

N° 458353 – Groupe hospitalier Bretagne Sud
N° 458237 – Centre hospitalier universitaire de Saint- Etienne
N° 459274 – Centre hospitalier universitaire de Saint-Etienne
N° 459589 – Ministre des solidarités et de la santé
N° 459790 – Ministre de l'économie, des finances et de la relance

5^{ème} et 6^{ème} chambres réunies

Décisions mentionnées aux tables

Séance du 14 février 2022

Décisions du 2 mars 2022

Conclusions

Mme Cécile BARROIS DE SARIGNY, Rapporteuse publique

Depuis le 15 septembre 2021, les personnes exerçant leur activité dans les établissements du secteur médical et médico-social sont tenues d'être vaccinées contre la Covid-19, sous peine d'être suspendues de leurs fonctions. L'obligation vaccinale, posée par la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la crise sanitaire a été largement respectée. Plus de 99% des professionnels de santé, au cœur du dispositif, ont reçu au moins une dose de vaccin et plus de 80 sont entièrement vaccinés¹.

Certains agents ont toutefois refusé de s'engager dans cette voie dès lors qu'ils la contestaient dans son principe ou estimaient ne pas entrer dans le champ d'application du texte. Les juges administratifs des référés ont été saisis des décisions de suspensions de fonction prises à l'égard d'agents publics réfractaires. Plusieurs de leurs ordonnances sont portées aujourd'hui devant votre prétoire qui vous conduiront à prendre position sur deux points relatifs aux conditions de mise en œuvre du dispositif² tenant aux conditions d'application des règles relatives au congé de maladie et au champ de l'obligation vaccinale.

Est donc en premier lieu posée la question de l'articulation d'une mesure de suspension et d'un congé de maladie.

Le groupe hospitalier Bretagne Sud vous saisit de l'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Rennes qui a suspendu l'exécution de la mesure de suspension de fonctions de Mme B..., infirmière, en raison d'un doute sérieux sur sa légalité. Ce doute repose sur la circonstance que la suspension a été prononcée avec effet immédiat alors que l'infirmière se trouvait en congé de maladie.

¹ <https://solidarites-sante.gouv.fr/grands-dossiers/vaccin-covid-19/article/le-tableau-de-bord-de-la-vaccination>

² Une première série vous a conduit il y a quelques semaines à vous pencher sur la constitutionnalité du dispositif, dans le cadre de l'examen de questions prioritaires de constitutionnalité dirigées contre certaines dispositions de la loi du 5 août 2021, que vous avez refusé de transmettre au motif qu'elles n'étaient pas nouvelles et ne présentaient pas de caractère sérieux au sens de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 (28 janvier 2022, Mme Carmelli, 457879, Rec. T). La décision du Conseil constitutionnel relative au passe vaccinal qui précède de quelques jours les vôtres conforte la solution retenue (décision n° 2022-835 DC du 21 janvier 2022).

Le groupe hospitalier de Bretagne soutient qu'une telle solution **entachée d'erreur de droit**.

Deux dispositions se font face.

D'un côté l'article 14 de la loi du 5 août 2021 prévoit que l'agent soumis à l'obligation vaccinale qui n'y satisfait pas ne peut plus exercer son activité. De cette impossibilité d'exercer découle la suspension de l'agent de ses fonctions, sauf si l'intéressé utilise, avec l'accord de son employeur des jours de congés payés. La loi précise que la suspension entraîne l'interruption de la rémunération.

De l'autre, les règles statutaires, en l'occurrence l'article 41 de la loi du 9 janvier 1986 s'agissant de la fonction publique hospitalière, disposent que le fonctionnaire en activité a droit à des congés de maladie qui lui permettent de conserver son traitement, dans son intégralité dans un premier temps, puis à taux réduit.

