



Covid-19 : réponses aux questions épineuses soulevées par l'activité partielle



Marie-Hélène BENSADOUN

Avocate associée
August-Debouzy Avocats
Vice-présidente d'**AvoSial**



Cecile CURT

Avocate associée
Fromont Briens



Viviane STULZ

Avocate associée
5QB Avocats



Élisabeth LAHERRE

Avocate associée
Coblence Avocats

Depuis quelques semaines, nombre d'entreprises découvrent le dispositif de l'activité partielle. Il permet à celles affrontant une baisse d'activité ou d'autres difficultés conjoncturelles de procéder à une fermeture temporaire ou à une

Le recours à l'activité partielle permet à l'entreprise de gérer une période de sous-activité en safeguardant l'emploi de son personnel. De ses conditions d'accès aux mesures pouvant lui être associées, en passant par son impact sur la rémunération des salariés concernés, voici les réponses aux questions les plus épineuses remontées du terrain.

réduction temporaire de l'horaire de travail. Pendant les périodes d'inactivité ou de baisse d'activité, la perte de rémunération engendrée est indemnisée par l'octroi aux salariés d'une indemnité versée par l'employeur, financée par l'État et l'Unédic qui la lui rembourse.

CONDITIONS À REMPLIR

Circonstances justifiant la mise en activité partielle

Le bruit court qu'un certain nombre d'entreprises se sont vues refuser la mise en activité partielle par la Direccte. Comment cela s'explique-t-il ?

Tout d'abord, il ne semble pas y avoir tant de refus que cela.

Plusieurs réponses sont possibles : soit ces entreprises n'étaient pas éligibles au dispositif d'activité partielle, soit les modalités d'application qu'elles avaient choisies n'étaient pas conformes, soit leurs demandes étaient mal motivées.

Pour être éligible, il faut soit être concerné par les arrêtés prévoyant une **fermeture**, soit être confronté à une **baisse d'activité** ou à des **difficultés d'approvisionnement** (ce dont il est essentiel de justifier précisément), soit être dans l'**impossibilité de mettre en œuvre les mesures de prévention nécessaires**.

Il semblerait que ce soit surtout dans cette dernière catégorie qu'il y ait eu le plus de refus.

Face aux difficultés à mettre en œuvre des mesures de prévention suffisantes (absence de masques, difficultés à respecter les règles de distanciation, etc.), certaines entreprises ont demandé la mise en activité partielle, ne l'ont pas obtenu et ont dû rouvrir.

Lorsque l'on est dans ce dernier cas de figure, il faut impérativement (et encore plus) avoir largement associé les représentants du personnel à cette problématique de prévention des risques pour être en mesure de justifier de l'impossibilité.

Il est donc fondamental de viser les circonstances exceptionnelles dans lesquelles se trouve l'entreprise et de soigner la motivation de la demande, sans oublier de respecter le caractère collectif de l'activité partielle (*voir ci-dessous*).

Modalités d'application

Peut-on ne mettre en activité partielle qu'une partie des salariés d'un service afin de maintenir une activité minimum ?

Pour pouvoir bénéficier du dispositif, les salariés de l'entreprise doivent subir une perte de salaire imputable

soit à la fermeture temporaire de leur établissement ou d'une partie de l'établissement (« *activité partielle totale* »), soit à la réduction de l'horaire habituel de travail pratiqué dans l'établissement, ou une partie de l'établissement, en deçà de la durée légale de travail ⁽¹⁾.

L'activité partielle doit donc être :

- **temporaire**, c'est-à-dire que la réduction d'horaire ou la suspension d'activité doit avoir une durée limitée et être exceptionnelle ;
- **collective**, c'est-à-dire viser un groupe de salariés identifiés, d'un établissement ou d'une partie d'un établissement.

En d'autres termes, si l'activité partielle peut concerner uniquement certains salariés et non pas nécessairement l'ensemble du personnel d'un établissement, le recours à une mesure d'activité partielle doit, pour être licite, rester collective.

À noter cependant que l'administration a une approche très pratique de la notion de « *catégorie* ». Elle se réfère à la notion d'entité homogène, à savoir : une partie du personnel exerçant la même activité et subissant la réduction collective d'horaires appliquée dans les mêmes conditions.

