



Picard
avocats



WEBINAIRE EXPERT SPÉCIAL COVID-19

**ACTUALITÉS DU DROIT SOCIAL & CRISE SANITAIRE : PRIMES
COVID ET PEPA, TÉLÉTRAVAIL, DERNIÈRES ORDONNANCES**

6 JUILLET 2020

Plan de l'intervention

1. Prime ESMS et prime exceptionnelle de pouvoir d'achat

- Rappel du cadre juridique et du calendrier
- Les principales différences
- Quelle articulation entre les deux primes ?

2. Le télétravail à l'heure du déconfinement

- Rappel du cadre juridique
- Télétravail et analyse des risques
- Indemnisation du télétravail

3. Dernières actualités

- Activité partielle dérogatoire pour garde d'enfant et personne vulnérable : jusqu'à quand ?
- La reconnaissance du Covid-19 comme maladie professionnelle

Résultats des sondages

Prime ESMS & PEPA : cadre juridique et calendrier

Prime exceptionnelle de pouvoir d'achat

Cette prime a été renouvelée en 2020 par **l'article 7 de la loi de financement de la sécurité sociale du 24 décembre 2019**, initialement pour un versement avant le 30 juin 2020. Bon nombre d'organismes gestionnaires ont ainsi versé cette prime au cours du premier trimestre 2020, soit peu de temps avant le « dur » de la crise sanitaire et du confinement.

Compte tenu du contexte épidémique, le dispositif a évolué pour permettre d'être versé au plus grand nombre, en particulier pour permettre de récompenser les salariés ayant fait face à des conditions de travail si particulières. C'est ainsi que par deux ordonnances des 1er avril et 22 avril 2020, la PEPA a été revue à plusieurs niveaux : son montant a été porté sans accord d'intéressement à **2.000 euros maximum pour toutes les associations et fondations reconnues d'utilité publique mais aussi – c'est la « nouveauté » – d'intérêt général**, ce montant peut désormais être **modulé en fonction des conditions de travail liées au Covid-19** et la date limite de versement a été étendue au **31 août 2020**.

Prime ESMS & PEPA : cadre juridique et calendrier

Prime exceptionnelle de pouvoir d'achat

En dernier lieu, des amendements à la troisième loi de finances rectificative ont été adoptés par l'Assemblée nationale pour **reporter cette date limite de versement au 31 décembre 2020**. Il conviendra bien sûr d'attendre la version définitive du texte, mais il apparaît peu probable que le Sénat s'oppose à un tel report.

Mis à part ce changement d'échéance, le dispositif de la PEPA est aujourd'hui fixé par la loi, précisé par une instruction du 16 avril dernier et ne devrait donc plus bouger. C'est ce qui lui apporte une certaine « sécurité » même s'il n'est pas sans faille juridique pour les employeurs.

Prime ESMS & PEPA : cadre juridique et calendrier

Prime Covid pour les ESMS

Officiellement annoncée par le Ministre des Solidarités en mai dernier pour un versement « dans les prochaines semaines », **les modalités définitives de mise en place et de financement de cette prime ne sont toujours pas connus.**

La prime a été officialisée par une instruction DGCS / DSS / CNSA du 5 juin 2020 relative aux orientations de l'exercice 2020 pour la campagne budgétaire des ESMS accueillant des personnes en situation de handicap et des personnes âgées, et plus précisément son annexe 10. Notons que si cette instruction a vocation à être publiée pour être opposable à l'Administration, elle ne l'est toujours pas à ce jour.

Comme le précise l'instruction elle-même : « ***Les conditions d'octroi de cette prime sont en cours d'élaboration.*** » Et pour cause : seul le législateur, au cas présent par le biais du 3ème projet de loi de finances rectificative, a compétence pour mettre en place une telle prime exonérée de charges sociales et d'impôt.

Prime ESMS & PEPA : cadre juridique et calendrier

Prime Covid pour les ESMS

En clair : cette instruction, comme son nom l'indique, n'a qu'une vocation budgétaire : elle vise à rendre opposable à l'ARS – puisque ne sont concernés par cette instruction que les ESMS financés ou cofinancés par l'Assurance maladie – le financement de la prime, et rien d'autre. **Il ne faut donc pas mélanger éligibilité à la prime, prévue par la loi, de son financement prévu par l'instruction pour les structures financées par l'ARS.**

Lors de sa diffusion, cette instruction et son annexe 10 ont été perçues comme fixant le cadre juridique de la prime, c'est-à-dire des conditions de mise en place, son montant, ses critères de versement, etc. Il a pu être annoncé que les modalités prévues par l'annexe 10 seraient transposées quasiment en l'état par la future loi de finances.

Les rédacteurs de l'instruction semblaient d'ailleurs eux-mêmes très sûrs du contenu du dispositif à paraître, invitant les organismes gestionnaires à se jeter dans le bain, l'annexe 10 prévoyant expressément que « *Les employeurs ont toutefois la possibilité de verser cette prime par anticipation, sans attendre la publication des textes* ».

