

Réforme du Code du travail

Mise à jour le 2 juillet 2018

23

Fiche pratique

Négociation collective

L'ACCORD DE PERFORMANCE COLLECTIVE

Cette fiche décrypte le contenu des ordonnances ratifiées par la loi du 29 mars 2018 et de leurs décrets d'application.



www.cfecgc.org



AVANT-PROPOS

Un accord dérogatoire est un accord permettant, via ses stipulations, de déroger au droit commun. Ce type d'accord n'est pas une nouveauté en droit du travail.

- La loi du 14 juin 2013, transposition de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013, a instauré un accord dérogatoire nommé **accord de maintien de l'emploi (AME)**. Cet accord permettait à l'employeur confronté à de graves difficultés économiques conjoncturelles, de s'engager à maintenir l'emploi d'un salarié en contrepartie d'un aménagement de son temps de travail et/ou de sa rémunération. L'accord était à **durée déterminée** et ne pouvait pas excéder trois ans, limite repoussée à cinq ans en 2015.
- Devant le recours très réservé à ces accords jugé trop rigides, le gouvernement a instauré, dans la Loi dite « El Khomri » du 8 août 2016, **les accords de préservation et de développement de l'emploi (APDE)**. Ces accords ne nécessitaient pas d'être confrontés à de graves difficultés économiques conjoncturelles, puisqu'ils ont pour but de les anticiper et de les éviter en modifiant certaines dispositions du contrat de travail des salariés.
Avec ce nouvel accord, on passe d'une logique « défensive » visant à résoudre les problèmes, à une logique « offensive » dans laquelle on anticipe et évite les difficultés. À l'instar de l'AME, les APDE étaient à **durée déterminée**.
- L'ordonnance « *relative au renforcement de la négociation collective* », ratifiée par la loi du 29 mars 2018, inscrit dans le Code du travail un nouveau type d'accord collectif intitulé « **accord de performance collective¹** » (APC).
Cet accord permet de modifier le contrat de travail des salariés de manière beaucoup plus souple, à l'aide d'un **accord collectif majoritaire** conclu au niveau de l'entreprise, de l'établissement² ou du groupe³ **pour une durée indéterminée ou déterminée**.
Il est l'objet de la présente fiche.

¹ L.2254-2 du Code du travail.

² L.2232-11 du Code du travail.

³ L.2232-33 du Code du travail.

L'EMPLOYEUR DOIT-IL JUSTIFIER DE CERTAINES CONDITIONS PRÉALABLEMENT À L'OUVERTURE DES NÉGOCIATIONS ?

Contrairement à d'autres types d'accords collectifs (accord PSE, accord GPEC, accord CET), la mise en place d'un accord de performance collective **ne requiert aucune motivation, ne nécessite pas de remplir préalablement une condition d'effectif minimum ou de connaître des difficultés économiques.**

En effet, la loi prévoit uniquement que l'accord doit servir à « *répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi* ⁴ ». Autrement dit, l'accord doit permettre à l'entreprise de **s'adapter aux variations d'activité**, aux changements de conjoncture pour pouvoir préserver sa compétitivité.

L'objectif premier de l'APC demeure la préservation des emplois par l'aménagement de la relation de travail. L'accord peut donc être conclu dans une logique défensive (en cas de difficultés économiques) ou offensive (sans aucune difficulté économique).

LE PLUS SYNDICAL

Afin de pouvoir négocier, en ayant l'ensemble des enjeux en tête, les conséquences et les salariés concernés, il est important d'avoir, au préalable, l'ensemble des accords précédemment conclus sur le sujet (temps de travail, salaire, qualité de vie au travail, égalité professionnelle, GPEC, et les accords de maintien dans l'emploi/développement de l'emploi ainsi que les accords PSE le cas échéant).

Pour assister les négociateurs de l'accord de performance collective, le CSE peut désigner un expert-comptable. Cet expert-comptable est le même que celui désigné par le CSE lors des projets de licenciement collectif pour motif économique.⁵

L'employeur prend à sa charge 80% du coût de l'expertise et le CSE 20% sur son budget de fonctionnement⁶.

