

ACTIVITE PARTIELLE

Problématique

Afin de limiter les conséquences de la crise sanitaire liée au Covid-19, qui entraîne une forte baisse d'activité pour les entreprises, le Gouvernement souhaite redimensionner le dispositif d'activité partielle afin d'en faciliter l'accès et réduire les montants laissés à la charge des employeurs.

En attendant la parution du décret sur ce sujet, la présente note vise à présenter le dispositif. Elle est complétée par un questions/réponses élaboré sur la base des principales questions posées par les SSTI.

Pour rappel, l'activité partielle permet aux employeurs rentrant dans le champ d'application de l'activité partielle lorsqu'ils font face à des difficultés économiques les contraignant à réduire temporairement l'activité, de diminuer le temps de travail de leurs salariés.

Ils peuvent ainsi déroger à leur obligation de garantir à leurs salariés une durée de travail égale à la durée légale ou conventionnelle tout en les maintenant dans l'emploi.

Cette dérogation prend juridiquement la forme d'une suspension de contrat de travail pendant les heures chômées. L'activité partielle est donc un outil de prévention des licenciements.

La réduction d'activité peut se traduire par une réduction du temps de travail dans l'établissement selon des modalités différentes (C. trav., art. L. 5122-1).

Si les difficultés économiques sont importantes, l'employeur a la possibilité de pouvoir fermer tout ou partie de l'établissement (un ou plusieurs jours par semaine) quelle que soit la durée de fermeture.

L'activité partielle permet de compenser la perte de revenu subie par les salariés du fait des heures non travaillées (C. trav., art. L. 5122-2).

Article L. 5122-1 du Code du travail

I. - Les salariés sont placés en position d'activité partielle, après autorisation expresse ou implicite de l'autorité administrative, s'ils subissent une perte de rémunération imputable :

-soit à la fermeture temporaire de leur établissement ou partie d'établissement ;

-soit à la réduction de l'horaire de travail pratiqué dans l'établissement ou partie d'établissement en deçà de la durée légale de travail.

En cas de réduction collective de l'horaire de travail, les salariés peuvent être placés en position d'activité partielle individuellement et alternativement.

II. - Les salariés reçoivent une indemnité horaire, versée par leur employeur, correspondant à une part de leur rémunération antérieure dont le pourcentage est fixé

par décret en Conseil d'Etat. L'employeur perçoit une allocation financée conjointement par l'Etat et l'organisme gestionnaire du régime d'assurance chômage. Une convention conclue entre l'Etat et cet organisme détermine les modalités de financement de cette allocation.

Le contrat de travail des salariés placés en activité partielle est suspendu pendant les périodes où ils ne sont pas en activité.

III. - L'autorité administrative peut définir des engagements spécifiquement souscrits par l'employeur en contrepartie de l'allocation qui lui est versée, en tenant compte des stipulations de l'accord collectif d'entreprise relatif à l'activité partielle, lorsqu'un tel accord existe. Un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités selon lesquelles sont souscrits ces engagements.

IV.-Sont prescrites, au profit de l'Etat et de l'organisme gestionnaire de l'assurance chômage, les créances constituées au titre de l'allocation mentionnée au II pour lesquelles l'employeur n'a pas déposé de demande de versement auprès de l'autorité administrative dans un délai d'un an à compter du terme de la période couverte par l'autorisation de recours à l'activité partielle.

Article L. 5122-2 du Code du travail

Les salariés placés en activité partielle peuvent bénéficier, pendant les périodes où ils ne sont pas en activité, de l'ensemble des actions et de la formation mentionnées aux articles L. 6313-1 et L. 6314-1 réalisées notamment dans le cadre du plan de formation.

Dans ce cas, le pourcentage mentionné au II de l'article L. 5122-1 est majoré dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat.

I. LA MISE EN ŒUVRE DE L'ACTIVITE PARTIELLE

➤ Cas de recours à l'activité partielle

L'épidémie liée au coronavirus et les règles de confinement qu'elle entraîne vont obliger bon nombre de SSTI à réduire leur activité. Le recours à l'activité partielle peut leur permettre de répondre à cette situation. En effet, l'activité partielle peut être utilisée en cas de réduction ou de suppression d'activité en raison de toute circonstance de caractère exceptionnel (C.trav., art. R.5122-1).

