



HAL
open science

Aménagement du temps de travail et force obligatoire du contrat : quelle articulation ?

Lucas Bento de Carvalho

► To cite this version:

Lucas Bento de Carvalho. Aménagement du temps de travail et force obligatoire du contrat : quelle articulation ?. Le temps et la durée de travail après les ordonnances “ Macron ” Colloque du mardi 19 juin 2018 - Université de Pau - Centre de Recherche et d'Analyse Juridiques (CRAJ – EA 1929) UFR Droit Economie Gestion – Amphi 120, Jun 2018, PAU, France. hal-01871500

HAL Id: hal-01871500

<https://hal.umontpellier.fr/hal-01871500v1>

Submitted on 10 Sep 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Aménagement du temps de travail et force obligatoire du contrat : quelle articulation ?¹

Lucas Bento de Carvalho – Université de Montpellier – Ecole de droit social de Montpellier (EDSM)

Le terme d'aménagement du temps de travail apparaît aux articles L. 3121-41 du code du travail. En dépit de la généralité de la formule retenue par le législateur, l'aménagement renvoie seulement à deux mécanismes. Il s'agit, d'une part, de la possibilité de répartir le temps de travail sur une période supérieure à la semaine et, d'autre part, de l'instauration d'un dispositif d'horaires individualisés. Au-delà de la lettre du code, l'idée d'aménagement du temps de travail mérite d'être entendue plus largement, en intégrant la question de l'aménagement de la durée de travail. Il convient alors de distinguer les deux notions pour mieux apprécier la substance des aménagements susceptibles de contrarier la force obligatoire du contrat.

De manière très schématique, le temps de travail peut être compris comme se rapportant à l'identification du temps passé au travail. Il s'oppose en cela au temps de repos², et doit donner lieu à une contrepartie. On pourra, par exemple, se demander si le temps d'habillage et de déshabillage doit ou non être décompté comme du temps de travail, et rémunéré comme tel³. De son côté, la durée du travail renvoie à la mesure du temps de travail, généralement en heures, sur une période de référence, par principe la semaine.

Le terme d'aménagement mérite lui aussi d'être précisé corrélativement à la force obligatoire du contrat. Dans le Littré, le verbe aménager renvoie au fait de régler les coupes d'une forêt, d'un pré, ou encore de débiter un arbre en bois de charpente (on parle « *d'aménager un arbre* ») : l'homme cherche ainsi à modifier l'état de nature pour servir son intérêt. Par suite, l'aménagement va désigner l'action d'adapter ou de modifier quelque chose de manière à la rendre plus adéquate à l'objectif fixé⁴. Cette logique utilitariste est particulièrement prégnante en droit du travail. Rapporté au contrat synallagmatique à titre onéreux qu'est le contrat de travail, l'aménagement du temps et de la durée du travail sert avant toute chose l'intérêt de l'entreprise. Pour emprunter à la terminologie marxiste, il s'agit ici d'assurer la réalisation d'une « *plus-value* »⁵, autrement dit d'optimiser la valeur du travail accompli pendant une période donnée, et cédé à un tiers, déduction faite de la rémunération⁶. Bien entendu, cette observation n'empêche pas de reconnaître que certains aménagements du temps de travail sont parfois demandés par les salariés eux-mêmes. L'aménagement servira ici l'autonomie du salarié ou une meilleure articulation de sa vie professionnelle et personnelle.

La physionomie de l'aménagement opéré se dédouble selon que l'on s'intéresse à la nature de l'aménagement ou à ses modalités. Tout d'abord, au titre de l'aménagement du temps de travail

¹ Cet article est issu du colloque *Le temps et la durée du travail après les « ordonnances Macron »*, qui s'est tenu à l'université de Pau le 19 juin 2018. Le style oral de la contribution a été conservé et nous réitérons ici nos remerciements aux membres de l'équipe du Centre de Recherche et d'Analyse de la Jurisprudence (CRAJ) – en particulier Cindy Guiot et Valérie Larregle – sans le concours desquels cette manifestation n'aurait pu avoir lieu.

² Que certains auteurs ont proposé, très justement, de rebaptiser *temps libre*, pour mieux traduire la pluralité des activités susceptibles d'être accomplies par le salarié en dehors de son temps de travail. Voir en ce sens *Proposition de code du travail*, E. Dockès (dir.), Dalloz, 2017.

