FO ACTION SOCIALE

CORONAVIRUS VOS DROITS

OUVERTURE DE L'INDIVIDUALISATION DE L'ACTIVITÉ PARTIELLE

FICHE 14

JUIN 2020

L'article 8 de l'ordonnance n°2020-460 du 22 avril 2020 a prévu des possibilités d'individualisation. A l'origine, on aurait pu croire que ce texte visait la bascule des personnes en arrêt dérogatoire. Or, il s'avère que **le texte est beaucoup plus général et vise une forme totalement inédite d'individualisation de l'activité partielle (AP).** Contrairement au système de bascule prévu par la loi de finances, cette nouvelle faculté de recours à l'AP ne repose pas sur des critères liés aux personnes. Le recours reste fondé sur des critères **liés aux postes, aux qualifications et aux compétences**.

Dès lors se posent principalement la question de leur articulation et celle de la nécessité, ou non, dans ces cas, d'obtenir une autorisation administrative préalable de l'employeur dans ces cas d'individualisation du placement en activité partielle.

Revenons d'abord sur ce que prévoient les textes.

Ce que prévoit l'ordonnance en matière d'individualisation de l'activité partielle

1. La nécessité de passer par un accord collectif ou par une décision de l'employeur ayant recueilli l'avis favorable des IRP

L'employeur « *peut 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'AP ou appliquer à ces salariés une répartition différente des heures travaillées et non travaillées.

Autrement dit, cette nouvelle modalité de recours à l'AP permet à l'employeur d'échapper, temporairement (la faculté de recours de manière individualisée est temporaire), et sous certaines conditions, à la règle de l'égalité de traitement entre les salariés d'une même catégorie professionnelle.

Attention ! Les règles de non-discrimination continuent de s'appliquer.

Les conditions à respecter pour mettre en place l'AP de manière individualisée sont les suivantes :

- le placement individualisé doit être nécessaire pour assurer « *le maintien ou la reprise d'activité* » ;
- l'individualisation de l'activité partielle est prévue par un accord collectif (accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, de convention ou d'accord de branche) ;
- ou bien, l'employeur peut aussi décider de recourir à l'activité partielle individualisée par décision unilatérale, mais il doit alors obtenir un avis favorable du CSE ou du conseil d'entreprise.

L'accord, ou le document, soumis à l'avis du comité social et économique ou du conseil d'entreprise 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 faisant l'objet d'une répartition différente des heures travaillées et non travaillées ;

FÉDÉRATION NATIONALE DE L'ACTION SOCIALE FO
7 PASSAGE TENAILLE 75014 PARIS
T. 01 40 52 85 80 / F. 01 40 52 85 79 / C : lafnas@fnasfo.fr
www.fnasfo.fr

- **les modalités et la périodicité (celle-ci ne peut être inférieure à 3 mois)**, **selon lesquelles il est procédé à un réexamen périodique des critères** liés aux postes, aux fonctions ou aux qualifications et compétences professionnelles, 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 ;

- **les modalités particulières de conciliation de 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 pendant toute sa durée.

Ces accords et décisions unilatérales prises en application de ce texte **cessent de produire effet** à une date fixée par décret, et **au plus tard au 31 décembre 2020.**

2. Le sort des salariés protégés en cas d'individualisation du placement en activité partielle

Le placement en AP ne s'impose aux représentants des salariés qu'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 est affecté ou rattaché l'intéressé.

A contrario, si tous les salariés de l'entreprise ne sont pas affectés dans la même mesure, le salarié protégé retrouve son droit de refuser le passage en activité partielle.

Cet ajout de la condition selon laquelle l'activité partielle doit affecter tous les salariés « *dans la même mesure* » ne peut se comprendre qu'en se référant à la possibilité d'individualisation de l'activité partielle introduite par l'ordonnance. En effet, jusqu'alors, le placement en activité partielle était une mesure **collective**, ce qui permettait d'assurer l'égalité de traitement des salariés dans une situation identique en terme de postes. C'est pourquoi, de manière générale, lorsque l'activité partielle est mise en place de manière collective, le salarié protégé ne peut, en principe, pas refuser le passage au chômage partiel, dès lors que tous les salariés de l'entreprise, de l'établissement ou de l'atelier sont également placés en activité partielle.

En cas d'individualisation de l'AP, le salarié protégé semble ainsi retrouver son droit de refuser le passage en AP.