Toutes les entreprises dont l'activité est réduite en raison de l'épidémie du coronavirus et notamment celles qui font l'objet d'une obligation de fermeture sont éligibles au dispositif d'activité partielle.

Les questionnaires covid-19 en date du 17 mars 2020 établis par le Ministère du Travail précisent que la « *baisse d'activité liée à l'épidémie rend l'entreprise éligible à l'activité partielle* ».

Les SSTI sont donc éligibles au dispositif de l'activité partielle.

➤ Démarches pour effectuer une demande d'activité partielle afin de faire face aux difficultés économiques liées au coronavirus

La saisine de la demande d'activité partielle s'effectue en ligne sur le site internet dédié selon la procédure suivante :

- l'employeur formule, via le site internet dédié (<https://activitepartielle.emploi.gouv.fr>), une demande d'autorisation préalable pour l'ensemble des heures d'activité partielle envisagées à l'unité départementale (UD de la Direccte) de son département ;
- cette demande, qui est en principe préalable, peut dans le cadre des difficultés liées à l'épidémie du coronavirus, être faite a posteriori et avec un retard de 30 jours. C'est une mesure décidée par le gouvernement. Si la demande porte sur une période antérieure à 30 jours au moment de la demande, celle-ci devra être spécifiquement motivée. Le gouvernement applique ainsi à la situation liée à l'épidémie de coronavirus, la dérogation prévue en cas de sinistre ou d'intempérie (C. trav., art. R. 5122-3).
- le délai d'instruction du dossier et l'autorisation administrative du recours à l'activité partielle qui est en principe de 15 jours calendaires, a été **réduit à 48 heures** selon le ministère du travail dans le cadre des mesures prises face à l'épidémie du coronavirus. Mais de nouvelles modalités devraient être apportées par décret à paraître ;
- une fois la demande autorisée, l'employeur sollicite une indemnisation au titre de l'allocation d'activité partielle instruite par l'unité départementale (UD) et mise en paiement par l'agence de services et de paiement (ASP). Cette demande se fait également par voie dématérialisée ;
- le délai pour effectuer la demande d'allocation d'activité partielle est de un an à compter du terme de la période d'autorisation de l'activité partielle.

➤ Consultation du CSE

En principe, dans les entreprises d'au moins 50 salariés, le CSE doit être consulté avant la mise en place de l'activité partielle et son avis doit être communiqué lors de la demande d'autorisation à l'administration.

Le projet de décret du Ministère du travail prévoit qu'à défaut de pouvoir joindre l'avis du CSE, il conviendra de communiquer la date de la réunion du CSE d'envoyer le procès-verbal de sa consultation dans les 2 mois qui suivront la demande d'activité partielle.

II. L'INDEMNISATION

➤ Les heures « chômées » indemnisées

En principe, sont indemnisées par l'employeur au titre de l'activité partielle :

- uniquement les heures "chômées" sous la durée légale (ou si elle est inférieure, la durée collective ou la durée contractuelle). Les heures supplémentaires ou complémentaires "chômées" (c'est-à-dire heures au-delà de la durée légale ou de la durée contractuelle), sauf dispositions conventionnelles sur l'activité partielle plus favorables, n'ont pas à être indemnisées par l'employeur.
- dans la limite d'un contingent de 1000 heures par an par salarié ;
- incluant un contingent de 100 heures si l'entreprise ferme pendant six semaines au plus.

Le gouvernement décidera sans doute de dépasser ces plafonds dans le cadre de la situation particulière liée à l'épidémie de coronavirus (C. trav., art. R.5122-6).

A noter que si l'employeur indemnise les heures supplémentaires, il ne percevra pas, en tout état de cause, un remboursement par l'Etat.

➤ **Montant de l'indemnisation des heures « chômées » versées par l'employeur**

A ce jour, les salariés reçoivent une indemnité horaire, versée par leur employeur, égale à 70 % de leur salaire brut horaire (environ 84 % du salaire net horaire). Cette indemnisation peut aller jusqu'à 100 % en cas de formation par le salarié pendant cette période.

