

2055

Du collectif à l'individuel : une adaptation de l'activité partielle au service de la reprise d'activité

Nathalie DAUXERRE,

*docteur en droit, avocat associé – Eonomie
Avocats, directeur du conseil scientifique du
cabinet Eonomie Avocats*



La décision du chef d'entreprise de mettre en œuvre l'activité partielle est une mesure nécessairement collective. Le caractère collectif de l'activité partielle est apparu, en ce temps de crise sanitaire exceptionnelle, mal adapté à une reprise progressive de l'activité. Un dispositif d'activité partielle repensé est entré en vigueur le 1^{er} mai 2020.

1 - Aux grands maux, les grands remèdes ! – 15 avril 2020 : déclaration du ministre de l'Economie et des Finances : « Nous sommes confrontés à une crise sanitaire brutale dont chacun mesure, je pense, dans sa vie quotidienne et auprès de ses proches, la violence. Nous sommes aussi confrontés à un bouleversement économique qui n'a aucun équivalent dans notre histoire contemporaine (...). La crise, contrairement à certaines interprétations que je peux lire ici ou là, n'est pas la crise d'une économie en surchauffe. Elle est, au contraire, la crise d'une économie à l'arrêt dont la date de redémarrage et les modalités sont incertaines. (...) L'économie, ce n'est pas simplement la croissance. L'économie, c'est le travail, c'est la dignité que porte ce travail. C'est le financement de notre modèle social. Sans économie, il n'y a pas de financement de notre modèle social soutenable. De ce point de vue, si on parle de stratégie et de reprise, je pense qu'elle ne peut s'inscrire que dans la longue durée. Il y aura évidemment une reprise progressive à mettre en œuvre (...) pour augmenter le rythme de l'économie française qui, aujourd'hui, tourne au ralenti (...) ¹ ».

22 avril 2020 : le ministère de l'Economie et des Finances ouvre, par voie d'ordonnance ², l'activité partielle à l'individualisation aux fins de maintien ou de reprise de l'activité ³ (et par voie de conséquence aux fins de diminution de la prise en charge par l'État de ce dispositif à coups de milliards).

25 avril 2020 : la loi de finances rectificative pour 2020 ⁴ est adoptée. Les salariés bénéficiant d'arrêts dérogatoires, pris en charge jusqu'à présent par l'assurance maladie, basculent à compter du 1^{er} mai 2020 vers le dispositif d'activité partielle.

2 - Un glissement. – Dispositif conçu au service du maintien de l'emploi en période de difficulté conjoncturelle, l'activité partielle a été redéfinie ⁵. Un glissement a été opéré au service de la reprise de l'activité. Des arbitrages ont dû être faits pour favoriser cette reprise et la maintenir. Des aménagements aux principes essentiels ont été apportés (1), nécessitant l'orchestration des conditions de la mise en œuvre de ce dispositif réinventé (2).

4. L. n° 2020-473, 25 avr. 2020, de finances rectificative pour 2020 : JO 26 avr. 2020.

5. La refonte du dispositif d'activité partielle est de loin terminée, comme en témoigne la loi n° 2020-734 du 17 juin 2020 relative à diverses dispositions liées à la crise sanitaire, à d'autres mesures urgentes ainsi qu'au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne (JO 18 juin 2020 ; JCP S 2020, act. 236 ; JCP S 2020, act. 258). Le Gouvernement est en effet habilité à faire évoluer l'activité partielle « si nécessaire à compter du 1^{er} juin 2020 et pour une durée n'excédant pas six mois à compter du terme de l'état d'urgence sanitaire ». L'objectif du Parlement est que soient limitées les fins et les ruptures de contrats de travail, atténués les effets de la baisse d'activité, de favoriser et d'accompagner la reprise d'activité. Les ordonnances à venir auront pour mission d'adapter les règles sur l'activité partielle aux caractéristiques des entreprises en fonction de l'impact économique de la crise sanitaire sur ces dernières, à leur secteur d'activité ou aux catégories de salariés concernés. Est particulièrement prise en compte la situation des artistes à employeurs multiple, celle des activités fermées administrativement et des entreprises qui les approvisionnent. Cette disposition vise à légitimer la prise en charge différenciée par l'État de l'allocation d'activité partielle à effet rétroactif au 1^{er} juin 2020. Hors secteurs d'activités fortement impactés par la crise pour lesquels la prise en charge reste à 70 %, elle est désormais de 60 % du salaire brut dans la limite de 4,5 Smic.

1. Déclaration du ministre de l'Economie et des Finances, sur la crise économique provoquée par l'épidémie de Covid-19, la reprise progressive de l'activité économique après la période de déconfinement et les mesures de soutien à l'économie, à l'Assemblée nationale le 15 avril 2020 : <https://www.economie.gouv.fr>, le 16 avril 2020.

2. Ord. n° 2020-460, 22 avr. 2020, portant diverses mesures prises pour faire face à l'épidémie de covid-19 : JO 23 avr. 2020.

3. Ord. n° 2020-460, 22 avr. 2020, préc. note 2, art. 8.

1. L'individualisation de l'activité partielle : une atteinte autorisée à l'égalité de traitement

3 - Appréhension. – L'activité partielle « de droit commun » (*C. trav., art. L. 5122-1 et s.*) est connue⁶. Son fondement : un dispositif temporaire mais surtout collectif, excluant toute atteinte à l'égalité de traitement (A). La crise exceptionnelle liée au Covid-19 a cependant exigé qu'un regard nouveau soit posé sur ce dispositif⁷ ébranlant par la même son socle fondateur (B).

