

**N<sup>os</sup> 2000368, 2000369, 2000370**  
**MM. X, Y, Z**  
**Rapporteur : Camille Chalbos**  
**Audience du 9 février 2023**

## **CONCLUSIONS**

### **M. Antoine Leymarie, rapporteur public**

Les requérants, dans ces trois instances, sont des salariés protégés qui travaillaient au sein de la société Terreal sur son site de Revel. Cette société a conclu un **accord de performance collective le 18 juillet 2018** avec la majorité des organisations syndicales, ce qui a pour effet d'entraîner la réaffectation du personnel non-cadre de l'établissement de Revel sur d'autres sites de l'entreprise. A cette fin, la société a effectué des propositions de réaffectation dans la région. Les trois requérants ont décliné ces offres. La société a, par conséquent, saisi l'inspection du travail de demandes de licenciement. Ces demandes ont été refusées par décisions de l'inspecteur du travail du **24 mai 2019**, mais elles ont été annulées par la ministre du travail qui, le **22 novembre 2019**, a autorisé les licenciements. Les requérants, dans des instances distinctes mais où les écritures sont similaires, vous demandent en conséquence l'annulation de la décision ministérielle ayant autorisé leur licenciement.

\*

Vous commencerez par écarter comme **irrecevable l'intervention** de la Fédération national construction et bois – CFDT qui est intervenue par des écritures adossées aux requêtes et non par mémoire distinct en méconnaissance de l'article **R. 632-1** du code de justice administrative.

Le litige pose une question importante et intéressante concernant sur la **portée du contrôle en matière de licenciement d'un salarié qui refuse les modifications de son contrat de travail découlant d'un accord de performance**. Le requérant soutient la possibilité d'un contrôle au fond ; les défendeurs, soit la société et la ministre, soutiennent un simple contrôle du respect des règles de forme et de procédure<sup>1</sup>. Pour bien comprendre le sens de cette question, il est indispensable d'abord de présenter le cadre juridique dans lequel ces litiges s'inscrivent.

**L'accord de performance collective** est issu de l'**ordonnance du 22 septembre 2017** et unifie quatre dispositifs conventionnels antérieurs. Il est prévu par l'**article L. 2254-2 du code du travail** qui 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 d'entreprise peut être conclu pour aménager le temps et les modalités de travail, aménager la rémunération et déterminer les conditions de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise. Le **point III de cet article** dispose que cet accord a pour effet de se substituer de plein droit aux clauses contraires du contrat de travail. Les salariés ne sont néanmoins pas dans l'obligation de subir de tels changements dans leurs conditions d'emploi, car ils peuvent refuser une telle modification de leur contrat de travail mais ils s'exposent, dans ce cas, à un licenciement qui repose sur une cause réelle et sérieuse s'il est justifié par ce refus de se conformer à l'accord de performance collective. Le salarié peut naturellement toujours contester devant le conseil de prud'hommes son licenciement, ou l'autorisation de son licenciement par l'administration comme dans le présent contentieux, mais les conditions de cette contestation sont en partie encadrées par la loi qui prévoit désormais à l'**article L. 2262-13 du code du travail** une « *présomption de légalité* » de l'accord pour reprendre l'expression issue du rapport sur l'ordonnance de 2017 remis au président de la République. Entendons-nous toutefois sur la portée de cette « présomption » qui est des plus limités, et n'est pas une présomption d'ailleurs, puisque l'objet de cet article est uniquement de faire supporter la charge de la preuve au requérant, conformément aux règles civilistes classiques prévues actuellement à l'article 1353 du code civil.

---

<sup>1</sup> Position du ministère, contre la pratique de certains inspecteurs du travail qui effectuent un contrôle au fond, cf par ex. O. Dutheillet de Lamothe, G. Bossy, G. Hassoumi, « Licenciement d'un salarié protégé : l'accord de performance collective à l'épreuve du contrôle de l'administration », *Sem. Soc. Lamy*, 30 sept. 2019.

