

Contribution extérieure sur la loi relative à la gestion de crise sanitaire

Objet : Contribution extérieure de la Confédération Générale du Travail (CGT), de l'Union Syndicale Solidaires, de la Fédération Syndicale Unitaire (FSU) et du Syndicat des Avocats de France (SAF) sur la loi relative à la gestion de la crise sanitaire.

Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs les membres du Conseil Constitutionnel,

La CGT, Solidaires, la FSU et le SAF ont l'honneur de vous soumettre leur contribution extérieure dans le cadre du contrôle de constitutionnalité du projet de loi relatif à la gestion de la crise sanitaire qui vous a été déféré.

Le Parlement vient de voter la Loi relative à la gestion de la crise sanitaire. Cette dernière élargit aujourd'hui à certains lieux recevant du public l'usage d'un "passe sanitaire" pour les personnes les fréquentant et pour les salariés y travaillant. Alors que la Ministre du Travail prétextait en novembre dernier - pour ne pas imposer le télétravail aux entreprises - que les mesures barrières étaient suffisantes pour protéger les salariés et les agents, elle leur impose aujourd'hui un passe sous menace de sanctions déguisées et totalement disproportionnées. Si la vaccination a fait ses preuves depuis des années, elle ne peut se faire dans n'importe quelles conditions et à n'importe quel prix. C'est par l'information, la pédagogie, le débat que les doutes peuvent être levés et non par la menace et la contrainte.

L'état d'urgence sanitaire aurait dû permettre de prendre les décisions politiques nécessaires pour protéger l'ensemble des habitants confrontés à la pandémie, tout d'abord en les informant et en les accompagnant dans l'accès à la vaccination – et notamment les plus éloignés du système de prévention et de soins, qui sont les premières victimes de la pandémie. Le gouvernement aurait également pu faire le choix de répondre aux besoins en la matière, en augmentant le nombre de personnels soignants, de lits dans les hôpitaux. Les

services de santé au travail auraient pu être renforcés afin de participer à la lutte contre la propagation du Covid-19, notamment en diffusant aux travailleuses, travailleurs et aux employeurs des messages de prévention, en aidant les entreprises dans la définition et la mise en œuvre des mesures de prévention et en accompagnant celles qui seraient amenées à « accroître ou adapter leur activité ». Le rôle des CSE et des commissions santé, sécurité et conditions de travail aurait pu être renforcé, alors que beaucoup d'entreprises ne respectent même pas les recommandations minimales d'hygiène et de sécurité dans le cadre du Covid-19. Un plan vaccinal mondial ambitieux, équitable et solidaire de l'ensemble de la population sur les cinq continents aurait pu être plaidé et gagné auprès des instances internationales, en s'appuyant sur la nécessaire levée des brevets et des licences. Mais ce n'est pas le choix qui a été fait. Alors que tous ces enjeux relèvent des politiques de prévention et de santé publique, le gouvernement persiste à renvoyer aux seuls individus l'endiguement de la pandémie.

Le gouvernement aurait pu mettre en place d'autres mesures que celles prévues par la Loi, que nous estimons totalement disproportionnées pour le salarié. Elles risquent, par ailleurs, de créer des clivages et des tensions dans les collectifs de travail, comme elles le font aujourd'hui dans la société, en opposant les « bons » travailleurs et travailleuses qui seraient vaccinés et les autres, alors que la réalité est dans les faits bien compliquée. Le gouvernement a réussi à certains moments de la crise sanitaire à mettre en place de manière massive des dispositifs plus protecteurs pour les travailleuses et travailleurs, comme l'activité partielle ou encore les arrêts maladie pour les salariés gardant leurs enfants. Mais pour trouver une autre voie qui ne fragilise pas davantage le droit du travail, le gouvernement aurait dû s'appuyer sur l'expertise des organisations syndicales, ce qui n'a certainement pas été son choix. Malgré le fait que cette loi risque de modifier substantiellement la nature du contrat de travail, les organisations syndicales n'ont pas été concertées comme le prévoit l'article L. 1 du code du travail : pas de concertation préalable, ni de document motivé tel que prévu en cas de procédure d'urgence. La Ministre du travail a seulement organisé une réunion en visio le 16 juillet 2021 pour informer les organisations syndicales et patronales représentatives dans le champ interprofessionnel. Pas de consultation non plus du Conseil commun de la fonction publique, comme le soulignait l'avis du Conseil d'Etat le 19 juillet dernier. Le débat autour de la mise en place de ces dispositions a été totalement évité et la démocratie sociale s'en trouve encore plus écornée. Dans les entreprises également, les organisations syndicales vont être totalement écartées de la mise en œuvre de ces mesures et c'est à peine si une petite information/consultation du CSE est prévue, concernant uniquement la mise en œuvre des mesures de contrôle. Sachant que l'employeur peut mettre en place ces mesures avant même que le CSE n'ait rendu son avis.

Jusqu'à présent, le code du travail dispose bien que seul un médecin du travail – précisément parce qu'il n'est pas partie prenante du contrat de travail, ce qui garantit le traitement objectif et non-discriminant des données de santé - est habilité à faire valoir une inaptitude temporaire ou définitive d'un salarié. Dans le cas qui nous préoccupe, c'est désormais les employeurs qui sont en droit d'exiger des salariés leur état de santé et sur la simple présomption qu'ils puissent être malades, acquièrent le droit de suspendre, de rompre ou de modifier les termes du contrat qui les lie. La possibilité leur est également ouverte de proposer à un salarié une autre affectation que celle pour laquelle il a contractualisé sans même que la loi ne spécifie la concordance de cette nouvelle affectation avec les compétences et qualifications du salarié. Cela va dans le sens d'une brèche ouverte dans le droit du travail et légalise la discrimination dans l'emploi. De surcroît, cette disposition ajoute

une déconsidération et une dévalorisation inquiétantes des qualifications et des conditions salariales afférentes. Enfin, cette loi va instaurer des pratiques de surveillance sociale généralisée en contraignant une partie de la population à en surveiller une autre, et quelque part, déléguer ces pouvoirs à des acteurs privés non formés, non soumis à un code de déontologie. De quoi livrer les salariés concernés à l'arbitraire.

Cette loi, adoptée selon une procédure irrégulière (I), méconnaît la répartition des compétences entre le législateur et le pouvoir réglementaire (II) et contient des dispositions particulièrement dangereuses qui méconnaissent de nombreux droits et libertés garantis par la Constitution (III, IV, V, VI, VII).

I. Les irrégularités procédurales préalables à l'adoption du projet de loi relatif à la gestion de la crise sanitaire à l'origine d'une méconnaissance du principe de sincérité et de clarté du débat parlementaire

A. Tout d'abord, on ne peut que déplorer le calendrier imposé par le gouvernement pour l'adoption du projet de loi relatif à la gestion de la crise sanitaire, à l'instar du Conseil d'État dans son avis du 19 juillet 2021. Plus précisément, ce dernier a été saisi le 14 juillet d'un projet de loi modifié par trois saisines rectificatives dont la dernière lui a été adressée le 18 juillet 2021. L'étude d'impact réalisée par le gouvernement, au demeurant incomplète, lui a également été transmise « *tardivement* » (point 2). L'irrégularité de sa saisine, due au manque de temps et d'information nécessaires à une instruction sérieuse du projet au vu des enjeux en cause, ressort d'ailleurs expressément du point 4 de son avis :

« Le Conseil d'État constate qu'en égard à la date et aux conditions de sa saisine, il a disposé de moins d'une semaine pour rendre son avis. Cette situation est d'autant plus regrettable que le projet de loi soulève des questions sensibles et pour certaines inédites qui imposent la recherche d'une conciliation délicate entre les exigences qui s'attachent à la garantie des libertés publiques et les considérations sanitaires mises en avant par le Gouvernement ».

B. Ensuite, ainsi que l'ont déploré les parlementaires à l'origine de la saisine de votre Conseil, ces derniers ont été contraints d'adopter le projet de loi en moins d'une semaine. Ainsi, non seulement ont-ils été obligés de siéger très tardivement, mais encore ont-ils dû discuter les termes de ce texte particulièrement sensible et imposant des contraintes sans précédent aux libertés individuelles et collectives, ce alors que les rapports des commissions n'avaient pas été distribués à l'ensemble des députés et sénateurs en temps utile.

On rappellera que le principe de clarté et de sincérité des débats parlementaires est traditionnellement contrôlé par votre Conseil sur le fondement de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, aux termes duquel « *La loi est l'expression de la volonté générale* » et du premier alinéa de l'article 3 de la Constitution suivant lequel « *La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants* ». Vous rappelez fréquemment « *que ces dispositions imposent le respect des exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire* » (ex : n°2017-757 DC du 16 janvier 2018 ; n°2018-777 DC du 28 décembre 2018). On peut déduire de cette dernière décision, notamment, que la circonstance que des documents n'auraient pas été distribués dans les délais requis aux

parlementaires, dès lors que ces documents contenaient des informations essentielles pour un vote éclairé, est de nature à justifier la censure d'un projet de loi au motif que les principes de sincérité et de clarté du débat parlementaire ont été méconnus.

Or, en l'espèce, les conditions d'examen du projet de loi, dénoncés fort à propos et de manière détaillé dans leurs saisines par les parlementaires, n'ont pas permis d'assurer le respect du principe de clarté et de sincérité des débats parlementaires, justifiant la censure de ce texte dès ce stade de l'analyse.

C. Au surplus, il est constant, depuis la décision n°2010- 603 DC du 11 février 2010, que votre Conseil considère que l'absence de données précises de l'étude d'impact peut être invoquée comme vice d'inconstitutionnalité de la loi, directement liée à la méconnaissance des exigences de clarté des débats car n'informant pas suffisamment les parlementaires et ne leur permettant pas de se rendre pleinement compte des conséquences de la loi.

Ce n'est que dans l'hypothèse où les débats ont permis une information suffisante des parlementaires, notamment par les multiples auditions en marge des débats, que l'insuffisance de l'étude d'impact ne justifie pas la censure par votre Conseil (voir en ce sens la décision n°2013-669 DC du 17 mai 2013, cons. 4).

L'article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution prévoit que « *les projets de loi font l'objet d'une étude d'impact [dont les dispositions exposent avec précision, notamment,] l'évaluation des conséquences des dispositions envisagées sur l'emploi public* ».

Sans doute l'article 11 de cette même loi prévoit-il que « *l'article 8 n'est pas applicable [...] aux projets de loi prorogeant des états de crise* ». Cependant, d'une part, dès lors que le gouvernement décide de communiquer une étude d'impact, même dans le cadre d'un projet de loi relatif à une situation de crise, cette étude doit nécessairement respecter les exigences prévues par les dispositions précitées. D'autre part, il s'agit en tout état de cause de dispenser le gouvernement de réaliser une étude d'impact pour reconduire des dispositions législatives qui ont déjà été discutées, dans le cadre de la prorogation de situation de crise. En revanche, dès lors qu'il s'agit de mettre en œuvre de nouvelles dispositions, surtout dans le cadre d'une période de crise dont la durée est prolongée depuis plus d'une année, l'obligation de réaliser une étude d'impact retrouve son utilité.

