

## COMMENT CONTESTER LES MESURES LIÉES AU PASSE SANITAIRE OU À L'OBLIGATION VACCINALE ?

La loi du 5 août 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire prévoit une suspension du contrat de travail ou des fonctions si le salarié ne peut présenter un passe sanitaire ou s'il ne se soumet pas à l'obligation vaccinale.

Les voies de contestation sont minces. Elles sont de deux ordres et complémentaires :

- **contester la loi dans son principe**, en ce qu'elle est contraire à des droits et libertés fondamentales garantis par des normes supérieures (droit européen, conventions internationales ; etc.). **L'enjeu est alors de faire juger que la loi du 5 août n'est pas applicable au regard de ces normes supérieures ;**
- contester la loi, non pas en tant que telle, mais en faisant valoir que l'employeur **en fait un usage abusif**.

Ces voies de contestation doivent permettre aux militant·e·s d'**établir un rapport de force, spécifique dans chaque lieu de travail et en fonction du contexte** (salarié isolé ou action collective menée par le syndicat).

Aussi, dans ce contexte inédit où l'aspect protecteur du contrat de travail et du statut général

de la Fonction publique sont radicalement remis en cause par le gouvernement, nous ne pouvons garantir que ces arguments d'opposition à l'application de la loi ou de défense seront forcément suivis ou entendus par les juges (conseil de prud'homme ou tribunal administratif, voire ensuite en appel et en cassation). Il pourrait y avoir des jurisprudences divergentes, des juges du fond résistante·s comme il y en a pour les barèmes Macron. Il faut malheureusement garder à l'esprit qu'à l'heure du libéralisme, la justice de classe reste dominante... et donc bien souvent contre les travailleuse·s.

**N.B. : De manière générale, il faut noter que la loi sur la gestion de la sortie de crise sanitaire malmène autant les droits des salarié·e·s du secteur privé que ceux des agents publics. Ainsi, la procédure de suspension est quasiment identique entre les agents publics et les salarié·e·s du privé. Nous avons donc fait le choix de ne pas distinguer les argumentaires juridiques. Mais attention, en cas de contestation juridique, il faudra s'adresser à des juridictions différentes : au conseil de prud'hommes (CPH) pour les salarié·e·s et au tribunal administratif (TA) pour les agents publics.**

# 1. CONTESTER LES DISPOSITIONS CONTRAIRES AUX TEXTES INTERNATIONAUX ET CONSTITUTIONNELS

Comme toutes les autres lois, celle sur la gestion de la crise sanitaire doit respecter la hiérarchie des normes et ne peut pas être contraire aux textes d'une valeur supérieure, à savoir la Constitution et les textes européens et internationaux, qui garantissent des droits souvent identiques, mais sur des fondements textuels différents. Les argumentaires sont donc assez similaires.

**Pour la CGT, certaines dispositions sont contraires à la Constitution et peuvent être contestées dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC).**

Malgré l'intervention de la CGT et d'autres organisations, le Conseil constitutionnel a validé l'essentiel de la loi. Concernant les relations de travail, seule la disposition relative à la rupture anticipée du CDD a été censurée. La CGT a fortement critiqué cette décision au vu de l'ampleur des atteintes portées aux droits fondamentaux des travailleurs.

**Il n'est plus possible de rediscuter des dispositions validées par le Conseil constitutionnel.**

En revanche, il est toujours possible de contester la constitutionnalité de celles sur lesquelles le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé. Cette contestation ne peut se faire que par une QPC qui peut être posée à l'occasion d'un contentieux portant sur l'application de la loi, devant n'importe quelle juridiction (CPH, TA, tribunal judiciaire...).

**Cette possibilité est toutefois très limitée pour deux raisons :**

- d'une part, **les points n'ayant pas été validés par le Conseil constitutionnel sont peu nombreux.** Certaines dispositions relatives à l'obligation vaccinale, notamment l'obligation à compter du 15 septembre et la procédure de suspension (articles 12 et 13 et l'article 14 à compter du 15 septembre) n'ont pas été décl-

rées conformes. En revanche, **concernant l'obligation du passe sanitaire, l'essentiel des dispositions ont été déclarées conformes à la Constitution ;**

- d'autre part, au-delà du fait qu'il est peu probable qu'il censure des dispositions d'une loi déjà soumise à son contrôle, **le Conseil constitutionnel adopte généralement une position très libérale favorable au gouvernement.**

**Pour la CGT, certaines dispositions sont contraires au droit international et européen.**

Les juges saisis de contentieux sur des questions liées au passe sanitaire ou à l'obligation vaccinale restent compétents pour vérifier la conformité de la loi au droit international et européen. En cas de non-conformité, le juge ne pourra pas appliquer la loi.

