Tribunal administratif de Marseille

La décision de suspension pour cause de refus de vaccination d'un agent hospitalier est –elle constitutionnelle ?

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 conteste cette décision de suspension devant le tribunal administratif de Marseille.

On a vu que dans le prolongement de cette décision, le CH d'Aubagne avait 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[1]), 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. **Le juge des référés marseillais[2], 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[3]** :

[1] Equivalent du chômage pour les agents publics.

[2] Voir notre article sur ce site sur cette instance connexe.

[3] *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 »*

La décision de suspension en elle-même, qui s'appuie sur la loi du 5 aout 2021 pouvait paraître plus « légale » que celle refusant le chômage, puisque la loi elle-même prescrit la suspension.

Toutefois, comme on le sait, depuis 2009, il est possible d'invoquer, à l'appui d'un recours en annulation d'une décision, l'inconstitutionnalité de la loi sur laquelle se fonde la décision attaquée[4].

Ainsi l'agent suspendue demande au Tribunal administratif de Marseille de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'Etat, portant sur l'article 12 et l'article 14 à l'exception de son A de la loi n°2021-1040 du 5 août 2021 *relative à la gestion de la crise sanitaire*.

- **l'article 12 de la loi précitée** dispose que :

> *« 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 ;*
> *b) Les centres de santé mentionnés à l'article L. 6323-1 dudit code ;*
> *c) Les maisons de santé mentionnées à l'article L. 6323-3 du même code ;*
> *d) Les centres et équipes mobiles de soins mentionnés à l'article L. 6325-1 du même code ;*
> *e) Les centres médicaux et équipes de soins mobiles du service de santé des armées mentionnés à l'article L. 6326-1 du même code ;*
> *f) Les dispositifs d'appui à la coordination des parcours de santé complexes mentionnés aux II et III de l'article 23 de la loi n° 2019-774 du 24 juillet 2019 relative à l'organisation et à la transformation du système de santé ;*
> *g) Les centres de lutte contre la tuberculose mentionnés à l'article L. 3112-2 du code de la santé publique ;*
> *h) Les centres gratuits d'information, de dépistage et de diagnostic mentionnés à l'article L. 3121-2 du même code ;*
> *i) Les services de médecine préventive et de promotion de la santé mentionnés à l'article L. 831-1 du code de l'éducation ;*

[4] Par une question prioritaire de constitutionnalité, en application de l'article 23-2 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 *portant loi organique sur le conseil constitutionnel* modifiée par la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009

j) Les services de prévention et de santé au travail mentionnés à l'article L. 4622-1 du code du travail et les services de prévention et de santé au travail interentreprises définis à l'article L. 4622-7 du même code ;
k) Les établissements et services sociaux et médico-sociaux mentionnés aux 2°, 3°, 5°, 6°, 7°, 9° et 12° du I de l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles, à l'exception des travailleurs handicapés accompagnés dans le cadre d'un contrat de soutien et d'aide par le travail mentionné au dernier alinéa de l'article L. 311-4 du même code ;
l) Les établissements mentionnés à l'article L. 633-1 du code de la construction et de l'habitation, qui ne relèvent pas des établissements sociaux et médico-sociaux mentionnés aux 6° et 7° du I de l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles, destinés à l'accueil des personnes âgées ou handicapées ;
m) Les résidences-services destinées à l'accueil des personnes âgées ou handicapées mentionnées à l'article L. 631-13 du code de la construction et de l'habitation ;
n) Les habitats inclusifs mentionnés à l'article L. 281-1 du code de l'action sociale et des familles ;

2° Les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du code de la santé publique, lorsqu'ils ne relèvent pas du 1° du présent I ;

3° Les personnes, lorsqu'elles ne relèvent pas des 1° ou 2° du présent I, faisant usage :
a) Du titre de psychologue mentionné à l'article 44 de la loi n° 85-772 du 25 juillet 1985 portant diverses dispositions d'ordre social ;
b) Du titre d'ostéopathe ou de chiropracteur mentionné à l'article 75 de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé ;
c) Du titre de psychothérapeute mentionné à l'article 52 de la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique ;

4° Les étudiants ou élèves des établissements préparant à l'exercice des professions mentionnées aux 2° et 3° du présent I ainsi que les personnes travaillant dans les mêmes locaux que les professionnels mentionnés au 2° ou que les personnes mentionnées au 3° ;

5° Les professionnels employés par un particulier employeur mentionné à l'article L. 7221-1 du code du travail, effectuant des interventions au domicile des personnes attributaires des allocations définies aux articles L. 232-1 et L. 245-1 du code de l'action sociale et des familles ;

6° Les sapeurs-pompiers et les marins-pompiers des services d'incendie et de secours, les pilotes et personnels navigants de la sécurité civile assurant la prise

3

en charge de victimes, les militaires des unités investies à titre permanent de missions de sécurité civile mentionnés au premier alinéa de l'article L. 721-2 du code de la sécurité intérieure ainsi que les membres des associations agréées de sécurité civile mentionnées à l'article L. 725-3 du même code participant, à la demande de l'autorité de police compétente ou lors du déclenchement du plan Orsec, aux opérations de secours et à l'encadrement des bénévoles dans le cadre des actions de soutien aux populations ou qui contribuent à la mise en place des dispositifs de sécurité civile dans le cadre de rassemblements de personnes ;
7° Les personnes exerçant l'activité de transport sanitaire mentionnée à l'article L. 6312-1 du code de la santé publique ainsi que celles assurant les transports pris en charge sur prescription médicale mentionnés à l'article L. 322-5 du code de la sécurité sociale ;
8° Les prestataires de services et les distributeurs de matériels mentionnés à l'article L. 5232-3 du code de la santé publique.

II. - Un décret, pris après avis de la Haute Autorité de santé, détermine les conditions de vaccination contre la covid-19 des personnes mentionnées au I du présent article. Il précise les différents schémas vaccinaux et, pour chacun d'entre eux, le nombre de doses requises.
Ce décret fixe les éléments permettant d'établir un certificat de statut vaccinal pour les personnes mentionnées au même I et les modalités de présentation de ce certificat sous une forme ne permettant d'identifier que la nature de celui-ci et la satisfaction aux critères requis. Il détermine également les éléments permettant d'établir le résultat d'un examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination par la covid-19 et le certificat de rétablissement à la suite d'une contamination par la covid-19.

III. - Le I ne s'applique pas aux personnes chargées de l'exécution d'une tâche ponctuelle au sein des locaux dans lesquels les personnes mentionnées aux 1°, 2°, 3° et 4° du même I exercent ou travaillent.

IV. - Un décret, pris après avis de la Haute Autorité de santé, peut, compte tenu de l'évolution de la situation épidémiologique et des connaissances médicales et scientifiques, suspendre, pour tout ou partie des catégories de personnes mentionnées au I, l'obligation prévue au même I. »

- **l'article 14 à l'exception des dispositions de son I.A** :

« *I. - A. - A compter du lendemain de la publication de la présente loi et jusqu'au 14 septembre 2021 inclus, 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 ou 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.

