



# Prime exceptionnelle de pouvoir d'achat : actualisation de l'instruction interministérielle

05  
05  
20

S  
P  
—  
Picard  
avocats

La tant attendue instruction interministérielle n° DSS/5B/2020/59 du 16 avril 2020 relative à la prime exceptionnelle de pouvoir d'achat, portant mise à jour du « questions-réponses » annexé à l'instruction du 15 janvier 2020, vient d'être [diffusée ce jour sur le site de la sécurité sociale](#) !

En synthèse, la nouvelle instruction reprend les [précisions qui avaient été apportées le 17 avril 2020](#) sur le site internet du Ministère du Travail. Vous trouverez, ci-après, l'analyse des principales modifications opérées par rapport à l'instruction du 15 janvier 2020.

## 1. [Les conditions de travail liées au Covid-19 : critère de modulation et/ou d'exclusion ?](#)

Dès les premières lignes, l'instruction précise qu' « afin de prendre en compte plus particulièrement les salariés ayant permis le maintien de l'activité pendant l'épidémie de Covid-19, l'ordonnance prévoit un nouveau critère possible de modulation du montant de la prime permettant de tenir compte des conditions de travail liées à l'épidémie. »

À ce stade, la lettre de l'instruction est donc parfaitement conforme aux termes de l'ordonnance n° 2020-385 du 1er avril 2020. Néanmoins, au sein du « questions-réponses » annexé, l'instruction reprend dans des termes strictement identiques les précisions apportées par le Ministère du travail le 17 avril :

« 1.5 La prime peut-elle être versée à une partie seulement des salariés ? OUI,

- Soit par l'exclusion d'une partie des salariés dont la rémunération est supérieure à un plafond. (...)

- Soit à raison des conditions de travail liées à l'épidémie de Covid-19 (cf. points 2.3 à 2.6 et 2.11)

(...) 2.6 Une entreprise peut-elle exclure du versement des salariés qui n'étaient pas présents pendant la période d'urgence sanitaire ?

*OUI. L'objectif du nouveau cas de modulation prévu par l'ordonnance 202-385 est de permettre de récompenser la possibilité de prendre en compte la présence effective du salarié, en excluant, par exemple, les salariés en télétravail.*

*(...) 2.11 La modulation en fonction des conditions de travail pendant la période d'urgence sanitaire peut-elle aboutir, pour certains salariés, à une prime exceptionnelle égale à zéro ?*

*OUI. La modulation du montant de la prime, en fonction des conditions de travail pendant la période d'urgence sanitaire, peut permettre le versement d'un montant compris entre 0 et 1000 euros, seuil porté à 2000 € en cas de mise en oeuvre d'un accord d'intéressement. »*

Or et comme nous l'évoquons dans notre [flash info du 18 avril](#), l'[article 7 de la LFSS pour 2020](#) précise que la prime « *peut être attribuée par l'employeur à l'ensemble des salariés et des agents qu'il emploie ou à ceux dont la rémunération est inférieure à un plafond* » (I-C).

À la stricte lecture de la loi, le seul critère permettant d'exclure des salariés du bénéfice de la prime est donc celui du plafond de rémunération. Dans le même sens, au sein des dispositions légales, le critère des conditions de travail liées au Covid-19 figure seulement parmi les critères de modulation du montant de la prime, au même titre que le niveau de classification ou la durée de présence effective pendant l'année écoulée par exemple (II 2°).

Ainsi, l'instruction confirme l'interprétation particulièrement extensive du Ministère. Or, rappelons que cette interprétation est inopposable en cas de contentieux, ce que ne manque pas de rappeler l'instruction elle-même : « *Interprétation à retenir, sous réserve de l'appréciation souveraine du juge (...)* ».

D'ailleurs, très récemment, la Cour de cassation a rappelé qu'une « *convention collective, si elle manque de clarté, doit être interprétée comme la loi, c'est à dire d'abord en respectant la lettre du texte, ensuite en tenant compte d'un éventuel texte législatif ayant le même objet et, en dernier recours, en utilisant la méthode téléologique consistant à rechercher l'objectif social du texte* »<sup>1</sup>.

Si « l'objectif social » de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> avril était effectivement de permettre aux employeurs de récompenser les salariés ayant maintenu une activité durant le contexte épidémique, la lettre du texte fait preuve de bien moins de souplesse.



