

Conventions de forfait en heures et sur leurs incidences au regard de l'indemnisation de l'activité partielle.

Je joins au présent courriel ma note du 30 avril qui n'a manifestement pas levé tous les doutes sur la notion de convention de forfait en heures.

De plus, l'ordre des experts-comptables a pris à ce sujet une position que je juge très exagérément prudente et pour tout dire complètement erronée.

1. Le sujet

L'ordonnance du 22 avril 2020 étend l'indemnisation des heures structurelles aux heures prévues par certaines conventions collectives (de type HCR) et par les conventions de forfait en heures prévues par les articles L.3121-56 et 57 du code du travail.

Le 29 avril, le ministère du travail a modifié sa position sur le sujet des salariés effectuant des heures supplémentaires structurelles. D'une part, il prend acte de l'ordonnance sur le calcul des heures à indemniser, d'autre part il modifie totalement sa position sur le mode de calcul du taux horaire d'indemnisation.

2. Les questions

3 questions se posent :

- Qu'est-ce qu'une convention de forfait en heures ?
- Combien d'heures faut-il indemniser ?
- Quel taux faut-il utiliser pour calculer l'indemnisation ?

2.1. Qu'est-ce qu'une convention de forfait en heures ?

L'article 6 de l'ordonnance du 22 avril ajoute à l'ordonnance du n°2020-346 du 27 mars 2020 un article 1^{er} bis ainsi rédigé:

« Art. 1^{er} bis. – Pour les salariés ayant conclu, avant la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance n°2020-460 du 22 avril 2020, une convention individuelle de forfait en heures au sens des articles L.3121-56 et L.3121-57 du code du travail incluant des heures supplémentaires et pour les salariés dont la durée de travail est supérieure à la durée légale en application d'une convention ou d'un accord collectif de travail conclu avant cette même date :

1° La durée stipulée au contrat pour les conventions individuelles de forfait ou la durée collective du travail conventionnellement prévue est prise en compte en lieu et place de la durée légale du travail pour l'application du troisième alinéa du I de l'article L.5122-1 du même code ;

2° Il est tenu compte des heures supplémentaires prévues par la convention individuelle de forfait en heures ou par la convention ou l'accord collectif mentionnés au premier alinéa pour la détermination du nombre d'heures non travaillées indemnisées.»

Il résulte de ce texte que les salariés ayant signé une convention de forfait en heures peuvent bénéficier d'une indemnisation de l'activité partielle dès lors que leur durée du travail est réduite en deçà de leur durée contractuelle (a fortiori si elle est réduite à zéro) et que cette indemnisation sera calculée sur l'ensemble des heures perdues en deçà de cette durée contractuelle.

La question qui se pose donc est de savoir qui sont les salariés bénéficiaires de ce texte favorable et donc quels sont les salariés qui peuvent être considérés comme ayant conclu une convention de forfait.

Certains considèrent que la convention de forfait ne peut être reconnue que si deux conditions sont réunies : 1) le mot « forfait » ou l'expression « convention de forfait » doit apparaître dans le contrat de travail ou dans un avenant et 2) le bulletin de salaire ne doit comporter qu'une seule ligne intégrant la rémunération des heures normales et des heures supplémentaires (exemple : salaire pour 169 heures = 2 000,00 €).

Cette position est erronée et ne correspond ni à la loi, ni à la jurisprudence, ni à la position exprimée par le ministère du travail.

2.1.1. La loi

- Le code du travail

L'article L.3121-56 dispose

« Tout salarié peut conclure une convention individuelle de forfait en heures sur la semaine ou sur le mois.

Peuvent conclure une convention individuelle de forfait en heures sur l'année, dans la limite du nombre d'heures fixé en application du 3° du I de l'article L. 3121-64 :

1° Les cadres dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés ;

2° Les salariés qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps ».

La partie pertinente de ce texte est limitée au premier alinéa, les 3 autres concernent les conventions de forfait sur l'année.

Le problème est que ce texte ne définit pas la notion de convention de forfait. Il dit seulement qu'on peut en conclure une.

