



ARTICLES



L'arrêt maladie, parade à l'obligation vaccinale ?

13/09/2021

*Publié dans le magazine Direction[s] n° 201 du mois d'octobre 2021.
Consultable sur le site internet de Direction[s]*

Faut-il verser le complément de salaire à un personnel suspendu faute de vaccination ou de présentation du passe sanitaire, mais qui se trouverait empêché pour maladie ? Des outils juridiques pourraient permettre de contrer d'éventuels détournements de l'arrêt de travail. Décryptage.

Lorsque le salarié est soumis à l'obligation de vaccination contre le Covid-19 ou à celle de montrer un passe sanitaire, le défaut de présentation des justificatifs requis emporte suspension de son contrat de travail et de sa rémunération [1]. Face à la crainte grandissante de voir se multiplier les arrêts maladie, le ministre des Solidarités et de la Santé, Olivier Véran, a annoncé sur France 2 qu'« *il n'y aura pas d'arrêt maladie de complaisance* » et que des contrôles seraient opérés par l'assurance maladie auprès des médecins prescripteurs. Néanmoins, indépendamment des contrôles annoncés, le salarié pourra-t-il réellement percevoir les indemnités journalières de Sécurité sociale (IJSS) et le complément de l'employeur, alors même que son contrat de travail est déjà suspendu en raison du non-respect des dispositions légales relatives à la vaccination obligatoire ou au passe sanitaire ? La réponse est loin d'être évidente...

1. Le bénéfice des indemnités complémentaires de l'employeur

L'application du critère chronologique : l'œuf ou la poule...

La question est de savoir laquelle des deux causes de suspension du contrat de travail est intervenue la première : l'arrêt maladie ou la suspension du contrat résultant du défaut de respect de l'obligation vaccinale ou du passe sanitaire ? En effet, la Cour de cassation applique traditionnellement un critère chronologique lorsque plusieurs causes de suspension du contrat se succèdent : elle recherche celle qui l'a entraînée en premier, et tant que dure cette suspension, c'est le régime de cette première cause qui s'applique exclusivement. En particulier, par un arrêt rendu en 2008 [2], la Cour de cassation a approuvé le raisonnement de la cour d'appel de Reims qui avait considéré que le salarié n'était pas en arrêt maladie, mais en congé sans solde, dès lors que sa maladie était intervenue après la conclusion de l'accord relatif à ce congé. L'employeur n'était donc pas tenu de compléter le salaire. Dans le même sens, une jurisprudence ancienne a jugé que si le salarié tombe malade au cours d'une grève à laquelle il participe, il continue à être considéré comme gréviste [3].

Si le bien-fondé de ce critère chronologique est contesté par une partie de la doctrine, la jurisprudence sur le sujet n'a pour le moment pas évolué. Bien qu'elle mériterait une confirmation, il en résulterait que :

- Si l'arrêt maladie intervient avant la suspension du contrat de travail pour défaut de vaccination obligatoire ou de passe sanitaire, il « prime ». Le salarié doit donc percevoir les indemnités complémentaires de l'employeur. En telle hypothèse, ce dernier conserve la faculté de diligenter une contre-visite médicale au domicile par le médecin de son choix, sans être tenu d'en avvertir au préalable le personnel contrôlé ;
- Si l'arrêt maladie intervient après la suspension du contrat de travail pour défaut de vaccination obligatoire ou de passe sanitaire, il « ne compte pas » et aucun complément employeur n'est donc à verser.

En pratique toutefois, une difficulté pourrait être rencontrée lorsque l'arrêt maladie est délivré le même jour que la notification de l'employeur relative à la suspension du contrat de travail. De notre point de vue, dans la mesure où la loi prévoit que lorsque le salarié ne présente pas les justificatifs requis, l'employeur « *lui notifie, par tout moyen, le jour même, la suspension de son contrat de travail* », il conviendrait de tenir compte de la date, voire de l'heure de cette notification. À ce titre, il est donc particulièrement préconisé aux gestionnaires de se ménager la preuve de la notification effectuée : courrier remis en main propre contre récépissé indiquant la date et l'heure de la remise, ou encore lettre recommandée avec avis de réception (RAR) doublée d'un SMS ou d'un courriel.

Attention toutefois, à la date de rédaction de cet article mi-septembre, ni les autorités ni les principales fédérations patronales du secteur n'avaient communiqué sur cet épineux sujet.

La question de l'incidence des dispositions conventionnelles

Enfin, et pour en saisir toute la complexité, il est à rappeler que si l'article **L1226-1** du Code du travail conditionne l'indemnisation complémentaire de l'employeur au versement des IJSS, les textes conventionnels peuvent prévoir des conditions d'octroi plus favorables aux salariés.

- **Au sein de la convention collective nationale du 31 octobre 1951 (CCN 51)**, les indemnités complémentaires ne sont servies que lorsque l'arrêt de travail ouvre droit, pour le salarié en cause, aux IJSS [4].
- **Au sein de la CCN du 15 mars 1966 (CCN 66)**, la logique est différente : les IJSS viennent « en déduction » du maintien de salaire[5], de sorte que l'employeur doit verser les indemnités complémentaires dès lors que les conditions conventionnelles sont remplies, en dépit du refus de pris en charge par la caisse primaire d'assurance maladie (CPAM)[6].

On peut donc s'interroger sur l'impact du versement ou non des indemnités journalières par la CPAM sur l'obligation, pour l'employeur, de maintenir le salaire en cas d'arrêt maladie survenant alors que le contrat de travail est déjà suspendu en raison du défaut de passe sanitaire ou de vaccination obligatoire.

