

OBLIGATION VACCINALE ET PASSE SANITAIRE FOIRE AUX QUESTIONS SYNDICALES

RAPPEL DU CONTEXTE

La loi 2021-1040 et ses décrets d'application interviennent dans le contexte politique et législatif de la « gestion de la sortie de crise sanitaire ». Ils viennent ainsi préciser et prolonger la loi 2021-689 du 31 mai 2021.

Parmi d'autres mesures, la loi 2021-40 crée en particulier l'obligation vaccinale COVID pour les établissements sanitaires. Elle étend également le dispositif du passe sanitaire aux salarié.e.s de nombreux établissements du social et médico-social.

Notons à nouveau que le Conseil Constitutionnel a spécifié à plusieurs reprises dans sa décision du 5 août 2021 (**DC du 5 août 21 n°30, 39, 43, ET 83**) que la constitutionnalité des dispositions examinées devait s'apprécier au regard de la proportionnalité liée au « contexte sanitaire ». La conséquence en est que tout ce qui est dérogatoire au droit commun n'est légal que dans ces conditions.

Il s'agit en effet de dispositifs d'exception, dérogatoires voire contraires au droit commun, en particulier à travers ses mesures de suspension et de privation de rémunération, qui emportent les mêmes effets que des mesures disciplinaires sans relever officiellement de ce domaine, privant donc les travailleuses et travailleurs d'un minimum de garanties, mais sans préciser quels nouveaux effets ils produisent dans un certain nombre de domaines, notamment celui de la protection sociale.

Au-delà du débat sur l'obligation vaccinale en tant que telle, il s'agit d'une nouvelle attaque extrêmement grave sur le droit du travail, et syndicalement il nous faut aussi répondre sur ce terrain, en complément des luttes sur le terrain.

Notre analyse est que, par la force des choses, les solutions doivent être trouvées dans le droit commun, par analogie avec des situations suffisamment proches et qu'il faut donc réexaminer la jurisprudence.

Ce sont ces analyses que nous vous proposons ici, les plus solidement possibles, mais en dernière instance ce sont les juridictions compétentes qui trancheront, prud'hommes et tribunaux administratifs, puisqu'il y a de fortes chances que nos employeurs ne suivent pas les pistes favorables aux salarié.e.s et agent.e.s.

Un certain nombre de jugements en référé sont déjà tombés, nous les signalerons à chaque fois que possible.

TOUS LES PERSONNELS SONT-ILS CONCERNÉS, QUEL QUE SOIT LEUR POSTE, EN CONTACT OU NON AVEC LE PUBLIC ?

Dans les établissements et services concernés par le passe sanitaire, seul.e.s les agent.e.s et salarié.e.s et agent.e.s en contact avec le public le sont. Pour cette raison, un reclassement temporaire des professionnel.le.s est envisagé par la loi.

Dans les établissements et/ou services concernés par l'obligation vaccinale, oui. Il n'est fait aucune distinction de postes, de métiers. Dans une instruction récente, le ministère a même précisé que cela concernait également... les postes en télétravail.



Seuls sont exemptés les personnels relevant des sièges sociaux des établissements concernés lorsqu'ils sont constitués en entités juridiques distinctes.

Selon nous, il s'agit d'un des principaux indices d'une mesure disproportionnée qui aurait pu conduire à prononcer une inconstitutionnalité partielle de l'obligation vaccinale, si le Conseil Constitutionnel avait été saisi sur ce point spécifique. Ce point pourrait ainsi être soulevé à l'occasion d'une QPC dans toute procédure concernant une mesure de suspension prise dans le cadre de l'application de la loi, devant les prud'hommes ou un juge administratif.

L'EMPLOYEUR N'A PAS LE DROIT DE ME DEMANDER DES INFORMATIONS MÉDICALES

Dans le cadre du droit commun, l'employeur ne peut pas interroger sur des questions de santé EN GENERAL. Cependant, une atteinte au secret médical ne peut être jugée légale que si elle est la conséquence nécessaire et là encore **proportionnée** d'une considération d'ordre public, telle que la protection de la santé publique (voir aussi ; CE, 8 février 1989, Conseil national de l'Ordre des médecins).

