

Maîtriser la paie pendant la crise sanitaire liée au Covid-19

Publiée le 08/04/2020

Le développement de l'épidémie et les mesures de confinement ont conduit à une intervention rapide et efficace des pouvoirs publics, afin d'apporter aux entreprises et aux salariés les outils et moyens nécessaires permettant de faire face à cette crise sanitaire, économique et sociale.

Pour optimiser et maîtriser la paie pendant cette période, Factorhy Avocats a réalisé pour *Liaisons sociales quotidien* ce questions-réponses.

COMMENT TRAITER L'ACTIVITÉ PARTIELLE EN PAIE ?

Le salarié placé en activité partielle perçoit une indemnité versée par l'employeur correspondant à 70 % de sa rémunération brute servant d'assiette à l'indemnité de congés payés telle que prévue au II de l'article L. 3141-24 du Code du travail. L'indemnisation des salariés en contrat d'apprentissage ou de professionnalisation ne peut quant à elle être supérieure au montant de l'indemnité horaire due par l'employeur (*C. trav., art R. 5122-18*).

Initialement, l'employeur percevait une allocation d'activité partielle versée par l'Agence de services et de paiement, dont le taux horaire était limité selon la taille de l'entreprise. Une entreprise ayant moins de 250 salariés était susceptible de percevoir une allocation de 7,74 euros de l'heure, alors que, pour les entreprises de plus de 250 salariés, le montant de cette allocation était limité à 7,23 euros de l'heure (*C. trav., art. D. 5122-13*). Dès lors, l'employeur était tenu de verser un complément à la rémunération des salariés, afin qu'ils perçoivent effectivement 70 % de leur rémunération brute.

Cependant, dans le contexte de l'épidémie de Covid-19 et dans un souci d'encourager les entreprises à recourir à ce dispositif, le gouvernement a procédé à une revalorisation exceptionnelle du montant pris en charge par l'État au titre de l'activité partielle. En effet, l'employeur perçoit une indemnisation versée par les services de l'État dans la limite de 70 % de 4,5 fois le Smic, soit 100 % de l'indemnité versée, dans la limite de 31,98 euros de l'heure (*C. trav., art. D. 5122-13 modifié*).

Dans l'hypothèse, où un salarié est en activité partielle réduite, autrement dit, qu'il poursuit son activité professionnelle en horaire réduit, il percevra au titre de son activité effective une rémunération habituelle proratisée au temps travaillé, laquelle sera assujettie à l'ensemble des cotisations et contributions sociales, et en parallèle, il percevra une indemnité au titre de l'activité partielle à proportion des heures chômées.

Pendant les actions de formation mentionnées à l'article L. 5122-2 du Code du travail mises en œuvre pendant les heures chômées, l'indemnité horaire est portée à 100 % de la rémunération nette antérieure du salarié. À l'inverse, si le salarié demande la formation et l'employeur donne son accord, l'indemnisation devrait demeurer l'indemnisation de droit commun de 70 %.

Un accord de branche, d'entreprise ou une décision unilatérale d'entreprise sur l'activité partielle peut préciser des modalités spécifiques d'indemnisation, étant entendu que l'indemnisation versée aux salariés pour les heures chômées ne pourra être inférieure aux taux (70 % du salaire horaire brut ou 100 % du salaire net horaire si le salarié suit des actions de formation imposées pendant les heures chômées) mentionnés au R. 122-18 du Code du travail.

EXISTE-T-IL UN PLANCHER D'INDEMNISATION ?

Les salariés percevant habituellement le Smic et placés en situation d'activité partielle percevront la totalité de leur rémunération, a annoncé à plusieurs reprises le ministre du Travail. Dans ce contexte, le décret du 25 mars 2020 relatif à l'activité partielle (*n° 2020-325*) a prévu que le taux horaire de l'allocation d'activité partielle « ne peut être inférieur à 8,03 euros ».

QUEL EST LE RÉGIME SOCIAL DE L'INDEMNITÉ D'ACTIVITÉ PARTIELLE... ?

Initialement, l'allocation d'activité partielle était exonérée de cotisations de sécurité sociale mais soumise à la CSG et à la CRDS sur les revenus de remplacement à un taux variant selon les revenus fiscaux du foyer en cause : soit, une exonération totale soit, un taux réduit de 3,8 % soit, un taux de droit commun de 6,7 %.

Dans un souci de simplification, l'ordonnance aménageant le dispositif d'activité partielle a prévu que le taux de CSG/CRDS applicable est de 6,7 % après un abattement de 1,75 % pour frais professionnels et ce, quels que soient les revenus fiscaux du foyer (*Ord. n° 2020-346 du 27 mars 2020, art. 11*).

L'application de ces contributions ne peut pas avoir pour effet de porter le montant des allocations nettes à un montant inférieur au Smic, soit 8,03 euros (*CSS, art. L. 136-1-2, II, 4°, al. 2*).

...ET DU COMPLÉMENT VERSÉ EN SUS DE L'INDEMNITÉ D'ACTIVITÉ PARTIELLE ?

Des entreprises s'interrogent sur le traitement social de l'allocation d'activité partielle dépassant 70 % de la rémunération brute. En effet, certaines entreprises « maintiennent » une rémunération supérieure, soit en raison d'obligation conventionnelle de branche, soit à titre volontaire.

Les indemnités d'activité partielle « complémentaire » versées en application d'un accord collectif ou d'une décision unilatérale sont soumises, comme les allocations de « base », à la CSG/CRDS au taux global et unique de 6,7 %, après abattement pour frais professionnels de 1,75 % (*Ord. n° 2020-346 du 27 mars 2020, art. 11*).

C'est aussi ce qui ressort du portail Urssaf. fr mis à jour à la suite de la publication de l'ordonnance au *Journal officiel* et d'un « questions/réponses » du ministère du Travail, relatif au dispositif d'activité partielle, mis à jour du 3 avril 2020.

Prenons l'exemple d'un salarié sous contrat à temps partiel de 20 heures hebdomadaire qui perçoit une rémunération horaire de 30,45 € bruts. L'activité de son entreprise est totalement interrompue durant une semaine.

