

COVID-19 : le casse-tête de l'individualisation de l'activité partielle

Par Hugues MAQUINGHEN, Avocat associé et Marie-Ange CAMIER, Avocat



Chapeau : L'ordonnance n°2020-460 du 22 avril 2020 a prévu, à titre dérogatoire et temporaire, la possibilité pour l'employeur d'individualiser le recours à l'activité partielle. Si la mesure a été saluée notamment en ce que le dispositif classique de l'activité partielle cadrait mal avec un recours massif tel que nous le connaissons actuellement, à date des incertitudes demeurent et justifient un tour d'horizon.

L'activité partielle étant une mesure par nature collective, en temps normal, l'Employeur est tenu lorsqu'il a recours à ce dispositif de l'appliquer à l'ensemble des salariés de l'entreprise, de l'établissement ou de la partie d'établissement concernée et ce de manière identique.

Il lui incombe ainsi de mettre l'ensemble des salariés d'un service en activité partielle à 100 % lorsque l'activité de ce dernier est à l'arrêt ou d'organiser une réduction de l'horaire du travail identique pour chaque collaborateur en cas d'activité réduite, au besoin par recours à un système de « roulement ».

Compte-tenu de la situation exceptionnelle liée à la propagation du COVID-19, le Gouvernement a modifié le régime en place à titre dérogatoire et temporaire en octroyant à l'employeur la possibilité de « *placer une partie seulement des salariés de l'entreprise, d'un établissement, d'un service ou d'un atelier, y compris ceux relevant de la même catégorie professionnelle, en position d'activité partielle ou appliquer à ces salariés une répartition différente des heures travaillées et non travaillées, lorsque cette individualisation est nécessaire pour assurer le maintien ou la reprise d'activité.* »¹.

Cette possibilité d'individualisation de l'activité partielle a néanmoins été subordonnée :

- Soit à la conclusion d'un accord d'entreprise ou d'un accord d'établissement ou, à défaut, d'un accord de branche mentionnant :
 - Les compétences identifiées comme nécessaires au maintien ou à la reprise de l'activité,
 - Les critères objectifs justifiant un traitement différencié au regard de l'activité partielle ainsi que les modalités et périodicité de révision de ces critères (laquelle ne peut être inférieure à trois mois),
 - Les modalités selon lesquelles est assurée la conciliation entre vie professionnelle et vie personnelle pour les salariés concernés,
 - Les modalités d'information des salariés de l'entreprise sur l'application de l'accord pendant toute sa durée.

¹ Article 8 de l'ordonnance n°2020-460 du 22 avril 2020

- Soit à l'obtention d'un avis favorable du comité social et économique (CSE) ou du comité d'entreprise sur le document unilatéralement établi par l'employeur reprenant les mêmes mentions, ce dernier disposant alors d'un droit de veto.

Si cette initiative a été saluée notamment en ce que le régime classique de l'activité partielle cadrerait mal avec un recours massif comme nous le connaissons actuellement, certaines interrogations d'importance demeurent.

Sur la date d'entrée en vigueur de cette disposition

En principe les ordonnances sont applicables à la date qu'elles fixent ou, à défaut, le lendemain de leur publication.

Les dispositions afférentes à l'individualisation de l'activité partielle entreraient ainsi en vigueur le 24 avril 2020, faute de précision spécifique.

Il n'est néanmoins pas exclu qu'il y ait lieu de considérer que ces dernières soient applicables de façon rétroactive à compter du 12 mars 2020.

En effet, l'ordonnance n°2020-460 du 22 avril 2020 intègre ces dispositions nouvelles au sein de l'ordonnance n° 2020-346 du 27 mars 2020 portant mesure d'urgence en matière d'activité partielle, laquelle est pour sa part applicable de façon rétroactive à compter du 12 mars 2020².

Dans ce contexte, des précisions gouvernementales seraient les bienvenues.

Ce d'autant que bon nombre d'employeurs se sont trouvés contraints de mettre en place une certaine forme d'individualisation de l'activité partielle avant même la publication de l'ordonnance du 22 avril 2020 et sont soucieux de pouvoir régulariser leurs pratiques.

