Lettre d'information : Epidémie COVID 19

17 AVRIL 2020

Fiche n°3

L'activité partielle

Brihi-Koskas & associés
SOCIÉTÉ D'AVOCATS

Objet de l'ordonnance :

"L'**article 1er** adapte dans ce cadre l'indemnisation des salariés placés en position d'activité partielle dans l**es secteurs soumis aux régimes d'équivalence.** [...]

L'**article 2** ouvre le bénéfice de l'activité partielle **aux entreprises publiques** qui s'assurent elles-mêmes contre le risque de chômage. Les sommes mises à la charge de l'organisme gestionnaire du régime d'assurance chômage dans ce cadre seront remboursées par les entreprises concernées dans des conditions définies par décret.

L'**article 3** permet également **aux salariés à temps partiel** placés en position d'activité partielle de bénéficier de la rémunération mensuelle minimale prévue par les articles L. 3232-1 et suivants du code du travail, sous certaines conditions.

L'**article 4** permet **aux apprentis et aux salariés titulaires d'un contrat de professionnalisation** de bénéficier d'une indemnité d'activité partielle égale à leur rémunération antérieure.

L'**article 5** prévoit que les **conditions d'indemnisation des salariés en formation** pendant la période d'activité partielle sont alignées sur les conditions d'indemnisation de droit commun des salariés en activité partielle.

L'**article 6** définit que **l'activité partielle s'impose au salarié protégé, sans que l'employeur n'ait à recueillir son accord, dès lors qu'elle affecte tous les salariés de l'entreprise, de l'établissement, du service ou de l'atelier auquel est affecté ou rattaché l'intéressé.**

L'**article 7** permet aux **salariés employés à domicile par des particuliers employeurs et aux assistants maternel**s de pouvoir bénéficier à titre temporaire et exceptionnel d'un dispositif d'activité partielle.[...]

L'article 8 précise les conditions d'application du dispositif d'activité partielle **aux salariés non soumis aux dispositions légales et conventionnelles relatives à la durée du travail, ainsi qu'à ceux dont la durée du travail n'est pas décomptée en heures.**

L'article 9 ouvre le bénéfice du dispositif de l'activité partielle aux entreprises étrangères ne comportant pas d'établissement en France et qui emploient au moins un salarié effectuant son activité sur le territoire national. L'affiliation de ces entreprises au régime français ou à celui de leur pays d'établissement pouvant être défini dans des conventions bilatérales, le bénéfice de ce dispositif est donc réservé aux seules entreprises relevant du régime français de sécurité sociale et de l'assurance-chômage.

L'article 10 ouvre le bénéfice de l'activité partielle aux salariés des régies dotées de la seule autonomie financière qui gèrent un service public à caractère industriel et commercial de **remontées mécaniques ou de pistes de ski**, qui leur avait été rendu possible à titre expérimental pour une durée de trois ans, par l'article 45 de la loi n° 2016-1888 du 28 décembre 2016 de modernisation, de développement et de protection des territoires de montagne.

L'**article 11** procède, pour l'ensemble des autres salariés, à des simplifications des modalités de calcul de la contribution sociale généralisée similaires à celles prévues pour les salariés employés à domicile par des particuliers employeurs et aux assistants maternels.

L'article 12 renvoie à **un décret la détermination de la durée d'application, qui ne pourra pas dépasser le 31 décembre 2020,** des mesures prévues par l'ordonnance, afin de pouvoir l'adapter au plus près à la situation et son évolution."

A JOUR DE:

Décret n° 2020-325 du 25 mars 2020 relatif à l'activité partielle

Ordonnance N°2020-346 du 27 mars 2020 portant mesures d'urgence en matière d'activité partielle

complétée par :

Ordonnance n°2020-428 du 15 avril 2020 portant diverses dispositions sociales

Brihi-Koskas & associés
SOCIÉTÉ D'AVOCATS

L'ACTIVITE PARTIELLE

Textes de référence :

- *Arrêté du 23 mars 2020 prescrivant les mesures d'organisation et de fonctionnement du système de santé nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire*
- *Loi du 23 mars 2020 n° 2020-290*
- *Décret n° 2020-325 du 25 mars 2020 relatif à l'activité partielle*
- *Ordonnance n° 2020-346 du 27 mars 2020 portant mesures d'urgence en matière d'activité partielle*
- *Ordonnance n° 2020-428 du 15 avril 2020 portant diverses dispositions sociales pour faire face à l'épidémie de covid-19*
- *Décret n° 2020-435 du 16 avril 2020 portant mesures d'urgence en matière d'activité partielle*
- *Arrêté du 31 mars 2020 modifiant le contingent annuel d'heures indemnisables au titre de l'activité partielle pour l'année 2020*
- *Articles L. 5122-1 et suivants du Code du travail*
- *Articles R. 5122-1 et suivants du Code du travail*

REMARQUES LIMINAIRES :

❾ Le dispositif de financement de l'activité partielle subie par une entreprise a été institué pour **permettre aux entreprises de surmonter leurs difficultés tout en préservant l'emploi**.

L'allègement dérogatoire des procédures permettant de recourir à ce dispositif a été décidé pour que les entreprises subissant une baisse d'activité en lien avec la situation sanitaire afin qu'elles ne procèdent pas à des licenciements.

❾ Concernant les entreprises bénéficiaires de ce dispositif, ni la loi d'urgence sanitaire ni le décret analysé dans la présente fiche ne restreint le champ des entreprises éligibles au financement de l'activité partielle.

Les entreprises doivent démontrer que ce dispositif est <u>nécessaire à la pérennité des activités et à la préservation de l'emploi</u>.

- Il n'y a pas d'éligibilité de droit au dispositif. Les dispositions spécifiques adoptées ont été insérées dans le Code du travail. Les dispositions non modifiées par le Décret demeurent applicables. **Donc même dans le cadre d'une demande d'activité partielle fondée sur la crise sanitaire, l'employeur est tenu de prendre des engagements et notamment en termes de maintien de l'emploi.**

Les dispositions de l'ordonnance adoptée le 27 mars 2020 sont applicables jusqu'à une date qui doit être fixée par décret, et au plus tard jusqu'au 31 décembre 2020.

SOMMAIRE :

1. A quoi sert le dispositif d'activité partielle
2. Les entreprises éligibles au dispositif d'activité partielle
3. Les salariés pouvant bénéficier de l'indemnisation
4. La procédure d'obtention de l'autorisation de placement en activité partielle
5. La rémunération
6. Les conséquences de l'activité partielle sur le contrat de travail
7. Sur l'articulation entre l'activité partielle et les arrêts de travail
8. Les conséquences en cas de fraude de l'employeur au dispositif

1. A QUOI SERT LE DISPOSITIF D'ACTIVITE PARTIELLE

L'activité partielle, antérieurement « chômage partiel », est un dispositif d'aide aux entreprises qui font face à des difficultés économiques dans le cadre de circonstances exceptionnelles.

Ce dispositif permet aux entreprises d'adapter leur activité pour surmonter cette situation délicate et temporaire en préservant l'emploi.

L'employeur bénéficiant de ce dispositif **réduit totalement ou partiellement l'activité de ses salariés.**

Les salariés, placés en activité partielle, doivent recevoir de leur employeur une **indemnité visant à compenser la perte de rémunération du fait des heures non**

travaillées. L'employeur quant à lui perçoit une allocation financée par l'Etat et l'UNEDIC qui constitue une prise en charge d'une partie de la rémunération des salariés placés en activité partielle.

Le dispositif d'activité partielle permet donc de faire face à une décision prise par l'employeur :

- de fermeture temporaire de l'établissement ou d'une partie de celle-ci. Il faut entendre par « fermeture d'établissement », l'arrêt total de l'activité d'un établissement ou partie d'établissement, d'une unité de production, d'un service, d'un atelier ou d'une équipe chargée de la réalisation d'un projet ;

- de réduction de l'horaire de travail pratiqué dans l'établissement ou partie d'établissement d'une unité de production, d'un service, d'un atelier ou d'une équipe chargée de la réalisation d'un projet; en deçà de la durée légale de travail.

On soulignera qu'une entreprise peut **parfaitement combiner le recours au dispositif de télétravail et celui à l'activité partielle** si la mise en œuvre du télétravail permet de maintenir **une partie de l'activité**, que ce soit pour tous les salariés ou seulement certains d'entre eux.

En cas de réduction de l'horaire de travail, un salarié peut se voir appliquer les deux dispositifs, à savoir le télétravail pour la partie résiduelle de son activité et le dispositif d'activité partielle pour les heures chômées dues à la réduction d'activité.

On rappellera que le volume d'heures pris en charge par l'Administration est plafonné et que l'employeur peut faire évoluer sa demande d'activité partielle en fonction de l'évolution de la situation, en cas notamment d'une reprise de l'activité qui justifierait une diminution du nombre d'heures chômées.

2. LES ENTREPRISES ELIGIBLES AU DISPOSITIF D'ACTIVITE PARTIELLE

Pour pouvoir obtenir l'autorisation de l'Administration permettant de bénéficier des mesures d'aide, l'employeur doit démontrer être contraint de réduire ou de suspendre temporairement son activité pour l'un des motifs suivants :

- La conjoncture économique ;
- Des difficultés d'approvisionnement en matières premières ou en énergie;

- Un sinistre ou des intempéries de caractère exceptionnel ;
- Une transformation, restructuration ou modernisation de l'entreprise ;
- Toute autre circonstance de caractère exceptionnel.

Ni la loi, ni le décret du 25 mars 2020 n'ont prévu d'autres motifs de recours à l'activité partielle. Les entreprises amenées à solliciter cette mesure pour faire face à des difficultés liées à la crise sanitaire se fondent sur les motifs de « circonstances exceptionnelles » et/ou de conjoncture économique.

Les entreprises doivent démontrer que la poursuite normale de l'activité est rendue impossible en raison ces circonstances. L'activité partielle doit être l'unique moyen pour maintenir l'emploi.