Mais dans le cadre spécifique du COVID, la loi lui fait obligation de contrôler des documents spécifiques, prévus par la loi et présentés sous une certaine forme fixée par décret, et que la même loi prévoit par ailleurs que le salarié est tenu de présenter. Certes cela reste des données médicales, mais c'est une procédure spécifique. L'employeur peut ainsi déléguer ce pouvoir, à des personnes **nommément habilitées à le faire** et dont le nom est répertorié sur une registre spécifique.

Ce contrôle ne peut se faire qu'avec les seuls outils légaux, via les certificats délivrés par ameli.fr ou les lecteurs tousanticovid notamment, car ils ne permettent pas de connaître la nature de la conformité.

Les documents recueillis dans ce cadre ne peuvent être conservés, seul le résultat du contrôle doit être conservé. Les direction doivent donc détruire le document permettant de vérifier la conformité et seulement conserver l'information selon laquelle la personne est à jour.

Les Certificats médicaux de contre-indication et de rétablissement quant à eux, transitent par la médecine du travail ([instruction DGOS du 14 septembre](#), [questions-réponse du ministère du travail](#))

Ainsi tout employeur ou chef de service qui chercherait à vérifier le statut vaccinal ou sérologique de toute autre manière que ce soit serait effectivement en faute, selon le [Tribunal Administratif de Nîmes qui s'est prononcé en référé contre une note de service](#) d'une collectivité territoriale.

De plus, dans le cadre du passe sanitaire, l'employeur ne peut demander le statut vaccinal ou le passe sanitaire à l'entretien d'embauche, le contrôle légal ne commence qu'une fois les fonctions prises.

LA VACCINATION OBLIGATOIRE EST-ELLE UNE NOUVELLE CONDITION DE L'APTITUDE ?

NON, malgré ce que voudrait nous faire croire le ministère.

Ainsi, dans son instruction du 14 septembre 2021, publiée au BO du 15/9, la DGOS prétend ainsi :

"A compter du lendemain de la publication de la loi de gestion de la crise sanitaire, l'obligation vaccinale, satisfaite par un schéma vaccinal complet (cf tableau page 9), devient progressivement une nouvelle condition d'exercice d'activité pour les agents des secteurs de la santé, du social et du médico-social." (p. 389)



Or, cette notion ne se trouve pas dans la loi, et une instruction ministérielle n'a pas la possibilité d'ajouter aux mesures prises par voie législative. La véritable obligation vaccinale est ainsi fixée par l'article L. 3111-4 du Code de la santé publique, dont le contenu ne peut être modifié que par une nouvelle loi, prise après avis de la Haute Autorité de Santé (HAS). Le gouvernement peut ainsi seulement SUSPENDRE une obligation vaccinale, comme il est prévu d'ailleurs pour l'obligation COVID, et comme c'est le cas pour la vaccination contre la grippe saisonnière depuis 2006.

On insistera donc encore une fois sur le fait que la Loi du 5 août est une loi d'urgence, conditionnée par l'évolution de la situation sanitaire, et qu'elle doit être rediscutée au plus tard au 15 novembre en fonction des données actualisées du pays.

QUELLE EST LA DURÉE MAXIMALE DE LA SUSPENSION DU CONTRAT / DES FONCTIONS ?

Pour le passe sanitaire, en toute logique jusqu'au 15/11/2021... sous réserve d'une extension ultérieure que nous redoutons, sachant que le projet de loi initial prévoyait une durée au 31/12/2021.

Pour l'obligation vaccinale, qui n'a pas de limite définie dans le temps pour le moment, la suspension est donc potentiellement elle aussi indéfinie. Elle peut intervenir par décret du ministre de la santé, comme ça a été le cas pour l'obligation vaccinale de la grippe, suspendue par Agnès Buzyn.

