

N° 2105128

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Mme M.

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Mme Marie Touret
Juge des référés

Le juge des référés

Ordonnance du 29 octobre 2021

54-035-02
C

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire enregistrés les 12 octobre 2021, Mme M., représentée par Me Guillou, demande au juge des référés :

1°) d'ordonner, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, la suspension de l'exécution de la décision du 17 septembre 2021 par laquelle le directeur général du groupe hospitalier Bretagne Sud l'a suspendue de ses fonctions sans traitement, à compter de cette même date jusqu'à la production d'un justificatif de vaccination ou de contre-indication à la vaccination ;

2°) d'enjoindre au directeur général du groupe hospitalier Bretagne Sud d'examiner à nouveau sa demande et de lui verser l'ensemble des traitements qui ne lui ont pas été versés en raison de cette suspension de fonctions, et ce à compter de la notification de l'ordonnance à intervenir, sous astreinte de 100 euros par jour de retard ;

3°) de mettre à la charge du groupe hospitalier Bretagne Sud la somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la condition d'urgence est remplie dès lors que la décision litigieuse la prive de son traitement ;

- sur le doute sérieux quant à la légalité de la décision :

- elle n'a pas bénéficié d'une information complète portant notamment sur la possibilité de solliciter le bénéfice des congés payés dont elle dispose en méconnaissance du III de l'article 14 de la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 ;

- s'agissant d'une sanction administrative, une véritable procédure respectant les stipulations de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales aurait dû être organisée, comportant un entretien et la communication de son entier dossier individuel : la suspension en cause ne peut en effet être qualifiée de mesure

conservatoire, dès lors qu'elle ne comporte aucune limite temporelle et permet de priver un agent indéfiniment de tout traitement ; la suspension de fonctions n'est en outre pas directement liée à la prise ultérieure d'une autre mesure à caractère définitif, comme une sanction ou l'engagement d'une procédure disciplinaire ;

- la décision est insuffisamment motivée en fait et en droit : ne sont ainsi pas mentionnés ni les éléments de fait et de droit justifiant qu'elle n'a pas pu être mise en congés à compter de la décision, ni les éléments de droit justifiant qu'elle demeure sous l'égide du groupement hospitalier ;

- elle est entachée d'erreurs de droit et d'une erreur manifeste d'appréciation :

- la décision n'évoque pas la question des congés payés ;

- elle est rétroactive, la suspension étant intervenue avant sa notification ;

- elle a une portée trop large en indiquant que l'agent suspendu demeure sous l'égide du groupe hospitalier Bretagne Sud : une fois la suspension prononcée, l'agent n'est plus soumis à l'ensemble des règles liées au statut de la fonction publique et notamment au principe de cumul de ses fonctions avec une activité rémunérée privée ;

- elle n'a pas pris en compte le fait qu'elle était placée en congé annuel dans les conditions prévues par l'article 41 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986, alors que la loi du 5 août 2021 ne prévoit la suspension que des seuls personnels qui peuvent effectivement exercer leur activité ; étant en congé annuel, elle ne peut servir de vecteur permettant la contamination des personnes accueillies par l'établissement ; si une mesure de suspension peut être régulièrement prononcée à l'encontre d'un agent qui bénéficie de congé annuel, son entrée en vigueur ne débute effectivement qu'à compter de la fin de congés annuel ;

- la position de l'établissement est en contradiction avec l'instruction n° GOS/RH3/DGCS/cellule de crise/2021/193 du 9 septembre 2021 relative à la mise en œuvre de l'obligation vaccinale dans les établissements de santé et les informations données sur le site du ministère du travail ;

- l'obligation vaccinale fondant la suspension contestée méconnaît les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : la sanction prévue en cas de non-respect de l'obligation vaccinale n'est pas modérée, les effets secondaires des vaccins, notamment sur le long terme, n'ont pas été totalement référencés et l'atteinte à la vie privée issue de la sanction apparaît disproportionnée alors que les prévisions pessimistes d'évolution du variant delta de la covid-19 se sont avérées infondées pour le territoire métropolitain et pour le département du Morbihan.