³ Voir l'article L. 3121-3 du code du travail.

⁴ Centre national de ressources textuelles et lexicales (CNRTL),

⁵ K. Marx, *Salaires, prix et profits*, chap. XI : les différentes parties... la plus-value, p. 67

⁶ Karl Marx, op. cit., Chap. VIII : la production de la plus-value, p. 60

stricto sensu, il s'agira d'adapter l'identification des périodes de travail, par opposition aux périodes de repos, pour s'ajuster aux nécessités induites par l'activité de l'entreprise. Je pense notamment à l'instauration d'un régime d'astreinte ou de périodes d'équivalence. Concernant, ensuite, la durée du travail, nous avons vu que par principe sa mesure s'effectue en heures et sur une semaine. D'ailleurs, lorsque l'on parle de durée légale du travail, c'est bien la semaine de 35 heures qui sert de référence. Des dispositifs peuvent alors aménager ce mode de calcul pour tenir compte, là encore, des contraintes de production – structurelles ou conjoncturelles – exprimées par les entreprises. Il sera possible, soit d'opter pour une autre unité de mesure (par exemple un nombre de jours, dans le cadre des forfaits éponymes), soit d'instaurer une période de référence autre que la semaine (un cycle de production, un mois, une année), soit de combiner les deux mécanismes pour encore plus de flexibilité, comme avec le forfait en jours sur l'année. Enfin, l'aménagement peut être mis en œuvre suivant trois principales modalités : par avenant au contrat de travail, par décision unilatérale de l'employeur ou par voie d'accord collectif. Ce sont surtout ces deux dernières formes qui retiendront notre attention au regard de la force obligatoire du contrat.

J'emprunte ici le terme au Professeur Ancel, qui le mettait en perspective avec celui de « *contenu obligationnel du contrat* »⁷. De manière là encore schématique, la force obligatoire renvoie à la question de savoir pourquoi les obligations véhiculées par l'acte juridique doivent être exécutées⁸, là où le contenu obligationnel exprime ce à quoi les parties se sont engagées⁹. En l'occurrence, la force obligatoire exprime « *l'immutabilité ou l'intangibilité du contrat, tant pour les parties que pour le juge* »¹⁰, mais aussi, quoique dans une moindre mesure, pour le législateur.

Pour commencer, les parties s'obligent entre elles par leur volonté commune. Partant, ce qui a été fait à deux ne peut être modifié qu'à deux. La force obligatoire du contrat s'oppose à la modification de la situation juridique par la volonté d'un seul. Quant au juge, il doit en principe respecter la loi des parties et ne peut altérer le contenu obligationnel du contrat que dans la mesure où le législateur l'y autorise par des dispositions particulières. Le législateur est également tenu de respecter la force obligatoire du contrat¹¹. On retrouve ici le principe de survie de la loi ancienne qui fait obstacle à l'application immédiate des lois nouvelles énoncée par l'article 2 du code civil. Ce principe connaît des exceptions. Parmi elles¹², et aux termes d'une jurisprudence constante du Conseil constitutionnel, « *le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* »¹³. Autrement dit, dans certaines circonstances la loi voulue par parties est contrainte de s'incliner devant la loi votée par la représentation nationale.

⁷ P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat ». *RTD civ* 1999, p. 771.

⁸ « *La force obligatoire du contrat doit alors se comprendre comme l'assujettissement des parties à loi contractuelle ainsi créée* », Th. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2007, tome 484, n°54.

⁹ Pour faire davantage ressortir l'immixtion du juge dans les conventions, certains auteurs se réfèrent au « *contenu obligatoire* », « *le juge, selon les cas, décidant d'ajouter à la lettre ou d'en minimiser la portée, voire s'arrogeant un pouvoir de réécriture* », S. Le Gac-Pech, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 2000, tome 335, n°1198.

¹⁰ P. Ancel, « L'articulation du contrat de travail et des accords collectifs au regard de la force obligatoire du contrat ». *RDT* 2016, p. 240.

¹¹ P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 4^e éd., LGDJ, 2017, n°290.

