racine AVOCATS

Flash Info Racine Nantes

Mars 2020

COVID-19 :
A situation exceptionnelle, un dispositif d'activité partielle exceptionnel

Depuis le début du mois de mars, la France est en proie à une crise sanitaire sans précédent liée à l'émergence, au sein du territoire national, du Coronavirus « COVID 19 ».

Le pays est depuis quelques jours à l'arrêt face aux mesures de confinement même si l'activité économique doit être maintenue. Nombre d'entreprises s'interrogent sur la possibilité de mobiliser le dispositif d'activité partielle qui, compte-tenu des circonstances exceptionnelles, fait l'objet d'un aménagement initié par la loi d'Urgence sanitaire n°2020-290 du 23 mars 2020, entrée en vigueur depuis le 24 mars.

Entre fermeture ou activité réduite, les interrogations demeurent…

L'activité partielle est présentée par le Gouvernement comme l'un des moyens de préparer « *l'après crise* » en prenant toutes les mesures favorisant une relance rapide de l'économie en préservant le maintien des salariés dans l'emploi, la conservation des compétences et des savoir-faire qui lui permettront de relancer l'activité au plus vite[1].

Par un décret en date du 25 mars 2020, le Gouvernement apporte une simplification des modalités de mise en œuvre du dispositif d'activité partielle prévu par le code du travail liées à la situation de crise sanitaire.

Ce nouveau texte vient par ailleurs entériner les annonces récentes du gouvernement relatives à l'augmentation de la prise en charge par l'Etat de l'allocation versée à l'employeur pour chaque heure de travail chômée.

Une ordonnance à paraître dans les prochaines heures devrait venir compléter ces premiers apports règlementaires que nous vous présentons ci-après.

[1] Discours de Bruno LEMAIRE du 17 mars 2020

Un dispositif d'activité partielle assoupli

L'entreprise confrontée **à des circonstances exceptionnelles la contraignant à réduire ou à suspendre temporairement son activité**, peut placer ses salariés en activité dite partielle.

L'exigence d'un motif de recours

Les motifs exceptionnels autorisant le recours au dispositif d'activité partielle sont exposés à l'article R 5122-1 du code du travail et sont les suivants :

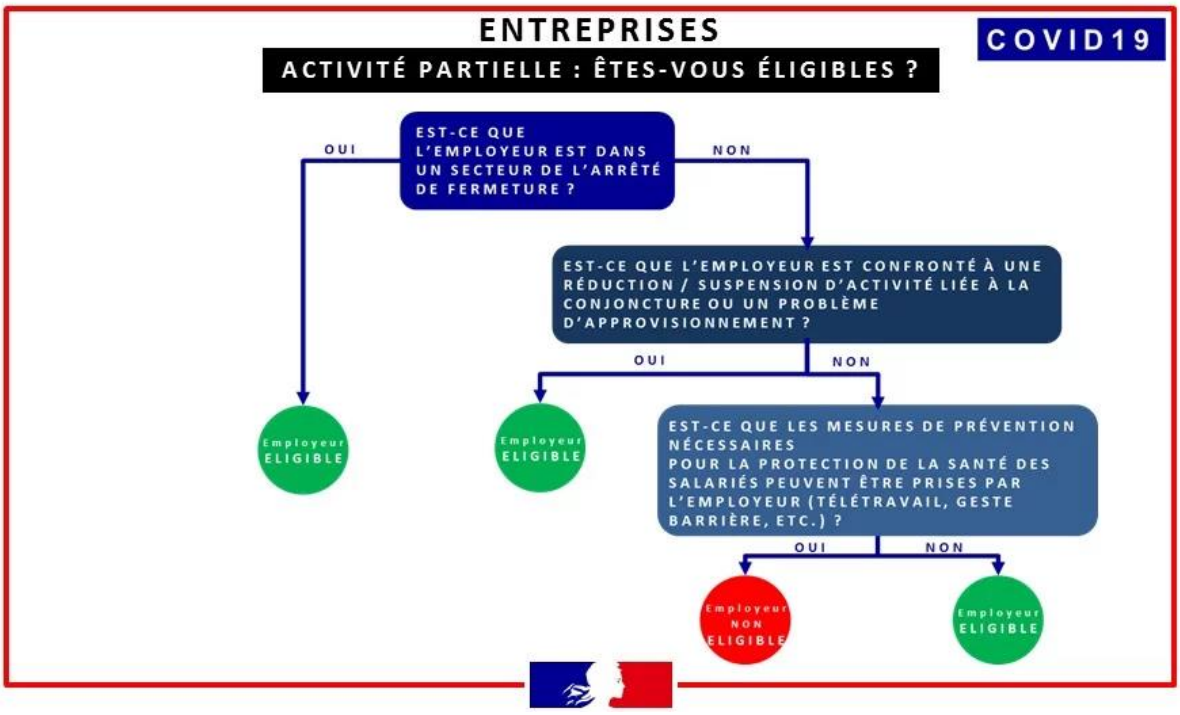
- la conjoncture économique ;
- des difficultés d'approvisionnement en matières première ou en énergie ;
- un sinistre ou des intempéries de caractère exceptionnel ;
- la transformation, restructuration ou modernisation de l'entreprise ;
- **toute autre circonstance de caractère exceptionnelle.**