A. - Le caractère collectif, socle de l'activité partielle

4 - Périmètre. – La mise en activité partielle résultant de la décision de l'employeur (après information et consultation du CSE) de fermer tout ou partie de l'entreprise ou de l'établissement ou réduire le temps de travail de tout ou partie de son personnel est une mesure à caractère nécessairement collectif (*C. trav., art. L.5122-1*). L'allocation d'activité partielle « ne saurait être accordée, en cas d'arrêt de travail, que si elle concerne un groupe bien différencié de salariés affectés à la même activité : ce sera le cas d'un établissement, ou d'une partie d'établissement, service, atelier, dans la mesure où cette appellation recouvre une entité homogène définie, voire une catégorie de personnel »⁸. Ce collectif peut ne pas viser pour autant la totalité des salariés de l'entreprise. Le cadre de mise en œuvre de l'activité partielle, pour qu'elle soit efficiente, est étroitement lié à l'organisation de l'entreprise. C'est la raison pour laquelle l'administration entend au sens large la notion d'établissement : il s'agit aussi bien d'une unité de production que d'un service, ou d'un atelier voire d'une équipe chargée de la réalisation d'un projet intellectuel⁹.

5 - Un collectif objectivement identifié. – L'administration veille à ce qu'à défaut de concerner l'ensemble de la collectivité du personnel de l'entreprise, l'activité partielle s'impose à une population nettement et objectivement identifiée participant à une activité précise. L'activité partielle doit viser un groupe bien différencié de salariés affectés à la même activité, une entité homogène définie, voire une catégorie de personnel. Aussi, lorsqu'il est fait application de la notion d'horaire collectif de l'établissement ou d'une partie de l'établissement, l'administration vérifie que l'opération conduite se traduit bien par une suspension d'activité et non par une suspension de contrat de travail de salariés isolés au sein d'ateliers ou de services dont les activités ne sont pas arrêtées et dans lesquels une répartition différente du volume de travail pourrait permettre d'occuper chacun des membres du personnel¹⁰. La Cour de cassation le souligne : les dispositions légales n'autorisent pas un employeur à mettre un seul salarié en chômage partiel¹¹, sauf à ce qu'il soit unique¹².

6 - Un assouplissement encadré du collectif. – Le législateur a admis un assouplissement au caractère en principe collectif de l'activité partielle (*C. trav., art. L. 5122-1*). Ainsi, l'employeur peut dans le cadre de son pouvoir de direction placer des salariés en situation d'activité partielle de manière individuelle ou alternative dès lors qu'ils subissent, dans les mêmes conditions, la réduction collective de l'horaire de travail, pratiquée dans tout ou partie de l'établissement, en-deçà de la durée légale. Dans son Questions/Réponses « Dispositif

exceptionnel d'activité partielle » (dont on ne compte plus les actualisations), le ministère du Travail rappelle 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, service, etc. ».

7 - Manifestations. – En fonction du caractère nécessairement collectif de l'activité partielle jusqu'alors en vigueur, l'entreprise pouvait décider de placer, en fonction d'une activité précise et identifiée, certains de ses services en activité partielle totale et d'autres services en activité partielle réduite ; une partie d'une équipe ou d'un service pouvait alterner des périodes d'activité avec des périodes d'activité partielle (un jour sur deux, une semaine sur deux...) ; certaines catégories de salariés objectivement identifiées pouvaient être placées en activité partielle réduite ou totale et d'autres être exclues du champ de l'activité partielle. L'entreprise pouvait également décider de moduler par service la durée de l'activité partielle réduite ou de moduler au sein d'un même service composé de plusieurs équipes la durée d'activité partielle réduite ou encore de prévoir que seules certaines équipes seraient en activité partielle totale ou réduite.

B. - Un socle ébranlé

8 - Bouversements. – L'ordonnance n° 2020-460 du 22 avril 2020 a rompu avec le caractère nécessairement collectif de l'activité partielle (2). De moindre ampleur, la loi de finances rectificative pour 2020 avait déjà ouvert une brèche en opérant un basculement des arrêts dits dérogatoires vers l'activité partielle (1).

1° Un basculement

9 - Un impératif budgétaire ? – L'épidémie du Covid-19 a conduit les pouvoirs publics à mettre en place des arrêts de travail dérogatoires pour les personnes contraintes de rester à leur domicile soit parce qu'elles doivent garder leur enfant de moins de 16 ans et ne peuvent télétravailler, soit parce qu'elles sont vulnérables ou partagent leur domicile avec un proche vulnérable. Peut-être par souci de favoriser un artificiel équilibre financier entre des budgets très largement déficitaires, le pouvoir législatif a décidé, à travers la loi de finances rectificatives du 25 avril 2020, de faire basculer ces arrêts dérogatoires vers l'activité partielle à compter du 1^{er} mai dernier. Ce basculement a été implicitement consacré par le décret n° 2020-520 du 5 mai 2020¹³. Magie de cette législation de crise : seule la notice explicative du décret évoque le basculement de ces arrêts dérogatoires vers le dispositif d'activité partielle ! Le décret ne porte, en soi, que sur la fin des indemnités journalières à partir du 1^{er} mai.

10 - Un basculement à effet du 1^{er} mai. – Ironie du sort, les bénéficiaires d'arrêts dits dérogatoires et privés de la possibilité de reprendre leur activité ont basculé le jour de la fête du travail dans le régime de l'activité partielle. Ils ne bénéficient plus des indemnités journalières de la sécurité sociale et de leur employeur. Ils se trouvent « transférés » automatiquement vers le régime d'activité partielle. Leur assimilation aux salariés en activité partielle est totale, la compensation de rémunération versée au titre de l'activité partielle n'étant pas cumulable avec les indemnités journalières de sécurité sociale.

11 - Bénéficiaires du basculement. – Sont concernés par le transfert opéré vers le régime d'activité partielle : 1) les salariés en arrêt pour garde d'enfants de moins de 16 ans ; 2) les salariés vulnérables en arrêt préventif ; 3) les salariés vivant sous le même toit qu'une personne vulnérable.