¹² Pour une présentation complète des exceptions au principe de survie de la loi ancienne, P. Deumier, *op. cit.*, n°271.

¹³ Cons. const. 13 janvier 2003, DC n°2002-465.

L'articulation de la force obligatoire du contrat avec les aménagements du temps et de la durée du travail pose ainsi la question de la règle applicable en cas de conflit de normes. Deux situations peuvent se présenter, soit que l'aménagement se traduise par l'instauration de règles plus favorables que les termes du contrat de travail, soit qu'il emporte, au contraire une dégradation des conditions de travail telles que définies dans le contrat éponyme. Dans le premier cas, qui relève sans doute du cas d'école, l'aménagement s'appliquera en vertu du principe de faveur énoncé à l'article L. 2254-1 du code du travail. Chose remarquable, le principe s'applique sans aucun égard pour la volonté exprimée par le salarié, lequel ne peut d'ailleurs s'y opposer. Si le salarié bénéficie d'un mieux-disant social, il n'en demeure pas moins que l'article L. 2254-1 porte atteinte à l'immutabilité du contrat dont les clauses moins favorables ne trouvent plus à s'appliquer¹⁴ ! Dans le second cas, où l'aménagement se traduit par un moins-disant social, le salarié devrait logiquement pouvoir opposer à l'employeur l'immutabilité de son contrat de travail. Néanmoins, il prend le risque d'être licencié si l'aménagement auquel il s'oppose est justifié par une cause réelle et sérieuse.

Toutefois, les réformes initiées depuis les années 2000 au nom de la préservation et du développement de l'emploi ont réduit les marges de manœuvre du salarié. Deux situations méritent d'être distinguées, l'une où la force obligatoire est contrariée (**I**), l'autre où elle se trouve contournée (**II**). C'est ce second point qui nous occupera le plus en raison de l'impact des ordonnances Macron en la matière. En premier lieu donc,

I. La force obligatoire contrariée.

Le mouvement de contrariété de la force obligatoire du contrat n'est pas uniforme. On peut distinguer les situations où la force obligatoire marque une inflexion, autrement dit qu'elle plie sans rompre totalement (**A**), de celles où le législateur entreprend de manière plus radicale de la neutraliser (**B**).

A. L'inflexion de la force obligatoire

Certains aménagements du temps de travail écartent la force obligatoire du contrat en raison du moindre degré d'atteinte au contenu obligationnel qu'ils opèrent. En revanche, si l'atteinte excède une certaine intensité, le salarié pourra invoquer la force obligatoire du contrat pour s'opposer à la mesure litigieuse. Cette inflexion s'illustre dans deux types de mécanismes ayant pour point commun de procéder de la volonté unilatérale de l'employeur : le changement des horaires de travail, d'une part, et la modulation du temps de travail sur un cycle court, d'autre part.

D'une part, les horaires de travail échappent par principe à la sphère contractuelle. Elles sont fixées et modifiées de manière unilatérale par l'employeur¹⁵. On retrouve ici la distinction travailliste, qui manque parfois de clarté, entre le changement des conditions de travail et la modification du contrat de travail, laquelle requiert l'accord du salarié. Cependant, si son intensité dépasse un certain seuil, le changement d'horaire pourra être qualifié de modification du contrat de travail. Ainsi en est-il d'une nouvelle répartition des jours de travail ayant pour

¹⁴ P. Ancel, « L'articulation du contrat de travail et des accords collectifs au regard de la force obligatoire du contrat ». RDT 2016, p. 240, spé. n°4.

¹⁵ Voir dernièrement Cass. soc. 2 avril 2014 n° 13-11.060 : Bull. civ. V, n°93 ; RJS 6/14 n° 465.

effet de priver le salarié du repos dominical¹⁶, ou le passage – même partiel – d’un horaire de jour à un horaire de nuit.¹⁷

