

Avril 2020

Le chômage partiel

Principe

L'activité partielle, plus connue sous son ancien nom de « chômage partiel », est un dispositif qui permet aux entreprises, temporairement (c. trav. art. L. 5122-1) :

- soit de réduire la durée de travail** applicable dans une entreprise ou un établissement ;
- soit de fermer un établissement ou une partie d'établissement (suspension d'activité).**

L'employeur ne verse **pas de salaire pour les heures non travaillées** par les salariés concernés, mais il doit payer les heures perdues en dessous de la durée légale du travail ou, lorsqu'elle est inférieure, en dessous de la durée conventionnelle ou contractuelle du travail (c. trav. art. L. 5122-1 et R. 5122-19). Dans le contexte de la crise du coronavirus, on rappellera que le gouvernement a temporairement assoupli cette règle pour les entreprises appliquant des durées d'équivalence (ord. 2020-346 du 27 mars 2020, art. 1, JO du 28).

L'employeur peut alors percevoir de l'État une allocation en remboursement de l'indemnité qu'il verse aux salariés pour les heures perdues.

Pas de travail pendant les heures de chômage partiel

Par définition, il est exclu qu'un salarié soit au même moment en chômage partiel et en train de travailler (à son **poste de travail** ou en **télétravail**, peu importe).

Si le chômage partiel prend la forme d'une **cessation temporaire d'activité**, **les salariés doivent cesser de travailler**. La situation ne pose pas de difficulté particulière, puisqu'il n'y a plus dans cette hypothèse de travail possible.



L'employeur doit fixer très clairement des plages de télétravail (ou travail) et des plages d'activité partielle et il indique aux salariés qu'elles sont impératives. Il peut d'ailleurs être utile de souligner que télétravailler durant un temps de chômage partiel crée une situation illégale pour l'entreprise.

En effet, le recours au télétravail, même en raison de la crise sanitaire dans des entreprises dont ce n'est pas l'organisation habituelle, **n'autorise pas les salariés à s'affranchir** des consignes données par l'employeur ni de la législation sur la durée du travail (que l'employeur doit, de son côté, continuer à respecter).

Les salariés doivent donc bien comprendre, qu'ils ne peuvent pas s'organiser à leur convenance sur ce point et doivent s'en tenir aux plages horaires imposées par l'employeur. **Hors de question, par exemple, de traiter ses mails pendant les heures de chômage partiel, ce qui au demeurant constituerait un élément à charge en cas de contrôle.** Si nécessaire, l'employeur peut, le cas échéant, user de son pouvoir disciplinaire.

Une difficulté se présente néanmoins ici pour les salariés sans horaires, comme ceux titulaires d'un forfait annuel en jours (même si tout n'est pas, à ce jour, réglé pour eux sur le plan de l'activité partielle, dans l'attente d'un décret à paraître).

Travail ou télétravail durant un temps de chômage partiel : le risque encouru

Dans un communiqué de presse du 30 mars 2020, le ministère du Travail a attiré l'attention des employeurs sur le fait que demander à certains salariés de télétravailler pendant des heures de chômage partiel constitue une fraude et que **cette situation est assimilée à du travail illégal.**

L'administration a d'ailleurs souligné que l'entreprise prend alors le risque de diverses sanctions qui sont cumulables :

- le remboursement intégral des sommes perçues au titre du chômage partiel ;
- l'interdiction de bénéficier, pendant une durée maximale de 5 ans, d'aides publiques en matière d'emploi ou de formation professionnelle ;
- 2 ans d'emprisonnement et 30 000 € d'amende (c. pén. art. 441-6).



Même si le ministère s'est focalisé sur le risque lié au télétravail, sans doute jugé davantage propice à la fraude, il en va bien entendu de même en cas de travail sur site, au poste habituel.

Plus généralement, il ne faut pas oublier que la dissimulation intentionnelle d'heures de travail caractérise le délit de travail dissimulé (ex. : travail non déclaré le dimanche ou en soirée).

Comment est calculée l'assiette de l'indemnité versée au salarié ?

Taux horaire des éléments de rémunération variable.

L'administration prend en compte les éléments de rémunération variables, entendus ici comme non mensuels.

Cette catégorie regroupe :

- les éléments de rémunération variable au sens propre (commissions, pourboires...);
- les primes versées selon une périodicité non mensuelle, pourvu qu'elles soient calculées en fonction du temps de présence du salarié, et donc affectées par l'activité partielle : l'administration cite, à titre d'exemple, une prime annuelle d'ancienneté ou d'assiduité calculée 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 (ex. : pour une mise en activité partielle au 1^{er} mars 2020, période allant du 1^{er} mars 2019 au 29 février 2020). Si le salarié a travaillé moins de 12 mois, on prend en compte la moyenne de la totalité des mois de sa période de présence.

Ce montant mensuel de référence est divisé par le nombre d'heures mensuelle correspondant à la durée légale sur la période considérée (151,67 h 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.

Exemple : la moyenne mensuelle de variable d'un salarié est de 800 €. En termes de taux horaire elle représente un montant de $800 \text{ €} / 151,67 = 5,27 \text{ €}$.