À ce sujet, la circulaire du 12 juillet 2013 ⁽²⁾ précise qu'« *en cas de réduction collective de l'horaire de travail, les salariés peuvent être placés en position d'activité partielle individuellement et alternativement, afin de pouvoir autoriser la mise en place d'un système de "roulement" par unité de production, atelier, services* ».

Exemple

Si l'employeur décide la réduction de 50 % de l'horaire pratiqué au sein d'un atelier comprenant 10 ouvriers, il ne peut pas choisir 5 salariés qui vont continuer à travailler à temps plein et mettre les 5 autres en activité partielle.

Dès lors, pour maintenir une activité minimale, il devra faire travailler tous les ouvriers de l'atelier à mi-temps soit en même temps, soit par roulement (par exemple 100 % une semaine sur deux).

(1) C. trav., art. L. 5122-1.

(2) Circ. DGEFP n° 2013-12, 12 juill. 2013, relative à la mise en œuvre de l'activité partielle.

Dans tous les cas, il faudra impérativement respecter le principe de l'égalité de traitement.

Salariés concernés

Les salariés en forfait en jours peuvent-ils en bénéficier ?

Les salariés en **forfait annuel en jours ou en heures** sont éligibles à l'activité partielle dès la première demi-journée d'inactivité totale de leur établissement, de leur service, de leur équipe projet ou de leur unité de production.

En effet, le décret du 25 mars 2020 ⁽³⁾ a supprimé les dispositions du Code du travail qui, sauf cas de fermeture, les excluaient en cas de réduction de l'horaire de travail habituellement pratiqué dans l'établissement dont ils relèvent.

Les intéressés sont donc maintenant admis à l'activité partielle, même si l'entreprise ou l'établissement ne cesse pas en totalité son activité.

Selon l'article 8 de l'ordonnance du 27 mars 2020 ⁽⁴⁾, le nombre d'heures prises en compte pour calculer le montant de l'indemnité d'activité partielle et de sa prise en charge est déterminé en convertissant en heures le nombre de jours ou demi-journées d'activité partielle. Les modalités de cette conversion seront déterminées par décret.

Remarque

Le décret du 16 avril 2020 ⁽⁵⁾ précise qu'il faut considérer qu'une journée de travail correspond à 7 heures de travail et une demi-journée à 3 heures 30.

Quid des VRP et des cadres dirigeants ?

Les VRP peuvent également bénéficier de l'activité partielle.

Le décret précité du 16 avril 2020 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 (VRP, pigistes, etc.), ainsi qu'à ceux dont la durée du travail n'est pas décomptée en heures.

(3) D. n° 2020-325, 20 mars 2020, relatif à l'activité partielle.

(4) Ord. n° 2020-346, 27 mars 2020, portant mesures d'urgence en matière d'activité partielle.

(5) D. n° 2020-435, 16 avr. 2020.

Bien qu'ils ne soient pas soumis à la durée du travail, l'ordonnance n° 2020-428 du 15 avril 2020 étend l'indemnisation de l'activité partielle aux cadres dirigeants des établissements ayant fait l'objet d'une fermeture temporaire.

Peut-on placer en activité partielle les apprentis, les salariés sous contrats de professionnalisation, les stagiaires ?

Dans la circulaire du 12 juillet 2013 ⁽⁶⁾, l'administration précise que les catégories de salariés susceptibles de bénéficier de l'activité partielle sont ceux « possédant un contrat de travail de droit français ». Le ministère du Travail l'a récemment rappelé dans les réponses aux questions que les salariés et employeurs se posent face au virus SARS-CoV-2 (Covid-19) ⁽⁷⁾.

Ainsi, les apprentis et les salariés en alternance bénéficient de l'activité partielle ⁽⁸⁾.

En revanche, les stagiaires, qui ne sont pas des salariés, en sont exclus.

Procédure

La mise en activité partielle suppose une consultation du CSE. Ce dernier doit-il être aussi consulté dans les entreprises de moins de 50 salariés ?

Selon le ministère ⁽⁹⁾, la consultation du CSE ne concerne que les entreprises d'au moins 50 salariés. Celles dont l'effectif est inférieur en sont donc dispensées.

La mise en activité partielle des salariés protégés est-elle subordonnée à leur accord ?

Non, l'ordonnance du 27 mars 2020 prévoit expressément 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.

(6) Circ. n° 2013-12, précité.

