

13

# Accord de performance collective et forfait annuel : comment les articuler ?

Par Olivier Bach, avocat, Eole avocats

Les accords de performance collective, issus de la réforme du Code du travail, ont pour spécificité de prévaloir sur le contrat de travail. Un amendement, adopté en commission mixte paritaire lors de l'examen du projet de loi de ratification, a suscité de vives polémiques, en ce qu'il a mis en avant la situation du forfait annuel en jours, confronté à ce nouvel environnement juridique.

Olivier Bach, avocat chez Eole Avocats, fait le point sur ces nouvelles mesures.

## Quelle est la genèse des accords de performance collective ?

1 Les accords de préservation ou de développement de l'emploi, de réduction du temps de travail, de maintien de l'emploi et de mobilité interne ont été jugés **trop complexes** et pas assez attractifs, preuve en est leur succès plus que limité. Il fallait donc les **simplifier** en créant un dispositif unifié.

C'est l'objet de l'article 3 de l'ordonnance 2017-1385 du 22 septembre 2017 qui précise le régime des accords d'entreprise conclus « afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver ou de développer l'emploi ». En l'absence d'intitulé textuel, le **Conseil constitutionnel** lui a choisi la dénomination d'« accord de compétitivité », dans sa décision ayant validé la loi d'habilitation (Cons. const. 7-9-2017 n° 2017-751 DC).

Ce n'est qu'aux termes du **projet de loi de ratification**, adopté définitivement le 14 février 2018 par le Parlement, que l'accord en question a été officiellement baptisé « accord de performance collective ».

La loi de ratification a été déférée au **Conseil constitutionnel** qui, dans sa décision du 21 mars 2018, n'a censuré aucune des dispositions relatives aux accords de performance collective qui lui étaient soumises : voir [l'](#) n° 8 p. 3.

## Quel est le champ d'application de l'accord ?

2 Le champ d'application de l'accord de performance collective est particulièrement **large**. En effet, un tel accord peut être négocié et conclu, dès lors qu'il répond aux « nécessités » liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver ou de développer l'emploi (C. trav. art. L 2254-2, I). Il n'est absolument pas nécessaire d'avoir à justifier de **difficultés économiques** pour pouvoir négocier un tel accord, qui permet :

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

## Quelle est sa durée ?

3 A défaut de précisions sur ce point, l'accord de performance collective doit respecter le droit commun : il doit donc être conclu pour une **durée de 5 ans**, sauf stipulation expresse autre. Ainsi, l'accord peut prévoir une durée d'application **indéterminée**.



**Olivier Bach** est avocat associé fondateur au sein du cabinet Eole Avocats depuis 2005. Il développe une spécialité en droit social à destination des entreprises (conseil et contentieux). Précédemment collaborateur au sein du cabinet Fromont Briens, il anime régulièrement depuis 10 ans des formations pour Francis Lefebvre Formation.

A titre de comparaison, on remarquera que les **anciens dispositifs** étaient nécessairement des accords à durée déterminée, avec une durée plafonnée à 5 ans pour l'accord de maintien de l'emploi.

## Quelles sont ses conditions de validité ?

4 L'accord doit obtenir, pour être valable, la signature d'une ou de plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives **ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés** en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique (ou au comité d'entreprise). A défaut, il est possible d'appliquer la procédure dite « de rattrapage » et d'utiliser le **référéndum**, à condition que l'accord de performance collective ait été signé par des syndicats minoritaires ayant recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés en faveur de syndicats représentatifs au premier tour des dernières élections professionnelles. L'accord est valide s'il est approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés (C. trav. art. L 2232-12).

5 L'accord peut également être conclu dans les **TPE**, ce qui inclut les entreprises de moins de 11 salariés, mais également celles de 11 à 20 salariés dépourvues d'institution représentative du personnel (sur constat d'un procès-verbal de carence). Il convient ici de respecter la **procédure de consultation spécifique** et notamment la condition d'approbation de l'accord par les deux tiers du personnel (C. trav. art. L 2232-21 s.).

