

## L'ACCORD DE PERFORMANCE COLLECTIVE (APC)

Depuis une quinzaine d'années, plusieurs **accords collectifs spécifiques** ont été créés :

- Accord de réduction du temps de travail (ARTT),
- Accord portant aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine,
- Accord de mobilité interne (AMI),
- Accord de maintien de l'emploi (AME),
- Accord de préservation et de développement de l'emploi (APDE).

Ces accords obéissaient à des régimes juridiques différents. L'objectif du gouvernement était d'« **harmoniser et simplifier** » ces différents accords collectifs. Ces accords ont alors été supprimés au profit d'un nouveau type d'accord : l'Accord de Performance Collective (APC) encadré par un régime unique.

Les accords précités ne peuvent donc plus être conclus depuis la publication de l'ordonnance, soit le 24 septembre 2017. Toutefois les accords conclus avant cette date continuent de produire effet.

Le rapport au président de la République concernant l'ordonnance relative au renforcement de la négociation collective précise que « *l'APC a pour objet de permettre aux entreprises d'**anticiper** et de **s'adapter rapidement aux évolutions à la hausse ou à la baisse du marché** par des accords majoritaires simplifiés sur le temps de travail, la rémunération et la mobilité, grâce à la fusion des accords de RTT, maintien dans l'emploi, mobilité interne, APDE* ».

Ce dispositif devrait constituer une opportunité pour les entreprises qui souhaitent mettre en œuvre des projets de réorganisation à froid, c'est à dire sans avoir à mettre des licenciements collectifs contraints d'autant que le cadre juridique est attractif...

## I. Un cadre juridique attractif

### Un objet largement défini

L'APC a pour finalité de répondre « **aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi** ».

Les **justifications de recours à cet accord sont très larges** : ce qui pourrait leur assurer un succès plus grand que les dispositifs précédents.

Quelle que soit sa finalité, les objectifs de l'accord devront figurer dans le **préambule** de l'accord.

- ✓ **Répondre aux nécessités de fonctionnement de l'entreprise**: ce motif de recours permet de couvrir des situations très variées. Toute décision en matière de gestion, d'organisation est en principe utile au fonctionnement de l'entreprise. Quelle interprétation retenir ? Question en suspens.
- ✓ **Préserver ou développer l'emploi** : Ces deux conditions sont la reprise des textes antérieurs relatifs aux APDE. Ce critère vise le maintien de l'emploi et suppose selon le cas, de se fixer pour objectif de limiter le risque de réduction des effectifs ou, de s'engager à augmenter les emplois.

La finalité de l'accord repose donc sur les objectifs que se sont fixés les parties signataires en termes d'emploi, toutefois le législateur n'a pas exigé de fixer des objectifs chiffrés.

**Attention** : Contrairement à ce que prévoyaient les anciens accords de maintien dans l'emploi AME (qui ne pouvaient être conclus que dans un contexte de grave difficultés économiques conjoncturelles), la conclusion de ces nouveaux accords (à l'instar des APDE) n'est pas subordonnée à l'établissement de difficultés économiques.

### Plusieurs thèmes de négociation possible

Pour répondre aux objectifs précités, l'accord peut :

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

Cet accord peut porter sur ces trois points à la fois ou sur un seul.

**Aménager la durée du travail**, ses modalités d'organisation et de répartition :

Lorsque l'APC aménage le temps de travail sur une période supérieure à la semaine, il doit respecter strictement les dispositions prévues pour ce mode d'organisation du travail. Sont notamment visées les règles relatives :

- au décompte des heures supplémentaires à l'issue de la période de référence (C. trav., art. L. 3121-41) ;

- à la période de référence d'une durée maximale de 3 ans (C. trav., art. L. 3121-41) ;
- aux règles de qualification des heures supplémentaires en fonction de la durée de la période de référence (C. trav., art. L. 3121-41) ;

Ces règles s'appliquent lorsque l'accord met en place un tel dispositif ou lorsqu'il modifie un dispositif existant.

Concernant la situation des **forfaits en heures sur l'année ou en jours**, il faut distinguer selon qu'il s'agit de mettre en place un tel dispositif ou de modifier un dispositif existant.