En l'espèce, le Conseil d'État a considéré dans son avis du 19 juillet 2021 que l'étude d'impact lui avait été transmise tardivement et que si elle « *répond globalement aux exigences de l'article 8 de la loi organique n° 2009 403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, [elle doit être] complétée en ce qui concerne l'état de la situation sanitaire et ses perspectives d'évolution sur les territoires de La Réunion et de la Martinique avant le dépôt du projet de loi au Parlement* » (point 2).

Par ailleurs, il est manifeste que cette étude d'impact ne répond pas à l'exigence de précision relative à l'évaluation des conséquences des dispositions envisagées sur l'emploi public. Sur ce point, en effet, ce document se borne à indiquer au point 4.3. que « *les collectivités territoriales et leurs établissements publics sont concernées en leur qualité d'employeur* ». Or, les contraintes imposées aux salariés et aux agents publics, qu'ils soient soumis au seul

“passe sanitaire” ou *a fortiori* à une obligation vaccinale, ont assurément vocation à emporter des conséquences importantes en matière d’emploi public (v. *infra*).

Dans ces conditions, au vu des conditions d’examen du projet de loi litigieux et des carences relatives à l’information des parlementaires, votre Conseil n’aura d’autre choix que d’en prononcer l’inconstitutionnalité.

II. La méconnaissance de la répartition entre les pouvoirs législatif et réglementaire - l’incompétence négative

Aux termes de l’article 34 de la Constitution, “*la loi détermine les principes fondamentaux*” [...] “*du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale*”.

Le législateur qui n’exercerait pas la plénitude de sa compétence méconnaîtrait donc l’article 34 de la Constitution, entraînant la censure de la loi par votre Conseil.

En l’espèce, votre Conseil ne pourra que constater que le législateur est resté en-deçà de la compétence qui lui est dévolue par l’article 34 de la Constitution, en abandonnant au pouvoir réglementaire le soin de régler des questions qui, compte tenu de leur importance, relèvent du domaine exclusif de la loi.

C’est le cas notamment de l’article 1er, II, du projet de loi qui vous a été déféré, dont de nombreuses dispositions sont totalement imprécises ou renvoient à tort au pouvoir réglementaire la mise en œuvre de mesures qui relèvent sans aucun doute du domaine de la loi.

D’une part, l’article 1er instaure l’obligation de présentation d’un “passe sanitaire” pour accéder à certains lieux et établissements, y compris pour les personnels y travaillant. Le II, A de ce même article précise que :

*“A compter du 2 juin 2021 et jusqu’au 15 novembre 2021 inclus, **le Premier ministre peut, par décret pris sur le rapport du ministre chargé de la santé, dans l’intérêt de la santé publique et aux seules fins de lutter contre la propagation de l’épidémie de Covid-19 ...**”*

C’est donc le Premier ministre qui, par décret, sera chargé de mettre en œuvre l’obligation de présentation du “passe sanitaire”.

De la même manière, le projet de loi qui vous est déféré renvoie à plusieurs décrets la détermination des éléments suivants (article 1er, II, G) :

- les cas de contre-indication médicale faisant obstacle à la vaccination et permettant la délivrance d’un document pouvant être présenté au titre du “passe sanitaire”,
- les éléments permettant d’établir le résultat d’un test virologique (à l’heure actuelle, il n’y a pas de disposition harmonisée sur ce point),
- les éléments permettant d’établir le justificatif de statut vaccinal,
- les éléments permettant d’établir le certificat de rétablissement,
- les personnes habilitées à contrôler le “passe sanitaire”...

Pourtant, comme il sera démontré (cf. *infra* III, IV, V), l'instauration de cette obligation de présentation d'un "passe sanitaire" sera lourde de conséquences pour les droits et libertés publiques et individuelles, notamment celles des personnes travaillant dans les lieux et établissements concernés qui risquent de voir leur contrat de travail suspendu, modifié, ou rompu.

Les enjeux de ces dispositions sont trop graves pour qu'elles puissent être valablement renvoyées au pouvoir réglementaire.

Le législateur a donc méconnu l'étendue de sa compétence en déléguant la mise en œuvre de cette mesure largement attentatoire à de nombreux droits et libertés constitutionnellement garantis au pouvoir réglementaire. Cet article encourt donc la censure.

D'autre part, de nombreuses dispositions de cet article sont imprécises.

C'est le cas notamment des conditions de validité du "passe sanitaire". Combien de temps est-il valable selon qu'il ait été obtenu par un schéma vaccinal complet, un certificat de rétablissement ou un test virologique ? Quelle doit être la fréquence de renouvellement des tests virologiques ? Quelle est la durée d'efficacité d'un certificat de rétablissement ? Quelles sont les durées d'immunisation ?

C'est le cas également des travailleurs concernés par l'obligation de présenter un "passe sanitaire" pour exercer leur activité professionnelle. Le projet loi qui vous est déféré indique dans son article 1er, II, A que :

"Cette réglementation [obligation de présenter un "passe sanitaire"] est rendue applicable [...] aux personnes qui interviennent dans ces lieux, établissements, services ou événements lorsque la gravité des risques de contamination en lien avec l'exercice des activités y sont pratiquées le justifie, au regard notamment de la densité de population observée ou prévue".

A la lecture de cette disposition, il est impossible de savoir précisément quel travailleur sera soumis à l'obligation de présenter un "passe sanitaire" pour exercer son activité. Aucun critère précis ne permet de le déterminer (contact avec la clientèle, impossibilité de télétravail ...). Cela reviendrait possiblement à laisser le choix aux employeurs de décider quel travailleur est soumis ou non à cette obligation. L'inintelligibilité de cette disposition crée donc un risque d'arbitraire important.

Or, une fois encore, les conséquences de ces dispositions sont telles (risque de suspension, modification ou rupture du contrat de travail) que le législateur aurait dû être plus précis sur ces conditions d'application.

Il en est de même de l'article 1er, II, D du projet de loi qui vous est déféré semble prévoir que l'accès aux établissements et santé et médicaux-sociaux sans nécessité de présentation d'un "passe sanitaire" soit conditionnée à une "urgence". Le projet de loi ne définit pas cette "urgence", qui serait donc laissée à la libre appréciation des personnes en charge du contrôle du "passe sanitaire". Compte tenu des risques d'atteinte au droit à la santé contenus dans

cette dispositions, le législateur a méconnu l'étendue de ses compétences en ne précisant pas clairement les conditions d'accès aux établissements de santé ou médicaux-sociaux sans "passe sanitaire".

L'absence de clarté de cet article est manifeste d'une incompétence négative du législateur, qui n'a pas exercé la plénitude de sa compétence.

Pour cette raison également, cet article encourt la censure de votre Conseil.

III. Les atteintes aux principes constitutionnels en lien avec le travail : droit à l'emploi, droit à la participation des travailleurs, liberté contractuelle, droit à la santé

A. 1. Le cinquième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 affirme le droit pour chacun d'obtenir un emploi :

"Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi".

Votre Conseil a, à plusieurs reprises, confirmé la valeur constitutionnelle de ce droit (voir notamment 98-401 DC, 10 juin 1998, cons. 26 ; 2011-139 QPC, 24 juin 2011, cons. 4).

Dans une décision du 30 mars 2006, vous avez également précisé la nature de ce droit à l'emploi en affirmant, d'une part, qu'il doit être accessible au plus grand nombre et, d'autre part, qu'il ne doit pas être précaire.

"Qu'il incombe au législateur [...] de poser des règles propres à assurer, conformément au cinquième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, le droit pour chacun d'obtenir un emploi tout en permettant l'exercice de ce droit par le plus grand nombre et, le cas échéant, en s'efforçant de remédier à la précarité de l'emploi" (2006-535 DC, 30 mars 2006, cons. 19).

2. S'agissant de la liberté contractuelle, votre Conseil lui reconnaît depuis plusieurs années une valeur constitutionnelle sur le fondement de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 :

"Le législateur peut à des fins d'intérêt général déroger au principe de la liberté contractuelle, qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789". (2006-543 DC, 30 novembre 2006, cons. 29 à 31)

Seul un motif d'intérêt général suffisant permet de déroger à la liberté contractuelle constitutionnellement garantie.

3. Vous avez également reconnu la valeur constitutionnelle du droit à la santé sur le fondement de l'article 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 :

"Elle [la Nation] garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs."

Sous le prisme d'un droit collectif, la santé publique a été érigée en principe constitutionnel (90-283 DC, 8 janvier 1991) et la protection de la santé publique constitue, par ailleurs, un objectif à valeur constitutionnelle (2016-737 DC, 4 août 2016). Cet objectif doit, par définition, être concilié avec les autres droits et libertés individuels garantis par les dispositions du bloc de constitutionnalité, tel le principe d'égalité, le droit au travail, etc. En ce sens, les mesures adoptées par le législateur pour assurer la protection de la santé publique doivent impérativement être nécessaires au but recherché, afin de ne pas porter une atteinte manifestement disproportionnée aux autres droits fondamentaux et libertés individuelles également protégés par les textes et principes composant le bloc de constitutionnalité.

4. Enfin, la valeur constitutionnelle du droit à la participation des travailleurs est garantie par l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 :

“Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises.”

Force est de constater que les atteintes portées à ces droits et libertés constitutionnellement reconnus par l'article 1er du projet de loi relatif à la gestion de la crise sanitaire sont manifestement disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi par le gouvernement.

B. **Obligation du “passe sanitaire”** - L'article 1er, II, A et B contesté impose à certains travailleurs, selon leurs secteurs d'activité, de présenter un “passe sanitaire” à leur employeur pour pouvoir exercer leur activité professionnelle. Cette obligation prend effet le 30 août 2021.

Un employeur pourrait donc faire de la détention d'un “passe sanitaire” un critère de recrutement. De plus, le “passe sanitaire” pouvant prendre trois formes (vaccination, test négatif, certificat de rétablissement), un employeur pourrait conditionner le recrutement d'un candidat à la présentation d'un certificat de vaccination définitif, pour éviter d'avoir à contrôler régulièrement la réalisation et le résultat de test virologique ou la durée de validité du certificat de rétablissement. Pire encore, un employeur pourrait refuser l'embauche d'un candidat présentant un certificat de contre-indication à la vaccination, car cela pourrait le contraindre à devoir aménager le poste ou les conditions de travail de ce salarié.

En ce qu'il crée un critère d'embauche discriminatoire et manifestement disproportionné au regard de l'objectif poursuivi, cette disposition sera nécessairement censurée comme étant contraire au droit à l'emploi.

Par ailleurs, les travailleurs concernés par l'obligation de présenter un “passe sanitaire” ne sont pas clairement définis par le projet de loi critiqué. Il s'agit des personnes intervenant dans les lieux dont l'accès est conditionné à la présentation du “passe sanitaire” *“lorsque la gravité des risques de contamination en lien avec l'exercice des activités qui y sont pratiquées le justifie, au regard notamment de la densité de population observée ou prévue”*. Les catégories de travailleurs ne sont donc pas expressément définies selon des critères objectifs (contact avec le public, impossibilité de recourir au télétravail, impossibilité de respecter des gestes barrières...) ce qui rend cette obligation nécessairement disproportionnée, d'autres solutions moins attentatoires aux droits et libertés étant envisageables.