L'article L.3121-57 n'apporte pas de précision supplémentaire puisqu'il se contente d'énoncer le principe selon lequel :

« La rémunération du salarié ayant conclu une convention individuelle de forfait en heures est au moins égale à la rémunération minimale applicable dans l'entreprise pour le nombre d'heures correspondant à son forfait, augmentée, le cas échéant, si le forfait inclut des heures supplémentaires, des majorations prévues aux articles L. 3121-28, L. 3121-33 et L. 3121-36 ».

Il faut ici retenir l'absence de disposition exigeant que le contrat de travail contienne la mention « forfait » ou « convention de forfait ».

- Le code de procédure civile

Il convient également de se souvenir des dispositions de l'article 12 du code de procédure civile, qui définit ce que le juge doit faire en cas de contentieux, ce qu'on appelle l'office du juge.

« Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables.

Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée.

Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat.

Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé ».

En cas de contentieux, l'important n'est donc pas le nom que les parties ont utilisé – ou pas – pour qualifier leurs relations mais ce qu'elles ont fait.

2.1.2. La jurisprudence

C'est donc la jurisprudence qui a été amenée à définir la notion de convention de forfait. Plusieurs arrêts définissent clairement la position de la cour de cassation à ce sujet. J'en retiens ici trois qui sont caractéristiques.

- Cassation sociale, arrêt n°07-45399 du 1^{er} juillet 2009, Moulinex
- Cassation sociale, arrêt n°09-66979 du 1^{er} mars 2011, Créations et Parfums
- Cassation sociale, arrêt n°14-18195 du 6 juillet 2016, Forte Pharma

Dans les deux premiers arrêts, la cour de cassation énonce le principe suivant, exactement dans les mêmes termes :

« Mais attendu que la rémunération forfaitaire s'entend d'une rémunération convenue entre les parties au contrat de travail soit pour un nombre déterminé d'heures supplémentaires, soit pour une durée de

travail supérieure à la durée légale, et que, même si le principe en est posé par la convention collective, la fixation d'un forfait ne peut résulter que d'un accord particulier entre l'employeur et le salarié ».

Il résulte de ces deux premiers arrêts qu'une rémunération forfaitaire, donc une convention de forfait, résulte de la définition d'un nombre d'heures de travail déterminé ou d'une durée du travail supérieure à la durée légale. Nulle part il n'est exigé que les mots convention de forfait ou forfait apparaissent dans le contrat.

Le troisième arrêt, 6 juillet 2016, est aussi clair.

« Attendu que pour faire droit à cette demande, l'arrêt, après avoir constaté que le contrat de travail stipulait que la salariée percevait " une rémunération brute se calculant de la façon suivante : une rémunération fixe forfaitaire d'un montant mensuel de 1 524 euros brut pour 169 heures ", et relevé qu'il résultait de ces stipulations que le temps de travail de l'intéressée excédait chaque semaine la durée légale de 35 heures puisqu'elle effectuait 39 heures, soit 4 heures supplémentaires par semaine, retient qu'en l'absence de ventilation précise entre le nombre d'heures supplémentaires et le taux de majoration afférent et le nombre d'heures correspondant à la durée légale et le taux de base afférent, la convention de forfait revendiquée n'est pas caractérisée ;

Qu'en se déterminant ainsi, alors que la fixation par le contrat de travail d'une rémunération mensuelle fixe forfaitaire pour 169 heures caractérise une convention de forfait de rémunération incluant un nombre déterminé d'heures supplémentaires, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations ».

Dans cette affaire, la cour d'appel avait refusé la notion de convention de forfait au motif que le contrat définissait la durée du travail sur une base de 169 heures sans ventiler les heures normales et les heures supplémentaires. La cour de cassation casse au motif que la convention de forfait doit simplement inclure un nombre déterminé d'heures supplémentaires.

De ces décisions de justice dont la valeur n'est pas remise en cause, on peut conclure que :

- Les termes utilisés par les parties ne suffisent pas à qualifier une convention de convention de forfait ;
- Il faut que les parties aient fixé un nombre d'heures de travail ;
- Peu important la distinction des heures normales et supplémentaires.