**La loi de ratification** de l'ordonnance a été déférée au Conseil constitutionnel par soixante députés et celui-ci s'est prononcé par sa **décision 2018-761 DC du 21 mars 2018**. Deux points nous intéressent dans cette décision qui est mobilisée par les parties. Les députés contestaient d'abord le motif permettant le licenciement d'un salarié refusant la modification de son contrat de travail en soutenant que le texte de loi, en faisant référence « *aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise* » pour permettre la conclusion d'un tel accord de performance, serait entaché d'incompétence négative du fait de son imprécision. Pour écarter ce grief, le Conseil constitutionnel a relevé notamment que cet accord faisait l'objet d'une signature par les syndicats majoritaires ou par la majorité des salariés, alors que, et c'est la fin du §27 de cette décision, « *le cas échéant, la pertinence des motifs ayant justifié l'accord peut être contestée devant le juge* ». Le paragraphe suivant de la décision relève que « *le salarié qui s'oppose à la modification de son contrat de travail par un accord de performance collective peut être licencié pour ce motif, le législateur a apporté à ce licenciement les mêmes garanties que celles prévues pour le licenciement pour motif personnel, en matière d'entretien préalable, de notification, de préavis et d'indemnités. En outre, 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.* » Précisons ici que les paragraphes III à V de l'article L. 2254-2 du code du travail sont ceux relatifs aux garanties diverses dont les salariés disposent en matière de licenciement.

Ensuite, les députés auteurs de la saisine contestaient **l'article L. 2262-14 du code du travail** qui fixe à deux mois le délai de recours en nullité contre les accords collectifs, dérogeant ainsi au droit commun jusqu'alors applicable qui est de cinq ans en droit privé. Pour écarter le grief, le Conseil constitutionnel l'a assorti d'une réserve d'interprétation quant aux modalités de départ du délai de recours, mais a également précisé dans son **§36** que cet article « *ne prive pas les salariés de la possibilité de contester, sans condition de délai, par la voie de l'exception, l'illégalité d'une clause de convention ou d'accord collectif, à l'occasion d'un litige individuel la mettant en œuvre.* » Cette précision, assez anodine à sa première lecture pour un administrativiste, ne l'est en réalité pas, car elle conduit à introduire une technique de contentieux administratif, l'exception d'illégalité, en matière de contestation d'un acte de droit privé.

Comme la Cour de cassation l'affirmera en mars 2022 dans des décisions sur lesquelles nous reviendrons, cette exception d'illégalité *sui generis* déroge aux règles de droit civil qui connaît, à l'article 1185 du code civil, l'exception de nullité qui est différente de l'exception d'illégalité car elle n'est invocable qu'en défense et non en demande, et ne peut être invoquée sans délai que si elle se rapporte à un contrat qui n'a reçu aucune exécution. L'ouverture par le Conseil constitutionnel de la voie de l'exception d'illégalité est donc notable.

Une partie de la doctrine s'est toutefois montrée très critique envers ces deux parties de la décision que nous venons d'évoquer en relevant ce qui, selon elle, constituerait une contradiction : le Conseil constitutionnel ouvrant la possibilité d'une contestation de la pertinence des motifs ayant justifié la conclusion de l'accord au §27 de sa décision, pour sembler au § suivant faire référence à un contrôle uniquement formel de la part du juge. Enfin, le §36, qui ouvre la voie à l'exception d'illégalité, n'est d'aucun secours quant à la portée du contrôle juridictionnel car il ne précise pas l'étendue de ce qui pourrait être invoqué. Cette décision ouvre donc la voie à l'exception d'illégalité sans en définir les contours, et c'est donc aux juridictions saisis des licenciements, ou des décisions les autorisant, d'apporter les éclaircissements nécessaires à présent.