Le salarié devra percevoir une allocation horaire brute de 70 % de 30,45 €, soit 21,31 €, soit un montant total net de CSG/CRDS égal à :

21,31 euros (allocation brute) x 20 x 98,25 % (abattement pour frais professionnel) x (100 % - 6,7 %) (CSG/CRDS) = 390,69 euros.

L'employeur recevra de l'État/Unédic une allocation totale de 21,31 x 20 = 426,2 euros.

À NOTER Une question reste encore en suspens : quid de l'obligation de formaliser ou non au niveau de l'entreprise, par voie de décision unilatérale de l'employeur ou d'accord collectif, une éventuelle allocation complémentaire en l'absence de disposition conventionnelle de branche ? Une circulaire de la direction de la sécurité sociale serait la bienvenue afin de sécuriser rapidement la pratique des entreprises.

QUEL SALAIRE PRENDRE POUR RÉFÉRENCE POUR LE CALCUL DE L'INDEMNITÉ ?

Pour le calcul de l'indemnité d'activité partielle, la rémunération à prendre en compte reste celle servant d'assiette au calcul de l'indemnité de congés payés, calculée selon la règle du maintien de salaire et non du 1/10^e (C. trav., art. R. 5122-18 et L. 3141-24, II).

L'indemnité de congés payés ne peut donc être inférieure au montant de la rémunération qui aurait été perçue pendant la période de congé si le salarié avait continué à travailler.

Pour calculer le maintien de salaire, il faut notamment prendre en compte :

- l'augmentation des salaires, individuelle ou collective, intervenue pendant la période de congé ;
- le paiement majoré des heures supplémentaires habituelles et constantes que le salarié aurait effectuées s'il avait travaillé (Cass. soc., 13 octobre 1955, n° 2878) ;
- la valeur des avantages en nature s'ils ne sont pas maintenus pendant les congés payés ;
- la part variable individuelle perçue par le salarié dont la rémunération est constituée d'un salaire fixe et d'un pourcentage sur les ventes (Cass. soc., 11 mai 1988, n° 85-45.816).

L'assiette sur laquelle sont assises les indemnités de congés payés inclut plus généralement les primes et indemnités versées en complément du salaire si elles sont versées en complément du travail et si elles ne rémunèrent pas déjà la période des congés (prime annuelle assise uniquement sur le salaire des périodes de travail, exclusion faite de la période des congés payés, primes compensant une servitude de l'emploi, primes liées à la qualité du travail).

Sauf stipulations plus favorables, une prime allouée globalement rémunérant périodes de travail et période de congé confondues doit être exclue dès lors qu'elle n'est pas affectée par le départ en congés.

Ne doivent donc pas en principe être intégrés dans l'assiette de calcul de l'indemnité :

- le 13^e mois ;
- la prime de vacances ;
- les primes d'assiduité ;
- une prime d'ancienneté versée pour l'année entière ;
- le pourcentage sur chiffre d'affaires alloué en fonction d'une production globale, etc.

QUEL HORAIRE PRENDRE POUR RÉFÉRENCE POUR LE CALCUL DE L'INDEMNITÉ ?

La rémunération du salarié doit être 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 (C. trav. art R. 5122-19).

La première étape consiste donc à diviser le salaire de référence calculé comme pour l'indemnité de congés payés par 35 heures ou une durée inférieure, si tel est le cas dans l'entreprise, pour obtenir un taux horaire.

Le nombre d'heures pouvant justifier de l'attribution de l'allocation d'activité partielle correspond ensuite à la différence entre la durée légale du travail sur la période considérée ou, lorsqu'elle est inférieure, la durée collective du travail ou la durée stipulée au contrat, et le nombre d'heures travaillées sur ladite période (C. trav., art. R. 5122-19).

À titre d'exemple, prenons un salarié à 35 heures ne travaillant que 20 heures :

35 heures - 20 heures de travail = 15 heures indemnisées à hauteur de 70 % de la rémunération servant d'assiette au calcul de l'indemnité de congés payés ramenée à un taux horaire.

En cas d'heures d'équivalence, néanmoins, une durée supérieure à 35 heures peut-être prise en compte et indemnisée. Les heures indemnisées seront égales à la différence entre la durée d'équivalence et la durée réalisée. Dans ce cas, par exception, le taux horaire doit également être calculé par rapport à l'horaire d'équivalence, et si la durée à indemniser est supérieure à 35 heures ce taux horaire doit être majoré lors de la demande d'indemnisation (taux horaire brut à déclarer = taux horaire x durée d'équivalence / 35) (Questions - réponses du ministère du Travail précité).

ET EN CAS DE MODULATION ?

En matière de modulation, pour calculer le nombre d'heure à indemniser, l'employeur peut choisir deux options et sélectionner celle qui est la plus avantageuse pour les salariés (Circ. DGEFP n° 2013-12 du 12 juillet 2013 relative à l'activité partielle) :

- un calcul à la semaine ;
 - un calcul sur la base de la moyenne hebdomadaire.
- Avec le calcul à la semaine, l'employeur fait la différence entre les heures qui ont été travaillées (20 heures dans notre exemple) et celles qui étaient prévues au planning (33 heures une semaine et 42 heures une autre) dans la limite de 35 heures hebdomadaire.

Dans notre exemple, l'employeur sera indemnisé :

- pour la première semaine, de 13 heures (33 heures - 20 heures) ;

- pour la deuxième semaine, de 15 heures (35 heures - 20 heures). Pour les heures prévues au planning, il ne faut pas prendre 42 heures, mais le plafond.

• Avec le calcul sur la base de la moyenne hebdomadaire, l'employeur fait, pour chaque semaine, la différence entre la durée moyenne hebdomadaire travaillée sur le mois (37,5 heures dans notre exemple, le salarié travaillant 33 heures un semaine et 42 heures une autre) plafonnée à 35 heures (plafond d'indemnisation) et les heures qui ont été travaillées (20 heures, dans notre exemple).

Que ce soit pour la première ou deuxième semaine, l'employeur sera indemnisé 15 heures (35 heures - 20 heures). Pour la durée moyenne hebdomadaire, il ne faut pas prendre 37,5 heures, mais le plafond.

