



N°2 « Questions-Réponses au secteur LDAJ »

Spécial Vaccination obligatoire - Passe sanitaire Octobre 2021

Vous trouverez ci-dessous le document N°2 « Questions-Réponses au secteur LDAJ » Spécial sur la publication de la Loi 2021-1040 relative à la gestion de la crise sanitaire qui a instauré un passe-sanitaire pour accéder à certains établissements sanitaires et une vaccination obligatoire pour certains salariés et agents publics dans le secteur sanitaire, social et médico-social du secteur privé et public, avec une sélection des questions qui sont parvenues récemment au secteur fédéral LDAJ et les réponses apportées par les membres du secteur.

Pour information, devant le nombre de sollicitations reçues, le secteur LDAJ ne pourra pas répondre aux questions si le syndicat ou l'USD n'a pas pris contact en amont avec l'employeur en lui demandant de motiver sa réponse au regard d'une référence légale ou réglementaire.

De plus, une priorité sera faite dans les réponses aux questions concernant l'obligation vaccinale des salariés et la mise en œuvre du passe-sanitaire.

Pour rappel, le secteur LDAJ ne répond pas aux questions individuelles des salariés qui doivent solliciter en amont leur syndicat local, UL, USD ou UD.

Tous les articles, notes juridiques, Flash Info LDAJ, veille juridique sur la situation sanitaire du Covid-19 sont disponibles sur le site fédéral dans la rubrique « Actualités Juridiques » :

<http://www.sante.cgt.fr/Actualites-Juridiques>

Octobre 2021 - Secteur LDAJ de la Fédération CGT Santé et Action Sociale

A) Est-ce que le temps pris par les salariés du secteur privé pour réaliser les tests de dépistage contre le Covid-19 pour pouvoir être autorisé à travailler est du temps de travail ?

Il est impossible de se prononcer avec certitude car, à notre connaissance, il n'existe pas de jurisprudence sur ce sujet récent.

L'article L.3121-1 du Code du travail prévoit que la durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles.

Si l'employeur exige un test négatif pour pouvoir travailler, c'est une directive qu'il exige des salariés et ils ne peuvent pas vaquer librement à des occupations personnelles pendant ce temps. Donc, cela pourrait être reconnu comme du temps de travail.

Ce pourrait être le même raisonnement juridique que pour le temps d'habillage. En effet, l'article L. 3121-3 du même code précise que le temps nécessaire aux opérations d'habillage et de déshabillage, lorsque le port d'une tenue de travail est imposé par des dispositions légales, des stipulations conventionnelles, le règlement intérieur ou le contrat de travail et que l'habillage et le déshabillage doivent être réalisés dans l'entreprise ou sur le lieu de travail, fait l'objet de contreparties. Ces contreparties sont accordées soit sous forme de repos, soit sous forme financière.

<https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGISCTA000006195759/>

Il serait possible de saisir le CPH pour demander que ce temps des tests soit requalifié en temps de travail effectif.

B) Quels moyens une infirmière titulaire de la fonction publique hospitalière "suspendue" possède-elle pour ouvrir des droits (chômage, formation, reconversion...) si elle ne souhaite pas se faire vacciner et changer de profession ?

Un agent suspendu ne peut, malheureusement, pas prétendre à des allocations chômage, formation... pendant sa suspension. Toutefois, si un agent se trouve en congé maladie pendant sa suspension, cela aurait pour effet de "suspendre la suspension". L'agent suspendu peut aussi demander une rupture conventionnelle.

Concernant une éventuelle démission de l'agent, il serait possible pour les agents de prétendre à l'ARE à l'issue d'un délai de 4 mois.

L'agent démissionnaire qui n'a pas retrouvé d'activité salariée au moins 121 jours après la fin de la relation de travail au titre de laquelle Pôle emploi a prononcé un refus d'admission peut solliciter le réexamen de sa situation. Cette demande se fait auprès du débiteur potentiel de l'ARE (pôle emploi ou l'établissement selon les cas). L'intéressé doit alors apporter des éléments attestant ses recherches actives d'emploi, ainsi que ses éventuelles reprises d'emploi de courte durée et ses démarches pour entreprendre des actions de formation. Les motifs de la démission ne sont pas pris en compte.