La question de l'exception d'illégalité se pose assurément devant les juridictions judiciaires devant lesquelles, à l'occasion de la contestation de la décision de licenciement, l'illégalité de l'accord collectif, base légale du licenciement, peut être invoquée. Devant vous, en termes contentieux, la question se pose différemment puisque vous ne contrôlez que la décision d'autorisation ou de refus de licenciement qui ne trouve pas sa base légale dans cet accord et n'est pas pris pour son application. Les conditions posées par la jurisprudence *Sodemel* pour l'opérance de l'exception d'illégalité ne sont donc pas réunies. Cela ne saurait pour autant faire obstacle à ce que vous exerciez un contrôle en la matière puisque l'administration doit apprécier le bien-fondé de la demande de licenciement dont elle est saisie, et de la même manière vous devez apprécier la légalité de la décision administrative d'autorisation ou de refus de licenciement.

Votre contrôle ne peut donc s'exercer que directement, sans mécanisme d'exception. Un tel contrôle direct sera toutefois analogue, autant que possible, à celui que peuvent exercer les juridictions judiciaires par la voie de l'exception d'illégalité.

\*

Une fois la nature directe de votre contrôle posée, il faut en venir à sa portée. C'est sur ce dernier point, celui de la portée de votre contrôle, que se situe la discussion entre les parties. Alors que les requérants contestent le fond de cet accord, les défendeurs soutiennent qu'un tel contrôle au fond ne peut pas avoir lieu. Nous ne pensons toutefois pas possible de retenir ce raisonnement de la société et de la ministre en défense, qui ne laisserait place qu'à un contrôle formel du respect contenu de l'accord de performance collective. En effet, dans sa décision, la ministre s'est bornée à contrôler l'existence de l'accord conclu avec une large majorité des organisations syndicales, puis à relever que celui-ci n'avait fait l'objet d'aucune action en nullité pour en déduire qu'il était réputé conforme à la loi ; enfin la ministre a vérifié le respect des garanties légales en matière de licenciement. Ce contrôle distancié, principalement formel, repose sur deux principaux arguments : la « présomption de légalité » de l'accord et le §28 de la décision du Conseil constitutionnel. Sur le premier point, comme déjà dit, la présomption de légalité n'est qu'un leurre car le code du travail n'institue en réalité qu'un régime de charge de la preuve et ne saurait fermer la voie à une contestation contentieuse autre que celle d'un recours direct contre l'accord, puisque le Conseil constitutionnel a notamment admis la possibilité d'un recours par voie d'exception. Sur le second point, si le §28 de la décision du Conseil constitutionnel ne fait référence qu'à un contrôle formel, il ne saurait être lu indépendamment de son paragraphe précédent qui fait lui clairement référence à un contrôle au fond de l'accord. Ces deux arguments qui justifieraient le refus d'apprécier la légalité du recours à un accord de performance collective ne sont donc pas convaincants. Par ailleurs, relevons un paradoxe dans l'argumentation des défendeurs qui se placent, comme le requérant, sous l'angle erroné de l'exception d'illégalité. La thèse des défendeurs est que l'exception d'illégalité de l'accord est bien ouverte mais que le contrôle à mener est limité au respect des conditions formelles et procédurales.

Un tel raisonnement fait fi de la décision *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT* de l'assemblée du contentieux du 18 mai 2018 qui, au contraire, vous impose - en exception d'illégalité - de vous concentrer uniquement sur le fond et non sur les questions de forme et de procédure.

Vous l'avez compris, nous vous proposons de retenir l'existence d'un contrôle direct de l'accord de performance collective et de considérer, comme les requérants, que votre contrôle doit porter certes sur le respect des garanties prévues aux § III à V de l'article L. 2254-2 du code du travail, mais aussi sur le fond de l'accord et notamment le motif ayant justifié la conclusion de celui-ci. Alors que les arguments contraires, nous l'avons dit, ne nous paraissent pas pertinents, plusieurs arguments militent selon nous en faveur d'un tel contrôle au fond.

