



Sélection des « Questions-Réponses » au secteur fédéral LDAJ Mai-Juin 2019

Vous trouverez ci-dessous une sélection des questions qui sont parvenues récemment au secteur fédéral LDAJ et les réponses apportées par les membres du secteur. Les syndicats et/ou les USD doivent interpellier en amont leur direction en leur demandant de fournir le texte applicable à la question posée. Ce principe s'applique dans le secteur privé comme dans la fonction publique hospitalière.

Les questions-réponses sont classées en deux parties : **secteur privé** (Code du travail, CCN66, CCN 51,...) et **fonction publique hospitalière**.

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 anciens numéros « Questions-Réponses au secteur LDAJ », les numéros de la lettre d'information juridique fédérale ainsi que les veilles juridiques mensuelles de notre champ fédéral sont disponibles sur le site fédéral www.sante.cgt.fr dans la rubrique « vos droits ».

De même, des recueils et des fiches juridiques sont consultables sur le site fédéral :

- Recueil des textes : <http://www.sante.cgt.fr/Les-recueils-de-textes>
- Page juridique santé et action sociale privées : <http://www.sante.cgt.fr/Page-juridique-Sante-privee>
- Sélection des textes dans la fonction publique hospitalière : <http://www.sante.cgt.fr/Recueil-des-textes-juridiques-dans-la-fonction-publique-hospitaliere>

Le secteur LDAJ de la Fédération CGT Santé Action Sociale

1) Un syndicat peut-il refuser un adhérent conformément à ses propres statuts ?

Oui.

La Convention de l'OIT de 1948 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical (Convention n° 87) prévoit notamment (Partie I. Liberté syndicale Article 2) que les travailleurs et les employeurs, sans distinction d'aucune sorte, ont le droit, sans autorisation préalable, de constituer des organisations de leur choix, ainsi que celui de s'affilier à ces organisations, à la seule condition de se conformer aux statuts de ces dernières.

De même, l'article 11 de la CEDH Liberté de réunion et d'association dispose que toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.

Mais, la Cour européenne des droits de l'homme, (CEDH 27 févr. 2007, Associated Society of Locomotive Engineers and Firemen c/ Royaume-Uni, req. no 11002/05) a fait une précision « *De même qu'un employé ou un travailleur doit être libre d'adhérer ou de ne pas adhérer à un syndicat sans être sanctionné ou faire l'objet de mesures de dissuasion, le syndicat doit de son côté être libre de choisir ses membres. L'article 11 ne saurait être interprété comme imposant aux associations ou aux organisations l'obligation d'admettre dans leurs rangs toute personne souhaitant adhérer. Lorsque des associations sont formées par des personnes qui, épousant certaines valeurs ou certains idéaux, ont l'intention de poursuivre des buts communs, il serait contraire à l'essence même de la liberté en jeu de les empêcher de choisir leurs membres (...) le droit d'adhérer à un syndicat « pour la défense de ses intérêts » ne saurait s'analyser comme un droit général d'adhérer au syndicat de son choix quelles qu'en soient les règles.*

Dans l'exercice de leurs droits garantis par l'article 11 § 1, les syndicats doivent rester libres de décider, conformément à leurs statuts, des questions relatives à l'admission et à l'exclusion d'adhérents.

Cependant, le syndicat doit éviter tout abus d'une position dominante qui pourrait être constitué par exemple lorsque le refus d'adhésion ou l'exclusion d'un adhérent par le syndicat n'est pas conforme à ses propres statuts ou que ceux-ci sont totalement déraisonnables ou arbitraires.

2) Une salariée en accident de travail depuis décembre 2016, ayant repris le travail en mai 2019, peut-elle faire valoir ces droits à CA sur les trois années écoulées (2016 à 2019) ou seulement sur une seule année ?

Sauf accord de l'employeur, les congés non pris ne peuvent se reporter que dans le délai de 15 mois.

Le report des congés annuels non pris pour raison de maladie est un principe juridique définitivement tranché dans le secteur privé comme dans la fonction publique. Cela résulte de l'application de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 relative à certains aspects de l'aménagement du temps de travail.

La Cour de cassation et le Conseil d'état ont fixé dans les jurisprudences récentes des limites à ce report.

Ainsi, en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires fixant une période de report des congés payés qu'un salarié s'est trouvé, du fait d'un congé maladie, dans l'impossibilité de prendre au cours d'une année civile donnée, le juge peut en principe considérer que **ces congés peuvent être pris au cours d'une période de 15 mois après le terme de cette année**. De même, ce droit au report s'exerce, en l'absence de dispositions dans le droit national, **dans la limite de quatre semaines de congés**.

Dans le cas de cette salariée, il est possible de demander le report de ces congés mais juridiquement, sauf accord de l'employeur, les périodes de report de ses congés non pris acquis au cours de l'année 2016 et 2017 sont expirées respectivement, depuis le 1er avril 2018 (pour les CA 2016) et le 1^{er} avril 2019 (pour les CA 2017).