Par un mémoire en défense du 26 octobre 2021, le groupe hospitalier Bretagne Sud conclut au rejet de la requête et à ce que soit mis à la charge de Mme M. la somme de 700 euros sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il fait valoir que :

- la condition d'urgence est caractérisée par une perte de revenu justifiée ;
- aucun moyen ne permet de conclure à un doute sérieux quant à la légalité de la

décision :

- la loi du 5 août 2021 ne prévoit pas de procédure préalable à la suspension ;
- la comparaison avec la procédure disciplinaire est impropre ;
- une mesure conservatoire n'a pas à être motivée ;
- aucune référence n'était nécessaire à la faculté de recourir aux congés payés pour pallier à une interdiction d'exercer ;
- la décision n'est pas rétroactive ;
- la suspension maintient les droits sociaux de l'agent ;

- la circonstance que l'agent est en congé annuel à la date de la décision attaquée est sans incidence sur la suspension légale qui prime sur les règles générales relatives au maintien de la rémunération des agents en congé annuel ;
- l'obligation vaccinale est conforme à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Vu :

- la requête au fond n° 2105127 ;
- les pièces du dossier.

Vu :

- la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;
- la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 ;
- la loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 ;
- la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 ;
- le code de justice administrative.

Le président du tribunal a désigné Mme Touret, première conseillère, pour statuer sur les demandes de référé.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique du 27 octobre 2021 :

- le rapport de Mme Touret,
- les observations de Me Guillou, représentant Mme M., qui reprend les mêmes termes que ses écritures qu'il développe ;
- les observations de Me Deniau, représentant le groupe hospitalier Bretagne Sud, qui fait valoir que la date du 15 septembre 2021 était connue par la requérante, que la loi du 5 août 2021 ne couvre pas la situation des agents en congé annuel, lesquels sont soumis aux mêmes obligations vaccinales dès lors qu'ils ont vocation à reprendre leurs fonctions.

La clôture de l'instruction a été prononcée à l'issue de l'audience.

Une note en délibéré présentée pour le groupe hospitalier Bretagne Sud a été enregistrée le 28 octobre 2021 à 12h12.

Considérant ce qui suit :

1. Mme M., (...), demande la suspension de l'exécution de la décision du 17 septembre 2021 par laquelle le directeur général du groupe hospitalier l'a suspendue de ses fonctions et a interrompu le versement de sa rémunération au motif qu'elle ne présentait pas un des documents mentionnés par les articles 12 à 14 de la loi susvisée du 5 août 2021.

Sur les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative :

2. Aux termes de l'article L. 521-1 du code de justice administrative : « *Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de*

l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision (...) ».

3. Il résulte des dispositions de l'article L. 521-1 précitées que la condition d'urgence à laquelle est subordonné le prononcé d'une mesure de suspension doit être regardée comme remplie lorsque la décision contestée préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à la situation du requérant et aux intérêts qu'il entend défendre. Il appartient au juge des référés, saisi d'une demande tendant à la suspension d'une telle décision, d'apprécier concrètement, compte tenu des justifications fournies par le requérant, si les effets de celle-ci sur la situation de ce dernier ou, le cas échéant, des personnes concernées, sont de nature à caractériser une urgence justifiant que, sans attendre le jugement de la requête au fond, l'exécution de la décision soit suspendue.

4. La décision litigieuse a pour effet de priver temporairement Mme M. de son traitement. Mme M. justifie suffisamment par les pièces qu'elle produit que du fait de cette absence de revenus, la décision contestée porte à sa situation financière une atteinte suffisamment grave et immédiate. En outre, Mme M. étant en congé annuel, aucun intérêt public tenant à la protection de la santé publique ne s'attache à l'exécution de la décision litigieuse. Par suite, la condition d'urgence doit être regardée, en l'espèce, comme remplie.

