

Licenciement d'un salarié protégé : l'accord de performance collective à l'épreuve du contrôle de l'administration

Olivier Dutheil de Lamothe, Guillaume Bossy, Avocats associés et Hana Hassoumi, Avocate, CMS Francis Lefebvre Avocats

Depuis la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 et la loi de ratification n° 2018-217 du 29 mars 2018, des accords de performance collective peuvent être conclus afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi. Ces accords peuvent comporter des stipulations visant à :

- aménager la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ;
- aménager la rémunération, dans le respect des salaires *minima* hiérarchiques définis par convention de branche ;
- déterminer les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise.

La particularité de l'accord de performance collective et ce qui en fait un outil innovant réside dans son articulation avec le contrat de travail. Les clauses de l'accord se substituent aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail avec l'accord du salarié.

Si le salarié s'oppose à l'application de l'accord, il peut être licencié pour un motif *sui generis* (c'est-à-dire fondé

sur le refus de l'accord) ; il bénéficie alors de certaines mesures comme l'abondement exceptionnel de son compte personnel de formation.

Ce nouveau dispositif prévu par l'article L. 2254-2 du Code du travail, qui prend la suite, notamment, des « accords de préservation ou de développement de l'emploi » et des « accords de mobilité », apporte davantage de flexibilité et constitue une réponse efficace et rapide aux besoins de réorganisation des entreprises.

C'est la raison pour laquelle au cours du second semestre 2018, une entreprise du bassin rhônalpin, dont une réforme gouvernementale a directement impacté l'activité, a négocié et mis en œuvre un accord de performance collective, qui a conduit à présenter une demande d'autorisation de licenciement pour un salarié protégé ayant refusé son application.

Après un refus d'autorisation de licenciement délivré par l'inspecteur du travail¹, le ministère du Travail, saisi par un recours hiérarchique, a livré ainsi sa première décision relative au licenciement d'un salarié protégé dans le cadre d'un accord de performance collective².

1 LES FAITS ET LA PROCÉDURE

À la suite d'une réforme gouvernementale supprimant le concours d'entrée dans les instituts de soins infirmiers, annoncée au mois de juillet 2018 avec une effectivité dès le mois de septembre de la même année, une société dont l'activité d'enseignement a été directement et lourdement impactée par la réforme, s'est trouvée contrainte de se réorganiser très rapidement. En effet, la réforme devait avoir un impact direct et majeur sur le volume d'activité de la société, sur le programme pédagogique des formations, sur le volume horaire de travail et la rémunération du personnel.

Pour prendre en compte ces nouveaux paramètres, elle a dû définir un nouveau programme pédagogique en adaptant le volume horaire des collaborateurs impactés dans le cadre d'un accord de performance collective s'inscrivant dans le dispositif de l'article L. 2254-2 du Code du travail. Cet accord qui aménageait la durée du travail et ses modalités de répartition, permettait ainsi de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise et de préserver l'emploi.

1. Décision en date du 16 novembre 2018.

2. Décision en date du 13 juin 2019.

Le projet a eu pour but d'ajuster les volumes horaires du personnel pour s'adapter au nouveau volume d'activité de la société et ainsi maintenir l'emploi au titre de l'année universitaire 2018-2019.

En conséquence, la direction et les organisations syndicales représentatives se sont rencontrées afin de définir les conditions de l'aménagement de la durée du travail et de la rémunération qu'impliquait l'adaptation du programme pédagogique du personnel concerné, et le cas échéant les impacts d'un refus d'application de l'accord à leur contrat de travail.

Compte tenu de cet objectif et conformément aux dispositions légales, l'accord précisait les moyens mis en œuvre pour atteindre cet objectif, les conséquences sociales pour le personnel, les modalités d'application de l'accord ainsi que les conséquences de l'échéance de l'accord.

L'accord de performance collective a donc été signé dès le mois d'août 2018 à l'unanimité des deux organisations syndicales représentatives présentes dans l'entreprise.

