

Obligation vaccinale : quid des premiers contentieux ?

À l'aune de l'entrée en vigueur de la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 et de la mise en place progressive de l'obligation vaccinale contre le Covid-19, nombre d'organismes gestionnaires craignent une multiplication de litiges liés à la suspension du contrat de travail des salariés récalcitrants. Qu'en est-il des actions engagées ?

Les employeurs appréhendaient les répercussions de la loi du 5 août 2021 instaurant l'obligation vaccinale et donc de la suspension contractuelle des professionnels qui refusaient de s'y plier. Quatre mois plus tard, cette vague contentieuse a-t-elle eu lieu ? Premier bilan des requêtes.

1 Quels contentieux ?

En matière prud'homale, la grande majorité des requêtes ont été formées en référé. Or, une telle action n'est ouverte que dans deux cas [1] :

- Une demande urgente ne se heurtant à aucune contestation sérieuse ;

- L'existence d'un dommage imminent ou d'un trouble manifestement illicite, c'est-à-dire une « perturbation résultant d'un fait matériel ou juridique qui, directement ou non, constitue une violation évidente de la règle de droit ».

Le juge des référés est le juge de l'évidence : dès lors qu'il y a un doute sur le droit invoqué ou sur l'exactitude des faits, la formation des référés du conseil de prud'hommes (CPH) doit en déduire l'existence d'une contestation sérieuse faisant obstacle à ce qu'il se prononce sur la mesure sollicitée [2]. Il appartient ainsi au salarié d'établir que son action s'inscrit dans l'une ou l'autre de ces hypothèses. À défaut, la formation des référés devra renvoyer le demandeur à mieux se pourvoir devant le juge du fond, ce qui impliquera une procédure plus longue comportant un préalable de conciliation.

Or, il apparaît discutable de considérer que la suspension du contrat de travail notifiée par l'employeur compte tenu du défaut de présentation des justifi-

catifs requis constitue une violation manifeste de la règle de droit ou que la demande de réintégration du salarié ne se heurte à aucune contestation sérieuse... En effet, l'employeur a l'obligation légale de contrôler le respect de l'obligation vaccinale par les salariés placés sous sa responsabilité sous peine de sanctions pénales.

De façon similaire, il existe deux cas de référés administratifs ayant donné lieu à des centaines de requêtes déposées devant les tribunaux administratifs concernant cette obligation vaccinale [3] :

- Un tiers de référé-liberté, qui nécessite une atteinte à « grave et manifestement illégale » à une liberté fondamentale et une urgence qui justifie l'intervention du juge à très brève échéance ;

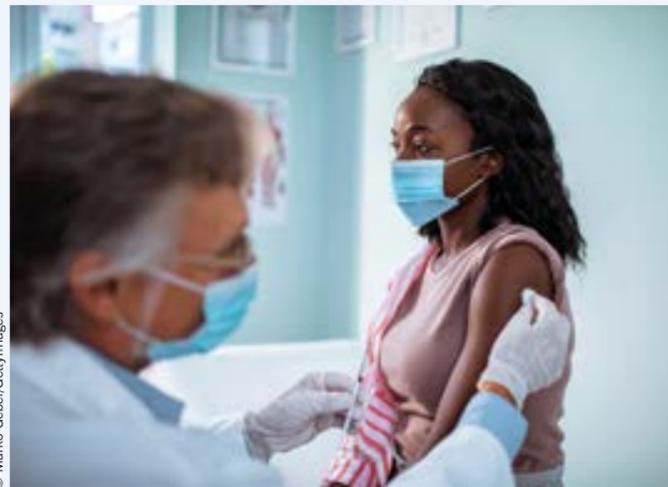
- Deux tiers de référé-suspension, qui exige d'établir une urgence et un « doute sérieux » sur la légalité de la décision attaquée.

L'extrême majorité de ces requêtes administratives a été rejetée, le défaut d'urgence étant une raison principale de rejet [4].

2 Quels arguments soulevés ?

- L'article 14-II de la loi du 5 août 2021 serait contraire à la Constitution

Il n'est pas possible de demander au juge de contrôler la constitutionnalité d'une loi. En revanche, le dépôt d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) est possible à la triple condition que la disposition contestée soit applicable au litige ou à la procédure, qu'elle n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel et que la question présente un caractère sérieux [5]. À ce jour, le Conseil n'a



Des salariés évoquent le fait que les vaccins contre le Covid-19 ne disposeraient d'une AMM. Or, le Conseil d'État a jugé que ceux-ci ne sauraient être regardés comme des médicaments expérimentaux.

pas encore statué sur la constitutionnalité de la suspension du contrat de travail notifiée à compter du 15 septembre 2021 (article 14-II). Cette condition d'ouverture à QPC est donc remplie. Toute la question porte donc sur le caractère sérieux ou non de la QPC posée.

Cependant, il ne relève pas de la compétence du juge des référés de suspendre l'exécution de la loi [6]. S'il décide de transmettre la QPC à la Cour de cassation, il est tenu de surseoir à statuer dans l'attente de la décision.

À ce titre, les CPH de Saint-Brieuc [7] et de Troyes [8] ont décidé de transmettre à la Cour de cassation la question suivante : « La suspension contractuelle est-elle contraire à l'engagement de la France de respecter les conventions internationales, qui interdisent de priver tout travailleur d'une rémunération et d'une protection sociale, notamment par une suspension arbitraire du contrat de travail ? » La décision

de la Cour de transmettre ou non la QPC doit intervenir courant janvier. En cas de transmission, le Conseil constitutionnel aura trois mois pour statuer.

La suspension du contrat notifiée au salarié non soumis à l'obligation vaccinale ne revêt aucun caractère disciplinaire.