D’autre part, la modulation du temps de travail ne devrait normalement pas pouvoir être mise en place par la seule volonté de l’employeur. Rappelons que la fixation d’une période de mesure du temps de travail supérieur à la semaine porte mécaniquement atteinte à la rémunération, élément clé du socle contractuel. La modulation opère une compensation entre période d’activités basse et haute, et prive le salarié du bénéfice de la majoration des heures accomplies au-delà de la durée légale du travail. Pourtant, l’article D. 3122-7-1 prévoit qu’en l’absence d’accord collectif, la durée du travail de l’entreprise ou de l’établissement peut être organisée sous forme de périodes de travail. Dans un arrêt du 11 mai 2016, la Cour de cassation a jugé que ce texte « *donne la possibilité à l’employeur d’organiser la durée du travail sous forme de périodes de travail et d’imposer unilatéralement la répartition du travail* »¹⁸. La Cour de cassation complète ainsi l’œuvre du législateur visant à infléchir la force obligatoire du contrat. Reste que celle-ci n’est pas totalement évincée. L’article D. 3122-7-1 précise que la période de référence instaurée par cette modulation unilatérale ne peut excéder quatre semaines. Depuis la loi Travail d’août 2016, la période a été étendue à neuf semaines pour les entreprises de moins de 50 salariés. En revanche, lorsque l’aménagement du temps de travail est porté par un accord collectif, le législateur n’hésite pas à neutraliser la force obligatoire du contrat.

B. La neutralisation de la force obligatoire

Tel que Sébastien Tournaux vous l’a démontré, l’accord d’entreprise fait désormais figure de source normative de premier plan qui entre parfois en contradiction avec le contrat de travail. Or, là où la négociation collective était vue comme un moyen d’obtenir à plusieurs les contreparties que le salarié était empêché de négocier dans son contrat, le mouvement est désormais inversé. Et l’on en vient à brandir le contrat individuel tel un bouclier face à la dérèglementation opérée par la voie de l’accord collectif. Rien d’étonnant donc à ce que le législateur multiplie les techniques d’éviction de la force obligatoire du contrat, et tout particulièrement en matière d’aménagement du temps de travail. Le refrain est connu : l’immutabilité du contrat de travail d’un seul est sommée de s’effacer pour mieux préserver l’emploi de tous ! La force obligatoire du contrat va alors être neutralisée.

Le procédé n’est pas nouveau. Déjà, en 2000, la loi Aubry II sur la réduction du temps de travail prévoyait que « *la seule diminution du nombre d’heures stipulé au contrat de travail, en application d’un accord de réduction de la durée du travail, ne constitue pas une modification du contrat de travail* ». Mais le mouvement s’est accentué en même temps que se sont assouplies les conditions de recours à la modulation du temps de travail¹⁹. L. 3121-43 du code du travail, issu de la loi Warsmann du 29 février 2012 dispose ainsi que « *la mise en place d’un dispositif d’aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine par accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail pour les salariés à temps complet* ». Quant au Conseil constitutionnel, il n’aura pas déçu ceux qui se sont résignés à ne pas attendre grand-chose de sa jurisprudence en matière sociale. Par une décision du 15 mars 2012, il estima que « *cette possibilité de répartition des horaires de travail sans obtenir l’accord*

¹⁶ Cass. soc. 18 janvier 2012 n° 10-17.085, inédit.

¹⁷ Cass. soc. 14 janvier 2015 n° 13-25.767, inédit.

¹⁸ Cass. soc. 11 mai 2016, n°15-10025, publié au bulletin, RDT 2016, p. 571, note F. Canut. En l’espèce, l’arrêt censuré avait considéré que la modulation devait s’analyser en une modification du contrat de travail.

¹⁹ Aux termes l’article L. 3121-44 modifiés par la loi Travail du 8 août 2016 qui rend possible, si un accord de branche le permet, de fixer une période de référence allant jusqu’à trois ans.

préalable de chaque salarié est subordonnée à l'existence d'un accord collectif (...) qu'il s'ensuit que ces dispositions, fondées sur un motif d'intérêt général suffisant, ne portent pas à la liberté contractuelle une atteinte contraire à la Constitution »²⁰. Feu donc la force obligatoire du contrat, qui au passage se trouve confondue avec la liberté contractuelle.

Parallèlement à cette neutralisation de l'immutabilité du contrat, le législateur rend possible son contournement, et je vais ici m'intéresser aux accords dits de performance collective issus des ordonnances Macron.