Dans le cadre de la mise en œuvre de l'accord, un salarié protégé en sa qualité de membre titulaire du comité d'entreprise et de délégué syndical, travaillant au sein d'une agence de la société à Grenoble, s'est vu proposer la modification de son contrat de travail, se traduisant par une diminution de son volume horaire annuel de travail. Dans la mesure où il a refusé l'application de l'accord sur son contrat de travail dans le délai légal imparti d'un mois, la société a engagé à son encontre une procédure de licenciement pour motif spécifique constituant une cause réelle et sérieuse de licenciement en application de l'accord de performance collective. Après avoir reçu le salarié en entretien préalable et avoir réuni et consulté le comité d'entreprise sur le projet de licenciement lequel a émis un avis favorable, la société a soumis le projet de licenciement à l'inspecteur du travail du siège de la société, située à Lyon. S'estimant incompétent pour se prononcer sur le projet de licenciement, l'inspecteur du travail de Lyon s'est dessaisi au profit de l'inspecteur du travail du ressort de l'établissement dans lequel travaillait le salarié, à

Grenoble. L'inspecteur du travail de Grenoble qui s'est quant à lui estimé compétent, a refusé d'accorder l'autorisation de licenciement, estimant que l'employeur ne disposait pas de la faculté de procéder au licenciement du salarié pour un motif spécifique constituant une cause réelle et sérieuse résultant de la modification de son contrat de travail. L'employeur a alors formé un recours hiérarchique contre cette décision, devant le ministre.

2 CONTENU DE LA DÉCISION FAISANT SUITE AU RECOURS HIÉRARCHIQUE PERMETTANT D'AUTORISER LE LICENCIEMENT

► Sur la compétence

S'agissant de la légalité de la décision de l'inspectrice du travail, madame la ministre du Travail relève que la demande d'autorisation de licenciement ne concernant ni un licenciement pour motif personnel, ni un licenciement pour motif économique, est adressée à l'inspecteur du travail dont dépend l'établissement disposant d'une autonomie de gestion suffisante.

L'établissement de la société dans lequel est employé le salarié protégé en qualité d'enseignant et qui est situé à Grenoble ne dispose pas d'une autonomie de gestion suffisante, notamment en matière de gestion du personnel, en sorte que la demande doit être adressée à l'inspecteur du travail dont dépend le siège de l'entreprise situé à Lyon.

Madame la ministre du Travail en conclut que l'inspectrice du travail de Grenoble, auteure de la décision contestée, étant territorialement incompétente, la décision de refus d'autorisation de licenciement doit être annulée.

À ce titre, soulignons que l'inspecteur du travail de Lyon initialement saisi semble s'être appuyé sur les dispositions de l'article L. 2421-3 4^e alinéa, modifié par l'ordonnance de n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 qui précise :

« La demande d'autorisation de licenciement est adressée à l'inspecteur du travail dont dépend l'établissement dans lequel le salarié est employé. Si la demande d'autorisation de licenciement repose **sur un motif personnel, l'établissement**

s'entend comme le lieu de travail principal du salarié. Si la demande d'autorisation de licenciement repose sur un motif économique, l'établissement s'entend comme celui doté d'un comité social et économique disposant des attributions prévues à la section 3, du chapitre II, du titre I, du livre III. »

En effet, dans un courrier adressé à l'entreprise, il indiquait que le licenciement du salarié reposant sur un motif personnel, la demande d'autorisation devait être adressée à l'inspecteur du travail dont dépend l'établissement dans lequel le salarié est employé et qui constitue son lieu de travail principal.

L'article précité opère une distinction entre le licenciement prononcé pour motif personnel et le licenciement prononcé pour motif économique, mais il est à noter que ce nouvel article ne s'applique pas au licenciement d'un salarié détenant un mandat qui a disparu du fait de l'ordonnance précitée, soit un mandat de membre du comité d'entreprise. En effet, l'article 11 de l'ordonnance du 22 septembre 2017 précise que l'article L. 2421-3 en vigueur avant la publication de l'ordonnance demeure applicable pour le licenciement d'un salarié détenant ou ayant détenu des mandats de représentation du personnel mis en place au plus tard le 31 décembre 2017. Les mandats de membre du comité d'entreprise et de délégué syndical étant antérieurs au 31 décembre 2017, les nouvelles dispositions issues de l'ordonnance du 22 septembre 2017 sur le CSE ne sont pas applicables.

D'après l'employeur c'est la jurisprudence et la doctrine administrative applicables à l'ancienne version de l'article précité, qui devaient s'appliquer. Ainsi, l'identification de l'implantation physique au sein de laquelle travaille le salarié est insuffisante pour caractériser la compétence territoriale de l'inspecteur du travail. Pour savoir s'il est territorialement compétent, l'inspecteur du travail devait tout d'abord vérifier s'il existait un comité d'établissement au sein de l'établissement qui relève du contrôle de sa section d'inspection³. À défaut, il devait déterminer si l'établissement dans lequel travaillait le salarié disposait d'une autonomie suffisante, notamment en matière de gestion du personnel⁴.

