

**NOTE SUR LA SITUATION JURIDIQUE DES SALARIES SUSPENDUS
FAUTE DE VACCINATION CONTRE LA COVID-19**

(Personnel soignant visé par la loi du 5 août 2021)

Au regard de la loi litigieuse du 5 août 2021, bien qu'actuellement contestée dans le cadre de divers contentieux, depuis le 15 octobre 2021, les professionnels de santé ne peuvent plus exercer leur activité et leur rémunération est suspendue à défaut de justifier soit d'une attestation de contre-indication médicale à la vaccination, soit d'un certificat de rétablissement, soit d'un certificat vaccinal complet.

Cette situation entraîne de nombreux questionnements et/ou de situations juridiques contestables.

Cette fiche a donc pour vocation de vous apporter des réponses sur cette situation.

I- LA POSSIBILITÉ POUR LES SALARIES SOUMIS À L'OBLIGATION VACCINALE DE CUMULER UN AUTRE EMPLOI PENDANT LEUR SUSPENSION

Lorsqu'un salarié est suspendu pour non-respect de l'obligation vaccinale, son contrat de travail n'est pas rompu avec son employeur, mais seulement suspendu le temps de la mesure.

Le salarié est donc dispensé de toute activité.

Pour autant, il reste tenu à l'égard de son employeur :

- D'un devoir de loyauté qui consiste en une obligation générale de bonne foi et de discrétion envers l'employeur. (Exemple : vous ne pouvez commettre des actes de dénigrement ou de concurrence directe à l'égard de l'entreprise) ;
- D'un devoir d'exclusivité, si une clause d'exclusivité est expressément prévue dans votre contrat de travail et sous réserve que celle-ci soit légale.

Sous réserve de ces tempéraments, un salarié suspendu dans le cadre de la vaccination contre la covid-19 peut cumuler temporairement un autre emploi le temps de sa suspension.

Remarque : L'éventuelle présence d'une clause de non-concurrence dans le contrat de travail n'aura pas d'impact dans le cadre de la suspension, celle-ci n'étant opposable qu'en cas de rupture du contrat.

Nous précisons que dans l'hypothèse d'un arrêt maladie, le salarié ne peut exercer une activité pendant son arrêt.

II- LES SUITES DE LA SUSPENSION DES SALARIES

L'exigence de l'obligation vaccinale dans le domaine socio-médical n'est pas limitée dans le temps de sorte **qu'à ce jour**, le contrat de travail ainsi que la rémunération des salariés peuvent être suspendus, pendant une durée indéterminée.

Cette situation est particulièrement inadmissible et choquante !

Pour tenter de se sortir de cette situation inextricable, diverses situations sont envisageables.

Toutefois, il est immédiatement précisé qu'il convient de ne pas démissionner de vos fonctions puisque vous perdrez votre éventuel droit à l'allocation chômage, à moins que vous ayez trouvé un nouvel emploi.

1) La rupture conventionnelle avec l'employeur.

Durant la suspension de son contrat de travail, le salarié en CDI peut demander à son employeur une rupture conventionnelle, qui sera libre d'accepter ou de refuser.

Il est précisé que le salarié en CDD ou le salarié pouvant bénéficier d'une pension de retraite d'un régime obligatoire, ne peut bénéficier d'une rupture conventionnelle.

Il est possible que l'employeur refuse puisque cette rupture entrainera nécessairement un coût pour celui-ci qui devra *a minima* régler l'indemnité de rupture conventionnelle (correspondant à l'indemnité de licenciement).

En cas d'accord de l'employeur, le contrat devrait être rompu après environ 45 jours (15 jours calendaires + 15 jours ouvrables) après la signature du formulaire CERFA sous réserve d'homologation par l'inspection du travail. Le salarié pourra alors bénéficier de l'allocation chômage s'il remplit les conditions d'attribution.

2) En cas de refus de rupture conventionnelle, le salarié peut, en principe, cumuler des emplois pendant la suspension de son contrat.

Nous vous renvoyons au paragraphe I ci-dessus sur le cumul d'emploi pendant la suspension.

3) En cas de licenciement.

