

Réponse : 13^{ème} mois et activité partielle

La réponse à votre question ne se trouve pas dans le code du travail et la convention collective du transport routier (au passage, l'article 26 que vous citez n'est pas l'article 26 de la convention collective mais l'article 26 de l'accord du 18 avril 2002 conclu dans le secteur du transport routier de voyageurs) n'est pas assez précise et il faut l'interpréter.

Répondre à la question posée suppose de résoudre deux problèmes :

- Faut-il proratiser le 13^{ème} mois selon la présence au cours de l'année ? ce sera le point n°1.
- Quel taux horaire retenir pour calculer la prime de 13^{ème} mois ? ce sera l'objet du point n°2.

En conclusion de ce qui suit, il est possible de soutenir que :

- **Les heures d'activité partielle peuvent être déduites du temps de présence de l'année 2020 pour proratiser le 13^{ème} mois.**
- **Le taux horaire est le taux moyen du mois de novembre : (salaire brut normal de novembre hors heures supplémentaires) – (absences activité partielle) + (indemnités d'activité partielle calculées sur les heures perdues en dessous de 35 heures).**

1. La proratisation du 13^{ème} mois

L'article 26, au demeurant fort mal rédigé mais c'est assez habituel dans les conventions collectives, évoque le 13^{ème} mois en 3 paragraphes distincts qui définissent 3 concepts différents :

- Le 1^{er} paragraphe (alinéa 2 de l'article 26) dispose : « *Par ailleurs, il est créé, pour les salariés ayant au moins un an d'ancienneté dans l'entreprise au 31 décembre de chaque année, un treizième mois conventionnel* ».

Ce paragraphe n'est pas ici en cause de manière directe. Il définit le champ d'application du 13^{ème} mois en posant la règle selon laquelle seuls les salariés ayant un an d'ancienneté dans l'entreprise au 31 décembre ont droit au 13^{ème} mois. On pourrait se demander si les salariés embauchés le 1^{er} janvier 2020 ont un an d'ancienneté au 31 décembre 2020 s'ils ont été placés en activité partielle pendant l'année. Dans la mesure où l'activité partielle constitue une suspension du contrat de travail et n'est pas assimilée expressément à un temps de travail effectif par la loi (sauf en matière de congés payés, d'intéressement et de participation), on peut soutenir que ces salariés embauchés le 1^{er} janvier 2020 n'auraient pas droit au 13^{ème} mois pour l'année 2020.

- Le 2^{ème} paragraphe est moins clair : « *Ce treizième mois est calculé au prorata temporis pour les bénéficiaires ne justifiant pas d'une année civile complète de travail effectif tel qu'il est défini par les dispositions légales* ».

Ce paragraphe ne parle pas d'ancienneté mais de travail effectif. Il semble donc évoquer le problème de la présence du salarié au cours de l'exercice considéré pour déterminer non plus le droit mais le montant de la prime. La question est alors de savoir si les absences pour activité partielle constituent un temps de travail effectif au sens de ces dispositions. La lecture de l'accord de 2002 et des autres dispositions de la convention collective ne permet pas de répondre à cette question.

Ce que l'on peut en dire est que :

- L'activité partielle suspend le contrat de travail (article L5122-1, II du code du travail).
- L'activité partielle n'est assimilée à un temps de travail effectif que pour les congés payés, l'intéressement et la participation (article R.5122-11 alinéa 2 du code du travail). On peut en déduire que l'activité partielle n'est pas assimilée à un temps de travail effectif pour les autres dispositifs, qu'ils soit légaux ou conventionnels.

Ces éléments me permettent de penser que les heures d'activité partielle peuvent être déduites du temps de présence de l'année 2020 pour proratiser le 13^{ème} mois.

2. L'assiette de calcul du 13^{ème} mois

Le texte applicable est alors le 3^{ème} paragraphe de l'article 26 ainsi rédigé : « *Il s'entend sur la base de 35 heures de travail hebdomadaires dans le cadre d'une activité à temps complet au prorata temporis dans les autres cas. Le taux horaire pris en compte est celui du mois de novembre de l'année considérée* ».

On peut déduire de ce texte que le 13^{ème} mois est égal à 152 fois le taux horaire du mois de novembre de l'année considérée.

La question est ici de définir le taux horaire permettant de calculer le 13^{ème} mois.

L'administration ne semble pas s'être prononcée de manière claire à ce sujet. En revanche, j'ai trouvé deux arrêts de la cour de cassation qui répondent très clairement (arrêts ci-joints) à une partie de la question :

- Dans un premier arrêt du 16 janvier 1992, la chambre sociale de la cour de cassation a jugé que, pour le calcul d'une prime d'ancienneté établie sur la base du salaire réel, il convenait d'intégrer les indemnités de chômage partiel.
- Dans un second arrêt du 26 novembre 1996, s'agissant d'un 13^{ème} mois, la cour a jugé que les indemnités de chômage partiel se substituent au salaire et qu'elles doivent être incluses dans l'assiette des rémunérations servant au calcul de la prime de 13^{ème} mois.

Le texte de la convention collective permet de soutenir que le calcul n'est pas effectué mois par mois mais bien seulement sur le mois de novembre.

La jurisprudence citée ci-dessus permet de conclure que le taux est le taux moyen du mois de novembre : (salaire brut normal de novembre hors heures supplémentaires) – (absences activité partielle) + (indemnités d'activité partielle calculées sur les heures perdues en dessous de 35 heures).