Prime ESMS & PEPA : cadre juridique et calendrier

Prime Covid pour les ESMS

Inviter les structures qui sont, outre des gestionnaires, des employeurs soumis au Code du travail et à la jurisprudence, à verser une prime exonérée sans en connaître les modalités est tout à fait déraisonnable. Les risques de verser une prime exonérée sans en connaître le cadre juridique sont de plusieurs ordres.

- 
 En cas de non-respect, au final, des critères prévus par la loi, le risque premier est naturellement celui d'un **redressement de cotisations patronales sur les sommes versées**. Pour le salarié, il s'agit corrélativement d'une **récupération des cotisations salariales et de l'impôt sur le revenu non prélevé**.
- 
 Outre ce volet social et fiscal, le risque est également prud'homal puisque des salariés non bénéficiaires ou ayant bénéficié d'un montant moins important pourraient être fondés à en **solliciter le paiement intégral**, si les critères fixés par l'organismes gestionnaires se révèlent finalement contraires ou pas tout à fait conformes aux règles prévues par la loi.

Prime ESMS & PEPA : cadre juridique et calendrier

Prime Covid pour les ESMS

Seule la connaissance du dispositif légal final permet de contourner ces risques, étant rappelé que si contentieux il y a, c'est potentiellement dans plusieurs mois voire plusieurs années, date à laquelle la période que nous avons connue sera loin et ne conduira donc pas à l'indulgence.

Plusieurs amendements ont été adoptés par l'Assemblée Nationale concernant la prime ESMS. Si le texte est susceptible de connaître encore des changements après son passage à venir devant le Sénat, sa lecture appelle plusieurs remarques.

Prime ESMS & PEPA : cadre juridique et calendrier

Prime Covid pour les ESMS

Projet de rédaction, tel que voté par l'Assemblée nationale :

« V.— La prime exceptionnelle versée, **en 2020**, par les établissements privés de santé et les établissements sociaux et médico-sociaux mentionnés à l'article L. 6161-1 du code de la santé publique, à l'article L. 265-1 du code de l'action sociale et des familles, aux I, à l'exclusion des 14° à 16° , et III de l'article L. 312-1 et aux articles L. 322-1, L. 345-2, L. 345-2-1, L. 349-2 et L. 421-2 du code précité, à l'article L. 365-4, au troisième alinéa de l'article L. 631-11 et à l'article L. 633-1 du code de la construction et de l'habitation, ainsi qu'à l'article L. 744-3 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, à ceux de leurs agents et salariés mobilisés dans les conditions mentionnées au premier alinéa du I ouvre droit, **dans la limite de 1 500 euros** par bénéficiaire, aux exonérations mentionnées à l'alinéa précité. Les dispositions du second alinéa du I, et du IV lui sont applicables.

Les conditions d'attribution et de versement de la prime exceptionnelle mentionnée au premier alinéa font l'objet d'un accord conclu selon les modalités énumérées au I de l'article L. 3312-5 du code du travail **ou d'une décision unilatérale de l'employeur**. Par dérogation à l'article L. 314-6 du code de l'action sociale et des familles, les accords collectifs ou les décisions unilatérales de l'employeur conclus par les établissements privés non lucratifs sociaux et médico-sociaux mentionnés à ce même article **ne font pas l'objet d'un agrément** par le ministre compétent. En cas de décision unilatérale, **l'employeur en informe, avant le versement de la prime, le comité social et économique** mentionné à l'article L. 2311-2 du code du travail.

(...) II. - Les dispositions du présent article entrent en vigueur le **1er juin 2020**. »

Prime ESMS & PEPA : cadre juridique et calendrier

Prime Covid pour les ESMS

D'abord, et contrairement aux premières lectures faites de l'instruction du 5 juin, **le texte ne distingue absolument pas les structures éligibles selon leur mode de financement ARS / Département : dès lors que la structure entre dans le champ des articles visés par l'amendement, l'employeur peut verser la prime exonérée, indépendamment de la question de son financement.** Comme pour la PEPA.

Ensuite, et là encore contrairement aux premières annoncés, **le projet de loi ne fixe pas un montant différent selon la zone « verte » ou « rouge » du département dans lequel se trouve la structure :** le montant de la prime exonérée est fixé à 1.500 euros maximum, sans autre précision.

Enfin et surtout, **les conditions d'attribution de la prime sont laissées à la libre décision de l'organisme gestionnaire, qui devra les préciser par accord collectif ou DUE.** En l'état de sa rédaction et contrairement à l'instruction du 5 juin, le texte ne précise même pas que les critères prévus dans la fonction publique peuvent être repris à titre indicatif.