En ce qui concerne les moyens propres à créer un doute sérieux sur la légalité de la décision :

5. Aux termes de l'article 12 de la loi du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire : « I. - 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 (...) ». Aux termes de l'article 13 de la même loi : « I. - Les personnes mentionnées au I de l'article 12 établissent : / 1° Satisfaire à l'obligation de vaccination en présentant le certificat de statut vaccinal prévu au second alinéa du II du même article 12. / (...) II. - Les personnes mentionnées au I de l'article 12 justifient avoir satisfait à l'obligation prévue au même I ou ne pas y être soumises auprès de leur employeur lorsqu'elles sont salariées ou agents publics. (...) / V. - Les employeurs sont chargés de contrôler le respect de l'obligation prévue au I de l'article 12 par les personnes placées sous leur responsabilité. (...) ». Aux termes de l'article 14 de la même loi : « (...) B. - A compter du 15 septembre 2021, les personnes mentionnées au I de l'article 12 ne peuvent plus exercer leur activité si elles n'ont pas présenté les documents mentionnés au I de l'article 13 ou, à défaut, le justificatif de l'administration des doses de vaccins requises par le décret mentionné au II de l'article 12. / Par dérogation au premier alinéa du présent B, à compter du 15 septembre 2021 et jusqu'au 15 octobre 2021 inclus, sont autorisées à exercer leur activité les personnes mentionnées au I de l'article 12 qui, dans le cadre d'un schéma vaccinal comprenant plusieurs doses, justifient de l'administration d'au moins une des doses requises par le décret mentionné au II du même article 12, sous réserve de présenter le résultat, pour sa durée de validité, de l'examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination par la covid-19 prévu par le même décret. / (...) III. - Lorsque l'employeur constate qu'un agent public ne peut plus exercer son activité en application du I, il l'informe sans délai des conséquences qu'empporte cette interdiction d'exercer sur son emploi ainsi que des moyens de régulariser sa situation. L'agent public qui fait l'objet d'une interdiction d'exercer peut utiliser, avec l'accord de son employeur, des jours de congés payés. A défaut, il est suspendu de ses fonctions ou de son contrat de travail. / La suspension mentionnée au premier alinéa du présent III, qui s'accompagne de l'interruption du versement de la rémunération, prend fin dès que l'agent

public remplit les conditions nécessaires à l'exercice de son activité prévues au I. (...) ». Enfin, selon le II de l'article 16 de cette loi : « La méconnaissance, par l'employeur, de l'obligation de contrôler le respect de l'obligation vaccinale mentionnée au I de l'article 12 de la présente loi est punie de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe. (...) Si une telle violation est verbalisée à plus de trois reprises dans un délai de trente jours, les faits sont punis d'un an d'emprisonnement et de 9 000 € d'amende. (...) ». Il résulte de ces dispositions que, dès lors qu'une personne exerce ses fonctions dans un établissement public de santé, elle est soumise à une obligation vaccinale contre la covid-19, quels que soient les modalités selon lesquelles elle exerce son activité ou son service d'affectation. Par suite, lorsque l'autorité administrative suspend le contrat de travail d'un agent public qui ne satisfait pas à cette obligation et interrompt, en conséquence, le versement de son traitement, elle ne prononce pas une sanction mais se borne à constater que l'agent ne remplit plus les conditions légales pour exercer son activité.

6. D'autre part, aux termes de l'article 41 de la loi susvisée du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière : « *Le fonctionnaire en activité a droit : / 1° A un congé annuel avec traitement dont la durée est fixée par décret en Conseil d'Etat. Les fonctionnaires qui exercent leurs fonctions sur le territoire européen de la France et dont le lieu de résidence habituelle est situé dans les départements d'outre-mer bénéficient des congés bonifiés dans les conditions prévues pour les fonctionnaires de l'Etat se trouvant dans la même situation. Les fonctionnaires originaires des départements de la Haute-Corse et de la Corse-du-Sud ou des territoires d'outre-mer peuvent bénéficier, sur leur demande, d'un cumul sur deux années de leurs congés annuels pour se rendre dans leur département ou territoire d'origine (...)* ».

