Tribunal administratif de Marseille

Aucun doute sérieux pour le juge des référés sur la légalité d'une décision de refus de chômage pour cause de refus de vaccination d'un agent hospitalier

Ordonnance du 22 novembre 2021

Une diététicienne était employée au Centre Hospitalier d'Aubagne depuis plus de deux ans au titre d'une succession de contrats à durée déterminée.

Pour des raisons qui lui sont personnelles elle n'avait pas souhaité se faire administrer un vaccin contre la Covid-19, et à défaut de pouvoir produire un justificatif de vaccination ou de contre indication à la vaccination, le CH d'Aubagne l'avait suspendue de ses fonctions par une décision en date du 15 septembre 2021.

Elle contestait cette décision de suspension devant le tribunal administratif de Marseille[1].

Mais dans le prolongement de cette décision, le CH d'Aubagne considérait qu'elle devait être regardée comme ayant refusé « *sans motif légitime* » le renouvellement de son contrat, et par une décision en date du 11 octobre 2021, ce dernier a refusé de qualifier d' « involontaire » la privation d'emploi ouvrant droit au versement de l'Allocation de Retour à l'Emploi (ARE[2]), la privant ainsi du droit au versement cette allocation à la fin de son contrat.

Se considérant lésée par cette décision, la requérante avait déposé une requête en annulation au fond et une requête en référé suspension, à raison de l'urgence pour elle à percevoir ladite allocation.

On rappellera qu'aux termes des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative[3] deux conditions sont exigées pour obtenir la suspension d'un acte administratif : la démonstration de l'urgence d'une part et celle d'un doute sérieux sur la légalité de la décision.

---

[1] Voir notre article sur cette procédure.

[2] Equivalent du chômage pour les agents publics.

[3] « *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* »

La question de l'urgence était en principe résolue, puisqu'en jurisprudence, la situation d'urgence est établie lorsque « *la décision administrative contestée préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre* » (*CE, 19 janvier 2001, Confédération nationale des radios libres, n°228815*)

En l'espèce, la décision contestée avait pour effet de priver l'agent du bénéfice de l'Allocation de Retour à l'emploi à la fin de son contrat, et donc privée de intégralement de ressources.

Il va sans dire que la privation de ressources causait à la requérante un préjudice financier important qui la place dans une situation d'urgence.

A cet égard, le Conseil d'Etat a jugé que la situation d'urgence pouvait s'avérer satisfaite s'agissant d'une décision engendrant des conséquences purement financières[4 et 5] :

Le juge des référés, ne se posa pas, on le verra, la question de l'urgence.

Au fond la requérante soulevait trois moyens complémentaires.

I-L'INTERPRETATION EXTENSIVE DES DISPOSITIONS DE LA LOI DU 5 AOUT 2021

A la lecture de la décision contestée, il apparaissait clairement que le CH d'Aubagne s'était livré (comme beaucoup d'établissements hospitaliers sur les consignes des Agences régionales de santé) à une interprétation *extra legem* si ce n'est *contra legem* des dispositions de la loi n°2021-1040 du 5 août 2021 *relative à la gestion de la crise sanitaire*.

Précisément, ladite loi instaure une obligation vaccinale à la charge des professionnels exerçant dans un établissement de santé.

L'article 12 de cette loi dispose effectivement que :

---

[4] *La condition d'urgence à laquelle est subordonné le prononcé d'une suspension doit être regardée comme remplie lorsque la décision contestée préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêt qu'il entend défendre ;* ***qu'il en va ainsi, alors même que cette décision n'aurait un objet ou des répercussions que purement financiers et que,*** *en cas d'annulation, ses effets pourraient être effacés par une réparation pécuniaire* » (***CE 28 mai 2001 : Req. n°230244, CE 19 janvier 2001, n°228815***