Le juge des référés du tribunal administratif de Rennes s'est inscrit dans le courant de votre jurisprudence qui assimile la suspension d'un fonctionnaire à titre conservatoire dans le cadre d'une procédure disciplinaire³ à une position d'activité au sens des dispositions relatives au congé de maladie pour en déduire que la suspension d'un agent ne s'oppose pas à ce qu'il puisse bénéficier d'un congé de maladie avec l'ensemble des droits qu'il emporte, notamment la rémunération de l'agent. Dans le cadre de cette jurisprudence, ancienne et constante (17 décembre 1965, *Sieur D-P...*, 57667, Rec., 22 février 2006, *Ministre de l'agriculture c./ T...*, n°279756, Rec. T. pp. 918-921), vous considérez que le congé de maladie met nécessairement fin à la mesure de suspension qui peut seulement le cas échéant être réitérée à l'issue du congé, si les circonstances le justifient encore (26 juillet 2011, *Triquenaux*, n°343837, Rec. T.). S'agissant de l'agent déjà en congé de maladie, il résulte de votre décision M. R... du 31 mars 2017 (388109, Rec. T., voir aussi, 29 octobre 1969, *Commune de Labeuvrière*, 72791, p. 459) qu'il peut faire l'objet d'une mesure de suspension à la condition que celle-ci n'entre en vigueur qu'à compter de la date à laquelle le congé de maladie prend fin et que la durée de la suspension soit décomptée à partir de la signature de la décision qui l'a prononcée.

On trouve, à ces solutions plusieurs justifications. La finalité de la suspensions provisoire – qui est d'écarter l'agent du service – n'est pas remise en cause par le congé de maladie dans le cadre duquel, par définition, l'agent est également tenu éloigné. En droit, l'agent suspendu demeure lié au service et peut donc être regardé comme étant en position « d'activité ». Il n'en est d'ailleurs pas d'autres qui serait pertinente dans le statut. Sur le fond, comme le relevait le commissaire du Gouvernement Baudouin dans ses conclusions sur la décision de section *Sieur D-P...* du 17 décembre 1965 sur le droit de l'agent suspendu à être examiné par le comité médical (Rec) « *Dans l'hypothèse où la suspension prélude au déclenchement de l'action disciplinaire, comment concevoir, d'un simple point de vue humanitaire, que le fonctionnaire suspendu, dont rien ne prouve la culpabilité, puisse se trouver privé des avantages sociaux auxquels son statut lui donne droit* » ?

³ Article 30 de la loi du 13 juillet 1983.

A l'inverse de ces solutions, il est une autre veine de jurisprudence – dont se sont inspirés d'autres juges des référés cités par le pourvoi – qui au contraire nie la possibilité pour l'agent, fût-il en position d'activité, de bénéficier de congés de maladie et des droits afférents. C'est celle qui résulte de votre décision M... du 8 octobre 2012 (n° 346979, aux T.) selon laquelle l'agent objet d'une interdiction professionnelle attachée à la mesure de contrôle judiciaire ne peut bénéficier, au cours de cette interdiction, d'une rémunération au titre d'un congé de maladie⁴. La solution repose à la fois sur le principe du service fait posé dans le statut général (article 20 de la loi du 13 juillet 1983) auquel ne dérogent pas explicitement les dispositions relatives au congé de maladie ainsi que sur l'objet de ces dernières qui est seulement compenser la perte de rémunération due à la maladie. Ces dispositions ne peuvent avoir pour effet d'accorder au fonctionnaire des droits à rémunération supérieurs à ceux qu'il aurait eus s'il n'avait pas été placé en position de congé de maladie. Dans le sillage de la décision M... vous avez jugé que la circonstance qu'un agent soit placé en congé pour maladie ne fait pas obstacle à l'entrée en vigueur d'une décision de révocation, vous écartant ici encore de la jurisprudence relative à la suspension temporaire de fonctions (6 juillet 2016, Mme X..., 392728, 394484, Rec. T.).