On précisera qu'il est tenu compte du salaire servant de référence pour calculer l'indemnité de congés.

➤ **Montant de l'allocation d'activité partielle versée par l'Etat à l'employeur**

En temps "normal", l'agence de services et de paiement (ASP) verse à l'employeur une allocation d'activité partielle de 7,74 euros pour les entreprises de 1 à 250 salariés et 7,23 euros pour celles de plus de 250 salariés (article D. 5122-13 du code du travail).

Le gouvernement a décidé de porter cette allocation à 8,04 euros (équivalent du Smic) par heure chômée pour les entreprises de moins de 250 salariés. Pour les plus grandes, le montant de l'allocation reste inchangé (7,23 euros).

Dans un communiqué de presse en date du 16 mars, le gouvernement a décidé d'améliorer ce remboursement : un décret à paraître devrait prévoir un remboursement de 100 % des indemnités versées aux salariés par les entreprises, dans la limite de 4,5 Smic. Plus précisément, le taux horaire de l'allocation d'activité partielle versée à l'employeur serait égal à 70 % de la rémunération brute, dans la limite de 4,5 fois le taux horaire du Smic.

On ajoutera que l'allocation ne peut pas être supérieure à l'indemnité d'activité partielle versée (C. trav., art. R. 5122-18).

III. Impact de l'activité partielle pour le salarié

➤ **Neutralisation des périodes d'activité partielle**

Afin de neutraliser les effets de l'activité partielle sur l'acquisition de certains droits des salariés, l'article R. 5122-11 du code du travail précise que toutes les heures chômées, qu'elles ouvrent droit ou non au versement de l'allocation d'activité partielle, sont intégralement prises en compte pour :

- le calcul des droits à congés payés ;
- le calcul de la répartition de la participation et de l'intéressement, lorsque cette répartition est proportionnelle à la durée de présence du salarié, ou lorsque cette répartition est proportionnelle au salaire. Les salaires à prendre en compte sont alors ceux qu'auraient perçus le salarié s'il n'avait pas été placé en activité partielle.

➤ **Absence de modification du contrat de travail**

Depuis un arrêt du 18 juin 1996, la Cour de cassation considère que la mise au chômage partiel indemnisée dans le cadre prévu par l'article L. 5122-1 du code du travail ne constitue pas une modification du contrat de travail. Les salariés ne peuvent donc refuser la réduction d'activité et de rémunération (sauf s'ils sont salariés protégés). (Cass. soc., 18 juin 1996, n° 94-44.654)

On précisera ici que les salariés protégés sont ceux visés par l'article L. 2411-1 du Code du travail. Les médecins du travail ne relèvent pas de cette disposition. En effet, la protection dont ils bénéficient ne doit pas être confondue avec celle prévue pour les salariés dit protégés au sens du droit commun (principalement les représentants du personnel, et plus généralement des élus).

Même si la Cour de cassation a parfois assimilé leur protection à celle des salariés protégés notamment s'agissant de la rupture de la période d'essai, cette assimilation n'a pas à être généralisée à l'application de tous les articles du Code du travail. Ainsi, il n'est pas nécessaire de recueillir l'accord des médecins du travail pour mettre en place l'activité partielle.

Il convient donc de demander l'accord aux seuls élus du personnel (membres du CSE, DS). A défaut de précisions dans les textes, il est conseillé à l'employeur de formuler la demande par écrit et de recueillir également par écrit l'acceptation du salarié concerné.

Les salariés sont donc contraints d'accepter les mesures de chômage partiel les concernant. Le refus par un salarié de se soumettre aux nouveaux horaires réduits peut être constitutif d'une faute grave (Cass. Soc., 2 févr. 1999, n° 96642831).