Néanmoins, l'arrêt de la Cour de cassation de 2008 précité concernait la convention collective nationale des organismes de Sécurité sociale (sic), dont les dispositions relatives au maintien de salaire sont sensiblement similaires à celles de la CCN 66 puisqu'elles prévoient que « *dans tous les cas, les prestations en espèces de la Sécurité sociale viendront en déduction des salaires payés* ». Or, dans cet arrêt, la Cour a bien considéré que l'employeur n'avait pas à maintenir le salaire du salarié en congé sabbatique.

2. Le bénéfice des IJSS

Là encore, aucune des diverses communications diffusées par les autorités n'évoquait mi-septembre la question de l'éligibilité aux IJSS du salarié dont le contrat de travail est suspendu pour défaut de passe sanitaire ou de vaccination obligatoire.

Bien que la jurisprudence de 2008 concernait les indemnités complémentaires de l'employeur et non les IJSS, l'administration a également été amenée à se prononcer sur la question du « concours » entre l'arrêt maladie et le congé sabbatique. L'analogie entre ce dernier et la suspension du contrat de travail liée au défaut de vaccination obligatoire ou de passe sanitaire est intéressante car dans les deux cas, il y a une suspension du contrat de travail sans rémunération.

La **circulaire** interministérielle n° DSS/SD2/2015/179 du 26 mai 2015, relative aux modalités d'attribution des indemnités journalières dues au titre de la maladie, précise ainsi que « *les assurés du régime général peuvent bénéficier de divers congés entraînant la suspension du contrat de travail. Dans certains cas, la protection sociale des bénéficiaires est expressément prévue par le Code de la Sécurité sociale. [...] Dans d'autres cas, aucune disposition législative n'est venue préciser les droits aux prestations en espèces. Il s'agit notamment [...] du congé sabbatique [...]. Pendant son congé, l'intéressé ne perd pas la qualité d'assuré social puisque le contrat de travail n'est pas rompu, mais simplement suspendu : dès lors, il ne peut prétendre au dispositif de maintien de droit prévu à l'article L161-8. En conséquence, aucune IJ ne peut lui être versée pendant la durée du congé sabbatique.* »

La cour d'appel de Rouen a d'ailleurs récemment fait application de cette circulaire pour un congé sabbatique survenu en 2015[7], déboutant le salarié en considérant que « *du fait de l'intervention de la circulaire du 26 mai 2015 entre la demande déposée auprès de l'employeur (17 novembre 2014) et le début du congé sabbatique (1er juillet 2015), la situation juridique de X... a changé puisque ses droits à indemnités journalières ont disparu.*

» À la lecture de la circulaire de 2015, la réponse semble donc claire : aucune IJSS ne peut être versée au salarié ayant adressé un arrêt maladie alors que son contrat de travail était déjà suspendu pour défaut de vaccination obligatoire ou de passe sanitaire.

Cependant, lorsque cette circulaire a été publiée, l'article **L161-8** du Code de la Sécurité sociale était ainsi rédigé : « *Les personnes qui cessent de remplir les conditions pour relever d'un régime obligatoire d'assurance maladie et maternité bénéficient, à compter de la date à laquelle ces conditions ne sont plus remplies, du maintien de leur droit aux prestations en espèces des assurances maladie et maternité, pendant une période définie par décret en Conseil d'État.* »

Or, postérieurement, cet article a été modifié par la loi de financement de la Sécurité sociale (LFSS) pour 2018, disposant désormais que « *tant qu'elles continuent de remplir les conditions de résidence et de séjour mentionnées à l'article **L111-2-3** et ne viennent pas à justifier de nouveau des conditions d'ouverture du droit aux mêmes prestations dans ce régime ou un autre régime, les personnes qui cessent de remplir les conditions d'activité requises pour l'affiliation à l'assurance maladie [...] dont elles relevaient jusqu'alors bénéficient du maintien de leur droit aux prestations en espèces pour ces risques pendant une durée déterminée par décret* » (12 mois selon l'article R161-3 du même Code).

Selon certains éditeurs juridiques, ce changement de formulation serait de nature à permettre la perception d'IJSS pendant 12 mois à compter de la suspension contractuelle non rémunérée. Toutefois, aucune nouvelle instruction de la Direction de la Sécurité sociale (DSS) n'a été publiée sur le sujet des modalités d'attribution des indemnités journalières dues au titre de la maladie, de sorte que les seules directives officiellement en vigueur sont celles de la circulaire de 2015.

Ce qui est certain et essentiel à retenir, c'est que la question de l'éligibilité du salarié aux IJSS relève de la CPAM, non de l'employeur. Par conséquent, l'attestation de salaire devrait en tout état de cause être établie et adressée par ce dernier. Si l'employeur pratique la subrogation pour le versement des IJSS, il ne peut qu'être préconisé de solliciter la position de la CPAM compte tenu de la suspension du contrat de travail du salarié pour défaut de passe sanitaire ou de vaccination obligatoire, en précisant le cas échéant à la Caisse l'antériorité de la notification de cette suspension par rapport à l'arrêt maladie du salarié.

En conclusion, l'assurance maladie comme l'employeur disposent d'outils juridiques susceptibles de permettre de contrer d'éventuels détournements de l'arrêt de travail pour maladie.



**Par Cécile Noël,
Juriste Picard Avocats**

[1] **Loi** n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire, articles 1 et 14

[2] Cass. soc., 21 mai 2008, n° **06-41.498**

[3] Cass. soc., 17 juin 1982, n° **80-40.973**

[4] CCN 51, article **13.01.2.2**

[5] CCN 66, **article 26** (non cadres) et **article 6** de l'annexe 6 (cadres)

[6] Cass., soc., 14 octobre, 1998, n° **96-40.682**

[7] CA Rouen, Chambre sociale, 16 septembre 2020, n° 17/02283



Picard
avocats

**Le droit du travail
au service de l'économie
sociale et solidaire**