Il faut également noter que le droit à l'emploi est également compromis pour les travailleurs qui, sans être tenus de présenter un "passe sanitaire" sur leur lieu de travail, auraient besoin de prendre un transport en commun dans lequel il est obligatoire pour s'y rendre (exemple d'un salarié habitant à Lille et prenant le train tous les jours pour venir travailler à Paris).

Sanctions associées à la non présentation du "passe sanitaire" - L'article 1er; II, C contesté prévoit quant à lui les sanctions imposées aux salariés qui ne satisferaient pas à l'obligation de présenter un "passe sanitaire".

Le contrat de travail est dans un premier temps suspendu, le jour même du défaut de présentation du "passe sanitaire". Cette suspension s'accompagne d'une interruption du versement de la rémunération.

Bien que le gouvernement refuse d'assumer la nature de cette mesure, il s'agit d'une véritable sanction pécuniaire pour le salarié qui ne présenterait pas le "passe sanitaire". Pour s'en convaincre, il suffit de se référer aux autres hypothèses légales de suspension de contrat de travail avec interruption du versement de la rémunération, que sont la mise à pied disciplinaire, qui est une sanction, et la mise à pied conservatoire qui, si elle n'est pas une sanction précède nécessairement un licenciement pour faute grave. Cette sanction à moitié déguisée porte indéniablement atteinte au droit à l'emploi, le travailleur se trouvant privé de la possibilité d'exercer son activité professionnelle.

Si la suspension du contrat de travail dure plus de trois jours travaillés, le salarié est convoqué par son employeur à un entretien au cours duquel la régularisation de la situation doit être discutée, notamment via un changement d'affectation.

Ce délai de trois jours est particulièrement court et n'est absolument pas adapté aux possibilités de vaccinations ou de test actuelles, lorsque l'on sait par exemple qu'il faut au moins attendre trois semaines entre les deux injections de vaccin double dose. Le Conseil ne pourra qu'en déduire que la mesure est disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi.

Enfin, la non présentation par un salarié d'un "passe sanitaire" peut aboutir à la perte de son emploi.

Pour les salariés en contrat à durée déterminée (CDD) ou les intérimaires, le législateur l'a expressément prévu en créant un nouveau cas de rupture anticipée du contrat par dérogation aux articles L. 1243-1 et L. 1251-26 du code du travail. Le salarié est par ailleurs privé des indemnités versées en vertu de l'article L. 1243-4 du code du travail.

Ces salariés précaires sont évidemment les plus exposés à la perte d'emploi, et servent constamment de variable d'ajustement pour les entreprises, qui n'hésitent pas à rompre ces contrats sachant parfaitement que les salariés précaires ne seront pas en mesure de contester¹. Il s'agit donc là d'une atteinte particulièrement grave au droit à l'emploi de ces travailleurs déjà en grande précarité.

¹<https://dares.travail-emploi.gouv.fr/donnees/lemploi-interiminaire> ;
<https://dares.travail-emploi.gouv.fr/donnees/les-mouvements-de-main-doeuvre>

Pour les salariés en contrat à durée indéterminée (CDI), la création d'un nouveau motif de licenciement pour les salariés ne présentant pas de "passe sanitaire" a été abandonnée au cours des débats parlementaires. Cependant, comme le rappelle la Ministre du travail régulièrement dans la presse depuis, cela ne signifie pas, pour le gouvernement, que les employeurs ne pourront pas licencier ces salariés :

*"Il ne faut pas laisser croire aux salariés qu'il ne peut pas y avoir de licenciement."*²

Le fait qu'un motif de licenciement autonome ait été imaginé dans un premier temps confirme d'ailleurs l'idée que le but de ce projet de loi est de permettre aux employeurs de licencier les salariés qui ne présenteraient pas le "passe sanitaire". Si nous sommes convaincus qu'un tel licenciement serait nul (car discriminatoire sur le fondement de l'état de santé et portant atteinte à la vie privée des salariés notamment - *cf. infra*), il paraît en effet évident qu'un employeur va vouloir licencier un salarié dont le contrat de travail serait suspendu, et utiliser le "passe sanitaire" comme un outil de chantage à l'emploi.

Ces sanctions portant une atteinte excessive au droit à l'emploi ne sont absolument pas proportionnées à l'objectif poursuivi par le législateur :

Accès au "passe sanitaire"

- D'une part, ces mesures seront applicables au 30 août 2021. Cela ne laisse pas un délai suffisamment conséquent aux travailleurs concernés pour s'y conformer. La rapidité avec laquelle le gouvernement souhaite les mettre en œuvre après des longs mois d'inertie rend la mesure totalement disproportionnée;
- D'autre part, la politique vaccinale mise en œuvre par le gouvernement et les inégalités entre les territoires rendent en pratique impossible la détention d'un "passe sanitaire" pour certains travailleurs. Par exemple, les salariés travaillant dans le secteur du loisir, souvent jeunes, n'ont eu accès à la vaccination qu'à compter du 31 mai 2021. Lorsque le Président de la République a annoncé la création d'un "passe sanitaire", le site Doctolib permettant de prendre des rendez-vous de vaccination n'a pas su faire face à l'afflux de demandes. Dans certaines régions, les délais pour être vacciné sont encore extrêmement longs, faute de doses ou de personnels disponibles, notamment en raison des congés d'été. Il faut également garder à l'esprit la nécessité de respecter un délai minimum de plusieurs semaines entre l'injection des deux doses. Le même constat doit être fait pour l'accès aux tests virologiques, dont la répétition peut être incompatible avec les charges professionnelles ou familiales des travailleurs. L'Etat n'offre donc pas la possibilité à tous les travailleurs concernés de présenter un "passe sanitaire", ce qui rend nécessairement la mesure disproportionnée.

² Elisabeth Borne, Ministre du travail, le 27 juillet 2021 <https://www.lci.fr/sante/covid-19-coronavirus-pass-sanitaire-il-ne-faut-pas-laisser-croire-que-les-salaries-ne-pourront-pas-etre-licencies-previent-elisabeth-borne-2192447.html>

Suspension du contrat

- La suspension du contrat de travail n'est pas limitée dans le temps, et pourrait donc potentiellement s'étendre au-delà de la crise sanitaire. Si l'employeur a l'obligation, au-delà de trois jours, de convoquer un salarié à un entretien, rien ne lui interdit de faire durer cette période de suspension, pendant laquelle le salarié est privé de sa rémunération sans pouvoir accéder à des revenus de remplacement. L'absence de limitation dans le temps de cette suspension rend la mesure nécessairement disproportionnée.
- Le fait d'interrompre le versement de la rémunération des salariés dont le contrat est suspendu ne répond absolument pas à l'objectif voulu par le législateur. Pourquoi ne pas prévoir la mise en œuvre du mécanisme d'activité partielle, de suspension du contrat avec maintien de salaire, voire d'arrêt maladie dérogatoire le temps que le travailleur soit en mesure de présenter un "passe sanitaire", comme cela a été le cas lors des premiers confinements pour certains travailleurs ? Les mesures ainsi prévues dans le projet de loi aboutiraient à des situations parfaitement injustes. Par exemple, un travailleur qui aurait reçu la première injection de vaccin serait privé de rémunération pendant 3 semaines, sauf à justifier d'un test virologique toutes les 48 ou 72 heures, test qui n'est pas accessible avec la rapidité suffisante partout. Il serait donc privé de rémunération pour la seule et unique raison que les tests ne sont pas facilement accessibles dans les délais nécessaires. Ce seul exemple suffit à démontrer le caractère disproportionné de la mesure.
- Au surplus, il est plus que probable que les employeurs utiliseront cette possibilité de suspension du contrat de travail pour contraindre les salariés à la démission. En effet, le patronat était opposé à la création d'un motif *ad hoc* de licenciement pour la seule et unique raison qu'ils ne voulaient pas payer les indemnités de licenciement légalement dues³. Le Président du MEDEF souhaitait même que l'Etat prenne en charge les indemnités de licenciement⁴. Pour éviter d'avoir à licencier les travailleurs ne présentant pas de "passe sanitaire", les employeurs pourront faire durer dans le temps la suspension du contrat, privant ainsi durablement les salariés de salaire et de revenus de remplacement. Dans cette situation, ils n'auront d'autres choix que de démissionner pour se sortir de cette situation de blocage et trouver d'autres moyens de subsistance. Cette démission contrainte porte une atteinte évidemment disproportionnée à leur droit à l'emploi qui ne saurait être justifiée par l'objectif recherché par le législateur.

Rupture du contrat

- Le projet de loi prévoit qu'au-delà de trois jours de suspension, l'employeur convoque le salarié pour "*examiner avec lui [...] notamment les possibilités d'affectation*" à un

³Communiqué de presse commun des organisations patronales dans le domaine de l'hôtellerie et la restauration : <https://umih.fr/export/sites/default/.content/media/pdf/CP/2021/20210421CPcommunPJLcoutLicenciment.pdf>

⁴<https://www.publicsenat.fr/article/politique/licenciement-pour-absence-de-passe-sanitaire-une-mesure-qui-enflamme-les>

autre poste. Cette mesure s'apparente à une obligation de reclassement et doit donc être regardée comme obligatoire, contraignant ainsi l'employeur à proposer un autre poste au salarié. A défaut de caractère contraignant de cette obligation, la rupture du contrat de travail sans reclassement préalable serait manifestement disproportionnée à l'objectif poursuivi.

- De la même manière, la rupture du CDD est une sanction qui n'est pas justifiée par l'objectif sanitaire poursuivi, et qui est manifestement disproportionnée au regard des conséquences graves que cela peut avoir sur le salarié déjà précaire qui perd son emploi.

Ces sanctions portent également une atteinte excessive au droit à la représentation des travailleurs et ne sont absolument pas proportionnées à l'objectif poursuivi par le législateur :

Aucune consultation des organisations syndicales ou des institutions représentatives du personnel spécifique n'est envisagée pour éviter la mise en œuvre de ces mesures, qui s'apparentent sans aucun doute à des sanctions comme cela a déjà été démontré s'agissant notamment de la suspension unilatérale du contrat avec interruption du versement de la rémunération.

Les salariés sont également livrés à eux même sans faculté d'accompagnement par leurs représentants dans ces procédures, alors que le droit du travail prévoit une possibilité d'assistance des salariés lors des entretiens avec leur employeur lorsqu'ils ont une nature disciplinaire, ce qui est le cas dans le projet de loi bien que le gouvernement tente de faire croire le contraire.

Les représentants du personnel, ou la médecine du travail, ne sont pas plus impliqués sur la recherche de poste de reclassement pour les salariés dont le contrat est suspendu, alors que cette obligation existe en droit du travail.

