OPTION DROIT & AFFAIRES
Pays : FR
Périodicité : Hebdomadaire

Date : 13 janvier 2021
Page de l'article : p.8-9
Journaliste : Déborah Fallik

Analyses

SOCIAL

Activité partielle : entre nécessité et abus

L'activité partielle fait partie des mesures phares mises en place par les pouvoirs publics au soutien de l'économie durant la crise sanitaire liée à la Covid-19. Si les pouvoirs publics ont largement communiqué sur son utilité pour maintenir l'emploi, sa mise en œuvre n'est pas toujours justifiée.

Par Déborah Fallik, associée, Redlink

Le recours à l'activité partielle peut se justifier en raison de difficultés liées à la conjoncture économique ; à des difficultés d'approvisionnement en matières premières ou en énergie ; à un sinistre ou des intempéries de caractère exceptionnel ; à une transformation, restructuration ou modernisation de l'entreprise ou à tout autre circonstance de caractère exceptionnel. La Covid-19 constitue, en tant que tel, un motif caractérisant une circonstance exceptionnelle justifiant du recours à l'activité partielle, sous réserve de pouvoir également justifier d'une baisse d'activité.

L'activité partielle peut résulter soit d'une réduction du temps de travail en dessous de la durée légale hebdomadaire ou, lorsqu'elle est inférieure, la durée collective conventionnelle du travail de l'établissement, soit d'une fermeture temporaire de tout ou partie de l'établissement, pendant laquelle les salariés sont en inactivité totale, quel que soit le nombre de jours de fermeture, dans la limite cependant du nombre annuel d'heures indemnisables (contingent porté à 1607 heures jusqu'au 31 décembre 2020).

Il s'agit d'une autorisation préalable demandée à l'administration et donnée pour une durée maximale de douze mois renouvelables. Le renouvellement est conditionné à ce que l'employeur souscrive des engagements spécifiques. A compter du 1er janvier 2021, la durée maximale d'autorisation sera abaissée à trois mois renouvelables dans la limite de six mois consécutifs ou non, sur une période de référence de douze mois (sauf sinistre ou intempéries). Le délai d'instruction de droit commun de quinze jours a été rétabli depuis le 1er octobre 2020 (délai porté exceptionnellement à quarante-huit heures à compter du premier confinement, au terme duquel le silence de l'administration vaut acceptation).

Mise en place d'un dispositif d'activité partielle longue durée

Parallèlement, le législateur a mis en place un dispositif d'activité partielle longue durée permettant de diminuer la durée du travail de façon plus pérenne (réduction de l'horaire de travail jusqu'à 40 % sur vingt-quatre mois, voire 50 % dans des cas exceptionnels). Ce dispositif permet le maintien de l'emploi dans les entreprises confrontées à une réduction d'activité durable qui n'est pas de nature à compromettre leur pérennité. Ainsi, sont visées les entreprises touchées de plein fouet par la crise de la Covid-19 mais n'ayant pas, auparavant, eu des difficultés d'ordre structurelles. Ce dispositif implique la signature d'un accord collectif ou l'établissement d'une décision unilatérale en cas d'accord étendu conclu dans la branche. L'accord doit faire l'objet d'une homologation par la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (Direccte) sachant que l'employeur doit, tous les six mois, transmettre à la Direccte un bilan portant sur le respect des engagements en matière d'emploi et de formation professionnelle et sur les modalités d'information des organisations syndicales de salariés signataires et des institutions représentatives du personnel sur la mise en œuvre de l'accord.

Ce dispositif d'activité partielle longue durée a pour principal objectif de mettre en place des garanties d'emploi en contrepartie de la mise en place de l'activité partielle sur une période pouvant durer jusqu'à vingt-quatre mois. Le salarié perçoit une indemnité correspondant à 70 % du salaire brut de référence et l'employeur reçoit une aide d'Etat de 60 % (pouvant être portée à 70 % dans certains secteurs très sinistrés). Ajoutons que les services des différentes Direccte communiquent très largement sur ce dispositif afin d'inciter les entreprises à ne pas mettre en œuvre de plan de licenciement collectif pour motifs économiques.

Les obligations de l'employeur

En cas de violation par l'employeur de ses engagements négociés (ex: suppression de certains postes et/ou licenciement de salariés dont l'engagement avait été pris de ne pas les licencier), l'employeur doit en principe rembourser tout ou partie des aides perçues, sauf dans les deux situations suivantes :

Tous droits réservés à l'éditeur

- les perspectives d'activité se sont dégradées par rapport à celles prévues dans l'accord collectif ou le document unilatéral de l'employeur ;
- le remboursement est incompatible avec la situation économique et financière de l'établissement, de l'entreprise ou du groupe.