Tout d'abord, alors que la décision du Conseil constitutionnel ne restreint pas la portée de votre contrôle, nous ne voyons aucune raison de principe faisant obstacle à ce que vous transposiez le contrôle au fond qui a été défini par le Conseil d'Etat dans sa décision du 19 juillet 2017 *CGT-FO et Syndicat CGT Amiens*, nos 408379 et 408450, aux tables, concernant un des ancêtres de l'accord de performance collective. Ce contrôle au fond était d'ailleurs mis en avant par le Conseil d'Etat dans sa décision afin d'écarter un moyen tiré de la méconnaissance de la **convention 158 de l'OIT** relative au licenciement qui comprend notamment des dispositions quant au droit au recours. En effet, **l'article 9 de cette convention** prévoit un droit pour le salarié licencié de saisir un tribunal pour contester sa mesure de licenciement, tribunal devant être habilité « à examiner les motifs invoqués pour justifier le licenciement ». Le raisonnement du rapporteur public Charles Touboul dans cette affaire nous semble pouvoir aisément être décliné : *« Le législateur a (...) voulu réputer cause réelle et sérieuse le refus d'appliquer un accord répondant aux conditions qu'il a fixées, et non permettre sans discussion le licenciement de salariés qui auraient refusé un accord ne respectant aucunement ces conditions légales. La doctrine a pu s'interroger sur ce point mais nous n'avons pour notre part aucun doute qu'il y a place, dans le contentieux du licenciement du salarié refusant l'application d'un accord, pour un contrôle de l'existence et de la validité de l'accord lui-même »* à l'instar de ce que la Cour de cassation a déjà admis pour des dispositifs antérieurs comparables.

En effet, sur ce dernier point, la jurisprudence de la Cour de cassation admet la contestation au fond de tels accords dans le cadre des litiges portant sur les mesures de licenciement, voyez par exemple la décision de la chambre sociale du 2 décembre 2020, n°19-11.986. L'avis de l'avocate générale<sup>2</sup>, conforme à la décision rendue, est très claire : « Pour vérifier l'opposabilité de l'accord au salarié qui en refuse l'application, il appartient donc nécessairement au juge du fond de s'assurer que l'accord est conforme à la loi en ce qu'il répond aux motifs déterminés par celle-ci. »

La transposition de ce courant de jurisprudence aux nouveaux accords de performance collective tels qu'ils existent depuis l'ordonnance de 2017 nous semble un pas aisé à franchir dès lors que la **Cour de cassation** l'a partiellement franchi l'année dernière dans plusieurs décisions de la **chambre sociale du 2 mars 2022**, notamment n°20-16.002<sup>3</sup>. Par ces décisions, le juge suprême de l'ordre judiciaire a, d'une part, prolongé la décision du Conseil constitutionnel en jugeant que le délai de deux mois prévu par l'article L. 2262-14 du code du travail pour l'action en nullité constituait un délai de forclusion et non un délai de prescription, ce qui permet valablement de soulever devant le juge judiciaire l'exception d'illégalité une fois l'action en nullité prescrite. D'autre part, sur la consistance de l'exception d'illégalité pouvant être soulevée devant elle, la Cour de cassation a décidé qu'un syndicat non-signataire d'un accord collectif et un comité social et économique sont recevables à invoquer, par voie d'exception, l'illégalité d'une clause d'un accord collectif au motif que cette clause viole leurs droits propres résultant des prérogatives qui leur sont reconnues par la loi. Ce faisant, la Cour de cassation a, nous semble-t-il, nécessairement exclu la portée restrictive et seulement formelle de l'exception d'illégalité dont les défendeurs se prévalent, puisqu'elle ne s'est pas bornée à exercer un simple contrôle de l'existence de l'accord et du respect des garanties prévues aux paragraphes III à V de l'article L. 2254-2, mais a admis la possibilité d'exercer un contrôle plus approfondi.

---

<sup>2</sup><https://www.courdecassation.fr/en/getattacheddoc/5fca4ccefc2d067a80a7b7ee/675774006af396a0b130a7e1f5eb5aab>

<sup>3</sup> Pour un commentaire complet, cf. *Droit social* 2022, p. 531.

Ainsi, faute de textes législatifs ou réglementaires contraires, comme de décisions jurisprudentielles limitant le champ de votre contrôle, vous pourrez affirmer que : saisi d'une demande de licenciement d'un salarié protégé, lorsque cette demande de licenciement est justifiée par le refus exprimé par le salarié de voir son contrat de travail modifié par les stipulations d'un accord de performance, il appartient à l'inspecteur du travail, et, le cas échéant, au ministre de rechercher, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, si la situation de l'entreprise répond à des nécessités liées à son fonctionnement ou vise à préserver ou développer l'emploi au sens de l'article L. 2254-2 du code du travail.