Selon nous, il convient donc de rester vigilants face à une telle interprétation. En effet, en cas de litige, des salariés ayant été exclus du bénéfice de la prime pourraient être susceptibles de solliciter, par voie contentieuse, le versement de celle-ci. **À notre sens, il demeure préconisé, quels que soient les critères de modulation retenus, de prévoir un montant « plancher » de versement de la PEPA, même relativement faible.**

En revanche, lorsqu'une PEPA a déjà été versée avant le 1<sup>er</sup> avril, il serait possible, comme l'indique l'instruction (5.4), de procéder à un second versement sur le fondement des conditions de travail liées au Covid-19, en excluant les salariés non concernés par celui-ci.

<sup>1</sup> Cass. soc., 25 mars 2020, n° 18-12.467

En effet, en telle hypothèse, il ne s'agit que d'une prime unique versée en deux échéances. Tous les salariés éligibles ayant d'ores et déjà bénéficié d'un premier versement, ils ne sont pas exclus purement et simplement du dispositif, quand bien même le second versement ne ferait qu'application du critère de modulation « Covid ».

## 2. Le cadre temporel du critère « Covid »

L'instruction (2.5) précise que « *La prime peut être modulée pour l'ensemble des salariés ayant continué leur activité durant la période d'urgence sanitaire (qui a débuté le 12 mars 2020) (...)* ».

Or, l'état d'urgence sanitaire n'a pas débuté le jeudi 12 mars (qui correspond en réalité à la date fixée pour la période dite « protégée », notamment pour les délais de procédure) mais le mardi 24 mars<sup>2</sup>, et cela jusqu'au 24 mai 2020<sup>3</sup>. D'ailleurs, le confinement n'a débuté que le 17 mars. Au 12 mars, il est donc discutable de considérer que les conditions de travail des salariés étaient impactées par le Covid-19.



Il est donc **préconisé**, pour l'appréciation du critère « Covid » :

- soit de retenir une date de début au **24 mars**, en se référant expressément à la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 ;
- soit de retenir la date du **12 mars**, en se référant aux précisions données par l'instruction interministérielle n° DSS/5B/2020/59 du 16 avril 2020.

## 3. Les congés liés à la parentalité

L'instruction précise (2.4) que pour le seul critère afférent aux conditions de travail liées à l'épidémie de Covid-19, les salariés absents pour des congés liés à la parentalité peuvent être exclus de la prime :

*« (...) pour que la prime soit éligible à l'exonération, il n'est pas autorisé d'en réduire le montant à raison des (...) congés au titre de la maternité, de la paternité et de l'accueil ou de l'adoption d'un enfant, ainsi que des congés d'éducation parentale, de présence parentale. La prime des salariés absents du fait de l'un de ces congés ne peut être réduite à raison de cette absence, sauf dans les cas où la prime est modulée en application des points 2.5, 2.6 et 2.11. »*

Néanmoins, les dispositions légales telles que modifiées par l'ordonnance du 1<sup>er</sup> avril continuent de préciser :

*« 2° Son montant peut être modulé selon les bénéficiaires en fonction de la rémunération, du niveau de classification, des conditions de travail liées à l'épidémie de covid-19, de la durée de présence effective*

<sup>2</sup> Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19

<sup>3</sup> Cette date devrait être prorogée au 24 juillet 2020, selon le projet de loi actuellement soumis au Parlement

pendant l'année écoulée ou la durée de travail prévue au contrat de travail mentionnée à la dernière phrase du deuxième alinéa du III de l'article L. 241-13 du code de la sécurité sociale. Les congés prévus au chapitre V du titre II du livre II de la première partie du code du travail sont assimilés à des périodes de présence effective »

Or, l'instruction évoque elle-même, s'agissant du critère « Covid », la notion de « présence effective » :

« L'objectif du nouveau cas de modulation prévu par l'ordonnance 202-385 est de permettre de récompenser la possibilité de [coquille] prendre en compte la présence effective du salarié, en excluant, par exemple, les salariés en télétravail. »

Là encore, il sera rappelé que la lettre des dispositions légales prime tant sur la volonté de ses rédacteurs que sur l'interprétation qui en est faite par l'Administration.

Néanmoins, des arguments pourraient tout de même défendre la possibilité d'exclure les salariés en congé lié à la parentalité du « critère Covid » :

- Le texte indique que les congés liés à la parentalité « sont assimilés à des périodes de présence effective » pour le bénéfice de la prime. Or :
  - le critère de conditions de travail liées à l'épidémie de covid-19, telle que rédigé dans la loi, ne se réfère pas réellement à une condition de présence effective (sinon, le législateur aurait pu préciser une présence effective « durant l'épidémie de covid-19 »), mais vise seulement des conditions de travail particulières ;
  - les salariés absents, quand bien même leur absence serait assimilée à du temps de présence effective, n'ont par définition pas pu voir leurs conditions de travail impactées par l'épidémie, contrairement aux salariés en télétravail ou présents sur le terrain ;
- Les salariés absents ne sauraient invoquer une quelconque discrimination dès lors que toutes les absences sont traitées de la même manière<sup>4</sup>.