En écartant les représentants des salariés de la mise en œuvre de ces mesures et en privant les salariés d'une faculté d'assistance lors des entretiens prévus ou de la recherche des postes de reclassement, le projet de loi porte une atteinte manifestement disproportionnée au droit à la représentation et devra être censuré.

Modifications unilatérales du contrat de travail - Par ailleurs, bien que le contrat de travail soit par nature déséquilibré en raison du lien de subordination existant entre l'employeur et les salariés, il faut en principe l'accord du salarié pour modifier son contrat de travail, et notamment son poste de travail.

Le projet de loi balaie totalement cette règle fondamentale du droit du travail tirée du principe constitutionnel de liberté contractuelle :

D'une part, il permet à l'employeur de suspendre unilatéralement le contrat de travail du salarié, le privant ainsi de travail et de rémunération, sans que cela ne relève (en théorie) de son pouvoir disciplinaire.

D'autre part, il semble ressortir du projet de loi, plutôt obscur sur ce point, que l'employeur pourrait modifier unilatéralement le poste du salarié pour l'affecter à un poste non soumis à l'obligation de "passe sanitaire". Cette modification peut "*le cas échéant*" être "*temporaire*". *A contrario*, cela signifierait que le changement de poste puisse être définitif et durer au-delà de la période de crise sanitaire, sans que la possibilité pour le salarié de s'y opposer ne soit clairement indiquée. Cela ne serait absolument pas justifié par rapport à l'objectif de la loi. Par ailleurs, rien n'assure au travailleur un niveau de qualification et de rémunération similaire à ceux du poste dont il a été suspendu, comme c'est le cas dans une recherche de reclassement en cas d'inaptitude par exemple. Le seul critère pour la recherche d'une nouvelle affectation est la nécessité ou non de présenter un "passe sanitaire". Quand bien même le texte prévoirait expressément la possibilité pour le travailleur de refuser le changement d'affectation, la précarité de sa situation (contrat suspendu, absence de revenus, menace du licenciement), fait fortement douter de sa capacité à refuser librement les affectations proposées. Le fait que cette mesure ne soit pas délimitée dans le temps et très peu encadrée sur les postes auxquels l'employeur peut affecter le salarié la rend manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi. Elle serait d'autant plus disproportionnée si le salarié n'avait aucun moyen de s'opposer à la modification de son contrat de travail, sans risquer un licenciement.

Enfin, les travailleurs qui ne présenteraient pas de "passe sanitaire" ne sont pas les seuls potentiellement visés par les modifications unilatérales de leur contrat de travail. Elle concerne également les travailleurs qui seront amenés à contrôler la détention de ce "passe sanitaire", ainsi que les travailleurs en possession de ce passe, dont les attributions vont nécessairement être modifiées pour absorber la charge de travail qui était supportée par les salariés dont le contrat de travail a été unilatéralement suspendu.

Le droit à la santé est également gravement atteint par ces dispositions du projet de loi déferé à votre conseil :

Si les débats sont concentrés sur les travailleurs qui ne seraient pas en mesure de présenter le "passe sanitaire", il ne faut pas oublier les conséquences de cette loi sur les salariés détenteurs de ce passe.

En effet, comme il a été expliqué ci-dessus, les travailleurs dont le droit à l'emploi n'a pas été compromis vont devoir absorber la charge de travail de ceux dont le contrat sera suspendu voire rompu faute d'avoir satisfait à l'obligation de présenter un "passe sanitaire". Cela va nécessairement augmenter leur charge de travail, dans des proportions parfois très importantes si beaucoup de travailleurs voient leur contrat suspendu. Cela fait donc peser sur les travailleurs présents un risque considérable pour leur santé et leur sécurité lié à une surcharge de travail importante et rapide.

Les établissements concernés par le "passe sanitaire" sont bien souvent ceux dont l'activité a totalement été arrêtée lors des premiers confinements. Leur réouverture imposait déjà un rythme de travail très soutenu, qui sera démultiplié si les effectifs sont réduits du fait de la suspension de nombreux contrats.

Cette mise en péril de la santé et de la sécurité des travailleurs maintenus dans leur poste n'a absolument pas été envisagée par le législateur, ce qui est particulièrement choquant.

Le projet de loi déféré ne pourra qu'être censuré sur ce fondement.

Du reste, sur ce sujet également, le projet de loi porte une atteinte manifestement disproportionnée au droit à la représentation des travailleurs :

Le Conseil constatera que les institutions représentatives du personnel sont totalement écartées de la mise en œuvre des mesures modifiant pourtant considérablement l'organisation et les conditions de travail de l'ensemble des travailleurs, qu'ils soient ou non en possession d'un "passe sanitaire". Si les représentants du personnel pourront toujours exercer leurs attributions sur le fondement du droit commun, ce qu'ils ne manqueront pas de faire, l'absence de procédure spécifique compte tenu de la gravité des mesures envisagées et de leurs conséquences sur les travailleurs porte une atteinte disproportionnée au droit à la participation des salariés garanti par l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946.

Cela est d'autant plus choquant s'agissant des mesures qui pourront avoir un impact important sur la santé des travailleurs, alors que leur connaissance des conditions de travail aurait été précieuse pour éviter ou, à tout le moins, limiter ces atteintes.

Le projet de loi déféré à votre conseil porte donc une atteinte disproportionnée à la représentation des travailleurs, qui ne saurait être justifiée par l'objectif poursuivi.

* *

Le Conseil constatera d'ailleurs qu'une partie autorisée de la doctrine s'étonne aussi des graves atteintes portées aux droits constitutionnels en lien avec le travail présents dans le projet de loi qui vous est déféré :

"Le licenciement était une sanction manifestement disproportionnée. La suspension du contrat avec suspension du salaire reste une sanction disproportionnée et une sorte de licenciement déguisé ou retardé, puisqu'elle ne s'accompagnera d'aucune garantie indemnitaire. Donc, il y a une atteinte au principe de droit du travail. Les règles du contrat de travail entre l'employeur et le salarié sont bousculées de manière unilatérale et disproportionnée par le législateur en introduisant cette sanction. Au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au droit du travail et à la relation employeur-salarié, il y a donc, à nouveau, un fort risque d'inconstitutionnalité sur cette disposition."⁵ Dominique Rousseau

C'est pourquoi nous en demandons la censure.

⁵Dominique Rousseau, constitutionnaliste, professeur de droit interrogé par France Inter le 27 juillet 2021 <https://www.franceinter.fr/projet-de-loi-sanitaire-un-fort-risque-d-inconstitutionnalite-selon-le-juriste-dominique-rousseau>

IV. Les atteintes au principe constitutionnel d'égalité et à l'interdiction des discriminations

Le principe d'égalité en droit est doublement consacré par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. L'article 1 affirme en effet que :

« *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* ».

Plus loin, l'article 6 précise que :

« [la loi] *doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* ».

Ce principe est par ailleurs décliné par le Préambule de la Constitution de 1946 pour des cas spécifiques⁶.

Vous avez déjà rendu plusieurs décisions sur le fondement du principe constitutionnel d'égalité. Par la décision du 27 décembre 1973⁷, votre Conseil a en effet censuré une disposition en ces termes :

[elle portait] « *atteinte au principe de l'égalité devant la loi contenu dans la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 et solennellement réaffirmé par le préambule de la Constitution* ».

Depuis une décision du 16 mars 2006⁸, l'article 1er de la Déclaration de 1789 est intégré à vos fondements constitutionnels concernant le principe d'égalité.

Du principe d'égalité, le principe de non-discrimination s'impose, comme l'illustre par exemple la décision DC du 15 novembre 2007⁹. L'état de santé figure évidemment au nombre des critères discriminatoires, de sorte qu'il est interdit de traiter un individu de manière défavorable en raison de son état de santé réel ou présumé.

Plus généralement¹⁰, le principe d'égalité se traduit en droit du travail par un principe d'égalité de traitement entre les salariés, pourvu qu'ils se trouvent dans une situation identique face à l'objectif visé de la loi¹¹.

A. Discrimination en raison de l'état de santé des travailleurs

Les dispositions qui figurent à l'article 1^{er}, II, C. 1 du projet de loi prévoient des traitements discriminatoires en raison de l'état de santé des travailleurs.

⁶ Alinéas 1 (droits de tous « *sans distinction de race, de religion ni de croyance* », 3 (égalité entre les femmes et les hommes) et 11 (droit à des moyens d'existence indépendamment de « *son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique* ») du préambule de la constitution de 1946

⁷ Décision n° 73-51 DC du 27 décembre 1973 *Loi de finances pour 1974*

⁸ Décision n° 2006-533 DC *Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes*

⁹ Décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*

¹⁰ Indépendamment de la qualification de discriminatoire du critère de différenciation.

¹¹ Jurisprudence constante, depuis décision n° 1996-375 DC du 9 avril 1996 *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*

En effet, il ne pourrait être contesté que le “passe sanitaire”, quelle que soit sa forme (attestation vaccinale, test virologique négatif ou certificat de rétablissement), traite de l'état de santé de la personne. Il s'agit de savoir si elle est ou non vaccinée, si elle est porteuse ou du virus, ou si elle a déjà été contaminée. Quand bien même le passe n'indiquerait pas laquelle de ces 3 modalités a été utilisée pour obtenir son “passe sanitaire”, il permet toujours de contrôler l'état de santé de la personne en ce qu'il indique si elle est potentiellement contaminée et/ ou contagieuse.

Or, comme a il a été rappelé plus haut, le travailleur qui ne se soumet pas à l'obligation de présenter un “passe sanitaire” à son employeur encourt diverses mesures défavorables mises en œuvre unilatéralement et ayant la nature de sanction, pouvant aller de la suspension du contrat et l'interruption du versement de la rémunération jusqu'à la rupture du contrat de travail, en passant par une modification unilatérale du contrat de travail.

Ces mesures, dont la gravité a déjà été détaillée, sont donc par nature discriminatoires en raison de l'état de santé puisque leur objet est de conditionner l'exercice d'une activité professionnelle à l'état de santé, réel ou supposé, d'un travailleur.

Par ailleurs, l'employeur pourrait conditionner l'embauche à la présentation d'un “passe sanitaire”, voire d'un passe sanitaire définitif c'est-à-dire présenté par une personne vaccinée. Les candidats sans “passe sanitaire”, notamment pour un motif de contre-indication médicale, se verraient alors discriminés à l'embauche en raison de leur état de santé.

Selon le projet de loi, la justification de ces mesures tient « *dans l'intérêt de la santé publique et aux seules fins de lutter contre la propagation de l'épidémie de covid-19* ». Le Conseil ne pourra que constater que l'objectif constitutionnel de protection de la santé ne saurait justifier une telle discrimination directe manifestement disproportionnée compte tenu des conséquences extrêmement graves de ces mesures pour les travailleurs. Le projet de loi n'opère pas un équilibre satisfaisant entre ces deux exigences constitutionnelles que sont l'égalité et la protection de la santé.