Prime ESMS & PEPA : cadre juridique et calendrier

Prime Covid pour les ESMS

Au final, on constate que le projet de loi ne reprend pas vraiment ou pas totalement les prévisions de l'annexe 10 à l'instruction, sur la base de laquelle pourtant bon nombre d'associations se sont d'ores et déjà engagées. C'est pourquoi nous ne pouvons que **conseiller d'attendre l'adoption définitive de la loi pour définir les modalités de versement de la prime au sein de votre structure, ce qui ne vous empêche pas d'ores et déjà d'anticiper ses modalités de financement.**

-  Pour les **structures financées ou cofinancées par l'ARS**, le principe est que l'Assurance Maladie financera à hauteur de 1.000 ou 1.500 euros, selon la zone géographique, comme précisé par l'instruction.
-  Pour les **structures non financées par l'ARS**, c'est actuellement du cas par cas au gré des financeurs et des fonds propres. Vous pouvez donc d'ores et déjà répondre à l'enquête menée par vos financeurs pour déterminer l'enveloppe budgétaire nécessaire... Le cas échéant en « visant large ».

Prime ESMS & PEPA : cadre juridique et calendrier

Prime Covid pour les ESMS

En termes de calendrier, le troisième projet de loi de finances commencera à être débattu devant le Sénat le 15 juillet prochain. Les conclusions de la commission mixte paritaire sur le projet de loi ou la nouvelle lecture sont prévues pour le 28 juillet.

En bref, **la version finale ne sera pas connue avant fin juillet / début août**, en espérant que le remaniement ministériel ne décale pas les travaux parlementaires (l'Assemblée nationale ayant actuellement suspendu ses travaux).

Prime ESMS & PEPA : les principales différences

Différence n° 1 : le champ d'application

Concernant le champ d'application « établissement », **la prime ESMS est plus restreinte que la PEPA qui s'applique sans distinguer de type de structure.**

La prime ESMS soulève d'ailleurs des difficultés s'agissant des établissements « support » que sont les sièges et directions territoriales. En effet, ces établissements ne sont pas des ESMS au sens des dispositions visées par l'amendement. Selon certaines ARS, le personnel des sièges pourrait être éligible, mais une différence pourrait intervenir selon que le siège soit autorisé ou non (ni l'amendement ni l'instruction ne prévoit de précisions à ce sujet).

En pratique, le risque juridique – outre la question du financement – n'est pas celui d'une invalidation de l'accord ou de la DUE, mais « seulement » celui d'un **redressement URSSAF** pour toutes les primes versées aux salariés de ces établissements « support » (si les charges sociales n'ont pas été précomptées) et un **rappel d'impôt sur le revenu** pour les salariés concernés (si l'impôt à la source n'a pas été prélevé).

Prime ESMS & PEPA : les principales différences

Différence n° 1 : le champ d'application

Concernant le **champ d'application « personnels »**, chaque prime a sa spécificité :

- 
Les travailleurs handicapés en ESAT sont inclus dans la PEPA (le prime peut leur être versée) mais – en l'état du texte – **exclus dans la prime ESMS** : attention pour la prime ESMS, les salariés d'ESAT sont inclus puisque l'ESAT fait partie des structures éligibles.
- 
 Ensuite, **les intérimaires sont inclus dans la PEPA mais exclus de la prime ESMS**.
- 
 Enfin, **pour la PEPA, le salarié doit obligatoirement être présent à la date de conclusion de la DUE, du dépôt accord ou du versement de la prime** (quand bien même le critère de modulation retenu est celui des conditions de travail liées au Covid-19, apprécié sur une période antérieure) alors qu'un tel critère n'est pas prévu pour la prime ESMS.

En pratique, cela signifie par exemple que pour la prime ESMS, des salariés ayant été en CDD sur la période de référence pourront en bénéficier même s'ils ne sont plus dans les effectifs à la date de versement de la prime. Pour la PEPA au contraire, ils ne pourront en bénéficier.

Prime ESMS & PEPA : les principales différences

Différence n° 2 : le montant

Le montant maximal pour bénéficier de l'exonération sociale et fiscale diffère selon les deux primes :

- **1.500 euros pour la prime ESMS ;**
- **2.000 euros pour la PEPA**, sans condition de conclusion préalable d'un accord d'intéressement dans les associations RUP ou RIG.

Attention, on constate qu'un **certain nombre d'idées reçues** circule sur le montant maximal de la prime ESMS.

Prime ESMS & PEPA : les principales différences

Différence n° 2 : le montant

Idée reçue n° 1 : le montant maximal de la prime serait différent selon le département d'implantation de l'établissement : 1.500 euros pour les ESMS en « zone rouge » et 1.000 euros pour les ESMS en « zone verte ».

Or, en l'état de la rédaction de l'amendement au projet de loi de finances rectificative, il est prévu que « *La prime exceptionnelle versée, en 2020, par les établissements privés de santé et les établissements sociaux et médico-sociaux mentionnés* » par cet article « *ouvre droit, dans la limite de 1 500 euros par bénéficiaire, aux exonérations (...)* ».

Il est vrai que l'amendement précise : « *la prime versée aux agents et salariés mobilisés dans les conditions mentionnées au premier alinéa du I* ». Or, le critère de zone départementale rouge ou verte est prévu par décret du 12 juin 2020, relatif à la prime versée dans les ESMS publics, pris en application du II – et non du I – de la loi du 25 avril. **Cela signifie qu'à ce jour, et bien sûr sous réserve d'une évolution du texte lors de son passage devant le Sénat, le critère géographique ne s'applique pas dans les ESMS privés.**

Prime ESMS & PEPA : les principales différences

Différence n° 2 : le montant

Idée reçue n° 1 : le montant maximal de la prime serait différent selon le département d'implantation de l'établissement : 1.500 euros pour les ESMS en « zone rouge » et 1.000 euros pour les ESMS en « zone verte ».