(7) Q/R n° 28, mis à jour le 31 mars 2020.

(8) Q/R « Coronavirus – Covid 19 – Apprentissage » mis à jour le 15 mars 2020. À noter, l'ordonnance du 27 mars 2020 prévoit désormais que les apprentis et les salariés titulaires d'un contrat de professionnalisation bénéficient d'une indemnité d'activité partielle égale à leur rémunération antérieure (antérieurement, ils bénéficiaient de 70 % de leur rémunération antérieure).

(9) Q/R actualisées au 3 avril.

L'activité partielle peut donc être imposée aux salariés protégés, dès lors qu'elle concerne l'**ensemble de la collectivité à laquelle ils appartiennent**. Dans le cas contraire, l'employeur devra recueillir leur autorisation.

IMPACTS SUR L'INDEMNISATION DES SALARIÉS

Quelles sont les conséquences du refus de prise en charge de l'administration ?

Lorsque la prise en charge est refusée par l'administration ⁽¹⁰⁾, l'entreprise ne peut pas mettre ses salariés en activité partielle.

Dans ce cas, l'entreprise doit verser aux intéressés l'intégralité de leur rémunération. Elle ne peut donc pas se contenter de leur verser 70 % de leur salaire et s'abstenir de verser l'intégralité des cotisations sociales y afférentes.

En effet, fournir du travail fait partie des obligations essentielles de l'employeur découlant de l'existence même du contrat de travail.

Remarque

En revanche, lorsque les conditions de mise en activité partielle sont remplies (licéité du motif invoqué, absence d'alternatives envisageables, conformité des modalités d'application envisagées) et, selon nous, uniquement dans ces cas, l'entreprise peut y recourir sans demander de prise en charge de l'État. Elle n'est tenue, dans ce cas, de maintenir la rémunération des salariés concernés qu'à hauteur de 70 % ⁽¹¹⁾. Néanmoins, on ne voit pas l'intérêt pour l'entreprise de renoncer à une demande de remboursement.

(10) Pour rappel, l'employeur doit adresser sa demande à l'administration dans les 30 jours suivant le début de la suspension d'activité (*C. trav.*, art. R. 5122-3). Ce délai peut être dépassé. Par ailleurs, les entreprises ayant mis leurs salariés en activité partielle au mois de mars peuvent formuler leur demande jusqu'au 30 avril 2020 (Q/R activité partielle actualisées au 9 avril). L'administration dispose de deux jours à compter de la date de réception de la demande pour lui faire connaître sa décision. En cas de refus, elle doit motiver sa décision. En l'absence de décision dans ce délai, l'autorisation est considérée comme accordée.

(11) Q/R actualisées au 9 avril.

Si tel est toutefois le cas, les salariés peuvent selon nous saisir le conseil des prud'hommes d'une demande de rappel de salaire lorsque les conditions de mise en activité partielle ne sont pas remplies.

Règles générales

Quelle est le montant de l'allocation à verser ?

Les salariés mis en activité partielle perçoivent une indemnité garantissant un revenu de remplacement à hauteur de 70 % minimum de leur rémunération brute antérieure plafonnée à 4,5 Smic, sous réserve de respecter la garantie de rémunération mensuelle minimale, c'est-à-dire 100 % du Smic net.

Sur quelle base cette indemnité est-elle calculée ?

Aux termes de l'article R. 5122-18 du Code du travail, la rémunération brute à prendre en compte est celle « *servant d'assiette de l'indemnité de congés payés telle que prévue au II de l'article L. 3141-24 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 circulaire du 12 juillet 2013 détermine les éléments à intégrer dans la base de calcul de l'indemnité partielle, à savoir : « *le salaire brut avant déduction des charges sociales, les majorations pour travail supplémentaire, les avantages en nature dont le travailleur ne continuerait pas à jouir pendant la durée de son congé, les pourboires, les primes et indemnités versées en complément du salaire si elles sont versées en complément du travail et si elles ne rémunèrent pas déjà la période des congés (primes annuelles assises uniquement sur le salaire des périodes de travail, exclusion faite de la période des congés payés, primes compensant une servitude de l'emploi, primes liées à la qualité du travail)*. »

Remarque

Sauf stipulations contractuelles plus favorables, une prime annuelle allouée globalement pour l'ensemble de l'année rémunérant périodes de travail et période de congé confondues est donc à exclure de l'assiette. La même solution s'applique à des primes versées trimestriellement ou semestriellement. En effet, dès lors qu'une prime n'est pas affectée par le départ en congés, elle doit être exclue.