Article L. 2411-1 du Code du travail

Bénéficie de la protection contre le licenciement prévue par le présent chapitre, y compris lors d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, le salarié investi de l'un des mandats suivants :

- 1° Délégué syndical ;
- 2° Membre élu à la délégation du personnel du comité social et économique ;
- 3° Représentant syndical au comité social et économique ;
- 4° Représentant de proximité ;
- 5° Membre de la délégation du personnel du comité social et économique interentreprises ;
- 6° Membre du groupe spécial de négociation et membre du comité d'entreprise européen ;
- 7° Membre du groupe spécial de négociation et représentant au comité de la société européenne ;
- 7° bis Membre du groupe spécial de négociation et représentant au comité de la société coopérative européenne ;
- 7° ter Membre du groupe spécial de négociation et représentant au comité de la société issue de la fusion transfrontalière ;
- 8° Représentant du personnel d'une entreprise extérieure, désigné à la commission santé, sécurité et conditions de travail d'un établissement comprenant au moins une installation classée figurant sur la liste prévue à l'article L. 515-36 du code de l'environnement ou mentionnée à l'article L. 211-2 du code minier ;
- 9° Membre d'une commission paritaire d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail en agriculture prévue à l'article L. 717-7 du code rural et de la pêche maritime ;
- 10° Salarié mandaté, dans les conditions prévues aux articles L. 2232-23-1 et L. 2232-26, dans les entreprises dépourvues de délégué syndical ;
- 11° Représentant des salariés mentionné à l'article L. 662-4 du code de commerce ;
- 12° Représentant des salariés au conseil d'administration ou de surveillance des entreprises du secteur public, des sociétés anonymes et des sociétés en commandite par actions ;
- 13° Membre du conseil ou administrateur d'une caisse de sécurité sociale mentionné à l'article L. 231-11 du code de la sécurité sociale ;
- 14° Membre du conseil d'administration d'une mutuelle, union ou fédération mentionné à l'article L. 114-24 du code de la mutualité ;

- 15° Représentant des salariés dans une chambre d'agriculture, mentionné à l'article L. 515-1 du code rural et de la pêche maritime ;
- 16° Conseiller du salarié inscrit sur une liste dressée par l'autorité administrative et chargé d'assister les salariés convoqués par leur employeur en vue d'un licenciement ;
- 17° Conseiller prud'homme ;
- 18° Assesseur maritime, mentionné à l'article 7 de la loi du 17 décembre 1926 relative à la répression en matière maritime ;
- 19° Défenseur syndical mentionné à l'article L. 1453-4 ;
- 20° Membre de la commission mentionnée à l'article L. 23-111-1.

➤ Salaires et primes

Compte tenu des éléments mentionnés ci-avant, les salariés ne sont pas fondés à réclamer la différence entre le montant du salaire convenu et celui des allocations de chômage partiel perçues pendant cette période.

On observera en revanche, qu'à partir du moment où la période de chômage partiel a pris fin, l'employeur est tenu de fournir du travail à son personnel et de payer les salaires convenus, **en** sorte que, faute de l'avoir fait, il doit indemniser les salariés pour la perte de rémunération qu'ils ont subie depuis la date à laquelle a pris fin l'indemnisation publique (Cass. soc., 11 octobre 2005, n° 03-41617).

Si les salariés perçoivent des primes, il conviendra d'inclure les allocations spécifiques dans l'assiette des rémunérations servant au calcul des primes. En effet, les indemnités constituent un substitut du salaire. Cette solution a notamment été retenue pour une prime de 13^e mois et d'ancienneté calculée sur la base des appointements réels (Cass. soc., 26 nov. 1996, n° 94-40266 ; Cass. soc., 16 janv. 1992, n° 88-43631).

➤ Congés payés

La totalité des heures chômées est prise en compte pour le calcul de l'acquisition des droits à congés payés. Cette règle est désormais introduite dans le dispositif réglementaire en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2013 (C. trav., art. R. 5122-11)

* * *

Questions/réponses

- 1. L'employeur peut-il imposer des congés payés avant la mise en place d'une activité partielle ?**
- 2. Un salarié peut-il à la fois bénéficier du régime de l'activité partielle et du régime lié à un arrêt maladie ?**
- 3. L'employeur peut-il compléter l'indemnisation fixée réglementairement ?**
- 4. L'activité partielle peut-elle être mise en place pour les cadres au forfait jours ?**

1. L'employeur peut-il imposer des congés payés avant la mise en place d'une activité partielle?

L'organisation des congés payés incombe à l'employeur. La détermination des dates de congés constitue une de ses prérogatives dans le cadre de son pouvoir de direction, même si en pratique, il est tenu compte des souhaits de salariés.

