



RAPPORT DE M. CHIRON, CONSEILLER RÉFÉRENDAIRE

Arrêt n° 292 du 13 mars 2024 (B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 22-20.468

Décision attaquée : Cour d'appel de Montpellier du 22 juin 2022

Mme [B] [Y]

C/

l'association ADMR Pays Héraultais

AVIS : Ce rapport contient un avis sur le fondement de l'article 16 du code de procédure civile sur l'absence potentielle de rattachement du litige au principal à une situation dans laquelle le droit de l'Union est mis en œuvre, au sens de l'article 51, paragraphe 1, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

1 - Rappel des faits et de la procédure

Mme [Y] a été engagée en qualité d'agent à domicile le 1^{er} mars 2010 par l'association du service à domicile (ADMR).

Par lettre du 30 août 2021 remise en main propre, l'employeur a :

- d'une part, relevé que la salariée ne lui avait pas fourni les documents justificatifs prévus par le décret n°2021-1059 du 7 août 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire, qu'il était contraint de suspendre son contrat de travail jusqu'à régularisation de sa situation ou jusqu'à la fin de la période d'obligation vaccinale et que de ce fait sa rémunération serait suspendue,
- d'autre part, convoqué la salariée à un entretien fixé le 6 septembre 2021 afin de faire un point sur la situation.

Par courrier du 15 septembre 2021, l'employeur a notifié à la salariée la suspension de son contrat de travail et partant de sa rémunération jusqu'à régularisation de sa situation ou jusqu'à la fin de la période d'obligation vaccinale et l'a convoquée à un entretien fixé au 23 septembre suivant « pour trouver la meilleure solution possible ».

La salariée a saisi la juridiction prud'homale statuant en référé de demandes en annulation de cette décision et de rappel de salaires.

Par ordonnance du 16 décembre 2021, le conseil de prud'hommes de Montpellier, statuant en référé, a :

- dit qu'il y avait lieu à référé
- rejeté l'ensemble des demandes de la salariée
- rejeté la demande de l'employeur au titre de l'article 700 du code de procédure Civile,
- condamné la salariée aux entiers dépens.

La cour d'appel de Montpellier, statuant par arrêt du 22 juin 2022, a :

- confirmé cette ordonnance en toutes ses dispositions ;

Y ajoutant,

- s'est déclarée compétente pour juger de la conventionnalité de l'article 12 de la loi n°2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire ;
- a débouté la salariée de ses demandes ;
- a dit n'y avoir lieu à application de l'article 700 du Code de procédure civile ;
- a condamné la salariée aux entiers dépens de l'instance de référé.

C'est l'arrêt attaqué.

Procédure devant la cour de cassation:

- Déclaration de pourvoi du 22 août 2022
- Mémoire ampliatif déposé le 22 décembre 2022, signifié le même jour (demande sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile: 3 500 euros)
- Mémoire en défense déposé le 22 février 2023, signifié le même jour (demande sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile: 3 000 euros)

La procédure semble régulière.

2 - Analyse succincte des moyens

La salariée fait grief à l'arrêt, par un premier moyen, de rejeter ses demandes tendant à annuler la décision de suspension du contrat de travail du 15 septembre

2021, enjoindre à l'employeur à devoir l'affecter à des missions auprès de bénéficiaires de droit commun 75 heures par mois et à lui payer le salaire y afférent, sous astreinte et condamner l'employeur à lui payer des sommes à titre de rappel de salaire pour la période du 15 septembre 2021 au 20 avril 2022, outre l'indemnité compensatrice de congés payés y afférents, et de provision sur dommages et intérêts pour suspension abusive et non-paiement du salaire, alors :

1°/ que la formation de référé peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent pour prévenir un dommage imminent ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite ; que la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire dispose, en son article 12, que " doivent être vaccinés, sauf contre-indication médicale reconnue, contre la covid-19 : 1° les personnes exerçant leur activité dans : (...) k) les établissements et services sociaux et médico-sociaux mentionnés aux 2°, 3°, 5°, 6°, 7°, 9° et 12° du I de l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles, à l'exception des travailleurs handicapés accompagnés dans le cadre d'un contrat de soutien et d'aide par le travail mentionné au dernier alinéa de l'article L. 311-4 du même code " ; qu'il s'ensuit que constitue un trouble manifestement illicite la suspension du contrat de travail prononcée sur le fondement de la disposition susvisée à l'encontre d'un salarié d'un établissement ou service social ou médico-social visé par l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles lorsque celui-ci n'exerce pas son activité au sein de l'établissement ou du service et qu'il déploie son industrie directement auprès de patients ou clients de l'entreprise, à leur domicile ; que, pour débouter Mme [C] de ses demandes, la cour d'appel a retenu, d'une part, qu'elle est salariée d'un service associatif de services à la personne intervenant au domicile de personnes nécessitant une assistance dans les actes quotidiens de la vie, donc d'un établissement ou d'un service social ou médico-social au sens des dispositions de l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles, d'autre part, que l'obligation vaccinale s'applique à l'ensemble du personnel des services d'aide à domicile auprès des personnes âgées sans opérer de distinction selon les fonctions occupées ou les bénéficiaires des interventions, de sorte que l'intéressée était soumise à l'obligation vaccinale régie par l'article 12 I, 1°, k) de la loi n° 20211040 du 5 août 2021 ; qu'en statuant ainsi, cependant que **l'article 12 I, 1°, k) de la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 n'impose l'obligation vaccinale qu'aux personnes exerçant leur activité dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux susvisés et qu'elle constatait que Mme [C] avait été embauchée par l'association ADMR Pays Héraultais en qualité d'agent à domicile, ce dont il résultait qu'elle n'exerçait pas son activité au sein de l'établissement géré par l'employeur, mais à l'extérieur de celui-ci, au domicile de clients de l'association, en conséquence de quoi elle n'était pas concernée par ladite obligation vaccinale, et ce, peu important la qualification de l'employeur d'établissement ou de service social ou médico-social au sens des dispositions de l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles, la cour d'appel a violé les articles 12 et 14 de la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire, ensemble l'article R. 1455-6 du code du travail** ;

2°/ subsidiairement, que l'exposante - qui rappelait que l'article 12 I, 1°, k) de la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 n'impose l'obligation vaccinale que pour les personnes exerçant leur activité dans les établissements visés par le texte - faisait

expressément valoir qu'elle n'exerce pas son activité dans l'établissement de l'association ADMR et que son travail consiste à faire le ménage au domicile de clients de l'association (cf. conclusions d'appel p. 6, § 7 et s.), ce que l'employeur reconnaissait expressément (cf. ses conclusions d'appel p. 2, § 4 et 8 ; pp. 6 et 7) ; **qu'en s'abstenant de rechercher si la salariée n'exerçait pas son activité à l'extérieur de l'établissement géré par l'employeur et si, en conséquence, elle n'était pas exclue du périmètre de l'obligation vaccinale édictée par l'article 12 I, 1°, k) de la loi n° 20211040 du 5 août 2021, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 12 et 14 de la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire, ensemble l'article R. 1455-6 du code du travail.**

Dans un second moyen, subsidiaire, la salariée fait grief à l'arrêt de rejeter ses demandes tendant à annuler la décision de suspension du contrat de travail du 15 septembre 2021, enjoindre à l'employeur à devoir l'affecter à des missions auprès de bénéficiaires de droit commun 75 heures par mois et à lui payer le salaire y afférent, sous astreinte et condamner l'employeur à lui payer des sommes à titre de rappel de salaire pour la période du 15 septembre 2021 au 20 avril 2022, outre l'indemnité compensatrice de congés payés y afférents, et de provision sur dommages et intérêts pour suspension abusive et non-paiement du salaire, alors « qu'est manifestement disproportionnée et excessive l'atteinte portée à l'article 3 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et à l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par les articles 12 et 14 de la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire, en ce qu'ils prescrivent une obligation de vaccination dont la transgression justifie la suspension unilatérale du contrat de travail par l'employeur, avec suspension intégrale du traitement, et sans que cette suspension soit assortie d'une limite temporelle ; qu'en décidant, au contraire, qu'en dépit de l'ingérence caractérisée de l'autorité publique dans le droit au respect de la vie privée, cette ingérence constituait une mesure nécessaire à la protection de la santé et constituait un motif légitime de protection de la santé, en sorte que l'atteinte portée aux droits de la salariée n'apparaissait pas disproportionnée par rapport au but recherché, cependant que l'application des dispositions législatives susvisées emportait suspension du contrat de travail et suspension de l'intégralité de sa rémunération, et ce, pour une durée indéterminée, **la cour d'appel a violé l'article 3 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.** »

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

1 - Champ d'application de l'obligation vaccinale résultant de la loi n°2021-1040 du 5 août 2021

2 - Proportionnalité de la suspension du contrat de travail pour défaut de respect de l'obligation vaccinale résultant de la loi n°2021-1040 du 5 août 2021 aux droits fondamentaux reconnus :

- par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
- par l'article 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4.1 - Pouvoirs du conseil de prud'hommes statuant en référés	5
4.2 - Champ d'application de l'obligation vaccinale prévue par l'article 12 de la loi n°2021-1040 du 5 août 2021	7
4.3 - Compatibilité et proportionnalité de la suspension des personnels n'ayant pas respecté l'obligation vaccinale avec les droits fondamentaux	13
4.3.1 - Présentation du dispositif de suspension des personnels concernés par l'obligation vaccinale.....	13
4.3.2 - Droits reconnus par l'article 3 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales	16
4.3.2.1 - Le droit au respect de la vie privée et familiale et droit au respect effectif de l'intégrité physique et morale dans la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales	16
4.3.2.2 - Le droit à l'intégrité physique garanti par l'article 3 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.....	28
4.3.3 - Doctrine et jurisprudence relatives à la compatibilité des dispositions de la loi du 5 août 2021 avec les droits fondamentaux	31

4.1 - Pouvoirs du conseil de prud'hommes statuant en référés

L'article R.1455-6 du code du travail énonce que la formation de référé peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent pour prévenir un dommage imminent ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

Ce texte constitue l'équivalent, pour la formation de référés du conseil de prud'hommes, de l'article 835, alinéa 1er du code de procédure civile dans sa version issue du décret n°2019-1333 du 11 décembre 2019 et de l'ancien article 809, s'agissant des pouvoirs du président du tribunal judiciaire (anciennement tribunal de grande instance) statuant en référé.

Le trouble manifestement illicite a été défini par des auteurs comme « *toute perturbation résultant d'un fait matériel ou juridique qui, directement ou indirectement, constitue une violation évidente de la règle de droit* » (H. Solus et R. Perrot, préc. n° 1289, cité par [Xavier Vuitton, JurisClasseur Procédure civile - Fasc. 1200-95 : RÉFÉRÉS. – Conditions générales des pouvoirs du juge des référés . – Fonctions du juge des référés, §60](#)).

Comme le rappelle expressément le texte de l'article 835 du code de procédure civile, comme celui de l'article R.1455-6 du code du travail, l'existence d'une contestation sérieuse ne fait pas obstacle au pouvoir du juge des référés de prescrire les mesures propres à faire cesser un trouble manifestement illicite ou

prévenir un dommage imminent (2e Civ., 25 février 1987, pourvoi n° 85-16.493, Bulletin 1987 II N° 55, 1re Civ., 6 juillet 2005, pourvoi n° 03-10.765, Bull. 2005, I, n° 306, s'agissant de l'ancien article 809 du code de procédure civile, et pour une application en matière prud'homale: Soc., 23 octobre 2007, pourvoi n° 06-44.438, Bull. 2007, V, n° 174).