QU'EN EST-IL DES SALARIÉS EN FORFAIT-JOURS ?

Les salariés pour lesquels la durée du travail est décomptée en jours, la détermination du nombre d'heures prises en compte pour déterminer le montant de l'indemnité due au titre de l'activité partielle est effectuée en convertissant en heures un nombre de jours ou demi-journées (Ord. n° 2020-346 du 27 mars 2020). Pour ce faire, l'employeur doit prendre en compte la durée légale correspondant aux jours de fermeture de l'établissement ou aux jours de réduction de l'horaire pratiqué dans l'établissement, à due proportion de cette réduction (C. trav., art. R. 5122-19 modifié).

Autrement dit, une journée compte 7 heures pour un salarié en forfait annuel en jours, et une demi-journée pour 3 heures 30. Si l'établissement ferme pour une durée de 2,5 jours, l'indemnité d'activité partielle versée au salarié en forfait-jours correspondra à 17 heures 30.

Attention, certaines dispositions conventionnelles de branche imposent un maintien de rémunération uniquement pour les cadres en forfait annuel en jours. En pratique, la question de l'actualité de ces dispositifs peut se poser. En effet, jusqu'en 2012, les cadres au forfait en jours ne pouvaient être placés en activité partielle. Un décret n° 2012-341 en date du 9 mars 2012, a posé une exception à ce principe pour les salariés au forfait en heures ou en jours sur l'année, toujours exclus du champ d'application de l'activité partielle en cas de réduction d'horaire, mais pas en cas de fermeture totale ou d'une partie de l'établissement (C. trav., art. R. 5122-8 anc.). Avant 2012, les salariés en forfait annuel en jours ne pouvaient donc pas subir de baisse de rémunération. Se pose alors la question de la volonté des partenaires sociaux ayant conclu des accords avant cette date : s'agissait-il pour eux de reprendre les dispositions légales sous une forme différente, l'exclusion du dispositif d'activité partielle impliquant un maintien de salaire, ou d'y ajouter, en prévoyant, peu important le dispositif légal, une exclusion de l'activité partielle ?

La plupart des branches professionnelles se positionnent sur la seconde interprétation, mais le débat reste à notre sens entre-ouvert.

À NOTER Assez curieusement, l'ordonnance n° 2020-3046 du 27 mars 2020, intervenu deux jours après le décret n° 2020-325 (qui a modifié l'article R. 5122-19), dispose en son article 8 s'agissant des salariés soumis à une convention individuelle de forfait en jours sur l'année que « pour l'employeur de salariés dont la durée du travail est décomptée en jours, la détermination du nombre d'heures prises en compte pour l'indemnité d'activité partielle et l'allocation d'activité partielle est effectuée en convertissant en heures un nombre de jours ou demi-journées. Les modalités de cette conversion sont déterminées par décret ». La référence au décret vise-t-elle le décret intervenu le 25 mars ou un décret différent qui n'est en tout cas pas intervenu à date ? La référence de 7 heures par jour ou de 3 heures 30 par demi-journée est en tout cas à notre sens pertinente. Une circulaire DGEFP n° 2013-12 du 12 juillet 2013 visait déjà ces références horaires.

QUEL EST L'IMPACT SUR LA PAIE DES SALARIÉS TITULAIRES D'UN MANDAT ?

L'impact en termes de paie pour ces salariés sera le même que pour les salariés de droit commun.

Ceci étant, attention, l'activité partielle ne suspend pas les fonctions de représentant du personnel (Crim., 25 mai 1983, pourvoi n° 82-91.538) et par conséquent elle ne suspend pas non plus la rémunération des heures liées à ces mandats (Cass. soc. 10 janvier 1989, n° 86-40.350).

Une dernière précision, l'article L. 3123-14 du Code du travail précise néanmoins que « le temps de travail mensuel d'un salarié à temps partiel ne peut être réduit de plus d'un tiers par l'utilisation du crédit d'heures auquel il peut prétendre pour l'exercice de mandats qu'il détient au sein d'une entreprise. Le solde éventuel de ce crédit d'heures payé peut être utilisé en dehors des heures de travail de l'intéressé. »

Cette règle doit-elle être appliquée en cas d'activité partielle ? Ayant pour objet de « protéger » l'employeur contre une réduction à peu de chagrin du temps de travail effectif du salarié à temps partiel effectivement dédié à son activité professionnelle *stricto sensu*, la même exigence devrait, à notre sens, s'appliquer en cas d'activité partielle, même si aucun texte ne le prévoit (à la date de bouclage de ce dossier) ni à notre connaissance aucune décision de justice.

QUEL EST L'IMPACT DE L'ACTIVITÉ PARTIELLE SUR L'ACQUISITION DE CONGÉS PAYÉS ET JRTT... ?

« La totalité des heures chômées est prise en compte pour le calcul de l'acquisition des droits à congés payés » (C. trav. art. R. 5122-11, al. 2). Dès lors, pendant la période pendant laquelle les salariés sont soumis au dispositif de l'activité partielle, qu'elle consiste en une fermeture totale de l'entreprise et de l'établissement, ou en une réduction de l'horaire travaillé, les salariés continuent à acquérir des congés payés selon les modalités habituelles.

En revanche, aucune disposition légale ou réglementaire ne précise le sort de l'acquisition des JRTT (jours de réduction du temps de travail) au cours de la période pendant laquelle les salariés sont placés en activité partielle. Dans le silence de la loi, pour tous les autres compteurs, et donc celui des JRTT, l'activité partielle, sauf disposition conventionnelle, usage ou engagement unilatéral contraire, est une suspension du contrat de travail et non une période de travail effectif.