Parmi les droits et libertés garantis par les textes internationaux, nous considérons que la loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire est contraire aux principes suivants :

- **le droit à l'emploi<sup>1</sup>** est remis en cause puisque le passe et l'obligation vaccinale peuvent devenir un critère de recrutement, peuvent empêcher les travailleurs de se déplacer sur leur lieu de travail et enfin cela peut aboutir à une véritable perte d'emploi et de rémunération ;
- **l'interdiction des discriminations et le principe d'égalité de traitement<sup>2</sup> :** suspendre ou rompre le contrat d'une travailleuse pour non-présentation du passe sanitaire ou du justificatif de la vaccination (pour celles et ceux soumises à l'obligation vaccinale) revient à prononcer une sanction discriminatoire en raison de l'état de santé et d'éléments de nature médicale. Il peut aussi en résulter une inégalité de traitement en raison du territoire, puisque les travailleuses n'ont pas un égal accès aux tests ou à la vaccination selon leur lieu de résidence ou de travail ;

1. Article 1<sup>er</sup> de la Charte sociale européenne.

2. Au niveau international, l'égalité en droit et l'interdiction de discrimination sont consacrées par l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 20 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ou encore la convention n° 111 de l'Organisation internationale du travail. Ces normes peuvent utilement être invoquées devant les juges nationaux.

- **le respect de la vie privée et familiale**<sup>3</sup>: en ce qu'elles imposent aux travailleuses de communiquer à leur employeur des informations de nature médicale, les dispositions portent une atteinte disproportionnée au droit au respect de leur vie privée;
- **le secret médical**<sup>4</sup>;
- **le respect des droits de la défense**<sup>5</sup>: la suspension du contrat constitue une sanction disciplinaire à peine déguisée puisqu'elle entraîne de manière automatique et immédiate la suspension du versement du salaire. Le ou la salariée ou l'agent-e ne peut donc pas exercer ses droits à la défense, notamment l'impossibilité de faire des observations écrites ou orales avant la sanction;
- **le droit de participation des travailleur-se-s par l'intermédiaire de leurs représentant-es**:

il est important de rappeler que ni la loi ni les décrets n'ont été soumis aux organismes consultatifs des organisations syndicales, en particulier le Conseil commun de la fonction publique n'a pas été saisi. Or le Conseil d'État dans son avis consultatif a souligné cette irrégularité très grave qui porte atteinte à une garantie des agents publics.

**Tous ces arguments permettront sans doute de soulever la nullité du licenciement.** Quel que soit le motif invoqué par l'employeur, s'il est en lien avec le passe sanitaire ou l'obligation vaccinale, nous pensons que le licenciement est nul pour au moins deux raisons:

- discriminatoire en raison de l'état de santé;
- atteinte aux droits fondamentaux (respect de la vie privée, droits de la défense...).

## 2. CONTESTER LA MISE EN ŒUVRE ABUSIVE DE MESURES PAR L'EMPLOYEUR

Si le ou la juge saisi-e d'un contentieux sur les dispositions relatives à la loi de gestion de sortie de crise sanitaire refuse de considérer que cette loi est contraire, en son principe, aux droits et libertés garantis par les normes supérieures, il est toujours possible de critiquer leur mise en œuvre abusive par

l'employeur. **Les pistes argumentaires développées ici peuvent également servir avant tout contentieux, pour instaurer un rapport de force avec l'employeur** et le contraindre à cesser la mise en œuvre des mesures qu'il envisage.

### a. Contester par le syndicat les mesures collectives abusives

En fonction du contexte de travail et du rapport de force, il est tout à fait possible d'envisager des actions juridiques collectives par l'intermédiaire du syndicat, afin de moins exposer les salariées.

