

Newsletter sociale

Chers clients, chers confrères, chers amis, nous profitons de notre première Newsletter de l'année pour vous présenter nos meilleurs vœux pour cette nouvelle année qui s'annonce encore un peu particulière. L'activité partielle, l'APLD (activité partielle de longue durée) et le télétravail, qui sont devenus au gré de la crise sanitaire, incontournables en 2020, resteront des sujets d'actualité en 2021. Nous vous proposons d'analyser les principales nouveautés concernant ces dispositifs, sans oublier notre analyse des décisions qui ont marqué 2020.

Activité partielle de « droit commun »

Compte tenu du contexte sanitaire toujours délicat, le gouvernement a adopté une nouvelle ordonnance et de nouveaux décrets dont les principales dispositions sont les suivantes :

Ordonnance n°2020-1639 du 21 décembre 2020 :

➤ Prorogation des principales modalités de mise en œuvre du dispositif d'activité partielle

Les principales dispositions du dispositif exceptionnel d'activité partielle sont prorogées jusqu'à une date fixée par décret et au plus tard le 31 décembre 2021.

Ainsi, sont notamment prorogées les dispositions concernant :

- la possibilité de recourir à l'activité partielle de manière individualisée ;
- la prise en compte des heures supplémentaires et des heures d'équivalence dans le calcul de l'allocation d'activité partielle ;
- l'application des règles relatives à la rémunération mensuelle minimale aux salariés à temps partiel ;
- l'extension du dispositif d'activité partielle aux salariés non soumis à la durée légale du travail ainsi qu'à certaines catégories professionnelles (forfait-jours, cadres dirigeants) ;
- la possibilité d'instaurer l'activité partielle à l'égard d'un salarié protégé sans son accord ;
- la prise en charge intégrale pour les alternants ;
- l'extension de l'activité partielle à certaines entreprises étrangères ne disposant pas d'établissement en France ;
- l'activité partielle pour garde d'enfants et personnes vulnérables.

Notez qu'à compter du 1^{er} mars 2021, la durée de l'autorisation de mise en activité partielle passera de six à trois mois.

➤ Aménagement de la modulation des taux de prise en charge de l'activité partielle

La possibilité de moduler le taux de prise en charge de l'indemnisation de l'activité partielle versée par les employeurs est, quant à elle, prorogée jusqu'à une date fixée par décret et au plus tard le 30 juin 2021.

Ainsi, un taux majoré pourra toujours être fixé pour les « secteurs protégés » et connexes tels que définis en annexe 1 et 2 du décret n°2020-810 du 29 juin 2020. En outre, ce taux majoré pourra également être appliqué :

- en cas de fermeture administrative pour les entreprises dont l'activité principale implique l'accueil du public ;
- aux établissements frappés par une forte baisse de chiffre d'affaires, situés dans des circonscriptions territoriales soumises à des restrictions particulières des conditions d'exercice de l'activité économique et de circulation des personnes, prises afin de faire face à l'épidémie ;
- aux établissements frappés par une forte baisse de chiffre d'affaires, situés dans une zone de chalandise spécifiquement affectée par l'interruption d'activité.

Décret n°2020-1628 du 21 décembre 2020 : Elargissement de la liste des secteurs bénéficiant d'un taux majoré

Plusieurs secteurs rejoignent la liste des « secteurs protégés » bénéficiant d'un taux horaire d'allocation d'activité partielle majoré de 70%¹. Ces nouveaux secteurs sont les suivants :

- activités des parcs d'attractions, parcs à thèmes et fêtes foraines ;
- traducteurs – interprètes ;
- prestations et locations de chapiteaux, tentes, structures, sonorisation, photographie, lumière et pyrotechnie ;

¹ Annexe 1 du décret n°2020-810 du 29 juin 2020

- transport de voyageurs par taxis et véhicules de tourisme avec chauffeur ;
- locations de courte durée de voitures et de véhicules automobiles légers ;
- fabrication de structures métalliques et de parties de structures ;
- régies publicitaires de médias ;
- accueils collectifs de mineurs en hébergement touristique.

Par ailleurs, 45 secteurs sont ajoutés à la liste de ceux qui peuvent bénéficier du taux majoré, sous conditions². Pour certains secteurs de cette seconde liste, le bénéfice de cette majoration est désormais conditionné à la réalisation d'au moins 50% de leur chiffre d'affaires avec une entreprise relevant des secteurs de l'annexe 1, et à la production d'une attestation sur l'honneur d'un expert-comptable établissant que l'entreprise remplit les critères relatifs au chiffre d'affaires (diminution d'au moins 80% sur la période comprise entre le 15 mars et le 15 mai 2020).

Décret n°2020-1681 du 24 décembre 2020 et décret n°2020-1786 du 30 décembre 2020 : Evolution du taux de l'allocation d'activité partielle accordée aux employeurs et de l'indemnité versée aux salariés

Cas général : initialement fixé au 1^{er} janvier 2021, c'est au 1^{er} février 2021 que le taux de l'allocation d'activité partielle passera de 60 à 36% et que le taux de l'indemnité d'activité partielle versée aux salariés passera de 70 à 60%.