Pour ce qui concerne les JRTT, les modalités d'acquisition sont susceptibles d'être déterminées par accord collectif selon deux modalités distinctes. D'une part, dans une logique d'acquisition, les JRTT s'acquerraient par l'accomplissement d'une durée de travail au-delà de 35 heures par semaine. D'autre part, dans une logique forfaitaire, le nombre de JRTT est déterminé forfaitairement sur l'année. Selon l'administration, lorsque l'acquisition des JRTT est mise en place via une logique d'acquisition, le salarié ne dépassant pas 35 heures de travail sur la semaine du fait d'une absence non assimilée à du temps de travail effectif, n'acquière pas de JRTT sur cette semaine (Circ. DGEFP/DRT n° 2000-07 du 6 décembre 2000). Ainsi, la période d'absence due à l'activité partielle n'étant pas assimilée à du travail effectif, les salariés ne pourront pas acquérir de JRTT au cours de cette période. Au contraire, lorsque les JRTT sont acquis selon une logique forfaitaire, ceux-ci sont déterminés à l'avance pour l'ensemble de l'année de sorte qu'une absence non assimilée à du temps de travail effectif au cours de l'année n'emportera aucune conséquence sur l'acquisition des JRTT. Dès lors, la période d'activité partielle sera sans incidence sur l'acquisition des JRTT selon la logique forfaitaire.

...DES JOURS DE REPOS SUPPLÉMENTAIRES ?

Il a longtemps été considéré que les forfaits annuels en jours fonctionnaient différemment des organisations du temps de travail mensuelles ou annuelles par attribution de JRTT.

Ces derniers sont en principe des droits à repos compensant les heures dépassant 35 heures, ce qui implique, dans cette logique acquisitive, que les semaines incomplètes, inférieures ou égales à 35 heures ne génèrent pas de JRTT.

Les jours de repos supplémentaires sont eux forfaitaires. Ils correspondent à un droit à repos compensant certes les amplitudes horaires fortes des cadres ou non cadres au forfait annuel en jours, mais ces amplitudes horaires n'étant pas mesurées en heures, les jours de repos supplémentaires étaient considérés comme acquis définitivement peu important d'éventuelles absences.

La Cour de cassation a néanmoins jugé qu'un accord collectif peut prévoir un calcul du droit à jours de repos supplémentaire proportionnellement affecté par les absences non assimilées à du temps de travail effectif (*Cass. soc.*, 16 décembre 2015, n° 14-23.731).

La Cour de cassation aligne donc le régime des jours de repos supplémentaires, lorsqu'un accord le prévoit, sur celui des JRTT, permettant ainsi à réduire le nombre de jours de repos à due proportion des jours d'absences.

Un salarié absent six mois aura, pour faire simple, sur la base d'un forfait à 218 jours impliquant 10 jours de repos supplémentaires, 5 jours de repos en moins, si un accord collectif le prévoit.

À titre d'illustration, lorsqu'un salarié en forfait annuel en jours est absent une demi-année, soit, pour un forfait de 218 jours, 109 jours, pour opérer une déduction proportionnelle de ces jours d'absence, il conviendra d'effectuer l'opération suivante :

$(\text{nombre de jours de repos} \times \text{nombre de jours d'absence}) / \text{nombre de jours à travailler dans l'année} = \text{réduction du nombre de jours de repos}$.

Dans notre exemple, pour un forfait à 218 jours, impliquant 10 jours de repos pour une année complète, la réduction du nombre de jours de repos consécutive à l'absence sera de : $(10 \text{ jours} \times 109) / 218 = 5 \text{ jours}$.

Par conséquent, le dispositif d'activité partielle permet de maintenir l'acquisition de jours de congés payés, ses conséquences sont différentes quant à l'acquisition de jours de repos supplémentaires, si un accord collectif prévoit la proratisation en fonction des absences.

COMMENT DÉTERMINER LE PLAFOND MENSUEL DE LA SÉCURITÉ SOCIALE SERVANT NOTAMMENT AU CALCUL DES COTISATIONS PLAFONNÉES POUR LES SALARIÉS PLACÉS EN ACTIVITÉ PARTIELLE ?

L'administration a eu l'occasion de préciser qu'en cas de recours à l'activité partielle, le plafond devait être réduit au prorata de l'activité au sein de l'entreprise (exemple : 10 jours de fermeture d'établissement sur le mois de mars : Plafond applicable = $\text{PMSS} \times 21 / 31$) (*Circ. n° DSS/5B/5D/2017351 du 19 décembre 2017*).

QUAND VERSER LES SOMMES DUES EN 2020 AU TITRE DE L'INTÉRESSEMENT ET DE PARTICIPATION ?

Par une ordonnance du 25 mars 2020 (*Ord. 25 mars 2020, n° 2020-322*), le gouvernement a autorisé les entreprises qui devaient verser des sommes dues au titre de la participation ou de l'intéressement en 2020 à reporter ce versement au 31 décembre 2020 et ce, sans application des majorations de retard. Même si rien n'impose, à ce stade, de formaliser ce report, il paraît prudent d'adresser une communication aux salariés.

QU'EN EST-IL DES SOMMES QUI SERONT VERSÉS EN 2021 AU TITRE DE L'ANNÉE 2020 ?

Les allocations d'activité partielle doivent-elles être prises en compte dans le calcul de la réserve spéciale de participation ?

Même s'il ne s'agit pas d'une question urgente elle ne manquera pas de se poser avec insistance dans les prochains mois. En principe, entrent dans le calcul de la RSP « les revenus d'activité tels qu'ils sont pris en compte pour la détermination de l'assiette des cotisations définie à l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale. » (*C. trav.*, art. D. 3324-1). Ainsi, en application d'une lecture littérale de cette disposition les allocations d'activité partielle ne devraient pas être prises en compte pour le calcul de la réserve spéciale de participation légale.

Attention toutefois à l'analyse extensive de cette disposition opérée par la jurisprudence (*cf. notamment C. Cass. 7 nov. 2018, n° 17-18.936 concernant l'incidence du congé de reclassement sur les droits à participation*) qui pourrait amener à considérer que l'allocation d'activité partielle devrait être prise en compte dans le calcul de la RSP, quand bien même, elle ne serait pas soumise à cotisations de sécurité sociale.

Les allocations d'activité partielle doivent-elles être prises en compte pour la répartition des droits à participation et à intéressement ?