C'est à ce dernier motif que renvoie l'activité partielle liée à l'épidémie de Coronavirus.

Le Gouvernement a pu préciser qu'un certain nombre situations s'y rapportant permettaient la mise en œuvre de l'activité partielle : Ainsi en est-il par exemple de la fermeture administrative d'un établissement, de l'absence massive de salariés indispensables à la poursuite de l'activité, de la suppression de transports en commun, ou plus largement d'une baisse d'activité liée à l'épidémie.

NB : Les récentes mesures de confinement prises par le Gouvernement ont pu laisser penser que les entreprises qui ne pouvaient recourir au télétravail étaient bien fondées à demander à leurs salariés de rester confinés chez eux, en bénéficiant de manière systématique du dispositif d'activité partielle.

En réalité, l'employeur qui souhaite avoir recours au chômage partiel doit impérativement être en mesure de justifier de l'un des motifs de circonstances exceptionnelles exposés ci-dessus, dont il faudra, le cas échant, justifier lors de la demande en ligne.



La dispense d'activité peut être :

- **soit partielle**, par le biais d'une réduction de l'horaire de travail pratiqué au sein de l'établissement, ou le service concerné ;

- **soit totale**, par le biais de la fermeture temporaire de tout ou partie de l'établissement concerné.

Un outil de maintien des salariés dans l'emploi…

Le contrat de travail est suspendu pendant les heures ou jours chômées, conduisant, par voie de conséquence, à **une dispense du versement de la rémunération** par l'employeur.

En contrepartie de sa mise en activité partielle, le salarié perçoit **une indemnité** versée par l'employeur correspondant, au minimum, à 70% de la rémunération brute correspondant à l'assiette retenue pour le calcul de l'indemnité de congés payée, ramenée à un montant horaire.

NB : l'indemnité versée par l'employeur est exonérée de cotisations sociales et n'est assujettie aux prélèvements sociaux qu'à hauteur de **6.7%**, de sorte que l'indemnité minimale de 70% de la rémunération brute correspond à **84% de la rémunération nette**.

Le cas particulier des salariés au SMIC

Si l'application des règles d'indemnisation conduit un salarié à percevoir une indemnité inférieure au SMIC, l'employeur doit lui verser une allocation complémentaire égale à la différence entre l'indemnité versée initialement et la valeur du SMIC net (environ 8,03 €).

L'existence de dispositions conventionnelles de branche ou d'entreprise

Il convient de s'assurer qu'il n'existe pas de dispositions conventionnelles applicables au sein de l'entreprise qui prévoient le versement d'une indemnisation supérieure à 70% de la rémunération brute de référence…

L'indemnisation en cas d'activité partielle

L'indemnité est octroyée pour chaque heure de travail chômée **dans la limite de la durée légale de travail** [2] : au-delà de cette durée, les heures non travaillées au titre de l'activité partielle sont considérées comme chômées mais ne donne pas lieu à indemnisation.