Point de vigilance

La conjoncture économique implique de **démontrer que les difficultés rencontrées par l'entreprise ne sont pas liées à un problème structurel et ne sont pas imputables à l'employeur ou à des décisions stratégiques qui ont été prises.**

Par exemple si chaque année l'entreprise subie à la même période une baisse de ses commandes, la conjoncture économique est indépendante des difficultés subies par l'entreprise (**CE n° 156339 13 novembre 1995 Société Pierre Gicque**).

Rappelons qu'un employeur est tenu à l'obligation de fournir du travail à ses salariés ; s'il ne le fait pas il doit se justifier et démontrer que l'impossibilité de maintenir l'activité est due à des évènements qui lui sont extérieurs.

On peut donc estimer qu'est éligible au dispositif une entreprise faisant face à :

- Une fermeture totale d'un établissement décidée par l'administration ;
- Une absence massive de salariés indispensables à la continuité de l'activité de l'entreprise ou d'un service (les salariés indispensables à la continuité de l'entreprise sont contaminés par le coronavirus ou font l'objet d'une mesure de confinement dans un degré telle que la continuité de l'activité est rendue impossible, les autres salariés peuvent être placés en activité partielle);
- Une interruption temporaire des activités non essentielles ne pouvant être réalisées par l'usage du Télétravail dès lors que la poursuite de ces

activités ne peut se faire dans le respect des recommandations d'hygiène et de sécurité (distance, masque, protection…) ;

- Des difficultés économiques liées à la baisse d'activité de l'entreprise suite aux mesures de confinement ;

3. LES SALARIES POUVANT BENEFICIER DE L'INDEMNISATION

a) *Le cas des salariés non titulaire d'un mandat*

≥ Quels sont les salariés concernés au sein d'une entreprise ?

S'agissant de l'éligibilité des salariés à l'activité partielle, il s'agit d'une mesure par principe **collective** qui est liée à la fermeture d'un établissement, d'une partie de celui-ci ou d'une réduction de l'horaire collectif.

Il en résulte que tous les salariés peuvent être concernés par un placement en activité partielle.

Peuvent également bénéficier du dispositif les salariés en contrat d'alternance et les apprentis.

Point de vigilance

Cette mesure est collective mais cela ne signifie pas que l'activité partielle impacte de la même manière tous les salariés. Le placement en activité partielle va dépendre des besoins du service, de la possibilité de recourir à d'autres formes d'organisation du travail…

Ainsi, un salarié d'une même entreprise peut être placé à 100% en activité partielle, un autre à 50% alors qu'un troisième poursuit son activité.

Toutefois, l'employeur doit fonder ses décisions sur des critères objectifs pour garantir l'égalité de traitement entre les salariés.

≥ Quels salariés, dans quelles sociétés

L'ordonnance en date du 27 mars 2020 a ouvert le champ d'application du dispositif d'activité partielle. Désormais peuvent être placés en activité partielle :

-

Point de vigilance

Comme ces sociétés ne sont pas adhérentes au régime d'assurance chômage, elles devront rembourser la part de l'indemnisation qui leur sera versée par cette organisme.

Les modalités de remboursement des Entreprises ne sont pas encore connues et devront être précisées par décret.

Dans le secteur de la presse, lorsque le dispositif d'activité partielle est mis en œuvre pour les journalistes, le mode de rémunération qu'est « la pige », ne peut, selon nous, être un critère objectif permettant, à lui seul, d'exclure certains journalistes professionnels dès lors qu'ils justifient d'une collaboration régulière et permanente.

Le décret du 16 avril 2020 vient de confirmer cette analyse en prévoyant précisément les conditions d'indemnisation pour les journalistes pigistes (voir le point 3 de la présente fiche sur le montant de l'indemnisation - Sur les modalités d'application de ces règles de calcul à certaines catégories de salariés**).**

- Les salariés des Sociétés dont l'Etat ou des collectivités sont actionnaires majoritaires, les salariés des EPIC (établissements publics à caractère industriel et commercial)
  - Exemples : France Télévisions, La Poste, SNCF, Aéroport de Paris…
- Les salariés des entreprises relevant de la branche professionnelle des industries électriques et gazières soumis au statut des IEG
  - Exemples : EDF, ENGIE, GRDF, ENEDIS…

- Les salariés d'une entreprise domiciliée à l'étranger et n'ayant pas d'établissement sur le territoire national mais qui travaillent en France. Pour que ces salariés puissent bénéficier de l'indemnisation due au titre du placement en activité partielle, l'employeur doit avoir cotisé à l'ensemble des cotisations obligatoires en France ainsi qu'à pôle emploi ;

- Les salariés travaillant au sein des régies gérant les remontées mécaniques ou les pistes de ski et qui sont dotées de l'autonomie financière. Pour que ces salariés puissent bénéficier de l'indemnisation due au titre du placement en activité partielle, ils doivent être soumis aux dispositions du Code du travail et leur employeur doit avoir adhéré au régime d'assurance chômage.

- Les salariés travaillant pour des particuliers employeurs, à leur domicile, pour réaliser des travaux à caractère familial ou ménager et les assistants maternels accueillant habituellement et de façon non permanente des mineurs à leur domicile ou au sein d'une maison d'assistants maternels (MAM).

L'Ordonnance n° 2020-428 du 15 avril 2020 portant diverses dispositions sociales pour faire face à l'épidémie de covid-19 est **venue compléter la liste des catégories de salariés pouvant être placés en activité partielle**, en incluant :

- Les salariés portés titulaires d'un contrat à durée indéterminée pourront également être placés en activité partielle pour les périodes sans prestation à une entreprise cliente, par dérogation au II de l'article L. 1254-21 du code du travail. Les modalités de calcul de leur indemnité d'activité partielle au titre de ces périodes seront définies par décret, à paraître (au 16 avril 2020).

- Pour les cadres dirigeants mentionnés à l'article L. 3111-2 du code du travail mais uniquement en cas de fermeture temporaire de leur établissement ou partie d'établissement (alinéa 2 du I de l'article L. 5122-1 code du travail).

Pour **les salariés employés par des particuliers employeurs,** le dispositif d'activité partielle est quelque peu aménagé :

EN PRATIQUE : pour les particuliers employeurs :

- Les particuliers employeurs **n'ont pas à recueillir l'autorisation de l'Administration** pour placer leur employé en activité partielle ;

- **L'indemnité horaire versée aux employés doit correspondre à 80% de la rémunération nette prévue au contrat de prestation** sans pouvoir être inférieure salaire minimum prévu par la CCN des salariés du particulier employeur ou, pour les assistants maternels à 0,281 fois le montant du salaire minimum de croissance par enfant et par heure d'accueil ***(D. 423-9 du Code de l'action sociale et des familles).***

- **L'URSAFF remboursera intégralement les particuliers employeurs des sommes versées**. Pour cela, le travailleur à domicile ou l'assistant maternel devra établir une attestation sur l'honneur certifiant que les heures indemnisées n'ont pas été travaillées.

- L'URSAFF pourra faire une compensation entre les sommes à rembourser et les sommes que le particulier employeur doit aux URSAFF au titre des périodes antérieures au 12 mars 2020.

- L'article 6 de l' Ordonnance n° 2020-428 du 15 avril 2020, prévoit par ailleurs qu'une convention conclue entre l'Etat et l'organisme gestionnaire du régime d'assurance chômage déterminera les modalités de financement des sommes versées aux particuliers employeurs au titre du remboursement des indemnités versées par l'employeur.

- L'indemnité horaire versée ne peut en tout état de cause être supérieure à celle versée aux salariés des entreprises de droit privé placés en activité partielle.

- L'indemnité versée est exclue de l'assiette des cotisations de sécurité sociale (CSG-CRDS)

≥ Quels salariés sont exclus ?

L'article R. 5122-8 du Code du travail **prévoyait deux cas d'exclusion** :

- Lorsque réduction ou la suspension d'activité faisait suite à un conflit collectif. Si la fermeture de l'entreprise ou de l'établissement faisait suite à une grève et que la fermeture durait plus 3 jours l'indemnisation pouvait être accordée ;

- Pour les salariés en forfait heures ou en jours lorsque la mesure consiste en une réduction de l'horaire de travail pratiqué dans l'entreprise. Ces salariés ne pouvaient être placés en activité partielle qu'en cas de fermeture totale de l'établissement au sein duquel ils travaillaient

  ➔ Le Décret a supprimé ce dernier cas d'exclusion. Sur les différents cas de recours, **les salariés en forfait en heures ou en jours sur l'année peuvent donc être placés en activité partielle**.

  ➔ Seul reste donc, le premier cas d'exclusion portant sur les différends collectifs.

Point de vigilance

La décision prise par l'employeur et le placement en activité partielle doit porter sur **une collectivité de salariés et non sur des emplois prédéfinis**.

L'employeur **doit respecter l'égalité de traitement** entre les salariés **et donc être en mesure de justifier sa sélection.**

L'Administration du travail a ajouté une exclusion non prévue par les textes. A priori les stagiaires ne peuvent être placés en activité partielle et bénéficier de l'allocation versée par l'Etat.

b) ***Le cas des salariés titulaire d'un mandat***

≥ **Un Représentant du Personnel peut-il être placé en activité partielle ?**

Le dispositif d'activité partielle étant une mesure collective, le Représentant du Personnel faisant partie du service ou de l'établissement impacté peut être placé, comme tous les salariés, en activité partielle.

Il a été reconnu que la mise en activité partielle ne constitue pas une modification du contrat de travail nécessitant l'accord du salarié. De ce fait, l'employeur n'a pas à recueillir l'autorisation préalable des salariés, un salarié qui s'oppose au dispositif pourrait être sanctionné par l'Employeur.

En dehors des mesures d'urgence adoptées dans le cadre de cadre de la lutte contre le virus COVID 19, un représentant du personnel ne pouvait se voir imposer une mesure de chômage partiel dès lors qu'aucun changement des conditions de travail ne peut lui être imposé sans son accord (Cass. Soc., 18 décembre 2012, n°11-13.813).