\*

Le contrôle que vous devez exercer étant défini, cela permet de répondre à deux points importants du litige.

Le premier est celui de **la portée du contrôle que doit mener le ministre**. Comme nous l'avons dit, il nous semble établi qu'un contrôle au fond du motif justifiant le recours à un accord de performance collective est justifié et doit intervenir devant vous. Ainsi, de manière symétrique nous ne voyons pas comment un tel contrôle ne pourrait être exercé par l'inspecteur du travail et par le ministre saisi d'un recours hiérarchique. Pour reprendre l'expression de Gilles Bachelier dans ses conclusions sur la décision du 30 décembre 1996, *Société Saunier Duval Electricité*, n°172637, B : « ce que le juge peut faire, doit nécessairement pouvoir aussi être accompli par l'autorité supérieure dans l'exercice de son pouvoir hiérarchique. » Les parties s'accordent d'ailleurs sur ce point puisque l'absence de contrôle au fond du juge implique pour les défendeurs une absence corrélative d'un tel contrôle au stade pré-contentieux. A l'inverse, le requérant soutient, à raison selon nous, l'existence d'un tel contrôle au fond à tous les stades de la procédure.

En l'espèce, l'inspectrice du travail a considéré que les conditions posées au premier alinéa de l'article L. 2254-2 du code du travail n'étaient pas remplies et qu'il s'agissait pour l'entreprise d'une manière d'éviter de recourir à la procédure de licenciement pour motif économique. La ministre a censuré cette appréciation en considérant que l'accord avait été régulièrement signé par les partenaires sociaux et qu'ainsi, faute d'action en nullité engagée à son encontre, il était réputé conforme aux dispositions légales.

La décision de la ministre nous semble entachée d'une **double erreur de droit**. La première consiste à surinterpréter la « *présomption de légalité* » instaurée par l'ordonnance de 2017 qui, comme nous l'avons déjà dit, ne constitue qu'une modalité de répartition de la charge de la preuve. La seconde, qui est plus substantielle, consiste à se borner à exercer un simple contrôle formel de la signature de l'accord et de l'absence de recours par voie d'action à son encontre. Ce faisant la ministre n'a pas épuisé l'étendue de sa compétence puisqu'elle n'a pas apprécié si l'accord de performance conclu le 18 juillet 2018 rentrait dans le champ d'application du premier alinéa de l'article L. 2254-2 du code du travail. Le moyen tiré de l'erreur de droit sur ce dernier point est soulevé par les requérants dans chaque instance et il est de nature à entraîner l'annulation des décisions attaquées.

\*

Examinons, enfin, l'autre moyen des requêtes qui est précisément tiré de ce que l'accord de performance ne rentrait pas, justement, dans ce champ d'application, notamment en raison des difficultés économiques invoquées par la société. Les requérants soutiennent que dans l'hypothèse de difficultés économiques, la société ne pouvait pas recourir à un tel accord mais ne pouvait qu'appliquer la législation relative aux licenciements pour motif économique.

Nous ne partageons pas cet avis. Le critère légal pour recourir à de tels accords de performance vise notamment la préservation de l'emploi ce qui nous paraît conforme à la situation rencontrée par la société Terreal qui justifie d'une perte de compétitivité des produits fabriqués par l'établissement de Revel et d'une dégradation par conséquent de sa situation. Dans un cas analogue la Cour de cassation dans sa **décision du 2 décembre 2020 précitée** a admis le recours à un accord de mobilité professionnelle ou géographique interne, un des quatre accords fusionnés en 2017, avec la motivation suivante : « *La cour d'appel, qui a constaté que l'accord de mobilité interne avait été négocié en dehors de tout projet de réduction d'effectifs au niveau de l'entreprise, afin d'apporter des solutions pérennes d'organisation de l'entreprise confrontée à des pertes de marché sur des territoires géographiques peu actifs, en a exactement déduit que cette réorganisation constituait une mesure collective d'organisation courante, quand bien*

