, comme le rétablissement d'un ancien lieu de travail aujourd'hui disparu²⁵⁸. D'autres auteurs tels que S. Béal et R. Labat défendent également « *une substitution pleine et entière de ses stipulations aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail. Il s'agirait d'une modification du contrat de travail, indépendamment de la durée de l'accord conclu* »²⁵⁹. Partant, le fait que l'accord soit à durée déterminée ou indéterminée a peu d'importance, la modification ayant eu lieu au moment de l'acceptation par le salarié, celle-ci aurait un effet plein et définitif. M. Morand et G. François estiment quant à eux qu'un même accord pourrait avoir des clauses substituées définitivement et d'autres temporairement²⁶⁰. Le choix du régime de la substitution s'opérerait alors selon la nature de la clause en question. Une clause modifiant le lieu de travail pourrait être

²⁵⁶ Questions-réponses, préc, p.2.

²⁵⁷ Liaisons sociales quotidien, no 17582, 2 juin 2018, p. 1.

²⁵⁸ P. Lokiec, A. Cormier Le Goff, I. Teraud, *ibid*, préc.

²⁵⁹ R. Labat et S. Béal, Accord sur le fonctionnement de l'entreprise. Un recours facilité, un régime unifié, JCP Entreprise et affaires, 18 janv. 2018, 1032.

²⁶⁰ M. Morand et G. François, Liaisons sociales thématiques, avr. 2018, no 58, p. 98.

définitivement substituée eu égard à la difficulté de revenir à l'ancien lieu de travail au terme de l'accord, alors qu'une clause modifiant la rémunération du salarié pourrait être substituée de façon temporaire. Il appartiendrait aux parties de prévoir le régime appliqué pour chaque clause.

Enfin, les effets de la substitution emportent encore des conséquences en cas de dénonciation ou de révision d'accord. L'accord révisé ou dénoncé entraîne-t-il la révision ou la réapparition des clauses du contrat de travail de plein droit, ou cette révision et cette réapparition commandent-elles de nouveau le consentement du salarié ? Les auteurs défendant une modification définitive en raison de l'indépendance des sources du droit du travail estiment que la révision ou la dénonciation nécessiterait le consentement du salarié²⁶¹. En revanche, ceux arguant de ce que la substitution aurait pour conséquence la suspension des clauses contraires et incompatibles du contrat de travail considèrent que la révision ou la dénonciation de l'APC ne nécessiterait pas un nouvel accord du salarié²⁶². En définitive, « la réponse apportée par le juge participera de la sécurité juridique de ces accords »²⁶³ **(TITRE II)**.

TITRE II - LE CONTRÔLE RESTREINT DU JUGE DEVANT LA VOLONTÉ COLLECTIVE

Le contrôle du juge sur l'APC est extrêmement restreint afin de laisser libre court à la liberté de négociation des partenaires sociaux. Il se porte en effet sur le respect des dispositions de droit commun quant à la procédure de négociation. Le juge contrôlera également le contenu de l'APC mais uniquement sur l'existence d'un motif légal de conclusion et la conformité des mécanismes négociés aux dispositions d'ordre public absolu. Il en résulte qu'en définitive, le contrôle judiciaire est limité à la conformité des dispositions légales **(CHAPITRE I)**, le juge ne saurait donc opérer un contrôle de proportionnalité sur ce qui a été négocié, pourtant plus protecteur pour les droits des salariés. Le contrôle judiciaire de la mise en œuvre de l'accord a lui aussi été cadenassé par le législateur **(CHAPITRE II)**

²⁶¹ M. Ollivier et B. Taillardat-Pietri, *ibid*, préc.

²⁶² Y. Pagnerre, *ibid*, préc.

²⁶³ P. Lokiec, A. Cormier Le Goff, I. Teraud, *ibid*, préc.

en consacrant un motif *sui generis* de licenciement. Le juge devra alors se contenter de vérifier la régularité de la procédure de licenciement et la conformité de l'APC aux dispositions légales afin d'apprécier la cause réelle et sérieuse du licenciement. Le recours juridictionnel est donc peu attractif pour le salarié.

CHAPITRE I - Un contrôle de la négociation limité à la conformité aux dispositions légales

La négociation de l'APC entre les partenaires sociaux est évidemment soumise à un contrôle restreint du juge puisqu'un plein contrôle de cette procédure serait susceptible de remettre totalement en cause les règles négociées par les partenaires sociaux alors que ceux-ci, en cas d'accord majoritaire, bénéficient de la légitimité démocratique offerte par le vote des salariés pour leurs représentants syndicaux. C'est pourquoi, lorsqu'il contrôlera la procédure de négociation, le juge se cantonnera à apprécier le respect des exigences de droit commun (**SECTION I**) telles que la capacité à négocier, le respect du formalisme de l'accord et la loyauté de la négociation. De même, le juge qui appréciera le contenu de l'accord circonscrira son contrôle à la simple existence d'un motif légal requis pour la conclusion d'un APC et au respect des dispositions d'ordre public absolu par les mécanismes mis en oeuvre par l'accord (**SECTION II**).

SECTION I - Le contrôle de la procédure de négociation cantonné au respect des exigences légales de droit commun

Vraisemblablement, les non-conformités communes à tous les accords, telles que le non respect de la procédure de conclusion de l'accord, apparaissent distinguables de celles relatives à des stipulations spécifiques à l'accord de performance collective, telles que celles liées à son objet. Ces dernières auraient plutôt, en toute logique, pour conséquence de déclasser cet accord en accord « *de droit commun* » avec des conséquences sur le régime applicable en matière de licenciement des salariés qui en refuseraient l'application, alors que les non-conformités communes à tous les accords devraient entraîner la nullité de l'APC. Le juge devra alors apprécier le respect des prescriptions légales de droit commun liées à la capacité et au formalisme (§I) et à la loyauté des négociations conformément aux dispositions du droit civil (§II).

PARAGRAPHE I - Le contrôle des prescriptions légales de droit commun liées à la capacité et au formalisme

L'accord de performance collective peut être contesté par voie d'action dans les conditions de droit commun. En vertu de l'article L. 2262-14 du Code du travail, « *toute action en nullité de tout ou partie d'une convention ou d'un accord collectif doit, à peine d'irrecevabilité, être engagée dans un délai de deux mois à compter de la notification de l'accord d'entreprise pour les organisations disposant d'une section syndicale dans l'entreprise ou de la publication de l'accord prévue à l'article L. 2231-5-1 dans tous les autres cas* ». Il sera donc possible de demander la nullité de l'accord de performance collective dans les deux mois suite à sa notification ou à sa publication sur légifrance en cas de non respect de la procédure de conclusion d'un accord.

L'accord devra respecter des conditions de fond. Malgré les doutes sur la possibilité de conclure un accord de performance collective sans organisation syndicale représentative dans l'entreprise depuis la décision du Conseil constitutionnel²⁶⁴, il sera considéré que l'ensemble des voies de négociation, majoritaires ou supplétives, sont ouvertes aux partenaires sociaux afin d'englober l'ensemble des situations possibles. Partant, les partenaires sociaux devront donc respecter les modalités de conclusion d'un accord majoritaire, à savoir avec les organisations syndicales représentatives ayant réuni plus de 50 % des suffrages exprimés et dont les délégués sont investis d'un mandat antérieurement à la conclusion de l'accord²⁶⁵. Les partenaires sociaux devront également respecter les procédures supplétives de négociation d'un accord qu'il ne s'agira pas de rappeler ici tant elles sont nombreuses, mais dont le détail a été évoqué *supra*²⁶⁶. L'ensemble des acteurs de la négociation doit bénéficier de la capacité de négocier un accord collectif. Le juge devra vérifier que l'ensemble des règles de conclusion édictées par les procédures majoritaires ou supplétives a été respecté. Il est fort à parier que, compte tenu de la légitimité amoindrie des acteurs supplétifs de la négociation, le contrôle densifiera son contrôle en cas de négociation avec ces derniers acteurs. Le non-

²⁶⁴ Cons. const., DC, 21 mars 2018, n° 2018-761, considérant n°27.

²⁶⁵ CE, 22 juill. 2015, Pages jaunes, n° 382668.

²⁶⁶ Art. L. 2232-11 à L2232-29-2, C. trav ; Voir §II - Les parties à l'accord.

respect de la procédure ou la reconnaissance par le juge d'incapacité à négocier, l'APC encourt alors la nullité.

Concernant les conditions de forme, celles-ci sont assez succinctes. L'accord de performance collective doit impérativement être conclu par un acte écrit²⁶⁷. Encore, l'article L. 2222-3-3 dispose que « *la convention ou l'accord contient un préambule présentant de manière succincte ses objectifs et son contenu. L'absence de préambule n'est pas de nature à entraîner la nullité de la convention ou de l'accord* ». De plus, l'accord de performance collective n'est pas soumis à publication mais à dépôt, ayant pour conséquence son entrée en vigueur et son opposabilité au salarié. Le juge devra vérifier ce dépôt mais son absence n'entraînera pas la nullité de l'APC²⁶⁸. Le contrôle du juge, bien que circonscrit, porte également sur la loyauté des négociations (§II).

PARAGRAPHE II - Le contrôle de la loyauté des négociations conformément aux règles de droit civil

Dans son contrôle sur les conditions de négociation de l'accord de performance collective, le juge ne se contente pas d'observer que les parties ont la capacité de négocier. Il vérifie également que dans le cadre de leurs discussions, les partenaires sociaux ont mené des échanges loyaux. Ce contrôle de la loyauté aura pour objet le cadre juridique applicable et la transparence des informations transmises.