 Il est donc tout à fait possible de verser une prime de 1.500 euros en zone verte tout en bénéficiant de l'exonération sur la totalité de cette somme.

Se posera bien sûr la question du financement de ces 500 euros supplémentaires, mais c'est un autre sujet : l'ARS financera 1.000 euros et les 500 euros supplémentaires seront sur fonds propres mais bien exonérés.

Prime ESMS & PEPA : les principales différences

Différence n° 2 : le montant

Idée reçue n° 2 : la somme de 1.500 euros serait un montant fixe, à charge, comme le prévoit le second alinéa de l'amendement, de fixer par accord collectif ou DUE « *les conditions d'attribution et de versement de la prime* ».

Cette idée résulte des termes de l'annexe 10 à l'instruction du 5 juin, qui prévoient sans autre précision un montant de 1.500 euros dans les 40 départements les plus touchés par le Covid-19 et 1.000 pour les autres. Rappelons que cette instruction n'a qu'une vocation budgétaire : il s'agit donc du montant maximal de prise en charge par l'ARS, mais pas le montant maximal de la prime exonérée qui, lui, doit être prévu par la loi.

Or et comme précisé avant, le projet de loi vise « *la prime exceptionnelle versée, en 2020* » par les ESMS privés à leurs salariés « *ouvre droit, dans la limite de 1.500 euros par bénéficiaire, aux exonérations* ». Le projet de texte poursuit en indiquant que « *Les conditions d'attribution et de versement de la prime exceptionnelle mentionnée au premier alinéa du présent V font l'objet d'un accord* » ou d'une DUE.

À la lecture du projet de loi, il appartient donc à l'organisme de gestionnaire de fixer 1/ le montant de la prime et 2/ ses conditions d'attribution et de versement.

Prime ESMS & PEPA : les principales différences

Différence n° 3 : les critères d'abattement du montant de la prime

Sur ce point, la prime ESMS est plus flexible que pour la PEPA.

- 
 En effet, **les critères de modulation de la PEPA sont cette année limitatifs** contrairement à la PEPA première mouture : rémunération, niveau de classification, conditions de travail liées à l'épidémie de Covid-19, durée de présence effective pendant l'année écoulée ou durée contractuelle de travail.
- 
 Pour ce qui est de la prime ESMS, aucun critère n'est prévu par le projet de loi, contrairement à la fonction publique.
- 
 Par ailleurs, les absences liées à la parentalité sont assimilées par la loi à du temps de présence effective, ce qui n'est pas le cas pour la prime ESMS.

Prime ESMS & PEPA : les principales différences

Différence n° 4 : Date de versement

- 

Pour la PEPA, la date limite est actuellement fixée au **31 août 2020**. Néanmoins, des amendements ont été adoptés pour porter cette date au **31 décembre 2020** : il convient d'attendre le texte définitif mais il est très probable que ce report d'échéance ait lieu.
- 

Pour la prime ESMS, le projet de loi se contente de préciser qu'elle est « versée **en 2020** ». L'instruction du 5 juin 2020 invite à un versement « dans les meilleurs délais sur l'année 2020 »... Plus encore, l'annexe 10 incite au versement de la prime immédiat en indiquant que « Les employeurs ont toutefois la possibilité de verser cette prime par anticipation, sans attendre la publication des textes ».

Certes, le projet de loi de finances rectificative prévoit une entrée en vigueur rétroactive au 1er juin des dispositions relatives à la prime. **Néanmoins, il apparaît risqué de verser une prime sans en connaître le régime juridique** qui doit être déterminé par les parlementaires, et non par une instruction budgétaire administrative...

Prime ESMS & PEPA : les principales différences

Différence n° 5 : Agrément et budget

- 
Pour la PEPA, la procédure d'agrément doit être respectée pour les structures qui y sont assujetties. Aucun délai raccourci n'est prévu, contrairement aux accords collectifs conclus pendant l'état d'urgence sanitaire et dont l'objet est exclusivement de préciser les conditions d'organisation et de fonctionnement de l'établissement ou du service pour la durée de l'état d'urgence.
- 
Pour la prime ESMS, l'acte fondateur est dispensé d'agrément.

Prime ESMS & PEPA : quelle articulation entre ces primes ?

D'abord, **les deux primes sont cumulables**, sans impact sur leur caractère exonératoire de charges sociales et d'impôt. En théorie, il est donc possible de verser, en 2020, jusqu'à 3.500 euros exonérés par salarié via l'articulation des deux dispositifs.