Ne doivent donc pas en principe être intégrés dans l'assiette de calcul de l'indemnité, le treizième mois, la prime de vacances, les primes d'assiduité et de rendement semestrielles, une prime d'ancienneté ou d'assiduité versées pour l'année entière, une prime d'efficacité semestrielle, des primes d'intéressement, le pourcentage annuel sur le chiffre d'affaires alloué en fin d'exercice en fonction d'une production globale, etc.

Si l'employeur décide de maintenir la rémunération des salariés en complétant l'indemnité d'activité partielle, comment est traité ce complément au niveau des charges et contributions sociales ?

La circulaire du 12 juillet 2013 relative à l'activité partielle précisait : « *Dans le cas d'une majoration de l'indemnité d'activité partielle dans le cadre d'un accord de branche, d'entreprise ou d'une décision unilatérale d'entreprise et selon les dispositions de l'article L. 5122-4, ce régime social reste applicable à l'indemnité versée au salarié.* »

Cette position émanant de l'administration, la question du traitement social du complément versé par l'employeur restait incertaine.

L'article 11 de l'ordonnance du 27 mars 2020 a tranché cette question en prévoyant expressément une dérogation aux règles d'assujettissement à la CSG fixées par le Code de sécurité sociale.

À ce titre, il est prévu que la totalité de l'indemnité d'activité partielle et son complément versé par l'employeur (dans le cadre d'une décision unilatérale ou d'un accord collectif) sont traités comme un revenu de remplacement.

Il en résulte que le complément versé par l'employeur entre 70 et 100 % du salaire brut bénéficie du même traitement social que l'allocation servie dans la limite de 70 %.

En revanche, les sommes qui seraient versées à titre d'indemnisation d'heures chômées non indemnisables au titre de l'activité partielle, car excédant la durée légale du travail, sont assujetties, au même titre que les rémunérations, aux cotisations et contributions sociales aux taux normalement applicables.

Pour rappel, l'indemnité d'activité partielle constitue un revenu de remplacement de type « *chômage* » et non un salaire.

À ce titre, les indemnités versées au titre des heures chômées échappent aux cotisations de sécurité sociale applicables aux rémunérations et aux cotisations et prélèvements alignés sur cette assiette. Une exception vise les salariés relevant du régime local d'Alsace-Moselle : pour eux, une cotisation maladie supplémentaire de 1,50 % est due.

En pratique, seules doivent être retenues la CSG et la CRDS, avec application du régime spécifique des revenus de remplacement, ce qui signifie que l'assiette de calcul est de 98,25 % de l'allocation versée, avec un taux unique de 6,2 % pour la CSG et de 0,5 % pour la CRDS.

Le sort des cotisations finançant les régimes de complémentaire santé (mutuelle) et de prévoyance et plus généralement de protection sociale n'est pas complètement arrêté et pourrait faire l'objet d'une future ordonnance.

Attention toutefois : le prélèvement de la CSG et de la CRDS sur les allocations d'activité partielle ne peut avoir pour effet de réduire le montant net des allocations ou, en cas de cessation partielle d'activité, le montant cumulé de la rémunération nette d'activité et de l'allocation perçue en deçà du Smic brut.

Comment les heures de délégation des représentants du personnel sont-elles rémunérées ?

Pendant une période d'activité partielle, le contrat de travail du salarié protégé est suspendu, mais ce n'est pas le cas de son mandat.

La règle est identique en période d'activité partielle « *totale* ». Celle-ci ne suspend pas le mandat représentatif. En effet, 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.

Durant leur mise en activité partielle, tous les salariés, élus ou non, bénéficient du maintien de leur salaire à hauteur de 70 % minimum de leur salaire antérieur, sous réserve de percevoir 100 % du Smic net.

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'élu ⁽¹²⁾.

Un représentant du personnel doit donc percevoir l'indemnisation et la rémunération des heures effectuées au titre de son mandat à hauteur de 100 %.

Quid des jours fériés ?

Il convient de distinguer selon que le jour férié est chômé ou non.

