

APC, APLD, PSE ou RCC : pistes d'orientation basées sur un retour d'expérience

Pour faire face à la crise sanitaire, les entreprises disposent d'une palette de dispositifs : accord de performance collective, activité partielle de longue durée, plan de sauvegarde de l'emploi et rupture conventionnelle collective. Avocat associé du cabinet BG2V, Guillaume de Saint Sernin assiste des entreprises dans le choix, la négociation et l'application de ces mécanismes. Il répond ici aux principales interrogations soulevées par les employeurs.



Guillaume DE SAINT SERIN,
Avocat associé, Cabinet BG2V

Quels sont les outils mis à la disposition des entreprises pour adapter leur main-d'œuvre au contexte actuel ?

1 Pour faire face aux difficultés économiques ou au besoin de sauvegarder leur compétitivité, les entreprises semblent privilégier les **plans de sauvegarde de l'emploi** (PSE). Ce dispositif permet d'imposer le départ des salariés avec la contrainte forte de justifier d'un motif économique valable, de respecter l'obligation de reclassement, de déterminer les salariés dont les licenciements seront envisagés et de négocier et mettre en place des dispositifs (souvent coûteux) pour limiter les licenciements ou accompagner les salariés dont les licenciements n'auraient pas pu être évités. Pour autant d'autres mécanismes peuvent être envisagés. Les **ruptures conventionnelles collectives** (RCC) se développent depuis les ordonnances de 2017. Il s'agit d'un dispositif qui est basé sur le volontariat. Seuls les salariés volontaires portant un projet professionnel et dont la candidature a été acceptée par une commission de validation partiront. Si le nombre de départs n'est pas suffisant pour atteindre le nombre de suppressions de postes envisagé, il n'est pas possible de recourir à des départs contraints pour pallier ce nombre. Ces mécanismes de PSE et RCC portent en eux le point commun de mettre en œuvre des ruptures de contrats de travail. Lorsque les entreprises sont confrontées à des difficultés conjoncturelles (et moins structurelles), ces dispositifs ne sont certainement pas les plus adaptés puisqu'elles devront peut-être réembaucher des salariés après ces difficultés passagères et elles auront pu perdre des salariés avec des compétences spécifiques.

2 De ce fait, d'autres mesures doivent être envisagées. À ce titre, le législateur a mis en place, par la loi 2020-734 du 17 juin 2020, l'**activité partielle de longue durée** (APLD) qui offre une certaine souplesse aux employeurs. L'entreprise peut alors réduire la durée du travail et percevoir une allocation de la part de l'État. En contrepartie, l'entreprise doit prendre des engagements en termes de maintien de l'emploi ou de formation professionnelle. Il s'agit d'un point de vigilance de la Direccte dans la phase d'homologation ou de validation du dispositif.

Enfin, un autre dispositif est l'**accord de performance collective** (APC). Ce dispositif mis en place par les ordonnances Macron, mais très peu utilisé jusqu'ici, est controversé en raison, principalement, de la grande liberté conventionnelle dont disposent les partenaires sociaux, lesquels peuvent prévoir d'apporter des modifications aux éléments essentiels du contrat de travail, comme la rémunération, la durée du travail ou la mobilité géographique ou professionnelle.

Comment analyser au préalable la situation d'une entreprise ?

3 À notre sens, l'une des priorités est d'apprécier l'étendue des **difficultés économiques** et de distinguer les réductions d'activité temporaires de celles qui seront durables. Il s'agit de déterminer si les difficultés sont **conjoncturelles ou structurelles**. Au-delà de l'analyse des difficultés, il faut également examiner les dispositifs d'aménagement du **temps de travail**. Les accords collectifs d'entreprise portant sur ce thème sont parfois anciens et obsolètes et une optimisation peut clairement être envisagée sur ce sujet. Enfin, le même travail peut être réalisé pour les **systèmes de rémunération**. En définitive, il faut avoir une vision claire et précise des besoins de l'entreprise. Cette phase d'audit préalable est fondamentale pour déterminer quel dispositif est le plus adapté.

Comment choisir le dispositif le plus adapté ?

4 Les dispositifs répondent à des logiques différentes en fonction de contextes spécifiques.

Si l'entreprise est confrontée à des difficultés économiques (existantes ou à venir) structurelles et que des **suppressions de postes** doivent être envisagées, un PSE ou une RCC sont les dispositifs les plus adaptés.

L'un des principaux critères de choix entre un PSE et une RCC est l'existence de **difficultés économiques réelles et sérieuses présentes** qui nécessitent de se réorganiser immédiatement et de prévoir un nombre déterminé et nécessaire de suppressions de postes.