Notons que le Défenseur des droits lui-même a alerté le Gouvernement et les Parlementaires sur le caractère discriminatoire du projet de loi qui vous est déféré, dans son avis du 20 juillet 2021 :

“Les risques discriminatoires restent également particulièrement présents dans le domaine de l'emploi dans lequel les mesures prévues par le projet de loi ont pour conséquence d'opérer in fine une distinction entre les travailleurs détenteurs de l'un des trois documents demandés et les autres”¹².

En ce qu'elles représentent des discriminations en raison de l'état de santé des travailleurs manifestement disproportionnées au regard de l'objectif recherché, ces dispositions doivent être censurées.

¹²<https://defenseurdesdroits.fr/fr/communique-de-presse/2021/07/extension-du-passe-sanitaire-les-10-points-dalerte-de-la-defenseure-des>

B. Rupture d'égalité dans l'accès à la vaccination et aux tests virologiques

L'obligation de présenter un passe sanitaire et les conséquences vues pour les travailleurs qui s'y soustrairaient doit s'analyser également d'un point de vue pratique. En d'autres termes, comment peut être remplie cette obligation en réalité ? Pour satisfaire à cette obligation, il faut présenter un document attestant de sa vaccination ou un résultat négatif d'un examen de dépistage virologique (test PCR ou antigénique ; article 1er II A 2°).

D'une part, comme l'indique très justement la saisine qui vous a été adressée par les parlementaires et comme il a été rappelé plus haut, compte tenu des délais de mise en œuvre des obligations fixés, il est impossible que toute la population concernée puisse bénéficier des doses vaccinales prescrites avant l'entrée en vigueur du dispositif, d'autant plus au cours du mois d'août.

Ainsi, certains salariés pourraient se retrouver sanctionnés pour n'avoir pas eu « la chance » d'avoir un rendez-vous vaccinal ou médical (qui, pour les examens de dépistage virologique, s'inscrit dans des délais très serrés sachant qu'un test doit pouvoir être présenté toutes les 48 ou 72 heures). L'absurdité d'une telle inégalité de traitement est d'autant plus révoltante quand on sait les difficultés qu'a eues et que continue à avoir la population à se faire vacciner dans des délais apparus et imposés soudainement. Les travailleurs ne sauraient supporter la responsabilité des aléas et des délais scientifiques et politiques.

D'autre part, l'accès au vaccin n'est pas automatique et certains territoires sont plus touchés que d'autres par des difficultés d'accès à la vaccination, allongeant considérablement les délais. Il en va de même pour la réalisation d'examen de dépistage virologique.

Le Défenseur des droits s'en inquiétait d'ailleurs dans son avis précité du 20 juillet 2021 :

“La carte des plus faibles vaccinations recoupe celle de la pauvreté, de la fracture numérique, de l'accès aux services publics. Les nouvelles mesures comportent ainsi le risque d'être à la fois plus dures pour les publics précaires et d'engendrer ou accroître de nouvelles inégalités”¹³.

Ce sont donc les populations les plus pauvres et les plus précaires qui rencontreront le plus de difficultés d'accès au “passe sanitaire” et seront donc les plus exposées aux sanctions prévues par le projet qui vous est déféré. L'inégalité dans l'accès aux soins est donc également économique. Le projet de rendre les tests virologiques payants ne fera qu'aggraver la situation des populations les plus précaires et les plus éloignées du système de santé.

Cette inégalité entre les territoires et entre les populations dans l'accès aux soins n'est absolument pas anticipée par le législateur, créant ainsi une rupture d'égalité entre les citoyens manifestement disproportionnée face à l'objectif poursuivi, compte tenu de la gravité des conséquences de cette inégalité pour les personnes concernées.

¹³<https://defenseurdesdroits.fr/fr/communique-de-presse/2021/07/extension-du-passe-sanitaire-les-10-points-dalerte-de-la-defenseure-des>

Le Conseil ne pourra qu'abonder en ce sens et censurer l'article critiqué, en constatant que l'Etat a failli à permettre un égal accès aux citoyens au "passe sanitaire" qu'il impose sans distinction et sans nuance.

C. Rupture d'égalité des salariés selon leur type de contrat (CDD et intérim /CDI)

Pour les salariés en CDD et en contrat d'intérim, concernés déjà par l'ensemble des mesures envisagées par le projet de loi (pose de congés, suspension, affectation à un autre poste), un nouveau mode de rupture du contrat de travail est ajouté.

S'agissant des salariés en CDI, la création d'un motif spécifique de licenciement un temps envisagée a finalement été supprimée du projet.

Si nous soutenons évidemment qu'aucun travailleur ne devrait perdre ou risquer de perdre son emploi pour non présentation du "passe sanitaire", la loi instaure ici une inégalité injustifiée au regard de l'objectif de la loi entre les salariés en CDI et ceux en CDD ou en intérim.

En effet, votre Conseil juge de façon constante qu'une différence de traitement doit reposer sur des critères objectifs et rationnels¹⁴, et, dans le cadre du travail, sur des spécificités d'emploi¹⁵.

Or, l'objectif visé par le législateur de protection de la santé ne justifie pas, que là où il a justement été décidé que la non-présentation du "passe sanitaire" ne pouvait être un motif autonome de licenciement pour le salarié en CDI, le défaut de "passe sanitaire" soit pour le salarié en CDD ou en intérim un motif de rupture anticipée du contrat.

Cette inégalité de traitement en raison du type de contrat alerte d'autant plus que, comme cela a déjà été rappelé, les contrats précaires ont été particulièrement visés au début de la crise sanitaire avec une multiplication choquante des ruptures, souvent abusives.

Les dispositions organisant cette inégalité tant injustifiée que disproportionnée ne pourra qu'être censurée par votre Conseil.

V. Les atteintes au droit au respect de la vie privée et au droit à la protection sociale

A. Les atteintes au droit au respect de la vie privée

L'article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 affirme que :

« 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. »

¹⁴ DC n° 89-270 du 29 déc. 1989 ; DC n°90-289 6 déc 1990 ; DC n°90-283 du 8 janvier 1991 Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme

¹⁵ DC n° 98-401 du 10 juin 1998 Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail

Votre Conseil considère depuis 1999 que la liberté proclamée par cet article « implique le respect de la vie privée » (n°99-416 DC, 23 juillet 1999, cons. 45 ; n°2012-227 QPC, 30 mars 2012, cons. 6.) et le « protège » (n°2014-693, 25 mars 2014, cons. 10).

A l'occasion d'une décision du 12 août 2004, vous avez pu préciser que ce droit à une vie privée requiert que :

« soit observée une particulière vigilance dans la collecte et le traitement de données à caractère personnel de nature médicale » et « qu'il appartient toutefois au législateur de concilier, d'une part, le droit au respect de la vie privée et, d'autre part, les exigences de valeur constitutionnelle qui s'attachent [...] à la protection de la santé » (n°2004-504 DC, 12 août 2004, cons.5).

Atteinte au droit au respect de la vie privée - L'article 1^{er} du projet de loi relatif à la gestion de la crise sanitaire porte une atteinte manifestement disproportionnée au droit au respect de la vie privée.

Comme il a été expliqué, l'article 1^{er}, II, A et B contesté impose à certains travailleurs, selon leurs secteurs d'activité, de présenter un "passe sanitaire" à leur employeur afin d'exercer leur activité professionnelle.

Ces dispositions imposent donc aux travailleurs la communication de données à caractère personnel de nature médicale à l'employeur, mais aussi à tout salarié habilité par ce dernier à opérer un contrôle du "passe sanitaire" (agent de sécurité, responsable, salarié désigné...).

Le Conseil constatera avant tout que le l'Etat délègue ainsi le contrôle d'une politique de santé publique à des agents privés, faisant ainsi peser sur eux et sur chaque individu une responsabilité qui devrait lui incomber.

De plus, si l'article 1^{er}, II, B prévoit que : *« La présentation des documents prévus au premier alinéa du présent B par [les salariés] est réalisée sous une forme ne permettant pas aux personnes ou aux services autorisés à en assurer le contrôle d'en connaître la nature »*, le dispositif envisagé à l'article 1^{er}, II, A ne permet pas, dans les faits, de garantir que l'employeur ne pourra pas avoir connaissance des modalités par lesquelles le salarié a obtenu le "passe sanitaire" (test, vaccin, certificat de rétablissement).

En effet, afin de se conformer aux exigences posées par l'article 1^{er}, II, 2°, B, les salariés sont tenus de présenter des documents attestant soit de l'accomplissement du parcours vaccinal, soit de leur statut virologique à date du contrôle (par voie de test virologique ou de certificat de rétablissement).

Il n'existe, à ce jour, aucun dispositif permettant de garantir la neutralisation du format des documents requis.

De plus, la présentation d'un test virologique ou d'un certificat de rémission nécessite un renouvellement régulier, informant nécessairement l'employeur sur la nature du document qui lui est présenté et, par conséquent, sur des informations médicales relatives au travailleur.

De même, s'agissant des salariés présentant des contre-indications vaccinales, l'article 1er, II, G, prévoit « *la délivrance d'un document* » susceptible d'être présenté lors des opérations de contrôle du "passe sanitaire". Ce document, s'il ne précise pas la raison de la contre-indication, porte nécessairement à la connaissance de toute personne chargée du contrôle la nature du justificatif présenté par le salarié et recèle, par conséquent, des informations médicales sur le travailleur.

Enfin, ni l'employeur, ni les personnes chargées de contrôler le "passe sanitaire" des travailleurs ne sont tenues au secret des informations portées à leur connaissance à l'occasion des opérations de contrôle.

Or, votre Conseil a pu retenir, à l'occasion de la décision du 12 août 2004 précitée, que la conciliation entre « *d'une part, le droit au respect de la vie privée et, d'autre part, les exigences de valeur constitutionnelle qui s'attachent [...] à la protection de la santé* » n'était pas manifestement déséquilibrée dès lors que, notamment, les personnes autorisées à consulter les données à caractère personnel de nature médicale étaient soumises à « *l'observation des règles déontologiques ainsi que des dispositions des articles L. 1110-4 et L. 1111-2 du code de la santé publique, qui imposent notamment le respect de la vie privée et du secret des informations concernant le patient* » (n°2004-504 DC, 12 août 2004, cons.5 à 8).

En obligeant les travailleurs à présenter à leur employeur ou à tout autre travailleur chargé du contrôle, sans que ces derniers ne soient soumis à une obligation de confidentialité sur les informations recueillies, un document contenant des éléments de nature médicale les concernant afin d'exercer leur activité professionnelle, le projet de loi porte une atteinte manifestement disproportionnée à l'objectif poursuivi.

Les dispositions de l'article 1^{er} précitées organisant ce contrôle seront nécessairement censurées.

Modification du contrat de travail en raison d'un motif tiré de la vie privée du salarié- L'article 1^{er}, II, C prévoit l'immixtion d'un élément tiré de la vie privée du travailleur dans l'exécution de son contrat et mènerait à y conditionner l'embauche, le maintien de la rémunération, le maintien dans son poste ou encore le maintien dans l'emploi du travailleur.