II. La force obligatoire contournée

Hier au nombre de quatre, les AMI, AME, ADE et APE, ces accords sont désormais regroupés autour d'un dispositif unique. Ils sont dotés d'un cadre juridique uniforme et baptisés d'un nouveau qualificatif encore plus prometteur que le précédent, puisqu'il convient désormais de parler d'accords de performance collective (APC). Les APC permettent, notamment, d'« *aménager la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition* ». S'ils ne heurtent pas de front la force obligatoire du contrat de travail, ils n'en orchestrent pas moins son contournement (**A**). L'immutabilité du contrat de travail est d'autant plus malmenée que le domaine de ses accords se caractérise par une extrême plasticité (**B**).

A. Les modalités du contournement

Ces accords d'un genre particulier obéissent à un régime spécifique lorsque leur contenu entre en contradiction avec les dispositions plus favorables du contrat de travail. L'article L. 2254-2, siège du dispositif, énonce que « *le salarié peut refuser la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord* ». Dans ce cas « *l'employeur dispose d'un délai de deux mois à compter de la notification du refus du salarié pour engager une procédure de licenciement* ». Mais l'article ajoute aussitôt que « *ce licenciement repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse* ». Le licenciement est soumis aux seules modalités et conditions définies par une série d'articles limitativement énumérés par l'article L. 2254-2 V. Or, les dispositions visées ne concernent que la dimension processuelle du licenciement²¹, à l'exclusion de tout contrôle de son motif. En d'autres termes, le motif étant réputé constituer une cause réelle et sérieuse, le salarié ne pourrait éventuellement contester son licenciement qu'en cas de non-respect des règles de procédure auxquelles il est soumis. Le contournement de la force obligatoire se manifeste ici par le fait que le salarié paye au prix fort le refus d'une modification unilatérale du contrat de travail ! Le licenciement est réputé légitime et il n'est plus question de soumettre la rupture du contrat de travail à la preuve d'une cause réelle et sérieuse ; celle-ci est censée résider dans le contenu de l'APC : qui dit conventionnel dit juste, et j'ajouterais, « réel et sérieux » !

²⁰ Cons. const. 15 mars 2012, DC n°2002-649 ; J. F. Akandji-Kombé, « La modulation du temps de travail : regard sur une validation constitutionnelle ». SSL 2012, n°1534, p. 10 ; plus récemment, sur les accords de performance collective, J. Diringier, I. Ferkane, « L'économie générale des « accords de compétitivité » mise sens dessus dessous ». Dr. ouvr. 2017, p. 716.

²¹ Sont également applicables à la rupture du contrat les articles L 1234-1 à L 1234-11 (préavis, indemnité compensatrice de préavis et indemnité de licenciement), L 1234-14 (règles spécifiques à certains salariés du secteur public), L 1234-18 (dispositions d'application réglant les conséquences du licenciement) L 1234-19 et L 1234-20 (certificat de travail et reçu pour solde de tout compte) du Code du travail (C. trav. art. L 2254-2, V).

Plusieurs interrogations surgissent au moment d'envisager l'impact de ce régime sur le contenu du contrat de travail²², selon que le salarié accepte ou refuse la modification inhérente à l'application de l'accord collectif

En cas d'acceptation, l'article L. 2254-2 III 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* »²³. Contrairement à l'hypothèse du refus, l'article L. 2254-2 n'indique rien sur les modalités d'acceptation de l'application de l'accord par le salarié. Il est simplement indiqué que le salarié dispose d'un délai d'un mois pour faire connaître son refus²⁴. A défaut de manifestation de volonté dans ce délai, l'acceptation tacite pourrait-elle être retenue par analogie avec le régime des propositions de modification en matière économique²⁵ ? Pour des raisons pratiques il est probable que oui, mais cela tendrait alors à discréditer le caractère *sui generis* de l'éventuel licenciement.

Par ailleurs, la substitution de l'accord aux clauses du contrat de travail soulève des problématiques déjà abordées à propos des anciens accords de développement ou de préservation de l'emploi. Dès l'instant où il n'est plus question de suspension du contenu, mais de substitution, quel sera le sort des dispositions contractuelles initiales à l'échéance de l'accord de performance collective ? Cette réactivation du contrat, quelle que soit la période d'application de l'accord, pourra du reste s'avérer impossible, par exemple si le lieu de travail a disparu suite à une réorganisation de l'entreprise.