L'indemnisation versée aux salariés au titre de l'activité partielle fait l'objet d'une avance par l'employeur qui bénéficie à suivre d'un remboursement.

Le formalisme du bulletin de salaire

Le décret du 25 mars 2020 est venu préciser les mentions qui doivent figurer sur le bulletin de salaire en cas de recours à l'activité partielle.

[2] Ou, si elle est inférieure, de la durée collective de travail ou de la durée stipulée au contrat de travail

Doivent ainsi figurer :

- le nombre d'heures indemnisées ;
- le taux appliqué pour le calcul de l'indemnité versée au salarié ;
- les sommes versées au salarié au titre de la période considérée.

…ouvrant droit pour l'employeur à une aide financière en fonction du nombre d'heures chômées

L'employeur qui place ses salariés en situation d'activité partielle perçoit **une allocation** financée conjointement par l'Etat et l'UNEDIC, pour chaque heure chômée par ses salariés.

Le montant de cette allocation a été déplafonné par le décret du 25 mars 2020. Il est désormais **équivalent au montant légal de l'indemnité** versée au salarié placé en activité partielle, soit 70% de la rémunération brute.

La rémunération brute servant de référence au calcul de l'allocation est toutefois limitée à 4.5 fois le taux horaire du SMIC, soit 45.67 euros bruts.

Le taux horaire net de l'allocation est au moins égal à 8.03 euros, sauf pour les apprentis, les salariés en contrat de professionnalisation et les intérimaires pour lesquels le montant de l'allocation correspond au montant de l'indemnité horaire perçue par le salarié.

NB : si l'employeur décide de maintenir une rémunération supérieure au montant minimal de 70%, l'allocation qui lui sera versée demeurera en tout état de cause limitée à 70% de la rémunération brute du collaborateur.

Si l'employeur est par ailleurs contraint, par application de dispositions conventionnelles, de maintenir une rémunération supérieure, la part excédant 70% de la rémunération brute du collaborateur reste à sa charge.

NB : comme pour l'indemnité octroyée au salarié, l'allocation est perçue par l'employeur pour chaque heure de travail chômée ***dans la limite de la durée légale de travail*** [3] *: au-delà de cette durée, les heures non travaillées au titre de l'activité partielle sont considérées comme chômées mais ne donne pas lieu à allocation.*

L'allocation est versée **dans la limite de 1000 heures indemnisables** par salarié et par an (Arrêté du 26 août 2013 NOR n°ETSD1319814A).

L'article R 5122-6 du code du travail prévoit toutefois que cette limite peut être dépassée « *dans des cas exceptionnels résultant de la situation particulière de l'entreprise, sur décision conjointe des ministres chargés de l'emploi et du budget* ».

Eu égard au contexte, le plafond de 1000 heures est donc susceptible d'être modifié à la hausse par le Gouvernement.

Le ministère du travail met à disposition un simulateur d'allocation sur son site à l'adresse suivante : www.simulateurap.emploi.gouv.fr. Ce simulateur doit être mis à jour prochainement pour tenir compte des nouveaux paramètres de calcul de l'allocation.

[3] Ou, si elle est inférieure, de la durée collective de travail ou de la durée stipulée au contrat de travail

Les salariés éligibles

Tous les salariés de l'entreprise sont éligibles au dispositif d'activité partielle sans condition d'ancienneté, ni de type de contrat ou de durée du travail.

Auparavant proscrit pour les salariés soumis à un forfait annuel en heures ou en jours, le dispositif est expressément ouvert à ces catégories de personnels.

Une journée entière de fermeture est égale à 7 heures chômées. Une demi-journée chômée est égale à 3 heures et 30 minutes.

Sont, en revanche, exclus pour l'heure les salariés dont la réduction d'activité est liée à une grève et les VRP multicartes. Pour ces derniers, l'ordonnance à paraître devrait néanmoins permettre leur éligibilité au dispositif.