6. J. Daniel, *Le recours au chômage partiel* : JCP S 2009, 1121..

7. P. Lopes, *Le dispositif exceptionnel d'activité partielle – Covid-19* : JCP S 2020, 1094. – P. Lopes, *Le dispositif exceptionnel d'activité partielle – Les dernières évolutions* : JCP S 2020, 2003.

8. Circ. CDE n° 39-85, 15 juill. 1985.

9. Doc. Tech. DGEFP, 1^{er} juill. 2015.

10. Circ. CDE n° 39/85, 15 juill. 1985.

11. Cass. soc., 19 juill. 1995, n° 91-45.676 : RJS 1995, n° 1039.

12. CA Nancy, ch. soc., 21 juin 2000 : RJS 2001, n° 151.

13. D. n° 2020-520, 5 mai 2020, modifiant D. n° 2020-73, 31 janv. 2020 : JO 6 mai 2020.

La première catégorie de salariés ne bénéficiera des allocations tant que les enfants de moins de 16 ans, dont les intéressés ont la garde, seront privés de la possibilité de retourner dans leurs établissements scolaires.

Pour les deux autres catégories de salariés, le décret n° 2020-521 du 5 mai 2020¹⁴ précise les critères, à commencer par l'âge, l'état de santé et la grossesse, permettant d'identifier les salariés de droit privé vulnérables pouvant bénéficier du dispositif d'activité partielle¹⁵.

12 - Indifférence de la situation de l'entreprise. – La brèche ainsi ouverte dans le dispositif de l'activité partielle conduit à faire bénéficier les trois catégories de salariés susvisées du dispositif d'allocations d'activité partielle alors même que l'entreprise n'est ni en activité partielle « partielle » ni en activité partielle totale. L'article 20 de la loi de finances rectificative est claire sur ce point. Les salariés placés en arrêts de travail dérogatoires perçoivent « l'indemnité d'activité partielle mentionnée au II de l'article L. 5122-1 du Code du travail, sans que les conditions prévues au I de ce même article ne soient requises ». Ce basculement ne répond de toute évidence ni à la philosophie ni à la finalité de l'activité partielle.

13 - Un basculement à durée variable. – La durée de la prise en charge au titre de l'activité partielle varie selon la nature des arrêts de travail. Les salariés bénéficiant d'un arrêt de travail pour garde d'enfants de moins de 16 ans bénéficient de l'activité partielle tant que leur enfant est maintenu à domicile, précisément tant que les écoles, collèges et lycées demeurent fermés.

Pour les salariés en situation de vulnérabilité ou vivant avec une personne vulnérable, la fin de leur prise en charge au titre de l'activité partielle doit être fixée par un nouveau décret.

2° Une rupture

14 - Une dérogation légale au caractère collectif de l'activité partielle au service du maintien ou de la reprise d'activité. – La dérogation portée par l'ordonnance du 22 avril 2020 au caractère collectif de l'activité partielle est explicite : « Par dérogation au I de l'article L. 5122-1 du Code du travail, l'employeur peut, soit en cas d'accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, de convention ou d'accord de branche, soit après avis favorable du comité social et économique ou du conseil d'entreprise, **placer une partie seulement des salariés de l'entreprise, d'un établissement, d'un service ou d'un atelier, y compris ceux relevant de la même catégorie professionnelle, en position d'activité partielle ou appliquer à ces salariés une répartition différente des heures travaillées et non travaillées, lorsque cette individualisation est nécessaire pour assurer le maintien ou la reprise d'activité** ». En apparence simple, l'individualisation doit permettre de mettre en activité partielle un salarié désigné appartenant à un service où tous les autres salariés ont repris leur poste, donc au final de s'adapter à la situation de chacun.

15 - Une dérogation à la règle d'égalité de traitement entre salariés d'une même catégorie professionnelle. – Cette nouvelle modalité de recours à l'activité partielle permet à l'employeur d'échapper temporairement et **sous certaines conditions** à la règle d'égalité de traitement entre salariés d'une même catégorie professionnelle. Cette règle interdit « toute différence de traitement entre ceux qui sont placés

dans une situation identique ou, tout au moins, oblige à ce que toute inégalité soit justifiée par des raisons objectives et pertinentes »¹⁶.

Le législateur ne fournit pas d'indices permettant d'identifier « la catégorie professionnelle » dans le périmètre de laquelle l'employeur est autorisé temporairement **sous certaines conditions** à déroger au principe d'égalité de traitement. Eu égard au contexte dans lequel s'inscrit l'activité partielle et aux adaptations qui lui ont été apportées, un parallèle peut être fait avec le droit du licenciement pour motif économique. En cette matière, la notion de catégorie professionnelle est essentielle. En effet, « c'est au sein en effet d'une telle catégorie que sont mis en œuvre les critères d'ordre de licenciement, lesquels permettent d'identifier le(s) salarié(s) dont le contrat est résilié. Elle est une étape préalable incontournable pour passer du motif économique par définition non inhérent à la personne du subordonné à la phase de personnification, c'est-à-dire à la détermination de l'individu qui sera licencié »¹⁷.

16 - Notion de catégorie professionnelle. – La Cour de cassation et le Conseil d'État retiennent une acception quasi similaire de la catégorie professionnelle. Dans un arrêt du 13 février 1997¹⁸, la Cour de cassation a, dans un premier temps, défini la notion de catégorie professionnelle comme un groupe de salariés qui « *exercent, au sein de l'entreprise, des fonctions de même nature supposant une formation professionnelle commune* ». En appliquant strictement la définition extensive de la notion de catégorie professionnelle, une entreprise, déjà fragilisée par des difficultés économiques, pouvait être contrainte d'opérer des licenciements sans tenir compte de la spécialisation acquise pendant des années par ses salariés dès lors qu'ils justifiaient d'une formation commune et de fonctions de même nature. Consciente de la rigidité de cette définition, la Cour de cassation a fait évoluer sa jurisprudence¹⁹ en admettant que l'expérience professionnelle puisse fonder des catégories professionnelles distinctes à la condition d'excéder la simple adaptation à l'évolution des emplois. La Cour de cassation a jugé, par la suite, que seule une formation de base spécifique ou une formation complémentaire excédant l'obligation d'adaptation pouvait justifier des catégories professionnelles distinctes²⁰.

