



Constructeurs d'alternatives

MISE EN ŒUVRE DE L'ACTIVITE
PARTIELLE DANS LE CONTEXTE
DE LA CRISE SANITAIRE :
QUELLES CONSEQUENCES
SUR LES DROITS DES SALARIES ?

Marie-Laure BILLOTTE
mlbillotte@3econsultants.fr

Agnès BONNEL
abonnel@3econsultants.fr

Caroline SUBSTELNY - Avocat
Cabinet ACS

30 avril 2020

1 Avenue Foch, 57008 Metz Cedex 1
15 Rue du Faubourg Montmartre 75009 Paris

L'ampleur de la crise sanitaire « Covid 19 » a amené le gouvernement à modifier le dispositif de l'activité partielle (ou chômage technique) de manière importante :

- *Modification du mode de calcul de l'allocation versée à l'employeur,*
- *Extension du bénéfice de l'activité partielle aux salariés dont la durée du travail est fixée par forfait en heures ou en jours sur l'année en cas de réduction de l'horaire de travail habituellement pratiqué par l'établissement (et non plus seulement en cas de fermeture de l'établissement),*
- *Prise en compte des heures d'équivalence de certains salariés, occupant des postes comportant des périodes d'inaction dans certains secteurs (ex : transport routier de marchandises (personnels roulants), commerces de détail de fruits et légumes, épicerie et produits laitiers (personnel de vente occupé à temps complet...)).*

Une nouvelle ordonnance du 22 avril 2020 prévoit de nouvelles dispositions dérogatoires exceptionnelles qui concernent :

- *La possibilité pour l'employeur d'individualiser l'activité partielle sous conditions,*
- *La prise en compte des heures supplémentaires contractuelles (dans le cadre d'une convention au forfait en heures) et conventionnelles (pour les assistants maternels, les salariés des particuliers employeurs et des HCR),*
- *Le régime social de l'indemnité complémentaire d'activité partielle.*

1. Un rappel sur le fonctionnement du dispositif de l'activité partielle :

- **Le chômage partiel peut prendre 2 formes :**
 - Réduction du temps de travail en-dessous de la durée légale hebdomadaire ou, lorsqu'elle est inférieure, la durée collective du travail de l'établissement ;
 - Fermeture temporaire de tout ou partie de l'établissement, pendant laquelle les salariés sont en inactivité totale, quelle que soit la durée de la fermeture, dans la limite cependant du contingent annuel d'heures indemnisables.
- **Principe d'indemnisation du salarié :**
 - L'employeur doit verser au salarié une indemnité d'activité partielle égale à 70% de sa rémunération horaire brute. En tout état de cause, elle ne peut être inférieure à 8,03 euros, sauf pour les salariés en contrat d'apprentissage ou de professionnalisation. Cela correspond en moyenne environ à 84 % du salaire net du salarié.
 - L'employeur reçoit ensuite une allocation de l'État dont le montant minimal est de 8.03 euros pour les salariés rémunérés au SMIC par heure non travaillée et par salarié. Le plafond de l'allocation de l'Etat est de 70 % de la rémunération brute antérieure dans la limite de 4.5 SMIC par heure non travaillée et par salarié (dispositif dérogatoire du fait de la crise sanitaire).

- Dans le cas où l'employeur verse une part complémentaire au-delà de 70 % de la rémunération brute :
 - Période du 1er mars au 30 avril 2020 : l'exonération de cotisations sociales est également applicable au complément d'indemnité versé par l'employeur, en application d'un accord collectif ou d'une décision unilatérale.
 - Périodes à compter du 1er mai 2020 : Lorsque la somme de l'indemnité légale d'activité partielle et de l'indemnité complémentaire versée par l'employeur en application d'un accord collectif ou d'une décision unilatérale est supérieure à 3,15 fois la valeur horaire du SMIC, la part de l'indemnité complémentaire versée au-delà de ce montant est assujettie aux contributions et cotisations sociales applicables aux revenus d'activité dans les conditions de droit commun (ordonnance n° 2020-460 du 22 avril 2020).

2. La base de calcul de l'indemnité versée au salarié est la rémunération brute. Mais qu'entend-on par rémunération brute ?

Principe : L'assiette de calcul de l'indemnité d'activité partielle correspond au calcul du salaire maintenu de l'indemnité de congés payés, tel qu'il est prévu au II de l'article L. 3141-24 du Code du travail. Selon ce texte, l'indemnité de congé payé ne peut pas être « inférieure au montant de la rémunération qui aurait été perçue pendant la période de congé si le salarié avait continué à travailler ».