QUE DOIT CONTENIR L'ACCORD DE PERFORMANCE COLLECTIVE ⁷ ?

- Ce nouvel accord dérogatoire est donc le **regroupement et la simplification** de quatre accords collectifs précédemment en vigueur, et les conséquences du refus du salarié de voir son contrat de travail modifié par l'accord :
 - les accords de réduction du temps de travail ⁸ ;
 - les accords de mobilité interne ⁹ ;
 - les accords de maintien dans l'emploi ;
 - les accords de préservation et de développement de l'emploi.

⁴ L.2254-2 du Code du travail.

⁵ L.2315-92 du Code du travail.

⁶ L.2315-80 du Code du travail.

⁷ L.2254-2 du Code du travail.

⁸ Ex L.1222-7 et L.1222-8 du Code du travail.

⁹ Ex L.2242-17 du Code du travail.

Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance (24 septembre 2017), les employeurs et les organisations syndicales n'ont plus la possibilité de conclure ces quatre accords. Néanmoins, les accords conclus avant cette date continuent toutefois de produire leurs effets.

- L'accord de performance collective **doit prévoir un préambule** indiquant ses objectifs. Néanmoins, l'article ne prévoyant pas les conséquences liées à l'absence du préambule, il en découle **qu'il n'est pas de nature à entraîner la nullité de l'accord**¹⁰.
- Il peut traiter de tout ou partie des trois sujets suivants :
 - l'aménagement de la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ;
 - l'aménagement de la rémunération dans le respect des salaires minima hiérarchiques ;
 - la détermination des conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise.
- Il peut prévoir des clauses complémentaires précisant :
 - les modalités d'information des salariés sur l'application et le suivi de l'accord pendant toute sa durée ;
 - le cas échéant, l'examen de la situation des salariés au terme de l'accord ;
 - les conditions dans lesquelles fournissent des efforts proportionnés à ceux demandés aux salariés pendant toute la durée de l'accord : les dirigeants salariés exerçant dans le périmètre de l'accord et les mandataires sociaux et les actionnaires, dans le respect des compétences des organes d'administration et de surveillance ;
 - les modalités selon lesquelles sont conciliées la vie professionnelle et la vie personnelle et familiale des salariés ;
 - les modalités d'accompagnement des salariés refusant l'application de l'accord, ainsi que l'abondement de leurs comptes personnels de formation (CPF), la loi prévoyant un plancher de 100 heures d'abondement¹¹.

Il est à noter que toutes les clauses ne sont pas obligatoires, l'absence de l'une d'entre elles n'a donc pas d'incidence sur la validité de l'accord.

ATTENTION

Pour certains commentateurs, tout accord ou avenant à des accords de réduction du temps de travail doivent désormais suivre la réglementation liée aux APC.

Enfin, se pose la question du pouvoir de l'employeur quand un salarié en CDD refuse l'application de l'APC, puisque le refus de l'APC n'est pas un cas de rupture anticipé autorisé par la Loi¹².

¹⁰ L.2222-3-3 du Code du travail.

¹¹ D.6323-3-2 du Code du travail.

¹² L.1243-1 et suivant du Code du travail.

LE PLUS SYNDICAL

La rédaction du préambule est importante pour deux raisons :

- * il explicite le contexte de la négociation ainsi que les raisons la motivant ;
- * il permet de connaître, des années après, l'esprit de l'accord, le contexte de la négociation, ce qui est un éclairage nécessaire lors des prochaines négociations.

Comme toutes les clauses évoquées ci-dessus ne sont pas obligatoires, nous vous recommandons d'être particulièrement vigilant lors de la négociation d'un tel accord sur trois points.

1) L'accord de performance collective vous offre la possibilité de prévoir une clause permettant aux dirigeants salariés, les mandataires sociaux et les actionnaires de « *fournir des efforts proportionnés à ceux demandés aux salariés pendant toute la durée de l'accord* ». Cette clause est essentielle pour l'équilibre de l'accord.