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.

II. - Lorsque l'employeur constate qu'un salarié ne peut plus exercer son activité en application du I du présent article, il l'informe sans délai des conséquences qu'emporte cette interdiction d'exercer sur son emploi ainsi que des moyens de régulariser sa situation. Le salarié qui fait l'objet d'une interdiction d'exercer peut utiliser, avec l'accord de son employeur, des jours de repos conventionnels ou des jours de congés payés. A défaut, son contrat de travail est suspendu. La suspension mentionnée au premier alinéa du présent II, qui s'accompagne de l'interruption du versement de la rémunération, prend fin dès que le salarié 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 légaux ou conventionnels acquis par le salarié au titre de son ancienneté. Pendant cette suspension, le salarié conserve le bénéfice des garanties de protection sociale complémentaire auxquelles il a souscrit.

La dernière phrase du deuxième alinéa du présent II est d'ordre public. Lorsque le contrat à durée déterminée d'un salarié est suspendu en application du premier alinéa du présent II, le contrat prend fin au terme prévu si ce dernier intervient au cours de la période de suspension.

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

5

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. IV. - Les agences régionales de santé vérifient que les personnes mentionnées aux 2° et 3° du I de l'article 12 qui ne leur ont pas adressé les documents mentionnés au I de l'article 13 ne méconnaissent pas l'interdiction d'exercer leur activité prévue au I du présent article.

V. - Lorsque l'employeur ou l'agence régionale de santé constate qu'un professionnel de santé ne peut plus exercer son activité en application du présent article depuis plus de trente jours, il en informe, le cas échéant, le conseil national de l'ordre dont il relève. »

Pour être recevable , l'agent devait démontrer que la QPC satisfait aux conditions requises à sa transmission au Conseil d'Etat, posées par l'article 23-2 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958, *portant loi organique sur le Conseil constitutionnel*, à savoir que :

- **premièrement**, la disposition contestée est bien applicable au litige (I.);
- **deuxièmement**, la disposition contestée n'a pas déjà fait l'objet d'une déclaration de conformité à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision rendue par le Conseil constitutionnel (II.) ;
- **troisièmement**, la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux (III.)

6

I. LES DISPOSITIONS LEGISLATIVES CONTESTEES SONT APPLICABLES AU LITIGE ?

La condition selon laquelle la disposition législative contestée par le biais d'une QPC doit être applicable au litige qui en est le soutien ne fait en l'espèce pas de réelle difficulté. En effet, le recours introduit devant le Tribunal administratif de Marseille visait bien à faire annuler la décision par laquelle le CH d'Aubagne a suspendu le contrat de l'agent sur le fondement des dispositions de la loi n°2021-1040 du 5 août 2021 et précisément de son article 12 et 14.

Les visas de la décision contestée mentionnaient expressément les dispositions de cette loi.

II. LA DISPOSITION CONTESTEE N'A PAS ETE DECLAREE CONFORME A LA CONSTITUTION DANS LES MOTIFS ET LE DISPOSITIF D'UNE DECISION DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL, SAUF CHANGEMENT DE CIRCONSTANCES

On rappellera qu'une disposition peut faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité lorsque cette dernière n'a pas déjà fait l'objet d'une déclaration de conformité dans les motifs et le dispositif d'une décision du conseil, en application de l'article 23-2 de l'ordonnance précitée.

Mais le Conseil a clarifié l'application de ce critère dans une décision n° 2010-9 QPC du 2 juillet 2010 *Section française de l'Observatoire international des prisons*. Il précise qu'une disposition a déjà été déclarée conforme lorsqu'elle a été :

- expressément contestée par les requérants ;
- spécialement analysée par le Conseil dans les motifs de la décision ;
- déclarée conforme dans le dispositif de la décision.

En l'espèce, la loi n°2021-1040 du 5 août 2021 *relative à la gestion de la crise sanitaire* a fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité *a priori* qui a donné lieu à une décision du Conseil n°2021-824 DC en date du 5 août 2021[5].

Toutefois, saisi par le Premier ministre, 60 sénateurs et 60 députés, le Conseil ne s'est pas prononcé sur les dispositions des articles 12 et 14 de la loi, à l'exception du A du I de l'article 14.

[5] Conseil constit., décision n°2021-824 DC du 5 août 2021, *loi relative à la gestion de la crise sanitaire*

Curieusement, alors que dans sa saisine le Premier ministre demandait expressément, au Conseil de se prononcer sur les dispositions de l'article 12, ce dernier a éludé la question :

> J'ai ainsi l'honneur, en application du deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, de déférer au Conseil constitutionnel la loi relative à la gestion de la crise sanitaire afin qu'il examine, au regard des exigences constitutionnelles rappelées ci-dessus, les articles 1er, 9 et 12 de cette loi.

Extrait saisine du Premier ministre en date du 26 juillet 2021

Le Conseil constitutionnel ne s'est, effectivement pas penché sur l'analyse de cet article dans ses motifs. Il s'en est même complètement déchargé, au détour d'un autre moyen, en justifiant dans son considérant 121, que les auteurs de la saisine ne contestaient pas l'obligation vaccinale :

> « *121. Les sénateurs auteurs de la quatrième saisine,* ***qui ne contestent pas l'obligation vaccinale****, font valoir que ces dispositions porteraient une atteinte manifestement excessive à la liberté personnelle d'aller et venir, à la liberté d'entreprendre et au droit à l'emploi* » (***Cons. Const., 5 août 2021, n°2021-824 DC, cons. 121)***

Par ailleurs, le Conseil précise au paragraphe 125, n'avoir soulevé d'office aucune autre question de conformité. Il limite ainsi l'autorité de la chose jugée aux seules dispositions examinées dans sa décision :

> « *125. Le Conseil constitutionnel n'a soulevé d'office aucune question de conformité à la Constitution et ne s'est donc pas prononcé sur la constitutionnalité des autres dispositions que celles examinées dans la présente décision.* » (***Cons. Const., 5 août 2021, n°2021-824 DC, cons. 125)***

Enfin, il ressort du dispositif de la décision que les dispositions contestées en l'espèce n'y sont pas mentionnées.

Il en résulte donc que les dispositions contestées n'ont pas été spécialement analysées par le Conseil dans les motifs de sa décision et n'ont été mentionnées dans son dispositif.

Dès lors, le Conseil ne s'est pas prononcé sur les dispositions qui fondent la présente QPC, à savoir l'article 12 instaurant l'obligation vaccinale et l'article 14 à l'exception de son I. A.

III. LA QUESTION N'EST PAS DEPOURVUE DE CARACTERE SERIEUX

C'est le plus important : la loi est-elle constitutionnelle (au regard des articles concernés) ?