Toutefois, la rémunération horaire de référence utilisée pour le calcul de l'indemnité versée au salarié est plafonnée à 4,5 SMIC à compter du 1^{er} janvier 2021, de même que le plancher du taux horaire de l'allocation versée à l'employeur passe de 8,03 à 8,11 euros.

Secteurs protégés : taux majoré jusqu'au 31 mars 2021 de manière échelonnée :

- en janvier 2021 : L'allocation versée à l'employeur et l'indemnité versée aux salariés est de 70% de la rémunération brute de référence ;
- entre le 1^{er} février et le 31 mars 2021 : le taux de l'allocation est de 60% de la rémunération brute de référence. L'indemnité versée aux salariés est quant à elle maintenue à 70% ;
- à partir du 1^{er} avril 2021 : les taux de droit commun s'appliquent.

Établissements fermés ou soumis à restriction : taux majoré jusqu'au 30 juin 2021: il s'agit des établissements recevant du public fermés sur décision administrative visés par l'ordonnance du 21 décembre 2020 (susvisée). Celles-ci verront l'allocation d'activité partielle

maintenue à 70% de la rémunération horaire de référence dans la limite de 4,5 SMIC jusqu'au 30 juin 2021. Le montant de l'indemnité versée aux salariés est également maintenue à 70% jusqu'à cette date.

Attention, pour certains secteurs, le maintien de ce taux majoré est conditionné à une baisse minimale du chiffre d'affaires.

Salariés vulnérables et garde d'enfants : à compter du 1^{er} février 2021 et ce, jusqu'à une date fixée par décret au plus tard le 31 décembre 2021, le taux de l'indemnité versée aux salariés concernés reste à 70% mais dans la limite de 4,5 SMIC, ce qui n'était pas le cas jusqu'à présent. Par ailleurs, l'employeur perçoit une allocation correspondant à 60% de la rémunération brute dans la limite de 4,5 SMIC (avec un plancher horaire de 7,30 euros), alors qu'il était intégralement remboursé de l'indemnité versée aux salariés jusqu'à présent.

Conservation de l'attractivité du dispositif d'activité partielle de longue durée (APLD)

L'APLD avait pour intérêt de maintenir le bénéfice de l'activité partielle au-delà du terme de celle dite « de droit commun ». Cette dernière a néanmoins été prorogée dans les conditions évoquées ci-dessus.

Afin de ne pas léser les entreprises ayant mis en place un tel accord, le décret n°2020-1579 du 14 décembre 2020 est venu renforcer l'attractivité du dispositif d'APLD en neutralisant la période du second confinement.

Cela concerne les accords collectifs et documents unilatéraux validés ou homologués à compter du 16 décembre 2020. N'a pas à être prise en compte la période comprise entre le 1^{er} novembre 2020 et une date devant être fixée par arrêté au plus tard au 31 mars 2021, de sorte que l'APLD pourra être utilisée au-delà d'une durée de 24 mois.

Les entreprises couvertes par un accord APLD avant le 16 décembre 2020 devront procéder par avenant à leur accord ou par modification de leur document unilatéral afin de bénéficier de cette neutralisation.

La période est également neutralisée dans le décompte du volume de réduction horaire. Ainsi, les salariés placés en APLD durant cette période pourront voir leur **activité réduite à 100%**, contre 40% à 50% maximum en l'absence de neutralisation.

Signature d'un accord national interprofessionnel (ANI) sur le télétravail

Depuis le début de la crise sanitaire, le recours au télétravail a été massif. C'est dans ce contexte que le 26 novembre 2020, les partenaires sociaux ont conclu un nouvel ANI sur le télétravail. L'ensemble des organisations patronales (Medef, U2P et CPME) et

² Annexe 2 du décret susvisé

quatre syndicats (CFDT, FO, CFTC et CFE-CGC) ont signé cet accord. Seule la CGT s'y est refusée.

Cet ANI est loin d'être révolutionnaire et ne constitue qu'un *vade-mecum* pour les employeurs qui auraient sans doute apprécié disposer d'un outil plus précis.

Ce texte n'est ni normatif, ni prescriptif mais plutôt un « *outil d'aide au dialogue social et un appui à la négociation* »³.

L'accord s'articule autour de sept chapitres traitant notamment de :

- l'importance d'articuler le présentiel et le distanciel afin de préserver les fonctionnements collectifs et l'efficacité des organisations de travail ;
- l'importance de la négociation et du dialogue social dans le cadre de la mise en place du télétravail ;
- l'accompagnement des collaborateurs et des managers, notamment par le biais de l'adaptation des pratiques managériales et de la formation ;
- la mise en œuvre du télétravail en cas de circonstances exceptionnelles ou de force majeure : ici, les partenaires sociaux recommandent, entre autres, d'anticiper cette situation par le biais de l'élaboration d'un accord ou d'une charte.