L'application stricte du statut protecteur avait justifié l'obligation faite à un employeur qui n'avait pas recueilli l'accord du salarié protégé avant de le placer en chômage partiel, de lui verser la partie du salaire perdue du fait de la mise en œuvre du chômage partiel **(Cass. soc., 19 janvier 2011, n°0943194).**

L'ordonnance du 27 mars 2020 facilite désormais le placement des Représentants du Personnel en activité partielle **en n'imposant plus aux employeurs de recueillir l'accord préalable des salariés titulaires d'un mandat**.

Attention, l'activité partielle ne s'impose aux Représentants du Personnel que lorsque le dispositif affecte la totalité des salariés :

- De l'entreprise,
- De l'établissement,
- Du service,
- De l'atelier.

L'activité partielle peut donc être imposée aux salariés protégés seulement dans l'hypothèse **de cessation ou réduction de l'activité de l'ensemble de la collectivité de salariés à laquelle ils appartiennent**.

Dans toutes les autres hypothèses où une partie des salariés continue d'exercer leurs fonctions, notamment par l'usage du télétravail, l'employeur devra recueillir, avant le placement en activité partielle du salarié protégé, son autorisation. En conséquence, si le salarié protégé n'accepte pas cette modification, l'employeur devra :

- Soit maintenir le salarié en fonction ;
- Soit engager la procédure disciplinaire devant l'Inspecteur du travail en vue de procéder au licenciement du salarié protégé. Le motif de licenciement devra être indépendant de l'exercice du mandat. A défaut de respecter cette procédure, le licenciement est nul.

Point de vigilance

Le Décret en date du 25 mars 2020 s'applique de façon rétroactive aux demandes d'indemnisation faite depuis le 1er mars 2020.

Une telle application rétroactive n'est pas inscrite dans le texte de l'ordonnance du 27 mars 2020.

On peut donc valablement estimer que les employeurs qui n'ont pas sollicité l'accord des salariés protégés avant de les placer en activité partielle entre le 1er mars 2020 et le 27 mars 2020 pourraient être sollicités pour régulariser la situation et verser le complément de rémunération. Bien évidemment, pour toute mise en activité partielle postérieure au 27 mars 2020, l'accord des salariés titulaires de mandats n'est plus d'actualité.

≥ Le représentant du personnel placé en activité partielle peut-il exercer son mandat ?

De jurisprudence constante, l'activité partielle et l'interruption du travail qu'elle entraîne n'ont aucune incidence sur le mandat des représentants du personnel.

Le contrat de travail est suspendu mais pas les mandats.

Dès lors, et à titre d'exemple, l'employeur qui interdit à des élus de pénétrer dans les locaux de l'entreprise et de communiquer avec les salariés qui y assurent un service réduit de permanence, dans un contexte d'activité partielle, peut être à l'origine d'un délit d'entrave et d'une atteinte à l'exercice régulier de leurs fonctions. (Cass. crim., 25 mai 1983, n°82-91.538).

Les salariés qui se trouvent en état d'activité partielle peuvent donc, dans le cadre des prérogatives liées à l'exercice régulier de leurs fonctions représentatives, pénétrer dans l'établissement où travaille une partie, même réduite, des employés avec lesquels leur mission les autorise à communiquer.

Il a également été jugé en ce sens que le "chômage partiel total" – c'est-à-dire lorsque l'entreprise a fermé ses portes – ne suspend pas non plus le mandat représentatif et doit en théorie entraîner les mêmes conséquences.

De la même manière, le représentant du personnel continue à participer aux réunions de l'Instance dont il fait partie et continue à traiter les réclamations individuelles et collectives des salariés qui peuvent être nombreuses durant cette période particulière.

L'exercice du mandat doit évidemment être encadré par le respect des mesures de confinement et de sécurité : en privilégiant les réunions par visioconférence, l'utilisation des outils informatiques pour communiquer avec les salariés (communications par l'intranet de l'entreprise, push-mails etc..) et en mettant en place les mesures de sécurité sur le lieu de l'activité en cas de déplacement.

≥ La rémunération du Représentant du Personnel placé en activité partielle est-elle maintenue ?

Le Représentant du Personnel bénéficie de l'indemnisation versée dans les mêmes limites que les autres salariés placés en activité partielle. Il subira donc une baisse de la rémunération dès lors que l'indemnisation correspond à 84% du salaire horaire net (sur la base d'un temps de travail 35h).

Toutefois, le mandat n'étant pas suspendu, l'employeur doit rémunérer les heures accomplies au titre de celui-ci c'est-à-dire le temps consacré aux réunions qui est assimilé à du travail effectif ainsi que les heures de délégation dont dispose l'Elu **(Cass. Soc., 10 janvier 1989, n° 86-40.350).**

NOS CONSEILS :

Dans les faits, un Représentant du Personnel doit percevoir son indemnisation et la rémunération des heures effectuées au titre de son mandat ce qui peut entrainer une augmentation de la rémunération finale, d'autant que la question de la majoration des heures supplémentaires réalisées se pose.

C'est pourquoi il peut être opportun pour les employeurs, de ne pas placer les Représentants du Personnel en activité partielle ou d'en aménager les modalités surtout s'ils cumulent plusieurs mandats et que l'activité dans ce cadre est intense.

En effet il sera difficile pour l'employeur de justifier auprès de l'administration un arrêt de l'activité du salarié qui continue chaque jour à exercer son mandat. **En cas maintien le salarié en fonction, l'employeur lui verse sa rémunération à 100%**

4. LA PROCEDURE D'OBTENTION DE L'AUTORISATION DE PLACEMENT EN ACTIVITE PARTIELLE

a) *La Consultation du CSE*

≥ L'obligation de la consultation

Le passage en activité partielle impliquant soit une fermeture totale ou partielle d'établissement, soit une réduction du temps de travail relève des attributions générales du CSE.

Avant la mise en œuvre de cette décision, le CSE doit donc être consulté et émettre un avis sur le recours à l'activité partielle.

Le CSE doit disposer de l'ensemble des informations lui permettant d'émettre un avis éclairé et notamment :

- Le motif du recours à l'activité partielle ;
- Les salariés concernés et les modalités de rémunération ;
- Les engagements de l'employeur ;
- Le plan de continuité de l'activité ;
- …

En principe, est joint au dossier envoyé à l'Administration en charge d'autoriser le placement en activité partielle, l'avis préalable du CSE.

≥ Le moment de la consultation

Le Décret du 25 mars 2020 modifie l'article R. 5122-2 du Code du travail et désormais lorsque la demande de placement en activité partielle est motivée :

- Par la réalisation d'un sinistre ou d'intempéries de caractère exceptionnel ;
- Par toute autre circonstance de caractère exceptionnel

Dans ces hypothèses, l'employeur n'a pas à recueillir préalablement l'avis du CSE.

Cet avis peut être recueilli postérieurement à la demande formulée auprès de l'administration, et transmis dans un délai maximal de deux mois à compter de cette demande.

Point de vigilance

Le Décret précise que **l'avis du CSE peut être transmis dans les deux mois suivant l'envoi à l'Administration** de la demande d'autorisation de passage en activité partielle.

Cela ne signifie pas que la consultation ne doit pas être ouverte avant le placement des salariés en activité partielle ce qui implique une transmission préalable de l'ensemble des éléments constituant le dossier d'autorisation préalable au CSE.

La dérogation permet aux employeurs de faire face à une situation d'urgence impliquant le non-respect du caractère préalable de la consultation et du délai de deux mois laissé au CSE pour émettre un avis sur un projet important lorsqu'il a recours à un expert.

Il n'y a plus d'avis préalable du CSE **mais** une information préalable et un avis à posteriori à la mise en œuvre du dispositif.

A notre sens, il convient pour les représentants du personnel de **mettre à profit ce délai accordé à l'employeur**. Ainsi, une fois les informations présentées sur le

recours à l'activité partielle, il convient que les membres du CSE les analysent précisément pour rendre un avis éclairé et complet sur la mise en place du dispositif (inquiétudes sur les motifs et l'ampleur du recours, interrogations sur les informations manquantes…).

Un tel avis, suffisamment éclairé, pourra servir à l'administration notamment pour les contrôles *a posteriori* évoqués par le ministère du travail (***voir présente fiche - 8. CONSEQUENCES EN CAS DE FRAUDE AU DISPOSITIF***).

≥ Quid de l'absence de CSE ?

En l'absence de CSE et en particulier lorsque l'employeur avait pourtant l'obligation de le mettre en place, **le recours à l'activité partielle est toutefois envisageable et autorisé**. En effet, puisque l'ordonnance relative aux IRP procède à la suspension générale de tous les processus électoraux (*voir fiche n° 6 sur le fonctionnement des IRP*), **l'absence de CSE ne peut empêcher l'employeur de mettre en place l'activité partielle**.

Cette position est confirmée par l'administration dans son document d'analyses et de questions/réponses (*Dispositif exceptionnel d'activité partielle, Précisions sur les évolutions procédurales / questions-réponses, 3 avril 2020*).

b) La demande d'autorisation du recours à l'activité partielle

≥ Le moment de la demande d'autorisation formulée par l'employeur

L'employeur souhaitant bénéficier du dispositif d'activité partielle doit **formuler une demande** qu'il adresse au préfet du département où est implanté l'établissement concerné avant de placer les salariés en activité partielle.

L'employeur doit donc, généralement, recevoir une autorisation préalable de l'Administration pour pouvoir bénéficier des mesures spécifiques liées à l'activité partielle.

Une dérogation à l'obtention d'une autorisation préalable était prévue à l'article R. 5122-3 du Code du travail lorsque la suspension d'activité était due à un sinistre ou à des intempéries. Dans cette hypothèse **l'employeur a 30 jours après la mise en œuvre de l'activité partielle pour adresser sa demande à l'Administration.**

Le Décret étend cette dérogation lorsque l'activité partielle est justifiée par :

- la réalisation d'un sinistre ou d'intempéries de caractère exceptionnel ;
- toute autre circonstance de caractère exceptionnel ;

L'administration a précisé, dans son document Questions/Réponses, que ce délai de 30 jours n'est **pas applicable aux demandes d'autorisation formulées avant le 30 avril 2020**. Cela vise à faciliter les demandes de recours au dispositif dans les circonstances exceptionnelles actuelles. Selon l'administration, le délai de 30 jours ne sera opposable qu'aux demandes formulées après le 30 avril 2020.

