
DÉPARTEMENT DROIT DU TRAVAIL : LES ESSENTIELS

Activité Partielle et embauche en CDD **Activité partielle et contrat de travail base supérieure à 35 heures** **Activité partielle sans aide de l'Etat** **Activité partielle et Télétravail**

Après l'urgence et la violence de la crise sanitaire à traiter qui a vu nombre d'Ordonnances, Décrets, Guides pratiques (ou pas !!) et déclarations, interprétations considérées par le Ministère du Travail comme des « *normes impératives* », notamment en matière de sécurité des salariés au travail, vient tout doucement le temps des analyses, selon nos réflexes de la vie « d'avant », nos certitudes juridiques « d'avant », des droits « acquis », etc.

De ces réflexions naît la contradiction avant la contestation qui ne manquera d'intervenir à l'avenir, mais avec des schémas « *d'avant la crise* » qui - peut-être - devront être revus, corrigés, amendés et, pour certains, abandonnés.

Dans ce cadre, il nous semble intéressant de partager certains retours d'expériences susceptibles de vous intéresser.

Quelques situations, auxquelles nous sommes désormais confrontées, méritent d'être portées à votre attention, tout comme, bien sûr les nouvelles règles légales et conventionnelles qui sont publiées à périodicité quasi quotidienne.

- Peut-on recourir à l'embauche en CDD d'un salarié placé en activité partielle chez son employeur habituel ?
- Quid du calcul de l'indemnité partielle pour les salariés qui bénéficient d'un contrat de travail base 38 ou 39 h ?
- Télétravail et activité partielle sont-ils compatibles ?
- Les entreprises peuvent-elles placer leurs salariés en activité partielle et ne pas effectuer de demande d'allocation d'AP auprès de l'Etat ?

I. Activité partielle et CDD

Dans les circonstances actuelles, certaines entreprises ont besoin, pour une durée déterminée, de recourir à l'embauche de salariés pour surcroît de travail (motif à justifier et à préciser conformément aux obligations légales) ou pour remplacement de salarié absent.

Est-il possible d'embaucher un salarié en CDD, par ailleurs en congés ou en activité partielle ?

Il y a un préalable essentiel : connaître avec précision et sur présentation d'un **justificatif signé par l'employeur** de ce candidat, (exemple sous la forme d'une attestation) la **situation juridique professionnelle exacte** du salarié candidat.

Il s'agit de vérifier la disponibilité juridique du salarié, candidat au CDD, pour occuper un nouvel emploi à titre temporaire et ce pendant la durée de suspension de son contrat de travail.

Cette disponibilité doit également être assurée pendant toute la durée du CDD :

- Si le salarié candidat bénéficie de **congés payés** ou de **congé maladie** de droit commun (maladie) ou dérogatoire (garde d'enfant, personne vulnérable), il est bien évident qu'**il ne peut avoir une quelconque activité professionnelle pendant cette période**, au regard notamment des règles de sécurité sociale sur l'indemnisation de la période de maladie, etc.

Ces situations excluent le cumul congé avec une activité professionnelle, salariée ou non.

- Pour **l'activité partielle** dite « étendue » mise en œuvre dans le cadre de la présente crise sanitaire, l'interdiction d'activité professionnelle est établie pour la **même entreprise**.

Le cumul activité professionnelle et indemnisation activité partielle est lourdement sanctionné, notamment pénalement, si cette situation est révélée dans la même entreprise.

En revanche, aucune précision particulière (à ce jour, prise dans le cadre de la crise actuelle) vise l'hypothèse activité partielle dans une entreprise et CDD dans une autre.

Il faut consulter les précisions ministérielles de 2013 qui semblent toujours d'actualité :

Cumul d'emplois :

*Pendant une période d'activité partielle, le salarié peut occuper un autre emploi **sous réserve** que son contrat de travail ne comporte pas de clause licite d'exclusivité.*

Ce cumul d'emploi devra être réalisé dans le respect des principes de loyauté et de non-concurrence et dans le respect de la durée maximale du travail.

Les intéressés bénéficient alors de manière concomitante de l'indemnité due au titre de l'activité partielle et de la rémunération afférente aux emplois alternatifs. (Source : Documentation technique DGEFP août 2013, fiche n° 5.6.)

*Le salarié doit **informer** son employeur de sa décision d'exercer une activité professionnelle chez un autre employeur pendant la suspension de son contrat de travail en précisant le nom de l'employeur et la durée prévisionnelle de travail.*

***A l'issue de la période d'activité partielle**, le salarié décide soit de reprendre le travail chez son employeur principal (il rompt alors le contrat de travail qu'il a contracté chez un autre employeur), soit de démissionner de son emploi initial.*

Une autre possibilité est prévue et explicitée par le Ministère du Travail : La **Mise à disposition temporaire de salariés volontaires entre deux entreprises**.