Selon X. Vuitton (op. cit, §60), « *le trouble consiste dans un acte ou une abstention s'inscrivant en méconnaissance de l'ordre juridique établi, qu'il faut faire cesser sans délai puisqu'il est inadmissible pour constituer une illicéité manifeste. C'est cette évidence de l'illicéité qui permet de l'autoriser à prendre des mesures d'anticipation de ce que les juges du fond décideront certainement.* »

Ainsi, s'il n'est pas nécessaire que le trouble présente une gravité exceptionnelle (1re Civ., 21 juillet 1987, pourvoi n° 85-15.044, Bulletin 1987 I N° 236), ou résulte d'une violation de la loi pénale, en revanche, un tel trouble ne peut résulter de l'atteinte prétendue à un texte inapplicable à la situation (s'agissant d'une personne morale se prévalant de la protection de sa vie privée, 1re Civ., 17 mars 2016, pourvoi n° 15-14.072, Bull. 2016, I, n° 67). De même une décision respectant les règles légales (2e Civ., 25 juin 2009, pourvoi n° 08-18.259, Bull. 2009, II, n° 175), ou une action qui n'était interdite par aucune disposition légale ou réglementaire (2e Civ., 29 mars 2006, pourvoi n° 05-13.728, Bull. 2006, II, n° 95) ne peuvent présenter un caractère manifestement illicite.

Ainsi, lorsque les conditions d'application d'un texte ne sont pas réunies,

Si la caractérisation de l'existence d'un trouble relève du pouvoir souverain des juges du fond, la cour de cassation exerce un contrôle léger sur le caractère illicite et manifeste de ce trouble (Ass. plén., 28 juin 1996, pourvoi n° 94-15.935, Bulletin 1996 A P N° 6).

Pour des exemples récents d'application de ce contrôle par la chambre sociale :

Soc., 7 juillet 2021, pourvoi n° 19-26.123, 19-26.124, 19-26.125, 19-26.127, 19-26.129

15. Selon l'article R. 1455-6 du code du travail, la formation de référé peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent pour prévenir un dommage imminent ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite .

16. Après avoir constaté que, par ordonnances du 22 septembre 2015 devenues définitives, la formation de référé du conseil de prud'hommes avait ordonné la reprise par la société Checkport France des contrats de travail des salariés affectés à l'exécution du marché Fedex à compter du 15 mars 2015, la cour d'appel a relevé que la société, qui avait exécuté ces décisions, avait rompu le contrat de travail des intéressés le 1er octobre 2018 en se fondant sur l'arrêt rendu le 7 septembre 2018 dans le cadre du contentieux collectif et sans respecter les prescriptions imposées par les articles L. 1232-1 à L. 1232-6 du code du travail.

17. Elle a pu en déduire que la rupture des contrats de travail en dehors de toute procédure de licenciement, alors qu'aucune nouvelle décision de justice n'avait remis en cause au fond l'existence du transfert d'une entité économique autonome, constituait un trouble manifestement illicite qu'il convenait de faire cesser et a apprécié les mesures qui s'imposaient en mettant à la charge de la société Checkport sûreté, à titre provisionnel, des sommes dont elle a souverainement fixé le montant.

Dès lors qu'un trouble manifestement illicite est caractérisé, les juges du fond apprécient souverainement le choix de la mesure propre à faire cesser un trouble manifestement illicite (2e Civ., 12 février 2004, pourvoi n° 01-17.632, Bulletin civil 2004, II, n° 65), à condition toutefois qu'elles soient de nature à mettre fin au trouble et n'aient pas un autre but (2e Civ., 30 avril 2009, pourvoi n° 08-16.493).

4.2 - Champ d'application de l'obligation vaccinale prévue par l'article 12 de la loi n°2021-1040 du 5 août 2021

Aux termes de l'article 12 de la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire (dans sa rédaction initiale, applicable au litige, et en vigueur du 7 août 2021 au 12 novembre 2021, antérieure à celle issue de la loi n°2021-1465 du 10 novembre 2021):

« I. - Doivent être vaccinés, sauf contre-indication médicale reconnue, contre la covid-19:

1° Les personnes exerçant leur activité dans :

(...)

k) Les établissements et services sociaux et médico-sociaux mentionnés aux 2°, 3°, 5°, 6°, 7°, 9° et 12° du I de l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles, à l'exception des travailleurs handicapés accompagnés dans le cadre d'un contrat de soutien et d'aide par le travail mentionné au dernier alinéa de l'article L. 311-4 du même code ;

(...);

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

(...)

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

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

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

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

Il est à noter que ce texte a été modifié successivement:

- par la loi n°2021-1465 du 10 novembre 2021

- et par la loi n°2022-1089 du 30 juillet 2022.

Outre des changements des catégories d'établissements concernés par la vaccination obligatoire, ces lois ont modifié la rédaction du IV de ce texte, en prévoyant à compter du 1^{er} août 2022, la rédaction suivante :

« IV.-Lorsque, au regard de l'évolution de la situation épidémiologique ou des connaissances médicales et scientifiques, telles que constatées par la Haute Autorité de santé, l'obligation prévue au I n'est plus justifiée, celle-ci est suspendue par décret, pour tout ou partie des catégories de personnes mentionnées au même I.

La Haute Autorité de santé évalue les éléments mentionnés au premier alinéa du présent IV de sa propre initiative ou sur saisine du ministre chargé de la santé, du Comité de contrôle et de liaison covid-19 prévu au VIII de l'article 11 de la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions ou de la commission permanente chargée des affaires sociales de l'Assemblée nationale ou du Sénat. »

Selon l'article L.312-2, I, 6° du code de l'action sociale et des familles, sont des établissements et services sociaux et médico-sociaux, au sens du présent code, les établissements et les services qui accueillent des personnes âgées ou qui leur apportent à domicile une assistance dans les actes quotidiens de la vie, des prestations de soins ou une aide à l'insertion sociale.

Il est possible de comprendre le terme d'établissement au sens du 1° de l'article 12 précité sous deux acceptations, l'une organique, visant l'ensemble du personnel de l'établissement quel que soit le lieu d'exercice de leur emploi, et l'autre géographique, englobant uniquement les salariés travaillant au sein d'un établissement au sens physique du terme.

Selon les [conclusions](#) de la rapporteure publique Cécile Barrois de Sarigny sur les arrêts du 2 mars 2022 du Conseil d'Etat, « *aucun de ces deux critères n'est entièrement satisfaisant. Le premier parce qu'il peut écarter de l'obligation des agents qui bien que ne relevant pas de l'autorité d'un établissement hospitalier y travaillent et sont ainsi nécessaires au fonctionnement de ce dernier ou inclure sans discernement dans le champ de l'obligation tout agent hospitalier, y compris lorsqu'il est mis à disposition d'une autre structure. Le second parce qu'il conduit à prendre appui sur le concept d'établissement au sens physique du terme qu'il est malaisé de définir.* »

La nécessité de procéder à une analyse distincte entre la liste des établissements et services visés au I de l'article 12, relative aux personnes exerçant dans certains locaux; et II relatifs aux personnes pratiquant certaines activités, a été relevé par la doctrine (v. en ce sens l'article du Pr [Dominique Turpin, L'obligation vaccinale, RFDA 2023, 319](#), distinguant l'application *ratione loci* ou *ratione personae*)

Il résulte des **travaux parlementaires** que le législateur a entendu intégrer au titre du k) de l'article 12, I, 1° précité les services d'aide et d'accompagnement à domicile des personnes âgées (SAAD), ce dont il s'infère que l'obligation vaccinale les concernant doit être comprise *ratione loci*, à raison du travail au sein de ces services et établissements, considérés en tant qu'entité, et non à raison de la profession exercée par les salariés, le législateur se déterminant à raison des interactions professionnelles de personnels exposées au risque de contamination ou pouvant contaminer autrui en raison de la communauté de travail qu'elles forment.

Ainsi, selon l'exposé des motifs, « l'obligation de vaccination sera en particulier applicable aux personnes exerçant leurs activités dans les établissements et services de santé et médico-sociaux et dans divers types de logements collectifs pour personnes âgées ou personnes handicapées, ainsi qu'aux personnels de santé

exerçant hors de ces établissements et services, aux professionnels employés à domicile pour des attributaires de l'allocation personnalisée d'autonomie (APA) ou de la prestation de compensation du handicap (PCH), aux personnels des services d'incendie et de secours (SDIS), aux membres des associations agréées de sécurité civile ainsi qu'aux personnes exerçant des activités de transport sanitaire. »

L'étude d'impact, listant l'ensemble des établissements concernés, mentionne expressément en page 60 dans la liste des établissements et services médico-sociaux mentionnés au 6° de l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles les services d'aide et d'accompagnement à domicile des personnes âgées ou SAAD.

Le rapport établi par M. Jean-Pierre Pont au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale relève en outre les éléments suivants:

- « il est possible de relever que cette obligation s'appliquera :
- **au regard du lieu d'exercice** de l'activité professionnelle, à savoir **les établissements de santé, sociaux ou médico-sociaux** ;
 - au regard de l'activité professionnelle exercée :
 - professionnels de santé, professions de santé réglementée, élèves et étudiants à ces professions et personnes travaillant dans les mêmes locaux ; salariés à domicile travaillant auprès de personnes en perte d'autonomie ou en situation de handicap ;
 - personnes concourant à la sécurité civile (notamment les pompiers) ;
 - personnes assurant le transport sanitaire ou médicalement pris en charge
 - prestataire de services et fournisseurs de matériels favorisant le retour à l'autonomie.

Ainsi, **l'obligation de vaccination contre la covid-19 prévue par le projet de loi, qui s'inscrit dans la lignée de l'obligation figurant actuellement à l'article L. 3111-4 du CSP, repose sur une logique similaire, à savoir l'interaction professionnelle** : les personnes qui, compte tenu de leur activité et de la communauté de travail qu'elles forment, sont exposées au risque de contamination ou peuvent exposer autrui, se trouvent dans le champ de l'obligation proposée.

La cohérence du champ d'application retenu a d'ailleurs été relevé par le Conseil d'État, qui souligne dans son avis que « la liste des personnes établie par le projet de loi est suffisamment précise, repose sur un critère objectif en rapport avec l'objet du projet de loi et n'est pas manifestement inappropriée à l'objectif de protection de la santé poursuivi. »

L'interprétation donnée par l'administration dans un [document](#) établi le 11 août 2021 (« DGS - Urgent n°2021-80 ») et intitulé: « Mise en oeuvre de l'obligation vaccinale et du passe sanitaire dans les établissements de santé, sociaux et médico-sociaux », (p:15) va dans le même sens: « Sont concernées par l'obligation vaccinale, les personnes **exerçant dans les structures suivantes** : (...)
Dans le champ social et médico social : (...)

- les établissements et services qui accueillent des personnes âgées ou leur apportent une aide à domicile (EHPAD, PUV, RA, USLD, SSIAD, SPASAD, **SAAD**, centres d'accueil de jour) ; (...) ». Ce même document indique que « Cette obligation est en particulier applicable à toutes les personnes exerçant leurs activités dans les

établissements et services de santé, les établissements sociaux et médico-sociaux, divers types de logements collectifs pour personnes âgées ou personnes handicapées mais aussi aux professionnels libéraux conventionnés ou non. Il en est de même pour les salariés travaillant dans les mêmes locaux que les professionnels de santé libéraux. L'obligation vaccinale concerne ***tant les personnels soignants que les personnels administratifs et techniques exerçant dans ces établissements et services, qu'ils soient employés directement ou non par ces établissements et services.*** » (page 3).