On regrettera que la question des frais liés au télétravail ne soit pas clairement abordée. De toute évidence, la mise en place d'un accord d'entreprise ou d'un document unilatéral sur le sujet est indispensable et devra être abordée, pour les entreprises qui n'en sont pas encore dotées, en priorité en 2021.

Notez que le dernier protocole sanitaire national destiné à assurer la santé et la sécurité des salariés face à l'épidémie⁴, maintient la règle du télétravail à 100% avec la possibilité pour les salariés en souffrance de venir sur leur lieu de travail un jour par semaine.

La jurisprudence

Organisation d'un entretien préalable par téléconférence (CA Versailles, 6^{ème} chambre, 4 juin 2020, n° 17/04940)

Par un arrêt rendu le 4 juin 2020, la Cour d'appel de Versailles a jugé que s'il est de principe que l'entretien préalable se tienne en la présence physique des parties, des circonstances particulières peuvent justifier la tenue d'un entretien préalable par téléconférence.

Bien que les faits d'espèce ne soient pas relatifs à la crise sanitaire, cet arrêt semble valider la régularité d'un entretien préalable réalisé à distance.

L'arrêt ayant fait l'objet d'un pourvoi, la Cour de cassation aura bientôt l'occasion de se prononcer sur ce sujet.

Redéfinition de la notion de co-emploi (Cass. soc. 25 novembre 2020, n° 18-13.769)

Alors que la Cour de cassation avait ces dernières années quasiment abandonné la notion de co-emploi au profit de celle de responsabilité délictuelle de la société-mère vis-à-vis de sa filiale, par un arrêt rendu le 25 novembre 2020, celle-ci offre une nouvelle définition du co-emploi, réaffirmant au passage, son caractère exceptionnel.

Le critère de la triple confusion d'intérêts, d'activités et de direction est abandonné au profit d'une définition fondée sur l'immixtion permanente de la société-mère dans la gestion économique et sociale et la perte totale d'autonomie d'action de la filiale.

C'est en effet : « *la perte d'autonomie d'action de la filiale, qui ne dispose pas du pouvoir réel de conduire ses affaires dans le domaine de la gestion économique et sociale, qui est déterminante dans la caractérisation d'une immixtion permanente anormale de la société-mère, constitutive d'un co-emploi, justifiant alors que le principe d'indépendance juridique des personnes morales soit exceptionnellement neutralisé* »⁵.

Le refus d'application d'un accord de mobilité est un motif économique de licenciement autonome (Cass. soc. 2 décembre 2020, n° 19-11.986 FS-PBRI)

Les accords de mobilité interne ont été remplacés par les accords de performance collective (APC). La Cour de cassation indique, pour la première fois, que le refus d'application d'un accord de mobilité interne constitue un motif économique de licenciement autonome par rapport aux motifs prévus à l'article L. 1233-3 du Code du travail.

Les licenciements prononcés dans ce cadre ne sont toutefois pas exempts de tout contrôle. Il appartient aux juges du fond d'en apprécier le caractère réel et sérieux en contrôlant notamment que le licenciement est bien motivé par les nécessités du fonctionnement de l'entreprise.

Cet arrêt est a priori transposable aux APC. Il est donc essentiel de veiller à expliquer clairement dans l'accord la situation de l'entreprise, en quoi le recours à l'APC est nécessaire pour assurer le fonctionnement de l'entreprise et en quoi les objectifs de l'accord sont pertinents au regard du motif invoqué.

³ ANI du 26 novembre 2020, préambule

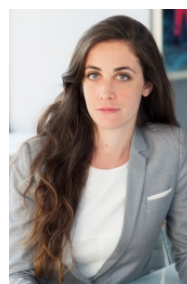
⁴ En date du 6 janvier 2021

⁵ Note explicative de la Cour de cassation relative à l'arrêt du 25 novembre 2020

Contacts :



Angéline Duffour
Associée
+33 1 53 53 45 05
aduffour@cohengresser.com



Anna Milleret-Godet
Counsel
+33 1 53 53 44 99
amilleretgodet@cohengresser.com



Saruji Sambukumaran
Avocat
+33 1 53 53 44 89
ssambukumaran@cohengresser.com

A propos de Cohen & Gresser :

Cohen & Gresser est un cabinet d'avocats international base à New York, Paris, Washington D.C. et Londres. Fondé en 2002, le cabinet est notamment reconnu par *Chambers*, *Legal 500* et *Benchmark Litigation*. Il intervient en France dans les domaines suivants : contentieux commercial et droit pénal des affaires, droit fiscal, droit social, fusions & acquisition, propriété intellectuelle et nouvelles technologies ainsi qu'en marchés financiers et services financiers.

New York | Paris | Washington DC | London