7. Il résulte de ces dispositions que le congé annuel avec traitement est un droit pour l'agent public et qu'au cours de ce congé sa rémunération est conservée, le versement du traitement se poursuivant comme si l'agent accomplissait son service. Ce congé annuel ne peut donc pas être interrompu par une mesure de suspension. Par suite, s'il résulte de ce qui a été dit précédemment que le groupe hospitalier pouvait légalement prendre la mesure de suspension litigieuse au cours du congé annuel de Mme M., afin d'anticiper sa reprise d'activité, il ne pouvait faire prendre effet à cette mesure de suspension avant sa reprise d'activité. Par suite, le moyen tiré de ce que cette décision ne pouvait pas, sans méconnaître les dispositions de l'article 41 de la loi du 9 janvier 1986, être à effet immédiat mais devait voir son entrée en vigueur différée au terme du congé annuel est propre à créer un doute sérieux quant à sa légalité.

8. Il résulte de tout ce qui précède que les conditions d'application de l'article L. 521-1 du code de justice administrative sont réunies. Il y a lieu, par suite, de suspendre l'exécution de la décision du 17 septembre 2021 par laquelle le directeur général du groupe hospitalier Bretagne Sud a suspendu Mme M. de ses fonctions sans traitement.

Sur les conclusions à fin d'injonction et d'astreinte :

9. Aux termes du second alinéa de l'article L. 521-1 du code de justice administrative : « *Lorsque la suspension est prononcée, il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision dans les meilleurs délais. La suspension prend fin au plus tard lorsqu'il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision* ». Il résulte de ces dispositions que la suspension de l'exécution d'une décision administrative présente le caractère d'une mesure provisoire. Ainsi, elle n'emporte pas les mêmes conséquences qu'une annulation prononcée par le juge administratif, laquelle a une portée rétroactive. En particulier, elle ne prend effet qu'à la date à laquelle la décision juridictionnelle ordonnant la suspension est notifiée à l'auteur de la décision administrative contestée.

10. La mesure de suspension implique que le groupe hospitalier Bretagne Sud verse provisoirement à Mme M. le traitement auquel elle a droit correspondant au congé annuel dans lequel elle se trouve, dans l'hypothèse où à la date de la présente ordonnance elle serait encore en congé annuel. Sous cette réserve, il y a lieu de lui enjoindre d'y procéder dans un délai de cinq jours à compter de la notification de la présente ordonnance. Dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu d'assortir cette injonction d'une astreinte.

Sur les frais liés au litige :

11. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions présentées par Mme M. sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

12. Dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de faire droit aux conclusions présentées par le groupe hospitalier Bretagne Sud tendant à l'application de ces dispositions.

ORDONNE :

Article 1^{er} : L'exécution de la décision du 17 septembre 2021 par laquelle le directeur général du groupe hospitalier Bretagne Sud a suspendu Mme M. de ses fonctions sans traitement est suspendue.

Article 2 : Il est enjoint au groupe hospitalier Bretagne Sud de verser à titre provisoire à Mme M. le traitement auquel elle a droit correspondant au congé annuel dans lequel elle se trouverait à la date de la présente ordonnance dans un délai de cinq jours à compter de la notification de la présente ordonnance.

Article 3 : Le surplus des conclusions de la requête est rejeté.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à Mme M. et au groupe hospitalier Bretagne Sud.

Fait à Rennes, le 29 octobre 2021.

Le juge des référés,

signé

Mme Touret

La greffière d'audience,

signé

A. Gauthier

La République mande et ordonne au ministre des solidarités et de la santé en ce qui le concerne ou à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun, contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.