Toutefois, l'article 21 de la loi prévoit ainsi que des débats peuvent avoir lieu, autant que nécessaire, avant le 15 novembre 2021 afin d'associer le Parlement à l'évolution de la situation sanitaire au regard de la loi du 5 août 2021 et aux mesures nécessaires pour y répondre. Ces débats devront se faire en fonction des données épidémiologiques actualisées pour trouver des mesures à nouveau proportionnées (cf introduction), et non plus selon les balances bénéfice/risque établies au mois d'août.

UNE SUSPENSION "ÉCRASERAIT-ELLE" LES ARRÊTS MALADIE ET LES DISPONIBILITÉS EN COURS AU 15 SEPTEMBRE ?

Non, et le ministère l'a confirmé à nos représentants, ainsi que par voie d'instruction ministérielle.

Pour les agents publics, sur cette question, la jurisprudence dans le cadre des suspensions disciplinaires, indique en effet que la suspension démarre à la fin de l'arrêt maladie.

"Considérant, en quatrième lieu, qu'afin de prévenir une reprise d'activité le directeur général du centre national de gestion des praticiens hospitaliers et des personnels de direction de la fonction publique hospitalière peut légalement prendre une mesure de suspension à l'égard d'un praticien qui bénéficie d'un congé maladie ordinaire ; que la suspension n'entre alors en vigueur qu'à compter de la date à laquelle ce congé prend fin, sa durée étant toutefois décomptée à partir de la signature de la décision qui la prononce ; que, même si elle ne prévoit pas expressément une entrée en vigueur différée, la décision de suspension prise pendant un congé de maladie produit effet dans ces conditions et ne met donc pas fin au congé et au régime de rémunération afférent à celui-ci ; qu'ainsi, la cour n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que la circonstance que M. A...bénéficiait d'un congé maladie ne faisait pas obstacle à l'intervention de la décision litigieuse"





Cette solution a par exemple été [reprise par le TA d'Orléans](#).

On peut penser que la jurisprudence est transposable au dispositif de suspension lié à l'obligation vaccinale et au passe sanitaire, dans la mesure où sa fonction est de traduire l'interdiction d'exercer.

L'agent public pourrait être formellement suspendu durant son arrêt maladie, mais conserverait sa rémunération liée au dispositif d'arrêt maladie.

Cette même logique est transposable aux agent.e.s en congé / repos ou en disponibilité puisque ces positions statutaires sont préconisées légalement comme premier recours pour éviter la suspension

Pour le secteur privé, le droit commun est identique. Durant son arrêt maladie, le contrat de l'agent est déjà suspendu, il est rémunéré par la Sécurité Sociale via des indemnités Journalières. Il ne peut donc être suspendu de ses fonctions.

QUE SE PASSE-T-IL EN CAS D'ARRÊT MALADIE POSTÉRIEUR À LA DATE DE LA SUSPENSION ?

La suspension entraîne la suspension du contrat de travail pour les salarié.e.s, la suspension des fonctions pour les agents publics, avec pour conséquence l'interruption de la rémunération dans les deux cas.

La loi prévoit toutefois une distinction selon que ces suspensions soient prononcées au titre du passe sanitaire ou au titre de l'obligation vaccinale.

Dans le second cas, le salarié ou l'agent public "conserve le bénéfice des garanties de protection sociale complémentaire auxquelles il a souscrit"

Il faut donc là encore regarder les solutions jurisprudentielles proposées dans le cadre du droit commun

Pour les agents publics, le Conseil d'Etat a ainsi jugé en 2006 que le fonctionnaire suspendu est toujours en position d'activité, il doit donc pouvoir bénéficier du congé maladie, et donc du régime de rémunération qui lui est lié.

"Considérant qu'il résulte de ces dispositions que le fonctionnaire qui fait l'objet d'une mesure de suspension est maintenu en position d'activité, et dispose dans cette position du droit à congé de maladie en cas de maladie dûment constatée le mettant dans l'impossibilité d'exercer les fonctions qu'il exercerait s'il n'était pas suspendu ; qu'ainsi le droit au congé de maladie ne peut être légalement refusé à un fonctionnaire au seul motif qu'à la date de sa demande il fait l'objet d'une mesure de suspension » (Conseil d'Etat, 22 février 2006, req. 279756)."