Quant aux conséquences du refus du salarié, elles sont expressément envisagées par le législateur qui a souhaité sécuriser les termes du contentieux, du moins à l'adresse de l'employeur. Mais toute incertitude n'a pas pour autant disparu. Ce refus ne constituant pas une faute disciplinaire, ni *a fortiori* une faute grave, l'employeur sera tenu de respecter un préavis. Quelles seront alors les règles applicables au salarié pendant la durée du préavis ? La modification ayant été refusée le contrat de travail devrait s'exécuter selon les termes initiaux, ce qui ne manquera pas de susciter quelques difficultés dans la gestion du personnel. C'est pourtant la solution qui avait été retenue par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en matière de licenciement pour motif économique²⁶. Cependant, dès lors le licenciement consécutif au refus de la modification induite par l'APC est qualifié de spécifique, peut-on se référer à cette jurisprudence relative au licenciement pour motif économique ? Après avoir identifié les modalités du contournement de la force obligatoire du contrat, il nous reste à envisager son domaine.

²² Je laisse de côté la question d'une éventuelle contrariété du dispositif des APC avec les normes supra légales, en l'occurrence la Convention 158 de l'OIT et la directive du 20 juillet 1998 relative aux licenciements collectifs. Voir en ce sens D. Baugard, L. Gratton, « Les accords de préservation ou de développement de l'emploi : premier regard conventionnel et constitutionnel ». Dr. soc. 2016, p. 745.

²³ A noter qu'il n'est plus fait référence à un quelconque minima conventionnel.

²⁴ L'article L. 2254-2 IV précise 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 communiqué dans l'entreprise sur l'existence et le contenu de l'accord* ».

²⁵ L'employeur doit proposer au salarié la modification du contrat envisagée par lettre recommandée avec avis de réception. Dans ce courrier, il doit également informer le salarié qu'il dispose d'un délai d'un mois pour faire connaître son refus. Le délai est de 15 jours si l'entreprise est en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire. À défaut de réponse dans le délai d'un mois (ou de 15 jours), le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée (C. trav., art. L. 1222-6 / ancien C. trav., art. L. 321-1-2).

²⁶ Cass. ass. plén. 18 novembre 1994 n° 90-44754 : Bull. AP n°6.

B. Le domaine du contournement

Nous l'avons dit plus haut, le domaine du contournement opéré par la voie des APC est potentiellement très large, ce qui fragilise d'autant plus le principe d'immutabilité du contrat de travail. Aux termes de l'article L. 2254-2 I, les APC peuvent être conclus soit, pour répondre, « *aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise* », soit « *en vue de préserver ou de développer l'emploi* ». En pareils cas, l'accord pourra « *aménager la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition* ». La locution retenue par le Code du travail peut laisser perplexe.

Si l'on s'en tient à la première situation visée, la formule suppose de distinguer les accords dont la conclusion ne serait pas nécessaire au fonctionnement de l'entreprise, et ceux qui le seraient. L'exercice n'est pas aisé et l'on se demande dans quel sens les « *nécessités* » visées par le texte doivent-elles être interprétées. Faut-il retenir ici une acception exclusivement économique de la nécessité, par analogie avec l'intérêt de l'entreprise ? Devrait-on alors appréhender l'accord de compétitivité comme une réponse circonstanciée à une situation économique particulière ? Rien n'est moins sûr, d'autant que la loi n'exige pas, comme elle le faisait pour les AME, que l'entreprise se trouve face à de graves difficultés conjoncturelles. L'on peut même ajouter qu'en abandonnant l'exigence d'une durée limitée pour les accords de compétitivité, le législateur déconnecte leur objet de toute considération conjoncturelle et ouvre la voie à l'appréhension de nécessités structurelles.