Au-delà de ce montant que l'on pourrait qualifier d'utopique, **l'intérêt de cette « compatibilité » entre les deux primes peut être de rétablir une certaine inégalité entre les salariés d'une association pluriactivités.**

- Prenons l'exemple d'une association gérant plusieurs ESMS, un siège et des entreprises adaptées, dont aucun de ces établissements n'a totalement fermé pendant le contexte épidémique. Les EA et potentiellement le siège ne sont pas éligibles à la prime ESMS, alors même qu'ils ont maintenu leur activité.
- Dans le même sens, au sein même des ESMS gérés par l'Association, certains ont un financement assuré par l'Assurance Maladie pour le versement de la prime tandis que ceux financés par le Département n'ont aucune certitude, la prise en charge budgétaire étant disparate selon la collectivité territoriale concernée.

Prime ESMS & PEPA : quelle articulation entre ces primes ?

Or, le fait de ne verser la prime qu'aux seuls salariés des établissements financés ou co-financés par l'ARS pose nécessairement la question de l'égalité salariale entre les salariés de l'Association placés dans une situation identique.

Dans notre exemple, la différence de situation ne résulte pas de considérations légales ou professionnelles mais purement budgétaires... Il pourrait donc être jugé que la seule différence de financement de l'établissement ne saurait constituer une différence de situation entre les salariés.

À titre d'exemple, la Cour de cassation a déjà jugé à propos de La Poste que des fonctionnaires et des salariés sont, compte tenu des circonstances (même emploi, dans la même entreprise, à un niveau équivalent), dans une situation comparable justifiant une égalité de traitement en matière de rémunération. Dès lors, si la différence de statut public / privé n'est pas suffisante, il est peu probable que la différence de financement ARS / CD le soit.

Prime ESMS & PEPA : quelle articulation entre ces primes ?

En considérant que les salariés sont dans une situation identique, la différence de traitement serait néanmoins possible à condition :

- que cette différence de traitement résulte d'une disposition légale, ce qui n'est actuellement pas le cas en l'état de la rédaction du projet de loi ;
- **ou** que l'employeur rapporte la preuve que cette différence est justifiée par des raisons objectives et pertinentes, le cas échéant autres que budgétaires.

Il est tout de même à noter que les différences de traitement opérées par voie d'accord d'entreprise entre salariés appartenant à la même entreprise mais à des établissements distincts sont présumées justifiées (présomption simple). **La voie de l'accord collectif est donc, sur ce point, plus sécurisée que celle de la DUE.**

Prime ESMS & PEPA : quelle articulation entre ces primes ?

Pour éviter ces difficultés, l'idée serait donc de rétablir l'égalité grâce à la PEPA.

Rappelons d'ailleurs que les employeurs ayant déjà versé une PEPA avant le 2 avril, peuvent verser un complément de PEPA sur des critères de modulation différents du premier versement (en particulier pour tenir compte du nouveau critère des conditions de travail liées à l'épidémie de Covid-19).

Par ailleurs, pour les structures non financées par l'ARS mais éligibles à la prime ESMS, le choix de l'un ou l'autre des dispositifs peut avoir un intérêt budgétaire. En effet, l'accord ou DUE PEPA étant soumis à agrément, si la structure n'est pas sous CPOM, l'agrément rend opposable le texte aux financeurs.

En pratique, on constate également que certains financeurs territoriaux, par exemple le Département du 92, ont indiqué financer une PEPA – selon des critères discutables, mais c'est encore un autre sujet – mais ne se sont pas prononcés pour la prime ESMS.

→ **Ainsi, la compatibilité des deux dispositifs de prime est susceptible de permettre de verser, au final, une somme exonérée dans des conditions identiques ou presque au sein de l'Association tout en assurant tout ou partie du financement.**

Prime ESMS : la question de l'abattement en cas d'absence

L'annexe 10 à l'instruction du 5 juin 2020 indique que les critères prévus par décret pour la fonction publique sont indicatifs, et qu'en conséquence ils peuvent être repris à l'identique.

Parmi ces critères pour le public, il est notamment prévu :

- Une présence effective du personnel sur la période de référence comprise entre du 1er mars au 30 avril (télétravail inclus) ;
- **Un abattement en cas d'absence, laquelle est constituée pour les motifs hors congé de maladie, accident de travail ou maladie professionnelle (présomption d'imputabilité au virus Covid-19), les congés annuels et les congés au titre de la réduction du temps de travail.**

Or, la formulation interroge : ***comment caractériser la présomption d'imputabilité des arrêts maladie et ATMP au covid-19, en l'absence de tout texte à ce sujet ? Dans le même sens, le texte ne précise pas qu'il vise le congé de maladie / AT / MP qui aurait débuté pendant la période de référence. Qu'en est-il donc pour un salarié placé en arrêt maladie depuis fin février ou depuis 6 mois ?***

Prime ESMS : la question de l'abattement en cas d'absence

- 
Première option envisageable : il semblerait que certaines ARS comme celle du Grand-Est considèrent que « *cette imputabilité peut se baser sur une attestation sur l'honneur du personnel concerné* » : cela reviendrait donc à considérer qu'un salarié peut s'auto-constituer une preuve d'imputabilité de son arrêt au Covid-19... Ce qui n'a, juridiquement, peu de sens.
- 
Deuxième option envisageable : un système de certificat établi par le médecin-traitant ou médecin du travail ayant délivré l'arrêt. Cela peut être quelque peu complexe à mettre en pratique car nécessitant une « navette » entre l'employeur, le salarié et le médecin, potentiellement complexe en période estivale et peu compatible avec un versement rapide.
- 
Troisième option envisageable : considérer que pour le versement de la prime, le lien entre le virus covid-19 est présumé tout arrêt maladie auquel aucun jour de carence n'a été appliqué. Cette option a l'avantage » d'être objective et aisément identifiable en paie.