Vous n'aurez pas aujourd'hui à choisir entre ces deux veines de jurisprudence dès lors que la seconde ne nous paraît pas opposable dans l'hypothèse – qui est précisément celle que vous avez à juger – dans laquelle l'agent est déjà en congé de maladie au moment où intervient la suspension. Par une décision Laborderie, du 28 juillet 1989, inédite, reprise par un arrêt de cour plus récent (CAA de Lyon, du 20 février 2001, 98LY01138), vous avez en effet jugé illégale la suspension de rémunération d'un fonctionnaire placé sous contrôle judiciaire alors qu'il bénéficiait d'un congé de maladie. Il paraîtrait en effet injustifié de s'inscrire dans le champ de votre jurisprudence, sévère, appliquée aux sanctions. Le jour où l'agent a été placé en congé de maladie il n'était pas suspendu, aussi, ce congé n'a pas amélioré sa situation. Quant à l'absence de service fait, elle doit en premier lieu être rattachée à la maladie. L'antériorité de l'application du régime de congé de maladie nous paraît dès lors conduire à le faire primer, sans exclure qu'une mesure de suspension puisse être décidée qui prendrait effet à l'issue du congé.

Vous pourrez dès lors confirmer l'analyse du juge des référés.

Précisons que la question, qui est devant vous, de l'agent déjà suspendu nous paraît plus délicate. Aucune des solutions que nous avons évoquées ne fournit de grille d'analyse idéale pour les mesures de suspensions prises sur le fondement de l'article 14 de la loi du 5 août 2021 qui ne sont ni des sanctions, ni des mesures complètement assimilables à des suspensions provisoires du droit disciplinaire, notamment par ce qu'elles ne sont pas limitées dans le temps et qu'elles entraînent une suspension de rémunération. L'application de la solution la plus généreuse, issue en dernier lieu de votre jurisprudence M. R... du 31 mars

⁴ C'était déjà le sens de l'avis public rendu par l'assemblée générale du Conseil d'Etat le 14 février 1980, rendu public.

2017 ne nous paraît pas aller de soi, notamment parce qu'à la différence de la suspension à titre conservatoire la suspension pour méconnaissance de l'obligation vaccinale n'est pas le « *prélude au déclenchement de l'action disciplinaire* » pour reprendre les mots du commissaire du Gouvernement Baudouin. Elle ne présente pas de caractère conservatoire contrairement à ce qu'avait initialement envisagé le Gouvernement, qui prévoyait qu'elle précéderait une éventuelle radiation. La conservation de l'ensemble des droits liés à la position d'activité se justifie dès lors plus difficilement. Il est en outre assez évident, compte tenu de l'effet de la suspension sur la rémunération, que le congé de maladie s'il était appliqué placerait l'agent dans une situation plus favorable à celle qui aurait été la sienne s'il n'avait été malade. La chronologie nous paraît, dans ces affaires, importante. Vous aurez peut-être prochainement l'occasion de trancher ce point.

Revenons-en à l'ordonnance attaquée, contestée également en ce qu'elle retient que la **condition d'urgence** de l'article L. 521-1 est remplie. Nous serons plus rapide sur ce point.

Le juge des référés du tribunal administratif, qui a bien mis en balance la situation personnelle de l'agent et l'urgence à poursuivre la mesure d'exécution s'est conformé aux exigences de votre jurisprudence Préfet des Alpes-Maritimes (28 février 2001, n°229562, Rec). Son appréciation n'est entachée d'aucune dénaturation⁵. Mme B... établissait que la suspension était de nature à la priver de rémunération, ce qui permettait *a priori* de retenir que la condition d'urgence était remplie (JRCE, 22 juin 2001 Z..., 234434, Rec. T. p. 1018, 24 juillet 2009, Mme G..., n°325638, inédite, JRCE, 18 décembre 2001, Mme Y..., au Recueil, 14 mai 2003, CCI de Nîmes-Uzès-Bagnols-Le Vigan, Rec. T). En regard l'hôpital mettait en avant la nécessité d'éloigner l'agent non vacciné du service. Un tel argument nous paraît, sauf circonstances particulières, de peu de poids. Il ne doit pas être retenu comme un élément déterminant, qui ferait pencher la balance dans le sens des établissements de santé. Un tel raisonnement reviendrait en réalité à faire jouer une présomption d'absence d'urgence à l'exécution des mesures en cause, or, vous vous êtes toujours refusés à emprunter une telle voie, périlleuse en ce qu'elle ferme la voie du référé (voir notamment, ccl. J. Boucher, 25 juillet 2008, ministre de la culture et de la communication c/ Société Elite invest, 314707, aux tables, ccl C. Landais, Ass, 14 décembre 2007, M. P..., Rec). Dans les circonstances de l'espèce, alors que l'établissement hospitalier ne se prévalait que d'une urgence de principe à l'exécution de la mesure eu égard au contexte sanitaire, il pouvait être noté que l'agent était déjà tenu éloigné du service par la maladie et n'était donc pas susceptible à court terme d'exercer ses fonctions. Dans ces conditions le juge des référés a pu retenir que la condition d'urgence était remplie.