En érigeant l'obligation de présentation du "passe sanitaire" en condition *sine qua non* d'exécution du contrat de travail, l'article 1er, II, C contrevient à la distinction opérée en droit du travail entre ce qui relève de la vie privée du salarié et ce qui relève de la sphère contractuelle. Plus encore, elle va jusqu'à modifier l'objet de ce contrat, son exécution désormais conditionnée à l'état de santé du salarié dont atteste ledit "passe sanitaire".

Ainsi, en ce que les mesures contestées introduisent la possibilité de modifier unilatéralement le contrat de travail et d'en suspendre ou d'en cesser l'exécution en raison d'un motif éminemment lié à sa vie privée, le Conseil ne pourra que censurer les dispositions précitées.

B - Atteinte au droit à des moyens convenables d'existence et à la protection de la sécurité matérielle ainsi qu'au droit à la protection sociale constitutionnellement protégés

L'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 énonce que:

“[La Nation] garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence.”

Par le biais de ce texte, votre Conseil a reconnu à plusieurs reprises un droit tant à “des moyens convenables d'existence, à la protection de la santé et de la sécurité matérielle” (n°2009-599 DC, 29 décembre 2009, cons. 100 et 101) qu'à la “protection sociale” (n°86-225 DC, 23 janvier 1987, cons. 16 et 17).

Il apparaît toutefois que les atteintes portées aux droits susmentionnés par l'article 1er du projet de loi qui vous est déféré sont manifestement disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi par le législateur.

1. En effet, l'article 1er II C prévoit les sanctions imposées aux salariés qui ne satisferaient pas à l'obligation de présenter le “passe sanitaire”. Ainsi qu'il a pu être développé, ces sanctions ont de graves conséquences pour les salariés contrevenant à l'obligation : la suspension du contrat et de la rémunération, rupture du contrat de travail.

Dès lors, les salariés se verraient privés du jour au lendemain de tout moyen de subsistance pendant la période de suspension de la rémunération, sans aucune garantie quant à la durée de cette suspension. Cette éventualité atteste à elle seule de l'atteinte disproportionnée au droit à des moyens convenables d'existence et à la dignité.

De plus, les salariés se conformant à l'obligation de présentation du “passe” par le biais de tests virologiques sont, de fait, plus exposés à cette atteinte que ceux ayant présenté une attestation vaccinale. La suspension ayant été rédigée sans autre condition que la présentation de l'un des “*justificatifs requis*”, il est à prévoir des suspensions de rémunération répétées en cas d'impossibilité de présenter un test négatif dans les délais impartis.

A titre d'exemple, l'exigence d'une présentation d'un test virologique datant de moins 72 heures requiert, en pratique, que les salariés soient en mesure de se faire dépister en moyenne à 10 reprises au cours d'un seul mois. Or, ainsi qu'il l'a été évoqué ci-avant, plusieurs facteurs démontrent l'inégalité d'accès tant à la vaccination qu'au dépistage selon les territoires. Par conséquent, les salariés qui ne seraient pas en mesure de se faire dépister dans les délais requis encourent le risque de voir leur rémunération drastiquement impactée, ce qui rend nécessairement la mesure disproportionnée.

Cela est d'autant plus choquant que, comme cela a déjà été dit, ce sont les populations les plus pauvres qui sont le plus éloignées du système de soin :

“La carte des plus faibles vaccinations recoupe celle de la pauvreté, de la fracture numérique, de l'accès aux services publics. Les nouvelles mesures comportent ainsi le risque d'être à la fois plus dures pour les publics précaires et d'engendrer ou accroître de nouvelles inégalités”¹⁶.

2. De plus, la suspension du contrat n'ouvre droit à aucun revenu de remplacement (allocation chômage, prise en charge par l'assurance maladie), privant ainsi le salarié de toute *“sécurité matérielle”* et de *“moyens convenables d'existence”*.

Or votre Conseil a déjà pu retenir que :

“les exigences constitutionnelles résultant des dixième et onzième alinéas du Préambule de 1946 impliquent la mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur des personnes défavorisées. Il appartient au législateur, pour y satisfaire, de choisir les modalités concrètes qui lui paraissent appropriées. [...]. Cependant, l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel”. (n°2009-599 DC, 29 décembre 2009, cons. 100 et 101)

Il apparaît pourtant qu'en privant le salarié de tout moyen convenable d'existence pour une durée indéterminée, les dispositions de l'article 1er aboutissent à priver de garanties légales le droit à la protection sociale protégé par l'alinéa 11.

Ces dispositions auront pour effet, en pratique, de contraindre à la démission le salarié indéfiniment suspendu. En effet, ainsi qu'il l'a été exposé ci-avant, le patronat était opposé à la création d'un motif ad hoc de licenciement pour la seule et unique raison qu'ils ne voulaient pas payer les indemnités de licenciement légalement dues¹⁷. Les employeurs auront donc tout intérêt à faire durer la suspension de la rémunération dans le temps, contraignant ainsi les salariés privés de toutes ressources à la démission.

Dans ces circonstances, le salarié se verra alors successivement privé de rémunération, privé de revenu de remplacement pendant la période de suspension pour se voir finalement privé d'allocations chômage.

De la même façon, s'agissant des contrats courts (CDD et contrats de mission) la rupture anticipée du contrat de travail privera de droit au chômage déjà largement fragilisé par la réforme en cours un grand nombre de salariés précaires n'ayant pas pu travailler pendant une durée égale ou supérieure à quatre mois.

En ce qu'elles représentent des atteintes manifestement disproportionnées au droit à *des moyens convenables d'existence, à la protection de la santé et de la sécurité matérielle* ainsi qu'à celui à la *protection sociale*, les dispositions précitées seront censurées.

¹⁶avis du Défenseur des droits précité

<https://defenseurdesdroits.fr/fr/communiquede-presse/2021/07/extension-du-passe-sanitaire-les-10-points-dalerte-de-la-defenseure-des>

¹⁷Communiqué de presse commun des organisations patronales dans le domaine de l'hôtellerie et la restauration :

<https://umih.fr/export/sites/default/.content/media/pdf/CP/2021/20210421CPcommunPJLcoutLicenciemment.pdf>

VI. L'interdiction d'accès et la possibilité pour le pouvoir réglementaire d'ordonner la fermeture administrative des services et établissements de santé, sociaux et médico-sociaux, à défaut de présenter un "passe sanitaire" constitue une atteinte à l'objectif de valeur constitutionnel de protection de la santé publique.

A. L'interdiction d'accès aux établissements de santé, sociaux et médicaux sociaux

Si l'on se fie au texte du projet de loi relatif à la gestion de la crise sanitaire, l'accès aux établissements de santé, sociaux et médico-sociaux, par les malades comme par leurs visiteurs, est subordonné aux mêmes contraintes que l'accès aux activités de loisirs tels que les foires et salons ou bien encore les bars et restaurants...

L'article 1er du projet de loi modifie comme suit l'article 1er de la loi n°2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire en introduisant les dispositions suivantes :

« II. – A. – À compter du 2 juin 2021 et jusqu'au 15 novembre 2021 inclus, le Premier ministre peut, par décret pris sur le rapport du ministre chargé de la santé, dans l'intérêt de la santé publique et aux seules fins de lutter contre la propagation de l'épidémie de covid-19:

[...]

« 2° Subordonner à la présentation soit du résultat d'un examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination par la covid-19, soit d'un justificatif de statut vaccinal concernant la covid-19, soit d'un certificat de rétablissement à la suite d'une contamination par la covid-19 l'accès à certains lieux, établissements, services ou évènements où sont exercées les activités suivantes :

[...]

*« d) Sauf en cas d'urgence, les services et établissements de santé, sociaux et médico-sociaux, pour les seules personnes accompagnant ou rendant visite aux personnes accueillies dans ces services et établissements **ainsi que pour celles qui y sont accueillies pour des soins programmés**. La personne qui justifie remplir les conditions prévues au présent 2° ne peut se voir imposer d'autres restrictions d'accès liées à l'épidémie de covid-19 pour rendre visite à une personne accueillie et ne peut se voir refuser l'accès à ces services et établissements que pour des motifs tirés des règles de fonctionnement et de sécurité de l'établissement ou du service, y compris de sécurité sanitaire »*

Une telle restriction constitue une atteinte incontestable au droit à la santé et, plus particulièrement, à l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé publique puisque le risque est élevé que de nombreuses personnes renoncent à se rendre à des consultations médicales, qu'elles aient été prévues avant l'entrée en vigueur de la présente loi ou bien qu'il s'agisse de consultations à venir en fonction de l'apparition de symptômes médicaux ou pour réaliser des contrôles et des actes de dépistage.

On peut notamment évoquer le risque de voir de nombreux actes déprogrammés, des dépistages en cancérologie non réalisés, avec pour effet le développement de pathologies graves qui auraient dû être diagnostiquées à un stade précoce et pris en charge de manière à garantir un meilleur pronostic. Tous les effets des politiques publiques de prévention seront ainsi remis en cause.

En conséquence, la mesure précitée prévue à l'article 1er du projet de loi aura nécessairement pour effet d'augmenter la mortalité et les pathologies graves, voire létales, ce qui entraînera par ailleurs un surcoût considérable à la charge de l'assurance maladie et, par conséquent, du contribuable.

L'objectif de valeur constitutionnel de protection de la santé publique est ici méconnu, la mesure d'interdiction d'accès des patients aux établissements de santé étant manifestement disproportionnée, au vu de ses conséquences.

B. La possibilité pour le pouvoir réglementaire de procéder à des fermetures administratives

Le législateur a également permis au pouvoir réglementaire de procéder à des fermetures administratives lorsque les restrictions précitées d'accès aux établissements de santé et médico-sociaux ne sont pas respectées.

L'article 1er du projet de loi, en tant qu'il modifie l'article 1er de la loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire en introduisant les dispositions suivantes au point II, D dudit article, dispose que :

« D. – La méconnaissance des obligations instituées en application des 1° et 2° du A du présent II est sanctionnée dans les mêmes conditions que celles prévues à l'article L. 3136-1 du code de la santé publique réprimant le fait, pour toute personne, de se rendre dans un établissement recevant du public en méconnaissance d'une mesure édictée sur le fondement du 5° du I de l'article L. 3131-15 du même code.

[...]

« Lorsque l'exploitant d'un lieu ou d'un établissement ou le professionnel responsable d'un événement ne contrôle pas la détention, par les personnes qui souhaitent y accéder, des documents mentionnés au 2° du A du présent II, il est mis en demeure par l'autorité administrative, sauf en cas d'urgence ou d'évènement ponctuel, de se conformer aux obligations qui sont applicables à l'accès au lieu, établissement ou évènement concerné. La mise en demeure indique les manquements constatés et fixe un délai, qui ne peut être supérieur à vingt-quatre heures ouvrées, à l'expiration duquel l'exploitant d'un lieu ou établissement ou le professionnel responsable d'un événement doit se conformer auxdites obligations. Si la mise en demeure est infructueuse, l'autorité administrative peut ordonner la fermeture administrative du lieu, établissement ou évènement concerné pour une durée maximale de sept jours. La mesure de fermeture administrative mentionnée au présent alinéa est levée si l'exploitant du lieu ou établissement ou le professionnel responsable de l'évènement apporte la preuve de la mise en place des dispositions lui permettant de se conformer auxdites obligations. Si

un manquement mentionné au présent alinéa est constaté à plus de trois reprises au cours d'une période de quarante-cinq jours, il est puni d'un an d'emprisonnement et de 9 000 € d'amende."