Dans ce cas, l'employeur doit tenir informé le comité social et économique (CSE) et les organisations syndicales signataires de l'accord collectif du fait qu'il sollicite une demande de remboursement ou de la décision de l'administration de ne pas solliciter le remboursement.

A ce jour, et au regard des deux confinements successifs, les entreprises ont plus facilement eu recours à l'activité partielle dans sa version initiale permettant notamment de placer plus facilement les salariés en activité partielle à 100 % et, surtout, en l'absence d'engagement (à l'exception des hypothèses de renouvellement). Cette activité partielle a le mérite d'être plus flexible et plus rapide à mettre en place puisqu'une autorisation implicite est accordée en l'absence de retour sous quinze jours. L'employeur peut porter l'activité partielle à 100 %.

Des entreprises, non concernés par la baisse d'activité lors du premier confinement, ont mis en place ce dispositif d'activité partielle, notamment certaines enseignes de la grande distribution invoquant l'impact lié à la non-commercialisation des produits dits « non essentiels ». La ministre du Travail a indiqué que ses services resteraient vigilants et veilleraient, en cas de contrôle, à vérifier que les conditions nécessaires à la mise en place étaient réunies.

D'autres entreprises de la métallurgie ont, quant à elles, mis en place le dispositif pour les salariés de certains de leurs établissements, alors qu'une baisse d'activité n'est pas réellement justifiée. L'activité partielle reste un atout majeur pour les entreprises ayant besoin de reconstituer une trésorerie très malmenée en 2020. Ainsi, bien que le télétravail soit fortement recommandé (faute d'être légalement obligatoire) par le ministère du Travail, certaines entreprises couplent la mesure avec le bénéfice de l'activité partielle, sans pouvoir justifier d'une réelle baisse d'activité.

La question du télétravail : un dosage délicat

Durant ce second confinement, les services du ministère du Travail vérifieront la légitimité des demandes faites aux salariés de travailler sur site, sans possibilité d'exercer leur fonction en télétravail. La difficulté résultant dans l'absence de force obligatoire du protocole sanitaire s'apparentant à de la « soft law ». Néanmoins, un employeur ne se conformant pas aux recommandations prévues dans le protocole prendrait un risque au regard de l'obligation de sécurité de résultat qu'il supporte. Ajoutons que l'accord national interprofessionnel du 26 novembre 2020 met en place des dispositions qui ne rendent pas non plus le télétravail obligatoire. Et pour cause : rendre le télétravail obligatoire dans l'absolu aurait peu de sens, car il est directement lié à la nature du poste occupé. Ainsi, l'employeur qui demande à un salarié de ne pas télétravailler en période de confinement devra pouvoir justifier, en cas de contrôle, de la nécessité de la présence du salarié : utilisation d'outils ou de logiciels spécifiques ; préparation de dossier physique nécessaire et imposé par un service public ; utilisation de machines non transportables, etc. Si la justification est apportée, l'employeur ne devrait pas être inquiété.

Les services du ministère du Travail vérifieront les demandes d'activité partielle faites alors que l'activité n'a pas réellement cessé ou baissé. La crise économique ayant un spectre d'impact relativement large, il est compliqué, de prime abord, de remettre en cause le bien-fondé de cette mesure instaurée pour soutenir l'emploi. Les critères de vérification seront l'appréciation de la durée du travail et la cessation effective des fonctions durant l'activité partielle.

Il est conseillé, afin de se conformer à la réglementation, d'informer les salariés individuellement de la mise en place de l'activité partielle (obligation légale au demeurant) et, surtout, de veiller à instaurer des plannings de travail précis afin d'éviter tout débordement. A cela peuvent s'ajouter des contrôles de déconnexion automatique ou surveillé via une communication intensive sur la déconnexion du salarié durant l'activité partielle. Compte tenu des messages émanant du gouvernement et d'une crise sanitaire qui, malgré la prochaine campagne de vaccination, impactera encore fortement la trésorerie des entreprises, un projet de décret a prorogé en l'état ce dispositif d'activité partielle jusqu'au 1er février 2021. ■

Erratum : L'analyse « Les entreprises face à la Covid-19 : nouvelles adaptations pour le droit des entreprises en difficulté » publiée dans ODA 520 a été attribuée par erreur à Déborah Fallik. Elle était en fait de Caroline Texier, associée, et Mehdi Abdelouahab, collaborateur, DLA Piper. L'erreur a été corrigée en ligne (site et PDF consultable en ligne), mais nous présentons nos excuses aux différents auteurs et prions les destinataires de l'ancien PDF de nous excuser pour cette bévue.

Tous droits réservés à l'éditeur