

Paris, le 15 novembre 2021

---

## Décision-cadre du Défenseur des droits n°2021-291

---

**La Défenseure des droits,**

Vu la Constitution du 4 octobre 1958, notamment son article 71-1 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

---

Vu la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ;

Vu la loi n° 86-83 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière ;

Vu la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ;

Vu la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire ;

Après communication par le tribunal administratif de Z de la requête en référé-suspension introduite par Monsieur X, agent contractuel de droit public dont le versement de la rémunération a été suspendu alors même qu'il se trouvait en congé de maladie ordinaire ;

Décide de présenter au juge des référés les observations générales suivantes sur la suspension pour non-respect de l'obligation vaccinale d'un agent public placé en congé de maladie.

Claire HÉDON

## **Observations de la Défenseure des droits sur la suspension pour non-respect de l'obligation vaccinale d'un agent public placé en congé de maladie**

Aux termes de l'article 4 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, ce dernier est chargé de lutter contre les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, ainsi que de promouvoir l'égalité.

Dans son avis n° 21-11 du 20 juillet 2021 sur le projet de loi relatif à la « gestion de la crise sanitaire », la Défenseure des droits avait soulevé dix points d'alerte. S'agissant de l'obligation vaccinale pour certaines professions, tout en reconnaissant l'importance de la vaccination dans la lutte contre la pandémie, elle avait rappelé, en son point 10, que cette obligation ne pouvait aboutir à contrevenir au « *principe de non-discrimination en matière d'emploi* ».

Elle a depuis lors été saisie par plusieurs agents publics ne satisfaisant pas à l'obligation vaccinale au 15 septembre 2021, suspendus de leur fonction à compter de cette date, qui estiment faire l'objet d'une discrimination fondée sur leur état de santé dès lors qu'ils étaient placés en arrêt de travail à la date d'entrée en vigueur de ladite obligation.

### **ANALYSE JURIDIQUE**

L'article 12 de la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire a créé une obligation vaccinale à l'égard des personnels exerçant leur activité professionnelle dans les établissements, centres et services de santé.

En application de l'article 14 de cette loi, les personnels qui ne satisfont pas à cette obligation vaccinale à compter du 15 septembre 2021 ne peuvent plus exercer leur activité.

L'agent qui fait l'objet d'une interdiction d'exercer peut utiliser, avec l'accord de son employeur, des jours de congés payés. À défaut, il est suspendu de ses fonctions ou de son contrat de travail. Cette suspension s'accompagne de l'interruption du versement de la rémunération.

Cependant, le texte législatif ne précise pas si les agents placés en arrêt de travail à la date d'entrée en vigueur de l'obligation vaccinale qui ne satisfont pas à cette dernière peuvent être suspendus dans les conditions susmentionnées, ce qui a entraîné des divergences d'interprétation entre les juges de référé des tribunaux administratifs. Il appartiendra au Conseil d'État, en sa qualité de juge de cassation, de trancher ce débat contentieux.

Dans cette attente, le Défenseur des droits entend présenter les observations générales suivantes.

#### **I- Sur les garanties de droit commun reconnues aux agents publics malades**

Tout d'abord, il convient de rappeler que la loi prohibe tout traitement défavorable d'un agent sur le fondement de son état de santé, notamment en matière d'emploi.

La loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations dispose, en son article 1<sup>er</sup>, que « *Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement (...) de son état de santé (...) une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable* ».

Il résulte de l'article 2 de la même loi que « *Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur un motif mentionné à l'article 1er est interdite en matière (...) d'emploi (...).*

*Ce principe ne fait pas obstacle aux différences de traitement fondées sur les motifs visés à l'alinéa précédent lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée (...)* ».

Comme l'indique expressément l'article 5 de la même loi, ces dispositions s'appliquent à l'ensemble des employeurs, publics et privés. Les agents hospitaliers ne peuvent dès lors subir de discrimination, directe ou indirecte, notamment en lien avec leur état de santé.

L'état de santé du fonctionnaire hospitalier en activité peut le conduire à demander le bénéfice des différents congés pour raisons de santé.

Aux termes de l'article 41 de la loi n° 86-83 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière : « *Le fonctionnaire<sup>1</sup> en activité a droit : (...) 2° A des congés de maladie dont la durée totale peut atteindre un an pendant une période de douze mois consécutifs en cas de maladie dûment constatée mettant l'intéressée dans l'impossibilité d'exercer ses fonctions. Celui-ci conserve alors l'intégralité de son traitement pendant une durée de trois mois ; ce traitement est réduit de moitié pendant les neuf mois suivants (...)* ».

En vertu de l'article 14 du 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, le fonctionnaire hospitalier est placé de droit en congé de maladie en cas de maladie dûment constatée le mettant dans l'impossibilité d'exercer ses fonctions.