Conclusion : un contrat de travail ainsi rédigé : « M. <> sera rémunéré sur la base d'une durée hebdomadaire de 39 heures, ou mensuelle de 169 heures » constitue une convention de forfait au sens des articles L.3121-56 et 57 du code du travail.

2.1.3. Le ministère du travail

Le site internet du ministère du travail adopte la même position : « L'ordonnance n°2020-460 du 22 avril 2020 permet de prendre en compte, dans les heures non travaillées indemnisables, les heures de travail au-delà de la durée légale ou collective du travail, dès lors qu'elles sont prévues par une stipulation conventionnelle ou une stipulation contractuelle conclue avant la date d'entrée en vigueur de la présente ordonnance ».

Il se réfère aux dispositions des articles L.3121-56 et 57 du code du travail sans aucunement exiger que les mots forfait ou convention de forfait n'apparaissent dans les contrats de travail.

2.2. Combien d'heures faut-il indemniser ?

En présence d'une convention de forfait au sens de l'article L.3121-56 du code du travail, toutes les heures perdues en deçà de la durée contractuelle doivent être indemnisées.

- Ainsi, si la durée du travail est répartie à raison de 8 heures par jour du lundi au jeudi et 7 heures le vendredi dont 3 heures le vendredi après-midi et que le chômage partiel prend la forme d'une absence de travail le vendredi après-midi, la durée du travail est réduite de 39 à 36 heures. En principe, il ne devrait pas y avoir d'indemnisation puisqu'on reste au-dessus de la durée légale du travail de 35 heures mais les dispositions de l'ordonnance du 22 avril ouvrent cette possibilité. L'employeur doit donc payer au salarié l'indemnité d'activité partielle à hauteur de 3 heures.
- Ainsi, si le travail est arrêté pour une semaine complète, l'employeur doit indemniser 39 heures.

- Ainsi, si le travail est arrêté pour un mois complet, l'employeur doit indemniser 169 heures.
- Si le salarié a arrêté de travailler le 17 mars 2020 au soir, il a perdu au titre de la semaine 12 (16 au 22 mars) $8 + 8 + 7 = 23$ heures, puis 39 heures au titre de la semaine 13, puis 16 heures au titre de la semaine 14 (les 30 et 31 mars). Il a donc perdu en mars 2020, $23 + 39 + 16 = 78$ heures. L'employeur doit indemniser ces 78 heures et en obtenir le remboursement par l'état.
 - Attention : le nombre d'heures à indemniser doit être distingué de la déduction de salaire à effectuer au titre de l'absence. Cette déduction de salaire doit être calculée comme d'habitude (par exemple en cas d'absence maladie) soit au réel (seule méthode validée par la jurisprudence), soit de manière forfaitaire si l'entreprise utilise d'habitude cette méthode.
- Pour le mois d'avril, entièrement chôme, l'employeur doit indemniser 169 heures.

2.3. Quel taux horaire d'indemnisation ?

L'activité partielle est indemnisée par l'employeur à hauteur de 70 % du salaire. Cette indemnisation est calculée pour chaque heure perdue sur la base du taux horaire du salarié.

Quel est ce taux horaire en cas d'heures supplémentaires structurelles ? Le code du travail ne répond pas précisément sur ce point. L'ordonnance du 22 avril 2020 ne tranche pas cette question. La jurisprudence est muette. Mais l'administration a enfin fini par se prononcer officiellement le 29 avril.

Sans reprendre le détail des calculs qu'on trouvera dans la pièce jointe, pour une durée du travail prévue par le contrat de travail de 169 heures par mois, il convient de diviser le salaire global, comprenant les 151,67 heures normales, les 17,33 heures supplémentaires avec leur majoration, plus les éventuels autres éléments du salaire, par 169.

- Durée du travail : 169 heures
- Salaire de base : 12 €
- Salaire mensuel : $(151,67 \times 12) + (17,33 \times 12 \times 1,25) = 2\,079,99$ €
- Taux horaire d'activité partielle : $2\,079,99 / 169 = 12,31 \times 70 \% = 8,62$ €
- Indemnité mensuelle : $8,62 \times 169 = 1\,456,78$ €

2.4. La date d'application

L'administration applique ces dispositions de manière rétroactive depuis **le 12 mars 2020**.