Sur le cadre applicable, le juge appréciera si ce dernier a clairement été exposé aux négociateurs préalablement à la signature de l'accord. Il est à signaler que certains accord ne font aucune référence à l'article L.2254-2, de sorte qu'il n'est pas certain que les négociateurs aient connaissance du cadre juridique dans lequel ils négocient²⁶⁹. « *La rédaction du préambule, qui a pour objet de présenter cet objectif, pourrait constituer un point d'appui dans la recherche de l'intention des parties de se situer dans ce cadre juridique propre* »²⁷⁰.

²⁶⁷ Art. L. 2231-3, C. trav.

²⁶⁸ Soc. 3 oct. 1963, n^o, Dr. soc. 1962. 630.

²⁶⁹ P. Lokiec, A. Cormier Le Goff, I. Teraud, *ibid*, préc.

²⁷⁰ P. Lokiec, A. Cormier Le Goff, I. Teraud, *ibid*, préc.

Néanmoins, force est de constater que tandis que les négociations de l'accord se déroulent parfois sur plusieurs mois, c'est « *lorsque survient la phase de formalisation des engagements, les organisations syndicales découvrent, à la lecture du projet d'accord transmis, que la direction entend l'inscrire dans le cadre de l'article L. 2254-2 du Code du travail. Cela n'avait jamais été annoncé* »²⁷¹.

Sur la transparence des informations transmises, le Code civil dispose que les doivent être transmises les « *informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties* »²⁷² et consacre une obligation d'information pré-contractuelle en précisant que « *celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant* ». Le non-respect de ces dispositions entraîne la nullité de l'accord en raison d'un vice du consentement²⁷³. Les accords sur l'emploi précédents étaient cependant plus exigeants en imposant la réalisation de diagnostics économiques²⁷⁴, ce qui a disparu avec la consécration de l'APC dont le seul objectif est la performance collective. Le droit commun de la négociation précise que les négociateurs doivent fournir toutes les informations utiles à la conclusion de l'accord collectif afin d'éviter à la nullité de l'accord²⁷⁵. En vue de déterminer les nécessités de fonctionnement de l'entreprise ou le développement/la préservation de l'emploi, « *l'accès aux informations d'ordre économique et/ou organisationnel qui justifient, selon l'employeur, la conclusion d'un APC s'imposant aux contrats de travail, et non d'un accord collectif de droit commun* », est indéniablement utile. »²⁷⁶. Malgré une tendance à la rétention des informations²⁷⁷, l'employeur sera tenu de communiquer aux négociateurs les informations qu'ils sollicitent dès lors qu'elles ont un rapport avec le motif de l'APC. Les organisations syndicales ont alors tout intérêt à formuler des demandes d'informations, étant entendu que le CSE peut également mandaté un expert-comptable afin d'analyser les informations

²⁷¹ G. Meyer, *ibid*, préc.

²⁷² Art. 1112-1, C. civ.

²⁷³ Cass. soc., 6 janv. 2016, n° 15-10.975.

²⁷⁴ Anc. art. L. 5125-1 et Anc. art. L. 2254-2., C. trav.

²⁷⁵ Soc., 9 oct. 2019, n° 19-10.780, publié au Bulletin, D. 2019. 1998.

²⁷⁶ P. Lokiec, A. Cormier Le Goff, I. Teraud, *ibid*, préc.

²⁷⁷ G. Meyer, *ibid*, préc.

transmises²⁷⁸. Il apparaît que le juge devrait être cantonné à un contrôle strict sans pouvoir apprécier le caractère suffisant des informations, cela pouvant être assimilé à un contrôle de la pertinence de l'accord²⁷⁹. Le juge se confronterait alors à la légitimité des partenaires sociaux, et notamment des organisations syndicales élus par les salariés.

D'aucuns jugent le niveau d'exigence en matière de loyauté des négociations comme insuffisant au regard des conséquences potentielles de l'APC sur les droits du salariés, et ce alors que le législateur n'avait cessé de « *vanter le dialogue social* »²⁸⁰. Ils critiquent des réformes ayant privilégié le résultat de la négociation plutôt que l'organisation du processus de négociation lui-même qui aurait permis d'assurer sa loyauté. L'article L. 2222-3-1 du Code du travail apporte éventuellement la solution avec la possibilité de conclure un accord de méthode afin d'organiser une négociation respectueuse « *de loyauté et de confiance mutuelle entre les parties* ». Mais là-encore, la conclusion d'un tel accord reste une simple faculté des partenaires sociaux. Le juge pourra ensuite apprécier le contenu de l'accord mais en exercera toujours un contrôle restreint (**SECTION II**).

SECTION II - Le contrôle du contenu de l'accord circonscrit à l'existence du motif légal et d'un dispositif respectant l'ordre public

Le contenu de l'APC est un terrain fragile pour supporter le contrôle du juge. Ce contenu étant négocié par les parties, le contrôle de ce contenu par le juge revient à potentiellement à remettre en cause des stipulations choisies par les parties, dont les représentants des salariés directement élus par eux. Le juge va donc circonscrire son contrôle à l'existence d'un motif requis pour négocier un APC mais n'appréciera pas la réalité de ce motif (§I). Toujours afin d'éviter la confrontation entre la légitimité des partenaires sociaux et le contrôle du juge, ce dernier ne semble pas contrôler la pertinence des dispositifs négociés par les parties à l'accord (§II).

²⁷⁸ Art. L. 2315-92, II, C. trav.

²⁷⁹ P. Lokiec, A. Cormier Le Goff, I. Teraud, *ibid*, préc.

²⁸⁰ G. Meyer, *ibid*, préc.

PARAGRAPHE I - Le seul contrôle de l'existence du motif légal doctrinalement discuté

Le contrôle de la motivation de recours à l'APC est un terrain d'affrontement pour la doctrine. Le juge, qui contrôle la motivation du recours à l'APC va devoir contrôler le choix résultat de la négociation collective entre l'employeur et les organisations syndicales. Partant, au nom de la légitimité des partenaires sociaux, dont est dépourvu le juge, certains auteurs estiment que ce dernier devrait opérer un contrôle restreint alors que d'autres ne voient pas d'inconvénient à l'appréciation par le juge de la pertinence des motifs.

L'article L. 2254-2 du Code du travail dispose que les partenaires sociaux peuvent avoir recours à l'APC « *Afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi* ». I. Taraud souligne que le législateur utilise les « *formules « en vue de » et « afin de » : il faut donc disposer des motifs nécessaires pour avoir recours à un APC. Le préambule doit faire mention de ces motifs, même s'il n'y a plus de sanction de nullité à l'absence de préambule* »²⁸¹. Ce qui devrait être contrôlé par le juge. L'auteur estime encore que la jurisprudence sur le motif économique pourra inspirer le juge sur l'exigence de justification et qu'il pourra tenir compte d'éléments postérieurs pour vérifier l'adéquation entre le motif invoqué et les dispositions de l'accord²⁸². Le Professeur Lokiec partage cette ce courant de pensée mais regrette que l'exigence d'un motif ne soit que « *d'apparence théorique tant les motifs sont formulés de façon large (sauvegarde de l'emploi ; création d'emploi ; nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise) mais qui constituera sans doute le principal siège de contestation des APC* ». En d'autres termes, ces auteurs estiment que le juge devra vérifier que le motif invoqué par les partenaires sociaux est le véritable motif du recours à l'APC, ce qui nécessite un contrôle de la pertinence du motif. Ils se fondent en outre, pour estimer que le contrôle n'est pas restreint²⁸³, sur la décision du Conseil constitutionnel qui ouvre expressément ce contrôle au juge en décidant que « *le législateur a entendu permettre aux entreprises d'ajuster leur organisation collective afin de garantir leur pérennité et leur développement. Il appartient aux entreprises de déterminer*

²⁸¹ P. Lokiec, A. Cormier Le Goff, I. Taraud, *ibid*, préc.

²⁸² Soc., 11 déc. 2019, n° 18-17.874.

²⁸³ P. Lokiec, A. Cormier Le Goff, I. Taraud, *ibid*, préc.

lors de la négociation 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. Le cas échéant, la pertinence des motifs ayant justifié l'accord peut être contestée devant le juge »²⁸⁴. Partant, si le juge venait à estimer que le motif avancé par les partenaires sociaux n'est pas le véritable motif, « la sanction doit être celle de la nullité car il s'agit d'une habilitation à négocier et si les motifs avancés ne sont pas ceux que la loi vise, l'entreprise perd cette habilitation »²⁸⁵.

D'autres auteurs défendent que le juge doit opérer un « *contrôle de légalité dit « interne » de l'APC, conduisant à s'assurer de la conformité du contenu de ses clauses aux prescriptions légales impératives, mais non à s'interroger sur la pertinence ou l'opportunité de la conclusion de l'accord au regard de la situation de l'entreprise* ». Pour A. Cormier Le Goff, le choix des partenaires sociaux de se placer dans le cadre d'un APC révèle déjà que les circonstances justifiant le recours à l'APC ont été validées par les partenaires sociaux, le contrôle du juge ne saurait donc être un contrôle de la pertinence qui viendrait se heurter à la légitimité de la négociation collective²⁸⁶. Le contrôle du juge serait donc restreint à « *apprécier la présence d'engagements quantitatifs (le nombre) ou qualitatifs (les postes) en matière de développement ou de préservation de l'emploi, tout comme il peut apprécier la présence de nécessités de fonctionnement (comme une réorganisation d'une entreprise qui doit faire face à une menace de sa compétitivité)* »²⁸⁷. De plus, pour eux, le contrôle consistant à comparer le motif invoqué avec les dispositifs mis en place à la jurisprudence de la Cour de cassation ayant déjà rejeté l'immixtion du juge dans les choix de l'employeur en matière de motif économique²⁸⁸. Enfin les tenants du contrôle restreint balayent d'un revers de main la décision du Conseil constitutionnel en estimant que « *cette même décision indique que ce sont les partenaires sociaux qui apprécient la légitimité et la nécessité des motifs justifiant le recours à l'APC, ce dont il devrait résulter qu'il n'appartient pas au juge de s'immiscer dans*

²⁸⁴ Cons. const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC.