Enfin, la question de la délimitation du domaine des accords pourrait ne pas se limiter au seul cadre de l'entreprise en tant que niveau de négociation. Il est vrai que l'article L. 2254-2-I ne mentionne que l'accord d'entreprise. Toutefois, et dans le même temps, l'article L. 2232-11 alinéa 1^{er} du CT dispose que « *la présente section détermine les conditions dans lesquelles s'exerce le droit des salariés à la négociation dans l'entreprise et dans le groupe* ». L'alinéa 2 précise que « *sauf disposition contraire les termes " convention d'entreprise " désignent toute convention ou accord conclu soit au niveau de l'entreprise, soit au niveau de l'établissement* », soit, l'ajout a été opéré par la loi de ratification du 29 mars 2018²⁷, « *au niveau du groupe* ». Or, la section dont il est ici question se rapporte aux Conventions et accords d'entreprise ou d'établissement, tout en s'insérant dans un Titre 3 intitulé Conditions de négociation et de conclusion des conventions et accords collectifs de travail. L'article L. 2254-2, siège des accords de compétitivité, est de son côté inséré dans un titre différent, le Titre 5, titre consacré à l'articulation des accords. Partant, le raisonnement *a rubrica* n'interdit pas que l'on se réfère au titre 3 au moment de déterminer le niveau de négociation et de conclusion d'un accord de compétitivité. D'autant que les points abordés par L. 2254-2 I se rapportent finalement davantage à la conclusion des accords qu'à leur articulation.

En matière d'aménagement du temps travail, le domaine du contournement de la force obligatoire du contrat opérée par les APC connaît heureusement quelques limites.

Premièrement, si l'accord met en place un dispositif de modulation du temps de travail, les dispositions relatives, notamment, au décompte des heures supplémentaires²⁸, à l'information des salariés sur le changement dans la répartition de leur durée du travail²⁹ ou encore au contenu

²⁷ Article 2 de la 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.

²⁸ Article L. 3121-41 du code du travail.

²⁹ Article L. 3121-42 du code du travail.

des accords³⁰, doivent être respectées³¹. Mais il faut immédiatement relever que l'article L. 3121-43 du code du travail ne fait pas partie des dispositions visées par le législateur. Or, c'est précisément cet article issu de la loi Warsmann qui exclut la modification du contrat de travail en cas d'aménagement du temps de travail. Autrement dit, et s'agissant des salariés à temps complet, la mise en œuvre de l'aménagement du temps de travail devrait obéir à deux régimes distincts selon que l'aménagement procède d'un accord collectif de droit commun ou d'une décision de l'employeur, ou que l'aménagement résulte d'un accord de compétitivité. Dans le premier cas, l'article L. 3121-43 exclut la modification du contrat de travail (le salarié ne peut donc s'y opposer sans commettre une faute). Dans le second cas, le régime des accords de compétitivité s'applique et l'aménagement devrait alors s'analyser en une modification du contrat de travail, susceptible d'être refusée par le salarié.

Deuxièmement, et je terminerai sur ce point, la mise en place d'un dispositif de forfaitisation de la durée du travail ne devrait pas bénéficier du contournement de la force obligatoire du contrat entrepris par voie d'APC. L'article L 3121-55, relatif aux conventions de forfait, précise que « *la forfaitisation de la durée du travail doit faire l'objet de l'accord du salarié et d'une convention individuelle de forfait établie par écrit* ». De son côté, l'article L. 2254-2, qui concerne les APC, exclut l'application de l'article précité en cas de simple modification du forfait. *A contrario*, le consentement du salarié doit donc être recueilli en cas de conclusion d'un système de forfait. Dans ce cas, les conditions de mise en place du forfait – qui font l'objet de règles spéciales - ne se situent plus dans l'orbite du régime – plus général – des APC. Le spécial dérogeant au général, le licenciement du salarié qui s'oppose à l'instauration du forfait doit être appréhendé sur le terrain du refus de la modification du contrat de travail pour motif économique. La rupture du contrat ne saurait être réputée comme reposant sur une cause réelle et sérieuse³². Voilà qui marque une certaine résistance de la force obligatoire du contrat, mais pour combien de temps encore ?

³⁰ Article L. 3121-44 du code du travail.

³¹ Article L. 2254-2 II du code du travail.

³² En faveur de cette interprétation, v. ActuEL-RH 22-2-2018, « Mise en place ou modifications de forfait jours par un accord de performance collective : les conséquences du refus du salarié », selon le ministère du travail « *Aucun accord ne peut imposer de forfait jours à un salarié sans son accord. Le refus du salarié en décompte horaire de passer au forfait jours ne justifie en rien son licenciement* ».