Toutefois, la Cour de cassation a déjà jugé que sont inopérants les griefs mettant en cause les atteintes portées par une disposition législative aux droits et libertés garantis par les engagements internationaux de la France [9]. En effet, cela ne relève pas d'un contrôle de conventionnalité appartenant directement aux juges du fond, qui peuvent s'assurer de la conformité de la loi au droit européen et aux engagements internationaux de la France. C'est d'ailleurs sur ce fon-

dement que certaines juridictions ont écarté l'application du « barème » des indemnités prud'homales. À noter que la Cour européenne des droits de l'homme (CDEH) a accepté d'examiner un recours dirigé contre cette obligation vaccinale [10].

- La suspension du contrat serait une sanction disciplinaire illicite

Légalement, « constitue une sanction toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par l'employeur comme fautif » [11]. Or, la suspension contractuelle notifiée au salarié ne satisfaisant pas à son obligation vaccinale ne revêt aucun caractère disciplinaire : il s'agit simplement du respect, par l'employeur, des dispositions de l'article 14 de la loi du 5 août 2021.

- Les AMM des vaccins ne seraient pas valables

Nombre de salariés évoquent le fait qu'aucun vaccin contre le Covid-19 ne disposerait d'une autorisation de mise sur le marché (AMM) telle qu'exigée par le décret n° 2021-699 du 1^{er} juin 2021 modifié. Or, les quatre vaccins autorisés par l'Agence européenne du médicament bénéficient tous d'AMM conditionnelles délivrées entre le 21 décembre 2020 et le 11 mars 2021. Ces décisions ont été données pour un an et les demandes de renouvellement ont bien été formulées. Par ailleurs, le Conseil d'État a jugé

que ces vaccins ne sauraient être regardés comme des médicaments expérimentaux [12].

- La vaccination obligatoire constituerait une violation du consentement et une atteinte à l'intégrité physique

Aux termes de l'article L1111-4 du Code de la santé publique, « aucun acte médical ni aucun traitement ne peuvent être pratiqués sans le consentement libre et éclairé de la personne » [13].

« L'obligation vaccinale ne saurait être regardée comme incohérente et disproportionnée au regard de l'objectif de santé publique poursuivi. »

Certains requérants ont ainsi invoqué le fait que l'obligation vaccinale constituait une violation de ces dispositions. À cet égard, le Conseil d'État a récemment considéré qu'est « inopérant le moyen tiré de ce qu'en imposant une vaccination par des médicaments expérimentaux, la loi du 5 août 2021 porterait atteinte au droit à l'intégrité physique, à la dignité de la personne humaine, au droit à la sécurité et à la vie et au droit de disposer de son corps garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que la convention d'Oslo du 4 avril 1997 pour la protection des droits

de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine ».

Dans le même temps, la Haute juridiction administrative précise qu'« eu égard à l'objectif de santé publique poursuivi et alors même qu'aucune dérogation personnelle à l'obligation de vaccination n'est prévue en dehors des cas de contre-indication, l'obligation vaccinale pesant sur le personnel exerçant dans un établissement de santé, qui ne saurait être regardée comme incohérente et disproportionnée au regard de l'objectif de santé publique poursuivi, ne porte pas d'atteinte grave et manifestement illégale au droit à l'intégrité physique garanti par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » [14].

- L'employeur aurait dû accepter les autotests non supervisés durant la période transitoire

Du 7 août 2021 au 14 septembre 2021 inclus, la loi permettrait aux personnes concernées par l'obligation vaccinale, à titre transitoire, de continuer à exercer leurs fonctions sous réserve de présenter soit un justificatif de schéma vaccinal complet, soit un justificatif médical de contre-indication à la vaccination, soit le résultat d'examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination.

Les examens de dépistage virologique autorisés sont les suivants : un test RT-PCR, un test antigénique, ou un autotest réalisé sous la supervision d'un des professionnels de santé. Le ministère confirme d'ailleurs que « les autotests réalisés sans supervision ne sont en conséquence pas utilisables ».

- La loi créerait une différence de traitement injustifiée entre salariés

Le Conseil constitutionnel considère de façon constante que

« selon l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la loi "doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse". Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit » [15]. Il a d'ailleurs rappelé ce principe dans sa décision n° 2021-824 DC du 5 août 2021 relative à la loi relative à la gestion de la crise sanitaire.

Si des contentieux prud'homaux ont effectivement émergé sur la question de l'obligation vaccinale, leur volume se révèle pour le moment assez faible en proportion du nombre de professionnels soumis à cette obligation. Les positions de la Cour de cassation et du Conseil constitutionnel demeurent toutefois très attendues pour éteindre la braise judiciaire.

Cécile Noël,
avocate, Picard avocats

[1] Code du travail, art. R1455-5 et R1455-6
[2] Cass., soc., 13 avril 2010, n° 08-45.112
[3] Code de justice administrative, art. L521-1 et L521-2
[4] CE, ordonnance n° 456308 du 27 septembre 2021
[5] Ord. n° 58-1067 du 7 novembre 1958, art. 23-2
[6] CE, 25 octobre 2021, n° 456656
[7] Ord. n° 21/00024 du 12 octobre 2021
[8] Ord. n° 21/00027 du 5 octobre 2021
[9] Cass. soc., QPC, 10 octobre 2014, n° 14-40.037
[10] CEDH, 7 octobre 2021, Thevenon c. France, n° 46061/21
[11] C. trav., art. L1331-1
[12] CE, 18 octobre 2021, n° 457216
[13] Jugé en ce sens : TA Dijon, 23 septembre 2021, n° 2102429
[14] CE, 18 octobre 2021, n° 457213
[15] Décision n° 2020-860 QPC du 15 octobre 2020