3. Circ. DGT n° 07/2012, 30 juill. 2012 et CE, 12 oct. 2006, n° 287489.

4. Circ. DGT n° 07/2012, 30 juill. 2012 et CE, 24 mai 1991, n° 87733.

●●● Le Conseil d'État exige en effet que ce lieu soit suffisamment autonome dans sa gestion pour pouvoir être considéré comme un établissement distinct. À défaut d'autonomie suffisante, l'inspecteur du travail territorialement compétent est celui du siège de la société⁵. Le niveau auquel a été décidé le projet de licenciement et celui auquel a été signée la demande d'autorisation font partie des critères habituellement retenus par les juges pour apprécier le degré d'autonomie de l'établissement en cause.

En conséquence, la société était bien fondée à adresser la demande d'autorisation de licenciement à l'inspecteur du travail du siège de la société.

► Sur le fond

L'examen précis des conditions de validité de l'accord

S'agissant de l'application de l'accord de performance collective, madame la ministre du Travail relève que pour répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver ou développer l'emploi, un accord de performance collective peut notamment aménager la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition.

En l'espèce, elle constate que l'accord :

- définit dans un préambule les objectifs qui lui sont assignés, de façon précise et circonstanciée. Il a donc été conclu en vue d'ajuster les volumes horaires des salariés de l'entreprise et de maintenir l'emploi au titre de l'année universitaire à venir.

- a été signé par les deux organisations syndicales représentatives dans l'entreprise et remplit les conditions de validité énoncées à l'article L. 2232-12 du Code du travail, à savoir un accord majoritaire ;

- n'a pas fait l'objet d'une action en nullité engagée dans le délai de deux mois à compter de sa notification, prévue par l'article L. 2262-14 du Code du travail. Ledit accord est donc régulièrement entré en vigueur.

La modification du contrat de travail

S'agissant de la modification du contrat de travail, madame la ministre du Travail relève que « *les stipulations*

de l'accord de performance collective 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. Le salarié peut alors refuser la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord, en sorte que ce refus est un motif spécifique de licenciement, constituant une cause réelle et sérieuse.

Dans le débat doctrinal entre la suspension des clauses du contrat de travail et la substitution des clauses de l'accord à celles du contrat de travail, on voit que l'administration se prononce, conformément à la lettre du texte, en faveur de la thèse de la substitution, qui implique, en principe, une modification pérenne du contrat de travail, même après l'expiration de l'accord.

Elle note que le salarié protégé, qui plus est signataire de l'accord de performance collective, a refusé la modification de son contrat de travail. En conséquence, **est établie la réalité du motif spécifique prévue par l'article L. 2254-2 du Code du travail, justifiant le licenciement.**

► Sur l'absence de discrimination

S'agissant de l'existence d'un lien avec le mandat, madame la ministre du Travail souligne qu'il n'est relevé **aucun indice entre la demande d'autorisation de licenciement et les mandats exercés par le salarié.**

3 ANALYSE ET APPORTS DE LA DÉCISION PERMETTANT D'AUTORISER LE LICENCIEMENT

Dans cette première décision relative au licenciement d'un salarié protégé consécutive à un refus de modification du contrat de travail par application d'un accord de performance collective, le ministère du Travail nous livre les critères permettant à l'administration de prononcer sa décision.

Sa décision est riche d'enseignements. Pour en comprendre la portée, il est nécessaire de comparer la motivation de la décision de l'inspecteur du travail et celle de la décision de la ministre.

L'inspecteur du travail s'est livré à un **contrôle approfondi** du contenu de l'accord de performance collective :

- il a estimé, en premier lieu, qu'en invoquant la décision gouvernementale de supprimer le concours d'entrée dans les instituts de soins infirmiers, qui est susceptible d'incidence sur l'activité d'enseignement de l'entreprise, celle-ci a avancé un motif sérieux lié au fonctionnement de l'entreprise ;

- il a relevé, en deuxième lieu, que sur les 56 travailleurs concernés par l'accord, la variation prévue au contrat de travail de la salariée protégée se situait, avec une variation de 167 heures à la baisse, comme la seconde plus forte variante à la baisse ;

- il a estimé, en troisième lieu, qu'un accord ouvrant pour l'employeur la possibilité, même pour répondre à un besoin réel de réorganisation, de procéder à autant de modifications individuelles de volume horaire qu'il y a de travailleurs ne peut être regardé comme un accord collectif d'aménagement de la durée du travail ;

- enfin, il a estimé que de telles modalités strictement individuelles de modification de la durée contractuelle du travail ne permettent pas de concilier suffisamment les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise avec la protection du salarié contre une mesure de modification de son contrat de travail.