Prime ESMS : la question de l'abattement en cas d'absence

Concernant cette troisième option, celle-ci comporte néanmoins des « failles » :

- le salarié en arrêt de travail en raison d'une incapacité résultant d'une maladie ou d'un accident sans lien avec le Covid-19 a également bénéficié du maintien de salaire sans délai de carence lorsque l'arrêt de travail a débuté après le 23 mars 2020 (Ord. n° 2020-322, 25 mars 2020 ; D. n° 2020-434, 16 avr. 2020). Par conséquent, un salarié ayant été en arrêt maladie à compter du 23 mars pour une entorse ne s'est pas vu appliquer de carence et serait donc bénéficiaire de la prime sans abattement.
- Par ailleurs, si la période de référence retenue est celle de la fonction publique commençant le 1er mars, entre cette date et le 23 mars, les jours de carence s'appliquaient aux arrêts maladie.

Prime ESMS : la question de l'abattement en cas d'absence

Face à ces incertitudes et en l'état de la rédaction du projet de loi, il peut être **davantage préconisé que l'organisme gestionnaire fixe ses propres critères par accord collectif ou DUE, dans le respect des règles de non-discrimination.**

Sur ce point, il est impératif d'avoir à l'esprit qu'**en cas d'abattement pour absence, toutes les absences, y compris celles liées à la maladie / AT / MP, doivent être traitées à l'identique** (cf problème des critères supplétifs s'agissant de la prime décentralisée de la CCN 51).

Seules les absences légalement assimilées à du temps de travail effectif (ce qui recouvre en pratique peu de situations, comme les heures de délégation) doivent alors être assimilées à du temps de travail de présence pour le bénéfice de la prime.

À notre sens, les repos dont la prise s'impose à l'employeur et au salarié ne devraient également pas entraîner d'abattement (congrés légaux et conventionnels, RTT, repos compensateurs de remplacement et contreparties obligatoires en repos au titre des heures supplémentaires, etc.).

Le télétravail à l'heure du déconfinement

Mise en place et poursuite du télétravail

Cadre « commun » de mise en place du télétravail : depuis l'entrée en vigueur des ordonnances Macron de septembre 2017, il est possible de recourir au télétravail par 3 moyens :

- les 2 premiers sont **l'accord collectif** ou la **charte sur le télétravail** élaborée à défaut d'accord par l'employeur après avis du CSE, sachant que ces deux actes fondateurs doivent comporter un certain nombre de mentions obligatoires prévus par la loi.
- A côté et de ces deux modes « collectifs » de mise en place du télétravail, il est possible individuellement de mettre en place le télétravail par **simple écrit entre le salarié et l'employeur** (cela peut être par exemple un échange de mail ou de SMS - art. L.1222-9 du Code du travail).

Le télétravail à l'heure du déconfinement

Mise en place et poursuite du télétravail

Cadre « exceptionnel » de mise en place du télétravail : la loi a également prévu un cadre particulier en cas de « *circonstances exceptionnelles* », circonstances pendant lesquelles le télétravail peut être considéré comme un aménagement du poste de travail assurant la continuité de l'activité et la protection des salariés.

Dans ce cadre spécifique, l'employeur peut imposer le télétravail sans l'accord des salariés et sans formalisme particulier (*art. L.1222-11 du Code du travail*). A une exception près qui n'est pas précisée par le texte : les **salariés protégés** dont l'accord doit être requis au titre du changement de leurs conditions de travail.

S'agissant du télétravail, la loi vise précisément la menace d'épidémie comme circonstance exceptionnelle. Concernant le Covid, cela signifie que les employeurs pouvaient imposer le télétravail avant même le confinement puisqu'à ce stade nous n'étions plus en simple menace d'épidémie mais en situation de pandémie avérée. Avant même le Covid, nous avons par exemple connu une période de grèves successives qui, là encore, ont pu constituer des circonstances exceptionnelles justifiant le recours au télétravail.

Le télétravail à l'heure du déconfinement

Mise en place et poursuite du télétravail

Le contexte épidémique n'étant à ce jour pas terminé, le télétravail peut donc toujours être poursuivi et si nécessaire imposé. D'ailleurs, la nouvelle version du protocole de déconfinement diffusée le 24 juin mentionne que « *le télétravail n'est plus la norme* », même si il « *reste une solution à privilégier dans le cadre d'un retour progressif à une activité présentielle, y compris alternée* ».