Le Conseil d'État, dans un arrêt du 30 mai 2016, a retenu une définition similaire en y apportant toutefois quelques nuances²¹. Il rappelle qu'il appartient à l'Administration de vérifier que les catégories professionnelles regroupent, chacune, l'ensemble des salariés exerçant au sein de l'entreprise « *des fonctions de même nature supposant une formation professionnelle commune* ». Le Conseil d'État précise toutefois que « si la caractérisation de l'appartenance à une même catégorie professionnelle doit, le cas échéant, tenir compte des acquis de l'expérience professionnelle pour apprécier (...) l'existence d'une formation professionnelle commune, c'est toutefois à condition, notamment, que de tels acquis équivalent à une formation complémentaire qui excède l'obligation d'adaptation qui incombe à l'employeur »²². En clair, les acquis de l'expérience professionnelle peuvent être pris en compte pour apprécier l'existence d'une formation professionnelle commune dès lors qu'ils équivalent à une formation complémentaire excédant l'obligation d'adaptation qui incombe à l'employeur.

17 - Une atteinte à l'égalité de traitement. – Le chef d'entreprise, à condition de passer par un accord collectif ou d'avoir recueilli l'avis

14. D. n° 2020-521, 5 mai 2020 : JO 6 mai 2020. Le droit à l'activité partielle n'étant pas ouvert aux travailleurs non-salariés, ces derniers ne sont pas transférés vers le dispositif d'activité partielle. Les travailleurs indépendants, non-salariés agricoles, artistes-auteurs, stagiaires de la formation professionnelle, agents non-titulaires de la fonction publique, gérants de société pourront continuer à bénéficier de ces indemnités journalières dérogatoires.

15. JCP S 2020, act. 192.

16. J. Daniel, *L'égalité, entre liberté et fraternité* : JCP S 2019, 1001, spéc. n° 2.

17. D. Jacotot, *Précisions sur les catégories professionnelles (licenciement économique et PSE)* : Rev. proc. coll. 2019, comm. 146.

18. Cass. soc., 13 févr. 1997, n° 95-16.648 : Bull. civ. 1997, n° 63.

19. Cass. soc., 23 mars 2011, n° 09-71.599.

20. Cass. soc., 27 mai 2015, n° 14-11.688 : JCP S 2015, 1279, comm. D. Chatard.

21. CE, 4^e-5^e ch. réunies, 30 mai 2016, n° 387798.

22. CE, 4^e-5^e ch. réunies, 30 mai 2016, préc.

conforme du CSE, est donc autorisé, au sein d'une catégorie professionnelle, à maintenir ou placer un seul salarié en activité partielle. Le choix du chef d'entreprise n'est pas discrétionnaire. Il doit viser tel ou tel salarié en fonction de « critères objectifs liés aux postes, aux fonctions occupées, ou aux qualifications et compétences professionnelles », ces critères justifiant la désignation des salariés maintenus ou placés en activité partielle ou faisant l'objet d'une répartition différente des heures travaillées et non travaillées. Cette liste de critères, faute de recours à l'adverbe notamment, doit être considérée comme limitative. Ni l'employeur ni les partenaires sociaux ne sauraient en retenir d'autres. Du libellé du texte, il ressort également que ces critères ne sont pas cumulatifs : l'employeur et les partenaires sociaux pouvant en privilégier certains, en exclure d'autres. La question reste ouverte de la faculté d'opérer une pondération de ces critères. Rien dans les textes en vigueur s'y oppose. Un parallèle avec le droit du licenciement pour motif économique doit, là encore, pouvoir être dressé.

18 - Parce que le risque d'une rupture d'égalité de traitement existe, l'individualisation n'est cependant admissible qu'après un temps offert au dialogue social : soit après la conclusion d'un accord collectif soit après un avis conforme du CSE.

2. L'orchestration de l'individualisation de l'activité partielle

A. - L'automatisme du basculement des arrêts dérogatoires vers l'activité partielle

19 - Un basculement indépendant de la situation de l'entreprise. – L'assurance-maladie a prévenu : « A compter du 1^{er} mai, ces arrêts de travail dérogatoires indemnisés (...) seront interrompus. L'employeur devra procéder à la bascule des salariés concernés vers un dispositif d'activité partielle dans la mesure où ils seraient toujours dans l'impossibilité d'exercer leur activité professionnelle »²³. L'assurance maladie fixe la procédure qui doit être suivie selon le type d'arrêt (arrêt pour garde d'enfant ou en raison d'une situation de vulnérabilité) ; cette procédure s'impose à l'employeur. Les salariés en arrêt de travail pour garde d'enfant n'ont aucune démarche à accomplir ; l'employeur procède à la déclaration d'activité partielle avec effet au 1^{er} mai. Pour les salariés présentant un risque de développer une forme sévère de la maladie résultant de l'infection par le Covid-19, deux situations sont à distinguer. Ceux qui ont obtenu un arrêt de travail via le site *declare.ameli.fr* et qui étaient en arrêt de travail le 30 avril dernier, reçoivent automatiquement de l'assurance maladie un certificat à remettre à leur employeur. Ceux placés en arrêt de travail par leur médecin traitant ou un médecin de ville, doivent solliciter auprès de ce dernier un certificat d'isolement et le remettre à leur employeur afin que celui-ci puisse les placer en activité partielle. Il en est de même pour les salariés cohabitant avec une personne vulnérable.

