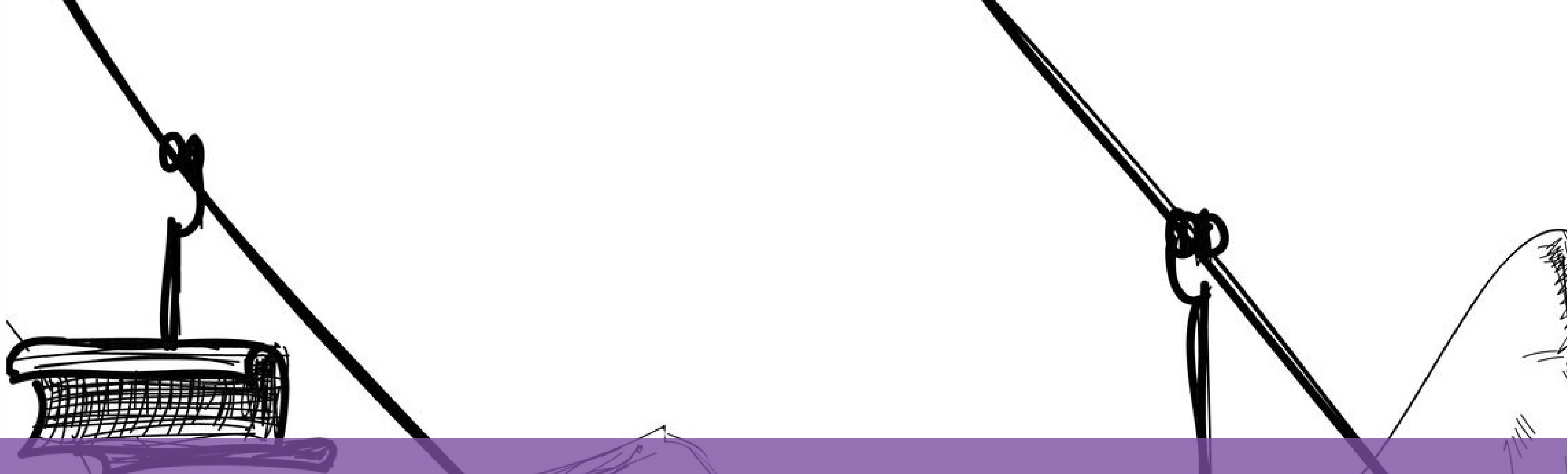


02



21

# L'ESSentiel

Newsletter mensuelle dédiée au droit du travail



#27

..... 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



## Vaccination par un médecin salarié de l'Association, quelles responsabilités ?

L'ARS Ile-de-France précise que les professionnels des établissements de santé et des maisons d'accueil spécialisée (MAS) ou des foyers d'accueil médicalisé (FAM) peuvent se faire vacciner au sein des centres de vaccination ou directement au sein de leur établissement. Or, la vaccination de personnels de l'association par d'autres salariés de cette dernière (médecins, IDE) interroge quant à sa responsabilité en tant qu'employeur.

En cas d'effets indésirables ou de pathologie liés à la vaccination, **la responsabilité de l'État ne pourra pas être engagée** puisqu'il ne s'agit pas d'une vaccination obligatoire. En outre, la Cour de cassation considère que « *le médecin salarié, qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui est impartie par l'établissement de santé privé, n'engage pas sa responsabilité à l'égard du patient* », quand bien même il dispose d'une indépendance dans l'exercice de son art (Cass. civ. 1, 9 novembre 2004, n° 01-17.908). Ainsi, en cas de vaccination de salariés au sein de l'Association, **la responsabilité personnelle du médecin salarié ayant procédé à la vaccination ne pourra pas être engagée**. Dans l'hypothèse où les conditions d'application de la législation sur les accidents du travail ne seraient pas remplies, le salarié ayant été vacciné pourrait tenter d'agir en responsabilité civile contre l'organisme gestionnaire, lequel emploie le professionnel de santé ayant commis une faute dans le processus vaccinal. Une action civile pourrait également être intentée par un usager vacciné par un salarié de l'établissement.