Dans l'affirmative, il est procédé à l'ouverture de droits au 122ème jour de chômage. Il est conseillé à l'agent de ne pas démissionner sans avoir sérieusement pesé les enjeux d'une telle décision.

C) Il semblerait d'après le flash info N°13, que les représentants du personnel de la FPH qui exerce son mandat sur un temps de décharge totale d'activité de service ne soit pas soumis à l'obligation vaccinale. Pouvez-vous me confirmer cela ?

Il est impossible de confirmer à chaque fois les informations contenues dans les flashes info LDAJ. Le N°13 a été rédigé par le secteur LDAJ et nous vous confirmons que le délégué syndical à temps plein ne devrait pas être soumis à l'obligation vaccinale puisqu'il n'exerce plus réellement et physiquement son activité professionnelle.

Toutefois, dans l'hypothèse d'une suspension de fonction d'un agent public titulaire d'un mandat syndical à temps plein par l'employeur au motif qu'il ne présenterait pas les justificatifs du parcours vaccinal, il sera possible de saisir le juge administratif après avis d'un avocat spécialisé en droit public.

Des ordonnances de TA infirment cette position et nous attendons des arrêts du Conseil d'État sur ce sujet.

D) Nous avons un agent en congé parental qui refuse de se faire vacciner qui a été destinataire d'un recommandé spécifiant les modalités du décret avant suspension. Elle est en arrêt maladie depuis 15 jours pour un problème de santé mais lorsqu'elle sera en congé parental, devra-t-elle à répondre à cette obligation envers l'employeur ou seulement à sa reprise de travail ?

Si cet agent est titulaire et se trouve dans une des positions prévues à l'article 41 de la loi 86-33 (congé annuel, congé maladie ordinaire, longue maladie, longue durée, maternité, congé parental,..) il n'a rien à fournir à l'administration pendant toute cette période.

https://www.legifrance.gouv.fr/loda/article_lc/LEGIARTI000044032846

Par contre, la date du 15 novembre ne concernant pas l'obligation vaccinale, il devra justifier des documents prévus à l'article 13 de la loi 2021-1040 du 5 août 2021, **à sa reprise réelle et effective de son activité professionnelle** dans son établissement.

https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/article_jo/JORFARTI000043909692

E) Des agents sont en arrêt maladie ou en congé maternité et notre direction leur dit qu'ils ne seront pas payés s'ils ne fournissent pas les documents relatifs à leur schéma vaccinaux. Est-ce légal ?

La rédaction de la loi du 5 août 2021 ne prévoit pas que les agents en congé maladie, longue maladie, longue durée, congé maternité, formation,...soient contraints de se faire vacciner ou faire parvenir ces documents pendant leur absence de l'établissement, car, même s'ils sont dans une position d'activité, au sens de

l'article 41 de la loi 86-33, ils n'exercent pas physiquement leur activité dans l'établissement.

Ces agents devront justifier de ces obligations uniquement à leur reprise de service effectif dans l'établissement.

2) Une ordonnance récente du TA de Cergy-Pontoise en référé-suspension du 4 octobre a confirmé l'analyse du secteur LDAJ sur le fait qu'un agent en congé maladie, qui n'exerce plus effectivement son activité professionnelle, ne pouvait pas être suspendu par son employeur public pour ne pas avoir fourni les documents relatifs à la vaccination. Nous ne savons pas si un pourvoi en cassation a été formé par l'employeur

Le secteur LDAJ a bon espoir que le tribunal administratif confirmera cette décision dans quelques mois à l'issue de la procédure au fond, les mesures ordonnées par le juge des référés présentant pour le moment un caractère provisoire.

Un Flash Info LDAJ a été envoyé en lettre Hebdo et un article sur ce sujet est disponible sur le site fédéral avec l'ordonnance du TA :

<http://www.sante.cgt.fr/Obligation-vaccinale-Le-Tribunal-administratif-de-Cergy-Pontoise-indique-qu-un>

Dans ce cas, il est conseillé de saisir le tribunal administratif sous forme de référé suspension après avis impératif d'un avocat spécialisé en droit public.