Le juge des référés du Conseil d'Etat, interprétant ces dispositions en ce qu'ils concernent les établissements de santé de droit public ¹, notamment le service public hospitalier, a retenu la même interprétation en précisant:

- que l'article 12 de la loi du 5 août 2021 a défini le champ de l'obligation de vaccination contre la covid-19 en retenant, notamment, un critère géographique pour y inclure les personnes exerçant leur activité dans un certain nombre d'établissements, principalement les établissements de santé et des établissements sociaux et médico-sociaux, ainsi qu'un critère professionnel pour y inclure les professionnels de santé afin, à la fois, de protéger les personnes accueillies par ces établissements qui présentent une vulnérabilité particulière au virus de la covid-19 et d'éviter la propagation du virus par les professionnels de la santé dans l'exercice de leur activité qui, par nature, peut les conduire à soigner des personnes vulnérables ou ayant de telles personnes dans leur entourage ([Conseil d'Etat, juge des référés, 18 octobre 2021, n°457.213, Inédit](#), et [n°457.216, Inédit](#))

- que ces dispositions s'appliquaient à toute personne travaillant régulièrement dans les établissements visés à l'article 12, que cette personne ait ou non des activités de soins et soit ou non en contact avec des personnes malades ou des professionnels de santé ([Conseil d'Etat, 5ème et 6ème chambres réunies, 2 mars 2022, n°459.274, n°458.237, et n°459.589](#) publiés au recueil Lebon), adoptant le même paragraphe de motivation:

4. En adoptant, pour l'ensemble des personnes exerçant leur activité dans les établissements de santé mentionnés à l'article L. 6111-1 du code de la santé publique, à l'exception de celles y effectuant une tâche ponctuelle, le principe d'une obligation vaccinale à compter du 15 septembre 2021, le législateur a entendu, dans un contexte de progression rapide de l'épidémie de covid-19 accompagné de l'émergence de nouveaux variants et compte tenu d'un niveau encore incomplet de la couverture vaccinale de certains professionnels de santé, garantir le bon fonctionnement des services hospitaliers publics grâce à la protection offerte par les vaccins disponibles et protéger, par l'effet de la moindre transmission du virus par les personnes vaccinées, la santé des personnes qui y étaient hospitalisés. Il en résulte que l'obligation vaccinale prévue par les dispositions législatives citées au point précédent s'impose à toute personne travaillant régulièrement au sein de locaux relevant d'un établissement de santé mentionné à l'article L. 6111-1 du code de la santé publique, quel que soit l'emplacement des locaux en question et que cette personne ait ou non des activités de soins et soit ou non en contact avec des personnes malades ou des professionnels de santé.

Selon les [conclusions](#) précitées de la rapporteure publique Cécile Barrois de Sarigny,

¹ Pour une synthèse de l'interprétation de ces dispositions, v. notamment [Dominique Turpin, « L'obligation vaccinale », RFDA 2023. 319](#)

Il se déduit en premier lieu de la référence aux locaux que **la nature de l'activité de l'agent n'est pas une condition nécessaire pour être soumis à l'obligation vaccinale comme la circonstance qu'il soit en contact avec les malades**. C'est cohérent avec la double finalité que nous relevons à l'instant. Le simple fait de travailler dans un établissement atteste de ce qu'un agent participe au fonctionnement du service public hospitalier. Cela favorise par ailleurs les rencontres, même fortuites, avec d'autres agents qui contribuent au fonctionnement du service public hospitalier et/ou sont susceptibles d'être au contact de malade.

En second lieu, il nous semble que **le critère posé n'est pas strictement géographique mais traduit surtout l'idée que les locaux sont utilisés pour le bénéfice de l'établissement, soient, qu'ils relèvent de celui-ci au-sens large**. L'idée, ici encore, **est d'englober les espaces dans lesquels travaillent et se rencontrent les acteurs du service public hospitalier**. La question du statut de l'agent comme celle de l'identité de son employeur nous paraît donc neutre pour l'application du texte tout comme l'éloignement physique du local dans lequel il exerce par rapport au cœur de l'activité hospitalière, seul important la circonstance que le local soit dédié à l'activité de l'établissement hospitalier.

Entendue dans ce cadre, l'obligation vaccinale contribue bien à garantir la protection des malades et plus généralement de la bonne exécution du service public hospitalier ; sans aller au-delà. Le texte excluant explicitement les agents chargés de tâches ponctuelles, il est nécessaire que l'agent exerce une activité régulière au sein des locaux considérés.

S'agissant spécifiquement des SAAD, dans une « foire aux questions » consacrée à l'étendue de cette obligation, le Ministère des solidarités et de la santé a toutefois évoqué ainsi la mise en oeuvre de cette obligation dans les structures mixtes accueillant des activités soumises à l'obligation vaccinale et d'autres non soumises à l'obligation vaccinale:

« Dans les structures mixtes accueillant des activités soumises à l'obligation vaccinale et d'autres non soumises à l'obligation vaccinale, l'ensemble du personnel est-il soumis à la vaccination obligatoire ?

Quand une structure autorisée réalise plusieurs activités dont certaines n'entrent pas dans le champ de l'obligation vaccinale, les salariés affectés exclusivement aux activités non soumises à l'obligation vaccinale ne sont pas soumis à cette obligation.

C'est le cas par exemple des associations d'aide à domicile exerçant une activité d'accompagnement des personnes âgées ou handicapées, soumises à autorisation, et une activité de service à la personne de droit commun.

Les structures doivent veiller à ce que les salariés non soumis à l'obligation vaccinale ne soient pas au contact des salariés soumis à l'obligation vaccinale ou du public accompagné par les salariés soumis à l'obligation vaccinale du fait de l'organisation du travail ou des locaux. »²

²FAQ du Ministère des Solidarités et de la Santé relative à l'obligation vaccinale, citée dans le MA, à l'adresse:

<https://solidarites-sante.gouv.fr/grands-dossiers/vaccin-covid-19/je-suis-un-professionnel-de-sante-du-medico-social-et-du-social/obligation-vaccinale>

(non accessible à la date du rapport), mais également citée en ces mêmes termes avec la même source dans un communiqué du [19 août 2021](#) de la fédération française des services à la personne et de proximité (Fédésap) et reprise intégralement sur la Foire aux questions //

Au cas présent, la salariée soutenait dans ses écritures d'appel que les aides à domicile n'étaient concernées par l'obligation vaccinale que lorsqu'elles interviennent auprès de personnes touchant l'APA ou la PCH, dans le cadre de services à domicile, en s'appuyant sur l'article 12, I, 5° de la loi précitée, puis, en réponse à l'argumentation de l'employeur, que le texte de l'article 12, I, 1°, k) de la loi ne lui était pas applicable dès lors que ce texte imposait l'obligation vaccinale pour la qualité de l'employeur qui est le critère significatif de l'obligation vaccinale mais le lieu d'exercice de la profession.

Elle soutenait également que l'obligation vaccinale de lui était pas applicable puisqu'elle « *intervient quotidiennement aux domiciles de personnes non concernées par l'obligation vaccinale, c'est à dire au domicile de personnes qui ne sont pas bénéficiaires de l'APA la PCH* », et que l'employeur « *devait tout mettre en oeuvre pour affecter la salariée auprès de clients ne bénéficiant pas de ces aides, ce qu'elle n'a pas daigné réaliser* ».

La cour d'appel, après avoir rappelé les termes du 1°, k) et du 5° de l'article 12, I de la loi n°2021-1040 du 5 août 2021, a relevé que l'appelante était salariée, non pas d'un particulier employeur, mais d'un service associatif de services à la personne, intervenant au domicile de personnes nécessitant une assistance dans les actes quotidiens de la vie, et retenu que seul l'article 12 I 1° k) de la loi susmentionnée s'appliquait, et qu'il résultait de ces dispositions légales que l'ensemble des personnels exerçant au sein de l'association étaient soumis à l'obligation vaccinale, et en a déduit que les moyens de la salariée tirés de la distinction entre bénéficiaires ou non d'allocations étaient dépourvus de toute pertinence juridique.

Il appartiendra à notre chambre d'apprécier au bénéfice de ces considérations la recevabilité du premier moyen, contestée par le mémoire en défense au motif de son caractère contraire aux écritures d'appel de la salariée, ainsi que son bien-fondé.

4.3 - Compatibilité et proportionnalité de la suspension des personnels n'ayant pas respecté l'obligation vaccinale avec les droits fondamentaux

4.3.1 - Présentation du dispositif de suspension des personnels concernés par l'obligation vaccinale

La loi du 5 août 2021 a été adoptée dans le contexte d'un développement important de la pandémie de COVID-19, que la vaccination selon une démarche volontaire n'était pas parvenue à limiter.

L'exposé des motifs du projet de loi restitue ce contexte, faisant état d'une part de l'insuffisance des mesures « barrière » en vigueur et de la campagne de vaccination pour une sortir durable de la crise sanitaire, d'autre part d'une circulation croissante de nouveau variant créant un risque de rebond épidémique:

handicap du site consacré au handicap du ministère de la solidarité et des familles au 27 septembre 2021 <https://handicap.gouv.fr/covid-19-foire-aux-questions-handicap>

Si la campagne de vaccination offre des perspectives de sortie durable de la crise sanitaire, la situation sanitaire actuelle ne permet toutefois pas de lever dès à présent l'ensemble des mesures « barrière » actuellement en vigueur. Par ailleurs, la circulation croissante du variant Delta du virus SARS-CoV-2, conjuguée aux spécificités de la période estivale, crée des risques avérés de rebond épidémique généralisé dès l'été, en l'absence de nouvelles mesures de gestion.

L'[étude d'impact](#) a apporté les précisions suivantes (pp: 54-55)::

De manière générale, la vaccination est le seul moyen à notre disposition pour lutter efficacement contre une évolution épidémiologique défavorable à l'heure où le variant Delta du virus du SARS-CoV-2 tend à devenir majoritaire. Le taux de vaccination des professionnels de santé et du secteur médico-social a été considéré comme insuffisant par la Haute Autorité de santé dans son avis en date du 30 juin 2021.

En effet, Santé publique France, au 15 juin 2021, a estimé la couverture vaccinale contre la Covid-19 en établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes ou en unité de séjour de longue durée (USLD) à 55,3 % pour au moins une dose et à 41,9 % pour la vaccination complète. S'agissant des professionnels libéraux, la couverture vaccinale contre la Covid-19 est estimée à 78,0 % pour au moins une dose et à 69,4 % pour la vaccination complète. **La couverture vaccinale des professionnels de santé exerçant en établissement (tous professionnels confondus) est estimée à 63,5 % pour au moins une dose et à 41,9 % pour la vaccination complète.**

Si, depuis cette date, les taux de couverture vaccinale ont pu évoluer, ces chiffres **ne montrent pas de réelle différence avec la population générale** alors que les professionnels de santé ont eu accès à des créneaux de vaccination dès le début de la campagne. Les pouvoirs publics ont lancé plusieurs appels à la vaccination des professionnels du soin et de l'aide à la personne, mais ceux-ci n'ont pas significativement modifié les taux de vaccination.

La reprise épidémique ainsi que les modélisations alarmistes s'expliquent tant par l'extrême contagiosité du variant Delta (R_0 autour de 5 à 6) que par une couverture vaccinale encore incomplète de la population. Avec le R_0 élevé du Delta, la cible d'immunité populationnelle à atteindre est de 85 à 90%.

Des études montrent l'efficacité de la vaccination pour lutter contre la propagation du virus, réduire les hospitalisations et diminuer le risque de développer des formes graves du COVID 19. Les personnes vaccinées ont **moins de risque de contracter le virus** (12 fois moins) et de risque de le transmettre (4 fois moins). Les personnes de +60 ans non vaccinées représenteraient 3% de la population française mais 35% des hospitalisations à venir selon les projections. Les résultats préliminaires de l'étude EPI-PHARE conduite par l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM) et la Caisse nationale d'assurance maladie (CNAM) met en évidence l'effet majeur de la vaccination sur la réduction du risque de formes graves du Covid-19 en France (87%) parmi les personnes âgées de +75 ans.

L'étude anglaise de Public Health England montre que l'efficacité contre l'hospitalisation avec Delta est similaire à celle observée avec Alpha : 94 % après 1 dose et 96 % après 2 doses de vaccin Pfizer/BioNTech. Avec 2 doses du vaccin AstraZeneca, l'efficacité vaccinale contre l'hospitalisation avec Delta est similaire à celle observée avec Alpha : 71 % après 1 dose et 92 % après 2 doses de d'AstraZeneca.