²⁸⁵ P. Lokiec, A. Cormier Le Goff, I. Taraud, *ibid*, préc.

²⁸⁶ P. Lokiec, A. Cormier Le Goff, I. Taraud, *ibid*, préc.

²⁸⁷ Y. Pagnerre, Les accords de compétitivité sous le contrôle du juge, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 7, 18 Février 2021, 1102.

²⁸⁸ Cass. ass. plén., 8 déc. 2000, n° 97-44.219.

ce choix »²⁸⁹. En attendant que la Cour de cassation tranche le débat, il convient d'aborder son contrôle des dispositifs mis en place par l'APC (§II).

PARAGRAPHE II - Le simple contrôle de dispositifs conformes aux dispositions d'ordre public absolu

Le contrôle du contenu de l'accord amène le juge à apprécier non seulement les motifs mais aussi les dispositifs mis en place par les partenaires sociaux. L'APC étant un outil mis à la disposition des partenaires dont la négociation a été drastiquement simplifiée, et l'article L. 2254-2 laissant une grande liberté quant au contenu négociable, la tentation est grande pour les entreprises d'utiliser l'APC comme un accord fourre-tout²⁹⁰.

Sur le contenu de l'accord, au sens des dispositifs mis en place par l'accord de performance collective, les deux courants doctrinaux s'accordent sur un contrôle restreint du juge. En effet, le juge doit en la matière laisser la liberté contractuelle s'exprimer, mais des contestations resteront possibles. « *À l'égard de la rémunération, les minima conventionnels doivent être respectés* »²⁹¹, le juge pourra par exemple vérifier si en matière de rémunération, les mécanismes prévus par l'accord permettront de respecter le SMIC. Encore, en matière de durée de travail et forfait jours, le juge devra également opérer un contrôle de légalité et vérifier que les stipulations respectent les articles en la matière. En la matière, la chambre criminelle de la Cour de cassation avait jugé que les partenaires sociaux devaient respecter les normes en matière de travail de nuit et de dérogation au repos dominical. Partant, ils devaient démontrer la nécessité d'un tel mécanisme pour assurer la continuité de l'activité économique ou de justifier de services d'utilité sociale. La Cour a rejeté de simples considérations générales sur les habitudes des consommateurs, de sorte que le contrôle de légalité, lorsque la loi est exigeante, peut amener à un contrôle lui aussi exigeant du juge²⁹². Enfin, il n'est évidemment pas question pour un accord de stipuler des clauses discriminatoires, le juge

²⁸⁹ P. Lokiec, A. Cormier Le Goff, I. Teraud, préc.

²⁹⁰ P. Lokiec, A. Cormier Le Goff, I. Teraud, préc.

²⁹¹ P. Lokiec, A. Cormier Le Goff, I. Teraud, préc.

²⁹² Crim., 7 janv. 2020, n° 18-83.074, publié au Bulletin ; D. 2020. 543 ; RDT 2020. 341, obs. M. Véricel.

veillera à ce qu'aucun mécanisme mis en place ne mette en place une différence de traitement injustifiée sur un motif prohibé par la loi²⁹³.

Sur la possibilité d'aborder d'autres thèmes que la rémunération, la durée du travail et mobilité interne à l'entreprise, la doctrine est de nouveau divisée. Alors qu'une partie de la doctrine prétend qu' « *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* »²⁹⁴ et affirme que le Ministère du travail a soutenu que « *un accord de performance collective est un accord collectif permettant de négocier des mesures exclusivement dans trois domaines limitativement énumérés par la loi* », sans pour autant apporter un fondement spécifique supportant cette analyse »²⁹⁵, l'autre part de la doctrine prône la possibilité de négocier sur d'autres thèmes. Ces auteurs estiment que le silence de la loi sur les thèmes abordables entraîne la possibilité de négocier sur n'importe quel thème. Toutefois, quelques conditions sont à respecter. D'une part, la validité de l'APC nécessitant une négociation sur un des trois thèmes substitutif, au moins un de ces thèmes doit faire l'objet d'une stipulation dans l'APC, et d'autre part, l'effet substitutif doit être exclusivement attaché à ces trois thèmes²⁹⁶. Il appartiendra ici-encore au juge de trancher ce débat, d'autant que ce contenu peut faire l'objet d'un contrôle par voie d'exception lors de la contestation du licenciement (**CHAPITRE II**).

CHAPITRE II - Un contrôle de la mise en oeuvre de l'accord légalement paralysé

L'étude du contrôle par le juge de la mise en oeuvre de l'accord commande d'évoquer le licenciement du salarié et les effets de la substitution issue de l'APC. Ces derniers ayant déjà fait l'objet de développements *supra*, ce chapitre II se focalisera sur le contrôle du licenciement par le juge. Il opérera un double contrôle sur la procédure de licenciement dont

²⁹³ Art. L. 1132-1, C.trav.

²⁹⁴ Lokiec, SSL n°1918, préc.

²⁹⁵ A. Teissier, *ibid*, préc.

²⁹⁶ A. Cormier Le Goff, Les accords de performance collective au colloque de la rue Droit social, SSL n°1893, 3 février 2020.

le respect sera donc pleinement apprécié par les juridictions (**SECTION I**). Ce contrôle est double en ce qu'il amènera d'abord la juridiction prud'homale à vérifier la conformité de la procédure de recueil du consentement du salarié. Puis le juge vérifiera ensuite le respect de la procédure classique de licenciement pour motif personnel, qui est plus exigeante que la procédure de licenciement pour motif économique antérieurement imposée par les accords sur l'emploi. Le contrôle du juge se portera également sur le motif de licenciement en lui-même, mais cette voie semble entravée par le législateur (**SECTION II**). Cette entrave résulte de la présomption irréfragable de justification du licenciement en cas de refus du salarié à la modification de son contrat. Le contrôle du juge sera alors cantonné à la vérification de la référence à l'APC dans la lettre de licenciement et de la conformité de l'APC aux prescriptions légales.

SECTION I - Les deux temps du plein contrôle de la procédure de licenciement

Le contrôle du licenciement en application de l'APC va d'abord porter sur le respect des procédures. Procédures au pluriel puisque deux sont à respecter par l'employeur avant de pouvoir licencier le salarié pour un motif *sui generis*. Ainsi le juge opérera-t-il un double contrôle, le premier sur la procédure de recueil du consentement du salarié (§I) puis un second sur la régularité de la procédure de licenciement pour motif personnel (§II).

PARAGRAPHE I - Un premier contrôle sur la procédure de recueil du consentement du salarié

Le Conseil constitutionnel l'a affirmé en 2018, « *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 afin que ce dernier examine si les conditions prévues aux paragraphes III à V de l'article L. 2254-2 du Code du travail sont réunies* »²⁹⁷. L'article L.2254 Code du travail dispose que « *III. Le salarié peut refuser la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord. IV. – Le salarié dispose d'un délai d'un mois pour faire connaître son refus par écrit à l'employeur à compter de la date à*

²⁹⁷ Cons const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, cons. 28

laquelle ce dernier a informé les salariés, par tout moyen conférant date certaine et précise, de l'existence et du contenu de l'accord, ainsi que du droit de chacun d'eux d'accepter ou de refuser l'application à son contrat de travail de cet accord. ». Il ressort de ce qui précède que le salarié peut contester son licenciement devant le juge afin que ce dernier vérifie que les conditions de son refus ont été respectées, le Ministère du travail l'a encore confirmé en 2020²⁹⁸.

L'article L. 2254-2 du Code du travail évoque un délai de réflexion d'un mois durant lequel le salarié rend sa décision. Ce délai court à compter de l'information par l'employeur par tout moyen conférant date certaine et précise de l'existence et du contenu de l'accord. Toutefois, le législateur précise que l'employeur doit également informer le salarié de son droit à accepter ou refuser la modification de son contrat. Si le juge venait à constater la violation d'une de ces modalités, alors le délai de réflexion n'aurait pas commencé à courir et le refus du salarié n'aurait par conséquent pas été donné. Le licenciement du salarié serait alors jugé sans cause réelle et sérieuse en cas de contentieux²⁹⁹. Ce contrôle par voie d'exception sur le consentement du salarié permet de s'assurer que le salarié s'est prononcé en connaissance de cause et que son licenciement résulte bien d'un refus éclairé. Ainsi, et par analogie, la Cour de cassation a pu juger en matière de modification pour motif économique que l'employeur, qui n'était pas en mesure de rapporter la preuve de la date précise et certaine de l'information du salarié — point de départ du délai de réflexion —, « *n'a pas respecté les formalités prescrites [et] ne peut se prévaloir ni d'un refus, ni d'une acceptation de la modification du contrat de travail par le salarié* »³⁰⁰. Le licenciement a donc été jugé sans cause réelle et sérieuse.

Le doute persiste cependant quant aux conséquences d'un licenciement issu de la notification du refus par le salarié mais intervenu avant la fin du délai de réflexion d'un mois. Si le Professeur Morvan estime que le délai de réflexion est un délai dans lequel le salarié est susceptible de se rétracter et que le licenciement intervenu avant la fin de ce délai doit être

²⁹⁸ Questions-Réponses, préc.

²⁹⁹ V. Art. L. 1222-6, C. trav. ; Cass. soc., 10 déc. 2003, n° 01-44.745 : JurisData n° 2003-021369 ; JCP E 2004, 253, N. Barbret. - Cass. soc., 27 janv. 2009, n° 07-44.575.

³⁰⁰ Cass. soc. 25 janv. 2005, n° 02-41.819 P: D. 2005. IR 458; RJS 2005. 255, n° 344; CSB 2005, A. 34, obs. A. Charbonneau

jugé comme dépourvu de cause réelle et sérieuse³⁰¹, Louis Aluome prône que l'analogie n'est pas pertinente puisqu'il résulte de l'article L. 1226-1 du Code du travail que l'entretien préalable peut intervenir dès réception de la notification de refus du salarié, ce qui n'est pas le cas de l'article L. 2254-2³⁰². Le juge devra en outre contrôler la régularité de la procédure de licenciement pour motif personnel (§II).