Il faut d'ailleurs à ce sujet souligner l'utilité **de poser la grève en assemblée générale avec les travailleur-se-s**. En effet, cela peut permettre d'éviter d'éventuelles poursuites disciplinaires et cela permet évidemment d'exprimer des revendications telle que par exemple le report de l'obligation vaccinale.

Si les statuts du syndicat le permettent, il peut attaquer les éventuelles notes de service, modifications du règlement intérieur ou les circulaires d'applica-

tions qui seraient illégales ou abusives édictées par l'employeur (privé ou public). La contestation pourra se faire devant le tribunal judiciaire ou tribunal administratif en référé avec le même type d'argumentaire.

Ainsi, par exemple, le syndicat CGT des territoriaux de Nîmes a gagné au tribunal administratif contre une note de service du maire qui imposait le passe sanitaire à tou-te-s les agent-es municipaux-les en toute illégalité.

Autres exemples: l'instauration d'une prime aux vacciné-es ou l'envoi d'un questionnaire de santé qui pourraient être jugés discriminatoires et portant atteinte au principe d'égalité.

3. Article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

4. Article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

5. Article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. La difficulté sera de savoir si cet article sera applicable à une procédure disciplinaire, dans le cadre de l'emploi.

## b. Contester la demande de présentation du passe sanitaire alors que l'entreprise n'y est pas soumise

Nous constatons malheureusement que **de nombreux employeurs**, pris d'un zèle soudain sur les questions de santé et sécurité, **tentent d'imposer le passe sanitaire à leurs travailleur-se-s alors que leur entreprise n'y est pas soumise**, n'étant pas dans les activités listées par la loi de gestion de sortie de crise sanitaire (voir le [Questions/Réponses](#): Mon entreprise/établissement est-elle/il concernée par l'obligation de présentation du passe sanitaire?).

Or, **un employeur a l'interdiction d'imposer le passe sanitaire à ses salarié-e-s alors qu'il n'y est pas obligé, sous peine d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.**

Par ailleurs, dans cette hypothèse, toute mesure prise par l'employeur en réaction au refus d'une travailleuse de présenter son passe sanitaire (refus d'accès au site, suspension voire rupture du contrat de travail) serait nécessairement nulle car discrimi-

natoire. Il s'agirait en effet d'imposer aux travailleur-se-s de communiquer des éléments liés à leur état de santé en dehors de tout cadre légal.

Il est alors tout à fait possible de **faire appel à l'Inspection du travail**, habilitée à faire un rappel à l'employeur du cadre légal des mesures de présentation du passe sanitaire et, le cas échéant, de signaler au parquet cette infraction commise par l'employeur.

Par exemple, l'employeur responsable d'un établissement où le passe sanitaire n'est pas exigé mais dont l'activité nécessite l'utilisation régulière de transports soumis à la détention du passe (tels que le TGV ou l'avion) ou l'accès aux restaurants, ne peut pas contrôler le passe sanitaire de ses salarié-e-s. Ce sont les responsables des transports ou des lieux visités qui contrôlent le passe sanitaire des salarié-e-s.

## c. Contester la demande de justifier d'autres éléments que ceux prévus par la loi

La loi exige un certain nombre de justificatifs possibles pour justifier de son passe sanitaire ou de son obligation vaccinale (test PCR de moins de 72 heures, ou un justificatif de statut vaccinal ou un certificat de rétablissement). **L'employeur ne peut donc pas demander d'autres docu-**

**ments qui ne seraient pas prévus par la loi**, par exemple une attestation sur l'honneur.

De plus, pour rappel, seules les forces de l'ordre peuvent demander les papiers d'identité.

## d. Contester la suspension du contrat de travail et les autres sanctions

Concernant l'obligation de présenter son passe sanitaire, (pour les concerné-e-s, voir les mesures d'application de la loi sanitaire [ici](#)), la loi impose formellement à l'employeur de « notifier » au ou à la travailleuse la suspension de son contrat de travail le jour même où il ou elle ne s'y soumet pas. Néanmoins, **l'employeur dispose en pratique d'une marge de manœuvre dans la mise en œuvre de la suspension, qui peut alors être jugée abusive:**

- lorsque **l'employeur utilise ce pouvoir de façon discrétionnaire**, en choisissant de l'utiliser ou non au gré des salarié-e-s concerné-e-s et des postes occupés, ou par exemple lorsque l'employeur n'exige le passe qu'aux représentant-e-s syndicaux-les et pas aux autres travailleur-se-s!