En cas de répartition proportionnelle aux salaires, le salaire à prendre en compte sont ceux qu'aurait perçus le salarié s'il n'avait pas été placé en activité partielle et en cas de répartition proportionnelle au temps de présence, l'absence est neutralisée (*C. trav.*, art. R.5122-11).

QUELLE EST L'INCIDENCE DE L'ACTIVITÉ PARTIELLE SUR LES DROITS À RETRAITE ?

En matière de retraite de « base », les périodes pendant lesquelles un salarié bénéficie d'une allocation d'activité partielle génèrent des trimestres au titre de la durée d'assurance en tant que « périodes assimilées » (*CSS, art. L.351-3, 2° et R.351-12, 4°, f*). À ce titre, il est validé autant de trimestres assimilés que l'assuré réunit de fois 50 jours d'indemnisation au titre de l'activité partielle, dans la limite naturellement de 4 trimestres par an. Ces trimestres sont pris en compte pour l'atteinte du taux plein et pour le coefficient de proratisation.

En revanche, en application des articles L.351-1 et R.351-29, I du Code de la sécurité sociale, l'indemnité d'activité partielle n'est pas intégrée au salaire annuel moyen pour le calcul des 25 meilleures années.

En matière de retraite complémentaire Agirc/Arrco, donnent lieu à l'obtention de points « gratuits » les heures indemnisées au titre de l'activité partielle dépassant 60 heures par an. Les droits inscrits au titre de l'activité partielle sont alors calculés à partir de la majoration des rémunérations acquises au cours de la période durant laquelle l'activité partielle a été indemnisée (*Accord national interprofessionnel du 17 novembre 2017, art. 67*).

UN EMPLOYEUR AYANT PLACÉ SES SALARIÉS EN ACTIVITÉ PARTIELLE EN MARS MAIS N'AYANT PAS TRAITÉ CE PLACEMENT SUR LA PAIE DU MOIS CONSIDÉRÉ PEUT-IL RÉGULARISER LA SITUATION EN AVRIL ?

Si l'employeur n'a pas traité le placement en activité partielle en paie sur le mois de mars, il peut parfaitement régulariser la situation sur le mois d'avril.

En pratique, cela peut concerner les employeurs qui attendent l'accord de l'administration pour traiter en paie l'activité partielle.

LE RÉGIME DE PROTECTION SOCIALE COMPLÉMENTAIRE EST-IL MAINTENU AU PROFIT DES SALARIÉS EN ACTIVITÉ PARTIELLE ?

Pour bénéficier du traitement social de faveur sur le financement patronal des régimes de protection sociale complémentaire, ces derniers doivent notamment être collectifs et obligatoires (*CSS, art. L. 242-1*).

Une des composantes du respect de ces conditions est le maintien des garanties au profit des salariés en situation de suspension indemnisée du contrat de travail (*Circ. DSS/5B/2009/32 du 30 janvier 2009, fiche n° 7*). Les régimes « frais de santé », prévoyance « incapacité, invalidité, décès » ou encore retraite supplémentaire à cotisations définies doivent donc être maintenus au profit des salariés placés en situation d'activité partielle.

Dans une telle situation, l'employeur doit, par principe, maintenir son financement (part patronale) et la part salariale est précomptée sur l'allocation d'activité partielle. Toutefois, certains contrats peuvent prévoir une prise en charge intégrale par l'employeur de la cotisation globale en cas de suspension indemnisée. Il est nécessaire de vérifier les dispositions contractuelles.

Cependant, une problématique peut se poser concernant l'assiette des cotisations et des prestations lorsque celle-ci est définie par référence à la rémunération perçue par le collaborateur (notamment concernant les régimes de prévoyance « incapacité, invalidité décès » et les régimes de retraite).

Schématiquement, on retrouve principalement deux définitions de la rémunération prise en compte :

- la rémunération soumise à impôt sur le revenu. Une telle définition ne soulève pas de difficulté dans la mesure où l'allocation d'activité partielle est soumise à impôt sur le revenu ;

- la rémunération au sens de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale. Cette définition peut poser difficulté dans la mesure où l'allocation d'activité partielle est exonérée de cotisations de sécurité sociale. Une telle définition pourrait, dans certains cas, induire des cotisations nulles et une réduction potentielle du niveau des prestations.

Afin de pallier cette problématique, une position commune des organismes assureurs a été publiée afin que soit prise en compte l'allocation d'activité partielle et ce, quels que soient les termes des clauses contractuelles.

QUELLES OBLIGATIONS DE L'EMPLOYEUR EN MATIÈRE DE MAINTIEN DE SALAIRE EN CAS D'ARRÊT MALADIE ?

Initialement, l'article L. 1226-1 du Code du travail subordonnait le versement du maintien de salaire à une condition d'ancienneté d'un an du salarié dans l'entreprise, cette condition s'appréciant à compter du premier jour d'absence du salarié (*C. trav., art. D. 1226-8*). En dehors des hypothèses dans lesquelles le salarié était victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, l'article D. 1226-3 du Code du travail conditionnait le versement du complément de salaire à un délai de carence de 7 jours. Ainsi, antérieurement aux nouvelles dispositions, un salarié en arrêt maladie qui ne disposait pas d'une ancienneté d'un an, n'était pas en mesure de percevoir le maintien de salaire, sauf dispositions conventionnelles plus favorables.

Désormais, l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2020-322 du 25 mars 2020 a modifié, de manière temporaire, ce régime en précisant que le salarié en arrêt de travail perçoit le complément de salaire versé par l'employeur, y compris lorsqu'il ne dispose pas de l'ancienneté nécessaire prévue par l'article L. 1226-1 du Code du travail, à compter 26 mars 2020, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance.

Autrement dit, tout salarié en arrêt maladie, qu'il s'agisse d'un arrêt pour maladie simple ou d'un arrêt dérogatoire mis en place dans le cadre de l'épidémie de Covid-19, perçoit un maintien de salaire, même dans l'hypothèse où son ancienneté serait inférieure à un an au sein de l'entreprise.

Par ailleurs, l'article 1^{er} du décret n° 2020-193 du 4 mars 2020 supprime le délai de carence de sept jours, de sorte que l'employeur procède désormais au maintien de salaire dès le premier jour d'absence du salarié.