PARAGRAPHE II - Un second contrôle sur la régularité de la procédure de licenciement pour motif personnel

Evoquée *supra*, la décision du Conseil constitutionnel sur l'APC prononce la possibilité pour le salarié de contester son licenciement devant le juge, lequel devra vérifier que le V de l'article L. 2254-2 du Code du travail a été respecté. Le Conseil constitutionnel n'étant pas une cour suprême, la Cour de cassation pourrait avoir une position différente. Or la Haute juridiction a récemment jugé dans son arrêt du 2 décembre 2020 que « *dans la lignée de sa jurisprudence sur les accords de réduction du temps de travail, le caractère réel et sérieux du licenciement consécutif à un refus de modification contractuelle issu des stipulations de l'accord de mobilité interne suppose que cet accord soit conforme aux dispositions légales le régissant. Cette position rejoint celle adoptée par cette même Cour en cas de refus du salarié d'appliquer un accord de réduction du temps de travail*³⁰³. »³⁰⁴.

L'article L. 2254-2 prescrit en premier lieu que « *l'employeur dispose d'un délai de deux mois à compter de la notification du refus du salarié pour engager une procédure de licenciement* ». L'employeur doit donc attendre d'avoir reçu la notification du refus de la modification par le salarié pour entamer la procédure de licenciement à son encontre. Ce même article précisant que la réponse du salarié doit être expresse et rendue par écrit, l'employeur ne saurait se prévaloir d'une réponse orale ou implicite du salarié pour justifier de l'ouverture du délai de deux mois. Le licenciement serait alors considéré comme sans cause réelle et sérieuse par le juge³⁰⁵.

³⁰¹ Cass. soc. 10 déc. 2003 : JCP E 2004. 1145, obs. P. Morvan

³⁰² L. Aluome, *ibid*, préc.

³⁰³ Cass. soc., 23 sept. 2009, n° 07-44.712

³⁰⁴ F. Morel, Licenciement à la suite d'un accord de performance collective : quel contrôle du juge ?, Semaine Sociale Lamy, N° 1933, 14 décembre 2020.

³⁰⁵ Y. Pagnerre, SJE, préc.

L'article L. 2254-2 poursuit que « *ce licenciement est soumis aux seules modalités et conditions définies aux articles L. 1232-2 à L. 1232-14* ». Ces derniers articles font référence à la procédure de licenciement pour motif personnel. Le juge vérifiera donc le respect de cette procédure. L'employeur doit avoir convoqué le salarié à un entretien préalable au licenciement pour motif personnel par LRAR ou par lettre remise en main propre contre décharge³⁰⁶. En vertu de ces articles, la date d'entretien doit avoir lieu au moins 5 jours après la convocation afin de laisser au salarié le temps de préparer sa défense. L'employeur doit également informer le salarié de la possibilité d'être assisté d'un conseiller³⁰⁷. Il devra ensuite démontrer au juge qu'au moins deux jours après cet entretien, il a notifié au salarié son licenciement par LRAR énonçant les motifs de sa décision³⁰⁸. Le non-respect des ces conditions de fond, garantie des droits du salarié, entraînera nécessairement la qualification de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Pour terminer, l'employeur doit avoir remis au salarié les documents de fins de contrat, à savoir un certificat de travail et le solde de tout compte. La procédure de licenciement suite au refus du salarié est donc une brèche dans laquelle peut s'engouffrer le salarié qui souhaite licencier son licenciement. La contestation du motif *sui generis* du licenciement, bien que cadencée, est également une voie empruntée par le salarié (**SECTION II**).

SECTION II - L'entrave au contrôle de la justification du licenciement par l'instauration d'un motif *sui generis*

Le législateur a empêché le juge de contrôler la justification du licenciement issu d'un APC en lui conférant par la loi une présomption irréfragable de justification réelle et sérieuse. Ainsi, le juge ne pourra que contrôler que le licenciement est bien justifié par l'application de l'accord, le Conseil constitutionnel ayant admis ce motif spécifique (**§I**). Toutefois, ce dernier a également décidé que le salarié pouvait contester le bien fondé de son licenciement en demandant au juge de vérifier la conformité de l'accord aux dispositions légales, contrôle que l'OIT a récemment estimé insuffisant (**§II**).

³⁰⁶ L.1232-2 C. trav.

³⁰⁷ L.1232-4 C. trav.

³⁰⁸ L.1232-6 C. trav.

PARAGRAPHE I - Uu contrôle de la motivation *sui generis* constitutionnellement approuvée

L'article L. 2254-2 du Code du travail dispose que « *l'employeur dispose d'un délai de deux mois à compter de la notification du refus du salarié pour engager une procédure de licenciement. Ce licenciement repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse* ». Par cet alinéa, le législateur verrouille le contrôle du motif de licenciement en créant un motif spécifique, dit *sui generis*. La création de ce motif permet d'éviter l'application de dispositions déjà existantes, notamment en matière de licenciement économique. Le Gouvernement justifie l'exclusion, plus contraignantes, des dispositions en matière de licenciement économique par « *l'objectif du législateur d'offrir aux entreprises un cadre juridique sécurisé permettant, par le biais du dialogue social, de rechercher la performance sociale et économique* »³⁰⁹.

« *La convention n° 158 de l'OIT ne distinguant que deux types de licenciements : ceux fondés sur la conduite ou l'aptitude du travailleur et ceux liés aux nécessités de fonctionnement de l'entreprise (art. 4)* »³¹⁰, et la Cour de cassation ayant déjà jugé que le fait à prendre en considération était le refus du salarié d'appliquer l'accord³¹¹, il n'était pas inimaginable de penser que c'était la conduite du travailleur qui justifiait alors un licenciement disciplinaire³¹². Mais B. Gauriau l'affirme, « *l'employeur qui notifie un licenciement « pour un motif spécifique » use d'un pouvoir « spécifique » qui, pour ne pas être disciplinaire, ne relève pas non plus du champ économique* »³¹³. L'employeur qui n'utiliserait pas ce motif spécifique, à moins d'en démontrer la justification, encourrait donc la requalification en licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Ainsi, tant que l'illégalité de l'accord n'a pas été constatée, le refus du salarié d'appliquer cet accord constitue un motif de licenciement spécifique revêtant les vêtements de la cause réelle

³⁰⁹ Question-réponses, préc.

³¹⁰ F. Morel, *ibid*, préc.

³¹¹ Cass. soc., 23 sept. 2009, n° 07-44.712, Bull civ. V, n° 201

³¹² F. Morel, préc.

³¹³ B. Gauriau, L'accord de performance collective depuis la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018, préc.

et sérieux³¹⁴. L'employeur qui entame ce type de licenciement devra donc mentionner expressément dans la lettre de notification de licenciement le refus de l'application de l'accord par le salarié comme motif de licenciement. Ce motif pourra être précisé par l'employeur de sa propre initiative ou de celle du salarié, à défaut, seule l'irrégularité pour insuffisance de motivation et le versement d'une indemnité ne pouvant excéder un mois de salaire serait encourue. Toutefois, si le licenciement du salarié était déclaré sans cause réelle et sérieuse, le salarié bénéficierait des indemnités légales auxquelles est fait référence à l'article L.2254-2 du Code du travail, ainsi que d'un abondement de son compte CPF.

Cette motivation *sui generis* a été validée par le Conseil constitutionnel, il a estimé que le fait que « *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 afin qu'il examine si les conditions prévues aux paragraphes III à V de l'article L. 2254-2 du code du travail sont réunies* »³¹⁵(§II).

PARAGRAPHE II - Un contrôle de la conformité de l'accord aux dispositions légales récemment jugé insuffisant par l'OIT

Le Conseil constitutionnel a admis que le motif spécifique de licenciement du salarié qui refuse l'application de l'accord de performance collective en raison de la voie de contestation qui lui était ouverte permet un contrôle du respect des dispositions de l'article L.2254-2 du Code du travail³¹⁶.

Le motif étant légalement pré-constitué, un glissement s'opère et l'appréciation du juge portera sur le respect des dispositions de l'article L. 2254-2. La légalité de l'accord va conditionner la reconnaissance d'une cause réelle et sérieuse de licenciement. Le motif de recours à l'APC motivera à son tour le licenciement, de sorte que sa réalité et sa sérieux vont conditionner la légalité du licenciement *sui generis*. Si les conditions de négociation ne posent guère de difficultés, l'appréciation du contenu par le juge divise la doctrine. D'une part, certains auteurs estiment que le juge ne peut pas s'immiscer dans le gestion de

³¹⁴ Y. Pagnerre, Droit social 2018.694, préc.

³¹⁵ Cons const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, cons. 28

³¹⁶ Cons const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, cons. 28

l'entreprise et se confronter à la légitimité de la négociation collective, de sorte qu'il doit se cantonner à un contrôle restreint de l'existence des motifs et des clauses obligatoires³¹⁷. De l'autre, les auteurs prônent un contrôle de la pertinence des motifs de recours à l'APC (les nécessités au fonctionnement de l'entreprise ou la préservation/le développement de l'emploi) afin que cet outil ne soit pas dévoyé. Ces auteurs s'appuient sur la décision du Conseil constitutionnel qui évoque ce contrôle de la pertinence du motif³¹⁸ et force est de constater que cette dernière théorie semble emporter la préférence de la Cour de cassation. Elle semble en effet adopter le contrôle de la pertinence des motifs en jugeant qu'il « appartient au juge d'apprécier le caractère réel et sérieux du motif du licenciement consécutif à ce refus au regard [...] de sa justification par l'existence des nécessités du fonctionnement de l'entreprise »³¹⁹. Il en ressort deux enseignements majeurs : « Premièrement, la Cour de cassation permet au juge prud'homal de procéder à un contrôle *in concreto* des nécessités de fonctionnement. Il ne suffit pas qu'un accord collectif évoque la présence de nécessités, encore faut-il que ces nécessités et la réorganisation qu'elle implique soient réellement établies. Deuxièmement, il appartient aux justiciables de soutenir l'application de la convention de l'OIT n° 158 ; le contrôle ne saurait être d'office exercé par les juges du fond ». Le contrôle de la pertinence des motifs entraînerait alors le contrôle de l'adéquation des mesures prises avec le motif de recours. L'accord de performance collective commandant la réunion de peu de conditions, le contrôle de la pertinence du motif apparaît nécessaire. Il importe en effet, pour la protection du salarié, que les quelques conditions imposées à la conclusion d'un APC soient au moins respectées.