La ministre ayant annulé la décision de l'inspecteur du travail pour incompétence, ne s'est pas prononcé explicitement sur cette motivation. Néanmoins, elle s'est prononcée implicitement par sa motivation sur le fond. Il convient de distinguer le contenu de l'accord et sa procédure de conclusion.

En ce qui concerne le contenu de l'accord, **la ministre** effectue un **contrôle léger** fondé sur l'analyse des objectifs de l'accord, telle qu'elle résulte de son préambule : l'accord de performance collective a été conclu en vue d'ajuster les volumes horaires des salariés de l'entreprise et de maintenir l'emploi au titre de l'année universitaire 2018/2019, malgré la décision gouvernementale de supprimer une formation. Ceci souligne l'importance du préambule dans ce type d'accord : c'est d'ailleurs l'une des rares clauses obligatoires.

5. CE, 7 nov. 1990, n° 80843.

La ministre s'est également fondée sur l'absence d'action en nullité de l'accord collectif.

Ce contrôle léger, respectueux de la liberté contractuelle, laisse une grande liberté aux négociateurs des accords : ils peuvent notamment, en l'espèce, prévoir le principe de la modification de la durée du travail des collaborateurs, avec des amplitudes de modifications différentes par salarié, et renvoyer à une annexe le niveau précis des modifications opérées nominativement.

En ce qui concerne la procédure de conclusion de l'accord, la décision relève qu'il a été signé par les deux organisations syndicales représentatives au sein de l'entreprise, les signataires de l'accord ayant été dûment habilités à cet effet. Il en déduit que l'accord remplit les conditions de validité énoncées à l'article L. 2232-12 du Code du travail. Comme on le voit, cette motivation reflète un contrôle approfondi des conditions de signature qui porte notamment sur l'ha-

bilitation des signataires de l'accord.

Au total, cette décision s'inscrit directement dans la philosophie des ordonnances Macron qui tendent à valoriser la négociation collective en laissant aux négociateurs une très large liberté de manœuvre. Qu'il s'agisse de déterminer les établissements distincts ou de négocier un accord de performance collective, la liberté laissée aux négociateurs témoigne d'une confiance nouvelle dans l'accord collectif. Il n'appartient pas à l'administration de se substituer au juge pour apprécier le contenu de ces accords.

L'accord de performance collective peut donc tout à fait prévoir dans son contenu le principe de la modification de la durée du travail des collaborateurs, avec des amplitudes de modifications différentes par salarié et renvoyer à une annexe le niveau précis des modifications à opérer nominativement. **L'individualisation de la mesure d'aménagement semble**

donc permise, sans qu'il soit nécessaire de détailler dans l'accord même la modification précise à réaliser par salarié.

4 CONCLUSION

Cette révérence pour l'accord collectif a des conséquences importantes sur le contrôle du licenciement d'un salarié protégé : dans cette logique, l'inspecteur du travail doit uniquement contrôler, par un contrôle léger, l'existence et la validité de l'accord, le refus du salarié et l'absence de discrimination.

Le licenciement d'un salarié protégé ayant refusé l'application d'un accord de performance collective à son contrat de travail se trouve donc sécurisé dès lors qu'en l'absence de discrimination, les conditions de validité de l'accord sont bien remplies. ■

LE TEXTE DE LA DÉCISION

Vu le Code du travail et notamment l'article L. 2411-1 du Code du travail ;

Vu la décision du 16 novembre 2018 de l'inspectrice du travail de l'unité de contrôle Isère Grenoble Sud et Est du département de l'Isère ayant refusé l'autorisation, demandée le 8 octobre 2018 par la SAS..., de licencier Madame X., employée comme enseignante et exerçant les mandats de membre de la délégation unique du personnel, de membre du CHSCT et de déléguée syndicale CGT ;

Vu le recours hiérarchique formé par lettre du 5 décembre 2018, reçue le 6 décembre 2018, par la SAS... contre cette décision ;

Vu la décision implicite de rejet du recours hiérarchique, née le 7 avril 2019 ;