NB : il est rappelé que les salariés protégés sont fondés, en application de la jurisprudence, à refuser d'être placés en situation d'activité partielle (Cass. Soc. 16 juillet 1996 n°96-43.396 ; Cass. Soc. 19 janvier 2011 n°09-43.194).

La demande d'autorisation auprès de la DIRECCTE

La mesure d'activité partielle doit impérativement faire l'objet d'une demande d'autorisation auprès de la DIRECCTE dont dépend l'établissement concerné par la demande.

Date de la demande

Auparavant, la demande d'autorisation devait nécessairement être **préalable** à la mise en œuvre du dispositif sauf pour le motif liée « *à un sinistre ou des intempéries de caractère exceptionnel* ».

Le nouveau décret crée **une seconde exception** lorsque l'activité partielle se trouve motivée par le cas de recours figurant au 5° de l'article R 5122-2, c'est-à-dire pour « *toute autre circonstance de caractère exceptionnel* », pour répondre à la situation en lien avec l'épidémie de Coronavirus.

Pour ces deux exceptions, la demande peut être adressée dans **un délai de 30 jours** suivant la mise en œuvre du dispositif **avec effet rétroactif**.

La date prévue par le décret à partir de laquelle les heures pourront être considérées comme couvertes par le dispositif de l'activité partielle de manière rétroactive est fixée au 1er mars 2020.

Formalisation de la demande

La saisine de la demande d'activité partielle s'effectue en ligne sur le site internet dédié : https://activitepartielle.emploi.gouv.fr auprès de l'Unité Départementale de la DIRECCTE de son département.

La demande d'autorisation préalable doit préciser :

- le motif justifiant le recours à l'activité partielle ;
- les circonstances détaillées et la situation économique à l'origine de la demande ;
- la période prévisible de sous-activité ;
- le nombre de salariés concernés ;
- le nombre d'heures chômées prévisionnelles.

NB: il appartient à l'employeur de porter un soin tout particulier à la présentation et à la justification des motifs pour lesquels il sollicite le recours à l'activité partielle afin d'éviter un refus d'autorisation de la DIRECCTE.

Il est ainsi recommandé de réunir et de communiquer à l'appui de la demande le plus d'éléments et pièces possibles de nature à mettre en exergue les circonstances exceptionnelles rendant nécessaire la réduction ou la suspension de tout ou partie de l'activité et par exemple les éléments démontrant :

- La fermeture des établissements des fournisseurs,
- Les difficultés d'approvisionnement,
- La chute des commandes, du chiffre d'affaires,
- La limitation des déplacements professionnels,
- Le nombre de salariés en arrêts maladie en lien avec l'épidémie,
- L'absence de recours au télétravail etc ….

La réponse de la DIRECCTE

Autre nouveauté : Le nouveau décret prévoit une exception temporaire au délai d'instruction de 15 jours au terme duquel la DIRECCTE doit se prononcer sur la demande d'activité partielle : jusqu'au 31 décembre 2020, ce délai est porté **2 jours** calendaires à compter de la date de réception de la demande.

La demande est accordée pour une durée maximale portée de **6 à 12 mois**.

La réponse de la DIRECCTE est notifiée à l'employeur par voie dématérialisée.

L'absence de réponse de la DIRECCTE au terme du délai de 2 jours vaut **acceptation implicite**.

La consultation du CSE

Les entreprises qui disposent **d'un Comité social et économique** doivent impérativement recueillir son avis sur la mesure d'activité partielle.

Remarque : l'avis du CSE est donc requis quel que soit l'effectif de l'entreprise, y compris pour un effectif inférieur à 50 salariés dès lors que l'entreprise est dotée d'un CSE !

Une exception est cependant apportée par le nouveau décret au **caractère préalable** de la consultation : l'entreprise peut en effet formuler sa demande auprès de la DIRECCTE avant d'avoir recueilli l'avis de son CSE, selon les termes du nouvel article R 5122-2 du code du travail.

Lorsque le CSE est consulté postérieurement à la demande d'autorisation, l'employeur précise dans cette demande la date prévue pour la consultation et adresse l'avis rendu **dans un délai de 2 mois**.