Le 10 avril 2020, l'administration a actualisé son document questions/réponses sur l'activité partielle en donnant sa position de référence sur les modalités de calcul de la rémunération horaire de référence, venant ainsi explicitement exclure les heures supplémentaires de l'assiette de calcul (exception faite des heures supplémentaires structurelles depuis l'ordonnance du 22 avril 2020, sur la base d'un accord collectif ou du contrat de travail).

Les éléments à prendre en compte :

- Taux horaire de base : La rémunération à prendre en compte est celle que le salarié aurait perçue dans le mois s'il n'avait pas été en activité partielle, incluant les majorations (travail de nuit, le dimanche...) de salaire, hors heures supplémentaires et leur majoration.

Cette rémunération est divisée par le nombre d'heures mensuelles correspondant à la durée légale sur la période considérée (151,67 heures sur le mois) ou, lorsqu'elle est inférieure, la durée collective du travail ou la durée stipulée au contrat.

Le résultat de cette division donne le taux horaire de base.

- Taux horaire des primes mensuelles calculées en fonction du temps de présence

Seules sont prises en compte les primes versées mensuellement qui sont calculées en fonction du temps de présence du salarié, et donc affectées par l'activité partielle (primes de pause payée, par exemple). Le montant des primes à prendre en compte est celui que le salarié aurait perçu s'il avait travaillé.

Ce montant est divisé par le nombre d'heures mensuelles correspondant à la durée légale sur la période considérée (151,67 heures sur le mois) ou, lorsqu'elle est inférieure, la durée collective du travail ou la durée stipulée au contrat.

Le résultat de cette division donne le taux horaire des primes mensuelles calculées en fonction du temps de présence.

➤ Taux horaire des éléments de rémunération variable

Sont pris en compte ici :

- Les éléments de rémunération variable (commissions, pourboires...)
- Les primes versées selon une périodicité non mensuelle, calculées en fonction du temps de présence du salarié, et donc affectées par l'activité partielle : prime annuelle d'ancienneté ou d'assiduité calculées selon le temps de travail effectif.

Le montant mensuel de référence de ces éléments est égal à la moyenne de ces éléments de rémunération variables perçus au cours des 12 mois précédant le premier jour d'activité partielle de l'entreprise. Ce montant mensuel de référence est divisé par le nombre d'heures mensuelles correspondant à la durée légale sur la période considérée (151,67 heures sur le mois) ou, lorsqu'elle est inférieure, la durée collective du travail ou la durée stipulée au contrat.

Le résultat de cette division donne le taux horaire des éléments de rémunération variable.

➤ Éléments exclus du calcul du taux horaire

- Les heures supplémentaires : les heures supplémentaires et leur majoration n'étant pas éligibles à l'activité partielle, elles ne sont pas prises en compte dans le calcul de l'indemnité d'activité partielle (exception faite des heures supplémentaires structurelles depuis l'ordonnance du 22 avril 2020, sur la base d'un accord collectif ou du contrat de travail).
- Les autres éléments exclus :
 - les primes ou indemnités ayant le caractère de remboursement de frais professionnels ;
 - la prime d'intéressement ;
 - la prime de participation ;
 - les primes qui ne sont pas affectées par la mise en activité partielle ;
 - la prime exceptionnelle de pouvoir d'achat.

Quelques précisions :

Le 13ème mois est à exclure de l'assiette de calcul.

Une prime d'objectif déterminée en fonction, d'une part, des résultats de la société et, d'autre part, des résultats du salarié, constitue une rémunération variable au moins pour partie liée à son activité personnelle et doit, de ce fait, être incluse dans l'assiette de calcul des congés payés. Elle sera donc prise en compte dans l'assiette de calcul de l'indemnité de chômage partielle.

3. L'incidence de l'activité partielle sur certains droits des salariés :

➤ **Activité partielle et congés payés**

• **Acquisition des congés payés**

L'article R. 5122-11 du Code du travail précise que toutes les heures chômées, qu'elles ouvrent droit ou non au versement de l'allocation d'activité partielle, sont intégralement prises en compte pour le calcul des droits à congés payés. En conséquence, vous continuez à acquérir des CP durant une période chômage partiel.