- lorsque **l'employeur refuse de manière injustifiée la demande du ou de la salarié-e de poser des jours de repos conventionnels ou de congés payés;**
- lorsque **l'employeur refuse toute autre solution alternative qui serait en pratique possible et qui n'entraînerait aucune conséquence néfaste pour l'entreprise ou le service** (télétravail, affectation sur un autre poste...), la loi indiquant expressément qu'au bout de trois jours de suspension, l'employeur doit examiner avec le ou la salarié-e les moyens de régulariser sa situation – notamment les possibilités d'affectation sur un autre poste;
- enfin, **la suspension ou sanction à l'égard du ou de la travailleur-se en arrêt maladie ou en congé maternité doit nécessairement**

**être considérée comme abusive**, car sans lien avec l'objet de la loi qui vise à limiter la propagation du virus, puisque le ou la travailleur-se n'est pas présent-e dans l'entreprise ou l'établissement (voir le [Questions/Réponses](#) sur le site [cgt.fr](http://cgt.fr)).

Concernant l'obligation vaccinale pour certain-es travailleuse-s (pour les concerné-es, voir les mesures d'application de la loi sanitaire [ici](#)), la suspension ou toute autre sanction prise par l'employeur à l'encontre de celui ou celle qui ne s'y soumet pas peut être considérée comme abusive dans les mêmes cas.

## e. Contester le licenciement ou l'exclusion de fonctions

Lors des débats parlementaires, a finalement été abandonnée la proposition de faire de la non-présentation du passe sanitaire un motif de licenciement en tant que tel. **Le licenciement doit donc être justifié par un autre motif.**

**Absence de cause réelle et sérieuse du licenciement :** la non-présentation du passe sanitaire (ou obligation vaccinale) n'étant pas en soi un motif de licenciement, l'employeur devra le justifier par un des motifs suivants, tous contestables :

- licenciement disciplinaire : cela supposerait que le ou la salarié-e a commis une faute, ce qui n'est pas évident. Il faut rechercher si le ou la salarié-e a pu avoir accès au vaccin ou aux tests ou s'il ou elle connaît des difficultés, si le placement en télétravail ou toute autre organisation du travail était possible... Plus généralement, si l'employeur a tout mis en œuvre pour régulariser la situation et rechercher une nouvelle affectation ;
- licenciement pour trouble objectif au fonctionnement de l'entreprise : ce motif de licenciement, rattaché à la vie personnelle du ou de la salarié-e, supposerait que l'employeur soit en mesure d'établir que le comportement du ou de la salarié-e, « *compte tenu de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise* », a un impact négatif sur l'entreprise ;
- licenciement pour absence prolongée nécessitant le remplacement définitif du ou de la

salarié-e suspendu-e : auquel cas, il revient à l'employeur de démontrer que le licenciement du ou de la salarié-e est motivé « *non par l'état de santé du ou de la salarié-e, mais par la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par l'absence prolongée ou les absences répétées du ou de la salarié-e* ».

**Pour les agent-es public-que-s**, la loi fort heureusement ne prévoit pas la possibilité d'exclure définitivement un-e agente public-que qui refuserait de se soumettre à l'obligation vaccinale ou qui refuserait de présenter son passe sanitaire.

Cependant il est tout à fait possible que des employeurs publics en profitent tout de même pour sanctionner des agent-es. En tout état de cause, si des sanctions disciplinaires devaient être prises contre des agent-es n'ayant pas présenté leur passe ou leur schéma vaccinal, il faut rappeler que **ces dernier-ère-s doivent absolument être assisté-e-s, accompagné-e-s et soutenu-e-s**. Il sera alors possible de soulever la nullité de ces sanctions pour motif discriminatoire en raison de l'état de santé et atteinte aux droits fondamentaux (respect de la vie privée, droits de la défense...). De plus, il sera aussi possible de soulever que de telles sanctions extrêmes telles que **la radiation ou l'exclusion sont totalement disproportionnées** puisque cela signifie la perte totale du statut de la Fonction publique.