« La procédure prévue aux deuxième et troisième alinéas du présent D n'est pas applicable aux violations constatées avant la promulgation de la loi n° du relative à la gestion de la crise sanitaire.

[...] »

Votre Conseil a rappelé, dans sa décision n° 2021-819 DC du 31 mai 2021 portant sur la loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire que :

« 5. Selon l'article 34 de la Constitution, la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques. Il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34.

6. En second lieu, aux termes du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, la Nation « garantit à tous ... la protection de la santé ». Il en découle un objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé.

Il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre cet objectif de valeur constitutionnelle et le respect des droits et libertés constitutionnellement garantis. Parmi ces droits et libertés figurent la liberté d'aller et de venir, composante de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la liberté d'entreprendre qui découle de cet article 4, ainsi que le droit d'expression collective des idées et des opinions résultant de l'article 11 de cette déclaration ».

On peut ajouter que, parmi les droits protégés par la Constitution figure le principe d'égalité, et notamment d'égal accès aux soins pour les citoyens.

Dans votre décision n°2020-803 DC du 9 juillet 2020 relative à la loi organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire, vous vous êtes déjà prononcé sur les mesures de fermetures administratives des établissements recevant du public. Vous aviez alors retenu que :

« 21. En premier lieu, d'une part, la compétence conférée au Premier ministre pour ordonner la fermeture provisoire de certaines catégories d'établissements recevant du public ainsi que des lieux de réunion est subordonnée au fait que les activités qui s'y déroulent, par leur nature même, ne permettent pas de garantir la mise en œuvre des mesures susceptibles de prévenir les risques de propagation du virus. Ces fermetures peuvent également être ordonnées lorsque les établissements en cause sont situés dans certaines parties du territoire dans lesquelles est constatée une circulation active du virus. Dans l'un comme dans l'autre cas, l'objet de telles fermetures provisoires ne peut être que de remédier au risque accru de contamination que présente la fréquentation publique de ces lieux. Ces mesures répondent donc à l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé ».

Il s'en déduit que les mesures de fermeture administratives sont proportionnées au regard de l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé publique uniquement dans l'hypothèse où :

- D'une part, le législateur justifie de l'impossibilité de mettre en œuvre au sein des établissements concernés, les mesures susceptibles de prévenir la propagation du virus. Or, les établissements de santé et médico-sociaux sont ceux qui, par définition, maîtrisent l'ensemble des protocoles de sécurité sanitaires et pratiquent sans cesse les gestes barrières et pour lesquels les contrôles sont systématiques.
- D'autre part, il ne saurait être proportionné à l'objectif poursuivi d'imposer ces mesures – obligation de contrôler le “passe sanitaire” et menace de fermeture administrative – sur l'ensemble du territoire national, indépendamment de la prise en compte de l'évolution de l'épidémie.
- Enfin, le caractère disproportionné de la mesure tient à la possibilité même de fermer des établissements de santé ou médico-sociaux, dont le public est intégralement constitué de personnes vulnérables qui se trouveraient privés de soins et de prise en charge.

En conséquence, la censure de ces dispositions du projet de loi s'impose également.

VII. Le chapitre 2 du projet de loi impose des conditions de mise en œuvre de l'obligation vaccinale disproportionnées au regard de l'objectif de protection de la santé publique et contraires au principe constitutionnel d'égalité et du droit du travail

Si nous sommes favorables à la vaccination, les mesures contenues dans le projet de loi qui vous est déféré portent une atteinte manifestement disproportionnée aux droits et libertés garanties par la Constitution.

A. Une obligation vaccinale largement imposée dans les secteurs de la santé, du médico-social et de la protection civile au prix de la violation de plusieurs principes et droits constitutionnellement protégés

Les travailleurs visés par la vaccination obligatoire sont nombreux puisque le projet de loi prévoit, en son **article 12**, que cette obligation concerne, sans distinction quant à leurs fonctions, toutes les personnes exerçant leur activité dans les établissements de santé, les hôpitaux des armées, les centres de santé, les maisons de santé, les centres et équipes mobiles de soins, les centres médicaux et équipes de soins mobiles du service de santé des armées, les dispositifs d'appui à la coordination des parcours de santé complexes, les centres de lutte contre la tuberculose, les centres gratuits d'information, de dépistage et de diagnostic, les services de médecine préventive et de promotion de la santé universitaires, les services de prévention et de santé au travail, les établissements et services sociaux et médico-sociaux,

les établissements et résidences-services destinés à l'accueil des personnes âgées ou handicapées, les habitats inclusifs.

Cette obligation est étendue à l'ensemble des professionnels de santé au sens large, qu'ils soient en exercice ou encore en formation. Sont ainsi également concernés les psychologues, ostéopathes, chiropracteurs, psychothérapeutes, les professionnels du transport sanitaire, les prestataires de services ainsi que 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 en charge de victimes, les militaires des unités investies à titre permanent de missions de sécurité civile ainsi que les membres des associations agréées de sécurité civile.

Il est particulièrement surprenant que ces derniers soient dans l'obligation de se faire vacciner, au contraire des autorités de police compétentes pour les diriger à l'occasion des opérations de secours ou des actions de soutien aux populations et de mise en place des dispositifs de sécurité civile dans le cadre de rassemblements de personnes....

Plus précisément, le champ d'application particulièrement étendu de l'obligation vaccinale se heurte au principe constitutionnel d'égalité et apparaît manifestement disproportionné au regard de l'objectif de protection de la santé publique.

1. D'abord, le principe même d'une obligation vaccinale se heurte à l'objectif constitutionnel de protection de la santé publique au vu de l'état des connaissances scientifiques relatives aux vaccins contre la Covid-19.

Comme il a été précédemment relevé, la santé publique a été érigée en principe constitutionnel (Décision n°90-283 DC) et la protection de la santé publique constitue un objectif à valeur constitutionnelle (Décision n°2016-737 DC) devant être concilié, notamment, avec le principe d'égalité mais aussi avec les garanties liées au droit constitutionnellement protégé d'accès au travail.

Il n'est, par ailleurs, pas contesté que **le droit à la protection de la santé, tel que protégé** en vertu de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946, justifie que des mesures soient prises pour endiguer la propagation de la Covid-19. En ce sens, votre Conseil a effectivement jugé, à propos des vaccins obligatoires pour les enfants, qu'«*il est loisible au législateur de définir une politique de vaccination afin de protéger la santé individuelle et collective ; [...] il lui est également loisible de modifier les dispositions relatives à cette politique de vaccination pour tenir compte de l'évolution des données scientifiques, médicales et épidémiologiques* » (CC, n°2015-458 QPC, 20 mars 2015).

Précisément, il est **indispensable que la politique de vaccination tienne compte des données scientifiques et médicales disponibles au moment où une obligation vaccinale est imposée à une large partie de la population civile**. Autrement, les impératifs de santé publique, qui constituent un objectif à valeur constitutionnelle, ne sauraient être respectés par le législateur.

Or, à ce jour, les quatre vaccins disponibles, produits par les laboratoires Pfizer & BioNTech, Janssen, Moderna, et AstraZeneca, font l'objet d'une autorisation de mise sur le marché (AMM) conditionnelle¹⁸.

Ces autorisations, au même titre que celles susceptibles d'être délivrées pour de futurs vaccins contre la Covid-19, font l'objet d'une procédure particulière d'évaluation : le "rolling review". Cela signifie, notamment, que "l'évaluation des vaccins contre la Covid-19 est réalisée sur une période plus courte qu'à l'accoutumée". En effet, "*habituellement, les données sur l'efficacité, la sécurité et la qualité d'un médicament, ainsi que tous les documents requis pour obtenir une AMM, doivent être simultanément soumis avant leur évaluation dans une demande officielle déposée par le fabricant. Dans le cas d'un examen continu (« rolling review »), les agences européennes examinent les données au fur et à mesure de leur collecte à partir des études en cours.*

- *Cela signifie donc que l'évaluation commence dès que les premières données sur le vaccin sont disponibles. En général, elles proviennent d'abord des études en laboratoire (données non cliniques).*
- *Cela ne signifie pas que l'on peut conclure rapidement sur l'innocuité et l'efficacité du vaccin. Seule l'évaluation des données issues des études cliniques portant sur un grand nombre de volontaires permettront de s'en assurer¹⁹.*

Selon les informations disponibles sur le site internet de l'agence nationale de la sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM) «*une AMM conditionnelle permet l'autorisation de médicaments qui répondent à un besoin médical non satisfait avant que des données à long terme sur l'efficacité et la sécurité ne soient disponibles*». Si l'ANSM relève que ces AMM conditionnelles sont possible « *uniquement si les bénéfices de la disponibilité immédiate du médicament l'emportent sur le risque inhérent au fait que toutes les données ne sont pas encore disponibles* », il n'en demeure pas moins qu'il appartient encore aux laboratoires, à ce stade de production des vaccins, de « *fournir les données complémentaires provenant d'études nouvelles ou en cours dans des délais fixés par l'EMA pour confirmer le rapport bénéfice / risque positif* ».

Une AMM conditionnelle est accordée pour un an et peut être renouvelée. En ce qui concerne les vaccins contre la Covid-19, ces autorisations temporaires ont été accordées au début de l'année 2021, sans qu'il soit certain qu'aucune prolongation de cette phase conditionnelle ne sera nécessaire.

Plus précisément, il convient d'insister sur le caractère inédit des vaccins utilisés, impliquant le manque de recul sur les effets secondaires, les données étant par définition incomplètes en l'absence des conclusions de l'ensemble des essais cliniques. Selon les rapports européens publics d'évaluation (EPAR) rendus au sein de l'Agence européenne des médicaments, il apparaît que **les essais menés par les laboratoires pharmaceutiques doivent encore se poursuivre pendant deux ans**. Le calendrier concernant tous les vaccins

¹⁸ <https://ansm.sante.fr/dossiers-thematiques/covid-19-vaccins/covid-19-vaccins-autorises>

¹⁹ <https://ansm.sante.fr/dossiers-thematiques/covid-19-vaccins/covid-19-evaluation-des-demandes-de-mise-sur-le-marche-des-vaccins>

actuellement disponibles confirme qu'aucune AMM définitive ne pourra être délivrée avant 2022, voire 2023...