Si tel est le cas, le PSE est probablement la voie à retenir. Dans ce cadre, le PSE sera soit négocié avec les organisations syndicales, soit établi unilatéralement par l'employeur. Le choix de l'une ou l'autre de ces modalités n'est pas neutre dans la mesure où la procédure de consultation des instances représentatives du personnel ainsi que le contrôle de la Direccte seront différents.

5 Si, en revanche, il s'agit d'**anticiper** des difficultés économiques et de mettre en œuvre un nombre maximum de suppressions de postes, la **RCC** peut alors être envisagée.

Dans ce contexte, l'employeur doit **négocier** avec les organisations syndicales sur un certain nombre de points comme, par **exemple**, les modalités et conditions d'information du comité social et économique (CSE), le nombre maximum de départs envisagés et les suppressions d'emplois associées ainsi que la durée pendant laquelle les ruptures de contrat peuvent être engagées, les conditions d'éligibilité, les modalités de présentation et d'examen des candidatures, les modalités de conclusion d'une convention individuelle et les conditions d'exercice du droit de rétractation, les modalités de calcul des indemnités de rupture, les critères de départage, les mesures visant à faciliter le reclassement externe et les modalités de suivi. Il convient de noter que, dans le cadre d'une RCC, l'employeur n'a pas à proposer de congé de reclassement lorsque ces dispositions sont applicables. Des mesures suffisamment incitatives doivent être proposées pour que les **salariés** se portent **volontaires**, engendrant un coût certain pour l'employeur. À défaut de volontaires, l'employeur est dans l'impasse puisqu'un accord de rupture conventionnelle collective exclut par principe « tout licenciement pour atteindre les objectifs qui lui sont assignés en termes de suppression d'emplois » (C. trav. art. L 1237-19).

6 Si l'entreprise est confrontée à des **difficultés conjoncturelles**, l'**APLD** est un dispositif probablement plus approprié dans la mesure où il n'entraîne pas de ruptures de contrats de travail. L'article 53 de la loi 2020-734 du 17 juin 2020 mentionne, à cet égard, que l'activité partielle de longue durée peut être mise en place dès lors que l'entreprise est confrontée à « une réduction d'activité durable qui n'est pas de nature à compromettre [sa] pérennité ». Dans ce cadre, l'employeur négocie une réduction de l'horaire de travail qui peut être de 40 % au maximum par rapport à la durée légale du travail (ou 50 % en cas de circonstances exceptionnelles) et peut être mise en œuvre, par périodes de 6 mois renouvelables dans certaines conditions, pendant 24 mois, consécutifs ou non, sur une période de 36 mois.

“ Si l'entreprise est confrontée à des difficultés conjoncturelles, l'APLD est probablement le dispositif le plus approprié dans la mesure où il n'entraîne pas de rupture du contrat de travail

Cet outil permet de **diminuer l'horaire de travail** des salariés tout en recevant pour les heures non travaillées une allocation. En l'état, cette allocation s'élève à 60 % (sauf pour les secteurs protégés, les entreprises fermées administrativement ou subissant des restrictions sanitaires territoriales et les établissements situés dans une zone de chalandise d'une station de ski) de la rémunération horaire brute du salarié dans la limite de 4,5 fois le taux horaire du Smic pour toutes heures chômées, sachant que l'employeur doit verser au salarié 70 % de sa rémunération (Décret 2020-926 du 28-7-2020). En contre-

partie, l'employeur doit prendre des **engagements en matière de formation ou de maintien de l'emploi**.

L'APLD permet donc de limiter temporairement la main-d'œuvre sans mettre en œuvre de ruptures de contrats de travail. Cela permet de faire face à une situation conjoncturelle. Sans ce nouveau dispositif, l'employeur pourrait être contraint de prononcer des licenciements

pour motif économique, puis d'embaucher de nouveaux salariés une fois la crise passée.

7 Au 30 janvier 2021, le ministère du travail aurait étendu une vingtaine d'accords sur le sujet, entérinant ainsi des engagements forts. L'accord de la branche Syntec prévoit par **exemple** une indemnisation complémentaire pour les salariés, dès lors que leur temps de travail a été réduit et une interdiction d'augmenter les salaires fixes des dirigeants salariés pendant la période de recours à ce dispositif.

