

N°s 450533, 450535, 450536, 450537
Ministre de la Justice c. M. L. et autres

6^{ème} et 5^{ème} chambres réunies

Séance du 22 mars 2023
Décision du 21 avril 2023

CONCLUSIONS

M. Nicolas AGNOUX, Rapporteur public

Confrontée, lors d'un mouvement social des personnels pénitentiaires que leur statut prive du droit de grève, à une avalanche d'arrêts maladie aussi soudaine que suspecte, de quelle voie dispose l'administration pour rétablir rapidement la continuité du service public sans porter atteinte au droit à la protection de la santé des agents ?

Cette question délicate a déjà donné lieu à de nombreuses décisions des juridictions du fond à l'occasion de recours formés par des agents pénitentiaires contre les décisions par lesquelles l'administration a procédé à une retenue sur traitement pour absence de service fait, après avoir refusé de faire droit à leur placement en arrêt maladie malgré la présentation d'un certificat médical. Les litiges se rapportent tous à la période comprise entre fin janvier et début février 2018, au cours de laquelle des dizaines d'établissements pénitentiaires à travers la France ont été affectés par un mouvement de contestation des surveillants de prison à l'appel des principales organisations syndicales, qui faisait suite à une violente agression par un détenu.

Les quatre pourvois du ministre vous saisissent, pour la première fois au fond, de la question dont vous n'avez eu à connaître, en 2019, qu'au prisme distancié du référé provision. Ils sont dirigés contre les ordonnances par lesquelles le président de la troisième chambre du tribunal administratif d'Amiens a annulé les décisions du directeur interrégional des services pénitentiaires de Lille appliquant des retenues sur traitement à l'encontre de quatre agents du centre pénitentiaire de Beauvais.

1. Par un premier moyen de procédure, le ministre fait grief au premier juge d'avoir, en se prononçant par des ordonnances de tri, méconnu les dispositions du 6° de l'article R. 222-1 du

code de justice administrative qui permettent de statuer par ordonnance sur des requêtes relevant de séries si elles présentent à juger en droit une question déjà tranchée par une décision devenue irrévocable et si elles n'appellent aucune nouvelle appréciation ou qualification juridique des faits.

Selon le ministre, le président de la troisième chambre du tribunal d'Amiens aurait commis une erreur de droit en retenant comme « tête de série » un jugement rendu par le même tribunal en date du 3 juillet 2020, devenu définitif, alors qu'il ne pouvait se fonder que sur une décision du Conseil d'Etat ou un arrêt de la cour administrative d'appel dont relève le tribunal.

Cette affirmation procède, à l'évidence, d'une lecture tronquée des dispositions du code de justice administrative. Dans leur version initiale, la tête de série y était définie comme une décision de la même juridiction ; le décret du 28 juillet 2005¹ a ajouté les décisions ainsi que les avis rendus par le Conseil d'Etat et le décret du 2 novembre 2016² les arrêts devenus irrévocables de la cour administrative d'appel dont relève le tribunal. Ce dernier ajout, destiné à étendre le champ d'application des ordonnances de série, n'a nullement remis en cause la faculté pour le juge du tribunal de retenir comme tête de série une décision irrévocable émanant de sa propre juridiction.

C'est à tort que le pourvoi se prévaut des termes, certes ambigus, d'une décision rendue par votre première chambre jugeant seule³ relevant, pour censurer l'irrégularité du recours à l'ordonnance de série, le fait qu'aucune juridiction supérieure n'avait tranché la question posée – dans un cas particulier où le premier juge avait à tort visé comme tête de série une décision du Conseil d'Etat qui ne tranchait pas en réalité la question de droit en litige, donc dans une hypothèse autre que celle d'une tête de série émanant du même tribunal.