Et c'est sans compter les probables futures AMM conditionnelles qui seront délivrées dans les prochains mois ou semaines, qui exposent les personnels concernés par l'obligation vaccinale, au gré des disponibilités et des stocks de vaccins, à devoir se faire vacciner par un vaccin récent, dont les essais cliniques sont moins avancés et par conséquent présentant davantage d'incertitudes sur son innocuité. En tout état de cause, la circonstance que le marché des vaccins ne puisse garantir, au vu de l'expérience passée et des aléas d'un marché concurrentiel, la possibilité pour les personnes soumises à l'obligation vaccinale de choisir le type de vaccin et le laboratoire qui le distribue, n'offre pas une garantie suffisante au regard de l'objectif du droit à la santé.

Par suite, au vu des incertitudes qui persistent encore sur les effets secondaires des vaccins contre la Covid-19, il semble **disproportionné, au regard des objectifs poursuivis par le législateur d'imposer une obligation vaccinale** et alors que **la possibilité de réaliser des tests virologiques (PCR et antigéniques) réguliers peut être mise en place de manière effective**, d'imposer dans l'immédiat la vaccination contre la Covid-19 à des catégories de travailleurs, au demeurant parmi ceux qui sont le plus rompus à la pratique des gestes barrières et des mesures de protection sanitaire.

Il ne s'agit pas, en effet, de remettre en cause la constitutionnalité de la politique vaccinale *per se*, mais bien de solliciter une réserve en ce qui concerne une telle obligation tant que les vaccins susceptibles d'être rendus obligatoires devront avoir reçus une AMM définitive et non conditionnelle. Dans la mesure où, en effet, des mesures alternatives peuvent permettre de limiter la propagation de la pandémie, il n'y a pas d'urgence absolue à imposer une obligation vaccinale.

On rappellera, à toutes fins utiles, que la production d'un "passe sanitaire" a été considérée comme suffisante pour parvenir à cet objectif pour tous les autres établissements et services publics.

2. **Ensuite**, l'obligation vaccinale serait imposée, **sans distinction quant à leurs fonctions et sans tenir compte de leur intervention en proximité directe de personnes vulnérables**, de **toutes les personnes** qui exercent leur activité dans les centres et établissements de santé et certains établissements et services médico-sociaux, les différents services de médecine préventive et de promotion de la santé, les résidence-services dédiées à l'accueil des personnes âgées ou handicapées ainsi que dans les transports sanitaires.

En ce sens, cette obligation est manifestement disproportionnée à l'objectif poursuivi, qui vise uniquement à protéger les personnes dites vulnérables.

3. **En toute hypothèse**, le principe constitutionnel d'égalité est également méconnu, là encore au prix d'une contrainte vaccinale disproportionnée à l'objectif poursuivi par le législateur, tendant à limiter la propagation de l'épidémie de Covid-19.

On comprend, en effet, que ce sont les usagers du service public de la santé ainsi que les personnes âgées ou en situation de handicap qui font l'objet de la protection recherchée par

le gouvernement, et non pas directement les personnels qui travaillent dans ces secteurs. Or, la contrainte vaccinale et les sanctions afférentes ne pèsent que sur les travailleurs...

Plus précisément, s'il était également question de protéger les personnels soignants et les travailleurs sociaux, non seulement ceux-ci auraient tous bénéficié en priorité de la vaccination au plus fort de l'épidémie – ce qui n'a pas été le cas, loin s'en faut –, mais encore le projet de loi prévoirait-il de rendre obligatoire la vaccination contre la Covid-19 pour l'ensemble des agents des services publics qui sont au quotidien au contact de la population. Or, sans aucune justification concevable, les policiers et gendarmes sont exclus de l'obligation vaccinale alors que leurs missions, au demeurant comparables aux personnes intervenant au soutien de la sécurité civile, impliquent un contact direct avec la population (dont les personnes vulnérables) dans le cadre des rassemblements mais aussi des contrôles du « passe sanitaire ».

L'exception de l'obligation vaccinale concernant les travailleurs handicapés accompagnés dans le cadre d'un contrat de soutien et d'aide par le travail, lesquels ne sont pas considérés comme des salariés mais des usagers des établissements pour lesquels ils travaillent, démontre définitivement qu'il s'agit d'imposer la vaccination aux seuls personnels de santé ainsi qu'aux professionnels du secteur médico-social.

Cette contrainte apparaît manifestement disproportionnée et particulièrement difficile à justifier au regard de l'objectif de protection de la santé publique, tant elle est à l'origine d'une grande précarisation de leur situation, alors que ces personnels sont en première ligne dans la lutte contre la pandémie.

La rupture d'égalité ne fait également aucun doute puisque le projet de loi permet à des agents publics non soumis à cette obligation, sensée poursuivre un objectif de protection de la santé publique, de contrôler les personnes qui y sont soumises, le plus souvent dans l'enceinte ou aux abords des établissements dont l'accès est limité aux personnes vaccinées ou détentrices d'un « passe sanitaire »...

L'obligation vaccinale, telle que prévue par le projet de loi relatif à la gestion de la crise sanitaire, apparaît donc non seulement disproportionnée au regard de l'objectif de protection de la santé publique visé par le gouvernement, mais encore contraire au principe constitutionnel d'égalité.

4. **En outre**, l'objectif de protection de la santé publique est également menacé dans le sens où, en rendant obligatoire la vaccination pour les personnels de santé et les travailleurs intervenant dans le secteur médico-social, d'ores et déjà particulièrement en tension en raison du manque de moyens matériels mais aussi humains, les pouvoirs publics s'exposent à l'augmentation de l'absentéisme ainsi qu'à la suspension des nombreux contrats de travail, volontaire ou imposée, à une période où, précisément, leur implication et leur force de travail sont des atouts essentiels dans le cadre de la lutte contre la progression et les effets délétères de la crise sanitaire.

B. Une obligation vaccinale contrôlée et sanctionnée dans des conditions relativement similaires à l'obligation relative au "passe sanitaire"

Les dispositions du chapitre 2 du projet de loi, et plus particulièrement les articles 13 à 17, portent par conséquent atteintes aux mêmes droits et libertés constitutionnellement reconnus que les mesures relatives à la mise en œuvre du « passe sanitaire » prévu à l'article 1er (v. *infra*).

En ce qui concerne plus particulièrement la perte de revenu et le risque de perte d'emploi auquel sont exposés ces travailleurs, dont on a démontré qu'il était réel, est manifestement disproportionnée au vu des circonstances dans lesquelles elle est envisagée, l'obligation vaccinale, compte tenu notamment du rôle des personnels concernés dans la protection de la santé des personnes vulnérables et, plus généralement, de la continuité du service public de la santé.

1. Sans reprendre l'entière argumentation développée précédemment, il doit être relevé que l'obligation vaccinale aura **tout d'abord** pour conséquence d'exclure des secteurs d'activités concernés les travailleurs non vaccinés.

Or, on l'a dit, il s'agit principalement de personnels rompus aux gestes barrières et au respect des mesures sanitaires, dont la volonté de protéger les personnes vulnérables ne saurait sérieusement être remise en doute. Leur exclusion des emplois du secteur médico-social et de la santé est d'autant plus disproportionnée que la possibilité de réaliser des tests virologiques réguliers leur permet de s'assurer de ne pas participer à la propagation du virus de la Covid-19.

2. **Ensuite**, dans la mesure où l'obligation vaccinale impactera un nombre considérable d'agents publics, il importe d'insister sur le caractère disproportionné de la mesure de suspension du contrat de travail, accompagnée de l'interruption de la rémunération, tant au regard de l'objectif poursuivi que des mesures alternatives susceptibles d'être envisagées.

L'article 14 du projet de loi prévoit que :

« 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. À défaut, il est suspendu de ses fonctions ou de son contrat de travail.

La suspension mentionnée au premier alinéa du présent II bis III, qui s'accompagne de l'interruption du versement de la rémunération, prend fin dès que l'agent public remplit les conditions nécessaires à l'exercice de son activité prévues au I. Elle ne peut être assimilée à une période de travail effectif pour la détermination de la durée des congés payés ainsi que pour les droits acquis par l'agent public au titre de son ancienneté. Pendant cette suspension, l'agent public conserve le bénéfice des garanties de protection sociale complémentaire auxquelles il a souscrit.

La dernière phrase du deuxième alinéa du présent II bis 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 II bis III, le contrat prend fin au terme prévu si ce dernier intervient au cours de la période de suspension ».

Là encore, le caractère de sanction est évident, pour les mêmes raisons que celles exposées précédemment à propos du "passe sanitaire".

Pourtant, cette mesure n'étant pas qualifiée comme telle par le législateur, les agents concernés ne bénéficieront pas des garanties prévues en matière disciplinaire, liées notamment au caractère contradictoire de la procédure permettant à l'agent de consulter son dossier individuel et de s'exprimer devant une commission paritaire avant de subir une exclusion du service affectant la progression de sa carrière et son droit à rémunération.

Et si votre Conseil ne devait pas retenir la qualification de sanction, on rappellera seulement que la loi garantit le maintien de l'entière rémunération des agents publics suspendus à titre conservatoire, pour une période pouvant aller jusqu'à quatre mois, dans l'attente de l'engagement d'une procédure disciplinaire (article 30 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ; v. l'article 39-1 du Décret n° 91-155 du 6 février 1991 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels des établissements mentionnés à l'article 2 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière). À l'issue de ce délai, en l'absence de sanction disciplinaire, l'agent est obligatoirement rétabli dans ses fonctions.

Le même raisonnement vaut assurément pour les mesures de suspension de la relation de travail lors que passe sanitaire est requis.

S'agissant de la situation particulière des agents recrutés en CDD, il est manifeste que la non présentation d'un certificat en rapport avec l'obligation vaccinale peut aboutir à la perte de son emploi puisque le législateur a expressément prévu qu'il ne pouvait être renouvelé. Or, en s'abstenant de préciser s'il s'agissait alors d'une perte volontaire ou involontaire d'emploi, conditionnant le droit des travailleurs à l'allocation de retour à l'emploi, le législateur a assurément entaché cette disposition **d'incompétence négative**.

Conseil censure, en effet, les dispositions législatives ambiguës, laissant supposer que le législateur n'a pas pleinement exercé sa compétence en laissant au pouvoir réglementaire le soin de déterminer les conséquences de mesures de rupture de la relation de travail (voir décision n°99-423 DC, 13 janvier 2000).

* *
*

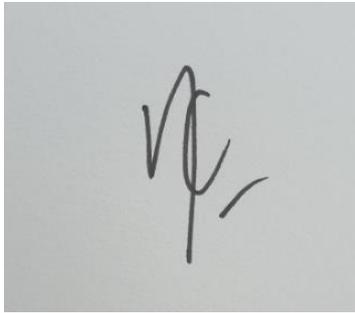
Pour l'ensemble de ces motifs, nous estimons que nombreuses dispositions de cette de loi sont contraires à la Constitution.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le président, Mesdames et Messieurs les membres du Conseil constitutionnel, à l'assurance de notre haute considération.

Fait à Montreuil, le lundi 2 août 2021,

Pour la CGT

Pour Solidaires

A square box containing a handwritten signature in black ink. The signature is stylized and appears to be a combination of letters, possibly 'VF' or similar, with a vertical line extending downwards from the center.

Pour la FSU

Pour le SAF