20 - Les ombres. – La référence faite par l'assurance maladie « vers un dispositif d'activité partielle » interroge. Doit-on y voir la consécration de deux dispositifs d'activité partielle : l'activité partielle à caractère collectif de droit commun et le dispositif d'activité partielle exceptionnelle à caractère individuel issu de l'ordonnance du 22 avril 2020 ? Le basculement des salariés bénéficiant d'arrêts de travail dérogatoires s'effectuerait alors selon les modalités arrêtées tantôt pour l'activité partielle de droit commun tantôt pour l'activité partielle exceptionnelle et ce, en fonction de la situation de l'entreprise ? Autrement exprimé, le basculement vers l'activité partielle doit-il répondre aux modalités de mise en œuvre de l'activité partielle

individualisée ? Dans la négative, le régime de droit commun s'impose-t-il ? En particulier, l'entreprise doit-elle recourir à l'autorisation de l'administration ?

21 - Le basculement, un dispositif autonome. – Le basculement des arrêts dérogatoires vers l'activité partielle est un dispositif autonome tant de l'activité partielle de droit commun que de l'activité partielle individualisée. D'une part, les critères permettant de considérer un salarié en arrêt de travail dérogatoire n'ont pas à être négociés ou approuvés par le CSE ou le conseil d'entreprise. En particulier, les critères de vulnérabilité sont définis par décret. Ils ne peuvent donc être ni le fruit d'un accord, ni d'une discussion avec les représentants du personnel, ce qui fait perdre une grande partie de son intérêt à la négociation avec les syndicats ou à la consultation du CSE. D'autre part, le basculement est obligatoire et automatique. L'article 20 de la loi de finances rectificative est explicite : « les salariés mentionnés au I perçoivent à ce titre l'indemnité d'activité partielle ». Pèse sur l'employeur l'obligation de placer les salariés visés en activité partielle. L'individualisation de l'activité partielle au sens de l'ordonnance du 22 avril 2020 a en revanche un caractère facultatif pour l'employeur. Enfin, ces deux dispositifs ont des objectifs différents : préservation de la santé et nécessité de la vie familiale pour l'un, maintien ou reprise de l'activité, pour l'autre.

22 - Le basculement, un dispositif ouvert hors autorisation administrative. – Parce que distinct de l'activité partielle de droit commun et imposée à l'employeur, le basculement des arrêts dérogatoires vers l'activité partielle n'est pas soumis à l'autorisation préalable de l'administration. Il n'est pas davantage soumis à la consultation du comité social et économique, l'employeur ne disposant d'aucune liberté d'appréciation pour placer tel ou tel salarié en situation dérogatoire en activité partielle. Les salariés protégés étant soumis à ce dispositif par l'effet de la loi, ils ne sauraient évoquer l'existence d'une mesure discriminatoire.

B. - La nécessité d'un accord des partenaires sociaux en vue de l'individualisation de l'activité partielle

23 - Le retour en force des partenaires sociaux. – Compte tenu des risques d'atteinte au principe d'égalité de traitement et aux risques de tensions accrues à l'occasion de la reprise d'activité, les pouvoirs publics ont souhaité donner une place importante aux partenaires sociaux, qu'il s'agisse des organisations syndicales, du comité social et économique ou conseil d'entreprise.

Dans le cadre des mesures d'urgence sanitaire, la consultation du comité social et économique ou du conseil d'entreprise lors de la mise en place de l'activité partielle est, en revanche, passée en second plan. Par dérogation au droit commun, elle n'a pas à être préalable à la mise en place du dispositif d'activité partielle, l'employeur pouvant soumettre sa demande d'activité partielle à la Direccte, voire obtenir son accord avant l'obtention de l'avis du CSE. La seule obligation pesant sur le chef d'entreprise est de transmettre cet avis dans les deux mois du dépôt de la demande. Se pose alors la question de l'effet utile de la consultation du CSE.

1° Un contenu à négocier

24 - Un contenu minimal. – L'ordonnance n° 2020-460 du 22 avril 2020 organise les négociations conduites avec les syndicats de même que la consultation du CSE ou du conseil d'entreprise. L'accord ou le document soumis à l'avis du CSE détermine notamment :

- les compétences identifiées comme nécessaires au maintien ou à la reprise de l'activité de l'entreprise, de l'établissement, du service ou de l'atelier ;

- les critères objectifs, liés aux postes, aux fonctions occupées ou aux qualifications et compétences professionnelles, justifiant la désignation des salariés maintenus ou placés en activité partielle ou fai-

23. Arrêts de travail dérogatoires et activité partielle : ce qui change à partir du 1^{er} mai, note de l'assurance-maladie du 27 avril 2020 (*ameli.fr*).

sant l'objet d'une répartition différente des heures travaillées et non travaillées ;

– les modalités et la périodicité, qui ne peut être inférieure à trois mois, selon lesquelles il est procédé à un réexamen périodique des critères mentionnés ci-dessus afin de tenir compte de l'évolution du volume et des conditions d'activité de l'entreprise en vue, le cas échéant, d'une modification de l'accord ou du document soumis à l'avis du CSE ;

– les modalités particulières selon lesquelles sont conciliés la vie professionnelle et la vie personnelle et familiale des salariés concernés ;

– les modalités d'information des salariés de l'entreprise sur l'application de l'accord. Il ne fait pas de doute que l'application de la décision du chef d'entreprise prise après la consultation du CSE doit être accompagnée de l'information des salariés.

25 - Un contenu non limitatif. – L'adverbe « *notamment* » permet un dialogue social ouvert. Les parties sont libres, par exemple, de pondérer les critères objectifs liés aux postes, aux fonctions occupées ou aux qualifications et compétences professionnelles. Elles sont également libres de n'en retenir que certains.