Le rejet de ce premier pourvoi s'impose.

Les **quatre autres pourvois** intéressent, en second lieu, la question **du champ d'application de l'obligation vaccinale**.

⁵ Sur le degré de contrôle, cf. 6 avril 2001, France Télécom, 230338, Rec. T

Ils sont dirigés contre trois ordonnances de juges des référés qui ont tous suspendu les mesures dont ils étaient saisis au motif que la situation des agents concernés ne relevait pas de l'article 12 de la loi du 5 août 2014.

Mme E... est ouvrière principale de 2e classe employée par le centre hospitalier universitaire de Saint-Etienne ; elle exerce ses fonctions au sein de la cuisine de l'établissement. M. RE..., qui est employé par le même établissement, est adjoint administratif hospitalier principal de 2e classe et travaille à la direction des achats, de la logistique, des infrastructures, de la sécurité et de l'environnement au sein du magasin central, situé en dehors de l'enceinte du centre hospitalier. Mme S... est contrôleur principal, employée par le ministère de l'économie, elle exerce ses fonctions à la trésorerie hospitalière Nord Drôme au sein du centre hospitalier de Valence.

Avant d'en venir à l'examen du fond des affaires, précisons que la **qualité pour agir du ministre de la santé** contre l'ordonnance rendue par le juge des référés du tribunal administratif de Grenoble à l'égard de Mme S... peut être discutée.

Le « ministre intéressé », autorisé à représenter l'Etat en vertu de l'article R. 432-4 du code de justice administrative, est celui qui exerce des attributions dans la matière concernée (13 mars 1961, Josset, p. 179. 14 mai 1986, Diere). Interprétée de façon plutôt restrictive, la notion invite, s'agissant d'un acte individuel relatif à la situation d'emploi d'un agent, à s'interroger sur le ministre dont relève, sur le plan hiérarchique cet agent (24 mars 1974, Ministre de l'Economie et des Finances c/ V-C..., 94024, Sect. 13 janvier 1961 Premier ministre contre BE..., p. 35), tout en retenant pour le ministre de la fonction publique, une compétence plus large, pour tout litige relatif à une mesure individuelle d'application du statut général, dans le sens de votre décision de section du 20 novembre 1979, Secrétaire d'Etat chargé de la fonction publique c. Dame W... (p.348).

Il est certes admis que plusieurs ministres puissent être « intéressés » (Sect., 13 janv. 1961, BE..., p. 95), en matière de litige individuel, lorsque l'acte contesté a des répercussions directes sur plusieurs départements ministériels (voir, s'agissant de litiges de pension, Section, 10 mars 1933, ministre des finances, p. 307, Section 2 novembre 1934, Ministre de l'intérieur, p. 996, 29 avril 1936, Ministre du budget, p. 477). En revanche, la circonstance que l'un des ministres dispose du pouvoir de poser certaines normes par voie réglementaire, et qu'il en ait été fait application à l'égard de l'agent, ne paraît pas suffisant pour le qualifier de ministre intéressé pour un litige portant sur une décision individuelle prise sur le fondement de ces normes (voir en ce sens, avec les conclusions du Pt Vught, Section ministre de l'Economie et des finances contre S. GA... du 29 janvier 1971, 078512, Rec.). Vous noterez qu'en l'espèce, il n'apparaît pas que le ministre de la santé intervienne en quoi que ce soit dans la gestion des contrôleurs principaux qui relèvent du ministre de l'économie, des finances et de la relance, y compris lorsque ces derniers exercent leurs fonctions auprès d'un établissement hospitalier.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Ces hésitations sur la qualité pour agir du ministre des solidarités et de la santé ne devront toutefois pas vous retenir outre mesure car vous pourrez choisir de ne pas trancher le point, compte tenu de ce que le pourvoi du ministre de l'économie couvre, le cas échéant, une éventuelle irrecevabilité de celui du ministre de la santé, qui ne comporte pas de conclusion qui lui serait propre. Pour cette raison, et compte tenu du contexte tout à fait particulier dans le cadre duquel se pose la question, nous ne proposerons pas de retenir d'irrecevabilité s'agissant du pourvoi du ministre de la santé.