Toutefois, pour l'année 2018, le salarié y a droit car la période de report des congés non pris expire au 1er avril 2020.

3) Quel est le seuil de salariés pour obliger un employeur d'établir un règlement intérieur dans un établissement médico-social ?

A ce jour, l'article L. 1311-2 du Code du travail prévoit que **l'établissement d'un règlement intérieur est obligatoire dans les entreprises ou établissements employant habituellement au moins 20 salariés**. Cela s'applique dans tous les établissements, y compris le secteur sanitaire, social et médico-social.

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=E8EE0AED9DE13DCF034E23EEB2C64107.tplgfr37s_1?idArticle=LEGIARTI000025578835&cidTexte=LEGITEXT000006072050&categorieLien=id&dateTexte=20191231

Toutefois, la Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite PACTE a introduit de nombreuses modifications des seuils de salariés dans le Code du travail, dont celui sur l'obligation d'établir un règlement intérieur.

Ainsi, à compter du 1er janvier 2020, il est prévu que l'établissement d'un règlement intérieur ne sera obligatoire que dans les entreprises ou établissements employant au moins 50 salariés.

De plus, à cette date, cette obligation ne s'appliquera qu'au terme d'un délai de douze mois à compter de la date à laquelle le seuil de 50 salariés a été atteint.

4) Si l'employeur repousse de sa propre initiative la date d'un entretien préalable au licenciement, est-ce que ce report a un impact sur le délai d'un mois prévu pour sanctionner le salarié ?

Non.

La Cour de cassation s'est prononcée récemment sur le délai d'un mois, prévu par l'article L. 1332-2 du Code du travail, à respecter dans le cadre de la notification d'un licenciement disciplinaire et la date à retenir en cas de report de l'entretien préalable de la seule initiative de l'employeur.

L'arrêt N°17-31228 de la Cour de cassation du 17 avril 2019 a précisé que **si l'employeur, ayant constaté que le salarié ne s'était pas présenté à la date fixée pour l'entretien, a décidé de sa seule initiative d'en reporter la date, sans que cela ne résulte d'une demande du salarié, le point de départ du délai de notification de la sanction commence à courir à la date de l'entretien initial auquel le salarié ne s'était pas présenté.**

Si l'employeur fait parvenir la lettre de licenciement au salarié au-delà du délai d'un mois après la date du premier entretien préalable, le licenciement du salarié est reconnu sans cause réelle et sérieuse.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT00038440452&fastReqId=1455047249&fastPos=1>

Fonction publique hospitalière

1) Est-il possible pour une administration de rémunérer un agent contractuel sur une grille de salaire qui n'existe plus ?

Concernant la rémunération d'un agent contractuel, tout dépend si la rémunération prévue dans la rédaction du contrat des agents fait référence à une grille de salaire ou à un indice brut et majoré.

Si c'est en référence à une grille, les nouvelles grilles de salaires issues du PPCR doivent s'appliquer aux agents contractuels.

C'est le Décret 91-155 du 6 février 1991 qui détermine les dispositions générales applicables aux agents contractuels dans la fonction publique hospitalière.

L'article 1-2 prévoit que le montant de la rémunération est fixé par l'autorité administrative, **en prenant en compte, notamment, les fonctions occupées, la qualification requise pour leur exercice, la qualification détenue par l'agent ainsi que son expérience, sous contrôle du juge administratif.**

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006077231>

Les anciennes grilles étant placées en cadre d'extinction, les agents recrutés en CDD ou CDI doivent, au minimum (mais cela n'est pas une obligation et cela peut être plus avantageux pour l'agent), être rémunérés au 1er échelon de la grille applicable aux agents titulaires du même grade.

Des jurisprudences ont ajouté que :

- la responsabilité de l'administration peut être engagée pour avoir maintenu un niveau de rémunération peu élevé « manifestement inadapté aux fonctions confiées et à la qualification que l'agent avait acquise pour les exercer ».

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETA TEXT000027297319&fastReqId=1646052972&fastPos=1>

- la rémunération au 1er échelon de la grille n'est pas une obligation mais cela peut être sur un échelon supérieur.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETA TEXT000007877586&fastReqId=1210353404&fastPos=1>

- Un centre hospitalier public peut décider d'accorder aux agents contractuels une rémunération supérieure d'environ 25 % à celle qui est versée aux agents titulaires pour pouvoir recruter et fidéliser ces professionnels de santé dans le secteur public sans constituer une discrimination fautive envers les agents titulaires.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETA TEXT000036848906&fastReqId=1375139240&fastPos=1>

Donc, tout dépendant de ce que prévoit le contrat que l'agent peut accepter ou non, il est important et indispensable de porter ce sujet en CTE et d'en informer les agents concernés.