26 - Une durée maximale. – Les accords conclus et les documents unilatéraux établis cessent de produire leurs effets **au plus tard le 31 décembre 2020**. C'est à cette date, qu'est à ce jour, fixée la fin du dispositif d'activité partielle de droit commun mis en œuvre pour gérer la crise du Covid-19.

27 - Un contenu ouvert aux critiques. – Les critères doivent être réexaminés tous les trois mois. Cette durée minimale n'est pas expliquée par le ministère du Travail. Ce dernier s'est-il, sans logique particulière, calé sur la durée de préavis légal pour la révision des accords collectifs d'entreprise ? L'individualisation de l'activité partielle ayant été voulue comme un outil adapté à la reprise de l'activité économique dans un contexte exceptionnel. Il aurait été souhaitable de laisser de la souplesse aux parties dans l'adaptation de l'organisation de l'entreprise au regard de l'évolution tant de la crise sanitaire que de la reprise d'activité.

2° Un contenu à cautionner

28 - Une alternative. – Le dispositif d'activité partielle individualisée peut être instauré, sans priorité pour l'un ou l'autre, obligatoirement soit par accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou après avis favorable du CSE ou du conseil d'entreprise.

29 - L'accord collectif. – La négociation de l'accord collectif organisant le recours à l'individualisation de l'activité partielle et sa conclusion répondent aux conditions de droit commun. L'accord négocié au niveau de l'entreprise ou de l'établissement peut l'être dans les entreprises ou établissements d'au moins 50 salariés pourvus de délégués syndicaux. Dans les entreprises ou établissements dépourvus de tels délégués, les règles fixées en fonction de l'effectif de l'entreprise ou de l'établissement s'appliquent sans exclusion. Dans les entreprises d'au moins 50 salariés, l'employeur peut négocier avec, par ordre de priorité, des élus titulaires (membres du CSE ou de la délégation du personnel du CSE) ou, à défaut, des élus titulaires non mandatés ou, à défaut de tels élus, des salariés mandatés (C. trav., art. L. 2232-24 à L. 2232-26). Dans les entreprises dont l'effectif est compris entre 11 et 50 salariés, la négociation peut être conduite soit par un salarié mandaté par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche, soit par un salarié élu, membre titulaire de la délégation du personnel au CSE, mandaté ou non. Le recours à l'accord collectif dans les entreprises dépourvues de délégué syndical est simplifié, le délai donné aux élus du CSE pour indiquer à l'employeur qu'ils souhaitent négocier passe d'un mois à huit jours (C. trav., art. L. 2232-25-1).

30 - Un accord collectif référendaire ? – En l'absence d'organisation syndicale, d'élu et de salarié mandaté, l'employeur est-il autorisé

à passer par la voie du référendum ? *A priori*, la réponse est positive en l'absence de toute interdiction législative. Au demeurant, le législateur a facilité la négociation référendaire dans les TPE de moins de onze salariés et dans les entreprises de onze à vingt salariés. Le délai minimal compris entre la communication aux salariés du projet d'accord de l'employeur et la tenue du référendum passe de quinze jours à cinq jours (C. trav., art. L. 2232-21 et L. 2232-23). Toutefois, cette modalité de négociation s'articule mal avec le souhait du législateur d'un véritable dialogue.

31 - L'avis favorable du CSE ou du conseil d'entreprise. – Le recours à l'avis favorable du CSE ou du conseil d'entreprise témoigne du caractère exceptionnel du dispositif d'individualisation de l'activité partielle. Rares sont les domaines dans lequel le CSE ou le conseil d'entreprise bénéficie d'un droit de veto²⁴. En raison de la rareté des avis conformes du CSE, le législateur aurait été avisé d'en préciser les modalités.

32 - Régime de l'avis favorable. – Faute d'indication en ce sens, l'unanimité n'est pas requise. L'administration a, par le passé, à propos de la mise en place des horaires individualisés, indiqué que la consultation devait d'abord s'effectuer sur la base d'un document écrit précisant les modalités d'organisation desdits horaires. L'avis des représentants du personnel doit être recueilli lors de réunions de l'instance compétente, et ce, de manière expresse les procès-verbaux en faisant foi. L'avis n'est pas considéré comme défavorable lorsque le projet présenté n'a pas été rejeté à la majorité des voix des membres présents, les bulletins blancs ou nuls n'étant pas pris en compte. Enfin, l'employeur ne doit pas prendre part au vote²⁵. Concernant l'avis conforme des membres du CSE requis pour la nomination du médecin du travail, l'article R. 4623-6 du Code du travail précise que le comité doit se prononcer par un vote à bulletin secret, à la majorité de ses membres, régulièrement convoqués, présents ou représentés, chaque membre du comité ne peut disposer du pouvoir que d'un seul autre membre. Ces différentes conditions doivent être prises en compte lorsqu'est recueilli l'avis du CSE ou du conseil d'entreprise sur le projet d'activité partielle individualisée.

Cette absence de précision quant au régime de l'avis favorable pourrait néanmoins être un frein à son utilisation alors que dans le même temps, le législateur a souhaité raccourcir les délais de consultation du CSE « *afin de favoriser la reprise de l'activité économique dans des conditions protectrices pour les salariés* »²⁶. Annoncé par l'article 9 de l'ordonnance n° 2020-460 du 22 avril 2020²⁸, le décret n° 2020-508 du 2 mai 2020²⁹ a concrétisé cette orientation, le délai de consultation du CSE passant de quinze à huit jours.