Ainsi, les dispositions nouvelles tendent à faciliter le maintien de salaire pour les salariés contraints de recourir à un arrêt de travail.

Désormais, l'employeur est donc tenu d'effectuer un maintien de salaire dès le premier jour de l'arrêt de travail.

Par ailleurs, les salariés bénéficiant d'un arrêt de travail dérogatoire n'ont plus à justifier de leur absence dans les 48 heures.

Il résulte de la combinaison de l'ensemble de ces dispositions (décrets et ordonnance) que les salariés en arrêt maladie pour une cause « Covid » bénéficient :

- des indemnités journalières de la sécurité sociale, sans délai de carence,
- d'un maintien de salaire sans délai de carence et ce, quand bien même ils ne rempliraient pas la condition d'ancienneté habituelle d'un an.

À NOTER Par ces dispositions, les pouvoirs publics ont souhaité limiter les impacts financiers pour les salariés dont le contrat de travail est suspendu du fait de l'épidémie de Covid-19.

QUELLES RÉMUNÉRATIONS POUR LES SALARIÉS EN ARRÊT MALADIE POUR GARDE D'ENFANT ?

Le décret n° 2020-73 du 31 janvier 2020 modifié par le décret n° 2020-227 du 9 mars 2020 a mis en place un arrêt maladie spécifique dédié à la garde des enfants (AMGE). Son article 1^{er} prévoit que les salariés, parents d'un enfant de moins de 16 ans, qui sont dans l'impossibilité de continuer à travailler pour garder leurs enfants, bénéficient d'un arrêt maladie pour garde d'enfant. Ces salariés bénéficient alors, sans jour de carence, du versement des indemnités journalières de la sécurité sociale, mais également d'un maintien de salaire par leur employeur.

En pratique, les salariés n'ayant aucune solution pour garder leurs enfants de moins de 16 ans et qui sont dans l'impossibilité d'effectuer du télétravail peuvent solliciter auprès de leur employeur qu'il effectue une télédéclaration sur le site www.declare.ameli.fr concernant l'arrêt maladie pour garde d'enfant. Quant au salarié, il doit fournir à son employeur une attestation sur l'honneur aux termes de laquelle il fait état de l'absence de solution alternative permettant la garde de ses enfants (*Questions-réponses du ministère du Travail sur le coronavirus pour les entreprises et les salariés, mis à jour le 4 avril 2020*).

À NOTER Cette attestation doit permettre d'éviter les abus éventuels consistant par exemple pour deux parents à solliciter de concert un arrêt alors que, si l'un est en arrêt l'autre doit pouvoir travailler, et ce alors même que l'employeur a l'obligation de télétransmettre l'arrêt maladie sans pouvoir de contrôler la situation de fait de son salarié. La télétransmission et le régime de l'arrêt maladie supposent donc d'obtenir cette attestation.

QUELLES RÉMUNÉRATIONS POUR LES SALARIÉS MIS EN ISOLEMENT ?

Le décret du 31 janvier 2020 précité a également mis en place un arrêt de travail pour les salariés qui font l'objet d'une mesure d'isolement, d'éviction ou de maintien à leur domicile dès lors que ceux-ci ont été en contact avec une personne détectée positive au Covid-19 ou ayant séjourné dans un pays dans lequel l'épidémie était d'ores et déjà présente. Ceux-ci bénéficient, de la même manière de la suspension temporaire du délai de carence attaché, en principe, aux indemnités journalières de la sécurité sociale (trois jours) et au maintien de salaire par l'employeur (sept jours).

QUEL RÉGIME JURIDIQUE APPLIQUER À UN SALARIÉ EN ARRÊT MALADIE DE DROIT COMMUN QUI EST ENSUITE MIS EN ACTIVITÉ PARTIELLE

ET À UN SALARIÉ EN ARRÊT MALADIE GARDE D'ENFANT OU PERSONNE VULNÉRABLE ?

En cas d'arrêt maladie antérieur au régime de l'activité partielle, l'arrêt maladie demeure applicable. À l'inverse, en cas d'activité partielle mise en œuvre avant l'arrêt maladie garde d'enfant, le salarié reste soumis, peu important son arrêt maladie, au régime de l'activité partielle. En effet, en cas de concours de suspension, c'est la cause de suspension qui est apparue la première qui produit ses effets de droit, la seconde n'étant retenue que lorsque la première a cessé d'exister. La jurisprudence juge par exemple que si le contrat de travail est suspendu avant le début de la maladie, l'employeur n'est pas tenu de verser le complément de salaire tant que dure cette suspension (*Cass. soc. 31 mai 2012 n° 10-16810*).

Ceci étant, en cas de renouvellement de l'arrêt maladie, dans notre analyse, le régime de l'activité partielle reprendra effet s'il a été mis en place dans l'intervalle (*Cass. soc. 9 juin 1993 n° 89-42.871, hypothèse d'arrêt maladie succédant à un congé sans solde prenant fin, a contrario*). Ce point est confirmé dans le « questions-réponses » du ministère du Travail, relatif au dispositif d'activité partielle, mis à jour au 3 avril 2020. Ce même « question-réponses » traite différemment la situation du salarié en arrêt maladie pour garde d'enfants ou personne vulnérable : si l'établissement auquel le salarié est rattaché ferme, l'arrêt maladie ne se justifie plus pour le ministère, et l'employeur doit signaler à l'assurance maladie la fin de l'arrêt de travail, ou au moins attendre son terme pour placer le salarié en activité partielle. Aucun renouvellement de l'arrêt maladie garde d'enfant ou personne vulnérable ne pourra en revanche intervenir. En cas de réduction d'activité, le salarié ne peut pas être placé en activité partielle, et le salarié demeurera en arrêt maladie.

MAIS QUEL NIVEAU DE MAINTIEN DE SALAIRE APPLIQUER À CE SALARIÉ EN ACTIVITÉ PARTIELLE ?