≥ Le contenu de la demande

L'employeur doit préciser dans sa demande préalable d'autorisation d'activité partielle :

- Les motifs justifiant le recours à l'activité partielle ;
- La période prévisible de sous-activité ;
- Le nombre de salariés concernés.

≥ La durée de l'autorisation

Sur la période de mise en œuvre de l'activité partielle, avant l'adoption du décret, l'autorisation délivrée par l'Administration ne valait que pour une durée de 6 mois renouvelable.

Cette durée est étendue.

L'autorisation est accordée pour une durée maximale de 12 mois.

≥ La procédure de la demande

L'employeur adresse sa demande de manière dématérialisée au lien suivant : www.activitepartielle.emploi.gouv.fr.

En ce qui concerne la réponse de l'Administration, hors contexte exceptionnel, l'Administration dispose d'un **délai de 15 jours** pour rendre sa décision autorisant ou refusant le placement en activité partielle. Si elle ne répond pas explicitement dans ce délai, le silence vaut acceptation.

Depuis le début de la déclaration d'état d'urgence sanitaire, le gouvernement enjoint à l'administration du travail de traiter prioritairement les demandes relatives au Covid-19 et de répondre **dans les 2 jours.**

Le décret du 25 mars 2020 a entériné ce délai dérogatoire de 2 jours.

Ce délai raccourci s'applique **jusqu'au 31 décembre 2020 au plus tard**.

A défaut de réponse dans les deux jours, le placement en activité partielle est réputé avoir été autorisé.

Points de vigilance

A défaut de précision sur les modalités d'appréciation du délai de 2 jours, il s'agit de jours calendaires. Il convient d'appliquer les règles de droit commun neutralisant le jour de l'envoi de la demande ainsi que le jour de l'expiration du délai si celui-ci tombe un dimanche ou jour férié.

Le message de l'Administration est clair : les contrôles seront stricts pour ne pas permettre d'abus dans l'usage du recours à l'activité partielle financée par la solidarité nationale.

Une autorisation implicite ne signifie pas l'absence de contrôle *a posteriori* et de contentieux lorsque les motifs invoqués pour bénéficier du dispositif financé par l'Etat n'étaient pas valables et donc que l'entreprise n'était pas en situation de difficultés justifiant le recours au dispositif.

Il nous apparait essentiel que l'entreprise souhaitant bénéficier du dispositif joigne à sa demande un argumentaire sur les postes nécessitant le passage en activité partiel en mettant en avant les moyens mis en œuvre pour éviter le recours au dispositif (télétravail, organisation des services, congés…).

La demande d'activité partielle doit être un dispositif envisagé si aucune autre option ne peut être mise en œuvre.

L'employeur n'est pas contraint de formuler une demande globale et peut adapter sa demande en fonction de l'évolution de la situation et maintenir pour le temps nécessaire, l'activité de certains services.

Ce délai de 48 heures **a été sécurisé** par l'ordonnance n° 2020-386 du 1er avril 2020 en excluant le délai d'instruction de l'administration en matière d'activité partielle, des délais suspendus visés l'article 7 de l'ordonnance n°2020-306 relatif à l'aménagement des procédures administrative au cours de l'état d'urgence sanitaire, laquelle précise que la suspension des délais administratif ne concerne pas ce délai spécifique.

5. LA REMUNERATION

Points de vigilance

Il faut bien distinguer **l'indemnisation que perçoit le salarié** placé en activité partielle versée par son employeur et **l'allocation qui est la somme versée par l'Etat à l'employeur** qui a reçu l'autorisation de mise en œuvre de l'activité partielle.

a) *Les règles de calcul de l'indemnisation versée par l'employeur*

Durant toute la période d'activité partielle, les salariés concernés perçoivent une indemnité calculée sur la base d'un taux horaire.

Les salariés perçoivent une indemnisation égale à 70% de leur rémunération brute ramenée à taux horaire calculé sur la base soit de la durée légale du travail, soit de la durée applicable dans l'entreprise, ou de la durée prévue au contrat de travail si elle est inférieure.

L'employeur verse directement au salarié cette indemnité. Dans un second temps, l'employeur percevra de l'Administration l'allocation qui lui est due.

Par conséquent, **les salariés placés en activité partielle continueront à recevoir un bulletin de paie** qui devra faire référence :

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

≥ Sur les modalités de calcul de l'indemnisation

L'indemnisation équivalente à 70% du salaire brut correspond à 84% du salaire net horaire.

Pour calculer la rémunération maintenue il faut procéder par étape :

1- Calculer la rémunération brute du salarié à prendre en considération ;
2- Ramener la rémunération sur la base de la durée légale du travail ;
3- Appliquer le pourcentage de rémunération fixé à 70%.

Point de vigilance

Vérifiez les dispositions conventionnelles applicables.

Certaines conventions de branche prévoient un maintien à 100% de la rémunération des salariés placés en activité partielle. Par exemple, l'accord national de la métallurgie du 28 juillet 1998 sur l'organisation du travail prévoit un maintien total de la rémunération des cadres en forfait jours, la convention collective de branche des bureaux d'études techniques dite SYNTEC prévoit aussi des mesures propres à l'activité partielle. Il est donc important de vérifier les dispositions conventionnelles applicables.

En cas de maintien prévu par la convention, l'employeur prend à sa charge la différence entre le salaire et l'allocation versée par l'Etat.

1- Sur l'assiette de calcul de l'indemnité d'activité partielle, c'est à dire la rémunération brute prise en compte pour le calcul de l'indemnité

La rémunération prise en compte est égale à la **rémunération brute servant d'assiette de calcul pour l'indemnité de congés payés** lorsqu'est appliquée, non pas la règle du dixième, mais **la règle du maintien de salaire**.

Pour calculer la rémunération que le salarié aurait perçu s'il avait continué à travailler il faut prendre en compte :

- Le salaire gagné dû pour la période précédant le congé ;
- La durée du travail effectif de l'établissement.

En ce qui concerne la période de référence, il s'agit dont de prendre en compte le salaire perçu juste avant le placement en activité partielle.

Point de vigilance

Aucune précision n'est donnée quant à la période de référence à prendre en compte. Le renvoi aux dispositions applicables en cas de calcul du maintien de rémunération dans le cadre des congés payés laisse à supposer que l'employeur devra appliquer la méthode de calcul habituelle permettant de déterminer le salaire de référence en cas de maintien de salaire.

Il nous semble que par application stricte du texte susvisé, l'employeur devrait se baser sur le salaire du mois précédant le passage en activité partielle en intégrant au prorata les primes annuelles qui doivent être incluses dans l'assiette de rémunération.

Si cela est plus favorable aux salariés, l'employeur pourrait également calculer la rémunération moyenne du salarié sur les 12 mois précédents le passage en activité partielle.

Cette position a été confirmée par le décret du 16 avril 2020 qui prévoit que, pour les salariés qui bénéficient d'éléments de rémunération variables ou versés selon une périodicité non mensuelle, l'employeur **doit tenir compte de la moyenne des éléments de rémunération variables perçus au cours des douze mois civils** (ou sur la totalité des mois travaillés si moins de 12 mois d'ancienneté), précédant le premier jour de placement en activité partielle de l'entreprise.

Les éléments de rémunération à prendre en compte sont identiques à ceux servant à déterminer l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés, c'est à dire que sont prises en compte tous les éléments de salaires :

- Qui ont un caractère obligatoire pour l'employeur ;
- Qui sont versés en contrepartie du travail effectué par le salarié ;
- Qui ne correspondent pas à un remboursement de frais.

Exemples : les rémunérations variables, les majorations pour heures supplémentaires, les majorations pour travail le dimanche, sont prises en compte dans l'assiette de calcul

Un débat subsiste, notamment quant à la prise en compte des heures supplémentaires dans l'assiette de calcul.

A notre sens, leur inclusion dans l'assiette de calcul, outre qu'elle nous apparait le plus adaptée, est conforme à la lettre du texte de la loi et également confirmée par la documentation technique de l'administration datant de juillet 2013, actualisée en 2015 (DGEFP juillet 2015, fiche n° 6, 6-1).

L'article 3 du décret du 16 avril 2020 apporte quelques précisions sur l'assiette de calcul de l'indemnité d'activité partielle en prévoit expressément l'exclusion :

- les sommes représentatives de **frais professionnels** ;
- les éléments de rémunération qui **ne sont pas la contrepartie du travail effectif ou ne sont pas affectés par la réduction ou l'absence d'activité et sont alloués pour l'année.**
- l'éventuelle **fraction de rémunération correspondant au paiement de l'indemnité de congés payés**, qui doit être maintenue par l'employeur au titre du paiement de l'indemnité de congés payés.
  NB : cette situation concerne uniquement les employeurs qui versent, tous les mois, l'indemnité de congés payés.

A titre d'information, certaines DIRECCTE se sont positionnées sur la question et notre analyse a été adoptée notamment dans une fiche relative au calcul de l'indemnité horaire réalisée par la DIRECCTE Hauts-de-France (30 mars 2020) ayant intégré le tableau récapitulatif suivant concernant le calcul de l'assiette de l'indemnité d'activité partielle :

Sommes	Prise en compte ?
Salaire de base	**Oui**
Majoration de salaire (heures supplémentaires, travail de nuit, etc.)	**Oui**
Indemnités perçues pendant des périodes assimilées à du travail effectif (congé maternité, congé de paternité et d'accueil de l'enfant ou arrêt de travail pour accident de travail ou maladie professionnelle par exemple)	**Oui**
Prime d'ancienneté	**Oui**
Prime d'assiduité	**Oui**
Prime d'astreinte	**Oui**
Commissions pour les commerciaux	**Oui**
Prime d'expatriation	**Oui**
Avantages en nature	**Oui**
Prime de fin d'année	Non
Prime d'intéressement	Non
Prime de bilan	Non
Prime de participation	Non
Frais professionnels	Non
13ème mois	Non

Point de vigilance

Le ministère du travail a récemment pris position dans son document questions-réponses au sujet de l'activité partielle notamment sur la question du calcul du taux horaire.