En l'espèce, dès lors qu'il n'est pas démontré ni même allégué que le jugement retenu comme tête de série ne serait pas devenu irrévocable, le moyen de régularité ne peut qu'être écarté. C'est inutilement que le pourvoi ajoute encore que la cour administrative d'appel de Bordeaux aurait été désignée comme « juridiction pilote » sur cette famille de litiges, ce mécanisme de coordination informel n'emportant aucune conséquence procédurale à l'égard des justiciables.

2. Nous en venons à présent au cœur du litige, qui met en tension deux principes fermement ancrés dans les textes et votre jurisprudence.

¹ Décret n° 2005-911 du 28 juillet 2005 modifiant la partie réglementaire du code de justice administrative.

² Décret n° 2016-1480 du 2 novembre 2016 portant modification du code de justice administrative.

³ CE 1^e JJS 7 mars 2018, *CHU de Grenoble*, n°413949, inédite.

Le premier est l'interdiction faite aux agents pénitentiaires de « *toute cessation concertée du service [et] tout acte collectif d'indiscipline caractérisée* », qui résulte de l'article 3 de l'ordonnance n°58-696 du 6 août 1958 relative au statut spécial des fonctionnaires des services déconcentrés de l'administration pénitentiaire. Par une décision du 5 novembre 2020, vous avez refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel la QPC dirigée contre ces dispositions et tirée de la méconnaissance du droit de grève protégé par le 7^{ème} alinéa du Préambule de 1946, en relevant que le maintien en poste des agents pénitentiaires était indispensable pour assurer le fonctionnement du service, son interruption étant de nature à porter atteinte aux besoins essentiels du pays (*Syndicat national pénitentiaire Force Ouvrière*, n° 439211, inédit).

Le second est le droit à congé de maladie que le statut de la fonction publique reconnaît aux agents sur la seule foi d'un certificat médical d'arrêt de travail (article 34 de la loi du 11 janvier 1984, désormais repris aux articles L. 822-1 et L. 822-5 du code général de la fonction publique). Votre jurisprudence se montre particulièrement protectrice : l'agent, 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 (CE 16 novembre 1992, *Min. du budget c. M. M...*, n° 93928, aux tables). Cette contestation ne peut être formée que conformément aux procédures fixées par les textes (CE 24 novembre 2003, *Commune de Laroque-d'Olmès*, n° 242443, aux tables) donc, en vertu de l'article 25 du décret du 14 mars 1986⁴, après que l'administration a fait procéder à une contre-visite⁵ par un médecin agréé. L'administration ne saurait procéder à une retenue sur la rémunération en l'absence de contre-visite que lorsque l'agent a lui-même fait obstacle à sa réalisation en refusant l'accès à son domicile ou encore en organisant son absence sans motif valable (CE 26 janvier 2007, *D...* n°281516, aux tables ; CE 11 décembre 2015, *Commune de Breteuil-sur-Iron*, n°375736, au recueil).

Pour faire face à l'afflux massif de congés maladie survenu en janvier 2018, les directeurs interrégionaux de l'administration pénitentiaire ont pris l'initiative de procéder à des retenues sur traitement, en faisant l'économie des contre-visites qu'ils estimaient être dans l'impossibilité pratique de dépêcher dans un bref délai, compte tenu du nombre d'agents concernés.

Par une décision du 6 novembre 2019, *F...* (n°428820, inédite), vous avez fait droit au pourvoi du ministre contre une ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de

⁴ Décret n°86-442 du 14 mars 1986 relatif à la désignation des médecins agréés, à l'organisation des conseils médicaux, aux conditions d'aptitude physique pour l'admission aux emplois publics et au régime de congés de maladie des fonctionnaires.

⁵ Rebaptisée plus sobrement « examen » dans la rédaction de l'article issue du décret n° 2022-353 du 11 mars 2022 relatif aux conseils médicaux dans la fonction publique de l'Etat.

Lille qui avait accordé à un agent pénitentiaire une provision correspondant à la retenue effectuée sur son traitement en jugeant que, dans ces circonstances particulières marquées par un mouvement social de grande ampleur dans une administration où la cessation concertée du service est interdite et alors que l'administration soutient avoir été dans l'impossibilité pratique de faire procéder de manière utile aux contre-visites, le juge des référés avait inexactement qualifié les faits en regardant comme non sérieusement contestable la créance dont se prévalait le requérant.