Il est important de préciser que le législateur, pour ne pas s'attirer les foudres de l'OIT quant à un éventuel licenciement injustifié, a repris mot pour mot comme justification du recours à l'APC « les nécessités au fonctionnement de l'entreprise » qui sont un motif de licenciement au sens de l'article 4 de la convention n°158 de l'OIT. Seulement la ficelle était-elle trop grosse et la foudre est tombée. Dans un récent rapport, l'OIT appelle la France à ce que, malgré « l'affirmation expresse par l'article L. 2254-2 du caractère réel et sérieux du licenciement », « le juge doit pouvoir continuer à procéder à un véritable contrôle

³¹⁷ Y. Pagnerre, A. Cormier Le Goff, etc.

³¹⁸ H. Cavat, P. Lokiec, B. Gauriau, etc.

³¹⁹ Soc. 2 décembre 2020, n°19-11.986 à 19-11.994.

judiciaire ». L'OIT exhorte encore à ce que le juge français puisse opérer « *un contrôle effectif et non seulement formel du motif de licenciement* ». En d'autres termes, « *il incombe au juge national de déterminer si cette notion de nécessité de fonctionnement de l'entreprise a été effectivement respectée au sens de l'article 4 de la convention* »³²⁰. Le comité ayant prié la France de tenir informé le CEACR des réponses qu'elle compte apporter à ce rapport, il faut maintenant s'armer de patience afin d'observer si le juge français compte se saisir de cette opportunité pour assoir un contrôle de la pertinence des motifs de l'accord davantage protecteur des droits du salarié.

CONCLUSION

L'accord de performance collective est finalement un accord inédit. Inédit par ses effets sur le droit du travail dont il bouscule les piliers et principes fondamentaux tels que l'âme du droit du travail cher à la doctrine ou l'intangibilité du contrat de travail. La remise en cause de ces principes risque d'avoir pour conséquence d'exposer les droits salariaux, souvent protégés par le contrat de travail, à un affaiblissement considérable au nom de la performance collective de l'entreprise. Cet affaiblissement est légitimé par la présence des représentants des salariés à la négociation de l'APC. Il y a un transfert de pouvoir du législateur vers les partenaires sociaux. Mais cette légitimité démocratique peut-elle tout justifier ? N'existe-t-il aucun garde-fou protégeant l'intangibilité du contrat du salarié jusqu'ici rempart des droits sociaux ? C'est la question à laquelle le présent mémoire a tenté d'apporter une réponse.

D'abord au stade de la négociation de l'APC, les partenaires sociaux ont une large marge de manoeuvre. L'accord permet en effet de négocier sur à peu près tout, notamment sur l'ensemble du socle contractuel, et aucun élément du contrat de travail n'apparaît donc intouchable par l'APC. Cette négociation puise également sa puissance dans son accessibilité. Les partenaires sociaux peuvent effectivement négocier très facilement un APC grâce aux multiples procédures qui lui sont ouvertes mais aussi grâce à des motifs de recours très larges,

³²⁰ OIT, Rapport du Directeur général Troisième rapport supplémentaire: Rapport du comité chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par la France de la convention (n°158) sur le licenciement, 1982, 16 février 2022.

si bien qu'un APC semble pouvoir être négocié avec n'importe quel acteur. Ainsi la négociation de l'APC apparaît-elle peu protectrice des droits du salarié stipulés dans le contrat de travail.

Les véritables garde-fous du contrat de travail du salarié se trouvent à l'issue de la conclusion de l'APC. En premier lieu parce que le salarié est susceptible de refuser l'accord. Mais là-encore cette faculté de résistance individuelle apparaît illusoire en raison de la possibilité pour l'employeur de licencier pour motif *sui generis* le salarié qui refuserait la modification de son contrat. De même, le juge paraît bien impuissant dans la protection des droits du salarié puisque son contrôle est restreint à la vérification de la conformité de l'accord aux prescriptions légales, sans jamais apprécier ni la réalité du motif de recours à l'APC, ni la proportionnalité des mécanismes négociés. Alors le juge peut bien vérifier la conformité de l'APC aux prescriptions légales lors de la contestation d'un licenciement par la voie de l'exception, mais la consécration légale du motif *sui generis* l'empêche d'apprécier ce dernier.

De fait, il résulte de ce qu'il précède que le contrat de travail du salarié n'a que peu de faculté de résistance face à un APC, résultat de la volonté collective de l'entreprise, que le législateur a voulu omnipotente. Néanmoins, le récent rapport de l'OIT sur l'APC, et la jurisprudence de la Cour de cassation laissent espérer un contrôle davantage approfondi de l'APC qui non seulement ne retire rien à la liberté contractuelle des partenaires sociaux, mais permet de surcroît d'assurer la protection des droits des salariés et l'absence de dévoiement de cet accord. Proudhon affirmait qu' « *il faut avoir vécu dans cet isolement qu'on appelle l'Assemblée nationale, pour concevoir comment les hommes qui ignorent le plus complètement l'état d'un pays sont presque toujours ceux qui le représentent* »³²¹. Le législateur semble l'avoir entendu en transférant ses pouvoirs à la négociation collective. Mais appliquer Montesquieu qui écrivait que « *pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir* »³²² imposerait probablement d'encadrer davantage l'APC sans en altérer la nature et la finalité, notamment par un contrôle judiciaire de la pertinence des motifs de recours à cet APC.

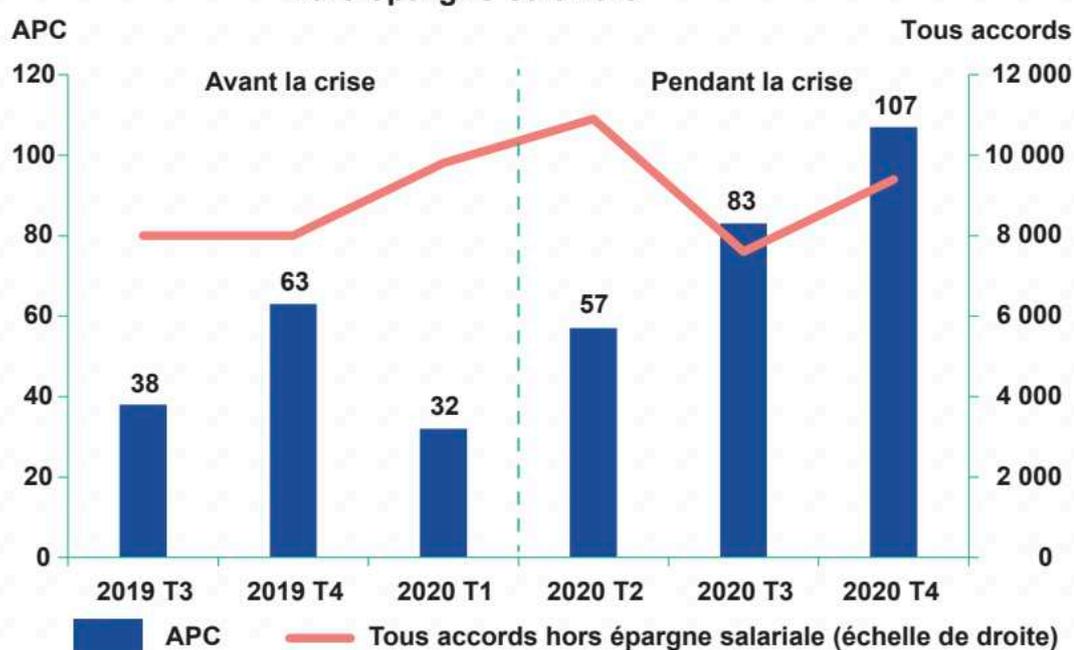
³²¹ P.-J. Proudhon, *Les confessions d'un révolutionnaire, pour servir à l'histoire de la révolution de février*, p.41.

³²² Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, Livre XI, chapitre IV.

ANNEXES

Annexe n°1 :

GRAPHIQUE 1 | Nombre d'accords de performance collective et nombre d'accords et avenants hors épargne salariale



Lecture : au 3^e trimestre 2019, 38 accords de performance collective sont signés contre 83 au troisième trimestre 2020. Parallèlement, le nombre d'accords et avenants hors épargne salariale signés passe de 8 000 à 7 600.

Champ : accords de performance collective ainsi que accords et avenants hors épargne salariale signés entre le 1^{er} juillet 2019 et le 31 décembre 2020 et déposés avant le 1^{er} janvier 2021.

Source : Base des accords d'entreprise.

