

Rétablissement du jour de carence pour les fonctionnaires : jusqu'où faut-il aligner le droit de la Fonction public avec le droit privé ?

L'article 48 du projet de Loi de Finance pour 2018 réinstaura le jour de carence pour les agents publics et notamment les fonctionnaires. Si sa mise en œuvre rencontrera inévitablement quelques obstacles, cette réintroduction pose la question de l'opportunité de l'alignement du droit de la Fonction publique avec le droit privé.

Le rétablissement du jour de carence

Après avoir été introduit par l'article 105 de la loi n° 2011-1977 du 28 décembre 2011 de finances pour 2012 puis abrogé par l'article 126 de la loi 2013-1278 du 29 décembre 2013 de finances pour 2014, le gouvernement prévoit de réinstaurer le jour de carence à destination des agents publics.

Le jour de carence concernerait les fonctionnaires titulaires et stagiaires, les agents contractuels de droit public, les militaires et les magistrats de l'ordre judiciaire bénéficiant d'un congé maladie.

En ce qui concerne les fonctionnaires, ne seraient pas concernés les agents bénéficiaires :

- D'un congé ordinaire de maladie ou de longue maladie imputable ;
- D'un congé de longue maladie ;
- D'un congé de longue durée ;
- D'un congé pour invalidité temporaire au service ;

Seraient également exclus du jour de carence :

- Les agents bénéficiant d'un deuxième congé de maladie, lorsque la reprise du travail entre deux congés de maladie accordés au titre de la même cause n'a pas excédé 48 heures ;
- Les congés de maladie accordés postérieurement à un premier congé de maladie au titre d'une même affection de longue durée (ALD) pour une période de trois ans à compter de ce premier congé de maladie.

Ce jour de carence s'appliquerait à compter du 1^{er} janvier 2018.

La mise en œuvre

La mise en œuvre de cette disposition se heurtera inévitablement à des obstacles similaires à ceux rencontrés lors de sa première mouture.

Premièrement, l'article 105 de la loi du 28 décembre 2011 de Finances pour 2012 qui a instauré pour la première fois le jour de carence, s'il excluait le cas des congés de longue maladie, de longue durée et imputable au service, **n'évoquait ni le cas de l'ALD ni celui d'une reprise ne dépassant 48 heures**. Ces éléments étaient indiqués dans la circulaire d'application du 24 février 2012¹, les rendant inopposable en cas de contentieux.

Sur ce point, le projet de loi **clarifie la situation** en introduisant ces éléments directement dans le marbre législatif.

Cependant, la question de l'identification de l'ALD demeure et se trouve limitée par le secret médical que les employeurs publics sont tenus de respecter.

¹ Circulaire DGAFP, NOR : MFPP1205478C du 24 février 2012 : http://circulaire.legifrance.gouv.fr/pdf/2012/03/cir_34795.pdf



MICHEL LEDOUX
& ASSOCIÉS

Certes, la circulaire du 24 juillet 2003 précisant les modalités de traitement des certificats médicaux d'arrêt de travail pour maladie des fonctionnaires² rappelle que les fonctionnaires doivent faire parvenir à leur service du personnel les seuls volets des certificats d'arrêt de travail qui ne comportent pas d'éléments d'ordre médical justifiant l'arrêt de travail (volets n° 2 et 3).

Cependant, d'une part, aucune disposition législative ou réglementaire n'oblige le fonctionnaire à utiliser le cerfa, d'autre part, comment identifier et vérifier que le congé maladie du fonctionnaire est nécessité par une ALD pour laquelle il aurait déjà subi un jour de carence.

Sur ce dernier point, il appartient au médecin de préciser dans le volet n°2 que l'arrêt est une prolongation et est lié avec une ALD.

Reste la question du contrôle. L'avant dernier alinéa de l'article 25 du décret 14 mars 1986³ prévoit que l'employeur public peut faire procéder à tout moment à la contre-visite du demandeur par un médecin agréé, à laquelle le fonctionnaire doit se soumettre, sous peine d'interruption du versement de sa rémunération.

De plus, la circulaire du 24 juillet 2003 susmentionnée indique que le fonctionnaire doit justement conserver le volet n°1 qui devra être présenté à toute requête du médecin agréé par l'administration.

Ce dernier médecin devrait alors **vérifier non seulement si l'état de l'agent nécessite une cessation temporaire d'activité mais également si la pathologie est bien liée à une ALD** au titre de laquelle l'agent aurait déjà subi un jour de carence.

La deuxième question est celle de **l'articulation de ce jour de carence avec les autres congés.**

En effet, le congé de longue maladie partant du premier jour de la constatation médicale, il peut arriver que l'employeur ait à reverser le jour de carence.

Ainsi, un agent bénéficiaire d'un congé ordinaire de maladie à compter du 15 mars de l'année N, se verra appliquer le jour de carence. Cependant, s'il obtient, le 15 mai, le bénéfice d'un congé de longue maladie à compter du 15 mars, l'employeur devra reverser le traitement retenu au titre de la carence.

Il en est de même pour le congé imputable dont l'octroi peut nécessiter une procédure parfois longue.