Le Conseil d'État a admis de longue date<sup>2</sup> que l'agent malade, « *placé de plein droit en congé de maladie dès la demande qu'il a formulée sur le fondement d'un certificat médical, demeure en situation régulière tant que l'administration n'a pas contesté le bien-fondé de ce congé* ».

Pendant la période de son arrêt de travail, l'agent public doit pouvoir se consacrer au rétablissement de sa santé et n'est pas tenu de répondre aux sollicitations de son employeur. Il doit seulement transmettre, dans le délai de quarante-huit heures suivant son établissement, un avis d'interruption de travail, en vue d'obtenir un congé de maladie ou son renouvellement<sup>3</sup>. Son employeur ne peut donc lui demander de fournir des justificatifs relatifs à son statut vaccinal avant le terme de son congé de maladie.

À cet égard, si des employeurs expliquent avoir ponctuellement constaté l'existence d'abus de la part de certains agents qui auraient bénéficié d'arrêts de complaisance, il est loisible aux établissements de santé, lorsqu'ils estiment qu'un de leurs agents a été placé en congé maladie sans que son état de santé ne le justifie réellement, de recourir aux procédures de contrôle instituées par la réglementation afin, précisément, d'empêcher de tels abus.

Si un agent malade peut ainsi être amené à devoir se soumettre à des contrôles permettant de vérifier le bien-fondé de son placement en congé maladie, sous peine d'entraîner l'interruption du versement de sa rémunération, il n'a en revanche pas à justifier de son statut vaccinal lorsqu'il est en arrêt maladie depuis l'entrée en vigueur de la loi du 5 août 2021.

---

<sup>1</sup> Pour les agents non titulaires de la fonction publique hospitalière, les règles relatives aux congés pour raisons de santé figurent aux articles 10 et suivants du décret n° 91-155 du 6 février 1991.

<sup>2</sup> CE, sous-sections réunies, 16 novembre 1992, n° 93928.

<sup>3</sup> En application des dispositions combinées du 2° de l'article 41 de la loi du 9 janvier 1986 et de l'article 15 du décret du 19 avril 1988 susmentionnés.

## **II- Sur l'interprétation du champ d'application de l'obligation vaccinale**

L'article 12 de la loi du 5 août 2021 concerne les personnes « *exerçant leur activité* ». Si l'agent placé en congé de maladie ordinaire demeure, statutairement, en position d'activité, il ne saurait être regardé comme présentant un risque de transmission du virus. Or, il est constant que l'obligation vaccinale a pour objectif de limiter la propagation de l'épidémie de Covid-19.

À cet égard, l'étude d'impact de la loi du 5 août 2021 indique que l'obligation vaccinale conditionne la poursuite d'activité des agents « *lorsque celle-ci les amène à être en contact avec des publics vulnérables bénéficiant de soins ou d'une prise en charge médico-sociale* ».

Dans son avis du 19 juillet 2021, la section sociale du Conseil d'État a précisé que sont concernés par l'obligation vaccinale « *les professionnels au contact direct des personnes les plus vulnérables dans l'exercice de leur activité professionnelle ainsi (que) celles qui travaillent dans les mêmes locaux* ».

### **1. Sur l'absence de discrimination à l'égard des déchargés syndicaux**

En pratique, deux catégories d'agents hospitaliers ont, dans certains des recours introduits à l'encontre des suspensions prononcées pour non-respect de l'obligation vaccinale, soulevé le moyen tiré de la violation du principe de non-discrimination : les délégués syndicaux et les agents absents pour raisons de santé. Pour mémoire, la loi du 27 mai 2008 précitée prohibe, notamment, tout traitement défavorable au travail lié à l'« *état de santé* » et aux « *activités syndicales* ».

Seule la situation des agents investis d'un mandat syndical a déjà donné lieu à une prise de position du Conseil d'État, en sa qualité de juge d'appel des ordonnances de référé-liberté.

Le juge des référés du Conseil d'État a ainsi considéré que les bénéficiaires d'une décharge syndicale – y compris ceux bénéficiant d'une décharge totale –, étaient soumis à l'obligation vaccinale au même titre que les agents au contact des malades « *dès lors qu'ils entretiennent nécessairement, eu égard à leur lieu de travail, des interactions avec des professionnels de santé en contact avec ces derniers* » (ordonnance n° 457101 du 20 octobre 2021).

Il a ainsi estimé que la mesure de suspension ne constituait pas une atteinte disproportionnée à la liberté syndicale en relevant que ces agents étaient amenés à exercer « *leur activité syndicale dans les locaux d'un tel établissement* ».

En effet, il ne saurait y avoir une atteinte au principe de non-discrimination lié aux activités syndicales dès lors que les déchargés syndicaux exercent, à l'instar des autres agents, une activité au sein des établissements de santé, même si celle-ci est de nature syndicale.