La Cour de cassation a jugé que dans le cas où le salarié en arrêt de travail appartient à une entité en activité partielle, il n'y a aucune raison que soit « institué en sa faveur un avantage lui permettant de recevoir une rémunération supérieure à celle qu'il aurait effectivement perçue s'il avait été valide » (*Cass. soc., 2 juillet 1987, n° 83-43.626*). Ce qui implique que le maintien de salaire ne peut dépasser les 70 % prévus pour le régime de l'activité partielle et que le régime légal ou conventionnel impliquant un maintien à 90 % ou plus est écarté. Ce point est confirmé par le « questions/réponses » du ministère du Travail précité.

Attention cependant, il en serait peut-être différemment en cas d'activité partielle non généralisée, le salarié pouvant prétendre qu'il n'aurait pas nécessairement été mis lui individuellement en activité partielle et n'aurait donc pas été plafonné à 70 % de sa rémunération.

L'arrêt précité est cohérent au regard du fait que, aux termes de l'article 7 de l'accord national interprofessionnel du 10 décembre 1977, la rémunération à maintenir est celle correspondant à l'horaire pratiqué durant l'absence du salarié dans l'établissement ou la partie d'établissement. Ceci étant, l'accord précise que, si, « par suite de l'absence de l'intéressé l'horaire du personnel restant au travail devait être augmenté, cette augmentation ne serait pas prise en considération pour la fixation de la rémunération ». Et en complément, il a été jugé que les heures supplémentaires régulières doivent être prises en compte, à l'exclusion, toutefois, des heures supplémentaires dues à l'absence pour maladie de l'intéressé (*Circ. DRT 7 du 6-12-2000*).

Si ces dispositions ne sont pas spécifiquement applicables en cas d'activité partielle, un point d'attention s'impose tout de même quant à la prise en compte de l'horaire pratiqué pendant l'absence ou de l'horaire pratiqué habituellement lié à la jurisprudence la plus récente, s'agissant du congé maternité, mais applicable probablement à l'arrêt maladie, qui prévoit de retenir, s'agissant d'une problématique de rémunération variable, comme salaire de référence une base de calcul sur les douze derniers mois plutôt que les trois derniers mois (*Cass. soc. 5 juin 2019 n° 18-12862*).

De même qu'il avait été jugé au visa de l'accord de 1977, que l'horaire à prendre en considération est l'horaire moyen et non l'horaire pendant l'arrêt maladie (*Cass. soc. 19 juillet 1994 n° 90-43013*).

La question posée dans ces arrêts n'était clairement pas celle de l'activité partielle, mais montre que la jurisprudence tend à retenir comme référence, la rémunération habituelle et non théorique pendant la période d'absence, et pose la question de la prise en compte de l'horaire habituel également et non de l'horaire théorique pendant la période d'absence.

En l'état du droit cependant, le plafonnement à 70 %, sauf maintien de salaire volontaire ou conventionnel, reste indubitablement la règle telle qu'elle résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation.

À L'INVERSE, QUEL RÉGIME JURIDIQUE APPLIQUER À UN SALARIÉ EN ACTIVITÉ PARTIELLE PLACÉ ENSUITE EN ARRÊT MALADIE DE DROIT COMMUN ?

Dans ce cas, le dispositif d'activité partielle s'interrompt jusqu'à la fin de l'arrêt prescrit, avec le même régime de plafonnement du complément de rémunération employeur, qui ne peut aller au-delà de ce que le salarié aurait perçu s'il avait été placé activité partielle (« Questions-réponses » du ministère du Travail précité).

QUEL IMPACT PAIE EN CAS DE DROIT DE RETRAIT DES SALARIÉS ?

Lorsqu'un salarié use de son droit de retrait, il ne peut par principe, subir une retenue sur salaire (*C. trav., art. L. 4131-3*).

Cependant, lorsque l'exercice du droit de retrait est abusif, ce qui suppose que les conditions de recours ne sont pas réunies, l'employeur retrouve la possibilité de sanctionner les salariés l'ayant exercé. L'employeur dispose alors de la possibilité d'effectuer une retenue sur salaire, peu importe que le salarié soit resté à sa disposition (*Cass. crim. 25 novembre 2008, n° 07-87.650*).

En pratique pour pouvoir juger le droit de retrait illicite, l'employeur doit s'assurer que l'exercice de l'activité professionnelle est compatible avec la protection de la santé des salariés. Pour ce faire il doit notamment faire respecter les recommandations sanitaires émises par le gouvernement et en premier lieu les « gestes barrières ».

Ainsi, lorsque les recommandations sanitaires sont respectées, que les contacts entre salariés sont limités, que l'employeur a mis en œuvre des moyens permettant de protéger les salariés au contact des clients, le recours au droit de retrait sera illégitime, dès lors qu'aucun danger grave et imminent ne peut être caractérisé.

Dans cette hypothèse l'employeur sera alors en mesure d'effectuer une retenue sur la rémunération du salarié proportionnelle à la durée du droit de retrait.

PRIMES MACRON ET PRIME MACRON « MODIFIÉE » : COMMENT FAIRE ?

Les conditions prévues pour le bénéfice des exonérations sociales et fiscales attachées à la prime exceptionnelle de pouvoir d'achat (*v. le dossier juridique -Rému.-, n° 54/2020 du 19 mars 2020*) sont modifiées à effet du 2 avril 2020 par l'ordonnance n° 2020-385 du 1^{er} avril 2020.

En premier lieu, les entreprises qui ne disposent pas d'un accord d'intéressement peuvent servir la prime en bénéficiant de ces exonérations, si le montant versé ne dépasse pas 1 000 €. Ces entreprises étaient jusqu'à présent exclues de la mesure.

Ensuite, pour les entreprises qui mettent en œuvre un accord d'intéressement à la date de versement de la prime, le montant maximal exonéré atteint 2 000 € (au

lieu de 1 000 € jusqu'alors). Selon l'entourage de la ministre du Travail, le relèvement du plafond concerne également les quelque 37 000 entreprises qui ont déjà attribué la prime de 1 000 € prévue par la LFSS pour 2020, car elles peuvent verser une seconde prime exonérée dans la limite de 1 000 €.