- lorsqu'il s'agit de mettre en place ce dispositif, l'accord express du salarié est requis et le refus ne peut pas entraîner le licenciement aux conditions de l'article L. 2254-2 ;
- lorsqu'il s'agit d'une modification d'un dispositif existant, l'accord tacite suffit et le salarié qui refuse s'expose au licenciement dans les conditions prévues à l'article L. 2254-2.

**Aménager la rémunération** dans le respect des salaires minima hiérarchiques:

L'accord peut modifier la rémunération contractuelle des salariés, non seulement en ce qui concerne « *le salaire de base mais également tous les autres avantages et accessoires payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature par l'employeur* ».

L'accord doit respecter les salaires minima hiérarchiques.

Attention, cet accord ouvre la possibilité de **diminuer la rémunération des salariés** (ce que ne permettaient pas les APDE).

Exemple: un APC peut prévoir la réduction de la rémunération de l'ensemble des salariés de 10% par exemple ou encore de supprimer une prime de 13<sup>ème</sup> mois.

**Déterminer les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique** interne à l'entreprise au-delà des limites fixées par leur contrat de travail.

Cet accord peut donc toucher à la « qualification professionnelle », ce que ne permettaient pas les anciens accords spécifiques.

### Possibilité de modifier directement le contrat de travail

Le choix pour l'entreprise de s'inscrire dans le cadre de l'APC est guidé par la possibilité **d'imposer aux salariés** sa décision en matière de durée du travail et/ou de rémunération et/ou de mobilité interne dès lors que les garanties exigées par le code du travail sont réunies.

Cet accord a pour particularité que ses stipulations « **se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail** ».

Les salariés conservent la possibilité de refuser l'application de l'accord mais ils s'exposent à un licenciement.

## Niveau de négociation

Le Code du travail ne définit pas expressément le niveau de négociation de ce type d'accord. Il peut donc être conclu au niveau de l'entreprise, d'un établissement ou du groupe.

## Un accord de droit commun dans ses conditions de conclusion

L'accord doit être signé par des syndicats représentant 50% des salariés, ou à défaut, par des syndicats représentant 30 % des salariés et approuvé par référendum à la majorité des suffrages exprimés.

**Attention**, lorsque l'entreprise est pourvue de délégué syndical, la négociation de l'APC n'est possible qu'avec ce dernier. En l'absence de délégué syndical dans l'entreprise, l'accord peut être conclu selon les modes de négociation dérogatoire avec les élus du personnel mandatés ou non, ou avec des salariés mandatés par des OSR au niveau de la branche ou au niveau national interprofessionnel.

## II. Un accord au contenu peu encadré

Le **contenu** de l'APC est totalement libre et **laissé à la main des partenaires sociaux et de l'employeur**. La seule obligation est de prévoir un **préambule** définissant les objectifs poursuivis. Dans la mesure où il s'agit de la seule clause obligatoire : il convient donc d'y attacher une attention particulière. Mais son absence n'entraîne pas la nullité de l'accord (contrairement à ce qui était prévu pour les APDE).

Il s'agit pour les négociateurs :

- d'identifier les **raisons** qui conduisent à envisager la modification des contrats de travail des salariés ;
- de préciser **l'objectif de l'accord** et d'établir le lien, les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, la préservation ou le développement de l'emploi.

## Clauses facultatives

L'accord peut préciser (contrairement aux dispositifs antérieurs qui fixaient un contenu obligatoire) :

- 1) Les **modalités d'information des salariés sur son application et son suivi** pendant toute sa durée, ainsi que, l'examen de la situation des salariés au terme de l'accord. Si le législateur impose à l'employeur d'informer les salariés par tous moyens conférant date certaine et précise, il n'impose pas à l'employeur d'adresser aux salariés un courrier.

**Attention**, la clause relative à l'information des salariés est d'autant plus importante que c'est cette information qui fait courir le délai d'un mois imparti au salarié pour refuser l'application de l'accord.

**Préconisations CFDT** : il est recommandé de procéder à une information individuelle des salariés au moyen d'un courrier recommandé, d'un message électronique ou d'une remise en main propre contre décharge.