- **Indemnisation des congés payés**

Deux calculs sont possibles et le plus favorable doit s'appliquer :

- soit on applique la règle du 1/10e, auquel cas les allocations de chômage partiel doivent être exclues de l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés (Cass. soc., 19 nov. 1997, no 95-44.093) ;
- soit on applique la règle du maintien de salaire : l'indemnité de congés doit être calculée comme si le salarié avait travaillé ; en d'autres termes, l'indemnité de congés se calcule en tenant compte de l'horaire réduit et du taux des allocations de chômage partiel si l'entreprise est en activité partielle au moment des congés du salarié (Cass. soc., 10 nov. 1988, no 86-41.334). Si tel n'est pas le cas, le salaire versé sera complet.

- **Activité partielle et jours fériés**

Le Code du travail liste 11 jours fériés dans l'année, dont le 1er mai, seul jour férié légalement chômé. Les conditions de l'indemnisation du jour férié pendant l'activité partielle vont dépendre si ce jour est travaillé ou chômé en temps normal dans votre entreprise.

- **Les jours fériés habituellement chômés**

Les jours fériés inclus dans une période d'activité partielle et habituellement chômés sont à traiter de la même façon que les jours de congés payés. En conséquence, l'activité partielle ne peut pas concerner un jour férié chômé. L'employeur doit assurer le paiement de ces jours fériés légaux chômés en versant le salaire habituel aux salariés totalisant au moins 3 mois d'ancienneté au sein de l'entreprise (condition d'ancienneté non applicable pour le 1er mai - article L.3133-5), le Code du travail prévoyant à l'article L. 3133-3 que « le chômage des jours fériés ne peut entraîner aucune perte de salaire pour les salariés totalisant au moins trois mois d'ancienneté (...) ».

- **Les jours fériés habituellement travaillés**

Ces jours fériés sont indemnisés au titre de l'activité partielle comme les jours ou heures travaillés (Cass. soc., 8 déc. 1988, no 86-42.833).

- **Activité partielle et RTT**

L'acquisition des RTT est précisée dans l'accord collectif instituant l'aménagement du temps de travail de votre entreprise. Deux cas de figure peuvent se présenter :

- **Acquisition des RTT en fonction des heures réellement effectués**

Si les journées ou demi-journées de RTT s'acquièrent par l'accomplissement d'une durée de travail comprise entre 35 et 39 heures par semaine, alors il n'y a pas d'acquisition de RTT, puisque le chômage partiel n'est pas assimilé à un temps de travail effectif.

- **Acquisition forfaitaire des jours de RTT**

Si le nombre de journées ou de demi-journées de repos est déterminé forfaitairement en début d'année, le nombre de jours de RTT ne devrait dans ce cas pas être réduit du fait de la mise en activité partielle, sauf accord spécifique conclu dans votre entreprise pour faire face à la crise sanitaire.

- **Activité partielle et 13ème mois / prime d'ancienneté**

La position de la jurisprudence est de prendre en compte les indemnités de chômage partiel dans le calcul de la prime d'ancienneté et de 13ème mois notamment, dès lors que leur calcul s'effectue sur la base des

appointements réels.

Cass. soc. 16-1-1992 n° 88-43.631 (n° 206 P), Sté des établissements Holleville c/ Beauchamps

Cass. soc. 26-11-1996 n° 94-40.266 (n° 4507 P), SARL Euro aluminium c/ Elourba Cass. soc. 4-7-2007 n° 06-42.322 (n° 1573 FS-D), Sté Trigano MDC c/ Vovard

➤ **Activité partielle et Intéressement / Participation**

Toutes les heures chômées, qu'elles ouvrent droit ou non au versement de l'allocation d'activité partielle, sont intégralement prises en compte pour le calcul de la répartition de la participation et de l'intéressement, lorsque cette répartition est proportionnelle à la durée de présence du salarié, ou lorsque cette répartition est proportionnelle au salaire. Les salaires à prendre en compte sont alors ceux qu'aurait perçus le salarié s'il n'avait pas été placé en activité partielle.

➤ **Activité partielle et suites du licenciement**

- **Ancienneté :**

Les périodes d'activité partielle ne rompent pas l'ancienneté, mais elles ne sont pas prises en compte dans le calcul de l'ancienneté (Art. L 1234-8 du Code du travail).

- **Préavis :**

La rupture étant notifiée, le salarié ne relève plus de l'activité partielle à compter de la notification et l'employeur doit lui verser son indemnité de préavis en équivalence d'une rémunération complète (cf. circulaire DGEFP du 12 juillet 2013 et Cass. soc. du 26-11-1997 n° 95-40.993 D).