Vu la demande d'observations adressée à Madame X. par courrier du 23 mai 2019 en application de l'article L. 122-1 du Code des relations entre le public et l'administration ;

Vu l'absence d'observations écrites présentées en réponse ;

Considérant qu'à l'appui de sa demande d'autorisation de licenciement, la SAS..., invoque le refus par Madame X. de la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord de performance collective du 27 août 2018 conclu en application de l'article L. 2254-2 du Code du travail ;

Considérant, s'agissant de la **légalité de la décision de l'inspectrice du travail**, ce qui suit :

1. la demande d'autorisation de licenciement ne concernant ni un licenciement pour motif personnel, ni un licenciement pour motif économique est adressée à l'inspecteur du travail dont dépend l'établissement disposant d'une autonomie de gestion suffisante et ce, en l'absence d'établissements distincts, au sens de la représentation du personnel, reconnus au sein de l'entreprise par voie conventionnelle ou par décision administrative ;
2. l'établissement du... où est employée Madame X. en qualité d'enseignante et qui est situé à Grenoble ne dispose pas d'une autonomie de gestion suffisante, notamment en matière de gestion du personnel, en sorte que la demande doit être adressée à l'inspecteur du travail dont dépend le siège de l'entreprise situé à Lyon ;
3. en conséquence, l'inspectrice du travail de Grenoble, auteure de la décision contestée, étant territorialement incompétente, la décision du 16 novembre 2018 doit être annulée ; ●●●●●

LE TEXTE DE LA DÉCISION (SUITE)

•••/•••

Considérant, s'agissant de l'**application de l'accord de performance collective**, ce qui suit :

4. 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 ainsi que la rémunération dans le respect des salaires minima hiérarchiques et peut déterminer les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise ;
5. en l'espèce, l'accord de performance collective conclu le 27 août 2018 définit dans un préambule les objectifs assignés ; ledit préambule expose, de manière précise et circonstanciée, que la décision gouvernementale de supprimer, dès la rentrée de septembre 2018, le concours d'entrée aux Instituts de Soins Infirmiers, dont la SAS... assurait la préparation annuelle, a eu des conséquences sur le volume d'activité, le programme pédagogique des formations ainsi que sur le volume horaire de travail et la rémunération du personnel enseignant et de surveillance ; l'accord de performance collective a donc été conclu en vue d'ajuster les volumes horaires des salariés de l'entreprise et de maintenir l'emploi au titre de l'année universitaire 2018/2019 ;
6. l'accord de performance collective du 27 août 2018 a été signé par les deux organisations syndicales représentatives au sein de l'entreprise – la CFDT et la CGT –, les signataires de l'accord ayant été dûment habilités à cet effet ; en conséquence, l'accord de performance collective du 27 août 2018 étant au surplus un accord collectif d'entreprise unanime, remplit les conditions de validité énoncées à l'article L. 2232-12 du Code du travail ;
7. il résulte de tout ce qui précède qu'en l'absence d'action en nullité de l'accord collectif, engagée dans le délai de deux mois à compter de sa notification, prévue par l'article L. 2262-14 du Code du travail, ledit accord de performance collective est régulièrement entré en vigueur au sein de la SAS, le 29 août 2018 ;

Considérant, s'agissant de **la modification du contrat de travail**, ce qui suit :

8. les stipulations de l'accord de performance collective 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 ; le salarié peut alors refuser la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord, en sorte que ce refus est un motif spécifique de licenciement, constituant une cause réelle et sérieuse ;
9. Madame X., signataire de l'accord de performance collective pour le compte de la CGT, a refusé par coupon-réponse en date du 17 septembre 2018, la modification de son contrat de travail ; en conséquence, est établie la réalité du motif spécifique prévu par l'article L. 2254-2 du code du travail justifiant le licenciement ;

Considérant, s'agissant de l'existence d'un lien avec le mandat, ce qui suit :

10. il n'a été relevé aucun indice de lien entre la demande d'autorisation de licenciement et les mandats exercés par Madame X.

DÉCIDE :

Article 1 : La décision implicite de rejet du recours hiérarchique, née le 7 avril 2019 est retirée.

Article 2 : La décision de l'inspectrice du travail en date du 16 novembre 2018 est annulée.

Article 3 : Le licenciement de Madame X. est autorisé.

► **Déc. DGT n° 2018-1117457, bureau du statut protecteur, 13 juin 2019**