L'employeur devra être en mesure de présenter des arguments suffisamment convaincants pour obtenir les signatures nécessaires à un accord, a priori défavorable aux salariés, alors même qu'un tel accord peut être proposé par l'employeur en l'absence de difficultés économiques. Cela étant précisé, la notion de « **négociation** » dans cette configuration particulière reste discutable... Pour autant, nombre de petites entreprises pourraient être tentées par ce type d'accord. A suivre pour un **bilan** dans quelques années...

### Quels sont les effets de l'accord sur le contrat de travail ?

**6** Les stipulations de l'accord de performance collective se **substituent de plein droit** aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail (C. trav. art. L 2254-2, III). Il s'agit d'une nouvelle exception – et de taille – à l'application du sacro-saint principe de faveur. Des dispositions différentes, et potentiellement moins favorables que celles issues du contrat individuel, pourront s'imposer de facto au salarié.

Enfin, il s'agit là d'une **tendance croissante** depuis la loi du 4 mai 2004 –, l'adage selon lequel « qui dit contractuel dit juste » a vocation à être remplacé, en droit du travail, par l'adage « qui dit conventionnel dit juste ». La lente dégradation de l'individuel face au collectif s'incarne ici encore.

Notons aussi que le droit du travail tend à **s'affranchir du principe civiliste** fixé depuis toujours, selon lequel « le contrat fait la loi des parties ». Il s'agit là purement et simplement d'une atteinte manifeste à l'autonomie de la volonté, que certains condamnent haut et fort.

### Le salarié peut-il refuser l'application de l'accord ?

**7** Oui, le salarié qui ne souhaite pas que les clauses de l'accord de performance se substituent aux clauses plus favorables de son contrat de travail peut le refuser. Il dispose d'un **délai d'un mois** à compter de la date à laquelle l'employeur l'a informé de l'existence et du contenu de l'accord. Son refus l'expose à un **licenciement « sui generis »**. Il s'agit d'un licenciement « dit de la troisième voie » dont la cause est préconstituée : elle ne peut pas être contestée devant le juge. L'employeur dispose d'un **délai de deux mois** pour engager la procédure de licenciement.

La **seule contrepartie spécifique** réside dans l'octroi d'un abondement du compte personnel de formation d'un minimum de 100 heures, au-delà des conséquences classiques d'un licenciement pour motif personnel...

### L'accord peut-il imposer la mise en place du forfait annuel ?

**8** Les articles L 3121-53 à L 3121-66 du Code du travail s'appliquent, **sans exception**, si l'accord de performance collective met en place un dispositif de forfait annuel (C. trav. art. L 2254-2, II).

Pour autant, il n'est pas possible d'imposer la mise en place (ou plus précisément de tirer les conséquences d'un refus), par le prisme de l'accord de performance collective, d'un forfait annuel à des salariés non préalablement soumis à ce dispositif. En effet, l'article L 3121-55 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 ». Il s'agit d'une **disposition d'ordre public** qui ne peut pas être remise en cause par une disposition conventionnelle. La limite de l'exercice est ici fixée.

En cas d'**opposition du salarié**, l'employeur ne pourrait valablement invoquer ce refus pour justifier un licenciement sui generis. Il faudrait alors envisager la modification du contrat de travail pour motif économique (C. trav. art. L 1222-6). Mais pour ce faire, encore faut-il disposer d'un tel motif ! Ce qui n'est pas forcément le cas...

Le **ministère du travail** a été interrogé sur ce point qui fait polémique. Sa position a été claire : le licenciement sui generis n'est pas l'interprétation du texte qu'il faut retenir. « 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 » (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 »).

### L'accord peut-il imposer une modification du forfait annuel ?

**9** Les articles L 3121-53 à L 3121-66 du Code du travail s'appliquent également si l'accord de performance collective modifie un dispositif de forfait annuel, à l'**exception notable** de l'article L 3121-55 et du 5° du I de l'article L 3121-64 (C. trav. art. L 2254-2, II).