Pour la Défenseure des droits, la situation est en revanche tout autre pour les agents publics en congé de maladie ordinaire (CMO), de longue maladie (CLM) ou de longue durée (CLD).

À cet égard, la comparaison faite par certains employeurs avec la situation des agents publics bénéficiant d'une autorisation de télétravail n'est pas davantage pertinente.

## 2. Sur la différence de situation entre les agents publics en congé maladie et les agents amenés à exercer leurs fonctions en télétravail

Pour mémoire, l'article 133 de la loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 a consacré la possibilité, pour les agents publics, d'exercer leurs fonctions dans le cadre du télétravail. Ses conditions d'application ont été ensuite explicitées par des normes réglementaires.

L'article 6 du décret n° 2016-151 du 11 février 2016 relatif aux conditions et modalités de mise du télétravail dans la fonction publique et la magistrature a précisé que « *Les agents exerçant leurs fonctions en télétravail bénéficient des mêmes droits et obligations que les agents exerçant sur leur lieu d'affectation (...)* ». L'article 5 du même texte indique qu'« (...) *Il peut être mis fin à cette forme d'organisation du travail, à tout moment et par écrit, à l'initiative de l'administration ou de l'agent (...)* ».

Comme le rappelle l'accord-cadre relatif à la mise en œuvre du télétravail dans la fonction publique signé le 13 juillet 2021, « le télétravail est un mode de travail qui ne déroge en aucune façon aux règles de droits et obligations du travail ». Ce même accord-cadre insiste également sur la réversibilité du télétravail, soulignant que « *Les nécessités de service peuvent également justifier, sous réserve du respect d'un délai de prévenance, l'exigence d'un retour sur site pendant un jour de télétravail. Lorsqu'un retour sur site apparaît impératif pour plusieurs jours consécutifs, il peut être procédé à une suspension provisoire de l'autorisation de télétravail. Cette suspension doit être motivée par des nécessités de service* ».

Le recours au télétravail constitue une simple faculté, pouvant être remise en cause tant par l'agent que par l'administration. En outre, un agent en télétravail peut être amené à se rendre, à de multiples occasions, sur son lieu de travail, même pendant les journées pour lesquelles il bénéficie d'une autorisation de télétravail, afin, par exemple, de participer à son entretien professionnel annuel organisé en présentiel, de prendre part à une réunion de service, etc.

En bref, le fait qu'un agent public soit autorisé à exercer tout ou partie de ses fonctions en télétravail n'aboutit en aucun cas à exclure la possibilité d'une présence régulière dans les locaux du service.

Au regard de l'objectif poursuivi par le législateur, consistant à limiter au maximum le risque sanitaire lié à la présence d'agents publics non vaccinés dans l'enceinte des établissements de santé, il paraît cohérent de ne pas exclure les agents en télétravail du mécanisme de suspension de la rémunération pour non-respect de l'obligation vaccinale.

### **III- Sur l'impossibilité de suspendre pour non-respect de l'obligation vaccinale un agent placé en congé maladie depuis l'entrée en vigueur de la loi du 5 août 2021**

Les agents en arrêt de travail n'ont pas à être suspendus de leurs fonctions pour non-respect de l'obligation vaccinale, dès lors qu'ils ne sont pas susceptibles de faire naître un risque sanitaire lié à la présence de l'agent sur le lieu de travail.

Cette solution a été retenue dans plusieurs ordonnances de référé, dont celles rendues par les tribunaux administratifs de Cergy-Pontoise (4 octobre 2021, ordonnance n° 2111794), de Nancy (21 octobre 2021, n° 2102908), de Melun (21 octobre 2021, n° 2109122), de Grenoble, (26 octobre 2021, n° 2106636) ou encore de Rennes (28 octobre 2021, n° 2105126).

D'autres juges des référés ont retenu un raisonnement différent, tel que celui du tribunal administratif de Toulouse, qui considère que le versement d'une rémunération à l'agent qui ne satisfait pas à l'obligation vaccinale au titre de son congé de maladie revient à lui accorder des droits supérieurs à ceux auxquels il aurait pu prétendre s'il n'avait pas bénéficié d'un tel congé (TA de Toulouse, 22 octobre 2021, n° 2105971). Le juge des référés du tribunal administratif de Besançon a, quant à lui, estimé que le bénéfice d'un arrêt de travail ne faisait pas obstacle à l'application d'une législation spécifique subordonnant le maintien de ses droits, et en particulier de son droit à rémunération, au respect d'autres conditions.

1. Sur l'exclusion pour les agents en arrêt maladie de la possibilité de poser des jours de congé payé

Le congé maladie, avec maintien total ou partiel du traitement, a pour objet de compenser la perte de rémunération due à la maladie, en apportant une dérogation à l'exigence du service fait<sup>4</sup>. Dans cette logique, il est exact qu'un tel congé n'a pas vocation à faire bénéficier l'agent malade de droits supérieurs à ceux que l'agent aurait eus s'il n'en avait pas bénéficié.