Sur la date de conclusion de l'accord ou de consultation du CSE

Autre interrogation : celle de la date à laquelle l'accord collectif doit être conclu ou le CSE consulté.

Par principe, l'avis du CSE doit être sollicité préalablement à la mise en activité partielle et joint à la demande d'autorisation adressée à l'administration.

Le Décret n° 2020-325 du 25 mars 2020 relatif à l'activité partielle a néanmoins prévu que par dérogation, en présence d'un sinistre ou d'intempéries de caractère exceptionnel ou de toutes autres circonstances de caractère exceptionnel, l'avis peut être recueilli postérieurement à la demande et transmis dans un délai de deux mois maximum à compter de cette dernière.

Doit-on en déduire que l'accord collectif sur l'individualisation peut être conclu ou l'avis du CSE recueilli après le placement des salariés en activité partielle ?

Sur ce point, aucune indication n'est apportée ni par l'ordonnance 2020-460 du 22 avril 2020 ni dans les différentes littératures gouvernementales.

Seul un projet de décret envoyé aux partenaires sociaux pour consultation indique que l'accord collectif, ou l'avis favorable du CSE ou du conseil d'entreprise, devra être transmis à l'autorité administrative dans un délai de 30 jours à compter de la date de conclusion de l'accord ou de la

² Article 4 du Décret n° 2020-435 du 16 avril 2020 portant mesures d'urgence en matière d'activité partielle

consultation du CSE, mais sans pour autant préciser à quel moment cette conclusion ou cette consultation doit intervenir.

Dans ce contexte, il ne peut être que conseillé de tenter d'obtenir un avis ou de conclure un accord collectif dans les meilleurs délais.

Sur l'articulation entre individualisation de l'activité partielle et bascule des salariés bénéficiant des arrêts de travail dérogatoires liés au COVID-19 en activité partielle

En application de l'article 20 de la Loi 2020-473 du 25 avril 2020 de finance rectificative pour 2020, à compter du 1^{er} mai 2020, les parents contraints de garder leur enfant, les personnes vulnérables et les personnes cohabitant avec ces dernières ont été basculés du régime de l'arrêt de travail dérogatoire COVID-19 à celui de l'activité partielle.

S'est alors posée la question de l'articulation entre ces dispositions nouvelles et celles afférentes à l'individualisation publiées au journal officiel trois jours plus tôt. Ce d'autant que certains acteurs, comme le MEDEF, faisaient valoir que les dispositions afférentes à l'individualisation avaient précisément été adoptées dans la perspective de cette bascule.

A date, les précisions gouvernementales laissent toutefois à penser qu'il n'y a pas lieu de recourir à la procédure d'individualisation pour les employeurs dont certains salariés ont été basculés en activité partielle.

Le Ministère de l'économie et des finances a ainsi précisé dans sa foire aux questions du 11 mai dernier que l'objet des dispositions nouvelles relatives à l'individualisation était de permettre aux entreprises qui pourraient avoir besoin de salariés qui ont des compétences particulières dans le cadre de la reprise d'individualiser le recours à l'activité partielle sur la base de critères objectifs et non discriminatoires³.

Pour sa part, les questions-réponses du Ministère du travail consacré à l'activité partielle modifié le 5 mai dernier précise qu'une consultation du CSE n'est pas requise pour le placement en activité partielle de ces salariés⁴.

Il n'en demeure pas moins que la notion « d'individualisation » mériterait d'être clairement précisée pour plus de sécurité juridique.

Sur la possibilité pour les entreprises dépourvues d'instances représentatives du personnel d'individualiser l'activité partielle

L'ordonnance n°2020-460 du 22 avril 2020 subordonne le recours à l'activité partielle individualisée à la conclusion d'un accord collectif au niveau de l'établissement ou de l'entreprise et à défaut au niveau de la branche ou à l'obtention d'un avis favorable du CSE.

Est-ce à dire que les entreprises qui ne disposent ni d'un CSE ni de délégués syndicaux ne peuvent pas recourir à l'activité partielle individualisée ?

³ Ministère de l'économie, FAQ - accompagnement des entreprises - Coronavirus, 29 mai 2020, p. 25.

⁴ Ministère du travail, Questions-réponses, dispositif exceptionnel d'activité partielle, version mise à jour le 10 mai 2020, p.27.