Revenons-en au fond des affaires.

Est en cause dans chacune d'elles l'interprétation qu'il convient de donner au 1° de l'article 12 de la loi du 5 août 2021 selon lequel « *Doivent être vaccinés, sauf contre-indication médicale reconnue, contre la covid-19 : / 1° Les personnes exerçant leur activité dans : / a) Les établissements de santé mentionnés à l'article L. 6111-1 du code de la santé publique (...)* ».

Ainsi que le rappelle votre récente décision Mme Carmelli, du 28 janvier 2022 (457879, Rec T.), en écho aux travaux parlementaires de la loi du 5 août 2021, l'obligation vaccinale poursuit une double finalité : « *garantir le bon fonctionnement des services hospitaliers publics grâce à la protection offerte par les vaccins disponibles [contre la COVID 19] et protéger, par l'effet de la moindre transmission du virus par les personnes vaccinées, la santé des malades qui y étaient hospitalisés* »⁶. C'est à l'aulne de ces objectifs qu'il convient d'apprécier le champ du dispositif.

Deux voies paraissent à priori pouvoir être empruntées consistant à retenir une acception **organique** ou **géographique**⁷ de l'obligation vaccinale dans les établissements de santé. La première conduirait à soumettre à la vaccination tous les personnels qui sont employés par ces établissements et la seconde ceux qui exercent en leur sein. Dans l'un et l'autre cas, comme le précise l'article 12, les personnes chargées d'une tâche ponctuelle au sein des locaux ne sont pas tenues de se faire vacciner.

Aucun de ces deux critères n'est entièrement satisfaisant. Le premier parce qu'il peut écarter de l'obligation des agents qui bien que ne relevant pas de l'autorité d'un établissement hospitalier y travaillent et sont ainsi nécessaires au fonctionnement de ce dernier ou inclure sans discernement dans le champ de l'obligation tout agent hospitalier, y compris lorsqu'il est mis à disposition d'une autre structure. Le second parce qu'il conduit à prendre appui sur le concept d'établissement au sens physique du terme qu'il est malaisé de définir.

En réalité, le texte invite assez naturellement à s'inscrire dans le sens de la seconde acception lequel se réfère –implicitement mais de façon évidente – aux personnes qui exercent « dans »

⁶ Voir notamment, sur ce point, l'étude d'impact du projet de loi, p. 54.

au sens de « au sein des » locaux de l'établissements de santé⁸. Plusieurs ordonnances de vos juges des référés ont fait sur ce point référence à un critère géographique⁹.

Il convient de préciser les contours de la notion.

Il se déduit en premier lieu de la référence aux locaux que la nature de l'activité de l'agent n'est pas une condition nécessaire pour être soumis à l'obligation vaccinale comme la circonstance qu'il soit en contact avec les malades¹⁰. C'est cohérent avec la double finalité que nous relevions à l'instant. Le simple fait de travailler dans un établissement atteste de ce qu'un agent participe au fonctionnement du service public hospitalier. Cela favorise par ailleurs les rencontres, même fortuites, avec d'autres agents qui contribuent au fonctionnement du service public hospitalier et/ou sont susceptibles d'être au contact de malade.