L'exposé des motifs faisait également état des objectifs assignés par le législateur à l'obligation vaccinale, visant à mobiliser la vaccination de manière encore plus affirmée pour les personnes amenées à accompagner au quotidien les publics vulnérables qu'il s'agit de protéger contre les risques de la covid-19:

Dans ce contexte, la réponse apportée à l'épidémie de covid-19 doit évoluer, pour concilier durablement la poursuite des différentes activités avec une maîtrise de la circulation du virus sur le territoire national, et tenir compte de l'effort de la Nation en faveur de la vaccination. Il convient en outre de mobiliser la vaccination de manière encore plus affirmée pour les

personnes amenées à accompagner au quotidien les publics vulnérables qu'il s'agit de protéger contre les risques de la covid-19.

Ces objectifs ont été précisés par l'étude d'impact (pp: 55-56):

Le recours à la vaccination obligatoire pour les professionnels de santé et les personnes au contact des publics les plus vulnérables, annoncé le 12 juillet 2021 par le Président de la République, **permettra de protéger les personnes à risque d'une contamination du fait de contacts avec des personnes leur venant en aide. Cela est particulièrement le cas pour les personnes âgées qui constituent la population la plus touchée par la Covid. Il convient donc de limiter le plus possible les cas de contamination dans le cadre d'une prise en charge.**

Le Comité consultatif national d'éthique (CCNE) a rappelé que la vaccination pour tous les professionnels de santé et les professionnels médico-sociaux représentait un enjeu éthique et déontologique fondamental .

Cette obligation de vaccination **a également pour objet de protéger les professionnels de la santé et du secteur médico-social eux-mêmes.** La crise sanitaire que traverse la France depuis un an et demi a rappelé le caractère essentiel de leur exercice pour nos concitoyens et leurs professions au plus près de nos concitoyens les exposent particulièrement à un risque de contamination.

(..)

Enfin, la vaccination obligatoire à titre professionnel que l'article prévoit participera à l'effort collectif pour la constitution d'une immunité collective de la population française

L'étude faisait également référence à l'avis de Haute Autorité de santé du 30 juin 2021, relatant que « La vaccination doit devenir une priorité pour les personnes travaillant dans les services accueillant des personnes particulièrement à risque de formes graves de Covid-19, ainsi que des professionnels en contacts fréquents et rapprochés avec des personnes vulnérables, pour garantir leur propre protection, mais aussi celles de leurs patients et de ces personnes. La HAS rappelle à ce titre que **les données disponibles sur l'impact de la vaccination suggèrent que la vaccination contre la Covid-19 limite le risque de transmettre le virus en plus de fournir une protection individuelle notamment aux personnes fragiles et vulnérable de l'entourage »**

Outre la définition des personnels concernés par l'obligation vaccinale, l'article 12 a prévu, dans son point IV, le dispositif suivant:

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

Il est à noter que le texte de l'article 12 de la loi du 5 août 2021 a été modifié successivement:

- par la loi n°2021-1465 du 10 novembre 2021
- et par la loi n°2022-1089 du 30 juillet 2022.

Outre des changements des catégories d'établissements concernés par la vaccination obligatoire, ces lois ont modifié la rédaction du IV de ce texte, en prévoyant à compter du 1er août 2022, la rédaction suivante:

IV.-Lorsque, au regard de l'évolution de la situation épidémiologique ou des connaissances médicales et scientifiques, telles que constatées par la Haute Autorité de santé, l'obligation prévue au I n'est plus justifiée, celle-ci est suspendue par décret, pour tout ou partie des catégories de personnes mentionnées au même I.

La Haute Autorité de santé évalue les éléments mentionnés au premier alinéa du présent IV de sa propre initiative ou sur saisine du ministre chargé de la santé, du Comité de contrôle et de liaison covid-19 prévu au VIII de l'article 11 de la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions ou de la commission permanente chargée des affaires sociales de l'Assemblée nationale ou du Sénat.

L'article 13 de la même loi prévoit une exception à cette obligation vaccinale concernant, d'une part, les personnes qui présentent un certificat médical de contre-indication et d'autre part, pendant la durée de sa validité, les personnes disposant d'un certificat de rétablissement.

La sanction de l'absence de respect de cette obligation est prévue par l'article 14, de cette loi.

L'article 14, I B précise notamment qu'à compter du 15 septembre 2021, les personnes mentionnées au I de l'article 12 ne peuvent plus exercer leur activité si elles n'ont pas présenté les documents mentionnés au I de l'article 13 ou, à défaut, le justificatif de l'administration des doses de vaccins requises par le décret mentionné au II de l'article 12 (avec une dérogation temporaire jusqu'au 15 octobre 2021 inclus, pour celles qui, dans le cadre d'un schéma vaccinal comprenant plusieurs doses, justifiaient de l'administration d'au moins une des doses requises par le décret mentionné au II du même article 12, sous réserve de présenter le résultat, pour sa durée de validité, de l'examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination par la covid-19 prévu par le même décret).

Le II de ce même article, qui prévoit les conséquences sur le contrat de travail, sous la forme d'une suspension de plein droit, après information par l'employeur des conséquences de l'absence de vaccination, et le cas échéant, utilisation par le salarié avec l'accord de l'employeur, des jours de repos conventionnels ou jours de congés payés. La suspension prend fin lorsque le salarié remplit les conditions nécessaires à l'exercice de son activité. La loi prévoit que cette suspension s'accompagne de l'interruption du versement de la rémunération, ne peut être assimilée à une période de travail effectif et que le salarié conserve ses droits à la protection sociale complémentaire.

Il sera également observé que par [décret n° 2023-368 du 13 mai 2023 relatif à la suspension de l'obligation de vaccination contre la covid-19 des professionnels et étudiants](#), pris en application du IV de l'article 12 de la loi précitée, l'obligation de vaccination contre la covid-19 prévue par cet article a été suspendue.

4.3.2 - Droits reconnus par l'article 3 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

4.3.2.1 - Le droit au respect de la vie privée et familiale et droit au respect effectif de l'intégrité physique et morale dans la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

La convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 prévoit expressément une protection de

la vie privée et familiale contre les ingérences des autorités publiques en son article 8 est ainsi rédigé:

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.
2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

La cour européenne des droits de l'homme fait une lecture large des obligations imposées aux Etats parties à la convention. Elle décide en effet que « *si l'article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas d'astreindre l'État à s'abstenir de pareilles ingérences: à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale* » ([CEDH, 9 octobre 1979, n°6289/73 Airey c. Irlande](#), §32).

En revanche, la même juridiction a rappelé à plusieurs reprises que « *le droit à la santé ne figure pas en tant que tel parmi les droits garantis par la Convention et ses Protocoles* » ([CEDH, 28 novembre 2000, n°44393/98 Fiorenza c. Italie](#), §4, [CEDH, gde. ch, 19 décembre 2017, n°56080/13, Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal](#), §165, [CEDH, gde ch., 25 juin 2019, no 41720/13 Nicolae Virgiliu Tanase c. Roumanie](#), § 125)

Pour autant, la doctrine relève que « *la cour européenne a, par une interprétation constructive, ouvert la possibilité à la personne physique de se prévaloir indirectement du droit d'être protégée contre des atteintes à sa santé et du droit de bénéficier de soins médicaux adéquats.* »³.

Ainsi, la Cour de Strasbourg a considéré que « *la notion de « vie privée » est large et englobe notamment des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu comme le droit à l'autonomie personnelle, le droit au développement personnel et le droit d'établir et d'entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur (...). De plus, si la Convention ne garantit pas en tant que tel le droit à un niveau particulier de soins médicaux, la Cour a dit précédemment que la vie privée recouvre l'intégrité physique et morale de la personne et que l'Etat a également l'obligation positive de reconnaître à ses ressortissants le droit au respect effectif de cette intégrité* » ([CEDH, quatrième section, 20 mars 2007, n°5410/03, Tysiac. Pologne](#), §107). Ainsi, « *l'imposition d'un traitement médical sans le consentement du patient s'il est adulte et sain d'esprit s'analyserait en une atteinte à l'intégrité physique de l'intéressé pouvant mettre en cause les droits protégés par l'article 8 § 1 de la Convention* » (rslt [CEDH, 4 me section, n°2346/02, 29 avril 2002, Pretty c. Royaume-Uni](#), §63)

³ [Frédéric Sudre, JurisClasseur Europe Traité - Encyclopédies - Fasc. 6524-1 : CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. – Droits garantis. – Droit au respect de la vie privée. – Principes directeurs. – Droit à la vie privée personnelle, §30](#)

Elle déduit notamment de cette obligation une « *obligation d'adopter des mesures réglementaires propres à assurer le respect de l'intégrité physique des patients* », laquelle « *repose sur la nécessité de préserver ces derniers, autant que faire se peut, des conséquences graves que peuvent avoir à cet égard les interventions médicales* » ([CEDH, 5 octobre 2006, n°75725/01, Trocellier. c. France](#), § 4)

Dans un décision d'irrecevabilité du [5 octobre 2006, Trocellier. c. France \(n°75725/01\)](#), la cour en a déduit « *que les Etats parties sont, au titre de cette obligation, tenus de prendre les mesures réglementaires nécessaires à ce que les médecins s'interrogent sur les conséquences prévisibles que l'intervention médicale projetée peut avoir sur l'intégrité physique de leurs patients et qu'ils en informent préalablement ceux-ci de manière qu'ils soient en mesure de donner un accord éclairé. En corollaire, en particulier, si un risque prévisible de cette nature se réalise sans que le patient en ait été dûment préalablement informé par ses médecins et que, comme en l'espèce, lesdits médecins exercent au sein d'un hôpital public, l'Etat partie concerné peut être directement responsable sur le terrain de l'article 8 du fait de ce défaut d'information.* » (cf. également, dans le cas d'atteintes graves à l'environnement peuvent toucher le bien-être des personnes et les priver de la jouissance de leur domicile de manière à nuire à leur vie privée et familiale, la nécessité pour les autorités publiques de fournir des informations essentielles permettant d'évaluer les risques pour résulter de la résidence dans une commune exposée au danger en cas d'accident dans l'enceinte de l'usine concernée, [CEDH, 19 février 1998, n°14967/89, Guerra et autres c. Italie](#), §60, et l' « *obligation positive d'offrir au requérant une 'procédure effective et accessible' qui lui aurait permis d'avoir accès à 'l'ensemble des informations pertinentes et appropriées'* » [CEDH, gde ch., n°32555/96, 19 octobre 2005, Roche c. Royaume-Uni](#), §162).

Commentant cette décision, le Professeur Sudre⁴ note que:

Relevant que les questions liées à l'intégrité physique et morale des individus, à leur participation au choix des actes médicaux qui leur sont prodigués ainsi qu'à leur consentement à cet égard, à l'accès à des informations leur permettant d'évaluer les risques sanitaires auxquels ils sont exposés, entrent dans le champ de l'article 8, la Cour européenne estime, par analogie, que l'article 8 est applicable en l'espèce.

La Cour européenne des droits de l'homme décide en outre que la vaccination, en tant qu'intervention médicale non volontaire, constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée au sens de l'article 8 de la Convention⁵([CEDH, 5ème section, 15 mars 2012, Solomakhin v. Ukraine, §33](#), citant [CEDH, décision d'irrecevabilité, 9 juillet 2002, n°42197/98, Salvetti c. Italie](#))

Dans un arrêt du 8 avril 2021, ayant d'abord rappelé que la vaccination obligatoire, en tant qu'intervention médicale non volontaire, constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée (§263), la Cour européenne des

⁴Ibid, §30

⁵ « *Compulsory vaccination – as an involuntary medical treatment – amounts to an interference with the right to respect for one's private life, which includes a person's physical and psychological integrity, as guaranteed by Article 8 § 1* »

droits de l'homme, amenée à se prononcer sur la conformité de l'obligation vaccinale prévue par un Etat partie, a défini les modalités selon lesquelles devait s'opérer le contrôle de l'atteinte à la vie privée que pouvait constituer l'instauration de cette obligation :

[CEDH, gde ch. 8 avril 2021, n°47621/13, Vavříčka et autres c. République tchèque](#)

273. Les principes applicables peuvent se résumer comme suit (voir, en particulier, Dubská et Krejzová, précité, §§ 174-178, avec d'autres références) :

– ***Une ingérence est considérée comme « nécessaire dans une société démocratique » pour atteindre un but légitime si elle répond à un « besoin social impérieux » et, en particulier, si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent « pertinents et suffisants » et si elle est proportionnée au but légitime poursuivi.***

– ***Le mécanisme de contrôle institué par la Convention a un rôle fondamentalement subsidiaire.*** Les autorités nationales jouissent d'une légitimité démocratique directe en ce qui concerne la protection des droits de l'homme et, grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, elles se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour évaluer les besoins et le contexte locaux.