Son analyse diffère de la nôtre et notamment sur la question centrale du sort des heures supplémentaires, notamment structurelles.

La position de l'administration est donc d'exclure toutes les heures supplémentaires au motif que les heures supplémentaires ne sont pas éligibles à l'activité partielle et ne peuvent donc pas être prises en compte dans l'assiette de calcul de l'indemnité.

Au regard de cette position nouvelle, le calcul devrait, selon l'administration, être réalisé sur la base de la seule rémunération versée pour 35 heures, ramenée à un taux horaire.

Selon nous, cette position est critiquable à plusieurs égards et notamment en ce qu'elle ne respecte pas la lettre de l'article L.3141-24 du Code du travail sur laquelle se fonde le calcul de l'indemnité d'activité partielle.

Remarque : l'article 3 du décret du 16 avril 2020, évoqué **ne vise pas l'exclusion des heures supplémentaires de l'assiette de calcul de l'indemnité d'activité partielle**, comme a cru bon de le faire l'administration dans son document Questions-Réponses.

2- Sur la détermination du taux horaire en fonction de la durée du travail

La rémunération considérée est ensuite ramenée à un montant horaire calculé en fonction de la **durée légale du travail** (soit 35 heures) ou, lorsqu'elle est inférieure, en fonction de la durée collective du travail ou la durée stipulée au contrat de travail du salarié.

Ce calcul permet d'obtenir le taux horaire auquel sera appliqué le pourcentage de 70%.

Point de vigilance

Sur cette question, en l'absence de précision règlementaire, les avis divergent, notamment en ce qui concerne le calcul du taux horaire pour les salariés travaillant plus que 35 heures par semaine.

Selon l'article R.5122-18 du code du travail l'assiette de rémunération prise en compte pour déterminer l'indemnité d'activité partielle doit être « ***ramenée à un montant horaire sur la base de la durée légale du travail applicable dans l'entreprise*** *ou, lorsqu'elle est inférieure, la durée collective du travail ou la durée stipulée au contrat de travail.* ».

La question est celle de savoir ce que l'on doit entendre par la durée légale du travail applicable dans l'entreprise.

Ni la documentation technique ni le questions/réponses de l'administration n'ont tranché cette question.

A notre sens et ce peu importe la durée du travail effective du salarié, il convient, pour obtenir le taux horaire, **de diviser la rémunération brute retenue par une base 35h**. Ce calcul serait le plus favorable aux salariés dans la mesure où cela permettrait indirectement d'indemniser les heures réalisées au-delà de la durée légale de 35 heures en les prenant en compte dans le calcul du taux horaire.

Une autre solution tendrait à diviser la rémunération brute retenue par le temps de travail effectivement réalisé par le salarié, ce qui reviendrait à diminuer le taux horaire de celui-ci. A notre sens, cette solution n'est pas cohérente au regard de la lettre du texte.

Pour comprendre cette analyse, nous fournirons des exemples pratiques en c) (voir présente fiche - c) Illustrations de calcul de l'indemnisation).

3- Sur le montant de l'indemnisation

Selon la loi, l'indemnisation devant être versée par l'employeur correspond **à 70% du taux horaire obtenu**.

Toutefois, si après versement de l'indemnité d'activité partielle, la rémunération d'un salarié est inférieure à la rémunération mensuelle minimale (RMM garantie = SMIC net pour un temps plein), l'employeur est dans l'obligation de lui verser **une allocation complémentaire qui est égale à la différence entre la rémunération mensuelle minimale (ou SMIC net) et la somme initialement perçue par le salarié**.

≥ Sur les modalités d'application de ces règles de calcul à certaines catégories de salariés

- **Pour les salariés à temps partiel**, le taux horaire pris en compte pour le calcul du montant de l'indemnisation ne peut être inférieur au taux horaire du SMIC.

  Toutefois, si avant le passage en activité partielle, le taux horaire appliqué au salarié à temps partiel était inférieur au SMIC (cas des jeunes travailleurs de moins de 18 ans qui touchent moins que le SMIC et qui justifient de moins de 6 mois de pratique professionnelle dans la branche d'activité dont ils relèvent), le taux horaire qui sera pris en compte sera celui qui lui était applicable avant le recours au dispositif de l'activité partielle. Autrement dit, dans ce cas, le taux horaire de l'indemnité d'activité partielle sera égal à son taux horaire de rémunération.

- **Pour les salariés en forfait heures ou jours sur l'année**, le nombre d'heures pouvant justifier l'allocation de l'indemnisation **correspond aux jours de fermeture ou aux jours de réduction de l'horaire de travail** pratiquée dans l'établissement, à due proportion de cette réduction.

  Les salariés en forfait qui sont placés en activité partielle en raison de la réduction de l'horaire de travail percevront une allocation pour les heures/jours non travaillés.

  Il va donc falloir effectuer une conversion entre les jours non travaillés et les heures indemnisables selon les règles confirmées par le décret du 16 avril 2020.

EN PRATIQUE :

Un jour non travaillé correspond à 7 heures et une demi-journée non travaillée correspond à 3,5 heures. A toute fin utile, le décret précise également qu'une semaine non travaillée équivaut à 35 heures.

- **Pour les salariés en contrat d'apprentissage**, l'indemnisation versée ne peut être supérieure au montant de la rémunération normalement due par l'employeur. Les heures consacrées au cours de l'apprenti ne sont pas indemnisables. L'indemnité est calculée sur la base du pourcentage du SMIC qui leur est applicable, défini à l'article D. 6222-26 du Code du travail.

  L'article 6 de l'Ordonnance n° 2020-428 du 15 avril 2020 donne plus de précisions sur la rémunération des apprentis et des bénéficiaires de contrats de professionnalisation afin que celle-ci soit au moins égale au SMIC.

- les salariés en contrat d'apprentissage ou de professionnalisation dont la rémunération est inférieure au SMIC, reçoivent une indemnité horaire d'activité partielle, **versée par leur employeur,** d'un montant égal au pourcentage du salaire minimum interprofessionnel de croissance qui leur est applicable au titre des dispositions du code du travail et, s'il y a lieu, des dispositions conventionnelles applicables à l'entreprise.

- les salariés en contrat d'apprentissage ou de professionnalisation dont la rémunération est supérieure ou égale au salaire minimum interprofessionnel de croissance, reçoivent une indemnité versée par l'employeur égale à 70 % de la rémunération horaire brute antérieure du salarié, lorsque le résultat de ce calcul est supérieur à 8,03 euros (SMIC horaire). Lorsque ce résultat est inférieur ou égal à 8,03 euros, l'indemnité horaire d'activité partielle est égale à 8,03 euros.

- **Pour les salariés relevant d'un secteur d'activité où le régime des heures d'équivalence**, l'ordonnance du 27 mars 2020 a précisé que les heures d'équivalence rémunérées durant la période de référence sont prises en compte pour calculer le montant de l'indemnité versée durant la période d'activité partielle.

POUR RAPPEL :

Le régime d'équivalence est un mode particulier de détermination du temps de travail effectif applicable aux salariés effectuant un travail au cours duquel il y a des périodes dites « *d'inaction* ».

Ces heures d'inaction ne sont pas rémunérées comme du temps de travail effectif mais, comme le salarié demeure à la disposition de son employeur, comme des heures équivalentes.
Le régime d'équivalence ne peut être mis en place que par un accord ou une convention de branche étendu ou par décret.

L'administration a apporté des **précisions quant aux modalités de prise en charge des heures d'équivalence**, dans une annexe dédiée (*Dispositif exceptionnel d'activité partielle, Précisions sur les évolutions procédurales / questions-réponses, 3 avril 2020*).

Elle indique que l'agence de services et de paiement dispose d'un système d'information paramétré de telle sorte qu'on ne peut déclarer que 35 heures hebdomadaires.

L'administration invite, selon la même méthode que celle que nous préconisons pour un salarié dont la durée du travail est supérieure à 35 heures, à neutraliser le fait que l'indemnisation soit limitée à 35 heures, en majorant le taux horaire. Cette majoration s'effectue en prenant en compte la rémunération habituellement perçue et en la ramenant à un taux horaire sur la base de 35 heures.

> *A titre d'exemple : la convention collective nationale des entreprises techniques au service de la création et de l'évènement prévoit un régime d'équivalence applicable à certains emplois. Pour ces salariés il est admis que 15 heures de travail correspondent à 12 heures de travail effectif. Les heures allant de 12 à 15 heures ne sont pas rémunérées comme du travail effectif mais indemnisées dans des conditions définies par des accords spécifiques.*

Pour ces salariés, l'ordonnance a précisé qu'il est tenu compte des heures d'équivalence rémunérées pour le calcul de l'indemnité et de l'allocation d'activité partielle.

De plus pour la détermination de la durée du travail de référence, est prise en compte la durée considérée comme équivalente est prise en compte en lieu et place de la durée légale du travail.

• Pour les salariés intérimaires :

Selon le document technique du ministère (Doc. technique DGEFP août 2013, fiche n° 7.1.) le bénéfice de l'activité partielle pour les salariés d'une entreprise de travail temporaire est possible dès lors que l'établissement dans lequel ces salariés intérimaires ont été détachés a lui-même placé ses propres salariés en activité partielle.

Toutefois, selon la DGEFP, si le salarié intérimaire est détaché dans un établissement qui recourt à l'activité partielle au moment de son arrivée, il ne pourra pas être placé lui-même en activité partielle pendant la totalité de la période d'autorisation.

L'ordonnance du 15 avril 2020 donne quelques précisions sur la rémunération des salariés de ces entreprises de travail temporaire soumis au dispositif de l'activité partielle.

Il y est ainsi prévu qu'ils bénéficieront d'une allocation complémentaire dans le cas d'une réduction de l'horaire de travail au-dessous de la durée légale hebdomadaire dans les conditions fixées à l'article L3232-5 du code du travail. Cette allocation complémentaire sera égale à la différence entre la rémunération minimale et la somme que le salarié intérimaire aura effectivement perçue.

