

De l'accord de maintien de l'emploi à l'accord de préservation ou de développement de l'emploi

La loi n°2013-505 du 14 juin 2013 avait permis aux entreprises de conclure des accords collectifs de travail dit de « *maintien de l'emploi* » (articles L. 5125-1 à L. 5125-7 du Code du travail) dont le succès s'est avéré très limité, malgré l'intérêt du mécanisme qui permettait aux entreprises rencontrant de graves difficultés économiques conjoncturelles d'aménager temporairement la durée du travail ainsi que de modifier les modalités de rémunération des salariés.

Après un ajustement de ce mécanisme par la loi 2015-990 du 6 août 2015 qui n'a pas plus permis à ces accords d'obtenir le succès escompté, le législateur s'est finalement décidé à mettre en œuvre, un nouveau mécanisme sous la forme d'un nouvel outil juridique, à savoir « *l'accord de préservation ou de développement de l'emploi* » issu de loi 2016-1088 du 8 août 2016.

Ce nouvel accord (qui coexiste avec l'accord de maintien de l'emploi qui n'a pas pour autant été supprimé) assouplit sur un certain nombre de points les mécanismes contraignants des accords de maintien de l'emploi.

Il n'est ainsi plus nécessaire de démontrer l'existence de « *graves difficultés économiques conjoncturelles* », de prendre expressément l'engagement, sous peine de sanction financière, de maintenir les emplois des salariés auxquels l'accord est applicable ou encore d'obliger les dirigeants, mandataires sociaux et actionnaires de fournir des efforts « *proportionnés* » à ceux demandés aux salariés, tous éléments qui pouvaient être de nature à paralyser le processus.

Ceci devrait permettre de faciliter la conclusion de ces accords dont l'intérêt reste évident pour les entreprises, notamment comme outil d'adaptation de l'organisation collective du travail (notamment en matière d'aménagement de la durée du travail ou de modification des éléments de rémunération), afin de faire face aux variations d'activité.

- **Le vecteur juridique : un accord d'entreprise**

- La conclusion de l'accord est soumise **aux conditions de droit commun** :

- L'accord doit être signé par un ou plusieurs délégués syndicaux ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés.
- L'accord peut également être signé par un ou plusieurs délégués syndicaux ayant recueilli au moins 30 % des suffrages exprimés, sous réserve d'une validation de l'accord par référendum.

- A défaut de délégué syndical, l'accord peut également être conclu par des salariés élus ou non expressément mandatés, sous réserve également d'une validation de l'accord par référendum.
 - L'accord a un **caractère temporaire** ; aucune durée maximum n'est prévue par les textes, sachant qu'en l'absence de précision, dans l'accord de la durée, celle-ci est fixée à 5 ans.

Bien qu'il serait donc théoriquement possible de prévoir une durée supérieure à cinq ans, il paraît difficilement envisageable de prévoir des durées trop importantes alors qu'il s'agit d'aménagements temporaires.

- Cet accord d'entreprise peut s'appliquer **sélectivement**.

L'accord peut concerner une partie seulement des salariés de l'entreprise, par exemple un site ou un établissement.

L'accord peut également ne viser qu'une catégorie de salariés (par exemple exclure les salariés embauchés en contrat à durée déterminée ou les salariés à temps partiel).

- **Le contenu de l'accord : aménagements et engagements**

- Les aménagements dans le respect de certaines garanties.

L'accord peut prévoir des aménagements sur la durée du travail, les modalités d'organisation et de répartition du temps de travail ainsi que la rémunération des salariés.

A notre sens, les aménagements peuvent principalement prendre la forme :

- D'un aménagement du temps de travail (sous forme par exemple d'annualisation du temps de travail),
- D'une augmentation de la durée du travail sans augmentation de salaire ou sans augmentation proportionnelle du salaire.
- D'une modification ou suppression de certains éléments de rémunération (sous les réserves ci-dessous), d'avantages existants (avantage en nature, usages) ou encore le gel des salaires.

Les possibilités d'aménagement en matière de rémunération sont toutefois limitées dès lors qu'il n'est pas possible de diminuer la rémunération mensuelle du salarié.

Il s'agit en l'espèce d'une importante différence avec l'accord de maintien de l'emploi qui autorisait une telle diminution sous réserve toutefois que la rémunération nouvellement fixée ne soit pas inférieure à hauteur de 1,2 SMIC.

Le décret 2016-1909 du 28 décembre 2016 est venu apporter un certain nombre de précisions concernant la question des modifications possibles de la rémunération en précisant que :

- Les éléments de rémunération susceptibles d'être modifiés ou supprimés, sont ceux touchant aux modalités d'attribution, de calcul ou de versement.
- La définition de la rémunération mensuelle garantie correspond à la moyenne de la rémunération versée au cours des trois derniers mois précédant l'accord.

L'accord doit également prévoir les modalités selon lesquelles est prise en compte la situation des salariés invoquant une atteinte disproportionnée à leur vie personnelle et familiale, clause qui, bien qu'obligatoire, relève plus de la clause de style.