Annexe n°2 :

TABLEAU 2 | Clauses requises et facultatives des accords de performance collective

	Avant la crise		Pendant la crise		Total	
	Nombre	%	Nombre	%	Nombre	%
Clauses requises						
<i>Éléments de contexte*</i>						
Pas de difficultés économiques voire un développement prometteur	14	11	4	2	18	5
Contexte concurrentiel tendu	42	32	49	20	91	24
Difficultés économiques	34	26	145	59	179	47
Covid-19.....	1	1	167	68	168	44
Aucun.....	52	39	43	17	95	25
<i>Durée d'application</i>						
Durée indéterminée	106	80	121	49	227	60
Durée déterminée	26	20	119	48	145	38
Plusieurs dispositifs à durée différente	0	0	7	3	7	2
<i>Suivi de l'accord</i>						
Accord sans suivi	36	27	53	21	89	23
Accord avec suivi	96	72	194	79	290	76
Clauses facultatives						
<i>Accompagnement des salariés*</i>						
Mesures d'accompagnement pour le salarié acceptant l'accord	72	54	89	36	161	42
Mesures d'accompagnement pour le salarié refusant l'accord.....	20	15	21	9	41	11
Contreparties financières pour le salarié refusant l'accord	14	11	27	11	41	11
<i>Contreparties employeurs*</i>						
Association aux efforts des cadres dirigeants, mandataires sociaux et actionnaires	6	5	44	18	50	13
Engagements de l'employeur et garanties pour le salarié concerné	12	9	50	20	62	16
Clause de retour à meilleure fortune.....	8	6	51	21	59	16
Total.....	133		247		380	

* Plusieurs de ces éléments peuvent être évoqués dans un même accord.

Note : le contenu de deux APC n'a pas pu être totalement analysé car en partie non disponible. Les pourcentages sont tout de même calculés sur un total de 380 accords.

Lecture : entre juillet 2019 et mars 2020, 26 % des APC conclus évoquent des difficultés économiques dans leur préambule contre 59 % des APC conclus entre le 1^{er} avril 2020 et le 31 décembre 2020.

Champ : accords de performance collective signés entre le 1^{er} juillet 2019 et le 31 décembre 2020 et déposés avant le 1^{er} janvier 2021.

Source : Base des accords d'entreprise.

Annexe n°3 :

TABLEAU 1 | Caractéristiques des signataires d'accords de performance collective

	Avant la crise		Pendant la crise		Total	
	Nombre	%	Nombre	%	Nombre	%
Type de signataire						
Délégué(s) syndical(aux).....	62	47	130	53	192	51
Élu ou salarié mandaté.....	13	10	28	11	41	11
Élu ou salarié non mandaté.....	41	31	70	28	111	29
Salariés à la majorité des deux-tiers.....	17	13	19	8	36	9
Unité signataire						
Établissement.....	16	12	32	13	48	13
Entreprise.....	102	77	200	81	302	79
UES.....	12	9	12	5	24	6
Groupe.....	3	2	3	1	6	2
Taille de l'unité signataire						
De 1 à 9 salariés.....	16	12	11	4	27	7
De 10 à 49 salariés.....	37	28	71	29	108	28
De 50 à 99 salariés.....	13	10	40	16	53	14
De 100 à 299 salariés.....	29	22	57	23	86	23
300 salariés ou plus.....	24	18	45	18	69	18
Non renseigné.....	14	11	23	9	37	10
Secteur d'activité						
Industrie.....	32	24	78	32	110	29
Construction.....	2	2	7	3	9	2
Commerce.....	29	22	40	16	68	18
Transports et entreposage.....	6	5	20	8	26	7
Hébergement et restauration.....	4	3	10	4	14	4
Information et communication.....	6	5	12	5	18	5
Activités financières et assurances.....	13	10	7	3	20	5
Activité immobilières.....	0	0	6	2	6	2
Activités spécialisées, scientifiques et techniques, de services administratifs et de soutien.....	21	16	46	19	67	18
Administration publique, enseignement, santé et action sociale.....	11	8	10	4	21	6
Autres et non renseigné.....	9	7	11	4	21	6
Habitudes de négociation passées*						
Aucun.....	45	34	57	23	102	27
1 à 5.....	48	36	90	36	138	36
6 à 10.....	20	15	55	22	75	20
11 ou plus.....	20	15	45	18	65	17
Total.....	133		247		380	

* Textes déposés sur la base des accords d'entreprise durant les trois années précédant la signature de l'APC.

Lecture : entre juillet 2019 et mars 2020, 62 APC ont été signés par un ou des délégués syndicaux ce qui représente 47 % des APC conclus sur la période. Pendant la crise, ce sont 130 APC et un taux de 53 %.

Champ : accords de performance collective signés entre le 1^{er} juillet 2019 et le 31 décembre 2020 et déposés avant le 1^{er} janvier 2021.

Source : Base des accords d'entreprise.

BIBLIOGRAPHIE

I - OUVRAGES GENERAUX

- AUZERO G., BAUGARD D., DOCKES E., *Droit du travail* : Dalloz, 32e éd., 2018, p. 1632, n° 1383.
- DE MOTAIGNE M., *Essais*, Livre III, Chapitre 13, in *Oeuvres complètes*, textes établis par A. Thibaudet et M. Rat, Paris, 1962, p. 1049.
- Encycl. Dalloz, Rép. Trav., V° Travail (Droit du) : sources, n° 76.
- FLOUR J., AUBERT J-L., et SAVAUX E., *Droit civil. Les obligations*, vol. 3, 9e éd., Sirey, 2015. 409 s.
- FROSSA S., *Licenciement pour motif économique : notion – Qualification de la rupture du contrat –*, Répertoire de droit du travail, Juin 2018.
- MAILLARD-PINON S., *Contrat de travail : modification*, Répertoire droit du travail. Dalloz.
- MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, Livre XI, chapitre IV.
- PROUDHON P-J, *Les confessions d'un révolutionnaire, pour servir à l'histoire de la révolution de février*, p.41.
- ROUSSEAU J.-J., *Du Contrat Social*, Flammarion.
- SARTRE J-P, *L'existentialisme est un humanisme*, Folios Essais, Gallimard.
- TEYSSIE B., Fasc. 15-50 : Comité social et économique – Expert comptable. Expert économique. Expert libre. JurisClasseur Travail Traité. LexisNexis.

II - OUVRAGES SPECIAUX, MONOGRAPHIES

- BUNEL J. et DUPUPET M., *Flexibilité dans le débat social*, in *Flexibilité du droit du travail, objectif ou réalité ?* coll. du Centre de recherche de droit social, Université Lyon III, Paris, Éd. Législatives et Administratives, 1986.
- BRUNNER E., *Contribution à l'étude juridique du droit de la mobilité professionnelle* : th. dactyl, Paris II, 2018, p. 236, n° 263.
- GEA F. « Retour sur les ordonnances Macron », novembre 2020, Dalloz, collection thèmes et commentaires, p. 145-146.
- G. Larochelle, F. Courville, *La course à la performance*, Paris, Beauchesne, 2016.

III - THESES ET MEMOIRES

- PESKINE E., *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, thèse, Paris-X-Nanterre, 2004.

- DUCHEMIN C., Les accords de performance collective, Mémoire, Université Paris II Panthéon-Assas.

IV - ARTICLES DE DOCTRINE

- ALUOME L., L'accord de performance collective et le consentement du salarié, La Semaine Juridique Social n° 19, 14 Mai 2019, 1138.
- ANTONMATTEI P.-H., BARDIN V., CANUT F., CHENU D. et VACHET G., Réforme du Code du travail : analyse des nouvelles règles sur la rupture du contrat de travail : RJS 2018, p. 99.
- BAREGE A., Articulation du principe d'égalité de traitement, du principe de faveur et du principe de la force obligatoire des conventions, La Semaine Juridique Social n° 5, 6 Février 2018, 1052.
- BARTHELEMY J., G. Cette, « Contrat de travail et accord collectif, une bienheureuse nouvelle articulation », Dr. soc. 2018. 70.
- BEAL S., LABAT R., Accord sur le fonctionnement de l'entreprise. Un recours facilité, un régime unifié, JCP Entreprise et affaires, 18 janv. 2018, 1032.
- BENTO DE CARVALHO L., « Le contentieux des accords d'entreprise au prisme du contrat d'adhésion », Dr. soc. 2019. 867.
- BERAUD J.-M., Autour de l'idée de constitution sociale de l'entreprise, *Études offertes à J. Pélissier*, Dalloz 2004, p. 55.
- BLANCHARD O. et TIROLE J., *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, rapport du Centre d'analyse économique, Doc. fr., 2003.
- CAHUC P., *Pour une meilleure protection de l'emploi*, rapport au Centre d'organisation économique, CCIP, 2003.
- CAHUC P., KRAMARZ F., *De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle*, Doc. fr., 2004 ; v. égal. les travaux publiés par la Chaire de sécurisation des parcours professionnels.
- CAVAT H., TARASEWICZ Y., Controverse : L'accord de performance collective : instrument adéquat pour gérer une crise conjoncturelle ?, RDT. 2020. 584.
- CAVAT H., Les accords de performance collective, Rev. trav. 2020. 165.
- CHALARON Y., « L'application de la disposition la plus favorable », *Les transformations du droit du travail*. Études offertes à G. Lyon-Caen, Dalloz 1989, p. 243.
- CHAMPEAUX F., Les accords de performance collective au colloque de la revue Droit social, Semaine Sociale Lamy, N° 1893, 3 février 2020.
- CHEBBAH K. et MANIGOT V., Modèle d'accord de performance collective : JCP S 2018, 1377.
- DANIEL J., À propos de l'effet coagulant de l'emploi en matière conventionnelle, SJS n° 11, 17 Mars 2020, 1073.