Par conséquent, il est **plus sécurisé** pour l'employeur que son salarié soit vacciné par son médecin-traitant ou par le médecin du travail, plutôt que par un médecin salarié.

## Quelle application des arrêts de travail dérogatoires au sein des ESMS ?

Dans un article du 15 janvier 2021, nous exposions les nouveautés en matière d'arrêt de travail dérogatoire pour les salariés testés positifs au Covid-19 ou symptomatiques dans l'attente du résultat de leur test. Nous évoquions alors les incertitudes quant à l'exclusion du dispositif des salariés des secteurs sanitaire et médico-social. À cet égard, Nexem précise avoir interpellé la direction de l'Assurance maladie pour étendre cette exclusion aux établissements et services **sociaux**. À date, aucune précision n'a été apportée.

## Sécur de la Santé : les crispations continuent

Le 15 février 2021, une intersyndicale portait des revendications en faveur des « oubliés du Sécur », accusant les pouvoirs publics d'avoir privilégié le secteur public hospitalier au détriment des acteurs du système de santé. Une semaine plus tôt, la Fehap, Nexem et la Croix-Rouge dénonçaient le fait que les membres de la mission Laforcade n'auraient proposé une revalorisation salariale que sur certains métiers du secteur social et médico-social, **cloisonnant ainsi les négociations par métiers**. À suivre !

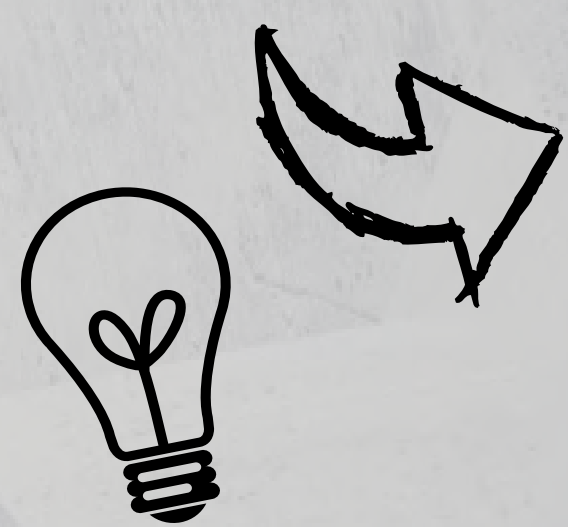


Après la publication de plusieurs articles concernant une fuite de données de santé massive, la CNIL rappelle que les responsables de traitement ont l'obligation d'assurer la sécurité des données qu'ils traitent par des moyens proportionnés aux risques, en particulier pour les données de santé. La CNIL indique, en 2020, **une multiplication par 3 des cyberattaques sur des établissements de santé** (centre hospitalier, EHPAD, maison de santé, établissements de soin...). Les ESSMS doivent donc être **particulièrement vigilants quant aux moyens déployés pour protéger les données de santé de leurs usagers**.



## Actualités sociales de la crise sanitaire

**Restauration.** Jusqu'au 1er décembre 2021, lorsque les espaces dédiés à la restauration ne permettent pas de respecter strictement la distanciation physique, l'employeur peut prévoir un emplacement dérogeant à l'article R. 4228-22 du Code du travail, même à l'intérieur des locaux affectés au travail, sans qu'il ne soit nécessaire d'adresser une déclaration à l'inspection du travail ou au médecin du travail (Décret n° 2021-156 du 13 février 2021).



**Conseil :** dans les établissements d'**au moins 50 salariés**, l'employeur met à leur disposition un local de restauration après avis du CSE. À **notre sens, le changement - même temporaire - de lieu de restauration devrait faire l'objet d'une consultation préalable des représentants du personnel.**

**Activité partielle.** La Ministre du Travail a précisé que les taux actuellement applicables en matière d'activité partielle (indemnité du salarié fixée à 70 % quel que soit le secteur, allocation de l'employeur fixée à 70 % pour les secteurs protégés / fermés et à 60 % pour les secteurs non protégés) seront finalement reconduits en mars et n'évolueront qu'à compter du mois d'avril, « *si l'évolution de la situation sanitaire le permet* ». Il n'est donc **pas à exclure qu'un nouveau report de la modification des taux soit annoncé** au cours du mois de mars.