Dans ses conclusions, Louis Dutheillet de Lamothe soulignait que la question était suffisamment délicate pour regarder la créance comme sérieuse sans qu'il soit nécessaire d'aller plus loin dans l'analyse, mais que, le jour venu – et nous y sommes – vous seriez conduits à déterminer les modalités selon lesquelles l'administration pourrait se voir reconnaître la possibilité de refuser le placement en congés maladie tout en garantissant aux agents réellement inaptes la faculté de faire valoir leurs droits.

Sept mois après votre décision *F...*, la cour administrative d'appel de Bordeaux a tracé la voie par un arrêt fiché et largement commenté⁶ du 17 juin 2020 (n°19BX03330), en dégagant un mode d'emploi appliqué depuis lors avec constance par les tribunaux et les cours pour traiter l'abondant contentieux lié au mouvement social de janvier et février 2018.

La cour a énoncé une règle qui reprend et complète les motifs de votre décision *F...* en reconnaissant la possibilité pour l'administration de contester le bien-fondé des placements en congé maladie « *dans des circonstances particulières, marquées par un mouvement social de grande ampleur dans une administration où la cessation concertée du service est interdite, lorsqu'en dehors d'une période d'épidémie un nombre important et inhabituel d'arrêts maladie sont adressés à l'administration sur une courte période et que l'administration démontre avoir été dans l'impossibilité pratique de faire procéder de manière utile aux contre-visites (...). Il appartient alors à l'agent, seul détenteur des éléments médicaux, d'établir que ce congé était dûment justifié par des raisons médicales.* »

Nous vous proposons de confirmer cette solution, en y apportant quelques amendements.

D'abord, achevant un mouvement déjà largement engagé par votre décision *F...*, vous pourrez consacrer le principe selon lequel, dans des circonstances exceptionnelles, l'absence de contre-visite destinée à faire pièce à un certificat médical douteux n'entache pas, à elle seule, d'irrégularité la décision de l'administration refusant le placement en congé maladie.

⁶ Voir notamment : Jennequin, A., *La participation dissimulée à un mouvement social interdit, sous couvert de certificats médicaux*, RDLF 2021, chron. n° 21 ; Niquège, S., *Grève des surveillants pénitentiaires : l'hypothèse du malade imaginaire*, AJFP 2020 p. 304.

Il ne s'agit pas ici d'écarter le caractère probant du certificat médical sur le terrain de l'acte frauduleux – la fraude ne nous semble pouvoir être établie sans que soit mis en cause l'auteur du certificat au titre d'un manquement au code de déontologie qui interdit la délivrance des certificats de complaisance (art. R. 4127-28 du code de la santé publique) – mais d'assimiler à une formalité impossible les diligences dont l'administration devait faire preuve pour mettre fin à une situation portant gravement atteinte à la continuité du service public pénitentiaire et qui ne lui est pas imputable.

Dans la même veine et s'agissant d'un contexte marqué par de fortes tensions, vous avez déjà admis que, lorsque l'attitude hostile d'occupants irréguliers du domaine public portuaire met le gestionnaire du domaine dans l'impossibilité de leur notifier la demande d'expulsion présentée devant le juge des référés, il n'en résultait pas une violation du caractère contradictoire de la procédure (CE 15 février 1989, *Port autonome de Dunkerque*, n°80585, aux tables) ou encore que le préfet de Corse pouvait se dispenser d'une mise en demeure avant de prescrire le transfert d'explosifs stockés par une société de pyrotechnie, au regard de la situation prévalant dans la région en ce qui concerne la sécurité publique et de la nécessité de prendre des mesures urgentes pour préserver l'ordre public (CE 31 mai 1989, *Min. env. et Société corse de pyrotechnie Socopy*, n°76236, aux tables).