• **Pour les salariés relavant du secteur de la pêche (marins-pêcheurs) :**

L'ordonnance du 15 avril 2020 prévoit que la rémunération horaire prise en compte pour le calcul de l'indemnité d'activité partielle des marins pêcheurs sera précisée par les dispositions d'un décret à paraitre. Ce décret aura pour objectif d'adapter le régime de l'activité partielle aux spécificités des marins-pêcheurs, qui disposent pour une grande part d'entre eux d'une rémunération fondée sur les profits tirés de la pêche (Article L5544-35 du code des transports).

• **Pour les salariés personnel navigant (alternance jours d'activité et d'inactivité):**

Le décret du 16 avril 2020 a précisé les modalités de calcul des heures devant donner lieu à indemnisation.

Ainsi, ce nombre d'heures résulte de la **différence entre le nombre de jours d'inactivité constatés et le nombre de jours d'inactivité garantis si le salarié avait effectivement travaillé sur la période**. Ce nombre de jours doit être converti en heures, selon la règle suivante : chaque jour d'inactivité au-delà du nombre de jours d'inactivité garantis correspond à **8,75 heures chômées**, dans la limite de 35 heures par semaine.

• **Pour les VRP :**

Le décret du 16 avril 2020 a précisé les modalités de calcul de l'indemnité d'activité partielle pour ce type de salariés.

Concernant l'assiette de rémunération à prendre en compte, le décret précise que la rémunération retenue est celle de la moyenne des 12 mois précédents le placement en activité partielle (ou de tous les mois travaillés si moins de 12 mois

d'ancienneté). **Concernant le calcul du taux horaire**, il convient de ramener cette rémunération mensuelle moyenne à la durée légale de 35 h. **Concernant le nombre d'heures indemnisables**, il correspond, dans la limite de la durée légale, à la différence entre la rémunération moyenne retenue et le salaire effectivement perçu sur le mois considéré, ramenée au taux horaire calculé.

• **Pour les pigistes :**

Le décret du 16 avril 2020 a précisé les modalités de calcul de l'indemnité d'activité partielle pour cette catégorie de salariés.

Concernant les journalistes pigistes éligibles, il faut remplir **l'une des deux conditions suivantes** :

- Avoir bénéficié au minimum de **trois bulletins mensuels de pige sur les douze mois civils** (dont deux dans les quatre derniers mois) précédant la date du placement en activité partielle ;
- Avoir collaboré à la dernière parution dans le cas d'une publication trimestrielle.

Concernant l'assiette de rémunération à prendre en compte, le décret précise que la rémunération retenue est celle de la moyenne des 12 mois précédents le placement en activité partielle (ou de tous les mois travaillés si moins de 12 mois d'ancienneté).

⚠

Comme pour tous les salariés, la rémunération prise en compte **exclue les faits professionnels**.

Le décret crée **un coefficient de référence**, qui vise à permettre le calcul du taux horaire et du nombre d'heures indemnisables et **ne peut être supérieur à 1**.

Concernant la détermination d'un coefficient de référence, il est déterminé en rapportant le montant de la rémunération moyenne au salaire minimum mensuel de rédacteur du barème applicable dans l'entreprise concernée ou, à défaut, dans la forme de presse considérée au titre de la même période de référence ou, à défaut, par le salaire minimum interprofessionnel de croissance.

<u>Exemple de calcul du coefficient de référence :</u> Si un journaliste pigiste a perçu en moyenne sur les 12 derniers mois 1.200 euros et que le salaire minimum lui étant applicable est le SMIC, son coefficient de référence sera égal à : 1200/1539,42 = 0,779

Concernant le calcul du taux horaire, il convient de ramener cette rémunération mensuelle moyenne à la durée légale de 35 h, à laquelle est éventuellement appliqué le coefficient de référence.

<u>Exemple de calcul du taux horaire :</u> Taux horaire = 1200/(151.67x0.779) = 10,15 euros, soit une indemnité d'activité partielle par heure chômée équivalente à 7,11 euros.

Point de vigilance

Il nous semble que rien ne s'oppose à ce que les journalistes professionnels rémunérés à la pige bénéficient du taux horaire minimum prévu par l'alinéa 2 de l'article D.5122-13 : soit 8,03 euros.

Dans cet exemple, on obtient un taux de 7,11 euros, inférieur à 8,03 euros. L'employeur devra assurer le complément.

Concernant le nombre d'heures indemnisables, il est limité à la durée légale du travail à laquelle est éventuellement appliqué le coefficient de référence.

<u>Exemple de calcul du nombre maximal d'heures indemnisables :</u>

*Le nombre d'heures indemnisable est de 151,67*0,779 = 118,15h*

Concernant le calcul de l'indemnisation due, il correspond à la différence entre la rémunération moyenne retenue et le salaire effectivement perçu sur le mois considéré en cas de travail réalisé, ramenée au taux horaire calculé.

Si le journaliste a perçu 600 euros au titre des piges réalisées sur le mois de mars : Nbr d'heures = (1200 - 600)/10,15 = 59,11 heures indemnisables au titre de l'activité partielle pour le mois de mars au taux de 8,03 euros par heure (7,11 euros augmenté jusqu'au minimum légal), soit la somme de 474,65 € en plus des piges déjà perçues.

Si le journaliste n'a pas perçu de piges au titre du moins de mars, il bénéficiera du total des heures indemnisables au taux de 8,03 euros, soit : 118,15 x 8,03 = 948,74 €.

• **Pour les salariés des professions de la production cinématographique, de l'audiovisuel ou du spectacle :**

Le décret du 16 avril 2020 a également précisé les modalités de calcul de l'indemnité d'activité partielle pour cette catégorie de salariés.

Concernant le nombre d'heures indemnisables, il correspond, dans la limite de la durée légale, à 7 heures par cachet contractuellement programmé, mais non réalisé en raison d'une annulation liée à l'épidémie de covid-19 et dans la limite de 7 heures par jour de travail pour les travailleurs auxquels le cachet n'est pas applicable.

- Ce décret du 16 avril 2020 a également précisé certaines règles d'indemnisation particulières pour **les artistes du spectacle, mannequins ou encore les travailleurs à domicile.**

≥ L'indemnisation pour les salariés en formation

Les salariés placés en activité partielle peuvent bénéficier d'actions de formation. Dans ce cas, l'indemnité versée au salarié est majorée**. Elle est alors égale à 100%** de son salaire net horaire. Il est possible de s'interroger sur la faculté à mettre en place ce type de dispositif au regard des circonstances tout à fait exceptionnelles rencontrées.

Point de vigilance

L'Ordonnance du 27 mars 2020 a restreint ce dispositif spécial en précisant que le maintien de la rémunération ne s'applique qu'aux formations accordées par l'employeur avant la publication de l'ordonnance, soit le 28 mars 2020.

Toutes les formations accordées après le 28 mars ne permettront pas un versement d'une indemnité égale à 100% du salaire net horaire.

c) ***Sur l'allocation d'activité partielle versée aux employeurs***

≥ Sur le montant de l'allocation

L'employeur perçoit une allocation de l'Etat dès lors que le placement des salariés en activité partielle a été autorisé.

Le Décret du 25 mars 2020 a modifié les modalités de calcul de cette allocation.

Désormais, en lieu et place d'une allocation forfaitaire fixe par heure chômée, les employeurs percevront une allocation égale à 70 % de la rémunération horaire brute de chaque salarié.

Le taux horaire minimum est désormais identique quelle que soit la taille de l'entreprise et ne peut être inférieur à 8,03 euros. Il n'y a plus de différence entre le taux horaire pratiqué en métropole et celui appliqué à Mayotte et qui était bien plus bas.

Un plafond est fixé correspondant à 4.5 fois le taux horaire du SMIC.

Point de vigilance

Sur la prise en charge à 100% annoncée par le Président de la République : ce dernier a annoncé qu'en principe, le dispositif mis en place permettra de couvrir 100% des indemnisations versées aux salariés par les entreprises dans le cadre de l'activité partielle

Il s'agit là d'un financement à 100% de l'indemnité correspondante à 70% de la rémunération brute et dans la limite de 4.5 fois e SMIC

Il n'y a donc pas de maintien de salaire à 100% au bénéfice du salarié mais ce maintien peut faire l'objet d'une négociation car l'employeur a la faculté de compléter l'indemnisation pour garantir un maintien de salaire plus favorable.

≥ Sur le contingent d'heures indemnisables

Le financement de l'activité partielle est plafonné.

Le contingent d'heures correspond à l'ensemble des heures qui pourront donner lieu à un remboursement par l'état sur l'ensemble de la période d'activité partielle.

Ce contingent a été établi, jusqu'au 31 décembre 2020, **à 1607 heures par salarié**, par l'arrêté du 31 mars 2020.

L'administration a rappelé que la demande de remboursement n'est pas obligatoire. L'employeur peut appliquer les règles relatives à l'indemnité d'activité partielle (et notamment le régime social spécial) sans pour autant demander le remboursement des indemnités versées auprès de l'Agence de Services et de Paiement (ASP).

En pratique : comment est versée l'indemnisation par l'employeur ?

Attention, **seules les heures comprises entre la durée légale (35 heures) et la durée effectivement travaillée sur la période d'activité partielle donne lieu à indemnisation** (par l'Etat et par l'employeur).

Les heures accomplies au-dessus de la durée légale, collective ou stipulée au contrat ne font l'objet, **ni d'un versement par l'Etat à l'employeur de l'allocation d'activité partielle, ni d'un versement par l'employeur à ses salariés d'une indemnité**, sauf à ce que l'employeur se soit expressément engagé, par un accord collectif par exemple, à maintenir la rémunération en cas d'activité partielle (Circulaire DGEFP n°2013-12 du 12 juillet 2013 relative à la mise en œuvre de l'activité partielle et site internet du ministère du travail).

