

Paris, le 2 novembre 2022

Décision du Défenseur des droits n°2022-202

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° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière, notamment son article 41 ;

Vu la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire, notamment ses articles 12 à 14 ;

Vu le 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 ;

Saisie par Madame X, fonctionnaire hospitalière dont la date d'effet de la décision de suspension de fonctions pour non-respect de l'obligation vaccinale a été maintenue au 16 septembre 2021 malgré la production d'arrêts de travail de manière ininterrompue depuis le 24 août 2021 ;

Recommande au directeur du centre hospitalier de Y de procéder à la régularisation de la situation de cette agente, conformément aux dispositions statutaires applicables, telles qu'interprétées par la jurisprudence administrative ;

Demande à être tenue informée des suites données à ces recommandations dans un délai de deux mois à compter de la date de leur notification ;

Transmet, pour information, copie des présentes recommandations au ministre de la santé et de la prévention.

Claire HÉDON

**Recommandations en application de l'article 25 de la loi organique
n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits**

Le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation de Madame X, fonctionnaire hospitalière qui allègue une méconnaissance des règles de la protection sociale par son employeur.

RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCÉDURE

Assistante socio-éducative de la fonction publique hospitalière, Madame X est absente du service pour raisons de santé depuis le 24 août 2021. Son placement en arrêt maladie a été prolongé de manière ininterrompue depuis lors.

Par décision du 17 septembre 2021, cette agente a été suspendue de ses fonctions, avec effet au 16 septembre 2021, pour non-respect de l'obligation vaccinale contre la covid-19.

Contestant l'absence de prise en compte de ses périodes de placement en arrêt maladie, Madame X a, après avoir sollicité l'intervention d'une médiatrice, saisi, le 18 mai 2022, le Défenseur des droits.

Par correspondance du 30 juin 2022, le Défenseur des droits a invité l'établissement à procéder à un réexamen de sa situation en ce qui concerne ses droits à congé maladie. Ce courrier rappelait que la suspension de l'agent non vacciné déjà placé en congé de maladie ne peut prendre effet avant le terme de ses arrêts de travail successifs.

Par courrier du 4 juillet 2022, le centre hospitalier de Y a fait part de son refus de réexaminer à l'amiable la situation de cette agente, soutenant notamment que « *le délai de retrait de 4 mois d'une décision expresse illégale est (...) expiré, ce qui [l'] empêche d'accéder à [la] demande de régularisation rétroactive* ».

Cette procédure de règlement amiable n'ayant pas abouti favorablement, le Défenseur des droits a, par correspondance du 31 août 2022, informé l'établissement qu'il pourrait conclure à l'existence d'une méconnaissance des règles de protection sociale par un employeur public. Une « note récapitulative », formalisant la position provisoire de l'institution, a alors été portée à sa connaissance.

Dans sa réponse du 1^{er} septembre 2022, l'administration a notamment fait valoir que :

- L'agente n'a pas transmis de demande d'abrogation ou de retrait de la décision de suspension litigieuse, et n'a pas sollicité de réintégration dans ses fonctions ;
- La vaccination obligatoire des agents hospitaliers constitue un impératif de santé publique auquel la quasi-totalité des agents ont adhéré par civisme et devoir de protection des personnes prises en charge ;
- Dans ce contexte, reverser gracieusement des éléments de rémunération en l'absence de service fait serait perçu comme inéquitable par la communauté hospitalière ;
- En l'absence de recours formé dans le délai de recours contentieux, l'établissement n'est pas tenu de procéder à la régularisation rétroactive de sa situation ;

- La réclamante n'a jamais accompli de démarches en vue de bénéficier de l'allocation d'aide au retour à l'emploi (ARE) et ne produit pas de justificatifs attestant qu'elle n'a pas perçu de ressources au titre d'une autre activité professionnelle.

Le 14 septembre 2022, Madame X a transmis un courriel à son employeur sollicitant « *une régularisation de [sa] situation à compter du 24 août 2021* ».

Un entretien a été organisé le 4 octobre 2022 entre le centre hospitalier de Y et les services du Défenseur des droits.

Par courrier du 6 octobre 2022, l'établissement a informé le Défenseur des droits qu'un courrier avait été transmis à l'agente en l'invitant à formuler une demande de réintégration mais qu'il n'envisageait pas de procéder à une régularisation rétroactive de sa situation.