Concernant les primes et indemnités, c'est à vérifier au cas par cas. Une instruction a été émise par la DGOS en 2015 concernant les primes pouvant leur être servies : https://solidarites-sante.gouv.fr/fichiers/bo/2015/15-04/ste_20150004_0000_0059.pdf

2) Est-il possible pour notre administration d'entrer dans le local syndical mis à notre disposition dans notre établissement en notre absence et sans nous avoir prévenu ?

Non. Ces faits sont très graves et doivent fait l'objet d'un dépôt de plainte pour violation de domicile et être dénoncés fermement auprès de l'ARS, Préfecture et Ministère. Ce principe s'applique dans le secteur privé ou la fonction publique.

Un employeur, public ou privé, ne peut pas pénétrer dans le local syndical sans l'autorisation du syndicat. Vous devez contacter un avocat pour examiner la procédure juridique adaptée à cette situation. Le syndicat a un intérêt à agir sur ce sujet.

Une personne morale, comme un syndicat, peut disposer d'un local syndical assimilé à un domicile et une décision de justice est indispensable pour y pénétrer à l'insu du syndicat.

La jurisprudence précise qu'un employeur qui pénètre dans un local syndical sans autorisation et à l'insu du syndicat se rend coupable du délit de violation de domicile.

C'est ce qui a été indiqué par la Décision du Tribunal de Grande Instance de Limoges du 25 juin 1980 et l'arrêt Cour cassation 23 mai 1995.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT00007065770&fastReqId=1499829116&fastPos=1>

L'article 432-8 du Code pénal précise que le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, agissant dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, de s'introduire ou de tenter de s'introduire dans le domicile d'autrui contre le gré de celui-ci hors les cas prévus par la loi est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=9FD93ECD561A00F528AA11A3516F91AC.tplgfr25s_2?idSectionTA=LEGISCTA000006181760&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20020101

L'article 226-4 du Code pénal ajoute que l'introduction dans le domicile d'autrui à l'aide de manœuvres, menaces, voies de fait ou contrainte, hors les cas où la loi le permet, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=9FD93ECD561A00F528AA11A3516>

[F91AC.tplgfr25s_2?idSectionTA=LEGISCTA000006165309&cidTexte=LEGITEXT000006070719
&dateTexte=20150626](https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20150626)

Ce sujet doit être débattu au CTE et il faut se rapprocher d'un avocat pour les démarches juridiques à mettre en œuvre pour violation de domicile.

3) Existe-t-il des textes qui encadrent la présence d'une IAO - infirmière d'accueil et d'organisation - dans les services d'urgence ?

Oui. Ces dispositions figurent dans le Code de la santé publique

La fonction d'IAO a été introduite dans le Code de la santé publique par le décret du 22 mai 2006 relatif aux conditions techniques de fonctionnement applicables aux structures de médecine d'urgence.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000788652&categorieLien=id>

L'article D. 6124-18 du Code de la santé publique dispose que « **Lorsque l'activité de la structure des urgences le justifie**, l'équipe comprend en outre un infirmier assurant une fonction d'accueil et d'organisation de la prise en charge du patient.

Cet infirmier met en œuvre, par délégation du médecin présent dans la structure, les protocoles d'orientation et coordonne la prise en charge du patient, le cas échéant jusqu'à l'hospitalisation de ce dernier ».

Cet article précise que la présence de l'IAO est en **fonction de l'affluence des urgences**. Donc, en cas de grande affluence, un IOA doit impérativement être présent dans le service.

De surcroît, l'article D6124-17 du CSP ajoute que « L'effectif de l'équipe médicale de la structure des urgences comprend un nombre d'infirmiers suffisant pour qu'au moins **l'un d'entre eux soit présent en permanence** ».

[https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=0D2D396E88D33C4B1A3447FCBB6EE8D5.tplgfr25s_2?idSectionTA=LEGISCTA000006198992&cidTexte=LEGITEXT000006072665
&dateTexte=20190627](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=0D2D396E88D33C4B1A3447FCBB6EE8D5.tplgfr25s_2?idSectionTA=LEGISCTA000006198992&cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20190627)

Par conséquent, vous devez vous appuyer sur ces dispositions pour exiger de la direction de mettre en place un poste IAO H24.

Ce sujet peut relever d'un point à débattre en CTE et CHSCT.

4) Les suppléants peuvent-ils siéger de droit aux réunions du CHSCT ?

Non. Cela relève de la négociation et du règlement intérieur du comité.

Le Code du travail est silencieux et ne prévoit pas qu'un suppléant puisse siéger de droit avec les titulaires lors des réunions sur du temps de CHSCT.