Dans le premier cas, l'employeur doit verser au salarié sa rémunération en tenant compte du taux de l'indemnité d'activité partielle, car l'intéressé ne peut pas percevoir, durant les jours chômés, une rémunération supérieure à celle qu'il aurait perçue s'il avait travaillé en tenant donc compte de l'impact de l'activité partielle ces jours-là ⁽¹³⁾.

Dans le second cas, lorsque le jour férié est travaillé dans l'entreprise, le salarié sera rémunéré par cette indemnité d'activité partielle.

Au moment de la demande de remboursement, l'employeur ne sera cependant remboursé par l'allocation d'activité partielle que pour les jours non chômés, puisque l'allocation ne concerne que les jours normalement travaillés.

Règles applicables aux arrêts de travail antérieurs à la mise en activité partielle

Le salarié reste-t-il indemnisé au titre de son arrêt de travail selon les mêmes modalités (par exemple, 90 % de maintien de la rémunération brute) ?

L'arrêt maladie devrait primer sur la mise en activité partielle, étant donné qu'il est la première cause de suspension du contrat. C'est également le cas des arrêts de travail pour garde d'enfant ou pour vulnérabilité.

C'est d'ailleurs la position du ministère du Travail dans son annexe intitulée « *Articulation entre l'activité partielle et les indemnités journalières maladie* » ⁽¹⁴⁾.

Le salarié reste donc en arrêt maladie, en absence pour garde d'enfant ou pour vulnérabilité. Il pourra être placé en activité partielle au terme de son arrêt de travail.

Quel est le complément de salaire auquel peut prétendre le collaborateur pendant son arrêt de travail ? Devient-il indemnisé dans les mêmes conditions que ses collègues (soit 70 % de la rémunération brute) ?

Il faut distinguer selon qu'il s'agit d'un arrêt de travail « classique » ou d'un arrêt de travail dérogatoire « Covid ».

Premier cas : arrêt de travail « classique »

Dans cette hypothèse, cela dépend en partie des dispositions de maintien de salaire applicables dans l'entreprise. La Cour de cassation a jugé que le salarié en arrêt maladie pendant une période d'activité partielle ne pouvait percevoir davantage que s'il avait été présent dans l'entreprise ⁽¹⁵⁾.

Sauf dispositions conventionnelles plus favorables, l'employeur est donc fondé à écrêter l'indemnisation au titre de l'arrêt de travail afin de tenir compte de l'impact de l'activité partielle sur la rémunération habituelle. L'employeur devrait pouvoir limiter le maintien de salaire au montant perçu s'il avait été en activité partielle, et donc calculer le complément sur 90 % de la rémunération habituelle plafonnée à 70 % du salaire.

Illustration

Prenons l'exemple d'un salarié ayant droit, au titre de son arrêt de travail, au maintien de 90 % de sa rémunération. Le complément de salaire est calculé, dans ce cas, sur la base du salaire qu'il aurait perçu s'il n'avait pas été malade, c'est-à-dire en cas d'activité partielle totale : 90 % de 70 % de sa rémunération brute, soit 63 %.

À noter que le complément de l'employeur reste soumis aux mêmes prélèvements sociaux et fiscaux : il est donc soumis aux cotisations et aux contributions sociales de droit commun, comme s'il s'agissait

(12) Cass. soc., 10 janv. 1989, n° 86-40.350.

(13) Cass. soc., 8 déc. 1988, n° 86-42.833 ; Cass. soc., 17 févr. 1993, n° 89-44.002.

(14) Annexe ajoutée le 3 avril 2020 au document Q/R sur le dispositif exceptionnel d'activité partielle.

(15) Cass. soc., 8 déc. 1983, n° 81-41.618 et n° 82-41.444 ; Cass. soc., 2 juill. 1987, n° 83-43.626.

d'une rémunération ⁽¹⁶⁾. Ce qui réduit sensiblement le salaire net perçu.

Second cas : arrêt de travail dérogatoire « Covid »

Pour rappel, et selon la circulaire n° 9/2020 du 19 février 2020 de la Caisse nationale d'assurance maladie, les personnes concernées par les arrêts de travail « Covid » sont les assurés :

- ayant fait l'objet d'une mesure d'isolement pour avoir été en contact avec une personne malade du Coronavirus ;
- ayant séjourné dans une zone concernée par un foyer épidémique de ce même virus et dans des conditions d'exposition de nature à transmettre cette maladie, notamment s'ils sont au contact de personnes sensibles dans le cadre de leur activité professionnelle (personnels hospitaliers, d'Ehpad, crèches...).