Lorsque des dizaines d'arrêts maladie sont déclarés en l'espace de 48 heures dans un centre pénitentiaire, il apparaît matériellement impossible pour l'administration pénitentiaire, compte tenu de la réalité de l'offre médicale comme des délais administratifs et pratiques incompressibles propres à l'organisation des contrôles, de faire réaliser le nombre nécessaire de contre-visites à très brève échéance, alors de surcroît que le droit à congé ne pourra être remis en cause rétroactivement en vertu de votre jurisprudence *D...*, selon laquelle le versement du traitement ne peut être interrompu qu'après la mise en demeure consécutive à la contre-visite (CE 21 octobre 1994, *D...*, n° 133547, aux tables).

En revanche, eu égard à l'importance de la garantie que représente pour les droits des agents la procédure de contre-visite, la faculté laissée à l'administration de passer outre devrait être soumise à un triple encadrement.

En premier lieu, elle ne saurait être invoquée que dans l'hypothèse de circonstances très particulières qui, selon les termes de votre décision *F...* opportunément complétés par la cour de Bordeaux, doivent combiner l'existence d'un mouvement social concomitant de grande ampleur dans une administration où la cessation concertée du service est interdite et l'afflux d'un nombre important et inhabituel d'arrêts maladie enregistrés sur une courte période. Relève par exemple de cette hypothèse le dépôt de certificats médicaux par 98 des 122 agents du centre pénitentiaire de Maubeuge (décision *F...*) ou encore un nombre moyen d'arrêts

maladie passant de 9 par jour entre les 1^{er} et 20 janvier 2018 à 50 par jour entre les 24 et 29 janvier 2018 (CAA Nancy 26 janvier 2021, n° 20NC00805)⁷

En deuxième lieu, c'est à l'administration qu'il appartient d'apporter, en ce sens, les justifications nécessaires. Il n'y a pas lieu en revanche, et nous nous séparons sur ce point de l'arrêt de la cour de Bordeaux, d'exiger de l'administration qu'elle fasse dans chaque litige la preuve de l'impossibilité matérielle de procéder aux contre-visites requises, ce qui supposerait une analyse fastidieuse et inutilement formaliste sur la disponibilité des médecins agréés localement et les délais de convocation. En revanche, l'administration, qui est la seule à disposer des données chiffrées, doit établir l'existence de circonstances particulières telles que définies précédemment. Cette exigence apparaît nécessaire pour renverser le principe selon lequel le certificat médical produit par l'agent suffit pour ouvrir droit au placement en congé maladie (cf. par analogie, la règle applicable en contentieux fiscal selon laquelle la production par le contribuable d'une facture régulière fait naître une présomption de déductibilité des charges, que l'administration n'est fondée à remettre en cause qu'en apportant à son tour les éléments de preuve nécessaires : CE Sect. 20 juin 2003, *Société Etablissements Lebreton*, n° 232832, au recueil ; CE 21 mai 2007, *Min. c/ Société Sylvain Joyeux*, n° 284719, au recueil).

En troisième lieu, des garanties suffisantes doivent être données aux agents dont l'état de santé justifiait réellement un placement en congé maladie à la même période, en leur donnant la possibilité effective d'être rétablis dans leur droit.

Ainsi que l'a jugé la cour de Bordeaux, il appartient alors à l'agent, seul détenteur des éléments médicaux, d'établir que ce congé était dûment justifié par des raisons médicales, donc dans le cadre d'un recours gracieux ou d'un recours contentieux. Les nombreux jugements et arrêts rendus à ce jour illustrent cependant la difficulté de l'exercice pour les juridictions du fond appelées, longtemps après les faits, à se prononcer sur la valeur probante des pièces souvent disparates produites par l'agent, telles que des ordonnances médicales, des factures de médicament, des bilans sanguins voire de plus larges extraits encore du dossier médical de l'intéressé.