*même les mesures envisagées entraînaient la suppression de certains postes et la réaffectation des salariés concernés sur d'autres postes. »*

La situation nous paraît topique dès lors qu'aucune suppression d'emploi n'était recherchée par l'accord qui visait seulement à une réaffectation des agents. Par ailleurs, les requérants n'apportent aucun élément de nature à justifier que les conditions du licenciement pour motif économique seraient remplies, notamment quant aux difficultés économiques à l'échelle de l'entreprise, alors que l'accord ne fait référence qu'à la situation de l'établissement de Revel. Enfin, l'accord prévoit explicitement l'absence de suppression d'emploi et les réaffectations étaient envisagées dans un bassin géographique proche de Revel de sorte qu'aucune stratégie visant à imposer des refus de modification de contrat de travail permettant ensuite de prononcer un licenciement ne ressort des pièces du dossier, même si le nombre de refus est important, 13 pour seulement 16 salariés réaffectés. Par ailleurs, comme le conseil de Prud'hommes de Toulouse l'a relevé dans ses décisions déboutant des salariés licenciés, leurs contrats de travail comprenaient des clauses de mobilité ne rendant en aucun cas nécessaire le passage par un accord de performance pour les licencier, une simple mutation aurait pu leur être imposé. Le moyen, qui revient à un détournement de procédure, ne nous semble donc pas fondé, et la ministre dans sa défense contentieuse a bien relevé d'ailleurs que le champ d'application de l'article L. 2254-2 était respecté.

Sur ce dernier point, au regard de son argumentation, vous pouvez y lire une demande de substitution de motifs, celle-ci pouvant être implicite (CE, 19 mai 2021, *Commune de Rémoire-Montjoly*, n°435109, aux tables), mais pouvez-vous y faire droit ? Il s'agit de la dernière question délicate du dossier et la réponse, pour nous, est négative. La décision attaquée part d'un constat : l'existence d'un accord de performance collective réputé légal. Elle repose ensuite sur deux motifs : le respect par l'employeur des garanties procédurales et l'absence de lien entre le licenciement et le mandat syndical. Le motif d'annulation que nous vous proposons de retenir ne concerne pas un des motifs ayant justifié l'autorisation de licenciement. Il consiste à censurer l'erreur de droit à ne pas avoir porté son contrôle sur le point de savoir si l'accord collectif entrait légalement dans le champ d'application du premier alinéa de l'article L. 2254-2 du code du travail.

Les deux motifs ayant justifié le prononcé de l'autorisation de licenciement sont indemnes et ne sont d'ailleurs pas contesté devant vous, ce qui est contesté c'est l'absence d'examen d'un des critères légaux devant obligatoirement être examiné pour délivrer une telle autorisation. **Le raisonnement mené par l'administration n'est donc pas seulement erroné, il est incomplet.** Par analogie, cette situation est similaire à celle d'une autorisation de licenciement pour inaptitude où le ministre aurait omis d'apprécier le caractère sérieux et suffisant de la recherche de reclassement, ou d'un licenciement pour motif économique sans appréciation de la situation économique de l'entreprise, ou enfin aurait omis de s'interroger sur le lien existant entre le mandat syndical et le licenciement sollicitée. Dans ces hypothèses, comme dans la nôtre, c'est l'erreur de droit et l'absence d'un élément dans le raisonnement qui est censuré, pas véritablement un motif fondant la décision. Même si la question peut prêter à débat, nous ne pensons donc pas que vous soyez en présence d'un moyen annulation portant strictement sur un motif de la décision en litige et que par conséquent la voie de la substitution de motif soit ouverte.

En conséquence, la décision doit selon nous être annulée entièrement, et il appartiendra à la ministre de re-statuer sur les recours hiérarchiques dont elle sera ressaisie par l'effet du jugement d'annulation. **Tel est le sens de nos conclusions.**