Néanmoins, l'expression « *dans la même mesure* » est vague et sujette à interprétation, ce qui n'est pas très sécurisant pour les militants...

FÉDÉRATION NATIONALE DE L'ACTION SOCIALE FO
7 PASSAGE TENAILLE 75014 PARIS
T. 01 40 52 85 80 / F. 01 40 52 85 79 / C : lafnas@fnasfo.fr
www.fnasfo.fr

La nécessité - ou non - d'une autorisation administrative préalable

Normalement en cas de recours à l'activité partielle « classique » (avec un placement collectif en AP), **une autorisation administrative doit être demandée à l'administration**.

Dans la période de crise sanitaire, pour ces cas de recours « classiques », le délai de réponse de l'administration est de 2 jours (au lieu de 15 habituellement). En outre, la consultation préalable du CSE n'est pas obligatoire, ce qui ne dispense pas l'employeur d'engager le processus au moment de sa demande en en informant le CSE.

Une autorisation administrative préalable est-elle toujours requise ?

Une autorisation administrative est-elle toujours nécessaire ? Dans l'affirmative, à quel moment la demander ? Est-elle toujours préalable au placement en activité partielle ou bien n'intervient-elle qu'après signature de l'accord ou avis favorable du CSE ?

En effet, **l'expression « *Par dérogation au I de l'article L.5122-1 du Code du travail* » suggère que l'autorisation de l'administration n'est plus obligatoire,** puisque l'article L.5122-1 du Code du travail est celui qui prévoit l'obligation de faire une demande préalable auprès de l'administration. Les textes règlementaires étant pris en application de la loi ne permettent pas d'écarter cette lecture. Surtout que le mot « *maintien* » de l'activité pouvait prêter à confusion.

Pour autant, on peut aussi penser que l'absence de nécessité d'une autorisation préalable s'explique par la situation antérieure de l'entreprise.

Ainsi, l'individualisation ne pourrait être mise en place que dans les entreprises où l'activité partielle existe déjà (et donc où il y a déjà une autorisation de l'administration). Cela expliquerait que l'entreprise n'ait pas besoin de demander une nouvelle autorisation.

Toutefois, l'exigence de signature d'un accord ou d'un avis favorable du CSE (ou du conseil d'entreprise) est la véritable raison de cette disparition la nécessité d'une autorisation de l'administration.

Le placement en AP individualisée pour « *le maintien ou la reprise d'activité* » pourrait intervenir dans toutes les entreprises, sans autorisation préalable de l'administration, que ces entreprises aient ou non mis en place de l'activité partielle auparavant.

Cela expliquerait l'exigence d'un avis favorable des IRP, ou de la signature d'un accord, ce qui signifie que l'employeur ne peut décider seul et doit engager un véritable dialogue social. Quand on sait que les cas d'exigence d'un avis favorable du CSE se comptent sur les doigts d'une main, on peut en effet penser que c'est bien là l'intention du législateur...

L'aval des organisations syndicales représentatives (du fait de leur signature) ou celui des élus, qui disposeraient ainsi d'un droit de véto, tiendrait lieu de justification du recours au dispositif.

À noter toutefois que si l'employeur ne veut pas conclure d'accord, les délais pour rendre l'avis - sans même évoquer une hypothétique expertise - seront très brefs, puisque l'article 9 de l'ordonnance du 22 avril 2020 précitée prévoit de raccourcir les délais d'information-consultation et d'expertise par décret pour toutes les consultations « *qui ont pour objectif de faire face aux conséquences économiques, financières et sociales de la propagation de l'épidémie de covid-19* ». **La pression sur les élus risque donc d'être très forte et à marche forcée, alors même que leur responsabilité sera grandissante dans la mise en place de l'AP !**

S'il n'y a pas d'élus ou pas de DS, et pas d'« accord » validé par référendum, il nous semble que l'employeur ne puisse pas mettre en place l'AP individualisée, qui est un dispositif dérogatoire, donc d'interprétation stricte. Il devra s'en tenir à un placement collectif en AP.

FÉDÉRATION NATIONALE DE L'ACTION SOCIALE FO
7 PASSAGE TENAILLE 75014 PARIS
T. 01 40 52 85 80 / F. 01 40 52 85 79 / C : lafnas@fnasfo.fr
www.fnasfo.fr