La troisième question concerne le **décompte de cette journée** dans les jours à plein et à demi-traitement.

Conformément aux dispositions législatives applicables aux fonctionnaires, ces derniers bénéficient de congés de maladie dont la durée totale peut atteindre un an pendant une période de douze mois rémunérés à plein traitement pendant une durée de trois mois et à demi-traitement pendant les neuf mois suivants.

Le jour de carence, non rémunéré, compterait-il alors, dans le décompte des droits à plein traitement et à demi-traitement ?

Le projet d'article précise que « Les agents publics civils et militaires en congé de maladie ne bénéficient du maintien de leur traitement ou de leur rémunération, ou du versement de prestations en espèces par l'employeur **qu'à compter du deuxième jour de ce congé** ».

² Circulaire FP4 n° 2049 du 24 juillet 2003 : http://circulaire.legifrance.gouv.fr/pdf/2009/05/cir_26341.pdf

³ Décret du n°86-442 du 14 mars 1986 relatif à la désignation des médecins agréés, à l'organisation des comités médicaux et des commissions de réforme, aux conditions d'aptitude physique pour l'admission aux emplois publics et au régime de congés de maladie des fonctionnaires.

Ainsi, tout comme dans la première mouture, **il ne s'agit pas de supprimer le congé de maladie ordinaire mais uniquement ses effets pécuniaires** ; l'agent sera en congé ordinaire de maladie mais ne percevra simplement pas le traitement, plein ou demi, auquel il aurait pu prétendre.

C'est d'ailleurs en ce sens que la circulaire du 24 février 2012 susmentionnée précisait qu'en « ce qui concerne plus particulièrement l'appréciation des droits à congé de maladie rémunéré à plein ou à demi-traitement, le jour de carence devra être décompté ».

La Direction générale de l'administration et de la Fonction publique retiendra probablement un raisonnement similaire.

Ainsi, un fonctionnaire en congé ordinaire de maladie du 1er mars au 15 mars de l'année N ne percevra que 14 jours de rémunération à plein traitement mais les 15 jours seront décomptés à plein traitement.

L'agent qui, du fait du décompte, devait, le premier jour de son arrêt, être rémunéré à plein traitement subira une retenue de 1/30e de sa rémunération.

L'agent qui, du fait du décompte, devait, le premier jour de son arrêt, être rémunéré à demi-traitement subira une retenue de 1/60e de sa rémunération.

La quatrième question est celle de **l'impact de ce jour de carence sur les droits à pension**.

Les derniers alinéas de l'article 9 du code des pensions civiles et militaires et de l'article 11 du décret n°2003-1306 relatif au régime de la Caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales prévoient que la situation de congé ordinaire de maladie est comptée comme temps passé dans une position statutaire comportant l'accomplissement de service effectif et pris en compte pour la retraite.

Il ressort de ces dispositions que, malgré l'absence de rémunération, le jour de carence est un jour de congé ordinaire de maladie, il est, à ce titre, **pris en compte dans les droits à pension**.

Enfin, **la dernière question** concerne **la détermination de l'assiette de retenue**. En effet, les fonctionnaires bénéficient d'une rémunération composée d'éléments liés à l'exercice de leurs fonctions, mais également à leur affectation (majoration outre-mer, nouvelle bonification indiciaire, indemnité de résidence...) ou à leur situation familiale (supplément familial de traitement).

Le projet n'est pas clair quant aux éléments qui ne seront pas versés le premier jour de congé ordinaire de maladie, puisqu'il ne mentionne que « leur traitement » ou « leur rémunération ».

La circulaire du 24 février 2012 précisait les éléments pris en compte dans l'assiette des retenues et les éléments exclus de la manière suivante :

Eléments de rémunération pris en compte dans l'assiette des retenues	Eléments exclus de l'assiette des retenues
<ul style="list-style-type: none"> ■ Le traitement de base ; ■ Les primes et indemnités qui suivent le sort du traitement ; ■ L'indemnité de résidence ; ■ Les primes et indemnités versées au fonctionnaire ; ■ La nouvelle bonification indiciaire ; ■ La majoration outre-mer. 	<ul style="list-style-type: none"> ■ Les sommes versées au titre d'un autre période ; ■ La GIPA ; ■ Les primes et indemnités versées au fonctionnaire représentatif de frais, des heures supplémentaires, des indemnités qui impliquent un service fait, des avantages en nature, des indemnités de restructuration, des indemnités liées à la mobilité ; ■ Le SFT.

Il est fort probable que la DGAFP retienne un raisonnement similaire.

Un alignement opportun vers le privé ?

La gestion des congés ordinaire de maladie des fonctionnaires a connu ces dernières années plusieurs modifications.

La première a été l'extension, en mai 2012⁴, **du délai de 48 heures** laissées aux fonctionnaires pour transmettre leur certificat aux agents de l'Etat, qui bénéficiaient jusqu'alors d'un « délai raisonnable ».