F) Est-il possible d'utiliser le modèle d'attestation figurant dans le flash info LDAJ N°13 pour être dispensé de la vaccination obligatoire dans un établissement public hospitalier ?

Non. Le passe-sanitaire est à distinguer de l'obligation vaccinale. Le modèle d'attestation joint dans le flash info N°13 ne concerne que le passe-sanitaire. Ce document ne doit être présenté qu'en cas d'exigence de la part de l'employeur d'un passe-sanitaire pour l'exercice d'une activité syndicale.

Concernant l'obligation vaccinale : un agent public mis à disposition d'une organisation syndicale à temps plein n'exerce plus réellement et physiquement son activité professionnelle dans son établissement. Ainsi, dans ce cas, l'employeur public ne devrait pas pouvoir exiger la présentation des justificatifs requis pour le schéma vaccinal ni le suspendre sur ce motif, car il n'a pas vocation à être en contact avec le public (patients et visiteurs). L'agent doit donc attendre que son employeur lui notifie (et motive) le motif de le soumettre à l'obligation vaccinale sur un mandat syndical à temps plein.

Des litiges sont en cours sur ce sujet et nous communiquerons les jugements dès que nous les aurons.

G) Dans notre établissement, les agents titulaires, stagiaires et contractuels en arrêt de maladie sont contrôlés par le médecin de la CPAM. Cette procédure est-elle légale ?

Non. La CPAM n'est pas compétente pour effectuer ces contrôles.

Seuls les médecins agréés sur une liste établie dans chaque département par le préfet sur proposition du directeur général de ARS, auprès des comités médicaux et les commissions de réformes sont habilités à contrôler les agents publics (titulaires, stagiaires et contractuels).

Nous vous conseillons une lecture attentive des textes suivants :

- Décret n°86-442 du 14 mars 1986 relatif à la désignation des médecins agréés, à l'organisation des comités médicaux et des commissions de réforme, aux conditions d'aptitude physique pour l'admission aux emplois publics et au régime de congés de maladie des fonctionnaires.
- Décret n°88-386 du 19 avril 1988 relatif aux conditions d'aptitude physique et aux congés de maladie des agents de la fonction publique hospitalière (article 2 et suivants)
- Décret n° 91-155 du 6 février 1991 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels des établissements mentionnés à l'article 2 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière. (Article 16)
- Décret n°97-487 du 12 mai 1997 fixant les dispositions communes applicables aux agents stagiaires de la fonction publique hospitalière. (Article 31)

H) Suite à l'obligation vaccinale, si les agents sont en arrêt de travail suite aux effets secondaires du vaccin, doivent-ils se mettre en AT ou maladie ordinaire ?

1) Quelle a été la réponse de l'administration de l'établissement concerné, qui doit impérativement être saisie en amont du secteur LDAJ, sur le sujet ? L'administration doit motiver sa réponse en regard d'une référence légale et/ou réglementaire conformément aux articles L211-2 et suivants du Code des relations entre le public et l'administration applicables aux agents et aux syndicats de la FPH.

Conformément à l'article L. 211-5 du même code, la motivation doit être écrite et comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision.

2) Dans ce cas, l'agent peut demander à l'administration une imputabilité au service de la maladie. La commission de réforme est compétente pour examiner la situation précise de l'agent qui devra fournir des éléments médicaux à l'appui de sa demande.

J) Un salarié non vacciné titulaire et travaillant dans un CHU, perd-il ses droits à la protection sociale lors de la suspension de son contrat de travail ? Notre CHU informe les agents de la perte de toutes les protections sociales à compter du jour de la suspension, avez-vous des compléments d'information à ce sujet ?

1) Quelle a été la réponse de l'administration, qui doit impérativement être saisie en amont du secteur LDAJ par le syndicat de cet établissement, sur le sujet ? L'administration doit motiver sa réponse en regard d'une référence légale et/ou réglementaire conformément aux articles L211-2 et suivants du Code des relations entre le public et l'administration applicables aux agents et aux syndicats de la FPH.

Conformément à l'article L. 211-5 du même code, la motivation doit être écrite et comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision.

2) Un agent titulaire ne dispose pas d'un contrat de travail mais relève des dispositions légales statutaire, à savoir, la Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, la Loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière et des différents décrets qui en découlent.