– En conséquence, ***c'est au premier chef aux autorités nationales qu'il revient de se prononcer sur le point de savoir où se situe le juste équilibre à ménager lorsqu'elles apprécient la nécessité, au regard d'un intérêt général, d'une ingérence dans les droits des individus protégés*** par l'article 8 de la Convention. Il s'ensuit que, lorsqu'ils adoptent des lois visant à concilier des intérêts concurrents, ***les États doivent en principe pouvoir choisir les moyens qu'ils estiment les plus adaptés au but de la conciliation ainsi recherchée.***

– Cette évaluation par les autorités nationales demeure soumise au contrôle de la Cour, à laquelle il revient de trancher en définitive la question de savoir si, dans telle ou telle affaire, ***l'ingérence était « nécessaire »*** au sens que l'article 8 de la Convention attribue à ce terme.

– ***Les autorités nationales jouissent en principe d'une certaine marge d'appréciation à cet égard.*** L'ampleur de cette marge dépend d'un certain nombre d'éléments déterminés par les circonstances de la cause. Cette marge est d'autant plus étroite que le droit en cause est important pour garantir à l'individu la jouissance effective des droits fondamentaux ou d'ordre intime qui lui sont reconnus. Lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge laissée à l'État est également restreinte. ***Lorsque, parmi les Parties contractantes à la Convention, il n'y a de consensus ni sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ni sur les meilleurs moyens de le protéger, la marge d'appréciation est plus large, surtout lorsque sont en jeu des questions morales ou éthiques délicates.***

274. La Cour a jugé que ***les questions de santé publique relèvent en principe de la marge d'appréciation des autorités nationales, qui sont les mieux placées pour apprécier les priorités, l'utilisation des ressources disponibles et les besoins de la société*** (Hristozov et autres c. Bulgarie, nos 47039/11 et 358/12, § 119, CEDH 2012 (extraits), avec d'autres références).

275. Enfin, la Cour rappelle que ***la marge d'appréciation dont dispose l'État défendeur est de façon générale ample lorsqu'il doit ménager un équilibre entre des intérêts privés et publics concurrents ou différents droits protégés par la Convention*** (voir, par exemple, Evans c. Royaume-Uni [GC], no 6339/05, § 77, CEDH 2007-I, avec d'autres références).

Elle a ensuite, étudiant la marge d'appréciation de l'Etat partie en la matière, relevé les points suivants :

276. La présente espèce concernant une intervention médicale obligatoire, l'obligation vaccinale peut être considérée comme étant liée à la jouissance effective par l'individu de ses droits d'ordre intime (Solomakhin, précité, § 33). Le poids de cette considération se trouve toutefois atténué par le fait qu'aucune vaccination n'a été ni n'aurait pu être administrée contre la volonté des requérants, car le droit interne pertinent ne permet pas de faire respecter par la force l'obligation en cause.

277. Sur l'existence d'un consensus, la Cour distingue deux aspects. En premier lieu, il y a parmi les Parties contractantes un consensus général, fermement soutenu par les organismes internationaux spécialisés, revenant à considérer que la vaccination est l'une des interventions médicales qui présentent le plus d'efficacité et le rapport coût-efficacité le plus favorable et que chaque État doit s'employer à atteindre le taux de vaccination le plus élevé possible parmi sa population (paragraphe 135 ci-dessus). Partant, l'importance relative de l'intérêt en jeu ne fait pas de doute.

278. En second lieu, pour ce qui concerne le meilleur moyen de protéger les intérêts en jeu, **la Cour constate l'absence de consensus quant à un modèle unique**. En fait, **il existe parmi les Parties contractantes à la Convention tout un éventail de politiques relatives à la vaccination des enfants, qui va du modèle reposant entièrement sur les recommandations aux modèles qui érigent en obligation légale le fait de veiller à la vaccination complète des enfants, en passant par ceux qui imposent une ou plusieurs vaccinations obligatoires**. (...)

279. **Si la vaccination des enfants, aspect fondamental de la politique actuelle de santé publique, ne soulève pas en elle-même de questions sensibles sur le plan moral ou éthique, la Cour admet toutefois que le fait d'ériger la vaccination en obligation légale peut être perçu comme posant pareilles questions** ; (...) [La cour] estime toutefois que le caractère sensible reconnu à ce problème ne se limite pas au point de vue des personnes hostiles à l'obligation vaccinale. Comme le soutient le gouvernement défendeur, **il doit également être considéré sous l'angle de l'importance que revêt la solidarité sociale, l'objet de l'obligation en cause étant de protéger la santé de tous les membres de la société, en particulier des personnes qui sont particulièrement vulnérables face à certaines maladies et pour lesquelles le reste de la population est invité à prendre un risque minime en se faisant vacciner** (voir, à cet égard, la Résolution 1845 (2011) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, citée au paragraphe 143 ci-dessus). La Cour reviendra plus bas sur ce point.

280. Comme elle l'a rappelé ci-dessus (paragraphe 274), la Cour a déjà eu l'occasion de juger que **les questions de santé publique relèvent de la marge d'appréciation des autorités nationales**. Eu égard aux considérations qui précèdent, et appliquant les principes qui ressortent de sa jurisprudence constante, **elle estime que dans la présente espèce, qui porte spécifiquement sur le caractère obligatoire de la vaccination des enfants, cette marge doit être ample**.

Puis, au sujet de l'existence d'un besoin social impérieux, elle a retenu les éléments suivants :

283. La Cour prend note des **avis spécialisés présentés par le gouvernement défendeur, qui traduisent la ferme conviction des autorités médicales compétentes de la République tchèque que la vaccination des enfants doit continuer à relever d'une obligation légale dans ce pays, et qui soulignent le risque que ferait peser sur la santé individuelle et publique une éventuelle baisse du taux de vaccination si cet acte devenait une procédure simplement recommandée** (paragraphe 152-153 ci-dessus). Des préoccupations concernant les risques associés à une baisse de la couverture vaccinale ont également été exprimées par les gouvernements intervenants, qui ont insisté sur l'importance de veiller à ce que les enfants soient vaccinés dès leur plus jeune âge contre les maladies en cause (voir aussi l'arrêt de la Cour constitutionnelle italienne, au paragraphe 107 ci-dessus). Des inquiétudes similaires ont aussi été formulées aux niveaux européen et international (paragraphe 131, 134, 142, 149 et 151 ci-dessus).

284. À la lumière de ces arguments ainsi que de la position clairement adoptée par les organes spécialisés en la matière, on peut considérer **qu'en République tchèque l'obligation vaccinale constitue la réponse des autorités nationales au besoin social impérieux de protéger la santé individuelle et publique contre les maladies en question et d'éviter toute tendance à la baisse du taux de vaccination des enfants.**

Dans une troisième étape de son contrôle, elle a relevé l'existence de motifs pertinents et suffisants:

285. Concernant les motifs avancés pour justifier le caractère obligatoire de la vaccination en République tchèque, **la Cour a déjà reconnu les solides raisons de santé publique qui sous-tendent ce choix politique, notamment au regard de l'efficacité et de l'innocuité de la vaccination infantile.** De même, elle a reconnu l'existence d'un **consensus général favorable à l'objectif, pour chaque État, d'atteindre le niveau de couverture vaccinale le plus élevé possible.** Si les requérants soutiennent que les autorités n'ont pas établi que l'obligation d'accepter les vaccinations requises était nécessaire et justifiée (paragraphe 175 ci-dessus), la Cour considère que **le Gouvernement a clairement exposé les motifs de ce choix.** De plus, elle prend note de la conclusion formulée par la Cour constitutionnelle tchèque selon laquelle les données pertinentes obtenues d'experts nationaux et internationaux en la matière justifient la poursuite de cette politique (paragraphe 91 ci-dessus). **Bien que le régime de vaccination obligatoire ne soit ni le modèle unique ni le modèle le plus répandu parmi les États européens, la Cour rappelle que, pour les questions de santé publique, ce sont les autorités nationales qui sont les mieux placées pour apprécier les priorités, l'utilisation des ressources disponibles et les besoins de la société. Tous ces aspects sont pertinents dans le présent contexte et relèvent de l'ample marge d'appréciation que la Cour doit accorder à l'État défendeur.**

286. En outre, l'objet de la présente affaire soulève nécessairement la question de l'intérêt supérieur des enfants. (...)

288. (...) Il existe pour les États une obligation de placer l'intérêt supérieur de l'enfant, et également des enfants en tant que groupe, au centre de toutes les décisions touchant à leur santé et à leur développement. Concernant la vaccination, l'objectif doit être de veiller à ce que tout enfant soit protégé contre les maladies graves (paragraphe 133 ci-dessus). Dans la grande majorité des cas, cet objectif est atteint par l'administration aux enfants, dès leur plus jeune âge, de tous les vaccins prévus dans le programme vaccinal. Ceux qui ne peuvent pas recevoir ce traitement sont protégés indirectement contre les maladies contagieuses tant que, au sein de leur communauté, la couverture vaccinale est maintenue au niveau requis ; autrement dit, leur protection réside dans l'immunité de groupe. **Ainsi, lorsqu'il apparaît qu'une politique de vaccination volontaire est insuffisante pour l'obtention et la préservation de l'immunité de groupe, ou que l'immunité de groupe n'est pas pertinente compte tenu de la nature de la maladie (s'il s'agit par exemple du tétanos), les autorités nationales peuvent raisonnablement mettre en place une politique de vaccination obligatoire afin d'atteindre un niveau approprié de protection contre les maladies graves.** Pour la Cour, la politique de santé de l'État défendeur repose sur de telles considérations, raison pour laquelle elle peut être tenue pour compatible avec l'intérêt supérieur des enfants, qui est au centre de l'attention de cette politique (voir l'Observation générale no 15 du Comité des droits de l'enfant des Nations unies, paragraphe 133 ci-dessus ; voir aussi, à ce sujet, les conclusions de la Cour constitutionnelle italienne et l'arrêt de la Cour d'appel d'Angleterre et du pays de Galles, paragraphes 109 et 128 ci-dessus).

289. La Cour admet dès lors que **le choix du législateur tchèque d'opter pour une stratégie de vaccination obligatoire est étayé par des motifs pertinents et suffisants.** Ce constat s'étend aux ingérences particulières dont se plaignent les requérants, car la sanction administrative infligée à M. [X] et la non-admission des enfants requérants à l'école maternelle ont découlé directement de l'application du cadre légal.

Enfin, procédant à la dernière étape (contrôle de proportionnalité), elle a appuyé son appréciation sur les observations suivantes:

291. (...) Le modèle tchèque a certes adopté l'obligation vaccinale, mais ***il ne s'agit pas d'une obligation absolue. Une dispense est accordée notamment aux enfants qui présentent une contre-indication permanente à la vaccination.*** (...)

293. Si dans l'État défendeur la vaccination est une obligation légale, la Cour rappelle qu'il n'est pas possible d'en imposer directement l'observation, ***aucune disposition ne permettant d'administrer un vaccin par la force.*** Comme dans les dispositifs adoptés au sein des États intervenants, ***l'application de sanctions est employée comme méthode indirecte pour faire respecter cette obligation.*** En République tchèque, la sanction peut être tenue pour relativement modérée puisqu'elle consiste en une amende administrative qui ne peut être infligée qu'une seule fois. (...)