L'EMPLOYEUR PEUT-IL ME LICENCIER POUR NON PRÉSENTATION DU PASSE SANITAIRE OU NON-RESPECT DE L'OBLIGATION VACCINALE ?

Pour le passe sanitaire à partir du 30 août et l'obligation vaccinale à partir du 15 septembre, la procédure légale **est la suspension du contrat (secteur privé) ou des fonctions (secteur public)** jusqu'à présentation des documents prévus par la loi.

En outre, réglementairement, depuis le 9 août, un agent public ou un salarié soumis à l'obligation vaccinale pourrait aussi être suspendu si et seulement si il n'est pas en mesure de présenter un test négatif de moins de 72h dans le cas où il ne serait pas déjà à jour de ses obligations vaccinales (schéma complet, ou dispensé,



ou certificat de rétablissement de moins de 6 mois). Dans la pratique, il semble qu'aucune direction n'a choisi d'exercer ce contrôle pour des raisons matérielles de déploiement du contrôle, se concentrant sur la date limite du 15 septembre.

Le Conseil Constitutionnel a supprimé le licenciement comme possibilité expressément prévue par la version initiale de la loi pour les salariés ne présentant pas le passe sanitaire après le 30 août. Mais c'était uniquement parce qu'il n'était prévu que pour les CDD et intérim et que cette distinction n'avait pas de fondement par rapport à l'objectif sanitaire recherché, pas du tout parce qu'elle serait illégale en elle-même.

Nous devrions donc retomber dans le droit commun en la matière, sous le contrôle du juge.

La [Cour de Cassation a ainsi validé en 2012 le licenciement pour cause réelle et sérieuse d'un employé des Pompes Funèbres refusant la vaccination contre l'Hépatite B](#) sans présenter de contre-indication médicale. Le parallèle est intéressant dans le sens où le licenciement n'était pas non plus spécifiquement prévu par les textes, mais qu'il a été validé comme "solution" juridiquement acceptable.

Le texte prévoyant toutefois explicitement une suspension en premier recours, un licenciement immédiat sans passer par cette étape préalable aurait de fortes chances d'être invalidé.

De plus, pour les personnes soumises au passe sanitaire toutefois, il faudra sans doute que l'employeur démontre qu'il a auparavant convoqué la personne, au bout de trois jours de suspension, pour rechercher avec elle les solutions pour remédier à la situation, à savoir la pose de jours de congés ou repos, ou une réaffectation provisoire hors du contact avec le public.

Pour le secteur public, toutefois, les choses semblent être différentes. Dans son avis sur le projet de loi, le [Conseil d'Etat a retoqué la procédure de suspension des agents publics sur la base de deux arguments](#)

- l'absence de consultation du conseil commun de la Fonction Publique, pourtant obligatoire au vu de ses attributions statutaires;
- l'absence de garanties contradictoires dans la procédure de suspension de rémunération (la procédure de licenciement ayant finalement été expurgée de la version finale de la loi)

On pourrait donc concevoir qu'un recours contre une suspension d'un agent public pourrait soulever ces points précis.

PEUT-ON TRAVAILLER DURANT LA SUSPENSION ?

OUI. Le ministère l'a également confirmé.

Que ce soit pour le privé ou le public, pas d'impossibilité de travailler pour un autre employeur sous réserve du respect des obligations de non concurrence et de loyauté.

Pour le secteur privé

Le manquement à l'obligation de loyauté est caractérisé lorsque le salarié exerce, pendant la suspension de son contrat de travail, une activité portant préjudice à l'entreprise (voir par exemple Cass. soc. 5-7-2017 n° 16-15.623 FS-PB : RJS 10/17 n° 650 pour un salarié en congés payés ; Cass. soc. 21-11-2018 n° 16-28.513 F-D : RJS 3/19 n° 148 pour un salarié en arrêt maladie).