Concernant le maintien de la protection sociale, il est conseillé la lecture attentive du II et III de l'article 14 de La loi du 5 août 2021 qui répondent à cette question.

https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/article_jo/JORFARTI000043909693

J) Est-il possible pour un salarié du secteur privé suspendu pour non-respect de l'obligation vaccinale de travailler chez un autre employeur pendant le temps de sa suspension ? Cela est-il assimilé à une démission ?

Oui, un salarié suspendu peut travailler chez un autre employeur, sous réserve de respecter son obligation de loyauté envers son employeur actuel et les éventuelles clauses de non-concurrence, si elles existent.

Il est cependant important, si un salarié suspendu décide de prendre un emploi le temps de la suspension chez un autre employeur, d'indiquer à l'employeur originel par courrier recommandé avec AR, par mail avec AR, ou éventuellement par courrier remis en main propre contre décharge (le tout étant d'avoir la preuve de la remise à l'employeur) que compte tenu la suspension subie du contrat en vue d'assurer le paiement de vos charges et de pouvoir vivre dignement, qu'il est contraint de prendre un autre emploi.

Dans ce cas, ce n'est pas une démission de son poste et il ne s'agit que d'un emploi purement alimentaire n'ayant aucun rapport avec celui occupé jusqu'à présent.

En effet, dans ce cas, le salarié ne peut pas être considéré comme démissionnaire car la démission ne se présume pas et doit être claire et non équivoque.

K) En tant que représentant du personnel dans le secteur privé, dois-je présenter mon passe-sanitaire pour aller siéger au CSE ou me rendre au local syndical ?

Non. Dans les établissements soumis à passe sanitaire, la plupart des activités des représentants du personnel ont vocation à se dérouler dans des espaces non accessibles au public (réunions du CSE, accès aux locaux mis à leur disposition). Cette analyse du secteur LDAJ a été confirmée par le dernier document « Questions/Réponses » de la Direction Générale du Travail envoyé aux DIRECCTE.

L'accès à ces espaces n'est pas soumis à la présentation préalable d'un passe-sanitaire. Par ailleurs, dans l'ensemble des locaux de l'entreprise, lorsque l'intervention du représentant du personnel présente un caractère d'urgence, de telle sorte qu'il n'est pas possible de la reporter à l'exercice d'un test de dépistage (enquêtes danger grave et imminent, accidents du travail, enquête « harcèlement moral » ...), celle-ci ne peut non plus être conditionnée à la présentation du passe (IV de l'article 47-1 du décret n° 2021-699 du 1er juin 2021).

De plus, le F du II de l'article 1 de la loi du 5 août 2021, prévoit qu'est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende le fait d'exiger la présentation des documents mentionnés au premier alinéa du présent F pour l'accès à des lieux, établissements, services ou événements autres que ceux mentionnés au 2° du A du présent II.

Si ces situations surviennent, il est vivement conseillé de prendre contact auprès des inspections du travail pour signaler les abus des employeurs à ce sujet et demander une intervention.

L) Est-ce qu'un agent titulaire de la fonction publique hospitalière suspendu peut travailler chez un autre employeur pendant le temps de sa suspension ?

Il existe une interdiction de cumul d'activité, avec toutefois des dérogations possibles, pour les fonctionnaires et les agents publics par l'article 25 septies de La loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et les articles 6 à 17 du Décret n°2020-69 du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique.

https://www.legifrance.gouv.fr/loda/article_lc/LEGIARTI000038923251/
<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000041506165/>

Toutefois, la loi du 5 août 2021 ayant instauré, de manière dérogatoire, une suspension de l'exercice professionnel et de la rémunération (sans possibilité de percevoir un revenu de remplacement) pour non-respect de l'obligation vaccinale, et qui n'est pas limitée dans le temps, il semblerait possible qu'une juridiction administrative puisse déroger à cette interdiction de principe de cumul d'activité dans le cadre d'un litige à venir.

Si cela était le cas, le secteur LDAJ le ferait savoir dans des communications à venir.

Octobre 2021 - Secteur LDAJ de la Fédération CGT Santé Action sociale