Sur le fondement de l'article 11 de la loi du 23 mars 2020 ⁽¹⁷⁾, l'ordonnance du 25 mars 2020 ⁽¹⁸⁾ supprime certaines des conditions de droit commun prévues pour le versement du complément de salaire patronal, et ce jusqu'au 31 août 2020.

Il s'agit des conditions prévues par l'article L. 1226-1 du Code du travail, à savoir :

- une ancienneté d'une année dans l'entreprise ;
- la justification de l'incapacité dans les 48 heures ;
- la prise en charge de l'arrêt de travail par la sécurité sociale ;
- l'administration des soins en France ou dans un État membre de l'Espace économique européen.

Par ailleurs, le décret du 4 mars 2020 ⁽¹⁹⁾ relatif au délai de carence applicable à l'indemnité complémen-

(16) Annexe ajoutée le 3 avril 2020 au document Q/R sur le dispositif exceptionnel d'activité partielle.

(17) L. n° 2020-290, 23 mars 2020, d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19.

(18) Ord. n° 2020-322, 25 mars 2020, adaptant temporairement les conditions et modalités d'attribution de l'indemnité complémentaire prévue à l'article L. 1226-1 du Code du travail et modifiant, à titre exceptionnel, les dates limites et les modalités de versement des sommes versées au titre de l'intéressement et de la participation.

(19) D. n°2020-193, 4 mars 2020, relatif au délai de carence applicable à l'indemnité complémentaire à l'allocation journalière pour les personnes exposées au coronavirus.

taire à l'allocation journalière pour les personnes exposées au Coronavirus a également supprimé le délai de carence.

En présence d'un arrêt de travail « dérogatoire », c'est-à-dire prescrit à une personne se trouvant dans l'impossibilité de travailler en raison d'une exposition au Covid-19 ou de la garde de son enfant de moins de 16 ans, le complément de salaire prévu à l'article L. 1226-1 du Code du travail est donc versé sans condition d'ancienneté, ni de délai de carence.

Remarque

Ces modifications ne concernent que le maintien de salaire prévu par le Code du travail, et non les dispositions conventionnelles d'entreprise ou de branche qui, *a fortiori*, ne pouvaient concerner ce type d'arrêt. Dès lors, le salarié placé en arrêt de travail « dérogatoire » ne pourra pas prétendre au complément de salaire prévu par les accords d'entreprise ou de branche.

Enfin, comme en matière d'arrêt maladie « classique », le salarié concerné ne pouvant percevoir davantage que s'il avait été présent dans l'entreprise, son maintien de salaire devrait pouvoir être limité au montant perçu s'il avait été en activité partielle, soit 63 % c'est-à-dire 90 % de 70 % de sa rémunération brute.

Comment apprécier la situation d'un salarié en mi-temps thérapeutique au moment où son service est mis en activité partielle (totale ou activité réduite), son employeur étant subrogé dans le versement des indemnités journalières ?

En application des articles L. 323-3 et L. 433-1 du Code de la sécurité sociale, le « mi-temps thérapeutique » s'inscrit dans la reprise d'un travail effectif « léger », « de nature à favoriser l'amélioration de l'état de santé » du salarié, avec poursuite – temporaire – du service des indemnités journalières de sécurité sociale.

La période de mi-temps thérapeutique peut ainsi recevoir deux qualifications :

- soit une période d'activité à temps partiel, rémunérée à concurrence des heures de travail effectif, plus le service des indemnités journalières de sécurité sociale ;

- soit une période au cours de laquelle la suspension du contrat de travail se poursuit, à défaut de consolidation définitive de l'état de santé, prise en charge selon les règles d'indemnisation de l'absence pour maladie.

À notre sens, la première interprétation est à privilégier. En effet, le mi-temps thérapeutique n'est pas *stricto sensu* une période de suspension du contrat de travail ⁽²⁰⁾.