S'il est vrai que l'employeur et le salarié doivent respecter l'ordre et les dates de départ en congés qui ont été fixés, des circonstances exceptionnelles peuvent permettre de les modifier (C. trav. art. L. 3141-16).

En cas de circonstances exceptionnelles, un employeur pourrait donc demander à un salarié de modifier ses dates de congés, avant de décider de mettre en place l'activité partielle. Toutefois, il ne peut pas imposer à un salarié de prendre des congés, s'il n'en a pas posé.

Par ailleurs, il n'existe pas d'obligation visant à épuiser les congés payés et JRTT acquis par les salariés avant de mettre en place une activité partielle. L'employeur peut cependant en formuler le souhait auprès de ses collaborateurs.

S'agissant de la mobilisation du CET, seul le salarié peut décider de l'utiliser.

A noter que dans le cadre du projet de loi d'urgence (actuellement à l'étude) l'employeur devrait être autorisé à imposer ou à modifier unilatéralement les dates de prise d'une partie des :

- des jours de congés payés,
- des JRTT,
- des jours de repos affectés sur le CET du salarié.

Dans cette perspective, il est envisagé des dérogations aux délais de prévenance et aux modalités d'utilisation de ces jours tels que prévus par le code du travail ainsi que par les conventions et accords collectifs.

2. Un salarié peut-il à la fois bénéficier du régime de l'activité partielle et du régime lié à un arrêt maladie ?

Dès lors que le salarié bénéficie du régime mis en place par le Gouvernement portant sur les arrêts de travail liés à la situation sanitaire dans le Pays, son contrat de travail est suspendu. Etant déjà suspendu, l'activité partielle ne pourrait pas être demandée.

3. L'employeur peut-il compléter l'indemnisation fixée réglementairement ?

Comme indiqué plus haut, un décret à paraître devrait prévoir un remboursement de 100 % des indemnités versées aux salariés par les entreprises, dans la limite de 4,5 fois le Smic.

Plus précisément, le taux horaire de l'allocation d'activité partielle versée à l'employeur serait égal à 70 % de la rémunération brute, dans la limite de 4,5 fois le taux horaire du Smic. Comme pour l'application de toute mesure d'ordre sociale, l'employeur peut toujours décider d'appliquer des dispositions plus favorables, à sa charge.

4. L'activité partielle peut-elle être mise en place pour les cadres au forfait jours ?

A l'heure actuelle, tous les salariés peuvent, en principe, bénéficier de l'activité partielle, y compris ceux à temps partiel.

Toutefois, les salariés en forfait en heures ou en jours ne peuvent pas bénéficier de l'activité partielle en cas de réduction des horaires de travail. En effet, les règles spécifiques en matière de durée du travail liées à ce type de conventions de forfait ne permettant pas de connaître « l'horaire habituellement pratiqué par le salarié » tel que mentionné à l'article L. 5122-1 du code du travail, il n'est donc pas possible de décompter le nombre d'heures réellement chômées en cas de réduction d'horaire.

En revanche, en cas de fermeture totale de l'entreprise ou de l'établissement, ils peuvent en bénéficier.

A noter que le projet de décret du Ministère du travail ouvre la possibilité de bénéficier du dispositif d'activité partielle aux salariés dont la durée du travail est fixée par forfait en heures ou en jours sur l'année, et ce même s'il n'y a pas fermeture totale de l'établissement.

Les Notes juridiques sont élaborées par le Pôle Juridique de Présanse au bénéfice des Services de Santé au Travail Interentreprises adhérents. La reproduction totale ou partielle est autorisée pour les adhérents de Présanse, moyennant mention complète de la source, y compris de la date de publication. Nous attirons, en effet, l'attention des adhérents sur le fait que le contenu de ces notes est lié à une actualité juridique qui peut évoluer dans le temps.