- DUPAYS A., *Lamy social*, p. 29, info. n°1869.
- FOREST V., JULIEN M., *Analyse du discours patronal sur la flexibilité Une lecture juridique et économique*, 8 juin 2015, *SSL* n°1680.
- FRANCOIS G., MORAND M., *Liaisons sociales thématiques*, avr. 2018, no 58, p. 98.
- GAHDOUN P-Y., *Le contrôle du Conseil constitutionnel en matière sociale est-il trop « relâché » ?*, *Droit social* 2018. 732.
- GAURIAU B., *L'accord de performance collective est-il un accord majoritaire ?*, *SJS* n° 7, 19 Février 2019, act. 64.
- GAURIAU B., *L'accord de performance collective depuis la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018*, *Droit social* 2018 p.504.
- GERVAIS P. et SPORTES J., *Les missions de l'expert-comptable du CSE lors des négociations d'entreprise*, *Les Cahiers Lamy du CSE*, N° 222, 1er février 2022.
- HAUTEFORT M., *Utiliser l'accord de performance collective pour gérer la reprise*, *Les Cahiers du DRH*, N° 277, 1er juillet 2020.
- JEAMMAUD A. et SERVERIN E., « Évaluer le droit », *D.* 1992. 263.
- LAULOM S., MERLEY N., « La fabrication du principe de faveur », *RDT* 2009, p.219.
- *Liaisons sociales quotidien*, n° 17582, 2 juin 2018, p. 1.
- LOKIEC P., *Le nouveau modèle du droit du travail est-il viable ?*, *SSL* 2017, N° 1790, p.7.
- LOKIEC P., *L'accord de performance collective ou le champ infini des possibles*, *Semaine Sociale Lamy*, N° 1918, 31 août 2020.
- LOKIEC P., CORMIER LE GOFF A., TARAUD I. – *Juges et accords de performance collective*, *Droit social* 2020. 511.
- LOPES P., *L'accord de performance collective aux prises avec le refus du salarié*, *La Semaine Juridique Social* n° 43, 27 Octobre 2020, 3051.
- MATHIEU B., « La répartition constitutionnelle des compétences entre la loi et les accords collectifs de travail en droit français », *Les Cahiers de Droit de l'Université Laval*, vol. 48, n° 1-2 2007, p. 125 s.
- MEYER G., *L'exigence de loyauté dans la négociation des accords de performance collective*, *SSL* n°1918, 31-08-2020
- MILLOT F., *Conventions et accords collectifs - En questions : les accords sur l'emploi : où en est-on ?*, *SJS* n° 37, 19 Septembre 2017, act. 251.
- MORAND M., *L'APC, un accord né sous X*, *Semaine Sociale Lamy*, N° 1933, 14 décembre 2020.
- F. MOREL, *Licenciement à la suite d'un accord de performance collective : quel contrôle du juge ?*, *Semaine Sociale Lamy*, N° 1933, 14 décembre 2020.
- OLLIVIER M. et TAILLARDAT-PIETRI B., *L'APC : opportunités et précautions d'emploi*, *SSL* 2018, N°1827.
- PAGNERRE Y., *Les accords de performance collective*, *Dr. soc.* 2018, p. 694.

- PAGNERRE Y., Les accords de compétitivité sous le contrôle du juge, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 7, 18 Février 2021, 1102.
- PELISSIER J., Clauses informatives et clauses contractuelles, RJS 2004. 3.
- PUTMAN E., « Morgane Tirel, *L'effet de plein droit* », RTD civ. 2018. 1018.
- RAY J-E, La place de la négociation collective en droit constitutionnel, Les Nouveaux Cahiers Du Conseil Constitutionnel, n°45, Octobre 2014.
- RIVERO J., Filtrer le moustique et laisser passer le chameau ?, AJDA 1981. 275.
- SACHS T., Première partie. Les fonctions et les mots - La consolidation d'un droit du marché du travail, Revue de droit du travail 2016 p.748.
- SUPIOT A., Quand les nombres nous gouvernent, Études 2016/9 (Septembre), p. 53 à 66.
- TARASEWICZ Y., H. Cavat, Controverse : L'accord de performance collective : instrument adéquat pour gérer une crise conjoncturelle ?, RDT. 2020. 584.
- TEISSIER A., L'accord de performance collective : quelques points de repère, 6 Octobre 2020, La SJS n° 40.
- TOURNAUX S., Le contrat de travail et les dérogations au droit commun du contrat, Droit social 2017. 688.
- VERICEL M., « Les forfaits jours après la loi Travail du 8 août 2016 et la loi du 29 mars 2018 de ratification des ordonnances Macron : un renforcement de la protection des salariés en trompe-l'oeil », CSB mai 2018. 41.
- WAQUET P., Contrat de travail et statut collectif, RJS 6/94, Chronique.

V - RAPPORTS ET PUBLICATIONS GOUVERNEMENTALES

- Bilan au 3 avril 2015 de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social.
- PESENTI M., « Les accords de performance collective : quels usages durant la crise sanitaire ? », 23 novembre 2021, DARES Analyses n°66.
- OIT. Rapport du Directeur général Troisième rapport supplémentaire: Rapport du comité chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par la France de la convention (n°158) sur le licenciement, 1982.
- MILON A., rapp. Sénat (2017-2018) n° 194, 20 déc. 2017. 28.
- DGT, Guide relatif aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, 2019, Fiche 11 b.
- Ministère du travail, de l'emploi et de l'insertion professionnelle, Question-Réponse, Accord de performance collective, juillet 2020.
- Observations du gouvernement sur Cons. const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, préc. (www.conseil-constitutionnel.fr/les-decisions/decision-n-2018-761-dc-du-21-mars-2018-observations-du-gouvernement).

VI - TEXTES LEGISLATIFS, REGLEMENTAIRES ET ACCORDS COLLECTIFS

LOIS

- Loi n°50-205, 11 février 1950, relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail.
- Loi n°82-957, 13 novembre 1982, relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail.
- Loi n°2004-391, 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.
- Loi n° 2008-724, 23 juill. 2008, de modernisation des institutions de la Ve République.
- Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.
- Loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.
- Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi.
- Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.
- Loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

ACCORDS COLLECTIFS

- Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2013.
- Société Docks des Matériaux de l'Ouest, 25 févr. 2019, *legifrance.gouv.fr*.
- CDC Habitat, 26 févr. 2019, *legifrance.gouv.fr*.
- GCS GHICL, 28 juin 2019, *legifrance.gouv.fr*.
- Plurelya, 27 nov. 2019, *legifrance.gouv.fr*.
- Halieutis Fish & Co, 29 nov. 2019, *www.legifrance.fr*.
- Gaia, 2 mars 2020, *legifrance.gouv.fr*.
- OPC, 20 avr. 2020, *legifrance.gouv.fr*.
- Jouve, 28 avr. 2020, *legifrance.gouv.fr*.
- Poclain Technicast, 25 mai 2020, *legifrance.gouv.fr*.
- Derichebourg Aeronautics Services, 12 juin 2020, Miroir Social

DEBATS PARLEMENTAIRES

- PENICAUD M., Journal officiel de la République française, Session ordinaire de 2018-2019, 218e séance, Compte rendu intégral, 2e séance du mardi 30 avril 2019, p.3951.

- SIRUGUE C., rapp. AN n° 3675, 7 avr. 2016. 415

CODES

- Code du travail
- Code civil

VII - TEXTES EUROPEENS ET INTERNATIONAUX

- Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne
- Directive n° 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998 relative aux licenciements collectifs.
- Convention de l'OIT n° 158 sur le licenciement, 1982.

VIII - JURISPRUDENCES

- Cons. Const., 16 juillet 1971, n° 71-44 DC.
- Cons. Const. 7 septembre 2017, DC n°2017-7.
- Cons. constit., 21 mars 2018, DC n° 2018-761.
- CE, 22 juill. 2015, Pages jaunes, n° 382668.
- TGI Lille, réf., 9 août 1984 : Dr. ouvrier 1985, p. 21.
- Cass. soc. 3 oct. 1963, n°, Dr. soc. 1962. 630.
- Cass. Soc., 10 juillet 1996, 93-41.137, Publié au bulletin.
- Cass. soc., 17 juill.1996 : Bull. civ. V, n° 296 et 297 ; JCP G 1997, II, 22798, note J. Chorin ; D. 1996, IR p. 208 ; Dr. soc. 1996, p. 1049, concl. P. Lyon-Caen, note J. Savatier : « principe fondamental du droit du travail » selon lequel en cas de conflit de normes, la plus favorable s'applique.
- Cass. soc., 17 juill. 1996, deux arrêts, n° 91-41.745 et n° 95-41.313 : Dr. soc. 1996, p. 1049, note J. Savatier, concl. P. Lyon-Caen. – Sur la portée du principe de faveur, V. J. Pélissier, Existe-t-il un principe de faveur en droit du travail : Mél. Despax, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 389.
- Cass. soc. 29 octobre 1996 n° 92-43.680, Bull. civ. V n° 359.
- Cass. soc., 16 déc. 1998, n° 96-40.227.
- Cass. soc., 12 janv. 1999, Dr. soc. 1999, p.287, obs. J.-E. Ray.
- Cass. ass. plén., 8 déc. 2000, n° 97-44.219.