Autrement dit, l'accord de performance collective semble pouvoir modifier le nombre d'heures ou de jours annuels travaillés par un salarié (C. trav. art. L 3121-64, I, 5°) même sans le recueil de son **accord écrit** (C. trav. art. L 3121-55).

L'exclusion de l'article L 3121-55 s'explique. Le texte exigeant le consentement individuel concerne la « **forfaitisation de la durée du travail** », c'est-à-dire la mise en place d'une convention de forfait et non sa modification.

Le volume du forfait est donc modulable par l'accord de performance. Toute opposition exposerait dans cette configuration à un licenciement sui generis.

Toujours selon le ministère du travail, cette solution s'explique par le fait qu'il convient de **traiter également les salariés** sur les conséquences de la mise en œuvre de l'accord collectif. Ainsi, « le projet de loi de ratification précise qu'un accord de performance collective a la même portée pour tous les salariés, qu'ils soient au forfait jours ou au décompte horaire. Concrètement, pour les salariés déjà au forfait jours, l'accord peut modifier les conventions individuelles des salariés concernés, notamment s'agissant du quantum de jours travaillés (tout comme l'accord peut modifier le temps de travail des salariés aux 35 heures) ».

**10** Si la modification du forfait annuel par l'accord de performance collective ne nécessite donc pas la validation du salarié, il convient néanmoins d'être **prudent**. En effet, et plus particulièrement dans le cadre du forfait annuel en jours, l'employeur doit toujours s'assurer que la **charge de travail** reste raisonnable (C. trav. art. L 3121-60), mais également que la **rémunération** perçue n'est pas manifestement sans rapport avec les sujétions imposées au salarié (C. trav. art. L 3121-61). Il faudra donc **rester raisonnable** dans la modification à la hausse du volume du forfait.

Quid de la situation d'un accord imposant le passage pour tous les salariés à 217 jours annuels sans augmentation de la rémunération, là où le forfait initial était fixé à 205 jours ? La modération doit être de mise dans la posture à adopter...

### Quel avenir pour ces accords ?

**11** Ce type d'accord pourrait s'avérer un outil particulièrement efficace pour l'entreprise qui tentera de l'utiliser pour adapter radicalement les clauses des contrats de travail qui iraient à

*« Le droit du travail tend à s'affranchir du principe civiliste selon lequel le contrat fait la loi des parties »*

l'encontre du dispositif porté par le texte. Il faut toutefois rester **pragmatique**. En théorie et sur le papier, les perspectives sont presque magiques. A l'usage, l'exigence de la signature d'un accord risque de limiter les hypothèses d'y recourir, sauf à prévoir des garanties suffisantes pour les salariés ou tout autre argument qui permettrait d'en obtenir la signature. Gageons que la **qualité du dialogue social** sera probablement la clef de cette problématique.

Il convient toutefois de souligner à nouveau que le **tissu TPE/PME** (effectif inférieur ou égal à 20 salariés), au sein duquel l'accord collectif peut désormais être conclu directement entre la direction et les salariés (voir n° 5), trouvera une issue souvent plus favorable à la mise en œuvre de ce dispositif.

Il est évident qu'il sera plus simple de **convaincre directement les salariés** du bien-fondé d'une mesure de fonctionnement pour l'entreprise que les représentants du personnel, encore plus lorsqu'il s'agit du délégué syndical, partenaire de droit commun à la négociation. Ce dernier ne voudra pas, dans la majorité des cas, prendre la responsabilité de signer un accord qui pourrait contraindre les salariés jusque dans le licenciement sui generis, lequel n'apporte pas – rappelons-le – **les mêmes garanties** qu'un licenciement pour motif économique.

Les questions sur l'accord de performance collective sont légion. Des précisions de l'administration, par le biais d'une **circulaire**, seraient les bienvenues pour pouvoir utiliser ce dispositif novateur dans une sécurité juridique optimale.