Ainsi, le risque principal serait non celui – mesuré – de la discrimination mais davantage celui d'un rappel de prime sollicité par les salariés en congés liés à la parentalité, suivant les termes de l'article 7 de la LFSS. **Là encore, le fait d'allouer un montant « plancher » à tous les salariés, même faible, permettrait d'amoinrir les risques contentieux.**

<sup>4</sup> Par exemple : Cass. soc., 17 octobre 2007, n° 06-40.311

#### 4. Si une PEPA a déjà été versée et qu'un complément est envisagé, peut-on subordonner le versement d'un complément de prime à une « rallonge » des financeurs ?



Selon nous, rien ne s'oppose à ce qu'il soit précisé, dans l'avenant à l'accord collectif ou dans la DUE instituant le complément de prime, que son versement soit subordonné à l'acceptation expresse de l'autorité de tutelle d'une prise en charge budgétaire supplémentaire.

En tel cas, l'acte est conclu sous condition suspensive d'un accord exprès des financeurs. À défaut d'avoir obtenu un tel aval écrit dans un délai fixé par l'avenant ou la DUE, ce dernier ou cette dernière serait caduc.



**À noter :** l'instruction indique que « *Les entreprises ayant déjà versé une prime exceptionnelle sur la base de l'article 7 de la LFSS pour 2020 pourront compléter leur versement initial par un avenant à la convention ou à la DUE.* » À notre sens, il s'agirait d'une **seconde DUE « complémentaire » à la première et non d'un avenant à celle-ci**. En effet, la jurisprudence se montre réfractaire, en dehors de toute dénonciation régulière, à la possibilité de modifier une décision unilatérale, quelle qu'elle soit.

Enfin, l'instruction rappelle une **distinction** qu'il convient d'opérer :

- Si une PEPA a **déjà été versée** sur la base de l'article 7 de la LFSS pour 2020 dans sa **version antérieure au 1er avril 2020**, la structure pourra envisager un **versement complémentaire sur le seul fondement du critère des conditions de travail liées à l'épidémie de Covid-19** ;
- Si l'accord ou la DUE instituant la PEPA est **conclu à partir du 1<sup>er</sup> avril 2020**, il est possible de prévoir plusieurs échéances de versement mais **les critères d'attribution doivent être strictement identiques pour chacune des échéances**.



#### Question fréquente : quelle valeur juridique pour cette instruction interministérielle ?

S'il convient d'adopter la plus grande prudence vis-à-vis des précisions diffusées sur les sites internet ministériels ou de l'URSSAF, l'instruction du 15 janvier 2020 a été publiée le 16 mars parmi la liste des documents opposables sur le [site du Ministère des Solidarités et de la Santé](#) ainsi qu'au [bulletin officiel de ce même Ministère](#). Cela rendait le texte opposable à l'Administration en cas de contrôle, même en l'absence de « double publication » sur le site « [circulaires.legifrance.gouv.fr](#) »<sup>5</sup>.

À ce jour, l'instruction n° DSS/5B/2020/59 du 16 avril 2020 n'a été publiée que sur le site internet de la sécurité sociale, qui est inopposable à l'Administration en cas de contrôle. Néanmoins, la publication « officielle » de l'instruction du 15 janvier a pris du temps (2 mois). Il devrait donc en être de même pour celle du 16 avril, dont la publication est attendue afin de sécuriser, au moins vis-à-vis de l'URSSAF, les interprétations administratives.

<sup>5</sup> CRPA, art. L.312-3 et D.312-11

-

**Picard avocats**

31, rue du Faubourg Poissonnière - 75009 PARIS

[contact@picard-avocats.com](mailto:contact@picard-avocats.com)

01 84 25 14 70

[www.picard-avocats.com](http://www.picard-avocats.com)

-

*Ce document a une vocation d'information générale et ne saurait constituer  
une consultation ou un avis juridique du Cabinet*

*Si vous ne souhaitez plus recevoir d'informations de notre part, envoyez-nous un email  
à l'adresse [contact@picard-avocats.com](mailto:contact@picard-avocats.com) en indiquant « DESINSCRIPTION »*

-