- Cass. soc., 7 mai 2002, n° 00-60.424, D. 2002. 3119, Dr. soc. 2002. 715, note J. Savatier.
- Cass. soc., 3 juin 2003, n° 01-43.573, Bull. civ. V, n° 185, Dr. soc. 2003. 884, obs. J. Savatier.
- Cass. soc. 10 déc. 2003 : *JCP E 2004. 1145*, obs. P. Morvan.
- Cass. soc., 17 févr. 2004, n° 02-11.404 : RJS 2004, n° 714.
- Cass. soc. 25 janv. 2005, n° 02-41.819 P: D. 2005. IR 458; RJS 2005. 255, n° 344; CSB 2005, A. 34, obs. A. Charbonneau
- Cass. soc., 15 mars 2006, n° 04-40.504.
- Cass. soc., 24 janv. 2008, RDC 2008. 855. Obs Radé, RDC 2008. 855.
- Cass. soc., 16 déc. 2008, n° 07-43.875.
- Cass. soc., 27 janv. 2009, n° 07-44.575.
- Cass. soc., 23 sept. 2009, n° 07-44.712.
- Cass., soc., 23 novembre 2009, n° 07-44.200.
- Cass. soc. 25 janv. 2011, n° 09-42.307.
- Cass. soc., 29 nov. 2011, n° 10-19.435 : JurisData n° 2011-026627 ; JCP S 2012, 1061, note C. Leborgne-Ingelaere.
- Cass. soc., 6 janv. 2016, n°15-10.975.
- Cass. soc., 10 févr. 2016, n° 14-26.147 : JurisData n° 2016-001969 ; JCP S 2016, 1135, étude D. Jacotot.
- Cass. soc., 19 mai 2016, n° 14-26.556.
- Cass. soc., 8 juin 2016, n° 15-11.324
- Cass. soc. 4-10-2017 n° 16-17.517 FS-PBRI.
- Cass. soc. 7 déc. 2017, nos 16-15.109 et 16-15.110 P.
- Cass. soc., 14 févr. 2018, n° 16-23.042.
- Cass. soc. 18 sept. 2019, n° 18-12.603.
- Cass. soc., 2 oct. 2019, n° 18-20.353.
- Cass. soc., 9 oct. 2019, n° 19-10.780, publié au Bulletin, D. 2019. 1998.
- Cass. crim., 7 janv. 2020, n°18-83.074.
- Cass. soc., 8 janv. 2020, n° 18-17.708, publié au Bulletin ; RDT 2020. 191, obs. I. Meftah.
- Cass, soc. 2 décembre 2020, n°19-11.986 à 19-11.994.

- CJUE, 12 oct. 2010, aff. C-45/09, Arbeitsgericht de Hamburg.
- CJUE, 11 nov. 2015, aff. C-422/14, RDT 2016. 37, obs. A. Fabre

- CEDH, 12 nov. 2008, Demir et Baykara c/ Turquie, n° 34503/97 (§§ 153-154).

IX - CONSTITUTIONS

- Constitution de la IV^e République, 27 octobre 1946.

- Constitution de la Ve République, 4 octobre 1958.

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENT	3
SOMMAIRE	4
TABLE DES ABREVIATIONS	6
INTRODUCTION	7
PARTIE I - L'ÉMINENTE LATITUDE DES PARTENAIRES SOCIAUX DANS LA NÉGOCIATION D'UN APC	18
TITRE I - UN RECOURS SIMPLIFIÉ À L'APC PAR LES PARTENAIRES SOCIAUX	19
<i>CHAPITRE I - La disparition du motifs des difficultés économiques justifiant un recours à l'APC</i>	20
SECTION I - Les largesses du motif des « nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise »	20
PARAGRAPHE I - Le risque du motif générique	20
PARAGRAPHE II - La détermination subjective du motif par les partenaires sociaux	22
SECTION II - La préservation ou le développement de l'emploi	24
PARAGRAPHE I - Une réminiscence potentielle de l'emploi comme objet de l'accord.....	24
PARAGRAPHE II - Une faculté de choix entre stratégie offensive et stratégie défensive.....	26
<i>CHAPITRE II - La flexibilité de la procédure conclusion</i>	28
SECTION I - Une négociation ouverte à une multitude d'acteurs	28
PARAGRAPHE I - De nombreux acteurs susceptibles d'être partie à l'accord	28
<i>A - Les règles classiques de la négociation collective</i>	28
<i>B - La reconnaissance constitutionnelle d'une dérogation au droit commun</i>	

PARAGRAPHE II - Des tiers susceptibles d'éclairer la négociation de l'APC	33
<i>A - Le mandat d'un expert-comptable</i>	<i>33</i>
<i>B - La consultation du CSE.....</i>	<i>35</i>
SECTION II - Une négociation ouverte sur un champ d'application étendu	36
PARAGRAPHE I - Des échelles de négociation à l'articulation incertaine.	37
<i>A - Les échelles infra entreprise</i>	<i>37</i>
<i>B - Les échelles supra entreprise</i>	<i>38</i>
PARAGRAPHE II - La libre durée de l'accord	40
<i>A - Un accord à durée déterminée</i>	<i>40</i>
<i>B - Un accord à durée indéterminée</i>	<i>41</i>
<i>C - Le panachage</i>	<i>42</i>
TITRE II - UN CONTENU PERSONNALISABLE À LA FAVEUR DE LA PERFORMANCE COLLECTIVE D'ENTREPRISE.....	43
<i>CHAPITRE I - Le socle contractuel rendu entièrement modifiable par le domaine substitutif de l'APC</i>	<i>43</i>
SECTION I - Des modalités d'exercice de la prestation de travail taillables sur-mesure	44
PARAGRAPHE I - La mobilité du salarié délimitée par la notion d'entreprise	44
<i>A - La mobilité professionnelle interne à l'entreprise</i>	<i>44</i>
<i>B - La mobilité géographique interne à l'entreprise</i>	<i>45</i>
PARAGRAPHE II - L'amplitude de la modification de la durée du travail enserrée par l'étau de l'ordre public	47
<i>A - Une définition étendue de la durée du travail modifiable</i>	<i>47</i>
<i>B - Les spécificités de la modification et de la mise en place des forfaits annuels</i>	<i>48</i>

SECTION II - Une rémunération modifiable jusqu'au respect de l'ordre public	49
PARAGRAPHE I - La rémunération modifiable entendue au sens large	50
PARAGRAPHE II - L'ordre public comme unique borne aux modifications de la rémunération	51
<i>CHAPITRE II - L'exclusion du domaine substitutif des clauses anodines pour la performance collective</i>	52
SECTION I - La précision facultative des modalités d'information des salariés.....	52
PARAGRAPHE I - Les modalités d'information sur l'application de l'accord	53
PARAGRAPHE II - Les modalités d'information sur la mise en œuvre de l'accord	54
SECTION II - Des efforts demandés exclusivement aux salariés	54
PARAGRAPHE I - Une incitation infructueuse aux contreparties des organisations patronales	55
PARAGRAPHE II - Un désintéret des partenaires sociaux pour l'accompagnement	56
PARTIE II - UNE LÉGITIMITÉ COLLECTIVE AUX FAIBLES LIMITES INDIVIDUELLES ET JUDICIAIRES	58
TITRE I - LA FACULTÉ DE RÉSISTANCE INDIVIDUELLE À LA VOLONTÉ COLLECTIVE	59
<i>CHAPITRE I - Une application de l'accord théoriquement subordonnée au consentement du salarié</i>	60
SECTION I - Le refus risqué du salarié légalement encadré	60
PARAGRAPHE I - Les modalités contraignantes du refus du salarié	60
<i>A - Le respect d'un délai d'option</i>	<i>60</i>
<i>B - La nécessité d'un refus exprès</i>	<i>61</i>
PARAGRAPHE II - Les lourdes conséquences du refus du salarié	63
<i>A - L'absence de substitution aux clauses du contrat de travail</i>	<i>63</i>

<i>B - Le licenciement du salarié pour motif sui generis</i>	<i>64</i>
SECTION II - Le régime inextricable de l'accord du salarié	66
PARAGRAPHE I - Le vide législatif sur l'acceptation du salarié	66
<i>A - Le silence du législateur sur l'accord exprès</i>	<i>66</i>
<i>B - L'absence de disposition légale nécessaire à l'admission de l'acceptation implicite</i>	<i>67</i>
PARAGRAPHE II - Les conséquences considérables sur le contrat de travail	69
<i>A - L'activation de la substitution de plein droit des clauses de l'APC aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail</i>	<i>69</i>
<i>B - L'effet « de plein droit » source de débats doctrinaux</i>	<i>70</i>
CHAPITRE II - Les effets déstabilisants et incertains de la substitution sur le contrat de travail du salarié	71
SECTION I - La matérialité de la substitution marquée par l'instauration d'un aléa contractuel	71
PARAGRAPHE I - La désuétude de la maxime « contracter c'est prévoir »	71
PARAGRAPHE II - L'extinction de l' « âme du droit du travail »	73
SECTION II - La temporalité irrésolue de la substitution	74
PARAGRAPHE I - Une substitution a priori temporaire	75
PARAGRAPHE II - Une substitution définitive pour un courant doctrinal .	76
TITRE II - LE CONTRÔLE RESTREINT DU JUGE DEVANT LA VOLONTÉ COLLECTIVE	77
CHAPITRE I - Un contrôle de la négociation limité à la conformité aux dispositions légales	78
SECTION I - Le contrôle de la procédure de négociation cantonné au respect des exigences légales de droit commun	78
PARAGRAPHE I - Le contrôle des prescriptions légales de droit commun liées à la capacité et au formalisme	79

PARAGRAPHE II - Le contrôle de la loyauté des négociations conformément aux règles de droit civil	80
SECTION II - Le contrôle du contenu de l'accord circonscrit à l'existence du motif légal et d'un dispositif respectant l'ordre public	82
PARAGRAPHE I - Le seul contrôle de l'existence du motif légal doctrinalement discuté	83
PARAGRAPHE II - Le simple contrôle de dispositifs conformes aux dispositions d'ordre public absolu	85
<i>CHAPITRE II - Un contrôle de la mise en oeuvre de l'accord légalement paralysé</i>	86
SECTION I - Les deux temps du plein contrôle de la procédure de licenciement	87
PARAGRAPHE I - Un premier contrôle sur la procédure de recueil du consentement du salarié	87
PARAGRAPHE II - Un second contrôle sur la régularité de la procédure de licenciement pour motif personnel	89
SECTION II - L'entrave au contrôle de la justification du licenciement par l'instauration d'un motif sui generis	90
PARAGRAPHE I - Un contrôle de la motivation sui generis constitutionnellement approuvée	91
PARAGRAPHE II - Un contrôle de la conformité de l'accord aux dispositions légales récemment jugé insuffisant par l'OIT	92
CONCLUSION	94
ANNEXES	96
BIBLIOGRAPHIE	99
TABLE DES MATIERES	107