On rappellera que dans le cadre de la gestion de la crise sanitaire, le législateur a souhaité instaurer une obligation vaccinale à la charge notamment de l'ensemble des personnels travaillant dans les établissements de santé, maisons et centres de santé maisons médicales, services mobiles de soins, ainsi qu'à l'intégralité des professionnels de santé ou personnes intervenant à domicile pour des particuliers bénéficiaires de l'allocation personnalisée d'autonomie.

Deux critères se démarquent donc dans la détermination de cette obligation vaccinale :

- un critère géographique tenant au lieu d'exercice des personnes ;
- un critère matériel tenant à la nature de la profession exercée, à savoir une profession de santé telle que mentionnée dans la quatrième partie du code de la santé publique ou bien une des professions énumérées par la loi (psychologue, ostéopathe, chiropracteur ou encore psychothérapeute (3° du I de l'article 12 de la loi).

Les personnes concernées par cette obligation justifient s'y être conformée par la production au plus tard au 15 octobre 2021 :

- d'un certificat de statut vaccinal ;
- d'un certificat médical de contre indication médicale ;
- d'un certificat de rétablissement à la suite d'une contamination par la covid-19.

A compter du 15 octobre 2021 et en application de l'article 14 I.B. de la loi, les personnes assujetties à cette obligation et n'ayant pas justifié s'y être conformé ne sont plus autorisées à exercer leur profession :

> « *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****. (...)» Article 14, loi du 5 août 2021*

Leur contrat est alors suspendu jusqu'à l'éventuelle satisfaction d'un schéma vaccinal complet ou la production d'un justificatif de contre-indication ou de rétablissement.

La suspension des fonctions entraine la suspension du versement de la rémunération. La période de travail n'est ainsi pas considérée comme une période

de travail effectif pour la durée des congés payés ainsi que les droits légaux et conventionnels acquis par le salarié au titre de son ancienneté.

La requérante, en son mémoire distinct de QPC, pense les dispositions contestées introduisant un régime de vaccination obligatoire à la Covid-19, ne sont pas conformes à la Constitution en tant qu'elles:

- sont contraires au **principe d'égalité (A.) ;**
- portent atteinte au **droit au travail** garanti par les dispositions du Préambule de 1946 **(B.)**
- portent atteinte au droit à la vie privée, au droit au travail et à la liberté d'entreprendre en raison de l'incompétence négative du législateur **(C.)**
- portent atteinte au droit à la vie privée (D.);

A. L'ATTEINTE PORTEE AU PRINCIPE D'EGALITE

Le principe d'égalité compte parmi les principes garantis par la Constitution. Il trouve son fondement dans l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen (DDHC).

Cet article dispose que :

> « *La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité; et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.* »

Le principe d'égalité devant la loi implique que le législateur n'ait pas introduit de disposition ayant un caractère discriminatoire.

Néanmoins, le Conseil constitutionnel a forgé une jurisprudence constante en la matière selon laquelle, le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente, des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qu'il établit (***Cons. const. 9 avril 1996, no 96-375 DC § 8, Cons. const. 28 mai 2010, Union des familles en Europe, no 2010-3 QPC § 3***).

Il peut donc être dérogé au principe d'égalité lorsque cette différence est motivée par un intérêt général et est en lien direct avec l'objectif poursuivi.

En l'espèce et dans l'objectif de contenir l'épidémie, le législateur a entendu soumettre à l'obligation vaccinale les personnels qu'il juge les plus à risque de

rencontrer le virus. Il s'est ainsi exclusivement fondé sur le critère de l'exposition au public.

Le conseil constitutionnel relève ce critère de détermination dans sa décision du 5 août 2021, à propos du « passe sanitaire » :

> « *Toutefois, en instaurant une obligation de présentation d'un « passe sanitaire » pour les salariés travaillant dans certains lieux et établissements, le législateur a entendu limiter la propagation de l'épidémie de covid-19. Or, les salariés, qu'ils soient sous contrat à durée indéterminée ou en contrat à durée déterminée ou de mission* ***sont tous exposés au même risque de contamination ou de transmission du virus*** ». ***Cons. const. 5 août 2021, n°2021-824 §77***

Dès lors, c'est en application de ce critère, que le législateur en a déduit que les personnels médicaux et paramédicaux ainsi que tous les personnels travaillant en établissements de santé étaient les plus exposés au contact du public et donc les plus à risque de rencontrer le virus.

Or, ce critère de détermination de l'obligation vaccinale pourrait avoir pour effet de créer une discrimination injustifiée parmi :

- le personnel non médical (personnel administratif par exemple) n'ayant pas de contact avec le public, exerçant en établissement de santé et le personnel non médical exerçant dans d'autres établissements **(1.)** ;
- le personnel au contact du public qu'il exerce ou non en milieu hospitalier **(2.)**;

1. La discrimination opérée s'agissant des personnels n'étant pas au contact du public

La soumission systématique à la vaccination obligatoire des personnels exerçant en établissement de santé selon un critère que l'on pourrait qualifier de géographique est constitutive d'une rupture d'égalité.

En effet, le personnel qui n'est jamais exposé au public sera soumis à l'obligation vaccinale dès lors qu'il exerce en établissement de santé, alors que le personnel non exposé au public exerçant dans tout autre établissement ne sera pas concerné par cette obligation.

A titre d'illustration, un agent ou salarié exerçant des fonctions administratives au sein d'un des établissements visés par la loi mais non exposé au public sera soumis à l'obligation vaccinal alors même qu'il n'entre pas dans le champ d'application du critère choisi par le législateur. Ainsi, l'obligation vaccinale introduite pour freiner la propagation de l'épidémie là où les risques de

contamination pourraient potentiellement être les plus élevés perd tout son sens pour le personnel administratif qui n'est pas au contact du public.

Cette différence de traitement concernant pourtant une situation identique, à savoir des travailleurs non exposés au public, ne se justifie pas par l'objectif poursuivi par la loi. Précisément, si le personnel n'est pas au contact du public, il n'entre pas dans le champ du personnel soumis à un risque particulièrement élevé de rencontrer et de transmettre le virus.

Il en résulte que le critère de détermination de l'obligation vaccinale choisi par le législateur pourrait être absent voir même inopérant.

Dès lors, la discrimination passive qui en découlerait également et qui place le personnel n'exerçant pas au contact du public en dehors de structures de santé dans une situation plus favorable que celles exerçant en structure de santé n'est pas justifiée.