Cette information devra au moins faire apparaître les éléments suivants :

- le motif du recours à l'accord de performance;
- les mesures essentielles de l'accord ;
- le lieu ou lien intranet où le salarié peut consulter le texte dans son intégralité;
- les conséquences de l'accord sur le contrat de travail ;
- les possibilités de refuser l'application de l'accord ainsi que les conséquences de ce refus.

2) Les conditions dans lesquelles les dirigeants salariés exercent dans le périmètre de l'accord et les mandataires sociaux et les actionnaires, fournissent des **efforts proportionnés** à ceux demandés aux salariés pendant la durée de l'accord.

3) Les modalités selon lesquelles sont **conciliées la vie professionnelle et la vie personnelle et familiale** des salariés. L'examen de la situation personnelle et professionnelle des salariés représente une garantie importante pour les salariés : cette clause doit être au centre de la négociation.

*A titre d'exemple, si l'accord comporte un dispositif de mobilité géographique, cette clause pourrait envisager un accompagnement par des actions de formation professionnelle lorsque l'accord concerne la mobilité professionnelle, un recours au télétravail si le lieu de travail est concerné, des mesures lorsque cette mobilité entraîne, pour le salarié, un changement de résidence (aide à la recherche de logement ou d'un travail pour le conjoint, attribution de jours de congés pour le déménagement, aide financière au déménagement, etc.).*

4) Les **modalités d'accompagnement des salariés** refusant l'accord ainsi que l'abondement du CPF au-delà de 3000 euros. Il peut s'agir d'actions de formation, de mesures d'aide à la recherche d'emploi, majoration de l'indemnité de licenciement.

Il y a une large liberté dans la rédaction de l'accord : nombre de clauses obligatoires figurant dans les dispositifs précédents deviennent facultatifs. La négociation des contreparties constitue un enjeu important de la négociation pour parvenir à un accord.

### Clauses nécessaires à l'application de l'accord

Bien qu'elles ne soient pas expressément prévues par l'article L. 2254-2 c.trav., l'accord doit définir :

- son champ d'application en terme géographique, en terme de qualification et éventuellement en temps de travail ou de forme de contrat.
- ses modalités de suivi,
- de renouvellement ou de révisions,
- et de dénonciation.

## Durée de l'accord

Le législateur reste muet sur la durée de l'accord. Il ne prévoit ni de durée minimale ni de durée maximale. En l'absence de précisions, ce sont les règles de droit commun prévues par l'article L. 2222-4 C.trav. qui s'appliquent :

- l'accord peut être conclu pour une durée déterminée ou indéterminée ;
- en l'absence de dispositions conventionnelles sur sa durée, celle-ci est fixée à 5 ans.

Les parties peuvent donc convenir d'une durée inférieure ou supérieure à celle de 5 ans.

## Consultation du CSE ?

Depuis la loi Rebsamen, les projets d'accords collectifs, leur révision ou leur dénonciation ne sont plus soumis à la consultation du CSE. **Aucune disposition spécifique relative aux APC n'exige de procéder à une consultation du CSE.** Il pourrait être soutenu, à priori que les APC ne devraient pas donner lieu à une consultation du CSE.

Cette solution doit sans doute être nuancée lorsque le projet implique une véritable **réorganisation de l'entreprise.**

Dans l'hypothèse où le projet supposerait une réorganisation de l'entreprise susceptible d'avoir des implications sociales importantes, la consultation du comité s'imposerait non sur le contenu de l'accord lui-même mais sur le projet de réorganisation de l'entreprise.

## Intervention de l'expert

Le CSE peut désigner un expert-comptable afin qu'il apporte toute analyse utile aux organisations syndicales pour préparer la négociation de l'APC.

Le législateur ne semble réserver cette faculté de désignation qu'au seul cas de négociation avec les délégués syndicaux.

### ***Un expert peut-il être mandaté dans le cadre de la négociation dérogatoire?***

Si **les frais liés à l'expertise** pour la préparation de la négociation d'un APDE étaient intégralement pris en charge par l'entreprise, la question de la répartition des frais d'expertise est moins claire dans le cadre des accords de performance collective. Seules les expertises décidées dans le cadre des consultations récurrentes, des projets de licenciements collectifs pour motif économique, de la préparation de la négociation sur l'égalité professionnelle dans les entreprises d'au moins 300 salariés ou en cas de risque grave sont prises en charge intégralement par l'employeur.