En l'absence de CSE, l'entreprise doit veiller à informer directement son personnel du recours au dispositif d'activité partielle.

Une demande d'indemnisation par l'employeur au titre de l'allocation d'activité partielle

Ce n'est qu'une fois qu'il a obtenu l'autorisation de la DIRECCTE que l'employeur sollicite, par voie dématérialisée, une demande d'indemnisation au titre de l'allocation d'activité partielle instruite par l'Unité départementale et mise en paiement par l'Agence de service et de paiement[4] dans un délai maximum d'un an à compter du terme de la période d'autorisation de l'activité partielle.

La demande comporte :

- des informations relatives à l'identité de l'employeur ;
- la liste nominative des salariés concernés ainsi que le numéro d'inscription au répertoire nationale d'identification des personnes physiques ;
- les états nominatifs précisant notamment le nombre d'heures hebdomadaires réellement travaillées (ou assimilées telles que les congés, les arrêts maladie etc) et les heures hebdomadaires réellement chômées pour chaque salarié.

L'employeur doit renseigner mensuellement les relevés d'heures des salariés concernés par le dispositif d'activité partielle via le téléservice https://activitepartielle.emploi.gouv.fr.

L'allocation d'activité partielle est liquidée à suivre mensuellement par l'Agence de service et de paiement pour le compte de l'Etat et de l'UNEDIC et versée dans un délai moyen de 12 jours.

Pour toute information complémentaire sur le mécanisme d'activité partielle, vous pouvez entrer en contact avec la Direccte dont relève votre entreprise.

La Direccte des Pays de la Loire peut être contactée à l'adresse : http://pays-de-la-loire.direccte.gouv.fr/Coronavirus-covid-19-les-ministeres-du-travail-et-de-l-economie-se-mobilisent

Un numéro vert d'assistance téléphonique gratuite est également mis en ligne : 0800 705 800 de 8h à 18h, du lundi au vendredi.

[4] Article R 5122-5 du code du travail

Questions/réponses relatives à la mise en œuvre et à la gestion de l'activité partielle dans l'entreprise

1. Le dispositif d'activité partielle est-il ouvert aux salariés en apprentissage ?

Les alternants, en leur qualité de salariés, sont éligibles au chômage partiel.

Il est précisé que le versement de l'indemnité d'activité partielle versée au salarié en contrat d'apprentissage ne saurait lui permettre de percevoir une rémunération supérieure à celle qu'il aurait perçu s'il avait continué à travailler. L'indemnité est, en conséquence, plafonnée à hauteur du salaire horaire habituel (Note de service Ministère du travail n°88/35 du 17 juin 1988).

Enfin, l'article R 5122-18 du Code du travail prend le soin de préciser que pour ses salariés, l'allocation versée par l'Etat et l'UNEDIC à l'employeur **est, elle aussi, plafonnée : elle ne peut être supérieure au montant de l'indemnité horaire due aux salariés**.

2. Comment traiter le cas des collaborateurs en période d'essai ?

Les collaborateurs en période d'essai sont déclarés comme embauchés via la DSN et sont donc, à cet égard, **éligibles au dispositif d'activité partielle** dans les mêmes conditions que les autres salariés.

La période d'essai qui s'entend d'un temps de travail effectif n'en est pas moins suspendue par l'effet d'une activité partielle totale.

Les périodes d'absence du salarié de l'entreprise (congés, RTT, fermeture annuelle de l'entreprise, maladie, accident du travail…), dans la mesure où elles sont non travaillées, entrainent la prolongation de la période d'essai pour une durée équivalente à la durée de l'absence.

Par analogie, il convient de considérer que la période de chômage partiel a pour effet d'entrainer la prolongation d'autant de la période d'essai, et ce d'autant que pendant les périodes de chômage partiel, le contrat de travail du collaborateur se trouve expressément suspendu (Article L 5122-1 du Code du travail).

3. Comment traiter le cas d'un collaborateur qui a signé son contrat de travail mais qui n'a pas encore débuté l'exercice de ses fonctions dans l'entreprise ?