Mais dans ce cas, le versement de salaire est repris par l'employeur initial, qui en obtient ensuite le remboursement auprès de l'entreprise, bénéficiaire du détachement.

Comme la rémunération continue à être assurée par l'employeur habituel du salarié, qui se fera néanmoins rembourser, il ne nous semble pas possible que l'activité partielle soit mobilisée pour les salariés détachés dans ces conditions.

II. Activité partielle et contrat de travail base supérieure à 35 heures

Des salariés peuvent bénéficier d'un contrat de travail, assortie d'une rémunération forfaitaire pour une durée du travail contractuelle supérieure à 35 heures.

Sur quelle assiette de calcul horaire **l'indemnisation des salariés engagés sur une base hebdomadaire supérieure à 35h (contrat de travail à 37, 38 ou 39h)** va-t-elle devoir être déterminée ?

A ce jour, des interprétations divergentes apparaissent et suscitent débat, en raison notamment (même si cela est « confondu » dans la convention de forfait) de l'existence récurrente d'heures supplémentaires et d'un taux majoré.

Le Ministère du travail publie et met régulièrement à jour une note technique sur le dispositif de l'activité partielle (dernière mise à jour le 10/04/20), accompagnée d'exemples pour illustrer les modes de calculs qu'il retient dans différentes hypothèses (durée du travail du salarié inférieure ou égale à 35h).

Dans cette note technique, le Ministère du travail présente la méthode de calcul du **taux horaire pour l'indemnité d'activité partielle** (montant qui devra être versé au salarié par heure chômée – cf. p.20 à 26 de la note).

Au regard des règles du Code du travail et de certaines explications fournies par certaines DIRECCTE, il apparaît que la position du Ministère exposée dans son Guide présente, pour le moins, des interrogations, source d'incertitudes et ce, dans un sens défavorable pour l'indemnisation des salariés qui, en résumé se voit « neutraliser » toutes leurs heures de travail au-delà de 35 h, comme nous l'exposons ci-après :

Le Ministère du travail, exclut du calcul du taux horaire d'activité partielle **les heures supplémentaires et les majorations y afférentes**, en affirmant (sans source de droit) « *n'étant pas éligibles à l'activité partielle, elles ne sont pas prises en compte dans le calcul de l'indemnité d'activité partielle* ».

Mais des règles de droit du Code du travail **différentes** s'appliquent pour déterminer le calcul du taux horaire et le nombres d'heures indemnissables au titre de l'AP. Il ne saurait y avoir confusion entre ces deux notions à mon sens.

- **Le nombre d'heures indemnissables au titre de l'AP** est bien **limité à 35 heures**, quel que soit la durée contractuelle de travail hebdomadaire supérieure à 35 h (ex 38 ou 39 h par semaine).

Ex : un salarié employé à 169 heures par mois a réalisé 70 heures de travail au mois de mars et le reste placé en activité partielle.

Son nombre d'heures indemnissable au titre de l'AP se limitera à (151,67 - 70) 81,67 heures et non à (169 - 70) 99 heures chômées.

Cette règle est établie et n'est pas source de difficulté.

- **Le taux horaire de l'activité partielle** (assiette de calcul des **70 %** d'indemnité d'AP) est déterminé selon l'Article R.5122-18 alinéa 1 du Code du travail :

*« Le salarié placé en activité partielle reçoit une **indemnité horaire**, versée par son employeur, correspondant à **70 % de sa rémunération brute 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. »*

Trois étapes sont donc à respecter :

- 1° Déterminer l'assiette de l'indemnité horaire de référence : il s'agit de la même assiette des congés payés** selon la méthode de calcul du **maintien de salaire**.

Les majorations de salaire, **y compris l'indemnisation des heures supplémentaires et leurs majorations**, doivent être **incluses** dans la base de calcul de l'indemnité de congés payés.

Elles devraient donc être intégrées, au même titre que les autres majorations, à cette assiette de référence.

2° Déterminer le montant horaire sur la base de la durée légale du travail applicable ;

3° Déterminer le taux horaire de l'indemnité d'activité partielle égal à 70 %, soit environ 84 % du net, de l'assiette calculée selon les 2 étapes précédentes

Retenir, comme le propose le Ministère du travail (qui, ainsi, par son mode de calcul diminue l'assiette d'indemnisation des salariés concernés et par voie de conséquence réalise des économies) l'exclusion des heures supplémentaires et des majorations (pourtant contractualisées dans le contrat de travail du salarié engagé sur une base hebdomadaire supérieure à 35 h), conduirait, pour le salarié qui bénéficie d'un horaire contractuel supérieur à 35 heures non pas à un maintien de salaire net de 84%, mais plutôt, selon les premières projections, à un niveau de **maintien de salaire net plus proche de 70% que de 84 %**.

Il est aussi à observer que plusieurs DIRRECTE ont pris des positions différentes que celles exposées par le Ministère et donc plus proche des textes du Code du travail, avec prise en compte des heures supplémentaires...