Ici aussi, on peut s'interroger sur la situation des salariés soumis à une durée du travail incluant des heures supplémentaires structurelles (ex. : durée collective du travail de 39 h, convention individuelle de forfait de 39 h). Faut-il :

- diviser la moyenne mensuelle par 151,67 h, dans le silence de l'administration ?
- ou se référer à leur durée mensuelle du travail (ex. : 169 h pour 39 h hebdos), voire à une valeur tenant compte des majorations pour heures supplémentaires (173,33, pour 39 heures hebdos après conversion des 4 heures supp' par semaine majorée de 25 %) ?

Par ailleurs, ne sont pas pris en compte :

- les primes ou indemnités ayant le caractère de remboursement de frais professionnels ;
- les éléments d'épargne salariale (intéressement, participation, etc.) ;
- les primes qui ne sont pas affectées par la mise en activité partielle (par exemple, à notre sens, prime d'ancienneté mensuelle versée intégralement pendant la période d'activité partielle, prime de vacances annuelle ou de fin d'année non affectée par l'activité partielle) ;
- la prime exceptionnelle de pouvoir d'achat.

Activité partielle : un deuxième train de mesures par ordonnance

Les mesures prévues par l'ordonnance n'ont, en principe, pas vocation à avoir une durée pérenne.

Elles sont applicables à compter du 28 mars 2020, jusqu'à une date qui sera fixée par décret, et au plus tard jusqu'au 31 décembre 2020 (ord. 2020-346 du 27 mars 2020, art. 12).

Salariés relevant de régimes d'équivalence

Les heures d'équivalence, à savoir celles comprises entre la durée légale du travail (35 h) et la durée d'équivalence applicable (ex. : 39 h), sont rémunérées conformément aux conventions ou accords collectifs ou, à défaut, aux usages applicables.

Activité partielle.

En cas de chômage partiel, la règle de principe veut que seules les heures de travail perdues sous la durée légale (35 h) sont en principe indemnissables (c. trav. art. L. 5122-1 et R. 5122-19). Traditionnellement, l'administration en déduisait que les heures d'équivalences perdues n'étaient pas indemnissables au titre de l'activité partielle (circ. DGEFP 2013-12 du 12 juillet 2013, notice technique, fiche 5 désormais non applicable).

Pour aider les entreprises concernées à faire face à la crise, l'ordonnance prévoit de rendre les heures d'équivalence « rémunérées » indemnissables au titre de l'activité partielle. L'employeur devra verser les indemnités d'activité partielle correspondantes au salarié, il recevra en remboursement l'allocation d'activité partielle (ord. 2020-346 du 27 mars 2020, art. 1).

Exemple : un salarié soumis à une durée d'équivalence de 39 h rémunérées voit sa durée du travail ramenée à 20 h en raison d'une période de chômage partiel. Dans le système antérieur à l'ordonnance, il n'était indemnisé que pour 15 h (35 – 20). Dans le cadre de l'ordonnance, 19 h sont, à notre sens, indemnissables (39 – 20).

Corrélativement, l'employeur peut recourir à l'activité partielle s'il réduit la durée d'équivalence, sans pour autant descendre sous la durée légale (ex. : pour des personnels soumis à une durée d'équivalence de 41 h, l'employeur ramène la durée du travail à 37 ; les 4 h sont indemnissables).

Extension de la règle de la rémunération mensuelle minimale aux salariés à temps partiel

En cas d'activité partielle, le salarié reçoit pour chaque heure indemnisable une indemnité de **70 % de la rémunération** horaire brute de référence. Selon le ministère, dans le cas général, cette somme **représente environ 84 % du net** correspondant compte tenu du différentiel de cotisations et contributions entre le salaire et le revenu de remplacement.

Pour protéger les salariés au SMIC ou proches du SMIC, le mécanisme de la « **rémunération mensuelle minimale** » (RMM) prévoit que l'employeur doit, si nécessaire, verser une allocation complémentaire pour garantir au salarié qu'au total, il ait au moins le SMIC net des cotisations obligatoires correspondant à la durée légale sur le mois (151,67 h) (c. trav. art. L. 3232-1 à L. 3232-7).

Exemple : Si on prend l'exemple d'un salarié à temps plein (151,67 h) payé 11 €/heure en activité partielle tout le mois, il reçoit 1 167,86 € d'indemnités d'activité partielle. La RMM, soit le SMIC net sur le mois, représente dans le cas général 1 217,91 €. L'employeur doit donc lui verser une allocation complémentaire de $1\,217,91\text{ €} - 1\,167,86\text{ €} = 50,05\text{ €}$, soit 0,33 € par heure indemnisée.

Néanmoins, la règle de la RMM comporte une restriction de taille : elle **ne bénéficie qu'aux salariés à temps plein** (c. trav. art. L. 3232-1). Par conséquent, un salarié à temps partiel n'a donc pas droit à cette garantie, même rapportée à sa durée du travail.

Pour remédier à cette difficulté, l'ordonnance prévoit que l'indemnité d'activité partielle que l'employeur doit verser à un salarié à temps partiel ne peut pas être inférieure au taux horaire du SMIC (ord. 2020-346 du 27 mars 2020, art. 3).