La personne qui a signé son contrat de travail mais n'a pas commencé de l'exécuter demeure pour autant liée à l'entreprise par un contrat de travail et sera, à ce titre, éligible au chômage partiel dès son arrivée dans l'entreprise.

La question est susceptible de se poser de façon différente en cas de pourparlers d'embauche ou d'offres d'embauche…

4. Comment sont décomptées les heures chômées pour les collaborateurs en forfait-jours ?

L'article R. 5122-19 du code du travail précise que « *lorsque la durée du travail du salarié est fixée par forfait en heures ou en jours sur l'année, en application des articles L. 3121-42 et L. 3121-43, est prise en compte, la durée légale correspondant aux jours de fermeture de l'établissement* ».

Une journée entière de fermeture est égale à 7 heures chômées. Une demi-journée chômée est égale à 3 heures et 30 minutes.

La formule de calcul est donc la suivante : Nombre de jours de fermeture x 7 heures.

Par exemple :

Un salarié voit son établissement fermé deux journées par semaine pendant 4 semaines soit 8 journées de fermeture complète. Le nombre d'heures à indemniser est de 8 j × 7 h = 56 heures.

Un salarié voit son établissement fermé pour deux journées et demie. Nombre de demi-journées de fermeture × 3 heures et 30 minutes. Le nombre d'heures à indemniser est de : (2 j × 7 h). + (3 h 30) = 17 heures et 30 minutes.

Le décret du 25 mars 2020 a vocation à permettre aux salariés bénéficiant forfaits jours d'être inclus dans le dispositif **même en cas de simple réduction de l'horaire journalier du service auquel ils sont rattachés**.

C'est ainsi que l'article R 5122-19 précité a été modifié pour s'appliquer également « *aux jours de réduction de l'horaire de travail pratiquée dans l'établissement, à due proportion de cette réduction* ».

Il convient alors de procéder de la même manière que dans les exemples ci-dessus, en ne valorisant qu'une partie de la journée correspondant à la réduction d'horaire appliquée.

5. L'activité partielle peut-elle concerner une partie seulement de l'établissement ?

La mesure d'activité partielle est, en principe, temporaire et collective, de sorte qu'elle a vocation à concerner en principe tout un établissement ou une partie de celui-ci.

L'activité partielle pourra cependant concerner une unité de production, un atelier, un service ou encore une équipe chargée d'un projet.

En cas de réduction de l'horaire de travail, l'article L. 5122-1 du Code du travail précise au surplus que les salariés peuvent être placés en position d'activité partielle individuellement et alternativement, et notamment afin de pouvoir autoriser la mise en place d'un système de roulement par unité de production, atelier, services…

6. Comment sont indemnisés les salariés placés en arrêt maladie alors que l'établissement dont ils relèvent est en activité partielle ?

Un collaborateur peut se retrouver en situation d'arrêt de travail soit en raison d'une maladie préexistant à la mesure d'activité partielle, soit en raison de la survenance d'une maladie en cours de suspension de contrat de travail liée à l'activité partielle en lien ou non avec le Coronavirus, soit pour les personnes à risque élevé, soit dans le cas désormais répandu du salarié non malade mais devant garder un enfant de moins de 16 ans ou un enfant handicapé entre 16 et 18 ans suite à la fermeture des écoles.

C'est le régime de l'indemnisation maladie qui prédomine.

Pendant son arrêt, le salarié a vocation à percevoir ses indemnités journalières de sécurité sociale (IJSS) et le complément de salaire versé, dans un premier temps par l'employeur ou par l'organisme de prévoyance de l'entreprise, s'il y a lieu.

Le complément de l'employeur **doit être toutefois écrêté pour tenir compte de la baisse de rémunération résultant de l'activité partielle**, de façon à ce que le salarié concerné ne perçoive pas dans le cadre de son complément une rémunération supérieure à celle qu'il aurait perçue, s'il n'avait pas été en arrêt maladie.

