

06

20

# L'ESSentiel

Newsletter mensuelle dédiée au droit du travail



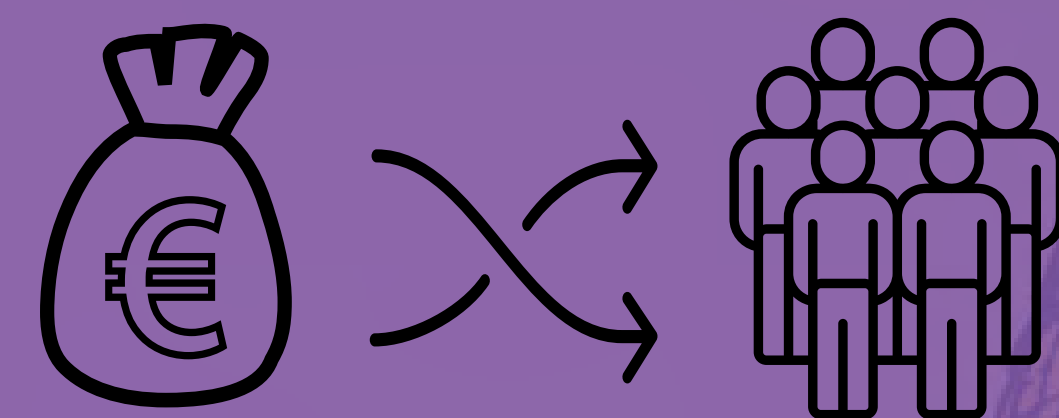
L'ESSentiel est un outil opérationnel de veille juridique en droit du travail, spécialement pensé pour les acteurs du secteur !



**Picard**  
avocats

Le droit du travail  
au service de l'économie  
sociale et solidaire





## Prime « Covid » dans les ESMS : le financement à l'épreuve de l'égalité de traitement

À ce jour, les textes permettant de connaître le futur cadre juridique de la prime Covid sont l'instruction du 5 juin 2020 (publication à venir) et son annexe n° 10, ainsi que l'amendement n° CF1487 au projet de loi de finances rectificative 3, présenté par le rapporteur général et adopté par la Commission des Finances le 23 juin.

Or, le cadre de versement de la prime dans les associations pluri-activités et gestionnaires d'établissements aux financements divers pose difficulté. En effet, nombre de structures se sont déjà engagées à verser de façon imminente la prime aux salariés de leurs établissements financés ou co-financés par l'ARS, pour lesquels le financement de la prime est assuré par l'instruction et l'annexe 10 précitées. Mais qu'en est-il des établissements exclusivement financés par le département (CD) ?

À la lecture de l'amendement, les ESMS financés par les CD sont également éligibles à la prime dès lors qu'ils entrent dans le champ d'application du texte, lequel n'opère aucune distinction quant à leur mode de financement. Or, **le fait de ne verser la prime qu'aux seuls salariés des établissements financés ou co-financés par l'ARS pose la question de l'égalité de traitement entre les salariés de l'Association.**

Pour mémoire, l'employeur doit assurer l'égalité salariale entre les salariés placés dans une **situation identique** : est-ce le cas des salariés des établissements financés par l'ARS et ceux des établissements financés par le CD ? Une réponse positive apparaît probable dès lors que la différence de situation ne résulte pas de considérations légales ou professionnelles mais purement budgétaires. Une différence de traitement serait néanmoins possible à condition de prouver qu'elle est justifiée par des **raisons objectives et pertinentes**, en dehors du seul mode de financement de l'établissement.

À date, les rédacteurs du texte ne semblent pas s'être saisis de cette problématique aussi budgétaire que juridique et sociale. Interpellé sur le financement et l'objectivité dans l'attribution de la prime pour les établissements financés par les CD, le rapporteur général a indiqué que « **l'objet de cet amendement n'est pas de rendre obligatoire le versement d'une prime mais de prévoir un dispositif d'exonérations fiscales et sociales** »...

Notons que la **mise en place de la prime par accord collectif plutôt que par décision unilatérale** permet de sécuriser davantage son versement, les différences de traitement opérées par accord d'entreprise entre salariés appartenant à des établissements distincts étant - simplement - présumées justifiées (Cass. soc., 4 octobre 2017, n° 16-17.517).

Enfin, **le secteur de l'aide à domicile apparaît tout simplement oublié par le législateur** quant au versement d'une prime exonérée, laissant la main au bon vouloir budgétaire des départements... À suivre.