Au terme de ces échanges contradictoires, le Défenseur des droits entend rappeler les éléments suivants.

PRÉCISION LIMINAIRE SUR LE CONTEXTE DE MISE EN ŒUVRE DE L'OBLIGATION VACCINALE DANS LA FONCTION PUBLIQUE HOSPITALIÈRE

Dans son courrier du 1^{er} septembre 2022, l'administration rappelle l'épisode de crise qu'a connu le secteur hospitalier à l'occasion de l'épidémie de covid-19.

Le Défenseur des droits n'ignore pas les difficultés liées à la gestion de la crise sanitaire dans les établissements de santé et les incertitudes auxquelles ont pu être confrontés les services chargés des ressources humaines sur le cadre juridique applicable aux mesures de suspension prononcées pour non-respect de l'obligation vaccinale contre la covid-19.

Toutefois, si l'administration fait valoir que « *la vaccination obligatoire des agents hospitaliers constitue un impératif de santé publique auquel la quasi-totalité des agents, y compris ceux en arrêt maladie, ont adhéré par devoir de protection des personnes prises en charge* », cette considération ne saurait justifier l'absence de prise en compte des droits sociaux reconnus aux agents dont l'état de santé ne permet pas l'exercice de leurs fonctions.

L'objectif poursuivi par le législateur, en instaurant la vaccination obligatoire des personnels hospitaliers contre la covid-19, a consisté à limiter au maximum le risque sanitaire lié à la présence d'agents non vaccinés dans les établissements de santé.

Aucune raison sanitaire ne s'oppose à ce que les droits dont bénéficient les agents en congé de maladie soient respectés, dès lors que ces agents ne sont pas susceptibles de faire naître un risque sanitaire lié à la présence sur le lieu de travail.

C'est en ce sens que le Conseil d'État a eu l'occasion de rappeler, à plusieurs reprises, que l'intérêt général qui s'attache à la protection de la santé des patients « *n'est, compte tenu de ce que le congé de maladie de [l'agent] a pour effet de l'éloigner de son lieu de travail, pas de nature à caractériser la nécessité d'exécuter immédiatement la décision [de suspension] tant que l'intéressée est en congé de maladie* »¹.

¹ CE, chambres réunies, 11 mai 2022, req. n° 459011. Pour un rappel récent : CE, chambre jugeant seule, 23 septembre 2022, req. n° 462400.

ANALYSE DE LA RÉCLAMATION

Sur le placement de droit de l'agente en congé de maladie depuis le 24 août 2021

Le droit à la protection sociale est affirmé à l'article L. 111-1 du code de la sécurité sociale dans les termes suivants : « *La sécurité sociale est fondée sur le principe de solidarité nationale.*

Elle assure, pour toute personne travaillant ou résidant en France de façon stable et régulière, la couverture des charges de maladie, de maternité et de paternité (...) ».

L'article L. 712-1 du même code dispose que « *Les fonctionnaires en activité, soumis au statut général, et les magistrats de l'ordre judiciaire bénéficient, ainsi que leur famille, dans le cas de maladie, maternité, invalidité et décès, de prestations au moins égales à celles qui résultent de la législation relative au régime général de sécurité sociale* ».

Pour les personnels hospitaliers, l'article 41 de la loi n° 86-83 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière, dans sa rédaction applicable à la date des faits², dispose que « *Le fonctionnaire en activité a droit : (...) 2° A des congés de maladie (...). Le bénéfice de ces dispositions est subordonné à la transmission par le fonctionnaire, à son administration, de l'avis d'arrêt de travail justifiant du bien-fondé du congé de maladie (...)* ».

Conformément aux dispositions de l'article 15 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, « *Pour obtenir un congé de maladie ainsi que le renouvellement du congé initialement accordé, le fonctionnaire adresse à l'autorité dont il relève, dans un délai de quarante-huit heures suivant son établissement, un avis d'interruption de travail (...)* ».

L'article 14 du même texte précise que « *Sous réserve des dispositions de l'article 15 ci-dessous* » – c'est-à-dire sous réserve de la transmission dans les 48 heures d'un arrêt de travail –, « *le fonctionnaire hospitalier est de droit placé en congé de maladie* » (souligné ajouté).