En second lieu, il nous semble que le critère posé n'est pas strictement géographique mais traduit surtout l'idée que les locaux sont utilisés pour le bénéfice de l'établissement, soient, qu'ils relèvent de celui-ci au-sens large. L'idée, ici encore, est d'englober les espaces dans lesquels travaillent et se rencontrent les acteurs du service public hospitalier. La question du statut de l'agent comme celle de l'identité de son employeur nous paraît donc neutre pour l'application du texte tout comme l'éloignement physique du local dans lequel il exerce par rapport au cœur de l'activité hospitalière, seul important la circonstance que le local soit dédié à l'activité de l'établissement hospitalier.

Entendue dans ce cadre, l'obligation vaccinale contribue bien à garantir la protection des malades et plus généralement de la bonne exécution du service public hospitalier ; sans aller au-delà. Le texte excluant explicitement les agents chargés de tâches ponctuelles, il est nécessaire que l'agent exerce une activité régulière au sein des locaux considérés.

Si vous nous avez suivie, vous annulerez les trois ordonnances qui vous sont soumises toutes entachées d'erreur de droit, faute pour les juges des référés de s'être interrogés dans le cadre que nous venons de décrire. Vous sanctionnerez ainsi le fait pour ces derniers de s'être appuyés sur la circonstance qu'un agent travaille dans des cuisines ou dans un magasin central situés à distance des autres locaux de l'établissement de santé ou sur un autre site (Mme Esroy, M. RE...), ou d'avoir tenu compte de ce qu'il n'était pas en contact avec les malades alors que son lieu d'exercice est un local qui relève bien d'un centre hospitalier (Mme S...).

⁸ Le 1° de l'article 12 mentionne les personnes qui travaillent « dans » les établissements, et si le 4° complète la liste des 2° et 3° qui vise des professions pour les personnes « qui travaillent dans les mêmes locaux », il ne le fait pas pour le 1°, justement puisque les locaux y sont déjà visés.

⁹ Par ex, JRCE, 30 août 2021, M. GE..., 455623, inédite.

¹⁰ Voir déjà en ce sens, JRCE 30 août 2021, GE..., préc., JRCE, 18 octobre 2021, n°457213, JRCE, 18 octobre 2021, n°457216, inédites.

Vous réglerez, en référé, chacune des trois affaires, que vous pourrez rejeter faute de doute sérieux sur la légalité des décisions prises.

Vous confirmerez que chacun des requérants entre dans le champ de l'obligation vaccinale.

Mme E... soutient que le signataire de la mesure de suspension n'était pas habilité à avoir accès à ses données de santé, ce qu'aucun texte n'exige. Sont également inopérants ses moyens d'irrégularité tenant à l'absence de délai entre l'entretien de régularisation et la suspension ou tiré de la méconnaissance de l'article 30 de la loi du 13 juillet 1983 sur la limitation dans le temps des mesures de suspension. Il en va de même de celui tiré de ce que la suspension serait illégale au seul motif qu'il s'agirait d'une sanction déguisée¹¹. Son moyen soulevé, par voie d'exception, à l'encontre du décret du 1^{er} juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de la crise sanitaire n'est pas davantage de nature à susciter un doute sérieux sur la légalité de la mesure. Il n'est pas établi que la liste des contre-indications médicales qu'il comporte introduise une discrimination en raison de l'état de santé¹² ni qu'il soit entaché d'erreur manifeste d'appréciation.

Outre la question du champ d'application, M. RE... soulève des moyens d'incompétence et d'insuffisance de motivation, manifestement non fondés.

Il en va de même du moyen de procédure soulevé par Mme S....

PCMNC :

- au rejet du pourvoi du Groupe hospitalier Bretagne Sud,
- à la mise à la charge de ce dernier de la somme de 1200 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.
- à l'annulation des décisions attaquées dans chacun des autres pourvois ainsi qu'au rejet de la demande de référé,
- au rejet des conclusions de chacune des parties au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

¹¹ Le moyen n'impose pas de prendre position sur la qualification de la mesure. Sur le fond, on pourrait considérer que la mesure de suspension est préventive (éviter la propagation du virus) et que l'absence de rémunération est liée à l'absence de service fait, ce qui n'est pas en soi une sanction, 18 avril 1980, MI..., Rec. T.

¹² Cf. sur ce point, la décision du juge des référés libertés, 30 août 2021, GE..., n°455623, inédite.