## Agréments et extensions

**Aide à domicile.** En mars, les fédérations patronales et les syndicats de l'USB ont conclu un accord prévoyant une revalorisation de 16 % de la masse salariale. L'agrément de cet avenant par la DGCS est toujours attendu et, corrélativement, le financement des 600 millions de revalorisation salariale.

**Acteurs du lien social et familial.** Sont étendues, et donc rendues obligatoires pour tous les employeurs compris dans le champ d'application de la CCN du 4 juin 1983, les stipulations de l'avenant n° 01-20 du 17 janvier 2020 portant la valeur du point à 55 euros au 1er janvier 2020 (arrêté du 12 juin 2020, J.O. 26 juin).





## Nouveautés en matière d'activité partielle (AP)

Publié au J.O. du 28 juin, le **décret n° 2020-794** précise **notamment** que l'individualisation de l'AP est possible jusqu'au 31 décembre 2020. Aussi et sauf fraude, l'administration ne récupérera pas les sommes indûment perçues au titre des demandes d'indemnisation relatives au mois de mars et avril 2020, lorsque l'employeur a intégré la rémunération d'heures supplémentaires (autres que les HS structurelles indemnissables) dans la base de calcul des indemnités versées. **Attention** : cette disposition ne vise pas les employeurs qui auraient versé des indemnités d'AP pour des HS non indemnissables (car non structurelles).

### La loi du 17 juin 2020 prévoit notamment :

- La possibilité d'autoriser par accord collectif la **monétisation** ou le **don de jours de repos ou de congés** pour compenser une perte de rémunération liée à l'AP ;
- Le **maintien des garanties collectives** de protection sociale complémentaire durant l'AP et la prise en compte de l'AP pour les droits à la retraite de base et complémentaire ;
- La création de « **l'activité réduite pour le maintien de l'emploi** » (ARME) pour les entreprises confrontées à une réduction d'activité durable qui n'est pas de nature à compromettre leur pérennité. Le dispositif est mis en place par accord collectif (d'établissement, d'entreprise, de groupe ou de branche étendu) validé par l'Administration ou par un document unilatéral homologué sur la base d'un accord collectif étendu.

### Annonces gouvernementales quant aux prochaines évolutions

- Le dispositif **exceptionnel** d'AP mis en place pour faire face à la crise sanitaire devrait cesser à la fin du mois de septembre ;
- L'AP de **droit commun** va connaître des changements, dont notamment : engagement de l'employeur à maintenir les salariés en emploi pendant l'AP ; indemnité versée au salarié correspondant à 100 % du salaire net au niveau du Smic et 72 % à partir de 1,3 Smic, plafonnée à 4,5 Smic ; baisse à 60 % de la prise en charge des indemnités versées par l'employeur (plancher à 90 % du Smic) ; durée de l'autorisation de mise en AP réduite à 3 mois renouvelables dans une limite globale de 6 mois ; avant le renouvellement, chaque salarié concerné devrait au préalable avoir pris 5 jours de congés ; l'employeur devrait présenter trimestriellement au CSE un compte-rendu de la mise en œuvre du dispositif.

## CDD et prêt de main d'oeuvre à but non lucratif

**CDD.** Jusqu'au 31 décembre 2020, les conditions de recours au CDD et à l'intérim peuvent être assouplies par **accord d'entreprise** (nombre de renouvellements et délais de carence), outre la possibilité d'instituer par voie conventionnelle de nouveaux cas de recours à l'intérim. Par ailleurs, la durée maximale des contrats d'insertion dans l'emploi est portée à 36 mois, renouvellement compris et sans préjudice des dérogations existantes.

**Prêt de personnel.** Jusqu'au 31 décembre 2020 :

- **Une seule convention de mise à disposition** pour plusieurs salariés peut être signée ;
- L'avenant au contrat de travail peut **ne pas comporter les horaires d'exécution du travail** (il précise dans ce cas le volume hebdomadaire des heures de mise à disposition) ;
- **Le CSE peut être consulté a posteriori**, au maximum un mois à compter de la signature de la convention et **une seule fois** pour l'ensemble des conventions signées.