**Vaccination en entreprise.** Outre les campagnes de vaccination déjà organisées dans certains ESMS, les salariés de 50 à 65 ans souffrant de comorbidités peuvent désormais être vaccinés au sein des Services de Santé au Travail (SST). Un protocole élaboré par la DGT organise cette campagne de vaccination. **Le protocole insiste sur la nécessaire confidentialité vis-à-vis de l'employeur :** si la possibilité de bénéficier de la vaccination doit être portée à la connaissance de l'ensemble des salariés par l'entreprise adhérente au SST, il appartient aux seuls salariés d'effectuer d'eux-mêmes la démarche de se rapprocher du SST pour la vaccination ; pour justifier de leur absence, ils doivent informer leur employeur du fait qu'ils rencontrent le médecin du travail à leur demande, sans avoir à en préciser le motif (une attestation de suivi devra alors être remise au salarié comme pour toute visite médicale).

## Les avancées de la proposition de loi pour renforcer la prévention en santé au travail

Adoptée le 17 février 2021 par l'Assemblée Nationale après engagement de la procédure accélérée, la proposition de loi qui vise à traduire certaines dispositions de l'Accord National Interprofessionnel conclu le 9 décembre 2020 est actuellement en première lecture devant le Sénat. Parmi les mesures adoptées par les députés, nous pouvons relever :

- La **mutualisation du suivi médical des salariés « occupant des emplois identiques » en cas de pluralité d'employeurs ;**
- L'extension du **contrat de rééducation professionnelle en entreprise (CRPE)**, jusqu'alors réservé aux travailleurs handicapés, aux **travailleurs déclarés inaptes** ou pour lesquels le médecin du travail a identifié un **risque d'inaptitude ;**
- **Permettre au médecin du travail de mobiliser des dispositifs d'accompagnement** autres que la seule adaptation technique du poste ou l'aménagement d'horaires : accès à une formation reconversion pour un changement de poste en interne, mobilisation d'un expert externe pour réorganiser les tâches au sein du service d'appartenance de la personne, mobilisation d'un « job coach », accompagnement par une plateforme sur les situations de troubles psychiques ou autistiques. Ces solutions d'accompagnement seraient mobilisables à tout moment au cours de la relation de travail.



## Licenciement économique et anticipation des difficultés économiques en cas de baisse significative des subventions du principal financeur

Une association avait anticipé des difficultés liées à la baisse significative des subventions de son principal financeur, procédant au licenciement économique d'assistants familiaux ayant refusé une modification de leur rémunération. La Cour d'appel de Paris juge que « **si une restructuration des rémunérations des salariés, liée aux prescriptions d'une autorité de tutelle, ne constitue pas, en soi, une cause économique de licenciement**, la réorganisation du mode de rémunération des salariés était justifiée en l'espèce par la **nécessité de sauvegarder la pérennité de l'association, qui sans les financements de la DASES, ne pouvait faire face à l'ensemble de ses charges** et aurait grevé de manière extrêmement importante ses comptes à court terme en raison d'une somme prévisible de 2 308 000 € devant être versée sur 5 ans au titre des salaires » (CA Paris, Pôle 6 chambre 7, 7 janvier 2021, n° 18/04586).

Cet arrêt constitue une application de la position jurisprudentielle, désormais bien établie, selon laquelle un licenciement économique peut être justifié par la sauvegarde de la pérennité de l'Association au regard du strict équilibre entre ses recettes et ses dépenses (ex. : Cass. soc., 2 avril 2008, n° 07-40.640 ; CA Aix-en-Provence, 28 février 2020, n° 18/05946).