Le bénéfice de la prise en compte des arrêts de travail transmis par un agent public à son employeur n'est conditionné à aucune autre démarche de sa part, l'administration disposant, en revanche, de la possibilité de procéder à des mesures de contrôle afin de vérifier le bien-fondé du placement de l'agent en arrêt maladie.

Dès lors, si l'établissement expose que Madame X n'a pas produit de justificatifs attestant qu'elle n'a pas perçu de ressources au titre d'une autre activité professionnelle et n'a jamais accompli de démarches en vue de bénéficier d'une allocation d'aide au retour à l'emploi (ARE), ces considérations ne permettent pas de remettre en cause le placement de droit en congé de maladie de l'intéressée depuis le 24 août 2021.

Au surplus, s'agissant plus particulièrement de l'ARE, l'agente ne justifie d'aucune situation de perte involontaire d'emploi au sens de la réglementation relative à l'assurance chômage.

Pour mémoire, le fonctionnaire suspendu pour non-respect de l'obligation vaccinale demeure en position d'activité. Il reste également soumis aux obligations découlant de son statut, notamment celles limitant le cumul d'activités. Enfin, la suspension n'a pas pour effet de rendre vacant son emploi.

² Dispositions reprises, depuis le 1^{er} mars 2022, aux articles L. 822-1 et suivants du code général de la fonction publique.

Les cas assimilés à une perte involontaire d'emploi ouvrant droit à la perception d'allocations chômage sont limitativement énumérés par le décret n° 2020-741 du 16 juin 2020 relatif au régime particulier d'assurance chômage applicable à certains agents publics et salariés du secteur public.

Ce décret dispose, en son article 2, que « *Sont considérés comme ayant été involontairement privés d'emploi : (...) 5 ° Les agents publics dont la relation de travail avec l'employeur a été suspendue, lorsqu'ils sont placés ou maintenus en disponibilité ou en congé non rémunéré en cas d'impossibilité pour cet employeur, faute d'emploi vacant, de les réintégrer ou de les réemployer (...)* ».

Dans l'hypothèse d'une suspension de la relation de travail, ce n'est donc que dans ces cas de figure prévus par le décret – et auquel ne correspond pas la suspension de fonctions pour non-respect de l'obligation vaccinale – que l'agent peut demander à bénéficier de l'ARE.

Ni l'agent public en arrêt maladie, ni l'agent public suspendu de fonctions pour non-respect de l'obligation vaccinale, n'étant éligibles au bénéfice de l'ARE, Madame X n'avait pas à solliciter le versement d'allocations chômage, auxquelles elle ne pouvait légalement prétendre.

Sur le rappel des conditions dans lesquelles le placement d'un agent hospitalier en arrêt maladie peut être valablement remis en cause

Dans sa réponse du 4 juillet 2022, l'administration a attiré l'attention du Défenseur des droits sur « *la concomitance de l'arrêt maladie prolongé à la survenance de la mise en œuvre de l'obligation vaccinale des professionnels de santé* », exprimant ainsi un doute sur le bien-fondé du placement en arrêt maladie de Madame X.

En vertu de l'article 14 du décret du 19 avril 1988 susmentionné, 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 en déduit³ 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* ».

Conformément aux dispositions de l'article 15 du même décret, « *(...). L'autorité investie du pouvoir de nomination peut faire procéder à tout moment à l'examen du demandeur par un médecin agréé. (...) Le fonctionnaire se soumet à cet examen sous peine d'interruption du versement de sa rémunération. Le conseil médical compétent peut être saisi par l'administration ou par l'intéressé des conclusions du médecin agréé* ».

S'il est loisible à l'administration, lorsqu'elle estime qu'un arrêt de travail produit par un agent constitue un certificat de complaisance, de contester le bien-fondé de ce placement en congé de maladie, cette contestation ne peut intervenir que dans le respect des conditions fixées par ce texte, et dont les modalités d'application ont été précisées par la jurisprudence administrative.

À cet égard, le Conseil d'État a jugé, dans l'arrêt de principe *Deborne* rendu en 1994⁴, que lorsque l'administration estime, au vu du rapport du médecin ayant procédé à la contre-visite,

³ CE, sous-sections réunies, 16 novembre 1992, req. n° 93928.

⁴ CE, sous-sections réunies, 21 octobre 1994, *Deborne*, req. n° 133547.

que l'intéressé doit reprendre le travail, il lui appartient de lui adresser une injonction en ce sens. Elle n'est alors fondée à interrompre le versement du plein traitement ou du demi-traitement dû à l'agent qu'à compter de la date de l'injonction.