8 Enfin, si l'entreprise constate, après la phase d'étude préalable, que les mécanismes d'**aménagement du temps de travail ou de rémunération** doivent évoluer, un **APC** peut être envisagé. Ce dispositif, dont la mise en œuvre peut avoir une incidence directe sur les contrats de travail, n'est soumis à aucun contrôle de la Direccte, contrairement aux autres abordés dans le cadre de cette étude. Les salariés concernés bénéficient d'une période de réflexion d'un mois au terme duquel ils peuvent accepter ou refuser l'application de l'accord. S'ils refusent la modification de leur contrat de travail, l'employeur a la possibilité d'engager une procédure de licenciement dit « sui generis » justifiée uniquement par le refus d'application dudit accord (C. trav. art. L 2254-2).

9 Il convient de noter que certains dispositifs peuvent se **cumuler** et s'appliquer concomitamment. Il est par exemple possible de prévoir un accord d'APLD, une RCC et un APC. Il est impératif de s'assurer néanmoins que l'un d'eux ne vienne pas en violation d'obligations prises au titre d'un autre et de délimiter strictement le champ d'application de chacune de ces mesures afin de garder une cohérence dans le montage.

En revanche, **RCC et PSE ne peuvent pas se cumuler**. Une solution alternative pourrait être de prévoir un PSE comprenant deux phases distinctes et successives : une phase de départs volontaires au cours de laquelle seuls les volontaires porteurs d'un projet quitteraient la société et une seconde phase, qui ne serait mise en œuvre que si le nombre de départs intervenus lors de la phase 1 n'est pas suffisant pour atteindre le nombre de suppressions de postes envisagé, qui consisterait en des licenciements pour motif économique (départs contraints).

Faut-il prévoir une consultation du CSE ?

10 Concernant l'**APLD**, l'article 53 de la loi du 17 juin 2020 prévoit expressément que le CSE doit être consulté lorsque l'APLD est mise en place par le biais d'un document unilatéral pris à la suite d'un accord de branche étendu. Selon nous, le CSE doit également être consulté lorsque l'APLD est mise en place par un accord d'entreprise sur le fondement de l'article L 2312-8 du Code du travail.

11 Dans le cadre d'un **PSE**, la question est tranchée par l'article L 1233-28 du Code du travail qui précise que le CSE doit être consulté. Il convient toutefois de souligner que, lorsque le PSE est négocié dans le cadre d'un accord majoritaire, les sujets couverts échappent à la consultation du CSE.

12 Concernant l'accord de **RCC**, l'article L 1237-19-1, 1^o du Code du travail précise que ledit accord détermine, pour les entreprises de plus de 11 salariés « les modalités et conditions d'information du CSE, s'il existe ». Le ministère du travail considère que la loi n'impose donc pas une consultation avec remise obligatoire d'un avis (Questions-réponses du ministère du travail). En revanche, le CSE est consulté de manière régulière et détaillée sur le suivi de la mise en œuvre effective de l'accord (C. trav. art. L 1237-19-7). Nous recommandons cependant de consulter le CSE sur le fondement de l'article L 2312-8 du Code du travail.

13 Pour sa part, la mise en place d'un **APC** nécessite la consultation du CSE dès lors qu'il implique une réorganisation de l'entreprise. Le CSE a la possibilité de mandater un expert-comptable afin qu'il apporte toute analyse utile aux organisations syndicales (C. trav. art. L 2315-92).

Comment l'administration est-elle associée à ces mécanismes ?

14 Dans le cadre d'un **APC**, il n'y a **pas d'homologation ou de validation** par la Direccte. Cela explique d'ailleurs la réticence des organisations syndicales à s'engager dans ces négociations qui portent en germe des ruptures de contrats de travail consécutives au refus des salariés de modifier leurs contrats.

15 Dans le cadre d'un **PSE**, l'**administration** est **étroitement associée** dans la mesure où elle est informée de la volonté de négocier le PSE lorsque la voie de l'accord collectif est envisagée. L'employeur doit ensuite notifier son projet de licenciement en répondant aux exigences légales posées et l'administration est autorisée à transmettre des observations ou des propositions en cours de procédure. Elle dispose également d'un pouvoir spécifique d'injonction à la demande des instances représentatives du personnel. Enfin, le PSE devra être homologué (document unilatéral) ou validé (accord collectif) par la Direccte pour que les licenciements puissent être prononcés. L'un des points importants dans le cadre d'un PSE est d'établir un dialogue très en amont avec la Direccte pour anticiper les sujets et éviter qu'ils remontent durant la phase d'homologation ou de validation.