- **Calcul de l'indemnité de licenciement :**

Les indemnités de chômage partiel se substituant aux salaires, la rémunération servant de base au calcul de l'indemnité de licenciement est celle que le salarié aurait perçue s'il n'avait pas été au chômage partiel. Donc, si un salarié est licencié à l'issue d'une période de chômage partiel, « les salaires de référence pris en considération pour le calcul de l'indemnité de licenciement légale sont ceux que le salarié perçoit habituellement, et non les salaires diminués par l'activité partielle » (Cass.soc. 27/02/1991).

- **La règle est la même concernant le calcul de l'indemnité conventionnelle de licenciement :**

« La rémunération servant de base de calcul de l'indemnité conventionnelle de licenciement doit être celle que le salarié aurait perçue s'il n'avait pas été au chômage partiel » (Cass.soc.9/03/1999)

➤ **Activité partielle et tickets restaurants**

Le chômage partiel étant assimilé à une suspension du contrat de travail, il n'y a pas la nécessité de prendre ses repas sur son lieu de travail. Les tickets restaurants peuvent être suspendus par les entreprises dans le cas d'une fermeture. En effet, pour savoir si on a droit aux tickets restaurants dans des situations de chômage partiel, il faut retenir que l'octroi des tickets restaurants est soumis à la condition que le repas du salarié soit compris dans son horaire de travail journalier. Ainsi, un salarié qui ne travaille que le matin sans reprise du travail après la pause repas ne peut bénéficier de l'attribution d'un ticket restaurant.

Attention, cela ne vaut pas pour les salariés en télétravail : l'employeur doit continuer à fournir des titres restaurants aux télétravailleurs qui en bénéficient habituellement même en période de crise sanitaire. Si les salariés bénéficient de titres-restaurants, il en va de même pour les télétravailleurs qui ont le droit à un ticket-repas par jour travaillé.

4. Autre point : Télétravail et allocation d'occupation du domicile

Ce que disait le Ministère du Travail avant de supprimer sa réponse sur son site :

« L'employeur doit-il verser l'indemnité d'occupation du domicile prévue par la jurisprudence quand l'employeur ne met pas à la disposition du salarié d'autres locaux pour travailler (télétravail à la demande de l'employeur) ? (OEC)

Dans le contexte de crise sanitaire actuel - le télétravail s'effectuant, dans la majorité des cas, sur la totalité de la durée de travail effectif et étant rendu nécessaire pour permettre la continuité de l'activité de l'entreprise, pour garantir la protection des salariés et pour des raisons de santé publique – il y a lieu de considérer que l'employeur est tenu de verser à son salarié une indemnité de télétravail, destinée à rembourser au salarié les frais découlant du télétravail. En effet, l'employeur a une obligation de prise en charge des frais professionnels. Cette obligation est prévue sans restriction par la jurisprudence et celle-ci, de portée générale, doit couvrir les télétravailleurs.

Toutefois, au regard de la difficulté à identifier et circonscrire les dépenses incombant à l'activité professionnelle de celles relevant de la vie personnelle, l'employeur a intérêt à privilégier une somme forfaitaire qui sera de nature à simplifier sa gestion. Si l'allocation versée par l'employeur est forfaitaire, elle sera réputée alors utilisée conformément à son objet et exonérée de cotisations et contributions sociales dans la limite globale de 10 € par mois, pour un salarié effectuant une journée de télétravail par semaine. Cette allocation forfaitaire exonérée passe à 20 € par mois pour un salarié effectuant deux jours de télétravail par semaine, 30 € par mois pour 3 jours par semaine... (consulter le site de l'Urssaf). Lorsque le montant versé par l'employeur dépasse ces limites, l'exonération de charges sociales pourra être admise à condition de justifier de la réalité des dépenses professionnelles supportées par le salarié. »

... Cette réponse ne figure plus sur le site du Ministère du Travail, laissant planer un doute sur l'obligation de versement de cette allocation.

Ce que dit l'Urssaf : l'allocation forfaitaire globale allouée à un salarié en situation de télétravail est réputée utilisée conformément à son objet et exonérée de cotisations et contributions sociales dans la limite globale de 10 € par mois pour un salarié effectuant une journée de télétravail par semaine. Cette allocation forfaitaire est variable en fonction du nombre de jours télétravaillés. Ainsi, elle est exonérée de cotisations et contributions sociales dans la limite de 20 € par mois lorsque le salarié effectue deux jours de télétravail par semaine, 30 € par mois pour trois jours ...

Désormais, par souci de simplification, la fourniture de justificatifs n'est plus systématique dans la limite des montants mentionnés ci-dessus. En cas de remboursement dépassant ces limites, la fourniture de justificatifs reste nécessaire pour prétendre à l'exonération de cotisations et contributions sociales.