## Valeur juridique de l'interprétation donnée par une commission paritaire conventionnelle

Alors qu'une salariée d'un centre médico-chirurgical appliquant la CCN de l'hospitalisation privée du 18 avril 2002 contestait son coefficient, la Cour de cassation relève que c'est à bon droit qu'après « avoir constaté l'ambiguïté du texte (...), le conseil de prud'hommes, s'appuyant sur l'analyse suivie dans l'avis par la commission nationale paritaire d'interprétation du 13 avril 2013, **sans lui conférer un effet obligatoire** » a débouté la salariée. En effet, « si l'interprétation donnée par une commission paritaire conventionnelle du texte d'une convention collective n'a pas de portée obligatoire pour le juge, ce dernier peut, après analyse du texte, faire sienne l'interprétation de la commission » (Cass. soc., 27 mai 2020, n° 19-10.886). La Cour confirme donc sa jurisprudence selon laquelle **les avis de ces commissions ne lient pas le juge dès lors qu'ils n'ont pas valeur d'avenant interprétatif à l'accord collectif en cause** (Cass. soc., 16 mars 2011, n° 10-10.634).

La question de l'acquisition des congés trimestriels (CT) illustre ce principe au sein de la CCN du 15 mars 1966. Selon un avis de la CNPC de 1973, les périodes d'arrêt maladie (AM) ne sauraient ouvrir droit à l'acquisition des CT. Cette interprétation, considérée comme conforme à « l'esprit » des rédacteurs du texte, n'apparaît pas conforme à l'interprétation littérale des annexes de la CCN 66, qui conduit à assimiler sous certaines conditions l'AM à du temps de travail effectif pour l'acquisition des CT. Or, **un tel avis ne saurait s'imposer à un juge, sachant que l'application d'une CCN selon la lettre du texte prime sur son objectif social initial** (Cass. soc., 25 mars 2020, 18-12.467).

## Licenciement pour inaptitude et impossibilité de reclassement

D'abord, la Cour rappelle que n'est pas un motif précis de licenciement l'inaptitude physique sans **mention de l'impossibilité de reclassement** (Cass., soc., 3 juin 2020, n°18-25.757).

Ensuite, s'agissant d'un **travailleur handicapé déclaré inapte**, la Cour précise que l'employeur doit rechercher loyalement un reclassement, mais également **prendre des mesures appropriées pour permettre au salarié de conserver son emploi** dès lors que les charges afférentes ne soient pas disproportionnées, compte tenu de l'aide financière légale qui peut compenser en tout ou partie ces dépenses. **À défaut, le licenciement est nul car constituant une discrimination à raison d'un handicap** (Cass., soc., 3 juin 2020, n°18-21.993).

## Barèmes Macron : la saga continue !

Aux termes d'un arrêt à la motivation particulièrement étoffée, la Cour d'appel de Grenoble conclut qu'il « ne peut être soutenu que l'établissement d'un barème et le plafonnement des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse est contraire, **par principe**, au droit à une indemnité adéquate garantie par la Charte sociale européenne et la Convention n° 158 sur le licenciement de l'OIT. Le caractère adéquat de la réparation allouée au salarié devant être apprécié de manière concrète en considération de son préjudice et **pourra ainsi conduire, au cas par cas, à déroger au principe du plafonnement des indemnités de licenciement** » (CA Grenoble, 2 juin 2020, n° 17/04929).

Dans une autre affaire, la Cour d'appel de Versailles a jugé qu'« au vu de la situation de la salariée, (...) l'application de l'article L. 1235-3 (...) **n'entraîne pas de conséquences manifestement excessives qui justifieraient qu'elle soit écartée** » (CA Versailles, 18 juin 2020, n° 19/02785) : dans le cas contraire, la Cour aurait-elle alors écarté le barème ?

Une certitude : ces arrêts illustrent la nécessité qu'un arrêt soit rendu sur le sujet par la Cour de cassation, son avis du 17 juillet 2019 ne liant pas les juges du fond !





La **troisième phase de déconfinement** s'accompagne d'une nouvelle version du protocole sanitaire destiné aux entreprises, rendue public le 24 juin. Parmi les nouveautés, « **le télétravail n'est plus la norme** », même s'il « **reste une solution à privilégier** dans le cadre d'un retour progressif à une activité présentielle, y compris alternée ».

### Mise en place et continuité du télétravail

Depuis le 30 mars 2018, il est possible de recourir au télétravail par accord collectif ou, à défaut, via une charte élaborée par l'employeur après avis du CSE s'il existe. En l'absence de tels documents, un écrit entre le salarié et l'employeur suffit (art. L.1222-9 du Code du travail).