Il est précisé qu'un licenciement pour faute ne peut intervenir que pour des fautes de moins de 2 mois. Par conséquent, en cas de suspension des fonctions depuis plus de 2 mois (pour cause COVID, arrêt de travail, congés payés, etc ...), l'employeur ne pourra plus licencier le salarié pour des faits avant la suspension, sauf à ce qu'il prouve qu'il vient de découvrir les griefs reprochés.

Le licenciement pendant la période de suspension du contrat pourrait être caractérisé notamment par l'exercice d'une autre activité pendant la suspension du contrat ou par désorganisation de l'exercice de la société en raison de l'absence prolongée du salarié suspendu.

Le cas échéant, l'employeur devra engager la procédure de licenciement de droit commun (convocation / entretien préalable au licenciement / notification de licenciement).

Il est vraisemblable que le licenciement soit fondé sur une faute grave de sorte que le salarié ne percevra pas d'indemnité de licenciement, ni de préavis. En revanche, il sera réglé de son éventuel solde de congés payés et pourra bénéficier de l'allocation chômage s'il remplit les conditions d'attribution.

Cette situation aura le mérite de sortir le salarié d'une situation inextricable en mettant fin à la suspension de son salaire.

Toutefois, cette situation ne sécurise pas pour autant l'employeur compte tenu de l'important risque de contentieux du salarié à l'encontre de son employeur notamment pour licenciement déguisé fondé sur l'absence de vaccination.

Il serait donc possible d'envisager une rupture négociée avec l'employeur.

4) Un possible accord transactionnel postérieurement au licenciement

En dernier lieu, dans l'hypothèse d'un licenciement notamment pour faute, il est possible en cas de contestation et d'existence d'un litige entre le salarié et l'employeur, que les parties trouvent une solution amiable pour mettre un terme à ce différend par des concessions réciproques.

Dans cette hypothèse, l'employeur pourrait accepter de verser au salarié une indemnisation pour les préjudices subis du fait de licenciement abusif. En contrepartie, le salarié accepterait de renoncer à toute action judiciaire à l'encontre de son employeur.

III- LE CERTIFICAT DE RETABLISSEMENT PERMET AU SALARIE DE REPRENDRE SES FONCTIONS ET CE PENDANT LA DUREE DE VALIDITE DUDIT CERTIFICAT QUI EST ACTUELLEMENT DE 6 MOIS

En vertu de la loi du 5 août 2021, dès lors que vous avez contracté la COVID-19, vous bénéficiez d'un certificat de rétablissement d'une durée de 6 mois qui vous permet de retravailler le temps de la validité de celui-ci.

Légalement, votre employeur ne peut donc vous refuser la réintégration à votre poste.

En effet, l'obligation vaccinale est encadrée par la loi n°2021-1040 du 5 août 2021 et le décret n°2021-699 du 1^{er} juin 2021 modifié.

À ce titre, l'article 13 de la loi du 5 août 2021 susvisée dispose que les personnes soumises à l'obligation vaccinale établissent :

« Satisfaire à l'obligation de vaccination en présentant le certificat de statut vaccinal prévu au second alinéa du II du même article 12.

Par dérogation au premier alinéa du présent 1^o, peut être présenté, pour sa durée de validité, le certificat de rétablissement prévu au second alinéa du II de l'article 12. »

L'article 12 de ladite loi dispose qu'un décret pris après avis de la Haute Autorité de Santé détermine « *les éléments permettant d'établir (...) le certificat de rétablissement à la suite d'une contamination par la covid-19.* »

Selon l'article 2-2 du décret du 1^{er} juin 2021, « *le certificat de rétablissement à la suite d'une contamination par la covid-19 est délivré sur présentation d'un document mentionnant un résultat positif à un examen de dépistage RT-PCR ou à un test antigénique réalisé plus de onze jours et moins de six mois auparavant. Ce certificat n'est valable que pour une durée de six mois à compter de la date de réalisation de l'examen ou du test mentionnés à la phrase précédente.*

Il résulte de ces dispositions que l'employeur ne peut, en l'état des textes actuels, exiger d'un salarié, un schéma vaccinal complet ou non contre la COVID-19, dès lors que le salarié bénéficie d'un certificat de rétablissement, lequel est valable pendant une durée de 6 mois.