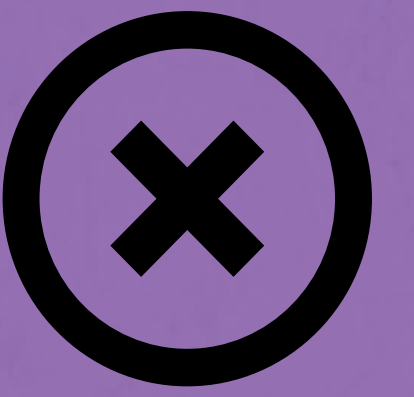
### Temps partiel modulé : requalification en cas d'impossibilité de prévoir les horaires

La Cour de cassation admet la requalification du contrat de travail à temps partiel modulé en temps complet **dès lors que le salarié était placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et qu'il avait à se tenir constamment à la disposition de l'employeur**. En l'espèce, le salarié était soumis à des modifications de plannings sans respect de délais de prévenance suffisants, mis notamment en lumière par des écarts entre la durée indicative annuelle et le nombre d'heures de travail mensuel résultant des fiches de paie et des feuilles de route (Cass. soc., 17 février 2021, n° 18-26.545).

Dans une décision du même jour, la Cour précise **qu'il appartient au salarié d'apporter cette preuve** (Cass. soc., 17 février 2021, n° 18-16.298), **opérant ainsi un revirement**. Auparavant, elle considérait « qu'en cas de défaut de respect des modalités selon lesquelles le programme indicatif de la répartition de la durée du travail est communiqué par écrit au salarié et des conditions et délais dans lesquels les horaires de travail sont notifiés par écrit au salarié, le contrat est présumé à temps complet et il incombe alors à l'employeur de rapporter la preuve que le salarié n'était pas placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et qu'il n'avait pas à se tenir constamment à la disposition de l'employeur » (Cass. soc., 9 janvier 2019, n° 16-18.177).

### Une dépression déclenchée suite à une altercation provoquée par le salarié reste un AT

Un salarié contestait la décision de la CPAM de refus de prise en charge, au titre de la législation professionnelle d'accident du travail, de son syndrome dépressif déclenché à la suite d'une altercation avec son supérieur hiérarchique. La Cour d'appel de Versailles avait confirmé ce refus au motif que, si la matérialité de l'évènement soudain est démontrée de sorte que la présomption d'imputabilité s'applique (altercation à l'occasion du travail et caractère houleux de la discussion), le salarié est exclusivement à l'origine du différend. À tort, selon la Cour de cassation qui juge que **le seul fait que le salarié soit exclusivement à l'origine du différend n'est pas à même d'établir que l'accident litigieux, survenu au temps et au lieu du travail de la victime, avait une cause totalement étrangère au travail** (Cass. 2è civ., 28 janvier 2021, n° 19-25.722).



## Les incapacités pénales au sein des ESSMS

Aux termes de l'article L. 133-6 du Code de l'action sociale et de familles (CASF), « Nul ne peut exploiter ni diriger l'un quelconque des établissements, services ou lieux de vie et d'accueil régis par le présent code, y exercer une fonction à quelque titre que ce soit, ou être agréé au titre des dispositions du présent code, s'il a été condamné définitivement pour crime ou à une peine d'au moins deux mois d'emprisonnement sans sursis pour les délits prévus (...) ». S'ensuit une liste de condamnations au titre desquelles un individu est empêché de travailler au sein d'une entité régie par le CASF (atteinte à la vie de la personne, à son intégrité physique ou psychique, entrave à l'exercice de la justice, manque de devoir de probité par une personne exerçant une fonction publique, etc.)

Toute structure relevant du champ d'application du CASF est concernée par cette obligation, à l'égard de l'ensemble des personnes intervenant en son sein : salariés (CDI, CDD, contrats aidés), intérimaires, stagiaires et bénévoles.