**En cas de circonstances exceptionnelles, notamment de menace d'épidémie, l'employeur peut imposer le télétravail sans l'accord des salariés** (art. L.1222-11 du Code du travail), aucun formalisme n'étant exigé, sauf pour les salariés protégés dont l'accord devrait être requis au titre du changement des conditions de travail. À ce jour, le contexte épidémique n'étant pas terminé, tout comme la période d'urgence sanitaire dont l'échéance est fixée au 10 juillet, le télétravail peut toujours être imposé. Néanmoins, **si ce dispositif tend à se pérenniser dans la structure ou à tout le moins être prolongé à plus long terme, la mise en place d'un accord collectif ou d'une charte devrait apparaître nécessaire.**

### À ne pas oublier : la prise en compte du télétravail dans le DUERP



L'actualisation des risques liés à l'épidémie au sein du DUERP est indispensable, cette carence étant au cœur des ordonnances de référé ayant récemment emporté des condamnations d'employeurs. Dans ce cadre, **il ne faut surtout pas oublier les risques afférents au télétravail, en particulier les risques psycho-sociaux liés à l'isolement.**

### Indemnité d'occupation, frais... Quelle indemnisation pour le salarié en télétravail ?

Il y a **deux « indemnisations » à bien distinguer** : l'indemnité d'occupation du domicile et la prise en charge des frais liés au télétravail, dont le versement, dans le cadre du contexte épidémique, soulève un débat juridique qui ne manquera pas d'alimenter des contentieux.

L'**indemnité d'occupation** doit en principe être versée au salarié dès lors qu'un local professionnel n'est pas mis effectivement à sa disposition ou que le salarié accepte la demande de l'employeur d'effectuer tout ou partie de son travail à domicile. Dans le contexte épidémique, le travail à domicile n'est pas un choix du salarié et, à ce titre, il pourrait être soutenu que l'indemnité d'occupation du domicile est due. Néanmoins, d'autres arguments peuvent plaider en sens inverse : bien qu'un « local » soit théoriquement mis à disposition des salariés (lieu de travail habituel), l'occupation du domicile a été contrainte non par l'employeur, mais par les circonstances exceptionnelles (confinement/mesures sanitaires, qui ont initialement une origine légale/réglementaire).

S'agissant des **frais liés au télétravail**, l'ordonnance 2017-138 du 22 septembre 2017 a supprimé dans la loi l'obligation pour l'employeur de prendre en charge les coûts découlant directement de l'exercice du télétravail. Néanmoins, une bonne partie de la doctrine se positionne sur un maintien de la prise en charge de ces coûts, sur le fondement du principe jurisprudentiel selon lequel les frais professionnels engagés par le salarié doivent être supportés par l'employeur. Rappelons que l'ANI sur le télétravail signé par la CPME prévoit l'obligation de prise en charge des coûts liés au télétravail... Or, les principales fédérations patronales du secteur ont récemment adhéré à la CPME. Des arguments juridiques pourraient néanmoins permettre de contrer l'application de ses dispositions.

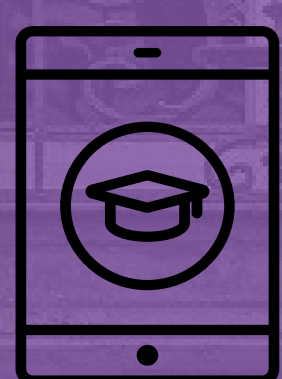


### Webinaires



Le 6 juillet, le Cabinet participera au **webinaire de l'URIOPSS Île-de-France** sur les primes Covid et PEPA, le télétravail et les dernières ordonnances. Le 7 juillet, Stéphane Picard interviendra auprès des conseillers prud'homaux UDES/FEHAP aux côtés de Serge Guyot et Yves Piot sur le thème du **contentieux prud'homal face au Covid-19**.

### Formations



En juillet, Stéphane Picard animera une formation pour les adhérents du syndicat employeur **ELISFA** sur la **gestion pratique du CSE**.

### Publications



À lire dans le magazine *Direction[s]* n° 189 de septembre 2020, un article de **François Legras** sur le **télétravail** dans le cadre du **contexte sanitaire**.

### Vie du Cabinet



Dès juillet, le Cabinet aura le plaisir d'accueillir **Imène ABADA** pour un stage estival avant son entrée en Master 2 !



#### PICARD AVOCATS

31, rue du Faubourg Poissonnière  
75009 - PARIS  
01.84.25.14.70  
[contact@picard-avocats.com](mailto:contact@picard-avocats.com)