Ces difficultés ont été remontées au Ministère et une mise à jour pourrait à nouveau intervenir.

Pour l'établissement des paies, il convient de faire avec les informations connues et des régularisations éventuelles pourront survenir.

Pour notre part, principe de précaution oblige, nous recommandons de prévoir des rémunérations, y compris pour la détermination de l'indemnisation AP, a minima, préférant verser un complément le mois suivant aux salariés plutôt que le contraire.

III. Activité partielle sans aide de l'Etat

Les entreprises peuvent placer leurs salariés en activité partielle et ne pas effectuer de demande d'allocation d'AP auprès de l'Etat.

Dans ce cas, le Ministère du Travail précise les entreprises doivent verser à leurs salariés l'indemnité d'activité partielle dans les conditions prévues par le Code du travail (cf. p. 20 [note technique sur le dispositif de l'activité partielle](#) mise à jour le 10/04/2020).

Pour bénéficier de l'exonération de cotisations sociales sur les indemnités d'activité partielle, les entreprises devront faire une demande d'autorisation dans les conditions normales de mise en activité partielle.

Elles n'auront pas à faire de demande d'indemnisation par la suite.

Elles informeront la DIRECCTE de cet engagement à ne pas bénéficier de l'indemnisation par l'Etat.

IV. Télétravail et Activité partielle

Il semble que certaines interprétations - trop ? – restrictives des précisions du Ministère du travail jugent incompatibles le bénéfice de l'allocation d'AP pour les entreprises qui pratiquent le télétravail.

Il est vrai que pour lutter contre les fraudeurs, le Ministère ne cesse de rappeler (et également d'inviter à la délation en sollicitant très directement les salariés et les Organisations syndicales) que le télétravail est incompatible avec l'indemnisation des heures chômées.

La documentation du Ministère (cf. Question-Réponse p. 17-18 de la [note technique sur le dispositif de l'activité partielle](#) mise à jour le 10/04/2020) :

« 14/ Quelles sont les sanctions en cas de fraude à l'activité partielle ?

L'activité partielle est par nature un dispositif prévisionnel pour lequel un employeur demande un nombre d'heures maximum sur une période donnée et un nombre de salariés potentiellement couverts.

La fraude à l'activité partielle se constate sur les demandes d'indemnisation formulées par les employeurs. En effet, le dispositif prend en charge les heures non travaillées par les salariés, c'est-à-dire celles au cours desquelles ils n'ont pas fourni de travail et n'étaient pas à disposition de leur employeur.

Exemple 1 : pour les salariés en télétravail, l'employeur ne peut pas demander à bénéficier d'une indemnisation.

Exemple 2 : *si des salariés sont présents sur le lieu de travail mais qu'en l'absence de clients, ils sont redéployés à d'autres tâches, l'employeur ne pourra pas demander à bénéficier de l'allocation d'activité partielle car ils étaient à disposition de leur employeur.*

Exemple 3 : *les salariés ont posé des congés payés. Ces jours ne peuvent pas être pris en charge par l'activité partielle donc l'employeur devra les rémunérer normalement.*

Si l'employeur venait à demander une indemnisation pour des heures pendant lesquelles les salariés travaillaient ou étaient en congés payés/JRTT, cela est passible de sanctions prévues en cas de travail illégal :

- *remboursement des aides perçues au titre des heures indûment perçues par l'employeur ;*
- *interdiction de bénéficier pendant 5 ans d'aides publiques ;*
- *sanctions pénales. »*

A notre sens, ce n'est pas une interdiction de principe opposée à toutes les entreprises qui pratiquent, peu ou prou, le télétravail.

Il convient d'apprécier le champ d'application précis de cette interdiction.

Il s'agit de rappeler aux entreprises que **les salariés en activité partielle ne doivent exercer aucune activité professionnelle pendant les heures chômées.**

Un salarié en télétravail doit **s'abstenir ou cesser de télétravailler pendant les plages horaires déclarées comme étant chômées** à l'Administration.

Il doit **limiter son travail aux plages horaires non chômées.**

L'entreprise doit impérativement conserver la preuve (consultation CSE ; accord d'entreprise, note de service ; note individuelle ; interdiction de connexion, ...) de cette nouvelle organisation du travail.

Lors des contrôles a posteriori annoncés par l'Administration du Travail, il paraît établi que l'Inspection du travail pourra rechercher toutes violations de ce principe absolu de ne pas travailler ou télétravailler pendant les heures déclarées comme chômées (consultations des connexions, envoi de courriels, ...)

Nous vous invitons donc à être particulièrement rigoureux en la matière et de conserver toutes les preuves destinées à démontrer la bonne foi de l'entreprise et le respect de ces règles impératives.

* *
*

Bien entendu, nous restons à votre disposition pour répondre à vos besoins de conseils, d'information et d'assistance.