La question est naturellement de savoir jusqu'à quand peut-on imposer ou maintenir le télétravail. Sachant que la notion d'épidémie n'est pas juridique mais purement médicale et sanitaire, tout dépendra finalement de l'évaluation faite par les autorités sanitaires. Une poursuite du télétravail au deuxième semestre apparaît tout à fait envisageable.

Néanmoins et ce qui est certain, c'est que si le télétravail tend à se pérenniser ou à tout le moins être prolongé à plus long terme, la mise en place d'un accord collectif ou d'une charte pourrait sembler nécessaire pour cadrer le dispositif.

Le télétravail à l'heure du déconfinement

L'évaluation des risques liés au télétravail

La **mise à jour du DUERP** eu égard au contexte sanitaire est au cœur des dernières ordonnances de référé rendues par les tribunaux judiciaires. Dans ce cadre, si le risque de contamination doit être évalué, il ne faut pas oublier les **risques liés au télétravail** (indépendamment, d'ailleurs, du contexte épidémique) :

- Concernant les **risques physiques**, on peut évoquer les TMS ou les troubles visuels qui ont tendance à être plus importants en télétravail compte tenu du poste de travail moins ergonomique. Dans le même sens, les précautions de sécurité qui sont habituellement prises dans un contexte collectif ont tendance à être moins respectées en télétravail.
- De manière globale c'est que l'isolement du télétravailleur tend à amplifier la fréquence et la gravité des risques habituellement liés au travail de bureau. Un type de risque est particulièrement accentué par le télétravail, surtout pendant le confinement : les **risques psycho-sociaux** liés à l'isolement. Aussi, il est parfois plus difficile pour le management de trouver un juste équilibre entre autonomie et contrôle du salarié en télétravail.

Le télétravail à l'heure du déconfinement

L'indemnisation du télétravail

Première indemnisation : l'indemnité d'occupation du domicile qui en temps normal doit être versée au salarié dans 2 cas :

- **soit lorsqu'un local professionnel n'est pas mis effectivement à la disposition du salarié,**
- **soit lorsque le salarié accepte à la demande de l'employeur d'effectuer tout ou partie de son travail à domicile.**

Durant le confinement, le travail à domicile n'a pas été un choix du salarié et, à ce titre, il pourrait être soutenu que l'indemnité d'occupation du domicile est due.

Néanmoins, un « local » était bien mis à disposition du salarié (son lieu de travail habituel) et l'occupation du domicile a été contrainte non par l'employeur, mais par les circonstances exceptionnelles (à savoir les mesures sanitaires, qui émanent des autorités publiques). C'est ce qui permet de défendre l'idée que l'indemnité d'occupation du domicile n'est pas due dans ce contexte.

Le télétravail à l'heure du déconfinement

L'indemnisation du télétravail

Deuxième indemnisation : les frais liés au télétravail. Une ordonnance du 22 septembre 2017 a supprimé textuellement dans la loi l'obligation pour l'employeur de prendre en charge les coûts découlant de l'exercice du télétravail. D'ailleurs, récemment, le Ministère du travail a indiqué dans une foire aux questions que « *l'employeur n'est pas tenu de verser à son salarié une indemnité de télétravail destinée à lui rembourser les frais découlant du télétravail, sauf si l'entreprise est dotée d'un accord ou d'une charte qui la prévoit.* »

Néanmoins, cette position n'a aucune valeur juridique et **une bonne partie des auteurs se positionne au contraire pour un maintien de la prise en charge obligatoire de ces coûts, sur le fondement non du principe jurisprudentiel selon lequel les frais professionnels engagés par le salarié doivent être supportés par l'employeur.** Pour ce qui est spécifiquement de la période de Covid-19, il pourrait même être mis en avant le fait que s'agissant d'une mesure d'aménagement visant à protéger la santé et la sécurité, le Code du travail prévoit expressément que les mesures prises en matière de santé et de sécurité au travail ne doivent entraîner aucune charge financière pour les travailleurs (*C. trav., art. L. 4122-2*).

Le télétravail à l'heure du déconfinement

L'indemnisation du télétravail

Enfin, il existe un **accord national interprofessionnel (ANI) du 19 juillet 2005 sur le télétravail prévoyant l'obligation de prise en charge des coûts liés au télétravail.**

Si l'application de cet accord dans le secteur sanitaire, social et médico-social a été écartée pendant de nombreuses années en l'absence de procédure d'élargissement, il se pourrait que la situation ait changé récemment du fait de l'adhésion des principales organisations patronales du secteur – notamment NEXEM et a FEHAP - à la CPME qui est signataire de cet ANI.

Des arguments juridiques pourraient peut-être permettre de contrer l'application de ces dispositions, mais des précisions sont aujourd'hui attendues sur les termes de ces adhésions.

En tout état de cause, la négociation d'un accord d'entreprise – et non d'une charte – permet de déroger aux stipulations d'un ANI.

Activité partielle dérogatoire : où en est-on ?

Activité partielle pour garde d'enfant

Pour l'activité partielle « garde d'enfant », le Ministère avait de façon non officielle annoncé la fin du dispositif avec la réouverture généralisée des écoles le 22 juin. Le fait est qu'en pratique, des parents n'ont pas pu remettre leur enfant à l'école que ce soit totalement ou partiellement.