Par ailleurs, le jour de carence, instauré en 2012, n'a pas été simplement supprimé par la loi de Finance du 29 décembre 2013, **il a été remplacé par la diminution de la rémunération du fonctionnaire qui persiste à transmettre tardivement son certificat médical.**

Tout comme les IJSS, dans des conditions similaires aux dispositions prévues à l'article D323-2 du code de la Sécurité sociale, lorsqu'après qu'un premier retard dans la transmission du certificat médical a été constaté et notifié au fonctionnaire, un deuxième retard, sur une période de deux ans, entraîne la diminution de moitié de la rémunération due au fonctionnaire au titre de son congé maladie.

Les principales différences restent **l'inopposabilité des sorties autorisés** éventuellement indiquées sur le *cerfa* aux fonctionnaires et **le montant de la rémunération maintenue** au fonctionnaire bénéficiaire d'un congé ordinaire de maladie.

Sur ce point de la rémunération, les fonctionnaires bénéficient, durant leur congé ordinaire de maladie de 3 mois à plein traitement et de neuf mois à demi-traitement là où les assurés du régime général perçoivent des IJSS équivalente à 50% de la rémunération moyenne des trois derniers mois.

Concernant les horaires de sortie, le juge administratif considère en effet que si le refus d'un agent de se soumettre à une contre-visite alors qu'il est en congé maladie peut entraîner une suspension de sa rémunération, le seul fait qu'il ait été absent de son domicile, en dehors des heures de sortie autorisées, lors d'une contre-visite inopinée à son domicile ne peut justifier une suspension de sa rémunération en l'absence de toute disposition législative ou réglementaire l'autorisant pour un tel motif⁵.

Sur les motivations de cette réintroduction, le gouvernement annonce clairement, dans l'exposé des motifs de l'article 48 du projet de loi de finance, poursuivre un **objectif d'amélioration de la qualité du service public en concourant à résorber les absences pour raison de santé de courte durée** dans les administrations publiques.

Il s'appuie pour se faire sur le rapport de la Cour des comptes sur les finances locales pour 2016 qui soulignait que l'institution du jour de carence dans la fonction publique entre 2012 et 2014 a eu un fort impact sur le volume d'arrêts de travail de courte durée dans la fonction publique territoriale qui précise que dans certaines collectivités territoriales, le nombre d'arrêts de travail d'un jour a ainsi chuté de 60 % entre 2011 et 2013.

Les chiffres sont clairs.

⁴ Décret n° 2012-713 du 7 mai 2012 modifiant le décret n° 86-442 du 14 mars 1986 relatif à la désignation des médecins agréés, à l'organisation des comités médicaux et des commissions de réforme, aux conditions d'aptitude physique pour l'admission aux emplois publics et au régime des congés de maladie des fonctionnaires

⁵ CE, n° 133017, 23 décembre 1994 et CE, n°345238, 28 septembre 2011



MICHEL LEDOUX
& ASSOCIÉS

Cependant, ils ne concernent que la Territoriale, qui ne représente qu'un tiers des effectifs de la Fonction publique et subit les difficultés liées à la proximité du politique. Par ailleurs, apporter une réponse juridique à la question du nombre de jours dont bénéficient les fonctionnaires sous-entend que les fonctionnaires « se mettraient » en congé maladie sans en avoir nécessairement besoin. C'est oublier rapidement les conditions de services des agents des établissements publics hospitaliers, des personnels sur le terrain, en contact direct avec les usagers, les conséquences des économies de fonctionnement et de masse salariale mise en œuvre depuis la revue générale des politiques publiques, la multiplication des « burn-out » et des dossiers d'invalidité.

Le deuxième argument du gouvernement est celui, déjà utilisé en 2011, **de l'équité** ; le rétablissement d'un jour de carence permettant de rapprocher la situation des personnels du secteur public de celle des salariés du secteur privé, pour lesquels trois jours de carence sont prévus par le code de la sécurité sociale.

Là encore, cette position est discutable pour la simple raison que **le gouvernement compare l'incomparable !**

Le régime spécial des fonctionnaires est très éloigné du régime général de la Sécurité sociale. Là où les salariés bénéficient d'arrêts maladie, période de suspension du contrat de travail, et d'un revenu de remplacement, le fonctionnaire jouit d'un congé maladie avec maintien de sa rémunération. Le régime général obéit à une logique assurantielle ce qui n'est pas du tout le cas de celui des fonctionnaires. *A contrario*, le fonctionnaire inapte est radié des cadres pour invalidité et percevra sa pension de retraite quel que soit son montant, jusqu'à son décès, là où le salarié inapte bénéficiera d'une pension temporaire d'invalidité jusqu'à la liquidation de sa pension de retraite qui tiendra compte de ces années, y compris pour les retraites complémentaires.

Oui, l'introduction du jour de carence va probablement diminuer le nombre de congé ordinaire de maladie de courte durée, mais il est permis de douter de son efficacité sur la qualité du service aux usagers et ne répond certainement pas aux raisons à l'origine du malaise des fonctionnaires.

Ainsi, force est de constater que la réintroduction du jour de carence n'est, soit, qu'un simple effet d'annonce, soit, s'inscrit dans une logique **d'alignement du droit de la Fonction public avec le droit privé.**