En pratique, cela signifie qu'il convient :

- d'indemniser les heures chômées du fait de l'activité partielle, par référence à la durée contractuelle de travail à temps partiel de l'intéressé (c'est-à-dire selon les mêmes modalités qu'un salarié à temps partiel de « *droit commun* ») ;
- de poursuivre la subrogation des indemnités journalières de sécurité sociale (sans nécessité pratique de « *rebrutalisation* », à défaut d'obligation d'effectuer un maintien de salaire sous déduction des indemnités journalières).

Règles applicables aux arrêts de travail postérieurs à la mise en activité partielle

Que se passe-t-il pour le salarié qui tombe malade après la mise en activité partielle ?

Un salarié placé en activité partielle peut parfaitement être en arrêt maladie pendant cette période.

Concrètement, deux options sont envisageables pour traiter son arrêt maladie :

- soit on considère que la maladie n'affecte pas l'activité partielle : l'intéressé continue à être indemnisé à hauteur de l'allocation de chômage partiel (70 %), ce qui revient à analyser l'arrêt maladie comme un non-événement ;
- soit on considère que la maladie « *écrase* » le régime de l'activité partielle, pendant la durée de l'arrêt de travail, auquel cas l'intéressé peut prétendre à l'indemnisation prévue en matière d'incapacité de travail.

Les textes en vigueur sont muets sur la passerelle entre le régime des indemnisations des absences maladie et le régime de l'activité partielle.

Toutefois, le ministère du Travail a récemment pris position sur la seconde option ⁽²¹⁾.

Si le salarié est d'abord placé en activité partielle et qu'il tombe ensuite malade, « *l'employeur lui verse un complément employeur aux indemnités journalières de sécurité sociale qui s'ajuste pour maintenir la rémunération à un niveau équivalent au montant de l'indemnisation due au titre de l'activité partielle, soit au moins 70 % du salaire brut, car le complément employeur ne peut conduire à verser au salarié un montant plus élevé que celui qu'il toucherait s'il n'était pas en arrêt. Ce complément employeur est soumis aux cotisations et aux contributions sociales de droit commun comme s'il s'agissait d'une rémunération* ».

Quid des arrêts pour garde d'enfants ou personnes vulnérables pendant l'activité partielle ?

Alors que pour les arrêts antérieurs, le complément versé par l'employeur doit être plafonné au niveau de l'indemnisation de l'activité partielle, les arrêts postérieurs ne devraient plus être possibles pour les salariés en cessation d'activité totale, car ils n'ont plus d'objet, le salarié ne travaillant pas.

DÉPLOIEMENT D' ACTIONS CONCOMITANTES

Formation

Comment mettre à profit cette période pour développer les compétences des salariés ?

Dans ses Questions/Réponses sur le Coronavirus/activité partielle, le ministère du Travail précise qu'en cas de sous-activité prolongée ou d'arrêt total de l'activité, les entreprises peuvent demander à bénéficier du FNE-Formation en plus de l'activité partielle (alors que, jusqu'à présent, il s'agissait d'une option alternative à l'activité partielle).

(20) Cass. soc., 21 mars 2007, n° 06-40.891.

(21) Annexe ajoutée le 3 avril 2020 au document Q/R sur le dispositif exceptionnel d'activité partielle.

Ce FNE-Formation (AME-Entreprise) est formalisé par une convention signée entre la Direccte et l'entreprise (ou l'OPCO), et a pour objet la mise en œuvre d'actions de formation afin de faciliter la continuité de l'activité des salariés face aux transformations consécutives aux mutations économiques et technologiques et de favoriser leur adaptation à de nouveaux emplois.

Jusqu'à présent, il concernait en priorité les entreprises ou groupements d'employeurs de moins de 250 salariés.

Pour les autres, la Direccte appréciait la demande en fonction des difficultés particulières du bassin d'emploi, de la branche d'activité ou de l'entreprise ou du groupement concerné.

Ces actions de formation prévues par le Code du travail ⁽²²⁾ visent à acquérir un titre ou un diplôme à finalité professionnelle inscrit au répertoire national des certifications professionnelles, une qualification reconnue dans les classifications conventionnelles de branche, ou un certificat de qualification professionnelle.

Elles peuvent se dérouler à distance, et s'effectuer dans le cadre du plan de développement des compétences ou par le biais du CPF.

Elles concernent prioritairement :

- les salariés les plus exposés à la perte de leur emploi ;
- ceux ayant un faible niveau de qualification par rapport aux besoins du marché du travail sur leur bassin d'emploi ;
- ceux en CDD ou en CDI, quel que soit leur niveau de qualification.