➤ La nature des engagements de l'employeur

Au contraire de l'accord de maintien de l'emploi, l'employeur n'a plus à prendre l'engagement formel de maintenir, pendant la durée de validité de l'accord, les emplois des salariés auxquels l'accord est applicable, bien que l'accord doive néanmoins contenir un **préambule** devant indiquer les objectifs en matière de préservation ou développement de l'emploi.

Ce préambule devra donc contenir outre des informations sur les difficultés économiques existantes (qui pourront être d'ordre non seulement conjoncturel, comme pour l'accord de maintien de l'emploi, mais également structurel) justifiant le recours à cet accord, des éléments d'informations sur le nombre d'emploi préservés ou créés, aucune sanction n'étant toutefois prévue en cas de non-respect de ces objectifs, ce qui en fait plus une obligation de moyen que de résultat.

Cela signifie donc qu'il serait possible de recourir, pendant l'application de l'accord, à tous types de licenciement, y compris pour motif économique, ce qui n'était pas le cas pour les accords de maintien de l'emploi qui prévoyait même une clause pénale en cas de non-respect de ces obligations.

De même, la clause selon laquelle il doit être prévu que les dirigeants, mandataires sociaux et actionnaires fournissent des efforts « proportionnés » à ceux demandés aux salariés devient facultative.

- **L'application de l'accord est conditionnée par l'acceptation individuelle des salariés.**

L'accord ne peut s'appliquer à chaque salarié que si ce dernier l'a accepté individuellement.

➤ **Les conséquences de l'acceptation ou du refus par le salarié.**

En cas d'acceptation, les stipulations de l'accord se substitueront de plein droit aux clauses contraires du contrat de travail, lesquelles reprendront leurs effets à l'issue de la période d'application, sans qu'il soit donc nécessaire de conclure un avenant au contrat de travail.

Quant aux salariés qui **refuseront** l'application de l'accord, ils pourront être licenciés.

Ce point reste la **difficulté majeure** à gérer dans ce type d'accord :

- En effet, il semble difficilement concevable de ne pas licencier les salariés ayant refusé l'accord puisque, dans ce cas, leurs contrats se poursuivraient aux conditions antérieures, avec un conflit potentiel majeur avec les salariés ayant accepté l'accord.
- A l'inverse, devoir licencier tous les salariés ayant refusé l'accord peut s'avérer tout autant pénalisant dès lors que le nombre de salariés à licencier pourrait s'avérer supérieur aux besoins en effectif de l'entreprise, sans compter que le coût engendré par ces licenciements arrive dans un contexte de difficultés économiques de l'entreprise.

Il semble donc indispensable que cette question des refus éventuels soient gérés en amont (via par exemple une consultation informelle des salariés) afin d'éviter d'avoir à gérer une situation intenable qui serait générée par un nombre important de refus et donc de licenciements corrélatifs.

➤ **La procédure applicable en cas de refus du salarié.**

Alors que dans le cadre de l'accord de maintien de l'emploi, la procédure applicable était celle des licenciements individuels pour motif économique (même si plusieurs salariés refusaient l'application de l'accord), l'option retenue pour l'accord de préservation ou de développement de l'emploi est celle d'un licenciement « sui generis ».

Sur le plan formel, la procédure de licenciement se rapproche de celle du licenciement individuel pour motif économique avec :

- Convocation à un entretien préalable au cours duquel doit être remis au salarié la proposition de parcours d'accompagnement personnalisé – PAP - (soit une sorte de succédané du contrat de reclassement professionnel), celui-ci disposant d'un délai de 7 jours pour adhérer, le silence valant refus.
- Puis, en cas d'acceptation du PAP, rupture du contrat le lendemain de l'acceptation, avec obligation pour l'employeur de verser l'indemnité de préavis (dans la limite de 3 mois) à Pôle Emploi.
- Et en cas de refus, notification du licenciement, qui devrait être logiquement motivé par d'une part les motifs qui ont conduit au recours d'un accord de préservation ou de développement de l'emploi et d'autre part le refus du salarié de s'y soumettre.

Sur le fond, les différences avec le licenciement économique sont conséquentes puisque **l'entreprise se trouve dispensée de toutes les obligations propres au licenciement économique**, telles l'obligation de reclassement, l'ordre des licenciements et bien entendu l'élaboration d'un PSE.

Quant à la possibilité de contester un tel licenciement devant les juridictions par les salariés, il semble exclu, dès lors que l'on part du principe qu'il s'agit d'un motif de licenciement spécifique créé par le législateur.

Les seuls éléments de contestation devraient donc porter sur la régularité formelle de l'accord.

Concernant les salariés embauchés en CDD et entrant dans le champ d'application de l'accord, la rupture du contrat de travail en cas de refus de se voir appliquer l'accord ne semble pas envisageable, la jurisprudence refusant la possibilité de rompre un CDD pour un motif économique. L'applicabilité de ces accords aux salariés en CDD est ainsi à relativiser.

- **Le suivi de l'accord**

Il conviendra enfin de prévoir dans l'accord les modalités de suivi et d'information des salariés, ce qui devra essentiellement prendre la forme de réunion (selon une périodicité à définir) avec, les élus, les délégués syndicaux ou les salariés mandatés suivi.

Nous nous tenons à votre disposition pour répondre à vos interrogations et la mise en œuvre de ces nouvelles dispositions.