En présence d'une attestation de l'établissement scolaire, le dispositif était toujours en vigueur du 22 juin au 3 juillet puisque non abrogé : le salarié était donc éligible à l'activité partielle. Sachant que l'activité partielle ne devait être mise en œuvre qu'en l'absence de télétravail.

En l'absence de toute attestation du salarié, par exemple par crainte de remettre son enfant à l'école d'autant plus pour seulement deux semaines, il lui appartenait de poser des congés ou des RTT.

Activité partielle dérogatoire : où en est-on ?

Activité partielle pour personnes vulnérables

Pour les personnes dites vulnérables, **le dispositif d'activité partielle demeure là encore en vigueur en cas de télétravail impossible, sous présentation d'un certificat d'isolement établi par le médecin traitant ou le médecin du travail**, ce que rappelle le protocole de déconfinement publié le 24 juin.

Le décret du 11 mai prévoit qu'un tel certificat peut être établi jusqu'à une date de 3 mois après l'expiration de l'état d'urgence sanitaire, soit **jusqu'au 10 octobre 2020**. Cette date est bien sûr susceptible d'être modifiée en cas nouvelles dispositions réglementaires mais ce n'est pas encore à l'ordre du jour de notre nouveau gouvernement.

Reconnaissance du Covid-19 comme maladie professionnelle

Le 23 mars dernier, le Ministre des Solidarités a annoncé souhaiter faciliter la reconnaissance en maladie professionnelle des travailleurs atteints du Covid-19 « *pour éviter des procédures complexes de reconnaissance de la maladie pour les travailleurs ayant eu une probabilité forte d'avoir été atteints du Covid-19 dans le cadre de leur activité professionnelle.* »

Mardi dernier, un communiqué ministériel a précisé que le décret – dont le projet a déjà fuité – serait publié dans les prochains jours pour préciser et permettre la mise en œuvre de ces mesures.

Le gouvernement a ainsi indiqué que la reconnaissance serait automatique pour tous les « soignants » et facilitée pour tous les autres travailleurs ayant travaillé pendant le confinement, du 17 mars au 11 mai 2020.

Reconnaissance du Covid-19 comme maladie professionnelle

En pratique :

- Le décret va créer un nouveau tableau de maladies professionnelles dédié au Covid-19 permettant à tous les **soignants atteints d'une forme sévère de Covid-19** de bénéficier d'une reconnaissance de maladie professionnelle. Par « soignant », on entendrait également **pour les établissements sanitaires et médico-sociaux, les personnels non-soignants travaillant en présentiel dans ces structures ainsi que les personnes assurant le transport et l'accompagnement des personnes atteintes du Covid-19 ;**
- Pour les travailleurs **non-soignants**, la procédure de reconnaissance de la maladie professionnelle sera facilitée par la création d'un comité unique de reconnaissance national dédié au Covid-19 chargé de traiter les demandes en lieu et place des comités régionaux. Le critère de sévérité de la forme de Covid contractée serait là encore exigé.

Reconnaissance du Covid-19 comme maladie professionnelle

Il appartiendra donc de savoir ce que recouvre cette notion de forme sévère : hospitalisation, réanimation ? Un « simple » état grippal à domicile ne fonctionnerait alors pas. Ainsi, la reconnaissance automatique ou facilitée ne devrait pas concerner la majorité des personnes ayant contracté le virus durant le confinement...

En pratique, l'intérêt d'une telle reconnaissance du caractère professionnel de la maladie est une prise en charge des frais de soins à hauteur de 100 % des tarifs d'assurance maladie, une prise en charge plus favorable des indemnités journalières et enfin une indemnité en cas d'incapacité permanente.

Enfin, pour éviter aux employeurs de porter la charge financière de cette indemnisation, un arrêté devrait prochainement prévoir la mutualisation de cette dépense entre tous les employeurs dans la part mutualisée de leur cotisation AT/MP.

Résultats des sondages

1. Le télétravail a-t-il été pris en compte dans votre DUERP ?

Oui	12 (43 %)
Non	12 (43 %)
La mise à jour est en cours	4 (14 %)

2. Avez-vous pris en charge les frais liés au télétravail pendant le confinement ?

Oui	10 (33 %)
Non	20 (67 %)

3. Votre structure est-elle couverte par un accord ou une charte sur le télétravail ?

Oui	2 (7 %)
Non	20 (69 %)
C'est en projet	7 (24 %)

Résultats des sondages

4. Avez-vous déjà versé la prime Covid pour les ESMS ?

Oui	1 (3 %)
Bientôt, l'accord ou DUE est signé ou presque	9 (31 %)
Non, nous attendons des précisions	19 (66 %)

5. Concernant les critères d'attribution de la prime, allez-vous :

Reprendre ceux prévus pour la fonction publique	6 (22 %)
Fixer des critères « maison »	18 (67 %)
Fixer des critères imposés par l'autorité de tutelle	3 (11 %)