294. Concernant les enfants requérants, la Cour voit ***leur non-admission à l'école maternelle*** comme une « ingérence » au sens de l'article 8 § 2 de la Convention. Les requérants la perçoivent comme une forme de sanction ou de peine qu'on leur aurait infligée. La Cour considère cependant que ***la conséquence – qui était clairement prévue par les textes législatifs – du manquement à l'obligation légale générale en question, qui visait en particulier à préserver la santé des jeunes enfants, était de nature essentiellement protectrice, et non punitive*** (...)

295. La Cour prend note des ***garanties procédurales prévues par le droit national.*** Comme le montre le déroulement des procédures internes engagées par les requérants, ceux-ci ont eu la possibilité de former des recours administratifs mais aussi d'introduire des actions devant les juridictions administratives et, en fin de compte, devant la Cour constitutionnelle. Il leur a donc été loisible de ***contester les conséquences ayant découlé de leur non-respect de l'obligation vaccinale*** (...)

300. Pour ce qui est de l'efficacité de la vaccination, la Cour ***renvoie là encore au consensus général existant au sujet de l'importance vitale de ce moyen de protéger la population contre des maladies susceptibles d'avoir de lourdes conséquences pour la santé de l'individu et, en cas de graves poussées épidémiques, de perturber la société*** (paragraphe 135 ci-dessus).

301. En ce qui concerne l'innocuité, ***il n'est pas contesté que les vaccins, bien que totalement sûrs pour la grande majorité des patients, puissent dans de rares cas s'avérer néfastes pour un individu et causer à celui-ci des dommages graves et durables pour sa santé.*** (...) Compte tenu de ce risque très rare mais indéniablement très sérieux pour la santé d'un individu, les organes de la Convention ont souligné qu'il est important de prendre les précautions qui s'imposent avant la vaccination (Solomakhin, précité, § 36, Baytüre et autres, décision précitée, § 29, et Association of Parents, décision précitée, pp. 37-38). Il s'agit évidemment de rechercher au cas par cas d'éventuelles contre-indications. Il s'agit également de contrôler l'innocuité des vaccins utilisés. ***Pour la Cour, il n'y a lieu sur aucun de ces aspects de remettre en question le caractère adéquat du régime national. Les professionnels de santé ne réalisent une vaccination qu'en l'absence de contre-indication, ce point étant vérifié en amont dans le cadre d'un protocole de routine. Les vaccins doivent être homologués par l'Agence nationale de contrôle des médicaments et tous les professionnels de santé concernés sont tenus à une obligation spécifique de signaler tout effet secondaire grave ou non prévisible suspecté*** (paragraphe 78-79 ci-dessus). ***Il s'ensuit que l'innocuité des vaccins employés est soumise à un contrôle permanent des autorités compétentes.*** (...)

306. La Cour admet que l'exclusion des requérants de l'école maternelle a impliqué pour ces jeunes enfants la perte d'une occasion cruciale de développer leur personnalité et de débiter l'acquisition d'importantes aptitudes relationnelles et facultés d'apprentissage dans un environnement formateur et pédagogique. ***Cette perte a toutefois été la conséquence directe du choix fait par leurs parents respectifs de refuser de se conformer à une obligation légale visant à protéger la santé, en particulier celle des enfants de cette***

tranche d'âge. (...). De plus, la possibilité de fréquenter l'école maternelle pour les enfants qui pour des raisons médicales ne peuvent pas être vaccinés dépend de l'existence parmi les autres enfants d'un taux très élevé de vaccination contre les maladies contagieuses. Pour la Cour, **on ne saurait estimer disproportionné le fait qu'un État exige, de la part de ceux pour qui la vaccination représente un risque lointain pour la santé, d'accepter cette mesure de protection universellement appliquée, dans le cadre d'une obligation légale et au nom de la solidarité sociale, pour le bien du petit nombre d'enfants vulnérables qui ne peuvent pas bénéficier de la vaccination.** Aux yeux de la Cour, il était **valablement et légitimement loisible au législateur tchèque d'opérer ce choix, qui est pleinement compatible avec les raisons qui sous-tendent la protection de la santé de la population. L'existence théorique de moyens moins intrusifs qui, selon les requérants, permettent d'atteindre cet objectif ne change rien à cette conclusion.** (...)

309. Pour ces raisons, la Cour considère que les mesures dont se plaignent les requérants, évaluées dans le contexte du régime national, se situent dans un rapport de proportionnalité raisonnable avec les buts légitimes poursuivis par l'État défendeur à travers l'obligation vaccinale.

Elle a conclu comme suit son raisonnement :

310. La Cour tient à préciser **qu'en fin de compte la question à trancher n'est pas de savoir si une autre politique, moins prescriptive, aurait pu être adoptée, comme dans d'autres États européens.** Il s'agit plutôt de **déterminer si, en mettant en balance comme elles l'ont fait les intérêts en jeu, les autorités tchèques sont restées dans les limites de l'ample marge d'appréciation dont elles jouissaient en la matière.** La Cour parvient à la conclusion qu'elles n'ont pas excédé leur marge d'appréciation et que dès lors on peut considérer que les mesures litigieuses étaient « nécessaires dans une société démocratique ».

Dans son commentaire de cette décision⁶, le Professeur Sudre a relevé que certains des arguments retenus par la Cour de Strasbourg pouvaient entrer en résonance avec la crise sanitaire du Covid-19 :

Deux considérations, en résonance manifeste avec l'actuelle crise sanitaire de la Covid-19, semblent déterminantes dans le raisonnement de la Cour. En premier lieu, bien que le caractère « intime » du droit en cause (§ 276) militait en faveur d'une solution contraire, la Cour estime que, s'agissant d'une question de santé publique, **les autorités nationales, parce qu'elles sont « les mieux placées pour apprécier les priorités, l'utilisation des ressources disponibles et les besoins de la société » doivent disposer d'une « ample marge d'appréciation » (§ 285).** D'autant qu'il n'y a pas de consensus européen en la matière - il existe un large éventail de politiques de vaccination infantile, de l'absence d'obligation vaccinale à l'obligation vaccinale pour un ou plusieurs vaccins (11 en France). En second lieu, **l'obligation de vaccination relève d'un impératif de solidarité sociale : il s'agit de « protéger la santé de tous les membres de la société, en particulier des personnes qui sont particulièrement vulnérables face à certaines maladies et pour lesquelles le reste de la population est invité à prendre un risque minime en se faisant vacciner » (§ 279).**

Sur ces bases, la Cour considère que l'obligation vaccinale répond « au besoin social impérieux de protéger la santé individuelle et publique contre les maladies en question et d'éviter toute tendance à la baisse du taux de vaccination des enfants » (§ 284) et exerce son contrôle de proportionnalité en deux étapes. Elle juge, d'abord, **sans vérifier si l'objectif**

⁶ [Frédéric Sudre - « Droit au respect de la vie privée La vaccination infantile obligatoire n'enfreint pas la Convention », La Semaine Juridique Edition Générale n° 16, 19 avril 2021, act. 444](#)

poursuivi aurait pu être atteint par des moyens moins contraignants (§ 310), que *les motifs invoqués par les autorités tchèques pour justifier le caractère obligatoire de la vaccination sont « pertinents et suffisants »* (...). Ensuite, *elle apprécie la proportionnalité stricto sensu des mesures en cause et met en balance les caractéristiques du régime national de vaccination et l'ampleur des ingérences subies*. D'un côté, elle *relève que l'obligation vaccinale n'est pas absolue (possibilité de dispense) et ne peut être imposée par la force, que le droit interne offre des garanties procédurales (voies de recours), qu'il existe une certaine latitude dans le choix du vaccin et du calendrier vaccinal, que l'efficacité de la vaccination est avérée, que l'innocuité des vaccins employés est soumise au contrôle permanent des autorités sanitaires...* De l'autre, elle *note que l'amende administrative n'était pas excessive* et, faisant l'impasse sur le droit à l'autonomie personnelle invoqué par les requérants, relève que l'obligation vaccinale vise, par un taux élevé de vaccination, à protéger les enfants vulnérables qui ne peuvent être vaccinés pour des raisons médicales, que *la non-admission à l'école maternelle n'a eu qu'un effet limité dans le temps sur l'éducation des enfants requérants et n'a pas compromis leur développement personnel*, leur statut vaccinal n'ayant pas « eu d'incidence sur leur admission à l'école élémentaire » (§ 307).

La Cour *juge en conséquence que les mesures litigieuses « se situent dans un rapport de proportionnalité raisonnable » avec les buts légitimes de l'obligation vaccinale* et que les autorités tchèques n'ont pas excédé les limites de leur « ample marge d'appréciation » (§ 310). Elle conclut donc, par 16 voix contre une, à la non-violation de l'article 8. Le système français de vaccination obligatoire (L. n° 2017-1836, 30 déc. 2017) est incontestablement conforté par cette décision. »

Un autre auteur a relevé, d'une part, l'importance, dans le contrôle de proportionnalité, de la faiblesse de la sanction (sous forme d'amende), et de l'absence de vaccination en cas de refus, et d'autre part, la nature essentiellement protectrice de la santé des jeunes enfants et non punitive de la non-admission des enfants non vaccinés à l'école maternelle, en relevant que la cour admettait que l'obligation vaccinale pouvait « être légitime dès lors qu'elle ne se double pas d'une vaccination forcée en cas de refus et que les amendes qui sanctionnent sa méconnaissance restent faibles (CEDH, gde ch., 8 avr. 2021, n° 47621/13, *Vavricka et a. c/ République tchèque*, § 293 : *JurisData* n° 2021-004904). Par ailleurs, le requérant ayant de surcroît dénoncé la non-admission de ses enfants à l'école maternelle (faute de vaccination), la Cour refuse de voir là une sanction supplémentaire : elle considère « que la conséquence – qui était clairement prévue par les textes législatifs – du manquement à l'obligation légale générale en question, qui visait en particulier à préserver la santé des jeunes enfants, était de nature essentiellement protectrice, et non punitive » (§ 294). En conséquence, la Cour refuse de prendre cette non-admission en compte pour conclure à une atteinte disproportionnée. Enfin, elle juge que « l'avis critique de l'intéressé sur la vaccination n'est pas de nature à constituer une conviction atteignant un degré suffisant de force, de sérieux, de cohérence et d'importance pour entraîner l'application des garanties de l'article 9 » (§ 335)⁷ ».