2. La discrimination opérée s'agissant du personnel au contact du public des professions médicales et non médicales

L'obligation vaccinale, telle que prévue par la loi du 5 août 2021 provoque une rupture d'égalité :

- d'une part, au sein des personnes exerçant une profession au contact du public entre celles exerçant en établissement de santé et celle n'exerçant pas dans ces établissements (a.) ;
- et d'autre part, au sein des professions règlementées exerçant au contact du public (b.)

a. Sur la rupture d'égalité concernant les professions, quelles qu'elles soient, exerçant au contact du public

Les dispositions qui soumettent – toujours selon le critère de l'exposition au public et donc de l'exposition au virus – le personnel médical exerçant en établissement de santé ou non à une obligation vaccinale créent une discrimination parmi l'ensemble des travailleurs exposés au public.

En effet, si le personnel médical exposé au public est soumis à une obligation vaccinale, il n'en est rien pour le personnel relevant d'autres professions également exposées au public.

A titre d'illustration, les professions du milieu de la restauration ne sont pas soumises à l'obligation vaccinale alors même qu'il s'agit d'une profession exposée en permanence au public.

De la même manière, les professeurs et professionnels de l'enseignement également au contact permanent du public et qui plus est d'un public jeune chez

qui il a été démontré que le taux de transmission était assez élevé, sont exposés au virus sans pour autant entrer dans le champ de l'obligation vaccinale.

Il en résulte ainsi une différence de traitement de situations pourtant identiques de professions toutes soumises à une exposition au public.

Or, il s'avère que cette différence de traitement ne se justifie pas au regard de l'objectif poursuivi et n'est pas nécessaire.

En effet, l'ensemble de ces établissements recevant du public est tenu de respecter les gestes dits « barrières » et l'accès à certains établissements, dont les établissements de santé, est soumis au respect des exigences du « passe sanitaire ».

Dès lors, dans les établissements de santé, les gestes « barrières » et les mesures de distanciation sociale s'appliquent au même titre que dans les autres lieux accueillants du public, voire même avec plus de rigueur. Ces gestes barrières sont en effet, appliqués de manière moindre dans des lieux tels que les restaurants, où le port du masque n'est pas possible à table.

Pour autant, ce n'est uniquement dans les établissements de santé que le législateur a entendu introduire une obligation vaccinale…En outre, le personnel **non** médical exerçant au contact du public dispose de la liberté de changer de lieu d'exercice professionnel pour exercer en dehors des établissements de santé et ainsi échapper à l'obligation vaccinale.

Tel n'est pas le cas des professionnels de santé également au contact du public, dont la profession est règlementée et donc systématiquement conditionnée par l'obligation vaccinale.

S'opère donc une rupture d'égalité pour les professions exposées au public entre celles médicales qui sont règlementées et celles non médicales qui ne le sont pas.

A titre d'exemple, tout libraire ou cuisinier travaillant en milieu hospitalier dispose toujours de la faculté de se faire embaucher dans un autre établissement privé où il ne sera pas soumis à l'obligation ou bien même d'ouvrir son propre établissement.

Tel n'est pas le cas d'une diététicienne (profession médicale réglementée) qui, en l'absence de vaccin, ne sera pas autorisée à exercer sa profession en mode d'exercice libéral ou même comme salariée d'un établissement non médical (ex : collège, lycée, école privée…).

Les professions de santé règlementées sont donc **intégralement** privées de leur droit d'exercer leur profession quel qu'en soit le lieu et le mode d'exercice.

Ainsi, en introduisant une obligation vaccinale aux seules professions de santé sur l'unique prétexte qu'il s'agit de profession au contact du public, le législateur aurait introduit une différence de traitement entre les professions exposées au

13

public et au virus, qui n'est pas justifiée et ne présente pas de lien direct avec l'objectif poursuivi.

Pour cette raison, les dispositions de l'article 12 pourraient jugés contraires à la Constitution.

b. La discrimination opérée entre les différentes professions règlementées, selon qu'elles sont médicales ou non, au contact du public

Les dispositions contestées pourraient également avoir pour effet de créer une rupture d'égalité parmi les différentes professions règlementées exercées au contact du public.

Précisément, les professions de santé exerçant au contact du public sont soumises à l'obligation vaccinale dans tout leur mode d'exercice. A savoir, qu'elles soient exercées en établissement de santé ou en dehors de ces structures, en exercice libéral. L'exercice de ces professions est donc intégralement conditionné par l'obligation vaccinale.

Cela n'est pas le cas d'autres professions règlementées telles que les taxis qui, bien qu'également exposés au public, ne sont soumis à cette obligation que dans le cadre de la réalisation de transports sanitaires en application de le 7° du I. de l'article 12 de la loi :

> « 7° *Les personnes exerçant l'activité de transport sanitaire mentionnée à l'article L. 6312-1 du code de la santé publique ainsi que celles assurant les transports pris en charge sur prescription médicale mentionnés à l'article L. 322-5 du code de la sécurité sociale ; (…)* »

Dès lors, la loi laisse une possibilité aux personnes exerçant cette profession règlementée de continuer à l'exercer sans se faire vacciner.

La loi ne laisse cependant pas cette même faculté aux professions règlementées de santé, **dont plus aucun mode d'exercice n'est autorisé en dehors du vaccin.**

Dans ces circonstances, la loi introduirait une rupture d'égalité parmi les professions règlementées exercées au contact du public.

B. L'ATTEINTE PORTEE AU DROIT AU TRAVAIL ET A LA LIBERTE D'ENTREPRENDRE RESULTANT DE L'INCOMPETENCE NEGATIVE DU LEGISLATEUR

Il convient de rappeler que le moyen tiré de l'incompétence négative du législateur ne peut être utilement invoqué à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité que lorsque cette méconnaissance affecte, par elle-même, un

droit ou une liberté que la Constitution garantit (***Cons. const., 18 juin 2010, SNC Kimberly-Clark, n° 2010-5 QPC, Cons. const., 18 juin 2012, Féd. de l'énergie et des mines-Force ouvrière, n° 2012-254 QPC***).

1. La compétence du législateur

Les domaines de compétence du législateur sont prévus par les dispositions de l'article 34 de la Constitution :

> *« La loi fixe les règles concernant :*
>
> *-les droits civiques et* ***les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques*** *; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ; les sujétions imposées par la Défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ;*
>
> *(...)*
>
> *La loi fixe également les règles concernant:*
>
> *— les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État;*
>
> *(...)*
>
> *La loi détermine les principes fondamentaux :*
>
> *-du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale. »*

Il résulte de cet article que le législateur est compétent pour édicter :

- les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques (a.),
- les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils de l'Etat (b.) ;
- les principes fondamentaux du droit au travail (c.).

a. Sur les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice de leurs libertés publiques

Le législateur est compétent pour déterminer les règles applicables aux libertés publiques que sont les droits individuels (1.) le droit à la vie privée (2.), et la liberté du commerce et de l'industrie (3.).

1) Sur la protection des droits individuels

La détermination des garanties nécessaires à la protection des droits individuels relève, de toute évidence, du champ d'application de l'article 34.