En d'autres termes, les heures chômées, au-delà des 35 heures (heures supplémentaires habituelles), ne sont pas directement indemnisées dans le cadre du dispositif d'activité partielle mais doivent, à notre sens être pris en compte dans le calcul du taux horaire de l'indemnité versée par l'employeur (*sur l'inclusion des heures supplémentaires dans l'assiette de rémunération : voir présente fiche - 1- Sur l'assiette de calcul de l'indemnité d'activité partielle, c'est à dire la rémunération brute prise en compte pour le calcul de l'indemnité*).

c) *Illustrations de calcul de l'indemnisation*

Nous prendrons deux exemples pour illustrer les calculs de l'indemnisation des salariés.

Exemple 1 : un salarié A, dans une entreprise dont la durée du travail est de 35 heures hebdomadaires, dont le salaire est de 2.200 euros bruts par mois (faisant face à une interruption totale d'activité soit 35 heures chômées)

Exemple 2 : un salarié B, dans une entreprise dont la durée de travail est de 40 heures hebdomadaires, dont le salaire est de 3.000 euros (faisant face à une

réduction d'horaires à 20 heures travaillées soit 15 heures chômées jusqu'à la durée légale de 35 heures)

Exemple 1 :

- Calcul du taux horaire du salarié A : 2200 / 151,67 = 14,51 euros
- Calcul de l'indemnité horaire d'activité partielle : 14,51 x 0,7 = 10,16 euros
- Indemnité hebdomadaire d'activité partielle : 10,16 x 35 = **355,60 euros seront versés à titre d'indemnisation chaque semaine**

Exemple 2 :

- Calcul du taux horaire du salarié B : 3000 / 151.67 = 19.78 euros
- Calcul de l'indemnité horaire d'activité partielle : 17,32 x 0,7 = 13,85 euros
- Indemnité hebdomadaire d'activité partielle : 13,85 x 15 = 207,75 euros **seront versés à titre d'indemnisation chaque semaine**

NB : dans l'exemple 2, seules 15 heures sont indemnisées car dans les 40 heures habituellement réalisées dans l'entreprise, les 5 heures au-delà de la durée légale ne donnent pas droit à indemnisation.

Cependant, les heures supplémentaires habituellement réalisées entrent, selon nous, dans la rémunération prise en considération pour calculer le taux horaire du salarié en question. De plus, ledit taux est calculé sur la base de la durée légale de travail (35h) et non de la durée effectivement réalisée par le salarié habituellement (40h), ce qui est favorable au salarié dans cette situation.

De manière générale, le **calcul du montant de l'indemnité** perçue par le salarié, **en cas d'interruption totale d'activité**, par semaine, sera donc le suivant (dans une entreprise dont la **durée de travail est de 35 heures**) :

$$\frac{\text{Rémunération mensuelle du salarié}}{151,67} \times 0.7 \times 35$$

En outre, le **calcul du montant de l'indemnité** perçue par le salarié, **en cas d'interruption totale d'activité**, par semaine, sera donc le suivant (dans une entreprise dont la **durée de travail est de 40 heures**) :

$$\frac{\text{Rémunération mensuelle du salarié}}{\text{151,67}} \times 0.7 \times 35$$

(Incluant les heures supplémentaires notamment)

Point de vigilance

Pour rappel, ces recommandations de calcul ne sont pas conformes à la dernière position de l'administration sur le sujet, qui préconise l'exclusion des heures supplémentaires du calcul de la rémunération à prendre en compte (*Q/R Recours exceptionnel dispositif activité partielle – 10 avril 2020*).

Cette position est toutefois contestable et n'a pas de valeur normative contraignante.

En ce qui concerne **le calcul de l'indemnité pour les salariés en forfait jours**, le taux horaire est calculé en divisant la rémunération mensuelle du salarié par la durée légale de travail ramenée au mois (151,67).

Il faut en outre retenir, selon l'administration du travail, **le nombre de journées, ou demi-journées chômées**, lequel est multiplié forfaitairement par 7 heures pour une journée chômée, ou 3,5 heures pour une demi-journée chômée.

Cela a été confirmé par le décret du 16 avril 2020, dans lequel il est également précisé que les jours de congés payés et de repos pris au cours de la période d'activité partielle qui correspondent à des jours ouvrés sont convertis en heures pour être déduites du nombre d'heures non travaillées et indemnisées.

A titre d'exemples :

Un salarié bénéficie d'une **convention de forfait annuel de 218 jours**. Au cours d'un mois, son établissement ferme pendant 5 jours.

→ A ce titre, le salarié sera indemnisé d'un montant égal à :

35 heures (5 jours x 7 h) x taux horaire x 0,7

Un salarié bénéficie d'une **convention de forfait annuel de 1 607 heures**. Au cours d'un mois, son établissement ferme pendant 8,5 jours.

→ A ce titre, le salarié sera indemnisé d'un montant égal à :

59,5 heures ((8 jours x 7 h) + 3,5 h) x taux horaire x 0,7.

6. CONSEQUENCES DE L'ACTIVITE PARTIELLE SUR LE CONTRAT DE TRAVAIL

Pendant la durée d'activité partielle, **le contrat de travail des salariés est suspendu**.

a) Sur l'acquisition et l'indemnité de congés payés

En vertu de l'alinéa 2 de l'article R.5122-11 du Code du travail, **la totalité des heures chômées au titre de l'activité partielle est prise en compte pour le calcul de l'acquisition des droits à congés payés**.

Toutefois et logiquement, les indemnités versées à l'occasion de l'activité partielle n'entrent pas dans le calcul de l'indemnité de congés payés.

Il faut, pour l'employeur, soit procéder selon la règle du maintien du salaire soit celle du dixième (***voir notamment CJUE, 13 décembre 2018, aff. C-385/17).*** Cette règle provient du principe selon lequel la Cour considère que le salarié doit pouvoir percevoir sa rémunération ordinaire pendant la durée de son congé annuel minimal de quatre semaines.

b) Sur les accessoires du salaire (primes, 13e mois…)

La jurisprudence a déjà tranché la question de l'assiette de calcul des accessoires de salaire, et notamment des primes de 13e mois et d'ancienneté en décidant que les indemnités versées à l'occasion de l'activité partielle devaient entrer notamment dans l'assiette des rémunérations servant au calcul de la prime de treizième mois (**Cass. soc., 26 novembre 1996, n°94-40.266 ; Cass. soc., 16 janvier 1992, n°88-43.631).**

De plus, sauf dispositions plus favorables, il semblerait que le montant des primes versées aux salariés peut être affecté par leur mise en activité partielle notamment lorsque celles-ci sont calculées en fonction du nombre d'heures de travail réellement effectuées ou du salaire réellement perçu.

c) Sur les indemnités de rupture et ses suites

S'agissant de l'indemnité de licenciement, l'article R.1234-4 du Code du travail dispose que le salaire à prendre en compte pour le calcul de cette indemnité est, selon le plus favorable au salarié, le salaire moyen des 3 ou 12 derniers mois de travail précédant le licenciement.

La Cour de cassation a déjà pu juger à ce sujet que la rémunération servant de base de calcul à l'indemnité de licenciement devait être celle que le salarié aurait perçue s'il n'avait pas été mis en activité partielle (Cass. soc., 27 févr. 1991, n°88-42.705 ; Cass. soc., 9 mars 1999, n°96-44.439).

L'employeur doit donc **neutraliser la période d'activité partielle**, pour ce qui est des indemnités éventuellement versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail.

De même, en ce qui concerne les allocations chômage, les indemnités versées à l'occasion de l'activité partielle ne sont pas, en principe, prises en compte dans le salaire de référence et le montant des allocations chômage servies n'est pas alors impacté par les périodes d'activité partielle (Accord d'application n° 5 du 14 avril 2017 pris pour l'application des articles 11 et 12 du règlement général annexé à la convention du 14 avril 2017 relative à l'assurance chômage).

d) Sur les cotisations retraite de base

Aucune disposition légale ou règlementaire ne prévoit la validation de trimestres de retraite à l'occasion du versement de l'allocation d'activité partielle.

De plus, l'allocation n'est pas prise en compte dans les rémunérations annuelles permettant de calculer la pension de retraite du régime général (cas des 25 meilleures années pour les salariés relevant du régime général).

e) Sur les cotisations retraite complémentaire

Les indemnités d'activité partielle n'étant pas soumises à cotisations sociales, elles ne donnent pas lieu à cotisations aux régimes Arrco et Agirc.

Pour remédier à cette difficulté, les organismes référents en la matière ont mis en place un système de validation des périodes d'activité partielle (**Circ. N°201327-DRJ, 26 déc. 2013**).

Les périodes d'activité partielle ouvrant droit à ce dispositif sont celles qui dépassent 60 heures dans l'année civile.

f) Sur les régimes de protection sociale complémentaire

Pour l'épargne-retraite (retraite supplémentaire à cotisations définies dit « article 83 » ou PER), aucune règle ne prévoit la compensation d'une diminution des cotisations du fait de la période d'activité partielle.

Par conséquent, cette diminution de cotisations va impliquer une baisse, à terme, une de la pension capitalisée et versée. Pour autant, en cas d'activité partielle sur une durée de quelques semaines, la perte des droits par rapport à une activité normale devrait être minime.

Point de vigilance

Sur la question des régimes de prévoyance (incapacité, invalidité et décès) et de frais de santé (mutuelle), la question de leur maintien n'est pas expressément tranchée.

Toutefois, pour que le régime soit considéré comme collectif et obligatoire, critères qui subordonnent le bénéfice de l'exonération de cotisations sociales sur le financement du régime, les salariés placés en activité partielle doivent continuer à en bénéficier puisqu'il s'agit d'une période de suspension de contrat indemnisée.

Les contrats d'assurance conclus par les employeurs doivent stipuler ce maintien en cas de suspension du contrat de travail et prévoir les modalités de financement, soit par un maintien des cotisations, soit par une prise en charge à titre gratuit.