2) La Loi ne prévoit pas la durée de l'accord de performance collective, il peut donc être à durée indéterminée ou déterminée. À défaut de précision, sa durée sera de cinq ans¹³. Au vu de l'ampleur des modifications que peut apporter l'accord, nous préconisons de négocier des accords de performance collective à durée déterminée inférieure à cinq ans.

3) La loi prévoit que l'employeur abonde le CPF des salariés licenciés de 100h. Néanmoins, l'accord peut prévoir des modalités d'abondement du CPF plus important ainsi que des modalités d'accompagnement. À titre d'exemple, les modalités d'accompagnement peuvent être des actions de formation, des VAE, des actions de soutien à la création d'activités nouvelles ou à la reprise d'activités, etc.

¹³ L.22222-4 du Code du travail.

AVEC QUI NÉGOCIER L'ACCORD ?

- Le principe est : la négociation avec les délégués syndicaux.
- En cas de mise en place du Conseil d'entreprise : voir fiche sur la négociation avec le Conseil d'entreprise.
- En l'absence de délégué syndical ou de conseil d'entreprise : voir fiche relative à la négociation sans DS.

ATTENTION

L'accord de performance collective n'est pas soumis à l'obligation de publication sur la base de données nationale ¹⁴.

QUELLES SONT LES CONDITIONS DE VALIDITÉ DE L'ACCORD ?

- En présence de délégués syndicaux, l'accord, pour être valide, doit être signé par des syndicats représentant plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections.
À défaut, pour être valide, l'accord doit être signé par des syndicats représentant plus de 30% des suffrages et approuvé par référendum à la majorité des salariés.
- En cas de mise en place du Conseil d'entreprise : voir fiche sur la négociation avec le Conseil d'entreprise.
- En l'absence de délégué syndical ou de conseil d'entreprise : voir fiche relative à la négociation sans DS.

L'EMPLOYEUR DOIT-IL INFORMER LES IRP DE L'OUVERTURE DES NÉGOCIATIONS ?

L'employeur n'a pas l'obligation d'information et de consultation des IRP sur la conclusion de l'accord de performance collective.

De plus, à la différence de l'accord portant rupture conventionnelle collective (cf. fiche de décryptage), la loi ne prévoit pas, dans la liste des clauses de l'accord, les modalités d'information spécifique des IRP.

LE PLUS SYNDICAL

Si la loi ne prévoit pas d'obligation d'information des IRP, rien ne vous interdit de négocier une clause permettant l'information des IRP.

Cette information est importante, notamment dans la perspective de désignation d'un expert-comptable afin d'assister les négociateurs de l'accord.

¹⁴ D.6323-3-2.

LA MISE EN ŒUVRE DE L'ACCORD ¹⁵

Les salariés doivent-ils être informés ?

La loi prévoit que l'employeur doit informer 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 salarié doit-il accepter les modifications de son contrat de travail ?

Les stipulations de l'APC se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail des salariés compris dans le périmètre de l'accord, y compris en matière de durée du travail, de rémunération et de mobilité professionnelle ou géographique.

Autrement dit, la modification du contrat de travail ne nécessite pas l'acceptation préalable du salaire.

Le salarié peut-il refuser les modifications de son contrat de travail ?

Le salarié a la possibilité de refuser la modification de son contrat de travail. Pour ce faire, il dispose d'un **délai d'un mois**, à compter de la date à laquelle il a été informé du contenu de l'accord, pour en informer l'employeur par écrit.

En cas de refus, l'employeur peut licencier le salarié. La procédure de licenciement doit être engagée dans un délai de deux mois à compter de la notification du refus.

Ce licenciement repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse, et la procédure de licenciement applicable est celle du **licenciement pour motif personnel**.

Ainsi l'employeur devra appliquer les règles relatives :

- à l'entretien préalable et à la notification du licenciement ;
- au préavis / l'indemnité de préavis ;
- à l'indemnité de licenciement ;
- au certificat de travail et au reçu pour solde de tout compte.