En témoigne notamment un arrêt du Conseil d'Etat en date du 3 juillet 1998 s'agissant du consentement du patient à l'enregistrement de ses données personnelles :

> « *Considérant que si, sur le fondement de ces dispositions, le gouvernement a pu légalement prévoir, par le paragraphe IV de l'article 8 de l'ordonnance du 24 avril 1996, qui ajoute un article L 161-31 au code de la sécurité sociale, que les organismes d'assurance maladie délivrent une carte électronique individuelle interrégimes à tout bénéficiaire de l'assurance maladie, il ne pouvait, pour ce qui est du "volet médical" de cette carte, se borner à renvoyer à un décret en Conseil d'Etat le soin d'en déterminer les modalités de mise en œuvre, sans que soient précisées au préalable, par l'autorité compétente en vertu des articles 34 et 38 de la Constitution,* ***les garanties nécessaires à la protection des droits individuels, qu'il s'agisse notamment du consentement du patient à l'enregistrement des données le concernant,*** *du délai pendant lequel les informations doivent demeurer sur le "volet santé" et de la possibilité d'en obtenir la suppression ; que, faute pour les auteurs de l'ordonnance d'avoir épuisé leur compétence, le paragraphe II de l'article L 161-31 du code de la sécurité sociale est entaché d'illégalité ; (...)* » ***CE, 3 juill. 1998, Synd. des médecins de l'Ain, n°188004***

En l'espèce, les dispositions imposant la vaccination obligatoire porteraient gravement atteinte aux droits individuels en ce qu'elles s'appliquent aux individus indépendamment de leur consentement à se faire administrer un traitement médical.

Dès lors, selon l'auteur de la QPC, de telles dispositions ne pouvaient relever que du domaine de la loi.

2) Sur le droit à la vie privée

Relèvent également du domaine de la loi, les dispositions ayant pour objet de porter atteinte au droit à la vie privée.

Le Conseil constitutionnel l'a lui-même précisé dans une décision en date du 25 février 2010 :

> « *22. Considérant, en second lieu, qu'il appartient au législateur, en vertu de l'article 34 de la Constitution, de fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ;* ***qu'il doit, en particulier, assurer la conciliation entre le respect de la vie privée et d'autres exigences constitutionnelles****, telles que la recherche des auteurs d'infractions et la prévention d'atteintes à l'ordre public, nécessaires, l'une et l'autre, à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle ;* » ***Cons. const., 25 février 2010, n°2010-604***

16

A nouveau, les dispositions imposant l'administration d'un traitement médical à des individus constituent une immixtion indéniable dans leur intimité et leur droit de disposer de leur corps, de sorte qu'elles portent nécessairement atteinte à leur vie privée.

En ce sens, seule une disposition législative pouvait permettre un tel dispositif.

3) Sur la liberté du commerce et de l'industrie

Il résulte de l'article 34 précité que le législateur est seul compétent pour édicter des règles fixant l'exercice des libertés publiques parmi lesquelles comptent la liberté de commerce et d'industrie[6]. Il est à ce titre, le seul compétent pour fixer les règles d'exercice et d'accès à une profession.

En témoigne une décision du conseil constitutionnel en date du 27 février 1967 :

> *« 4. Considérant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution « la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » et qu'elle « détermine les principes fondamentaux du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales » ;*
>
> *5. Considérant que les dispositions soumises à l'examen du Conseil constitutionnel* ***ont pour objet soit de limiter le nombre des débits de boissons autres que ceux de la première catégorie qui peuvent être possédés ou exploités par une même personne****, soit de fixer les cas dans lesquels il peut être procédé au transfert des débits de boissons, soit de définir les périmètres de protection constitués autour de certains édifices et établissements ;*
>
> *6. Considérant que les dispositions de l'article L29 du Code des débits de boissons, telles qu'elles résultent de l'ordonnance du 7 janvier 1959,* ***ont pour objet d'interdire à toute personne physique ou morale de posséder ou d'exploiter plus d'un débit de boissons ; que de telles dispositions portent atteinte aux règles et aux principes fondamentaux sus énoncés ; que, par suite, elles relèvent du domaine de la loi*** *; »* ***Cons. Const., 27 février 1967, n°67-44***

En l'espèce, les dispositions législatives contestées ont pour objet de soumettre certaines professions à une obligation vaccinale.

Or, la plupart des professions concernées sont des professions médicales nécessitant l'obtention d'une autorisation ou à tout le moins, d'un agrément avant toute installation.

Dès lors, les dispositions de la loi en tant qu'elles introduisent une nouvelle obligation conditionnant l'accès et l'exercice de ces professions pouvant donner lieu à un refus ou retrait de l'agrément ou de l'autorisation, portent atteinte à l'exercice la liberté du commerce et de l'industrie.

---

[6] CE, sect., 28 oct. 1960, *Martial de Laboulaye: Lebon 570*

Partant, ces dispositions entrent dans le champ d'application de l'alinéa précité de l'article 34 et donc dans le champ de compétence du législateur.

Dès lors, seul le législateur serait seul compétent pour édicter de telles dispositions.

b. Sur les garanties fondamentales des fonctionnaires

Il ressort de l'article 34 de la Constitution, que le législateur détermine les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils de l'État.

Il s'avère que la stabilité de l'emploi constitue une garantie fondamentale au sens de l'article précité. En effet, l'article 69 du titre II du statut général de la fonction publique[7] dispose que : « *Hormis le cas d'abandon de poste, ou les cas prévus aux articles 51 ci-dessus et 70 ci-dessous, les fonctionnaires* ***ne peuvent être licenciés qu'en vertu de dispositions législatives*** *de dégagement des cadres prévoyant soit le reclassement des intéressés, soit leur indemnisation.* ».

Cette garantie a vocation à s'appliquer aux fonctionnaires et à l'intégralité des agents publics (contractuel ou stagiaire), dès lors qu'ils sont soumis au respect des dispositions des chapitres II et IV de la loi du 13 juillet 1983 notamment relatifs à la déontologie et se trouvent directement impactés par les dispositions régissant cette matière. En l'espèce, ces derniers sont directement impactés par les dispositions contestées qui restreignent leur perspective d'emploi à long terme.

En effet, ces dispositions qui prévoient la suspension de tout fonctionnaire ou agent public n'ayant pas satisfait à son obligation vaccinale reviennent concrètement à le priver définitivement et indéfiniment de son emploi sans pour autant que cette privation résulte d'une faute professionnelle.

Cette privation d'emploi s'apparente donc à une véritable sanction en dehors de tout comportement fautif. Cette sanction est de surcroit, bien plus sévère qu'en matière disciplinaire où la suspension prononcée pour faute grave ne peut excéder quatre mois (*article 30 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires*).