Comme l'expliquait le rapporteur public dans ses conclusions sur l'arrêt *Montor* rendu par le Conseil d'État le 8 octobre 2012<sup>5</sup>, « Cette solution correspond à la logique des congés de maladie, qui consiste à assurer à l'intéressé un revenu de substitution à celui qui lui serait dû si la maladie ne l'avait pas empêché d'assurer le service ».

Or, contrairement à ce que soutiennent certaines administrations, la loi du 5 août 2021 n'a ni pour objet ni pour effet de suspendre automatiquement le versement de la rémunération des agents non-vaccinés à compter de sa date d'entrée en vigueur.

Le texte législatif reconnaît aux agents en bonne santé la possibilité de reporter la date d'effet de la suspension de fonctions dès lors qu'ils posent, avec l'accord de leur employeur, des jours de congé payé, qui peuvent être des jours de congé annuel comme des jours de RTT.

Il y a là une différence de situation majeure avec les agents malades qui, du fait de leur placement en arrêt de travail, ne disposent pas de la possibilité de prendre des jours de congés payés dans les conditions prévues par les dispositions du III de l'article 14 de ladite loi.

Refuser à un agent malade le versement de son traitement, alors que ce traitement peut valablement être maintenu pour un agent en poste posant des jours de congé, revient donc à traiter défavorablement cet agent par rapport aux autres agents non vaccinés, lesquels peuvent continuer de percevoir leur traitement jusqu'au terme de leurs congés annuels et RTT.

Cette différence de traitement revêt un caractère discriminatoire, dans la mesure où elle est fondée sur un critère de discrimination prohibé par la loi et ne s'avère pas justifiée par des raisons sanitaires, les agents en CMO, CLM et CLD n'étant pas présents sur le lieu de travail.

Il paraît, pour terminer, utile de rappeler que le principe de non-discrimination lié à l'état de santé a valeur supra-législative.

---

<sup>4</sup> Au terme de l'article 20 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, « Les fonctionnaires ont droit, après service fait, à une rémunération comprenant le traitement, l'indemnité de résidence, le supplément familial de traitement ainsi que les indemnités instituées par un texte législatif ou réglementaire (...) ».

<sup>5</sup> CE, chambres réunies, 8 octobre 2012, *Montor*, n° 346979.

2. Sur la valeur supra-législative du principe d'interdiction d'une discrimination liée à l'état de santé

D'une part, en droit interne, aux termes du onzième alinéa du préambule de la constitution du 27 octobre 1946, « Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence ».

À titre de comparaison avec le secteur privé, la chambre sociale de la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de juger, sur le fondement de cette norme de valeur constitutionnelle, que le licenciement discriminatoire d'un salarié en raison de son état de santé « *caractérise une atteinte au droit à la protection de la santé, garanti par l'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946* »<sup>6</sup>.

D'autre part, l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales stipule que « *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur (...) ou toute autre situation* ».

La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a expressément reconnu que l'expression « *toute autre situation* » incluait notamment la situation de handicap, l'état de santé ou encore les caractéristiques génétiques.

Dans l'arrêt *Kiyutin c. Russie*<sup>7</sup>, rendu le 10 mars 2011, elle a ainsi jugé que « *Bien que l'article 14 ne fasse pas expressément figurer l'état de santé ou la maladie parmi les motifs de discrimination interdits, (...) l'état de santé d'une personne (...) doit être considéré comme un motif de discrimination relevant de l'expression « toute autre situation » employée dans le texte de l'article 14 (...)* ».

Cet article – qui n'a pas d'existence autonome puisqu'il vaut uniquement pour « la jouissance des droits et libertés » garantis par la convention – peut être combiné avec l'article 8 de la même convention protégeant le droit à la vie privée, comme ce fut le cas dans l'arrêt *Kiyutin* précité.

Interpréter la loi du 5 août 2021 comme permettant de priver de rémunération un agent dûment placé en congé de maladie depuis le 15 septembre 2021 – outre que cela ne correspond nullement à l'esprit du texte, tel que rappelé par le Conseil d'État – pourrait être considéré comme contrevenant aux normes constitutionnelles et conventionnelles précitées.

## **CONCLUSION**

Au regard des développements qui précèdent, la Défenseure des droits considère que l'employeur public ne peut décider de suspendre l'agent non vacciné placé en congé de maladie depuis au moins la date d'entrée en vigueur de l'obligation vaccinale, avant le terme de son arrêt de travail, sans méconnaître le principe de non-discrimination lié à l'état de santé.

Claire HÉDON

<sup>6</sup> Cass. Soc, 29 mai 2013, n° 11-28.734.

<sup>7</sup> Requête n° 2700/10.