Sans faire disparaître cette difficulté, nous pensons qu'il serait utile pour l'avenir d'en atténuer au moins l'un des effets les plus critiquables qui résulte de ce que l'agent de bonne foi n'aurait d'autre choix, pour faire valoir ses droits à congés, que de dévoiler à son

⁷ Ou encore le cas d'un quasi-triplement des arrêts maladie déclaré au centre pénitentiaire de Toulon, dont le nombre est passé de 14 en moyenne au début du mois de janvier à 35 à la suite de l'appel des organisations syndicales (CAA Marseille 18 octobre 2022, n° 21MA01808).

employeur public, qu'il s'agisse d'un recours gracieux ou contentieux, des éléments couverts par le secret médical.

En temps normal, l'agent qui entend contester les conclusions défavorables de la contre-visite dispose de la faculté, prévue au dernier alinéa de l'article 25 du décret du 14 mars 1986 précité, de saisir le conseil médical compétent, qui rend lui-même un avis motivé dans le respect du secret médical (art. 15 du même décret). Cette procédure garantit donc l'occultation des éléments médicaux, l'administration ne disposant que du sens des conclusions des experts.

Dans le délicat équilibre à trouver entre la garantie des droits des agents et les exigences de continuité du service publique pénitentiaire, nous pensons que vous devrez, au prix d'une interprétation constructive du texte réglementaire, ouvrir la possibilité pour l'agent de saisir le conseil médical aux fins de voir examiner sa contestation – dirigée non pas contre les conclusions de la contre-expertise (qui n'aura pas été réalisée), mais contre la décision de l'administration refusant son placement en congé maladie, le délai de recours contre la décision de l'administration devant alors être regardé comme interrompu par cette saisine. Cette faculté permettrait à l'agent, s'il le souhaite, de voir étudier les éléments du dossier dans le respect du secret médical et à l'administration, le cas échéant, de reconsidérer sa position avant l'engagement éventuel d'une procédure contentieuse.

Il est temps à présent d'en revenir aux pourvois du ministre.

Il ressort des énonciations des ordonnances attaquées que le président de la 3^e chambre du tribunal administratif d'Amiens a constaté, d'une part, que les agents avaient produit un certificat médical au titre des périodes en litige et n'avaient pas refusé de se soumettre à une contre-visite médicale que l'administration n'avait d'ailleurs pas ordonnée et, d'autre part, que l'administration, qui n'a produit aucune observation, ne se prévalait pas de ce que l'appel au blocage par plusieurs syndicats et le nombre anormalement élevé des arrêts de travail sur la période considérée aurait entraîné une impossibilité matérielle d'organiser des contre-visites.

Ces motifs nous paraissent exempts d'erreur de droit. Le juge n'a pas écarté mais au contraire reconnu en creux la faculté pour l'administration de refuser le placement en congés maladie sans avoir à procéder à une contre-visite dans l'hypothèse de circonstances particulières dont il lui incombait néanmoins, nous y avons insisté, de justifier l'existence. En l'espèce, il ne ressortait d'aucun élément des dossiers, notamment des motifs d'aucune des décisions attaquées, que ces circonstances auraient été caractérisées en ce qui concerne l'établissement de Beauvais, l'administration s'étant en outre abstenue de produire devant le tribunal malgré une mise en demeure. Vous ne pourrez tenir compte, comme juge de cassation, des chiffres portant sur le nombre des arrêts de travail communiqués par le ministre pour la première fois

devant vous, dans ses écritures présentées à tort comme des écritures d'appel et qu'il s'est du reste dispensé de requalifier.

Les termes du jugement retenu par le juge comme « tête de série » (TA Amiens 3 juillet 2020, n° 1801296) étaient plus critiquables puisqu'ils semblaient exclure par principe que l'administration eusse pu se dispenser des contre-visites malgré le contexte exceptionnel du mouvement social de janvier 2018. Mais il nous semble que les ordonnances attaquées ne sont pas susceptibles d'encourir le même reproche.

PCMNC au rejet de chacun des quatre pourvois.