En ce sens, ces dispositions porteraient atteinte aux garanties fondamentales des fonctionnaires et des agents publics.

c. Sur les principes fondamentaux du droit au travail

Il résulte par ailleurs de l'article 34 qu'il appartient au législateur de fixer les règles en matière de droit du travail de manière à assurer au mieux le droit pour

[7] Article 69 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat (1).

chacun d'obtenir un emploi en vue de permettre l'exercice de ce droit au plus grand nombre possible d'intéressés. En témoigne une décision du Conseil constitutionnel de 1983 :

> *« 4. Considérant qu'en vertu de l'article 34 de la Constitution la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques et détermine les principes fondamentaux du droit du travail ; qu'à ce titre,* ***il lui appartient de poser les règles propres à assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi en vue de permettre l'exercice de ce droit au plus grand nombre possible d'intéressés*** *; qu'ainsi, sans violer aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle, la loi soumise à l'examen du Conseil a pu, dans son article 8, poser des règles interdisant le cumul de pensions de retraite et de certaines activités et prévoir que le cumul d'une pension et d'une activité salariée, dans les cas où il est autorisé, donne lieu à une contribution de solidarité assise sur les salaires ; »*
>
> ***Cons. Const., 28 mai 1983, n° 83-156 DC, Loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse***

Seule une loi pouvait donc prévoir un dispositif de vaccination obligatoire.

Il s'avèrerait pourtant que le législateur n'a pas pleinement épuisé sa compétence.

2. <u>Sur la méconnaissance, par le législateur, de l'étendue de sa compétence</u>

Dans le cadre de ses compétences, le législateur doit édicter les règles dans des termes clairs et précis[8] et veiller à ce que les limitations qu'il introduit soient assorties des garanties nécessaires à la préservation des droits et libertés fondamentales. A défaut, les dispositions sont censurées par le conseil constitutionnel pour incompétence négative.

A cet égard, le Conseil constitutionnel a, par le passé, censuré des dispositions législatives lorsque ces dernières n'étaient pas assorties de précisions suffisantes sur leur champ d'application :

---

[8] Cons. Const., 17 juillet 2003, n°2003-474 DC : « *2. Considérant que l'article 56 a pour objet de remplacer dans l'article L. 720-4 du code de commerce les mots : « la part de surface de vente destinée à l'alimentation » par les mots : « la surface de vente totale des commerces de détail à prédominance alimentaire de plus de 300 mètres carrés de surface de vente » ;*

3. Considérant que, par cette disposition, le législateur a modifié un critère de délivrance des autorisations d'exploitation des commerces alimentaires de détail ; que, contrairement à ce que soutiennent les requérants, il a défini ***ce critère de façon suffisamment claire et précise*** *; qu'en outre, cette définition, qui vise à limiter les positions dominantes, n'est pas contraire au principe de liberté du commerce et d'industrie ;* »

« *6. Considérant que l'article L. 45 du code des postes et des communications électroniques confie à des organismes désignés par le ministre chargé des communications électroniques l'attribution et la gestion des noms de domaine « au sein des domaines de premier niveau du système d'adressage par domaines de l'internet, correspondant au territoire national » ;* ***qu'il se borne à prévoir que l'attribution par ces organismes d'un nom de domaine est assurée « dans l'intérêt général, selon des règles non discriminatoires rendues publiques et qui veillent au respect, par le demandeur, des droits de la propriété intellectuelle »*** *; que, pour le surplus, cet article renvoie à un décret en Conseil d'État le soin de préciser ses conditions d'application ; que, si le législateur a ainsi préservé les droits de la propriété intellectuelle,* ***il a entièrement délégué le pouvoir d'encadrer les conditions dans lesquelles les noms de domaine sont attribués ou peuvent être renouvelés, refusés ou retirés ; qu'aucune autre disposition législative n'institue les garanties permettant qu'il ne soit pas porté atteinte à la liberté d'entreprendre ainsi qu'à l'article 11 de la Déclaration de 1789*** *; que, par suite, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence ; qu'il en résulte que l'article L. 45 du code des postes et des communications électroniques doit être déclaré contraire à la Constitution ;* », ***Cons. Constit, 6 octobre 2010, n°2010-45 QPC***

Ou encore, lorsque le législateur avait laissé un large pouvoir d'appréciation à l'Administration dans la mise en œuvre des dispositions :

« 4. Considérant qu'aux termes de l'article 17 de la Déclaration de 1789 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité » ; qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution : « La loi détermine les principes fondamentaux… de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources… du régime de la propriété » ;

5. Considérant que le 1 ° du paragraphe I de l'article 72 de la loi du 30 décembre 1967 susvisée permet aux communes d'imposer aux constructeurs, à l'occasion de la délivrance des autorisations de construire ou de lotir, la cession gratuite d'une partie de leur terrain ; ***qu'il attribue à la collectivité publique le plus large pouvoir d'appréciation sur l'application de cette disposition et ne définit pas les usages publics auxquels doivent être affectés les terrains ainsi cédés*** *; **qu'aucune autre disposition législative n'institue les garanties permettant qu'il ne soit pas porté atteinte à l'article 17 de la Déclaration** de 1789 ; que, par suite, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence ; qu'il s'ensuit que le 1 ° du I de l'article 72 de la loi du 30 décembre 1967 doit être déclaré contraire à la Constitution ; »* ***Cons. Const. 7 octobre 2011, n°2011-176, §4 et 5***

20

Ainsi l'agent auteur de la QPC pense avoir démontré que les dispositions contestées relevaient de la compétence du législateur en ce qu'elles concernaient :

- les règles en matière de garanties fondamentales accordées aux citoyens dans l'exercice de leurs libertés publiques ;
- les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils de l'Etat ;
- ainsi que les principes fondamentaux du droit au travail.

S'il appartenait donc au législateur d'apporter des limitations à ces garanties et d'assortir l'exercice des professions d'une limitation, force est de constater que l'obligation vaccinale instaurée par les dispositions contestées, n'est pas assortie des précisions suffisantes permettant de garantir le droit au travail, la liberté d'entreprendre, les garanties fondamentales ainsi que les libertés publiques précitées.

Précisément, l'obligation vaccinale est rédigée comme suit :

> *« I. - Doivent être vaccinés, **sauf contre-indication médicale reconnue**, contre la covid-19 :*
> *1° Les personnes exerçant leur activité dans : (...) »*
> ***Article 12, loi n° 2021-1040 du 5 août 2021***

Cette obligation est donc assortie d'une exception pour les personnes présentant « *une contre-indication médicale reconnue* ».