Les consultations ponctuelles ainsi que la consultation sur les **orientations stratégiques** sont prises en charge à hauteur de de 80 % par l'employeur et 20 % par le comité.

Toutes les autres expertises sont à la charge par le comité.

S'agissant de l'expert désigné pour la négociation des APC, il semble que les frais d'expertise devraient être répartis sur **la base 20/80 entre l'employeur et le CSE.**

### III. Application de l'APC aux contrats de travail des salariés :

#### Substitution de l'accord aux clauses contraires du contrat de travail

Cet accord permet de déroger à la règle de l'article L. 2254-1 C.trav. selon laquelle l'accord collectif s'applique au contrat de travail sauf stipulation plus favorable.

Les stipulations d'un tel accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles des contrats de travail des salariés concernés.

#### Information des salariés

L'employeur est tenu **d'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 législateur n'impose pas de formalisme particulier pour l'information des salariés et ne fait pas obligation à l'employeur de les informer individuellement de cette modification.

Cependant pour avoir une preuve de la date de cette information, il est recommandé de procéder à une information individuelle des salariés au moyen d'un courrier recommandé, d'un message électronique ou d'une remise en main propre contre décharge. C'est la date de cette information qui fait courir le délai.

#### Refus du salarié

Le salarié peut refuser la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord. Ce refus doit être écrit.

- Le salarié dispose d'un **délai d'1 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 ;
- Dans ce cas, l'employeur peut procéder à son licenciement dans un **délai de 2 mois** maximum à compter du refus du salarié.
- Ce licenciement est réputé reposer sur un **motif spécifique** (sui generis) **constituant une cause réelle et sérieuse**. Ce licenciement ne repose **ni sur un motif personnel ni sur un motif économique**. Il a son **propre motif** qui **est le refus que l'accord collectif modifie son contrat de travail**.

Attention, ce motif constitue en lui-même une **cause réelle et sérieuse de licenciement**. Concrètement, cela signifie que le salarié ne pourra pas contester le motif de son licenciement.

La procédure applicable est celle du licenciement pour motif personnel et ceci quel que soit le nombre de salariés ayant refusé la modification...

- **Abondement du CPF :** L'employeur doit abonder le CPF du salarié licencié à hauteur de 3000 euros minimum. L'APC peut prévoir un abondement plus important.
- **Situation des salariés embauchés pendant l'application de l'accord :** Si l'entreprise procède à des recrutements pendant l'application de l'accord, on peut se demander si ce dernier s'applique nécessairement à ces salariés ou s'il peut réserver son application aux seuls salariés présents dans l'entreprise à la date de son entrée en vigueur?

#### IV. Prudence

Avec un cadre juridique allégé et simplifié et des effets renforcés, cet accord devrait sans doute connaître l'essor que n'ont pas connu ses prédécesseurs.

Ce type d'accord risque d'être négocié sans être explicite sur le **régime applicable**. Il pourrait par exemple être soutenu que le seul fait qu'un accord traite de la durée du travail suffise à le ranger dans les Accords de Performance Collective et à lui faire appliquer ce régime juridique peu favorable aux salariés.

Il faudra alors être extrêmement vigilant dans la rédaction de l'accord.

**Préconisation CFDT : Exclure explicitement l'accord collectif du champ de l'article L. 2254-2 C.trav.**

Une incertitude demeure en ce qui concerne l'étendue du contrôle qui pourra être opérée par le juge tant sur le contenu que sur l'application des APC.

Plusieurs arguments plaident pour un contrôle réduit du juge sur les motifs de conclusion de ces accords en raison :

- Mouvement jurisprudentiel initiée par la Cour de cassation qui tend à réduire son contrôle du contenu des accords du fait de la légitimité renforcée reconnue aux signataires depuis l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2018.
- Les **actions en nullité des accords** sont enfermées dans un délai très court : 2 mois à compter de la notification ou la publication de l'accord.
- Un salarié pourrait-il invoquer l'absence de CRS de son licenciement au motif par exemple que l'accord n'aurait pas été conclu pour de réelles nécessités de fonctionnement ou qu'il n'aurait pas respecté ses objectifs en matière de préservation ou de développement de l'emploi et qu'il constitue une fraude de l'employeur aux règles sur le licenciement économique ?