24. A. Martinon, *Regards sur les avis en droit du travail*, in *Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Teyssié* : LexisNexis, 2019, p. 285, spéc. p. 283. L'avis conforme du CSE est requis lorsque l'employeur entend refuser un congé de formation économique, sociale et syndicale (C. trav., art. L. 2145-11 et R. 2145-5) ou une absence pour assurer la représentation d'associations familiales (CASF, art. L. 211-13, al. 2 et 3). Il est également requis lors de la mise en place d'horaires individualisés (C. trav., art. L. 3121-48, al. 1) ; en cas de remplacement du paiement des heures supplémentaires par un repos compensateur (C. trav., art. L. 3121-37, al. 1^{er}) ; lors de la nomination du médecin du travail (C. trav., art. R. 4623-5).

25. Circ. DRT 4, 21 avril 1994.

26. Qui constitue la finalité même de l'activité partielle individualisée.

27. Rapport au Président de la République. Ordonnance portant diverses mesures prises pour faire face à l'épidémie de Covid-19, p. 3.

28. « Un décret en Conseil d'État définit, le cas échéant, par dérogation aux stipulations conventionnelles applicables, les délais relatifs : 1° A la consultation et à l'information du comité social et économique sur les décisions de l'employeur qui ont pour objectif de faire face aux conséquences économiques, financières et sociales de la prorogation de l'épidémie de covid-19 » (Ord. n° 2020-460, 22 avr. 2020, préc. note 2, art. 9).

29. D. n° 2020-508, 2 mai 2020, adaptant temporairement les délais relatifs à la consultation et l'information du comité social et économique afin de faire face

3° L'aval des partenaires sociaux : une justification du recours à l'individualisation ?

33 - Une justification à l'absence d'autorisation préalable de l'administration ? – En décidant que l'individualisation de l'activité partielle est opérée « *par dérogation au I de l'article L. 5122-1 du Code du travail* », les pouvoirs publics ont exclu l'autorisation préalable de l'administration³⁰. Cette autorisation obligatoire en cas de recours à l'activité partielle de droit commun disparaît dans le cadre de ce dispositif exceptionnel en raison de l'aval des partenaires sociaux.

34 - Une justification à l'absence d'accord préalable des salariés protégés ? – L'aval des partenaires sociaux s'impose-t-il aux salariés protégés ? Au nom de l'urgence sanitaire, l'activité partielle collective s'impose à eux à condition que l'activité partielle affecte « dans la même mesure » tous les salariés de l'entreprise, de l'établissement, du service, ou de l'atelier auquel ils sont affectés ou rattachés³¹. *A contrario*, si tous les salariés ne sont pas placés « dans la même mesure » en activité partielle, le salarié protégé devrait avoir le droit de refuser le passage en activité partielle³². Le maintien ou le placement d'un salarié protégé en activité partielle, dans le cadre de l'individualisation, imposerait alors à l'employeur d'obtenir son accord. Toutefois, la condition tenant à ce que l'activité partielle affecte « dans la même mesure » tous les salariés de l'entreprise est vague. Une autre interprétation pourrait être donnée. Depuis le 1^{er} mai 2020, tous les salariés d'une même entreprise, établissement ou service peuvent *a priori* et « dans la même mesure », sur la base de critères objectifs arrêtés dans le cadre du dialogue social, faire l'objet d'une affectation individuelle en activité partielle. La validation de ces critères objectifs par les partenaires sociaux placerait *a priori* l'ensemble des salariés dans une même situation, exempte de discrimination. Les salariés protégés ne devraient dès lors ne pas pouvoir refuser leur passage en activité partielle à moins qu'ils soient en capacité d'établir, à l'aide d'éléments objectifs, l'existence d'une mesure discriminatoire.

35 - Une présomption de justification du recours à l'individualisation de l'activité partielle ? – L'aval des partenaires sociaux suffit-il à légitimer les choix effectués par l'entreprise. La question est d'importance puisqu'est en jeu le principe d'égalité de traitement et dans son sillage, la licéité de l'organisation adoptée par l'entreprise en vue de sa reprise d'activité³³. Que se passera-t-il si les catégories professionnelles, au sein desquelles les critères d'individualisation ont été appliqués, n'ont pas été correctement définies ? L'individualisation de l'activité partielle pourrait-elle être remise en cause ? Les allocations d'activité partielle versées par l'Agence de services et de paiement devraient-elles être remboursées par l'entreprise ? Autant de questions qui demeurent en suspens. Des éléments de réponse peuvent être recherchés dans le droit du licenciement pour motif économique. Lorsqu'un accord collectif relatif à un plan de sauvegarde de l'emploi n'a pas correctement défini les catégories professionnelles, le Conseil d'État décide que cette malfaçon ne remet pas en cause la validation de l'accord sauf si les stipulations en cause sont entachées de nullité en raison notamment de leur caractère discriminatoire³⁴. La validation de l'accord ou du document unilatéral de l'employeur par les partenaires sociaux consacrerait la validité

du recours à l'individualisation ; elle serait insusceptible d'être mise en cause. L'autorité administrative, en cas de contrôle de l'individualisation de l'activité partielle ne pourrait décider, en l'absence de fraude commise par l'entreprise, de remettre en cause la prise en charge au titre de l'activité partielle des salariés concernés³⁵. Pour qu'il y ait fraude à l'activité partielle, il faudrait que l'employeur ait formulé une demande d'indemnisation alors que les salariés continuent à se tenir à sa disposition. La fraude serait alors sanctionnée 1) par le reversement des sommes perçues l'employeur ; 2) l'interdiction de bénéficier pendant cinq ans d'aides publiques ; 3) des peines d'amende et d'emprisonnement³⁶. En revanche, la simple erreur commise dans la mise en œuvre du dispositif d'individualisation de l'activité partielle ne devrait pas s'analyser en une fraude. L'entreprise pourrait-elle s'exposer alors aux sanctions prévues en cas de placement injustifié en activité partielle, susceptible d'être constitutif de travail illégal au sens de l'article L. 8211-1 du code du travail ? Les sanctions sont lourdes : refus de la Direccte d'accorder de nouvelles allocations à l'entreprise concernée pendant une durée maximale de cinq ans ; remboursement à l'Agence de services et de paiement de tout ou partie de l'allocation versée.