Sans plus de précisions, le législateur renvoie au pouvoir règlementaire, le soin de déterminer les conditions de la vaccination par décret pris après avis de la Haute Autorité de la Santé :

> *« II. - **Un décret, pris après avis de la Haute Autorité de santé, détermine les conditions de vaccination contre la covid-19** des personnes mentionnées au I du présent article. Il précise les différents schémas vaccinaux et, pour chacun d'entre eux, le nombre de doses requises.*
> *Ce décret fixe les éléments permettant d'établir un certificat de statut vaccinal pour les personnes mentionnées au même I et les modalités de présentation de ce certificat sous une forme ne permettant d'identifier que la nature de celui-ci et la satisfaction aux critères requis. Il détermine également les éléments permettant d'établir le résultat d'un examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination par la covid-19 et le certificat de rétablissement à la suite d'une contamination par la covid-19. » (**Article 12 II, loi du 5 aout 2021 précitée**)*

Il apparait donc que le législateur n'a pas défini de manière précise le champ d'application de l'obligation vaccinale. Ce dernier s'est contenté d'introduire une obligation vaccinale assortie d'une exception dont il a confié l'entière détermination quant à la nature, l'étendue et le mode de détermination au pouvoir

règlementaire. Le pouvoir règlementaire a donc disposé de la plus grande liberté d'appréciation dans la définition des contre-indications médicales et de surcroit dans l'étendue du champ d'application de l'obligation.

Ce dernier a donc établi une liste de contre-indications abstraites sans prévoir une contre-indication *in concreto* prenant en considération, au cas particulier, l'état de santé particulier du patient. Cette liste limitative des contre-indications « reconnue[s] » figure actuellement en annexe II du décret n°2021-699 du 1er juin 2021 *prescrivant les mesures nécessaires à la sortie de la crise sanitaire*.

Or, il appartenait au législateur de définir, ou à tout le moins de préciser, la nature des contre-indications retenues à ce titre par la loi dès lors que du champ d'application de l'exception dépend nécessairement le champ d'application de l'obligation. Et ceci d'autant plus que les exceptions s'apprécient de manière stricte.

Dès lors, en ne définissant pas l'étendue, ni la nature de l'exception apportée à l'obligation vaccinale, le législateur aurait confié à l'autorité administrative un large pouvoir d'appréciation en méconnaissance de sa propre compétence et a porté atteinte au droit au travail, à la liberté d'entreprendre comprenant la liberté de commerce et d'industrie, aux droits individuels, ainsi qu'au droit à la vie privée.

C. L'ATTEINTE PORTEE AU DROIT AU TRAVAIL, AU DROIT A L'EMPLOI ET A LA LIBERTE D'ENTREPRENDRE

Si par extraordinaire, le Conseil constitutionnel considérait que le législateur n'avait pas méconnu l'étendue de sa compétence en introduisant une obligation sans définir l'exception qui en est assortie, l'auteur de la QPC considère aussi que le législateur a porté atteinte au droit au travail, au droit à l'emploi et à la liberté d'entreprendre.

Premièrement, il rappelle que le droit au travail est un droit constitutionnellement garanti par les dispositions du préambule de 1946 dont l'alinéa 5 prévoit que :

> « *5. Chacun a le devoir de travailler et* ***le droit d'obtenir un emploi****. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de* ***ses opinions ou de ses croyances****.* »

Deuxièmement, le droit à l'emploi découle quant à lui des dispositions de l'article 4 de la DDHC de 1789. Cet article est rédigé comme suit :

> *« La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. Ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi. »*

Le Conseil a lui-même constaté qu'il découlait de ces dispositions un droit à l'emploi :

> « *3. Considérant que, s'il est loisible au législateur, dans le cadre des pouvoirs qu'il tient de l'article 34 de la Constitution qui range dans le domaine de la loi "les principes fondamentaux ... du droit du travail...", de fixer la durée légale hebdomadaire du travail effectif et, dans ce cadre, d'instituer des mécanismes d'incitation financière propres à favoriser, dès l'entrée en vigueur de la loi, la réduction du temps de travail et la sauvegarde de l'emploi, cette disposition constitutionnelle, tout comme celle qui confie à la loi la détermination des principes fondamentaux du droit syndical et de la sécurité sociale, ne sauraient dispenser le législateur, dans l'exercice de sa compétence, du respect des principes et règles de valeur constitutionnelle, en ce qui concerne en particulier les droits et libertés fondamentaux reconnus aux employeurs et aux salariés ; que figurent notamment, parmi ces droits et libertés,* ***la liberté proclamée par l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, dont découle*** *en particulier la liberté d'entreprendre, l'égalité devant la loi et les charges publiques,* ***le droit à l'emploi****, le droit syndical, ainsi que le droit reconnu aux travailleurs de participer à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises* ; » **Cons. const. n° 98-401 DC du 10 juin 1998,** ***Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail***

Dans le cadre de ses compétences attribuées par l'article 34 de la Constitution, législateur est tenu de poser des règles propres à assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi en vue de permettre l'exercice de ce droit au plus grand nombre possible d'intéressés. (***Cons. Const., 28 mai 1983, n° 83-156 DC, Loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse, précitée)***

Troisièmement et de la même manière, découle de cet article la liberté d'entreprendre qui « *comprend non seulement la liberté d'accéder à une profession ou à une activité économique mais également la liberté dans l'exercice de cette profession ou de cette activité* » (***Cons. const., Cons. const., 30 nov. 2012, Christian S., n° 2012-285 QPC § 7***)

Il peut être apporté des limitations à ces droits et libertés pour des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, ces limitations doivent être proportionnées au regard de l'objectif poursuivi (***Cons. const., 16 janvier 2001, n° 2000-439 DC***)

23

En l'espèce, les dispositions contestées érigent une obligation vaccinale comme une nouvelle condition d'exercice des professions de santé et de toutes les professions exercées dans l'un des établissements de santé énumérés par l'article 12, portent atteinte au droit au travail.

Ce sont effectivement l'accès et la poursuite de l'exercice de la profession qui sont impactés par ces dispositions.

Si le Conseil a pu considérer, dans sa décision rendue dans le cadre de son contrôle *a priori,* que le A de l'article 14 ne portait pas atteinte au droit à l'emploi et à la liberté d'entreprendre dès lors que les professionnels soumis à cette obligation pouvait :« *continuer d'exercer leur activité sous réserve de présenter soit un certificat de statut vaccinal, soit un certificat de rétablissement, soit un certificat médical de contre-indication à la vaccination, ou à défaut, un justificatif de l'administration des doses de vaccin requises par voie réglementaire ou un résultat de test de dépistage virologique négatif.* » (***Cons. constit. 5 août 2021, n°2021-824 DC***), il n'a pu le faire que dans la mesure où l'obligation vaccinale n'était pas contestée.

Or, c'est précisément le régime de l'obligation vaccinale qui impose la présentation d'un justificatif qui est contraire aux droits et libertés invoqués et qui est présentement contestée.

En effet, par la sanction qu'elle introduit, la vaccination contre la Covid-19 conditionne tant l'accès aux professions de santé et aux professions exercées dans un établissement de santé, que la poursuite desdites professions.