Dans le commentaire de cette décision à la Revue trimestrielle de droit civil, le Professeur Marguénaud⁸ a également insisté tout à la fois sur les conséquences de

⁷ [Emmanuel Dreyer - Droits de l'homme - Un an de droit de la Convention européenne des droits de l'homme en matière pénale \(Février 2021 – Février 2022\) Europe n° 1 du 1er janvier 2022, §10](#)

⁸ [Jean-Pierre Marguénaud La vaccination infantile obligatoire au test des droits de l'homme \(CEDH 8 avr. 2021, n° 47621/13, *Vavricka et autres c/ République tchèque*, *Vavricka et autre c/ République tchèque*, AJ fam. 2021, 309, obs. M. Saulier\), RTD Civ. 2021 p.364](#)

cette décision dans l'appréciation de la conformité de la vaccination contre le Covid-19 aux droits protégés par la Convention, et sur la prise en considération de la « solidarité sociale » inhérente à la vaccination, possible uniquement à raison de l'absence de « vaccination forcée » :

Si [la marge d'appréciation reconnue aux Etats] doit être aussi étendue, ce n'est pas seulement parce qu'il s'agit d'une question médicale, ***c'est aussi au nom d'une valeur inédite : la solidarité sociale qui, pour protéger la santé de tous les membres de la société, en particulier des personnes qui sont particulièrement vulnérables face à certaines maladies, peut pousser à inviter le reste de la population à prendre un risque minime en se faisant vacciner.*** L'arrêt de Grande chambre Vavricka, ***quelle que soit son influence sur l'adaptation des droits de l'homme à la rigueur des temps de la covid-19, fera date pour avoir fait entrer dans le champ conventionnel*** le message émis par une Résolution du Conseil de l'Europe du 25 novembre 2011 selon laquelle ***il existe non seulement des droits fondamentaux mais aussi des obligations et des responsabilités fondamentales*** (v., à nouveau, l'opinion séparée du juge Lemmens). Il reste que, tant dans ses fondements que du point de vue de ses prolongements, ce concept de solidarité sociale mériterait d'être discuté comme, d'ailleurs, ne se prive pas de le faire le juge dissident Wojtyczek soulignant sa parenté avec les travaux d'Émile Durkheim. ***Quoi qu'il en soit, il convient cependant de remarquer que cet élargissement de la marge nationale d'appréciation en faveur de la vaccination obligatoire parce qu'elle se prête admirablement à l'expression d'une solidarité sociale n'a été envisagé que dans la mesure où aucune vaccination n'avait été ni n'aurait pu être administrée contre la volonté des requérants***, car le droit interne pertinent ne permettait pas de faire respecter par la force l'obligation en cause. Pour la suite des événements, il conviendra donc de se souvenir que la Cour européenne des droits de l'homme n'assimile pas vaccination obligatoire et vaccination forcée. (...)

Ce n'est pas la vaccination obligatoire qui est un besoin social impérieux mais la protection de la santé individuelle et publique et la neutralisation de la tendance à la baisse de la vaccination des enfants. La Cour a donc pu considérer que, en République tchèque, la vaccination infantile obligatoire constituait la réponse des autorités, peu convaincues de l'efficacité de procédures de simples recommandations, à un tel besoin social impérieux. (...)

Pour admettre que la stratégie vaccinale en discussion était étayée par des motifs pertinents et suffisants, la Cour s'appuie, sans grande surprise, ***sur l'ample marge d'appréciation qu'elle vient de reconnaître en la matière*** et qui permettait aux autorités tchèques de retenir le régime de vaccination obligatoire bien qu'il ne soit ni le modèle unique ni le modèle le plus répandu parmi les États européens. (...) Précisant que l'intérêt supérieur de l'enfant doit aussi se comprendre comme l'intérêt supérieur des enfants en tant que groupe, ***la Cour de Strasbourg introduit dans le débat une notion médicale riche de potentialités juridiques dans un contexte de crise sanitaire planétaire : l'immunité de groupe qui permet de protéger indirectement celles et ceux qui ne peuvent pas recevoir de traitement contre certaines maladies graves.*** C'est pourquoi, aux yeux de la Cour, la vaccination obligatoire pertinente comme moyen de l'obtenir, « peut être tenue pour compatible avec l'intérêt supérieur des enfants ». (...)

Pour opérer [le contrôle de proportionnalité], la Cour renvoie « ***au consensus général existant au sujet de l'importance vitale de ce moyen de protéger la population contre des maladies susceptibles d'avoir de lourdes conséquences pour la santé de l'individu et, en cas de graves poussées épidémiques, de perturber la société*** ». C'est sans doute là le point faible de l'arrêt Vavricka impitoyablement mis en évidence par le juge dissident Wojtyczek s'étonnant de ce que le gouvernement défendeur et la majorité de ses collègues aient considéré la réponse des experts si évidente qu'il était inutile de faire appel à des éléments d'appréciation plus détaillés pour justifier l'ingérence. Alors que, comme le souligne également le juge polonais, le fait qu'un individu soit un expert médical n'a pas pour effet de le doter de connaissances spécialisées lui permettant de trancher des conflits de valeurs et d'intérêts, ce suivisme béat est effectivement inquiétant. ***Pour faire face aux difficultés redoutables que soulève la covid-19, il faudra à l'évidence une plus grande exigence***

probatoire puisque, en la matière, il se trouve chaque jour un éminent expert scientifique surdiplômé, voire nobélisé, pour semer le doute sur la cohérence du moindre détail d'une stratégie vaccinale.

La Cour remarque à nouveau avec insistance **qu'aucun enfant ne pouvait être vacciné de force.** (...) Elle tient également compte du fait que l'amende administrative servant à sanctionner indirectement le manquement à l'obligation vaccinale légale pouvait être tenue pour relativement modérée puisqu'elle ne pouvait être infligée qu'une fois. Elle remarque encore que **l'obligation vaccinale tchèque n'est pas absolue** puisqu'elle supporte des dispenses en cas de contre-indication permanente. (...) Enfin, la Cour souligne que **c'est seulement l'accès aux écoles maternelles qui avait été interdit aux enfants non vaccinés si bien que la méconnaissance de l'obligation vaccinale semble devoir cesser de poursuivre les enfants de ses effets lorsque l'obligation de scolarisation entre en piste.** Dans ces conditions, la Cour a pu estimer que les mesures dont se plaignaient les requérants se situaient dans un rapport raisonnable de proportionnalité avec les buts légitimes poursuivis par l'État défendeur.

(...) L'apport de l'arrêt Vavricka est seulement, mais c'est très loin d'être négligeable : **compte tenu de l'ample marge d'appréciation qui doit lui être reconnue en la matière au nom de la solidarité sociale et eu égard à l'importance médicale de l'immunité de groupe, un État peut mettre en place une obligation légale de vaccination infantile sans enfreindre l'article 8 de la Convention EDH sauf à la transformer en vaccination forcée n'admettant aucune exemption.** (...)

Face à d'aussi fortes certitudes soudées par un tel consensus général, les inconvénients de l'obligation vaccinale pour les requérants n'ont pas pesé lourd. Ils ont pourtant été examinés de manière plus ou moins approfondie et **pourraient servir de critères pour apprécier la proportionnalité et par conséquent la conventionnalité d'autres obligations vaccinales qui pourraient être instituées en toute hâte ici ou là pour lutter contre la covid-19.**

D'autres auteurs ont également insisté sur la marge importante d'appréciation laissée aux Etats, tout en retenant la difficulté de transposer le raisonnement à la vaccination contre le Covid-19 :

[Marie-Laure Moquet-Anger, L'obligation vaccinale devant la Cour européenne des droits de l'homme, Recueil Dalloz 2021 p.1176](#)

Concernant la vaccination obligatoire contre la Covid-19, dès lors que les juges sont prêts à admettre que les autorités nationales disposent d'une marge d'appréciation ample, l'argument majeur que constitue le consensus scientifique autour de la nécessité d'une immunité de groupe paraît déterminant ; ainsi **la nécessaire solidarité entre ceux qui peuvent se faire vacciner et ceux pour lesquels la vaccination est médicalement contre-indiquée constituerait un besoin social impérieux.** Les autres conditions ne doivent pas être sous-estimées : nécessité d'une loi (Constit., art. 34), absence de mesures moins prescriptives pour atteindre l'objectif poursuivi (échec de la politique actuelle de recommandation vaccinale) et, enfin, pour qu'elle soit une obligation, la contrainte vaccinale doit être assortie de sanctions (lesquelles ?) en cas de refus. Les autorités françaises semblent privilégier l'adhésion à la vaccination ainsi que le « passe sanitaire » qui a le mérite du libre choix, celui de la liberté-responsabilité.

[Maïté Saulier, Obligation vaccinale : l'arrêt prophétique de la CEDH ?, AJ Famille 2021 p.309](#)

Il est évidemment tentant d'user d'analogie : le raisonnement ici tenu par la Cour lui permettrait-il de considérer qu'une obligation vaccinale imposée à l'ensemble d'une population, ou limitée à une catégorie de personnes, notamment le personnel soignant (v., sur cette question CCNE, Enjeux éthiques soulevés par la vaccination contre la covid-19, 29 mars 2021, spéc. p. 5), est conforme à la convention ? Que diraient les juges européens en

cas de contestation portant sur un « pass sanitaire », que d'aucuns qualifient d'obligation vaccinale déguisée ? (...)

Une chose est certaine : **la marge d'appréciation des États sera reconnue comme ample en ce domaine** (§ 280). Pour le reste, soyons prudents. **L'analogie suppose d'étendre la solution édictée pour un cas à un cas semblable. Or, précisément, ce sont ici les similitudes qui manquent : la covid-19 peut-elle être reconnue comme une « maladie grave » de façon abstraite ?** Faut-il distinguer les personnes à risque de celles qui le seraient moins ? Peut-on véritablement comparer la vaccination d'enfants mineurs, légalement représentés, à celle d'adultes titulaires d'un droit à l'autonomie personnelle ? L'immunité collective serait-elle considérée comme « pertinente compte tenu de la nature de la maladie », alors même qu'on la sait aujourd'hui non encore acquise en France ? L'impératif de « solidarité sociale » justifierait-il la vaccination, alors même que la réduction de la transmission par le biais des vaccins actuellement sur le marché est encore entourée d'incertitudes ?

4.3.2.2 - Le droit l'intégrité physique garanti par l'article 3 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

L'article 3 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne énonce que :

1. Toute personne a droit à son intégrité physique et mentale.
2. Dans le cadre de la médecine et de la biologie, doivent notamment être respectés:
 - a) le consentement libre et éclairé de la personne concernée, selon les modalités définies par la loi;
 - b) l'interdiction des pratiques eugéniques, notamment celles qui ont pour but la sélection des personnes;
 - c) l'interdiction de faire du corps humain et de ses parties, en tant que tels, une source de profit;
 - d) l'interdiction du clonage reproductif des êtres humains.

Selon le Professeur Tinière⁹, ce droit :

constitue **l'un des droits nouveaux introduits par la Charte au nom 'des développements scientifiques et technologiques'** mentionnés par le préambule (S. Henneke-Vauchez, Article II-63, in L. Burgogue-Larsen, A. Levade et F. Picod (ss dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe – commentaire article par article, Partie II la Charte des droits fondamentaux* : Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 52). (...) Inspiré par la convention d'Oviedo du Conseil de l'Europe (convention 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), **le droit à l'intégrité de la personne et ses composantes entretiennent des liens très étroits avec la dignité humaine, ce que la Cour de justice a implicitement admis en affirmant qu'il lui appartient « de veiller au respect du droit fondamental à la dignité humaine et à l'intégrité de la personne »** (arrêt Pays-Bas c/ Parlement et Cons., préc. n° 22, point 70). S'il n'est pas identifié comme un droit correspondant par l'article 52, paragraphe 3, de la Charte, **son contenu est en partie garanti en droit de la Convention au titre des articles 3 et 8 de la Convention EDH** (V. par ex. sur le droit au respect du consentement libre et éclairé, CEDH, 8 nov. 2011, V.C. c/ Slovaquie, § 106 s. à propos d'une stérilisation sans le consentement de la requérante).

Le même auteur a relevé toutefois que ce droit était « *absent pour l'heure de la jurisprudence de la Cour de justice* », même s'il était « *présent dans plusieurs « considérants Charte » d'actes de droit dérivé et pourrait de ce fait apparaître prochainement dans le contentieux.* »¹⁰.

⁹ [Romain Tinière- JurisClasseur Europe Traité - Encyclopédies - Fasc. 160 : CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE - §33](#)

¹⁰Ibid., §34

Il doit cependant être relevé qu'en application de l'article 51, paragraphe 1 de la même Charte précitée,

1. Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. En conséquence, ils respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives et dans le respect des limites des compétences de l'Union telles qu'elles lui sont conférées dans les traités.
2. La présente Charte n'étend pas le champ d'application du droit de l'Union au-delà des compétences de l'Union, ni ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelles pour l'Union et ne modifie pas les compétences et tâches définies dans les traités.