[5] *Qu'en appréciant l'urgence qui s'attachait à la suspension de la décision attaquée ayant eu pour effet de diminuer de 41% la rémunération précédemment versée à M. A et d'entraîner un bouleversement dans ses conditions d'existence, compte tenu du montant des charges fixes dont il faisait état, le juge des référés du tribunal administratif de Nice a porté sur les faits de l'espèce une appréciation souveraine exempte de dénaturation ou d'erreur de droit* » (***CE, 25 mars 2009, n° 321662***

> « *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 ainsi que les hôpitaux des armées mentionnés à l'article L. 6147-7 du même code ;* »

Les agents concernés justifient alors de la satisfaction de leur obligation vaccinale par la production d'un certificat de statut vaccinal en application des dispositions de l'article 13 de la loi précitée :

> « *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.*
> *Par dérogation au premier alinéa du présent 1°, peut être présenté, pour sa durée de validité, le certificat de rétablissement prévu au second alinéa du II de l'article 12. Avant la fin de validité de ce certificat, les personnes concernées présentent le justificatif prévu au premier alinéa du présent 1°.*
> *Un décret détermine les conditions d'acceptation de justificatifs de vaccination, établis par des organismes étrangers, attestant de la satisfaction aux critères requis pour le certificat mentionné au même premier alinéa ;* »

Ces justificatifs font l'objet d'un contrôle de la part de l'employeur en application du V de l'article 13 de ladite loi :

> *« 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. (...)»*

L'agent ne justifiant pas de son obligation vaccinale au 15 septembre 2021 n'est plus autorisé à exercer ses fonctions. Ce dernier est alors suspendu de ses fonctions ou de son contrat de travail jusqu'à ce qu'il satisfasse à son obligation vaccinale.

Néanmoins, la loi précise que durant la période de suspension, l'agent suspendu conserve le bénéfice des garanties de protection sociale complémentaire. La loi ne mentionne aucunement que l'agent dont le contrat suspendu prend fin pendant cette période de suspension est privé de ses droits de bénéficier d'une allocation chômage.

En toute logique, le législateur qui n'a pas souhaité le priver de ce bénéfice durant la suspension, n'a pas non plus souhaité le faire à l'expiration de son contrat.

3

En témoigne le III de l'article 14 de la loi précitée :

> *« 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'emporte 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. Elle ne peut être assimilée à une période de travail effectif pour la détermination de la durée des congés payés ainsi que pour les droits acquis par l'agent public au titre de son ancienneté.* ***Pendant cette suspension, l'agent public conserve le bénéfice des garanties de protection sociale complémentaire auxquelles il a souscrit. La dernière phrase du deuxième alinéa du présent III est d'ordre public. Lorsque le contrat à durée déterminée d'un agent public non titulaire est suspendu en application du premier alinéa du présent III, le contrat prend fin au terme prévu si ce dernier intervient au cours de la période de suspension****. »*

Dès lors, la requérante prétendait que si le législateur n'a pas entendu pas priver l'agent suspendu de son droit à une allocation chômage, l'administration ne saurait le faire sans entacher sa décision d'illégalité.

II- L'ILLEGALITE DE LA DECISION EN TANT QU'ELLE REFUSE DE QUALIFIER LA FIN DE CONTRAT DE « PRIVATION INVOLONTAIRE D'EMPLOI »

Il ressort en effet des dispositions du code du travail qu'un agent non-fonctionnaire de l'Etat et de ses établissements publics administratifs a droit à une allocation d'assurance lorsqu'il est involontairement privé de son emploi.[6]

[6] En témoignent les dispositions de l'article L. 5421-1 du code du travail :

« *En complément des mesures tendant à faciliter leur reclassement ou leur conversion, les personnes aptes au travail et recherchant un emploi ont droit à un revenu de remplacement dans les conditions fixées au présent titre.* »

Et celles de l'article L. 5424-1 de ce même code qui dispose que :

« Ont droit à une allocation d'assurance, lorsque leur privation d'emploi ***est involontaire ou assimilée à une privation involontaire*** *ou en cas de cessation d'un commun accord de leur relation de travail avec leur employeur, et lorsqu'ils satisfont à des conditions d'âge et d'activité antérieure, dans les conditions prévues aux articles L. 5422-2 et L. 5422-3 :*

En l'espèce, il ne faisait pour l'agent aucun doute que le non-renouvellement du contrat n'est pas imputable au refus de l'agent., et que ce dernier n'a, à aucun moment, refusé le renouvellement de son contrat qui lui aurait été proposé par le CH d'Aubagne.