16 Dans le cadre d'une **RCC**, l'administration est informée de la volonté de l'employeur de négocier. L'accord collectif doit ensuite être validé par la Direccte dont le **contrôle** porte principalement sur la conformité de l'accord aux dispositions du Code du travail, la présence de toutes les clauses obligatoires, le caractère précis et concret des mesures d'accompagnement et de reclassement externe et la régularité de la procédure de consultation du CSE.

17 Enfin, dans le cadre de l'**APLD**, le dispositif devra être validé ou homologué par la Direccte.

Quels sont les principaux risques inhérents à ces mécanismes ?

18 Ces dispositifs sont régulièrement porteurs de **conflits sociaux** ou de tension entre la direction et les organisations syndicales ou plus généralement les instances représentatives du personnel. Au-delà, plusieurs risques juridiques sont inhérents à ces dispositifs.

19 Le premier risque auquel sont confrontés les employeurs dans la chronologie est une **absence d'homologation ou de validation**. Dans le cadre d'une **RCC**, ce risque est principalement lié à une insuffisance du plan par rapport aux exigences légales ou lorsque le principe du volontariat n'est pas respecté (fermeture d'un site, d'une agence par exemple).

20 Dans le cadre d'un **PSE**, ce risque doit être réellement pris en considération spécifiquement lorsque le plan est **mis en œuvre dans le cadre d'un document unilatéral**. Dans cette hypothèse, le **contrôle** de la Direccte est plus **approfondi** et porte notamment sur un sujet sensible donnant lieu à un contentieux important qui est la détermination des catégories professionnelles et des critères d'ordre des licenciements. Pour limiter ces risques, il est primordial d'avoir un échange très en amont avec l'administration.

Ensuite, la procédure de mise en œuvre d'un PSE est relativement longue. Il existe donc un risque de ne pas avoir correctement « calibré » le plan. Il est donc fondamental de bien préparer le projet et de prendre le temps de le faire.

Enfin, le PSE présente un risque majeur en cas de **contestation du caractère économique des licenciements ou des efforts de reclassement**.

21 Dans le cadre de l'**APLD**, en cas de **non-respect des engagements** pris par l'entreprise en matière d'emploi et de formation, la Direccte peut décider de **suspendre le paiement** des sommes versées à l'employeur.

L'entreprise devra également **rembourser les sommes** qui lui ont été **versées** en cas de licenciement économique d'un collaborateur en situation d'APLD ou occupant un emploi que l'entreprise s'était engagée à conserver. Cette sanction nous paraît néanmoins limitée dans la mesure où le remboursement de tout ou partie des sommes dues par l'employeur peut ne pas être exigé par la Direccte s'il est incompatible avec la situation économique et financière de l'établissement, de l'entreprise ou du groupe (Décret 2020-926 du 28-7-2020 art. 2). Un décret du 29 septembre 2020 a même ajouté que l'employeur n'est pas redevable de ce remboursement lorsque ses perspectives d'activité se sont dégradées par rapport à celles qui étaient prévues dans l'accord collectif ou le document unilatéral (Décret 2020-1188 du 29-9-2020 art. 1).

Quels sont les points d'alerte pour cette nouvelle année ?

22 Les décrets 2020-1319 et 2020-1316 du 30 octobre 2020 fixent à la baisse de nouveaux taux pour l'indemnité et l'allocation d'activité partielle de droit commun versées respectivement aux salariés et à l'employeur. Initialement prévue à partir du 1^{er} janvier 2021, l'application de ces nouveaux taux a été reportée au 1^{er} février 2021 par les décrets 2020-1681 du 24 décembre 2020 et 2020-1786 du 30 décembre 2020, puis au 1^{er} mars 2021 par les décrets 2021-88 et 2021-89 du 29 janvier 2021.

Sauf nouveau report (sur ce point, voir inf. 1 p. 3), pour les heures chômées à compter de cette date, l'allocation d'activité partielle de l'employeur sera, dans le cas général, ramenée à 36 % de la rémunération horaire de référence limitée à 4,5 fois le Smic (contre 60 % auparavant). Le reste à charge pour l'employeur s'élèvera de ce fait à 40 % de la rémunération.

Par ce biais, le Gouvernement souhaite que les entreprises se tournent vers l'APLD, où les taux sont plus avantageux, mais qui comporte des engagements en termes d'emploi.

Il sera de ce fait **moins avantageux** de compter sur l'**activité partielle de droit commun** comme solution aux difficultés financières, combinée ou non à un autre dispositif. Ce sera donc forcément un paramètre à prendre en compte pour les employeurs dans leur choix de mécanisme.