Lors de la consultation du CSE, les Elus doivent s'assurer du maintien de la complémentaire durant toute la durée du dispositif d'activité partielle et de ses modalités pratiques de mise en œuvre.

g) Sur la participation et l'intéressement

Afin, une nouvelle fois, de neutraliser les impacts de l'activité partielle sur la répartition de la participation et de l'intéressement, la loi prévoit expressément **que l'activité partielle est prise en compte pour la répartition de la participation et de l'intéressement lorsque cette répartition est proportionnelle à la durée de présence du salarié**.

Lorsque cette répartition est proportionnelle au salaire, les salaires à prendre en compte sont ceux qu'aurait perçus le salarié s'il n'avait pas été placé en activité partielle.

h) Le régime social et fiscal de l'indemnité

L'Ordonnance du 27 mars 2020 a précisé que les indemnités versées aux salariés placés en activité partielle ainsi que les indemnités complémentaires que pourraient verser l'employeur afin de maintenir la rémunération du salarié, sont assujetties aux cotisations de sécurité sociale (CSG – CRDS).

L'indemnité versée dans le cadre de l'activité partielle constitue un revenu de remplacement qui n'est soumis qu'à la CSG – CRDS à un taux unique de 6.2 %.

Ce régime social favorable s'applique également à l'indemnité additionnelle versée le cas échéant par l'employeur.

Ne sont pas soumises à contribution les indemnités versées aux salariés employés par des particuliers.

L'indemnité versée au salarié placé en activité partielle est soumise à l'impôt sur le revenu dans la catégorie des traitements et salaires, au même titre qu'un salaire "classique".

7- SUR L'ARTICULATION ENTRE LA MISE EN ACTIVITE PARTIELLE ET LES ARRETS DE TRAVAIL SPECIFIQUES

Face à la situation actuelle, il est possible que certains salariés puissent bénéficier d'un arrêt de travail spécifique ou classique, avant ou après le placement en activité partielle de leur entreprise.

Une telle situation conduit à s'interroger sur l'articulation de ces deux mesures, et notamment quant à l'indemnisation de ces salariés.

Une seule certitude quant à une telle situation, les salariés **ne pourront pas cumuler les deux indemnisations** prévues dans ce cadre.

- **Dans l'hypothèse où le salarié a été placé en arrêt de travail avant la décision et la mise en œuvre de l'activité partielle,** il semblerait que le

premier motif de suspension du contrat de travail prime et que le placement en activité partielle soit différé au terme de l'arrêt maladie.

- **Dans le cas où l'activité partielle est mise en place et que durant cette période le salarié est placé en arrêt de travail, car il a contracté par exemple le coronavirus,** il nous semble **plus cohérent de faire prévaloir, en toute circonstance, la suspension au titre de l'arrêt de travail** dans la mesure où pour pouvoir bénéficier de l'activité partielle, il est nécessaire d'être en capacité de travailler.

Dans les deux hypothèses, la question qui se pose est de savoir quel est le montant de la rémunération qui sera versé au salarié ?

Au regard d'une jurisprudence ancienne, la Cour de cassation s'était positionnée en considérant que **si un salarié était en arrêt** maladie, maternité ou accident du travail, **pendant une période d'activité partielle, il ne pouvait percevoir plus que s'il avait été présent dans l'entreprise (Cass. Soc., 2 juillet 1987, n°83-43.626).**

Cette solution reviendrait à plafonner l'indemnisation à 84% du net applicable en cas d'activité partielle car le salarié s'il n'avait pas été en arrêt de travail aurait bénéficier du dispositif de l'activité partielle et n'aurait pas poursuivi son activité à temps plein.

Il convient tout de même de se référer aux dispositions conventionnelles applicables dans l'entreprise. En effet, l'article qui définit les modalités de versement du complément de rémunération aux salariés en arrêt de travail peut ne faire aucune comparaison avec la rémunération qui aurait été due en cas de maintien d'activité. Dans cette hypothèse, l'employeur ne dispose d'aucun fondement lui permettant de s'exonérer du maintien de salaire en cas d'activité partielle.

L'administration a pris position quant à l'articulation éventuelle entre l'activité partielle et les différents arrêts de travail et notamment les arrêts dérogatoires (*Dispositif exceptionnel d'activité partielle, Précisions sur les évolutions procédurales / questions-réponses, 3 avril 2020*).

Elle insiste sur plusieurs particularités :

- **Sur l'indemnisation du salarié en arrêt maladie pendant une période d'activité partielle**

L'administration du travail affirme que, lorsqu'un salarié est en arrêt de travail, le fait que son établissement ou service soit placé en activité partielle à un impact direct sur le maintien de son salaire au titre de l'arrêt maladie.

En effet, l'administration confirme la position jurisprudentielle évoquée et invite les employeurs confrontés à cette situation à verser le complément employeur pour **maintenir à la rémunération** « ***à un niveau équivalent au montant de l'indemnisation due au titre de l'activité partielle*** » (70% selon la loi).

- **Sur l'incompatibilité entre activité partielle et arrêt pour garde d'enfant**

Là encore, l'administration se positionne en faveur de **l'incompatibilité de l'arrêt de travail pour garde d'enfant avec une situation d'activité partielle** conduisant à l'arrêt total de l'activité, du service ou de l'établissement au sein duquel le salarié est habituellement affecté.

La condition d'impossibilité de faire garder le ou les enfants fait défaut dès lors que l'arrêt de l'activité et la mise en place de l'activité partielle permet au parent de garder son enfant, sans être contraint de bénéficier d'un arrêt de travail dérogatoire.

Toutefois, l'administration précise que, si l'arrêt de travail dérogatoire précède la mise en activité partielle, l'employeur **peut attendre le terme de l'arrêt en cours** pour placer le salarié en activité partielle **ou informer l'assurance maladie de la fin anticipée** de l'arrêt de travail dérogatoire.

Cette incompatibilité ne vaut cependant pas lorsque l'activité partielle ne se traduit que par une réduction de l'activité. Le salarié pourra, dans ce cas, continuer de bénéficier de l'arrêt dérogatoire.

- **Sur l'arrêt maladie démarrant après la période d'activité partielle**

L'administration confirme enfin notre analyse quant à la prise en compte de l'arrêt maladie durant la période d'activité partielle.

Ainsi, le dispositif d'activité partielle doit s'interrompre pour le salarié en question et ce jusqu'à la fin de l'arrêt de travail prescrit. L'employeur ne devra plus verser une indemnité d'activité partielle mais le complément employeur après déduction des IJSS, dans la limite évoquée plus haut.

Point de vigilance

En cas d'articulation entre le dispositif d'activité partielle avec un arrêt maladie, le traitement social de l'indemnisation n'est pas le même. Ainsi, le **complément employeur** versé en cas d'arrêt maladie est, contrairement à l'indemnité d'activité partielle, **soumis aux cotisations et contributions sociales** comme toute rémunération.

8. CONSEQUENCES EN CAS DE FRAUDE AU DISPOSITIF

a) Sur les contrôles de l'administration et le rôle des représentants du personnel

Jusqu'au 31 décembre 2020 au plus tard, **le délai d'instruction** de l'administration concernant les demandes d'autorisation d'activité partielle est **particulièrement court** (48 heures) et implique un **contrôle léger** au regard notamment du grand nombre de demandes adressées aux DIRECCTE sur la période.

Toutefois, l'autorisation de recours à l'activité partielle **n'est pas absolue**. En effet, si l'autorisation délivrée par l'administration peut l'être pour une durée relativement longue, cela n'exclut pas un **contrôle *a posteriori*** des autorités afin de vérifier que l'employeur a eu recours au dispositif conformément aux dispositions en la matière.

Ainsi, il existe des **sanctions spécifiques** pour l'employeur qui, bien qu'autorisé à recourir au dispositif d'activité partielle, solliciterait le remboursement des sommes versées aux salariés auprès de l'Etat alors même que **la situation de la société ne justifie plus le recours à l'activité partielle** (reprise de l'activité, incapacité à démontrer les difficultés économiques justifiant l'activité partielle…) ou pire, que l'employeur fait en réalité travailler les salariés tout en tentant de bénéficier de l'allocation versée par l'Etat.

Toute fraude au dispositif peut donc être sanctionnée, grâce à ce contrôle *a posteriori* qui, selon le ministère du travail, sera important après la crise sanitaire actuelle. D'ailleurs, le ministère du travail, dans ses communications « *invite les salariés et les représentants du personnel à signaler aux Direccte* » toute fraude constatée au dispositif.

NOS CONSEILS :

Comme évoqué plus haut, l'un des moyens pour les représentants du personnel d'alerter les DIRECCTE sur les risques ou suspicions de fraude de l'employeur au dispositif est la transmission d'un avis complet et précis, profitant du délai habituel pour remettre ledit avis.

De plus, les représentants doivent évidemment, *a posteriori*, alerter l'administration sur les problèmes liés à l'utilisation du dispositif ou sa mise en place et ce afin de faciliter les contrôles des autorités auprès des employeurs.

Le travail ne se limite donc pas à la remise de l'avis mais doit se poursuivre au-delà afin de garantir un recours justifié et licite de l'employeur au dispositif.

b) Sur les sanctions encourues en cas de fraude au dispositif

Les sanctions en cas de fraude à l'activité partielle sont nombreuses et à titre d'exemple, l'employeur qui fera travailler ses salariés pendant la période sera considéré comme ayant eu recours au travail illégal.

Les **sanctions encourues** par l'employeur en cas de recours frauduleux à l'activité partielle sont :

- **le remboursement intégral des sommes perçues** au titre de l'activité partielle;
- **l'interdiction de bénéficier**, pendant une durée maximale de 5 ans, **d'aides publiques** en matière d'emploi ou de formation professionnelle ;
- **une peine de deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende**, en application de l'article 441-6 du Code pénal (fausse déclaration ou une déclaration incomplète en vue d'obtenir une aide d'un organe étatique).

En outre et à l'égard des salariés, un contentieux pourrait naître à la fois pour obtenir le complément de rémunération au-delà des 70% versées et également pour ce qui est d'une éventuelle reconnaissance du travail dissimulé pour l'employeur qui aurait fait travailler ses salariés durant la période considérée.

Il convient de préciser que ces sanctions sont **cumulables**.