Remarque

Les cadres peuvent bénéficier de ce dispositif.

Jusqu'à présent, l'entreprise devait s'engager :

- à maintenir dans l'emploi les salariés formés dans ce cadre – pendant une durée au moins égale à la durée de la convention augmentée de six mois – à l'exception des salariés pour lesquels le FNE-Formation a été mobilisé pour l'acquisition de compétences nécessaires à un reclassement externe ;

- à maintenir son effort propre de formation habituel, voire à l'augmenter s'il est faible ;
- à formaliser la reconnaissance des actions suivies.

À ce stade, nous ne savons pas si l'exigence de ces engagements est maintenue.

Il faut donc vérifier ce point avec la Direccte concernée.

L'allocation versée au salarié est-elle majorée dans cette hypothèse ?

Non, l'ordonnance du 27 mars 2020 prévoit que le deuxième alinéa de l'article L. 5122-2 du Code du travail n'est pas applicable aux actions de formation ayant donné lieu à un accord de l'employeur postérieurement à sa publication.

Mais l'État prend en charge 100 % des coûts pédagogiques pour les actions réalisées dans le cadre du plan de développement des compétences.

Prise de congés payés

L'employeur peut imposer aux salariés la prise de six jours ouvrables de congé si un accord collectif le permet. Comment signer ces accords alors que les représentants du personnel ne sont pas présents ?

L'ordonnance du 25 mars 2020 ⁽²³⁾ portant mesures d'urgence en matière de congés payés, de durée du travail et de jours de repos dispose en effet que, par dérogation au Code du travail et aux stipulations conventionnelles applicables dans l'entreprise, un accord d'entreprise ou, à défaut, un accord de branche peut autoriser l'employeur, dans la limite de six jours de congés et sous réserve de respecter un délai de prévenance d'un jour franc minimum, à imposer la prise de jours de congés payés acquis par un salarié, y compris avant l'ouverture de la période au cours de laquelle ils ont normalement vocation à être pris, ou à modifier unilatéralement les dates de prise de congés payés.

À l'exception du congé d'été de deux semaines consécutives, cet accord collectif peut par ailleurs autoriser l'employeur à fractionner les (autres) congés payés sans être tenu de recueillir l'accord du salarié et à fixer les dates de départ en vacances sans être tenu d'accorder un congé simultané à des

(22) C. trav., art. L. 6313-1.

(23) Ord. n° 2020-323, préc.

conjointes ou des partenaires liés par un pacte civil de solidarité travaillant dans son entreprise.

La période de congés imposée ou modifiée ne peut s'étendre au-delà du 31 décembre 2020.

En pratique, la difficulté est de savoir comment négocier et signer un accord collectif d'entreprise – lorsqu'il n'y en a pas au niveau de la branche – lorsque les délégués syndicaux sont soit en télétravail, soit en activité partielle. Rappelons à cet égard que l'activité partielle n'interdit pas au délégué syndical de poursuivre l'exercice de son mandat.

Dans ses Questions-Réponses, le ministère du Travail indique comment procéder pour conduire et conclure cette négociation, le cas échéant à distance. Nous renvoyons sur ce point à l'article de *Marie Hautefort* publié dans ce numéro.

Remarque

On ne peut que conseiller qu'une fois le confinement terminé, une nouvelle version soit signée en original par l'ensemble des signataires physiquement présents.

SANCTIONS

Quels risques encourent les employeurs qui font travailler leurs salariés en activité partielle ?

Le ministère du Travail précise que laisser les salariés travailler durant l'activité partielle ou les y contraindre constituait une fraude sanctionnée au titre du travail illégal.

L'employeur encourt les sanctions suivantes qui sont cumulables :

- remboursement intégral des sommes perçues au titre l'activité partielle ;
- interdiction de bénéficier pendant une durée maximale de cinq ans d'aides publiques en matière d'emploi ou de formation professionnelle ⁽²⁴⁾ ;
- deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende en application de l'article 441-6 du Code pénal ⁽²⁵⁾.

Compte tenu du coût de l'activité partielle, il est évident que ce type de comportement sera très sévèrement sanctionné. ♦

⁽²⁴⁾ C. trav., art. L. 8272-1.

⁽²⁵⁾ C. trav., art. L. 5124-1.