### Exigences lors du processus de recrutement

Afin de respecter ces dispositions, tout employeur concerné doit **solliciter, de la part des candidats, la délivrance d'un extrait de casier judiciaire B3** qui comporte les condamnations les plus graves. De plus, les structures qui exercent une activité culturelle, éducative ou sociale auprès des mineurs visées par l'article D. 571-4 du Code de procédure pénale doivent solliciter leur autorité administrative de référence pour obtenir l'**extrait de casier judiciaire B2**. À l'issue de cette demande, il y a deux situations possibles :

- Lorsque le B2 ne comporte aucune condamnation, il est adressé à l'employeur ;
- Dans le cas contraire, l'autorité informe l'employeur que le B2 contient des condamnations pénales mais que celles-ci ne concernent pas un délit prévu à l'article L. 133-6 du CASF, ou que le B3 contient de telles informations : dans ce cas, le recrutement est impossible.

### Conclusion et rupture du contrat de travail

Pour éviter toute difficulté, il est préconisé :

- de **mentionner ces exigences sur l'offre d'emploi** et de **les rappeler au candidat** lors de l'entretien de recrutement ;
- d'**insérer, au sein du contrat de travail, une clause** portant engagement du salarié de ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation pénale visée par l'article L. 133-6 du CASF incompatible avec l'exercice de ses fonctions et l'obligation de prévenir l'employeur en présence d'une telle condamnation au cours de l'exécution du contrat de travail.

Dans cette dernière hypothèse, la loi ne précise pas les conséquences d'une incapacité pénale du salarié au regard des dispositions de l'article L. 133-6 du CASF intervenant au cours de la relation de travail. Dans le silence des textes et sous réserve d'une position contraire pouvant être adoptée par la jurisprudence, le motif de la rupture du contrat de travail pourrait être :

- soit **disciplinaire**, dès lors que le salarié a violé la clause de son contrat de travail lui faisant obligation d'informer son employeur d'une condamnation rendant l'exercice de ses fonctions incompatible avec les dispositions précitées (CA Paris, 14 mars 2013, n° 11/04946) ;
- « **de plein droit** », compte tenu de l'incapacité d'origine légale du salarié à occuper un emploi au sein de la structure (un parallèle pourrait ici être fait avec la rupture du contrat d'un travailleur étranger n'ayant plus de titre de travail).

..... Webinaires

Le mois prochain, le cabinet organise les webinaires suivants :



- Le 9 mars, le **contentieux du harcèlement moral** pour les conseillers prud'homaux employeurs de l'UDES / FEHAP ;
- Le 17 mars, la **rupture du contrat de travail durant la crise sanitaire** pour les adhérents de la FNAAFP/CSF ;
- Le 19 mars, le **contentieux du temps partiel** pour les conseillers prud'homaux employeurs de l'UDES / FEHAP.

..... Publications

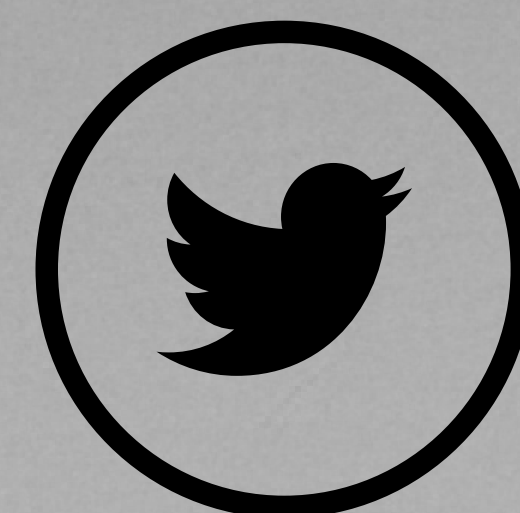


À lire dans le magazine *Direction[s]* n° 195 de mars 2021, un article de Cécile Noël sur les **marges de manœuvre des employeurs concernant le versement de l'indemnité Ségur**.

..... Vie du Cabinet



Le Cabinet propose d'accueillir un **élève-avocat** (H/F) en stage final de janvier à juillet 2020. Pour postuler, adressez-nous votre candidature à l'adresse [contact@picard-avocats.com](mailto:contact@picard-avocats.com) !



PICARD AVOCATS

31, rue du Faubourg Poissonnière

75009 - PARIS

01.84.25.14.70

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