Cela doit relever d'un sujet à débattre et négocier lors de l'élaboration du règlement intérieur du comité mais, sauf accord de l'employeur, le temps passé par les suppléants en réunion n'entre pas dans le temps prévu pour les titulaires ni par l'article 15 du Décret 86-660.

Il est possible de proposer en négociation de s'aligner sur ce qui est prévu pour le CTE, un suppléant par délégation.

5) Sur quels textes s'appuie l'administration pour demander aux agents de se déclarer grévistes 48 heures avant le jour de la grève ?

A ce jour, il n'existe aucune disposition légale ou réglementaire imposant à un agent de la FPH de se déclarer gréviste 48 heures avant le jour de la grève.

Les jurisprudences sont contradictoires au sujet du délai de 48 h pour se déclarer gréviste.

Un arrêt du Conseil d'État du 6 juillet 2016, qui concerne la Fonction publique territoriale précise que "... **en imposant à chaque agent employé dans les équipements sportifs de la ville de se déclarer gréviste, non pas 48 heures avant la date à laquelle il entend personnellement participer à un mouvement de grève, mais 48 heures avant le début de la grève fixé dans le préavis, cette réglementation apporte au droit de tout agent de rejoindre un mouvement de grève déjà engagé, des restrictions dont il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés qu'elles excèdent ce qui est nécessaire pour prévenir un usage abusif de la grève dans les établissements sportifs de la Ville de Paris et qui ne sont justifiées ni par les nécessités de l'ordre public ni par les besoins essentiels du pays...** ".
Cette demande de se déclarer gréviste ne sert à rien car l'administration dispose déjà du pouvoir d'assignation des agents pour assurer la continuité du service public hospitalier.

Pour rappel, **pendant la durée du préavis, les parties sont tenues de négocier. Donc :**

1) Si un agent se déclare gréviste, il peut changer d'avis et venir travailler. A défaut, cela pourrait porter atteinte à la liberté de travailler si l'agent change d'avis avant le jour de la grève.

Donc, si la négociation aboutit favorablement pendant le préavis ou si l'agent change d'avis, même s'il se serait déclaré gréviste, il pourrait venir travailler le jour de la grève et être payé.

2) Si un agent ne se déclare pas gréviste, il peut aussi changer d'avis selon l'avancée des négociations s'il n'est pas assigné.

Dans les deux cas, que l'agent se déclare gréviste ou pas... tant qu'il n'est pas assigné, il peut faire ce qu'il veut.

Il faut porter ces éléments à l'administration en indiquant qu'elle peut procéder, si elle le souhaite, à des assignations pour organiser le service minimum sous contrôle du juge administratif qui peut être saisi par les agents, en cas d'atteinte au droit de grève, sous forme de référé liberté.

Concernant les assignations, c'est à l'administration d'organiser les assignations des agents en amont du jour de grève, y compris par lettre recommandée AR ou remise en main propre contre signature avant la prise de service.

Les assignations écrites et individuelles des agents de la FPH relèvent du pouvoir de l'administration, sous contrôle du juge administratif. Elles ne peuvent pas être supérieures aux nombres d'agents prévus dans les effectifs minimums, s'ils existent, lors d'une journée "normale" de travail. La référence aux effectifs lors du week-end et/ou jours fériés n'est pas la seule à prendre en compte. Des jugements récents autorisent l'administration à y déroger.

Le TA est compétent pour examiner les contentieux de l'exercice du droit de grève dans la FPH y compris sous forme de référé liberté, après avis d'un avocat spécialisé en droit public.

Un recueil sur le droit de grève est disponible sur le site fédéral :

<http://www.sante.cgt.fr/Droit-de-greve>

6) Est-ce que les textes sur la prime des personnels travaillant dans les services d'urgence dans la FPH ont-été publiés ?

Oui.

Le Décret n° 2019-680 du 28 juin 2019 modifiant le décret n° 92-6 du 2 janvier 1992 portant attribution d'une indemnité forfaitaire de risque à certains agents de la fonction publique hospitalière et l'arrêté du 28 juin 2019 modifiant l'arrêté du 21 décembre 2000 fixant le montant mensuel de l'indemnité forfaitaire de risque allouée à certains fonctionnaires hospitaliers ont été publiés au JO.

Ces textes prévoient, à compter du **1er juillet 2019**, le **bénéfice de l'indemnité forfaitaire de risque d'un montant de 118 € brut mensuel aux personnels affectés en permanence dans une structure mobile d'urgence et de réanimation ou dans une structure des urgences générale ou pédiatrique.**

De plus, **il est maintenant possible de cumuler le bénéfice de l'indemnité forfaitaire de risque avec l'indemnité pour travaux dangereux, incommodes, insalubres et salissants de 1^{ère} catégorie pour affectation dans les services de malades agités et difficiles ou pour affectation dans les services d'admission des malades mentaux.**

Juillet 2019 - Secteur LDAJ de la Fédération CGT Santé Action sociale