En plus de ces éléments, l'employeur doit verser un abondement de 100 heures a minima sur les CPF des salariés licenciés (sauf stipulation plus favorable). Les heures créditées ne rentrent pas en compte dans le calcul des 24 heures créditées annuellement par l'employeur ni dans le décompte du plafond d'heures. Cet abondement de 100 heures est financé à hauteur de 30 euros par heure¹⁶.

ATTENTION

Le projet de loi « pour la liberté de choisir son avenir professionnel » prévoit la monétisation du CPF (passage d'un CPF en heures au CPF en euros). Les 100 heures citées ci-dessus sont donc amenées à évoluer vers un abondement en euros, du CPF.

¹⁵ L.2254-2 du Code du travail.

¹⁶ D.6323-3-2 du Code du travail.

LE PLUS SYNDICAL

Si l'accord est conclu pour une durée déterminée, les salariés doivent retrouver automatiquement, au terme de l'accord, les stipulations initiales de leurs contrats de travail.

Néanmoins, à la différence des anciens accords de maintien dans l'emploi, il n'est pas prévu que l'application de l'APC « *suspende les stipulations du contrat* », mais « *se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail* ».

Par souci de pédagogie, il nous semble donc important de préciser dans l'APC que les salariés doivent retrouver automatiquement, au terme de l'accord, les stipulations initiales de leurs contrats de travail.

ACCORD DE PERFORMANCE ET CONVENTIONS DE FORFAITS ANNUELS

Que se passe-t-il si l'APC met en place un dispositif de forfait annuel ?

Si l'APC met en place un dispositif de forfait annuel (en jours ou en heure), il doit déterminer les salariés susceptibles d'être concernés par le forfait et les caractéristiques principales de la convention individuelle de forfait obligatoirement établie entre le salarié et l'employeur ¹⁷.

Autrement dit, pour être applicable, le salarié doit donner son accord exprès via la signature de la convention de forfait.

Si le salarié refuse l'application de l'accord, et donc la signature de la convention individuelle de forfait, l'employeur peut le licencier.

Que se passe-t-il si l'APC modifie un dispositif de forfait annuel préexistant ?

Si l'APC modifie un dispositif de forfait annuel (en jours ou en heure) préexistant, l'employeur n'a pas besoin de faire signer à nouveau une convention individuelle de forfait aux salariés concernés.

L'acceptation par le salarié de l'application de l'accord entraîne de plein droit l'application des stipulations de celui-ci relatives au dispositif de forfait annuel.

Si le salarié refuse l'application de l'accord, l'employeur peut le licencier.

ATTENTION

Si l'APC met en place ou modifie une convention de forfait se pose la question de la substitution de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail pour les salariés à temps partiel.

¹⁷ L.3121-55 et L.3121-64 du Code du travail.

LE PLUS SYNDICAL

Si l'APC élargit le champ d'application d'un accord forfait annuel déjà existant, l'employeur n'a pas besoin de faire signer à nouveau une convention individuelle de forfait.

Néanmoins, les salariés nouvellement concernés par le forfait doivent-ils signer une convention individuelle ou simplement ne pas refuser l'application de l'accord ?

Sur ce point, nous estimons que pour les salariés nouvellement concernés, il s'agit d'une mise en place du dispositif de forfait annuel, ce qui nécessite donc la signature d'une convention individuelle de forfait.

Afin de pouvoir négocier, en ayant l'ensemble des enjeux en tête, les conséquences et les salariés concernés, il est important de connaître le nombre de salariés qui bénéficie d'un forfait en jours/en heures.

Une mise à jour du guide forfait jours sera prochainement disponible.

LES SALARIÉS LICENCIÉS ONT-ILS DROIT AUX PRESTATIONS DE L'ASSURANCE CHÔMAGE ?

Les salariés dont le contrat de travail est rompu ont **droit aux prestations d'assurance chômage dans les conditions de droit commun**. Ils ne bénéficient donc pas des dispositions plus favorables réservées aux salariés licenciés pour motif économique (différé spécifique d'indemnisation réduit, droit à la Convention de sécurisation professionnelle, priorité de réembauche, etc.).