En l'espèce, en l'absence de toute démarche accomplie en ce sens par l'employeur de Madame X, la régularité de son placement en congé de maladie depuis le 24 août 2021 ne peut être contestée. Seule la réalisation d'une contre-visite par un médecin agréé aurait, le cas échéant, pu aboutir à remettre en cause les arrêts maladie établis par le médecin traitant et communiqués par la réclamante à son employeur.

Sur l'articulation entre la suspension de fonctions pour non-respect de l'obligation vaccinale et le bénéfice d'un congé de maladie

Au 16 septembre 2021 – date d'effet de la suspension de Madame X pour non-respect de l'obligation vaccinale contre la covid-19 –, cette fonctionnaire hospitalière bénéficiait d'un arrêt de travail.

S'agissant de l'articulation entre la suspension de fonctions pour non-respect de l'obligation vaccinale et le bénéfice d'un congé de maladie, la Défenseure des droits, sur le fondement de ses compétences en matière de lutte contre les discriminations dans la fonction publique, avait eu l'occasion, dès le 15 novembre 2021, de rendre un avis⁵ sur ce sujet.

Au terme de cette analyse, il avait été rappelé 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 »*.

Par un arrêt du 2 mars 2022⁶ le Conseil d'État a jugé que *« si le directeur d'un établissement de santé public peut légalement prendre une mesure de suspension à l'égard d'un agent qui ne satisfait pas à l'obligation vaccinale contre la covid-19 alors que cet agent est déjà en congé de maladie, cette mesure et la suspension de traitement qui lui est associée ne peuvent toutefois entrer en vigueur qu'à compter de la date à laquelle prend fin le congé de maladie de l'agent en question »*.

En ce qui concerne Madame X, son état de santé la mettant dans l'impossibilité d'exercer ses fonctions depuis le 24 août 2021, soit antérieurement à la suspension de fonctions pour non-respect de l'obligation vaccinale, il incombe au centre hospitalier de Y, conformément au cadre légal et réglementaire rappelé par le Conseil d'État, de différer la date d'entrée en vigueur de la mesure de suspension à l'expiration de sa période de placement en arrêt de travail.

En l'espèce, l'administration, sans contester l'application de la jurisprudence précitée à la situation d'espèce, fait valoir qu'il ne lui apparaît pas justifié de procéder à la régularisation rétroactive de la situation de cette agente publique, laquelle consiste à prendre en compte les arrêts de travail produits depuis le 24 août 2021.

⁵ Décision-cadre de la Défenseure des droits n° 2021-291 du 15 novembre 2021 (https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=21057).

⁶ CE, chambres réunies, 2 mars 2022, req. n° 458237.

Sur la régularisation de la situation des agents en arrêt maladie indûment privés du maintien de leur plein traitement ou demi-traitement

Le centre hospitalier de Y relevait tout d'abord dans son courrier du 4 juillet 2022 que l'expiration du « *délai de retrait de 4 mois d'une décision expresse illégale* » ferait obstacle à la régularisation rétroactive de la situation de Madame X.

L'administration invoquait également la circonstance qu'était expiré le délai permettant d'introduire un recours en annulation contre la décision de suspension de fonctions, décision expresse dont l'objet est purement pécuniaire, et qu'en application de la jurisprudence *Lafon*⁷, est jugée irrecevable, devant la juridiction administrative, toute demande indemnitaire fondée sur l'illégalité d'une décision à objet purement pécuniaire devenue définitive.

Dans sa note récapitulative du 31 août 2022, le Défenseur des droits a rappelé, d'une part, que conformément aux dispositions de l'article L. 242-4 du code des relations entre le public et l'administration⁸, le retrait d'une décision illégale est possible sans condition de délai « *si son retrait ou son abrogation n'est pas susceptible de porter atteinte aux droits des tiers et s'il s'agit de la remplacer par une décision plus favorable au bénéficiaire* » – ce qui est précisément le cas en l'espèce.

D'autre part, l'institution a rappelé que les règles de délai de recours propres à la procédure contentieuse devant les juridictions administratives ne sont pas applicables devant le Défenseur des droits.