Précisément, les professionnels ne présentant pas leur justificatif de vaccination sont automatiquement suspendus de leurs fonctions, sans salaire ou traitement. **La non-vaccination est ainsi sanctionnée par une interdiction définitive d'exercer la profession.** Cette sanction est gravement attentatoire aux principes constitutionnels énoncés ci-dessus et est disproportionnée à l'objectif poursuivi. Le législateur ne saurait constitutionnellement priver des individus de leur profession et ainsi porter une telle atteinte au droit au travail, à l'emploi et à la liberté d'entreprendre pour satisfaire le respect d'un objectif à valeur constitutionnelle de protection de la santé.

Pire, en sanctionnant de cette manière les professionnels de santé, le législateur s'est mépris dans son action en faveur du respect de cet objectif.

En effet, si le législateur souhaitait garantir le respect de l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé en imposant la vaccination à tous les professionnels de santé et à tous les professionnels exerçant dans les établissements de santé, il se devait d'observer une conciliation entre les droits et libertés garantis par la Constitution.

24

Il se devait également d'analyser l'impact de sa mesure sur cet objectif qu'il tentait de protéger. En effet, si le législateur s'est estimé fondé à imposer une vaccination obligatoire assortie d'une interdiction d'exercice dans cet objectif, ce dernier n'a pas tenu compte du fait que les suspensions et les interdictions d'exercice qu'elle impliquerait auraient inévitablement un impact majeur sur la protection de ce même objectif. Il va sans dire que la suspension du personnel de santé et du personnel travaillant dans les établissements de santé dont le rôle est indispensable à la bonne organisation du système de santé et à la prise en charge des malades, aura fatalement un impact pernicieux sur l'organisation et la survie du système de soin.

En effet, la pénurie actuelle de professionnels de santé ainsi que l'épuisement de ce dernier qui se fait ressentir depuis le commencement de la crise sanitaire, ne place pas le législateur en position de se priver délibérément des professionnels en exercice. Dès lors, en sanctionnant les professionnels de santé non vaccinés par une interdiction d'exercice de leur profession, le législateur n'a pas agit en protection du principe à valeur constitutionnelle de protection de la santé mais y a également et indéniablement porté une atteinte disproportionnée.

D. L'ATTEINTE PORTEE AU DROIT A LA VIE PRIVEE

Pour la requérante, le droit à la vie privée est un droit constitutionnellement garanti par les dispositions de l'article 2 de la DDHC, tel que l'a précisé le Conseil constitutionnel dans une décision n° 2010-604 DC du 25 février 2010 :

> *« 21. Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 2 de la Déclaration de 1789 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression » ; que la liberté proclamée par cet article implique le respect de la vie privée ; »,*

Il est vrai que la vaccination obligatoire qui porte sur l'intégrité physique des personnes constitue une ingérence dans la vie privée des individus.

Il appartient donc au législateur lorsqu'il entend apporter des limitations à ce droit, de concilier l'exercice des libertés constitutionnellement garanties et d'adapter les atteintes de manière à ce qu'elles soient adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis :

> « 8. Considérant que l'hospitalisation sans son consentement d'une personne atteinte de troubles mentaux doit respecter le principe, résultant de l'article 66 de la Constitution, selon lequel la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire ; qu'il incombe au législateur d'assurer la

25

conciliation entre, d'une part, la protection de la santé des personnes souffrant de troubles mentaux ainsi que la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droit et principes de valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ; **qu'au nombre de celles-ci figurent la liberté d'aller et venir et le respect de la vie privée**, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que la liberté individuelle dont l'article 66 de la Constitution confie la protection à l'autorité judiciaire ; **que les atteintes portées à l'exercice de ces libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis** ; » ***Cons. const. 20 avril 2012, n° 2012-235-QPC***

En l'espèce, le législateur a imposé une vaccination à un nombre déterminé d'individus en raison de leur profession et de leur lieu d'exercice. Une telle obligation constitue une atteinte à l'intégrité physique des individus et porte atteinte à leur vie privée.

Or, il se pourrait que cette atteinte ne soit pas adaptée, nécessaire ni proportionnée à l'objectif de protection de la santé poursuivi par le législateur.

Premièrement, la mesure n'est pas adaptée en ce que, d'une part, les données scientifiques actuelles n'établissent pas que la vaccination **empêche la transmission du virus et donc la propagation de l'épidémie.** A cet égard et à l'occasion du recueil du consentement pour la vaccination, les formulaires des centres de vaccination, mentionnent que le vaccin n'empêche en rien le risque de contracter la maladie et/ ou de la transmettre. Ces derniers rappellent donc qu'il est nécessaire de maintenir le respect des gestes barrières après la vaccination.

En outre, la crainte d'une cinquième vague, alors même qu'une majorité de la population présente un schéma vaccinal complet est la parfaite démonstration que le vaccin ne freine pas la transmission du virus et la propagation de l'épidémie.

D'autre part, l'innocuité du vaccin n'a pas été démontrée par les scientifiques qui ne disposent pas assez de recul sur les effets qu'il peut engendrer sur l'organisme et donc sur la sécurité du dispositif.

En ce sens, la réponse vaccinale n'apparait pas comme une mesure adaptée à l'objectif poursuivi par le législateur.

Deuxièmement, la mesure imposant l'obligation n'était pas nécessaire. En effet, la campagne de sensibilisation à la vaccination de la population apportait déjà satisfaction en ce qu'elle donnait déjà lieu à une vaccination de masse chez une population de plus en plus favorable et volontaire à la mesure. Précisément, le personnel médical et le personnel travaillant en établissement de santé font partie de cette population très sensible et favorable à la vaccination contre la Covid-19.

Le législateur n'avait donc pas besoin d'imposer cette mesure dont la menace de sanction s'apparente à une mesure de pression et de chantage économique.

Troisièmement, la mesure est disproportionnée à l'objectif poursuivi en ce qu'elle impose un traitement médical dont personne n'est en capacité d'affirmer son efficacité et son innocuité et en ce que cette obligation s'accompagne d'une suspension et interdiction totale d'exercice de la profession.

Pour l'ensemble des motifs précédemment exposés, l'agent suspendu posait donc la question de la conformité des dispositions des articles 12 et 14 de la loi n°2021-1040 aux droits et libertés garantis par la constitution et demandait au Tribunal administratif de Marseille de bien vouloir transmettre au Conseil d'Etat la QPC soulevée et sursoir à statuer, jusqu'à ce que le Tribunal soit informé de la décision du Conseil d'Etat ou, le cas échéant du Conseil constitutionnel.

A cette date, le tribunal administratif de Marseille n'a pas encore statué et l'on attend – sans trop y croire eu égard à la pression actuelle de la crise sanitaire – une ordonnance dans un sens ou un autre.

A suivre.

27

Publié le 14 décembre 2021

URL de la source (modifié le 14/12/2021 - 10:46): http://www.cabinet-gros-hicter.fr/fr/actualites/tribunal-administratif-de-marseille-la-decision-de-suspension-pour-cause-de-refus-de