Seule l'administration a tiré, bien trop hâtivement les conséquences d'une situation de fait. En effet, le non-renouvellement doit être regardé comme trouvant sa cause non pas dans le refus de l'agent mais dans une modification des conditions légales requises pour exercer dans les établissements de santé. La loi n°2021-1040 du 5 août 2021 *relative à la gestion de la crise sanitaire* a effectivement, instauré une nouvelle obligation vaccinale contre la Covid-19 au personnel travaillant dans ces établissements. Pour des raisons personnelles, l'agent a simplement refusé de se faire vacciner. L'hôpital ne saurait ainsi interpréter cette situation comme étant constitutive d'un refus de sa part au renouvellement de son contrat.

Au surplus, même en considérant que le non-renouvellement du contrat devait être imputé à un refus de l'agent, il n'en demeure pas moins qu'un tel refus repose sur un motif légitime ouvrant droit à l'assurance chômage.

Il en ressort très clairement en effet d'un arrêt du Conseil d'Etat en date du 2 avril 2021 (***CE, 2 avril 2021, n°428312***).

Ce dernier a effectivement considéré que pouvait être qualifié de privation involontaire d'emploi, le non-renouvellement d'un contrat à l'initiative de l'agent lorsque son refus reposait sur un motif légitime. Ce motif légitime pouvant très bien être constitué par des considérations d'ordre personnel [7] :

---

*1° **Les agents fonctionnaires et non fonctionnaires de l'Etat et de ses établissements publics administratifs**, les agents titulaires des collectivités territoriales ainsi que les agents statutaires des autres établissements publics administratifs ainsi que les militaires ;(...) »*

[7] *Pour l'application de ces dispositions, il appartient à l'autorité administrative, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, de déterminer si les circonstances dans lesquelles un contrat de travail à durée déterminée n'a pas été renouvelé permettent de l'assimiler à une perte involontaire d'emploi. A ce titre, et ainsi que le prévoit désormais le décret n° 2020-741 du 16 juin 2020, **l'agent qui refuse le renouvellement de son contrat de travail ne peut être regardé comme involontairement privé d'emploi, à moins que ce refus soit fondé sur un motif légitime, qui peut être lié notamment à des considérations d'ordre personnel** ou au fait que le contrat a été modifié de façon substantielle et sans justification par l'employeur.*

4. En jugeant que les considérations personnelles invoquées par Mme B, tirées de la nécessité d'assurer seule, en raison de la séparation récente d'avec son conjoint, la garde de ses deux jeunes enfants, dont un n'était pas scolarisé, et de son emménagement dans un nouveau domicile distant d'une vingtaine de kilomètres de son lieu de travail, ne constituaient pas un motif légitime de refus de renouvellement de son contrat de travail à durée déterminée pour une durée de trois mois, le tribunal a inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis. »

CE, 2 avril 2021, n°428312

En l'espèce, il ne fait aucun doute que la volonté de ne pas se faire vacciner relève des considérations personnelles tenant notamment à la liberté individuelle et au droit de chaque individu de disposer de son corps. Compte tenu des conséquences que peuvent représenter une vaccination, ces considérations personnelles motivant le refus de se faire vacciner, **ne pouvaient être interprétées comme ne constituant pas un motif légitime**.

III-LE DETOURNEMENT DE PROCEDURE

Les décisions de refus de chômage révèlent sans doute une volonté des établissements, des ARS ou du gouvernement – cohérente à défaut d'être légale – de priver les agents publics réfractaires au vaccin de leur droit au chômage.