L'exercice d'une activité, pour le compte d'une société non concurrente de celle de l'employeur, pendant un arrêt de travail, ne constitue pas en lui-même un manquement à l'obligation de loyauté qui subsiste pendant la durée de cet arrêt. L'employeur ne peut en tirer un motif de licenciement que s'il démontre que cette action lui a causé un préjudice, celui-ci ne résultant pas du seul paiement des indemnités complémentaires aux allocations journalières de sécurité sociale (Cass. soc., 26 févr. 2020, no 18-10.017).



Pour le secteur public, l'agent demeure soumis aux principes statutaires liés au cumul d'emploi qui l'oblige à déclarer tout emploi exercé en dehors de l'établissement, et être expressément autorisé par son administration. En pratique, les cumuls autorisés retombent dans les questions de non concurrence, d'absence de conflit d'intérêt et de dignité liés au statut de l'agent public.

Ainsi, pour le secteur public plusieurs jurisprudences confirment le droit à travailler à l'extérieur pour des agents publics faisant l'objet d'une mesure d'exclusion temporaire (Conseil d'Etat, Assemblée, du 13 juillet 1966, 52641 52804, publié au recueil Lebon et plus récemment [Conseil d'État, 4ème - 1ère chambres réunies, 03/06/2019, 424377](#) :

“ alors même que l'agent exclu temporairement ne pourrait, ainsi qu'elle l'allègue, prétendre, pendant la période où court cette sanction, à l'allocation d'assurance prévue par l'article L. 5422-1 du code du travail, cette circonstance n'a pas, par elle-même, pour effet d'empêcher l'agent de percevoir un revenu pendant cette même période. L'exécution de la sanction ne fait, ainsi, notamment obstacle ni à ce que l'agent public exerce, tout en conservant son emploi public, un autre emploi, sous réserve du respect des obligations déontologiques qui s'imposent à lui, ni à ce qu'il sollicite, s'il s'y croit fondé, le bénéfice du revenu de solidarité active prévu par l'article L. 262-2 du code de l'action sociale et des familles. Mme B...n'est, par suite, pas fondée à soutenir que les dispositions contestées, telles qu'interprétées par la jurisprudence du Conseil d'Etat, méconnaissent le droit à des moyens convenables d'existence qui résulte des dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution du 27 octobre 194”

Sur le fondement de cette jurisprudence, le RSA pourrait également être sollicité.

A noter également [CAA Versailles, 19 juillet 2016, req. n° 15VE00556](#)

*“Or, si un fonctionnaire suspendu continue d'être lié au service public, il cesse d'être soumis à l'interdiction de principe du cumul de ces fonctions avec une telle activité privée rémunérée. **Aussi, l'exercice d'une activité privée lucrative durant sa période de suspension, ne constitue pas une faute disciplinaire.** Les seuls manquements établis à son encontre, à savoir l'exercice d'une activité privée lucrative non déclarée auprès d'une entreprise avec laquelle l'intéressé était amené à travailler dans le cadre de ses fonctions, justifie une sanction disciplinaire.”*

LES REPRÉSENTANTS SYNDICAUX EN DÉCHARGE D'ACTIVITÉ SONT-ILS CONCERNÉS ?

Pour l'obligation vaccinale, à priori oui, le texte ne faisant pas de distinctions entre les postes.

Toutefois, il faut rappeler que le Conseil Constitutionnel ne s'est pas prononcé sur l'obligation vaccinale et n'a donc pas évalué sa proportionnalité, y compris sur ce point.

Toutefois, pour notre organisation syndicale, nous nous souvenons que le Conseil d'État, saisi en référé, avait validé la première version du passe sanitaire, en estimant qu'elle ne contrevenait à aucune liberté fondamentale, dont fait partie la liberté syndicale.

Or, à ce moment là, le passe sanitaire, et à plus forte raison l'obligation vaccinale, n'étaient pas imposés au salarié.e.s. Une mesure de suspension qui aurait pour effet d'empêcher également un représentant syndical d'exercer ses mandats pourrait donc être jugée inconstitutionnelle.

Nous avons soulevé ce point auprès du ministère, qui a mis cette question « en évaluation au sein de son service juridique ».