A priori non, ces dernières pouvant conclure un accord collectif dans les conditions prévues par les articles L.2232-21 et suivants du Code du travail soit en procédant via :

- La ratification de l'accord établi unilatéralement par l'employeur par la majorité des deux tiers du personnel pour les entreprises dont l'effectif habituel est au plus égal à 20 salariés et qui ne sont pas dotées d'un CSE ;
- La ratification de l'accord négocié avec un ou plusieurs salariés expressément mandatés par un ou plusieurs syndicats représentatifs dans la branche ou, à défaut, par un ou plusieurs syndicats représentatifs au niveau national et interprofessionnel à la majorité des suffrages exprimés pour celles dont l'effectif est compris entre 21 et 50 salariés.

Il n'en demeure pas moins que ces modalités sont particulièrement contraignantes et peuvent même s'avérer bloquantes dans les structures qui embauchent peu de salariés.

En ce sens, l'Union Nationale des Professions Libérales (UNAPL) a interpellé le Premier Ministre dans son communiqué de presse du 12 mai dernier sur la situation des TPE libérales, lui demandant « *de renoncer à exiger de ces dernières la production d'un accord collectif, tant la situation actuelle et les difficultés des entreprises rendant quasi impossible son organisation matérielle* ».

Le projet de Loi relatif à diverses dispositions liées à la crise sanitaire en première lecture au Sénat à l'heure où nous écrivons pourrait être l'occasion d'introduire une souplesse en ce sens.

Ce dernier prévoit, en effet, que le gouvernement est autorisé à prendre par ordonnances des mesures permettant l'adaptation des dispositions relatives à l'activité partielle, notamment en adaptant les règles aux caractéristiques des entreprises.

A ce sujet, le rapport fait au nom de la commission spéciale de l'assemblée nationale chargée d'examiner le projet de Loi précise que « *cette notion d'adaptation [...] vise à mieux prendre en compte la réalité des entreprises. Elle ouvre la voie à un recours plus important à l'individualisation de l'activité partielle, qui n'existait pas jusqu'à la crise et dont la possibilité a été ouverte par l'ordonnance du 22 avril 2020. [...] A terme, la rédaction proposée n'exclut pas qu'une telle différenciation puisse être opérée selon la taille de l'entreprise, dès lors que la reprise d'activité sera particulièrement compliquée dans les petites entreprises plus exposées aux difficultés de trésorerie* ».

Sur les sanctions en l'absence d'accord ou d'avis favorable

Dernière question et non des moindres : quid des sanctions applicables en cas de recours à l'activité partielle en l'absence d'accord collectif ou d'avis favorable du CSE.

Sur ce point l'ordonnance du 22 avril 2020 n'apporte aucune précision.

Il en est de même des différentes instructions et foires aux questions ministérielle.

Dans le silence des textes et à titre exploratoire, il pourrait être envisagé que des actions prud'homales en reconnaissance d'une inégalité de traitement soient initiées afin d'obtenir l'attribution d'un rappel de salaire ou de dommages et intérêts.

Des contrôles de l'administration ne sont, enfin, pas à exclure.

A cet égard, l'instruction du 5 mai dernier relative au déploiement du plan de contrôle a posteriori sur l'activité partielle dans le cadre de la crise du COVID-19 précise que lorsque l'un de ces contrôles débouche sur le constat « *d'irrégularités* » plusieurs actions pourront être conduites à savoir :

- L'abrogation ou le retrait de la décision sur le fondement de l'article L. 242-1 ou de l'article L. 242-2 du Code des relations du public et de l'administration et le remboursement conséquent des sommes versées,
- Ou encore la caractérisation d'une situation de fraude, d'escroquerie ou même de travail dissimulé, l'article L. 8211-1 du Code du travail définissant cette dernière infraction visant expressément les cas de fraude ou de fausse déclaration visant à bénéficier ou faire obtenir frauduleusement des allocations d'activité partielle.

De telles possibilités ou probabilités de sanctions font questions et il est nécessaire d'avoir ou de pouvoir obtenir une clarification de la part de la DGT, ce d'autant que les entreprises se sont adaptées de « bonne foi » connaissance prise de l'évolution de la crise et des informations à leur disposition.