La circonstance qu'aucun recours n'ait été formé par Madame X devant la juridiction administrative n'empêche pas le Défenseur des droits de prendre une position à l'issue de l'instruction contradictoire du dossier, communiquée au réclamant et à l'administration mise en cause, pouvant se matérialiser par des recommandations émises sur le fondement de l'article 25 de la loi organique du 29 mars 2011, susceptibles, le cas échéant, d'être ultérieurement rendues publiques dans les conditions prévues par les mêmes dispositions.

Dans sa réponse à cette note récapitulative, l'administration a insisté sur le fait qu'il ne lui paraissait pas opportun de procéder à la régularisation rétroactive de la situation de cette agente dès lors que « *reverser gracieusement des éléments de rémunération en l'absence de service fait dans ces conditions serait à juste titre perçue comme inéquitable par la communauté hospitalière et remettrait en cause la légitimité de la démarche vaccinale* ».

L'absence de service fait est toutefois rattachée à la maladie, et non à la méconnaissance d'une obligation professionnelle. C'est du reste pour cette raison que le Conseil d'État a jugé que la suspension ne peut être prononcée avec effet immédiat alors que l'agent se trouve déjà en congé de maladie, l'antériorité de l'application du régime de congé de maladie devant conduire à le faire primer.

L'administration a également mis en avant, dans sa réponse du 1^{er} septembre 2022, « *l'absence de demande de réintégration formulée à ce jour* ».

Toutefois, un agent dont l'état de santé ne permet pas l'exercice des fonctions n'a pas à solliciter de réintégration, les dispositions statutaires relatives aux congés maladie ayant précisément pour objet de compenser, nonobstant l'absence de service fait, la perte de rémunération due à la maladie et à l'impossibilité corrélative d'accomplir son service.

⁷ CE, sect., 2 mai 1959, req. n° 44419.

⁸ Applicable aux relations entre l'administration et ses agents, conformément aux dispositions de l'article L. 100-1 du même code.

L'application de la jurisprudence administrative aboutissant à reporter la date d'effet d'une mesure de suspension prononcée à l'encontre d'un agent en arrêt maladie « *jusqu'au terme de son congé de maladie (...), ou de tout autre congé qui lui aurait été immédiatement consécutif* »⁹, l'agent non vacciné est suspendu de ses fonctions à la date d'expiration de ses congés de maladie – sauf à ce qu'il puisse alors présenter un schéma vaccinal complet, justifier d'une contre-indication médicale à la vaccination ou produire un certificat de rétablissement établi à la suite d'une contamination à la covid-19, en cours de validité.

Ainsi, pour le Défenseur des droits, les arguments développés par l'administration dans le cadre de l'instruction contradictoire de cette réclamation ne justifient pas, en l'état, de ne pas appliquer à la situation d'espèce les règles de la protection sociale précédemment rappelées.

CONCLUSION

Madame X est placée de droit en congé de maladie depuis le 24 août 2021, soit depuis une date antérieure à la décision de suspension prise par l'administration le 17 septembre 2021. Le bien-fondé des arrêts de travail transmis à son employeur de manière ininterrompue depuis cette date n'ayant pas été contesté selon les modalités prescrites par le décret du 19 avril 1988 susmentionné, aucune mesure de suspension de fonctions pour non-respect de l'obligation vaccinale ne peut légalement prendre effet avant le terme de la période durant laquelle elle demeure en situation régulière au regard de la réglementation relative aux congés de maladie. Conformément aux dispositions de l'article 25 de la loi organique du 29 mars 2011 susmentionnée, « *Le Défenseur des droits peut faire toute recommandation qui lui apparaît de nature à garantir le respect des droits et libertés de la personne lésée et à régler les difficultés soulevées devant lui ou à en prévenir le renouvellement. Il peut recommander de régler en équité la situation de la personne dont il est saisi (...)* ».

Au regard de l'ensemble des développements qui précèdent, la Défenseure des droits recommande au directeur du centre hospitalier de Y de procéder à la régularisation de la situation de cette fonctionnaire hospitalière conformément aux dispositions statutaires applicables, dont l'interprétation a été précisée par le Conseil d'État dans son arrêt précité du 2 mars 2022.

La Défenseure des droits demande à être tenue informée des mesures prises pour tenir compte des présentes recommandations dans un délai de deux mois à compter de leur réception.

Une copie de ces recommandations est transmise ce jour, pour information, au ministre de la santé et de la prévention.

Claire HÉDON

⁹ CE, chambres réunies, 11 mai 2022, req. n° 459011.