A cet égard, il apparait judicieux de se rapprocher de l'organisme de prévoyance dont l'entreprise relève en cas de mise en place d'une activité partielle autorisée par l'administration…

7. Comment sont calculées les heures pouvant donner lieu à allocation dans le cadre d'un accord de modulation ?

Il convient de rappeler le principe selon lequel le nombre d'heures pouvant justifier de l'attribution de l'allocation d'activité partielle correspond à **la différence entre la durée légale du travail sur la période considérée** ou, lorsqu'elle est inférieure, la durée collective du travail **ou la durée stipulée au contrat**, **et le nombre d'heures travaillées sur ladite période**

Dans le cadre d'une modulation du temps de travail, une distinction est à opérer selon que l'on se situe en période basse ou en période haute d'activité :

- **Pendant la période basse**, le nombre d'heures pouvant justifier l'attribution de l'allocation d'activité partielle correspond à la différence entre la **durée prévue par le planning de modulation** et le nombre d'heures réellement travaillées sur la période considérée.

  A titre d'illustration, si le salarié doit en principe travailler sur la base de 25 heures par semaine en période basse, et qu'il ne travaille que 20 heures dans le cadre de l'activité partielle, 5 heures seront indemnisées au titre de l'allocation d'activité partielle.

- **Pendant la période haute**, les heures chômées au-delà de la **durée légale** n'ouvrent pas droit au versement de l'allocation d'activité partielle, ni à l'indemnisation du salarié par l'employeur, **sauf dispositions plus favorables prévues par exemple par accord collectif.**

  Dans cette hypothèse, le nombre d'heures à indemniser correspond à la différence entre la durée légale de travail et le nombre d'heures réellement travaillées.

  A titre d'illustration, si le salarié travaille, en principe, 37,5 heures par semaine en période haute, et qu'il ne travaille pas, 35 heures seront indemnisées par l'employeur et ouvriront droit à l'allocation d'activité partielle. En revanche, les 2,5 heures chômées au-dessus de la durée légale n'ouvrent pas droit au versement de l'allocation d'activité partielle, ni à l'indemnisation du salarié par l'employeur.

8. Un salarié dont l'activité est suspendue du fait de l'activité partielle peut-il travaillée pour une autre entreprise ?

Le contrat de travail des salariés placés en activité partielle étant suspendu, ces derniers ont la possibilité, pendant les heures chômées, d'occuper un autre emploi, sous réserve de respecter les obligations contractuelles d'exclusivité, de loyauté ou encore de non-concurrence ainsi que les durées maximales de travail.

Le salarié devra néanmoins informer son employeur de sa décision d'exercer une activité professionnelle chez un autre employeur pendant la suspension de son contrat de travail, en précisant le nom de l'employeur et la durée prévisionnelle de travail.

Il est en outre à noter que les salariés placés en activité partielle bénéficient du cumul des allocations au titre de l'activité partielle et de la rémunération au titre du nouvel emploi (Circ. DGEFP n°2012/22 du 21 novembre 2012).

9. Sur quelle base le salarié est-il rémunéré s'il part en congés payés pendant la période d'activité partielle ?

Le salarié qui part en congés pendant une période d'activité partielle doit bénéficier d'une indemnité de congés payés calculée sur la base de sa rémunération habituelle, hors dispositif d'activité partielle, et non sur la base de la rémunération réduite du fait de l'activité partielle (Arrêt de la CJUE C-385/17 du 13 décembre 2018).

***

N'hésitez pas à revenir vers nous pour toute question ou précision complémentaire à l'occasion de la finalisation de votre demande d'activité partielle auprès de la Direccte et sa mise en œuvre opérationnelle !

Le Ministère du travail a annoncé que des contrôles seraient effectués à l'issue de la période de crise pour vérifier les éventuels effets d'aubaine ou cas de fraudes au recours au chômage partiel par les entreprises qui pourraient, le cas échéant, aboutir aux remboursements des indemnisations versées par l'Etat pendant cette période exceptionnelle.

Les auteurs

Anne-Laure Mary-Cantin
Associée
a-lmary-cantin@racine.eu

Géraud d'Huart
Collaborateur
gdhuart@racine.eu