Cela procédait d'une volonté de faire pression sur les agents publics – contre leurs droits constitutionnels à l'intégrité corporelle – en utilisant, *contra legem et* contre la jurisprudence du Conseil d'Etat, l'arme illégale de la privation du droit au chômage.

C'est l'archétype du détournement de procédure en ce qu'il révèle un détournement des motifs : l'Administration ne prive pas l'agent réfractaire de l'ARE parce que la loi au sens large l'interdit, ou dans l'intérêt du service public de la santé, mais au nom d'une politique de contrainte vaccinale – qui n'est pas appliquée aux enseignants par exemple – que la loi d'exception de gestion de crise sanitaire ne permet pas.

Le juge des référés marseillais, dans une ordonnance étonnamment laconique se contenta de la reprise des dispositions du code du travail et de l'affirmation laconique de l'absence de doute sérieux :

« 5. Aux termes de l'article L. 5424-1 du code du travail : « Ont droit à une allocation d'assurance, lorsque leur privation d'emploi est involontaire ou assimilée à une privation involontaire ou en cas de cessation d'un commun accord de leur relation de travail avec leur employeur, et lorsqu'ils satisfont à des conditions d'âge et d'activité antérieure, dans les conditions prévues aux articles L. 5422-2 et L. 5422-3 : (...) 2° Les agents non titulaires des collectivités territoriales et les agents non statutaires des établissements publics administratifs autres que ceux de l'Etat et ceux mentionnés au 4° ainsi que les agents non statutaires des groupements d'intérêt public (...) ».

6. En l'état de l'instruction aucun des moyens invoqués n'est de nature à faire naître un doute sérieux quant à la légalité de la décision attaquée. Par suite, et sans qu'il soit nécessaire de se prononcer sur l'urgence de la demande ni sur sa

recevabilité, les conclusions aux fins de suspension de l'exécution de la décision de refus du 8 novembre 2021, ensemble celles aux fins d'injonction, doivent être rejetées »

Le caractère laconique – euphémisme pour qualifier l'absence réelle de motivation- du considérant n°5 pourrait s'interpréter comme le fait que le refus de vaccination ne constitue pas une privation « *involontaire ou assimilée à une privation involontaire ou en cas de cessation d'un commun accord de leur relation de travail avec leur employeur »* mais comme une décision « volontaire » de quitter son emploi.

L'on a vu qu'il n'en était rien dans les faits, puisque suspendu pour refus de vaccination, l'agent ne s'est pas vu – du fait de l'employeur public- renouvelé dans son CDD, ce qui est le propre de la perte involontaire d'emploi.

Le considérant n°6 ne donne que l'indication de l'absence de « doute sérieux » du juge des référés, en l'état de l'instruction, sur la légalité de la décision.

Autant la décision de suspension en elle-même – sous réserve des QPC en cous sur la constitutionnalité de la loi du 5 aout 2021- peut-être regardée comme dans l'esprit de ladite loi, autant le « chantage » - le mot n'est pas trop fort- à la perte de droit au chômage ne saurait être juridiquement regardé comme dans l'esprit de la loi (Cf. supra).

Politiquement, si l'on peut comprendre la pression sur les agences de santé et les établissements hospitaliers, l'on ne peut qu'être déçu de celle-ci sur l'office des juges des référés.

On peut alors s'interroger sur la question de savoir à partir de quel poids de pression de COVID l'office du juge ne s'exerce plus intégralement ?

Le terme de « guerre » utilisé naguère par le chef de l'Etat pour la crise sanitaire prend alors tout son sens, car comme le disait Clémenceau « *quand les armes parlent, les lois sont silencieuses » !*

7

Publié le 30 novembre 2021

URL de la source (modifié le 14/12/2021 - 10:46): http://www.cabinet-gros-hicter.fr/fr/actualites/tribunal-administratif-de-marseille-aucun-doute-serieux-pour-le-juge-des-referes-sur-la