Au-delà, les salariés qui estimerait avoir été injustement placés en activité partielle pourraient réclamer les salaires perdus ou des dommages-intérêts³⁷, voire, à prendre acte de la rupture de leur contrat de travail aux torts de l'employeur.

36 - Une présomption de justification à reconnaître. – L'accord collectif doit bénéficier de la présomption de justification dégagée par la Cour de cassation pour les normes conventionnelles³⁸. Mais le propos vaut aussi pour le document unilatéral soumis à l'avis conforme du CSE. Il doit bénéficier de la même présomption en raison du droit de veto reconnu au comité : il exclut tout « risque de détournement de pouvoir » de l'employeur³⁹.

37 - L'urgence, pas la précipitation et l'insécurité juridique. – La « frénésie législative »⁴⁰ observée depuis le début de la pandémie, quelle qu'en soit la forme (lois, décrets, ordonnances, arrêtés, Questions/réponses, guides...), constitue un facteur d'insécurité. Le

l'hypothèse de l'individualisation de l'activité partielle par voie de document unilatéral la solution dégagée par le Conseil d'État pour les accords collectifs devrait s'imposer, précisément parce que le document unilatéral est soumis à l'avis conforme du CSE.

35. En cas de non-respect des engagements souscrits par l'établissement, l'administration peut procéder au recouvrement de tout ou partie des allocations versées (*Doc. Techn. DGEFP août 2013, fiche n° 3-5*). Cette sanction pourrait-elle trouver à s'appliquer en cas de mauvaise gestion de l'activité partielle individualisée ?

36. Le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir les allocations d'activité partielle par fraude ou fausse déclaration tout sous le coup du délit prévu à l'article 441-6 du code pénal puni par deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende (*C. trav., art. L. 5124-1*). S'il s'agit d'une escroquerie, définie et sanctionnée par les articles 313-1 et 313-3 du Code pénal, les peines sont de sept ans d'emprisonnement et 750 000 euros d'amende.

37. *Cass. soc.*, 25 mars 2010, n° 08-43.044 : RJS 2010, n° 542.

38. « Les différences de traitement entre catégories professionnelles ou entre des salariés exerçant, au sein d'une même catégorie professionnelle, des fonctions distinctes, opérées par voie de convention ou d'accords collectifs, négociés et signés par les organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle et qu'il ressortait de ses constatations que la différence de traitement dénoncée n'était pas étrangère à toute considération professionnelle » : *Cass. soc.*, 27 janv. 2015, n° 13-22.179 : JCP S 2015, 1054, note J. Daniel. – *Adde, Cass. soc.*, 8 juin 2016, n° 15-11.324 : JCP S 2016, 1321, note B. Bossu. – *Cass. soc.*, 26 avr. 2017, n° 15-23.968 : RJS 2017, n° 459.

39. J. Daniel, *préc.*, n° 28.

40. B. Teyssié, *Les ordonnances du 22 septembre 2017 ou la tentation des cathédrales* : JCP S 2017, 1294, *spéc.* n° 3.

aux conséquences de la propagation de l'épidémie de Covid-19 : JO 3 mai 2020.

30. L'article L. 5122-1 du Code du travail prévoit l'obligation d'adresser une demande préalable à l'administration.

31. *Ord. n° 2020-460, 22 avr. 2020, préc. note 2, art. 8, 1°.*

32. J. Cadot, *Exercer son mandat de membre du CSE en période de crise sanitaire* : *Les Cahiers Lamy du CSE*, n° 203.

33. V. J. Daniel, *L'égalité, entre liberté et fraternité, préc., spéc. n° 4.* – J. Daniel, *Différences de traitement entre catégories professionnelles : la justification n'évite pas le soupçon* : JCP S 2015, 1054.

34. *CE*, 7 févr. 2018, n° 403989, n° 407718, n° 399838, n° 403001 et n° 409978 : *Rev. des procédures collectives*, 2019, *comm.* 146, *obs.* D. Jacotot. Dans

recours à la technique de l'effet rétroactif de textes pris tardivement l'aggrave. L'activité partielle en a été le théâtre durant ces dernières semaines. Le « torrent de règles » adoptées en matière d'activité partielle donne « le vertige à des employeurs déjà sidérés »⁴¹. Pourtant en ces temps de crise, le souci de la sécurité juridique aurait dû prévaloir. Mais « pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles. (...) Pour être efficiente et remplir son office, la sécurité juridique suppose (...) que la loi revête une qualité suffisante »⁴². Elle est faite pour « prescrire,

interdire, sanctionner » non pour « bavarder, créer des illusions, nourrir des ambiguïtés et des déceptions »⁴³. Les insuffisances de la norme favorisent l'intervention du juge. Et là est le danger : ce dernier, trop souvent éloigné des réalités de l'entreprise risque de freiner le retour de l'activité ou son maintien. Nul n'a à y gagner.

MOTS-CLÉS : *Coronavirus - Activité partielle - Individualisation Assurance chômage - Activité partielle - Individualisation*

TEXTES : *Ord. n° 2020-460, 22 avr. 2020, art. 8*

JURISCLASSEUR : *Travail Traité, fasc. 50-50, par Christophe Willmann*

41. P. Morvan, *Covid-19 : synthèse des mesures sociales au 3 avril 2020* : JCP S 2020, 1093.

42. L. Dauxerre, *La loi un idéal déchu*, in *Mélanges en l'honneur du professeur Teysse* : LexisNexis, 2019, spéc. p.753.

43. Conseil d'État, *Rapport public 2006, Sécurité juridique et complexité du droit*, p. 282.