L'accord d'intéressement peut porter sur une durée comprise entre un et trois ans s'il a été conclu entre le 1^{er} janvier et le 31 août 2020, la date limite du 30 juin 2020 étant reportée. Des dispositions particulières sont prévues afin de permettre aux accords signés au cours de cette période de bénéficier des exonérations fiscales prévues aux articles L. 3315-1 à L. 3315-3 du Code du travail, y compris lorsqu'ils ont été conclus à compter du premier jour de la deuxième moitié de la période de calcul suivant la date de leur prise d'effet, par dérogation aux dispositions de l'article L. 3314-4 du même code.

La prime peut bénéficier aux salariés liés par un contrat de travail à la date de versement de la prime, comme actuellement, ou dorénavant à la date de dépôt de l'accord ou de la signature de la décision unilatérale mettant en place la prime exceptionnelle.

Initialement, le dispositif de la prime exceptionnelle de pouvoir d'achat permettait une modulation de son montant entre les salariés en fonction de la rémunération, du niveau de classification, de la durée de présence effective pendant l'année ou la durée de travail prévue par le contrat de travail. L'ordonnance prévoit une nouvelle possibilité de modulation, en fonction « des conditions de travail liées à l'épidémie de Covid-19 ». L'entourage de Muriel Pénicaud, la ministre du Travail, a précisé que cette nouvelle possibilité visait en particulier à donner aux entreprises la possibilité de récompenser davantage les personnes, qui, par exemple, sont contraintes de se rendre sur leur lieu de travail par rapport à celles qui n'y sont pas obligées.

Mais sans pouvoir exclure les salariés qui ne travailleraient pas. Le montant attribué à ces derniers ne doit donc pas être nul ou quasi nul. Aucune précision n'a été donnée à date sur l'amplitude de la modulation.

Concernant les modalités de mise en œuvre de cette prime spéciale, elles sont identiques à celles prévues pour la prime « Macron ». Elle devrait résulter soit d'un accord collectif, soit d'une déclaration unilatérale de l'employeur (*article 7-III de la loi du 24 décembre 2019*).

Les conditions de rémunération sont également similaires : la rémunération à prendre en compte, afin de s'assurer de l'éligibilité à l'exonération, correspondrait à l'assiette des cotisations et contributions sociales définie à l'article L.242-1 du code de la sécurité sociale (Point 6.2 de l'instruction du 15 janvier 2020).

L'ordonnance repousse enfin la date limite de versement de la prime, au-delà de laquelle il n'est plus possible de bénéficier des exonérations sociales et fiscales, du 30 juin au 31 août 2020.

LE RÉGIME DE L'ACTIVITÉ PARTIELLE S'IMPOSE AUX SALARIÉS En principe, le salarié protégé ne peut subir même un simple changement de ses conditions de travail sans que celui-ci ait expressément donné son accord (*Cass. soc.*, 12 ct. 2000, n° 98-45.174). Or, la mise en œuvre de l'activité partielle emporte nécessairement un changement des conditions de travail du salarié protégé, dès lors que sa durée du travail est réduite, voire suspendue totalement en cas de fermeture de l'entreprise, et que sa rémunération est réduite, même si ces impacts sont temporaires. Jusqu'à présent il était donc nécessaire d'obtenir l'accord du salarié protégé préalablement à l'application du dispositif d'activité partielle.

En cas de refus de celui-ci, l'employeur avait alors la possibilité de procéder à son licenciement en respectant la procédure applicable aux salariés protégés. Dans l'hypothèse où le salarié protégé refusait l'application d'une telle mesure et qu'aucune procédure de licenciement n'était effectuée, la Cour de cassation considérait alors que l'employeur était tenu de lui verser la partie de son salaire non payée du fait de l'application de la mesure d'activité partielle (*Cass. Soc.*, 18 juin 1996, n° 94-44.653).

Le régime de l'activité partielle était donc particulièrement rigide s'agissant des salariés protégés, notamment dans le cadre d'un contexte nécessitant une adaptation rapide de l'entreprise à la situation économique.

L'article 6 de l'ordonnance n° 2020-346 du 27 mars 2020 prévoit désormais que le régime de l'activité partielle s'impose aux salariés protégés sans que l'employeur n'ait à recueillir son accord, « dès lors qu'elle affecte l'ensemble des salariés de l'entreprise, de l'établissement, du service ou de l'atelier auquel est affecté l'intéressé ».

Cette modification bienvenue permet à l'employeur de mettre en œuvre rapidement le dispositif d'activité partielle, afin de protéger l'entreprise à ces circonstances exceptionnelles, sans devoir obtenir l'accord des salariés protégés.]

LES CONDITIONS DE RECOURS DU DROIT DE RETRAIT En principe, lorsqu'un salarié considère que l'exercice de son activité professionnelle le place face à un danger grave et imminent, susceptible de menacer sa santé ou sa vie, il peut utiliser son droit de retrait afin de contraindre l'employeur à prendre les mesures permettant de remédier à cette situation (*C. trav.*, art. L. 4131-1). Cette notion de danger grave et imminent implique la présence d'un danger exceptionnel ou inhabituel susceptible d'entraîner des blessures graves, qui est laissée à l'appréciation souveraine des juges (*Cass. soc.* 30 mai 2012, n° 10-15.992).

Il a notamment été considéré que le droit de retrait visant une situation particulière de travail ne saurait s'appliquer de manière générale en cas de pandémie. Plus précisément, la circulaire du 3 juillet 2009 mentionnait, dans le cadre de l'épidémie de la grippe H1N1, que l'existence de cette pandémie grippale ne suffisait pas en soi à justifier l'exercice du droit de retrait, dès lors que l'entreprise a mis en œuvre l'ensemble des mesures permettant d'assurer la protection de la santé des travailleurs (*Circ. DGT 2009/16 du 3 juillet 2009*).

Dès lors, un salarié ne peut utiliser son droit de retrait au seul motif de l'existence d'une pandémie. Il doit démontrer que son retrait résultait d'un risque grave et imminent pour sa santé ou sa vie, pour lequel l'employeur n'avait pris aucune mesure permettant de garantir sa santé et sa sécurité.]