La Cour de justice de l'Union européenne en déduit que « *les droits fondamentaux garantis par la Charte devant, par conséquent, être respectés lorsqu'une réglementation nationale entre dans le champ d'application du droit de l'Union, il ne saurait exister de cas de figure qui relèvent ainsi du droit de l'Union sans que lesdits droits fondamentaux trouvent à s'appliquer. L'applicabilité du droit de l'Union implique celle des droits fondamentaux garantis par la Charte. Lorsque, en revanche, une situation juridique ne relève pas du champ d'application du droit de l'Union, la Cour n'est pas compétente pour en connaître et les dispositions éventuellement invoquées de la Charte ne sauraient, à elles seules, fonder cette compétence.* » ([CJUE, gde ch., 26 février 2013, Åklagaren c.Hans Åkerberg Fransson, aff. C-617/10, §21-22](#))

Or, comme le relève une auteure s'interrogeant sur les rapports entre la vaccination obligatoire et le droit de l'Union, la stratégie vaccinale relève de la responsabilité des États dans l'organisation de leur politique de santé:

« Chaque État membre vaccine conformément à la stratégie qu'il a définie ». Que la Commission elle-même rappelle ce qui peut paraître être un véritable dogme n'étonne guère. Le traité, en particulier l'article 168, § 7 du TFUE, énonce en effet une obligation pour l'action de l'Union en matière de santé d'être menée « dans le respect des responsabilités des États membres en ce qui concerne la définition de leur politique de santé, ainsi que l'organisation et la fourniture de services de santé et de soins médicaux » ce qui couvre évidemment la question vaccinale. La directive 2011/24/UE relative à l'application des droits des patients en matière de soins transfrontaliers le confirme en excluant de son champ d'application certaines catégories de soins, notamment ceux relevant des programmes de vaccination publique. Et d'ailleurs, ce dogme permet l'absence de consensus en matière vaccinal (notamment à propos de l'obligation vaccinale) tout autant, en ce temps de pandémie, que les stratégies vaccinales non coopératives (ou nationalisme vaccinal). »¹¹

Saisie d'une question préjudicielle relative à la compatibilité d'une législation nationale imposant une obligation pour les parents de faire vacciner leurs enfants mineurs avec les dispositions des articles 33 et 35 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la Cour de justice de l'Union européenne a relevé que « *la décision de renvoi ne contient aucun élément concret permettant de considérer que l'objet de la procédure au principal, relatif à la vaccination des*

¹¹ [Estelle Brosset - « Santé publique - Vaccins et vaccination contre la COVID-19 : le droit de l'Union là où on ne l'attend pas » Europe n° 1 du 1er janvier 2022 -](#)

enfants mineurs contre certaines maladies, concerne l'interprétation ou l'application d'une règle du droit de l'Union autre que celles figurant dans la Charte, avec la conséquence que le litige au principal ne relève pas d'une situation dans laquelle le droit de l'Union est mis en œuvre, au sens de l'article 51, paragraphe 1, de la Charte. ». Rappelant que « *lorsqu'une situation juridique ne relève pas du champ d'application du droit de l'Union, la Cour n'est pas compétente pour en connaître et les dispositions éventuellement invoquées de la Charte ne sauraient, à elles seules, fonder cette compétence* » a en conséquence dit « *que le litige au principal ne [relevait] pas d'une situation dans laquelle le droit de l'Union est mis en œuvre, au sens de l'article 51, paragraphe 1, de la Charte.* », et s'est déclaré manifestement incompétente pour répondre aux questions posée ([CJUE, ordonnance, 17 juillet 2014, Široká c. Slované](#), § 24-26).

S'interrogeant sur la transposition possible de cette décision à l'invocation de la charte à l'encontre de l'obligation vaccinale contre le Covid-19, l'auteure précitée¹² a retenu le difficile rattachement à un droit de l'Union:

Certes, l'inapplicabilité semble contextuelle, liée au fait que la décision de renvoi n'a donné aucune indication sur ce point. Toutefois, structurellement, la difficulté d'applicabilité demeure et ce, alors même que les dispositions de la Charte potentiellement applicables (55) aux questions vaccinales sont nombreuses. La Cour exige en effet « l'existence d'un lien de rattachement d'un certain degré, dépassant le voisinage des matières visées ou les incidences indirectes de l'une des matières sur l'autre » (56). Or, la démonstration de l'existence d'un tel lien n'est pas, dans le domaine vaccinal, du fait des limites de la compétence de l'Union, aisée. Il n'y a donc guère de doute qu'une telle inapplicabilité serait répétée pour l'hypothèse d'une obligation vaccinale contre la COVID-19.

(55) Outre l'article 35, on pense à l'article 7 de la Charte qui énonce le droit au respect de la vie privée et familiale, en particulier car, dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, son équivalent, l'article 8, a été plusieurs fois sollicité à propos de mesures nationales en matière vaccinale. V. de façon tout à fait récente : CEDH, 8 avr. 2021, n° 47621/13, Vavricka et a. c/ République Tchèque : JurisData n° 2021-004904. – P. Marguénaud, La vaccination obligatoire au test des droits de l'homme : RTD civ. 2021, p. 364.

(56) CJUE, 6 mars 2014, aff. C-206/13, Siragusa, pt 24

Le présent rapport vaut avis sur le fondement de l'article 16 du code de procédure civile, la cour pouvant s'interroger sur l'absence potentielle de rattachement du litige au principal à une situation dans laquelle le droit de l'Union est mis en œuvre, au sens de l'article 51, paragraphe 1, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Les avocats constitués disposent d'un délai d'un mois à compter du dépôt du rapport pour adresser leurs observations.

4.3.3 - Doctrine et jurisprudence relatives la compatibilité des dispositions de la loi du 5 août 2021 avec les droits fondamentaux

Dès son adoption, et à l'occasion des premiers recours à l'encontre des décisions de suspension prises en application de ce texte, la doctrine s'est interrogée sur la compatibilité de la loi du 5 août 2021 avec les droit fondamentaux, qu'ils relèvent du bloc de constitutionnalité ou des conventions internationales.

¹² Ibid, §8

Certains auteurs ont considéré que cette compatibilité n'était pas discutable au regard, concernant la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, de l'absence de mise en oeuvre du droit communautaire, et concernant les droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, par transposition de l'arrêt Wawricka précité:

[Olivier Magnaval et Ianis Tamoud](#), La suspension pour non-respect de l'obligation vaccinale à l'épreuve du juge des référés, JCP A n°44-45, 2 novembre 2021, n°649

"3. La conventionalité de l'obligation vaccinale
L'impossible recours au droit communautaire. – Les requérants se prévalent, en nombre, des dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi que de la méconnaissance du règlement européen sur le « passe sanitaire ». Ces moyens ne résistent toutefois pas à l'examen du juge (TA Bordeaux, JR, 29 sept. 2021, n° 2104958), dès lors que l'obligation vaccinale ne met pas en œuvre le droit communautaire et que la Cour de justice avait, par une ordonnance, renvoyé « au tri », une saisine préjudicielle portant sur la vaccination obligatoire des enfants slovaques, après avoir constaté sa propre incompétence (CJUE, ord., 17 juil. 2014, aff. C-459/13).

Un arrêt récent de la Cour européenne des droits de l'Homme. – Dans un arrêt très remarqué du 8 avril 2021, la CEDH avait validé la vaccination obligatoire des enfants tchèques, jugeant cette obligation conforme aux objectifs de protection de la santé et de protection des droits d'autrui au sens de l'article 8 de la Convention (CEDH, 8 avr. 2021, n° 47621/23, Vavricka et a. c. République tchèque [GC]). La démonstration de la violation de l'article 8 de la Convention est donc rendue plus difficile, la transposition à la covid-19 apparaissant toute indiquée.."

[Jacques-Frédéric Sauvage « Faire cesser un trouble manifestement illicite... ou en créer un ? A propos de l'obligation vaccinale contre la Covid-19 », JCP G n° 4 du 31 janvier 2022, act 227](#)

"Outre qu'il n'était pas envisageable de retenir un trouble « manifestement » illicite, il était évident que contraindre un employeur à verser une rémunération à un salarié que la loi interdisait de faire travailler aurait conduit à créer un trouble manifestement illicite. C'est dans ce sens que la quasi-totalité des décisions des conseils de prud'hommes sont allées en rejetant les demandes présentées. C'est aussi dans ce sens que vont statuer les juridictions administratives saisies à propos de la situation des agents publics.

(...)

Il est incontestable que certains de ces litiges engagés à tort devant les formations de référé sont susceptibles de se retrouver devant les conseils de prud'hommes saisis au fond sur la conformité de la loi au regard du droit européen. Nous allons nous trouver devant le même type de discussions connus à l'occasion du barème Macron.

Il faudra alors avoir en mémoire que :

- le préambule de la Constitution de 1946 garantit tout à la fois le droit à la santé et le droit au travail ;
- les normes européennes garantissent également ces deux droits ;
- aucun texte européen d'application directe ne privilégie le droit à l'emploi sur le droit à la santé ;
- la Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt du 8 avril 2021 précité, a rappelé que les États membres de l'Union européenne disposent d'une marge d'appréciation pour garantir le droit à la vie et à la protection de leur population : « La Cour admet que le choix du législateur tchèque d'opter pour une stratégie de vaccination obligatoire est étayé par des motifs pertinents et suffisants (...) ».

Conclusion. – Il est incontestable que la loi française ne contrevient à aucune disposition constitutionnelle ainsi que l'a rappelé le Conseil constitutionnel. Elle ne contrevient à aucun texte européen d'application directe. Il faut aussi être conscient que ces mesures ne peuvent être indéfiniment prolongées dès lors que la pandémie, et le droit à la santé qui va avec,

s'éloigne et que la persistance de la suspension des contrats, et le droit à l'emploi qui va avec, est maintenue. L'équilibre souligné par le Conseil constitutionnel pourrait alors se trouver mis en cause en ce que ce dernier avait souligné dans sa décision le caractère temporaire de ces dispositions. Toujours est-il qu'il n'est pas question de créer un trouble manifestement illicite au détriment des employeurs qui sont contraints d'appliquer la loi et de suspendre les contrats."

D'autres auteurs ont toutefois émis des réserves sur la possibilité de transposer la décision Wawricka à la vaccination obligatoire contre le Covid-19 (cf. également les avis de D. Sudre, E. Dreyer et J.P. Marguénaud précités point 4.3.2.1):

[Antoine Touzain](#), « QPC - Obligation vaccinale de certains salariés : inconventionnalité n'est pas inconstitutionnalité ! », JCP G n° 4 du 31 janvier 2022, act. 140
"Si la Cour européenne devrait prochainement statuer dans l'affaire Thévenon (n° 46061/21), il serait présomptueux d'anticiper la position qui sera la sienne et il serait prématuré de conclure à la conventionnalité ou non de l'obligation vaccinale contestée. En effet, si cette juridiction a pu refuser de prononcer la suspension de l'obligation vaccinale pour atteinte au droit à la vie et au droit au respect de la vie privée et familiale, ce n'était que dans le cadre d'une demande de mesures provisoires (CEDH, 24 août 2021, n° 41950/21, Abgrall et 671 a. c/ France) ; ce rejet ne présage pas des décisions ultérieures au fond.

À l'inverse, il est tout aussi difficile d'arguer de la conventionnalité récemment reconnue aux vaccinations infantiles obligatoires (CEDH, 8 avr. 2021, n° 47621/13, Vavricka et a. c/ République Tchèque : JurisData n° 2021-004904 ; JCP G 2021, act. 444, obs. F. Sudre), l'atteinte au droit au respect à la vie privée ayant été considérée comme poursuivant un but légitime et comme étant proportionnée. **En effet, la Cour, consciente du contexte, a alors fait preuve d'une « grande prudence » en précisant que sa décision portait « sur la vaccination usuelle et de routine des enfants contre des maladies qui sont bien connues de la médecine » : comme l'a souligné un auteur, « l'implicite est évident ! »** (M. Saulier, Obligation vaccinale : l'arrêt prophétique de la CEDH ? : AJ famille 2021, p. 309. - Adde, J.-P. Marguénaud, La vaccination infantile obligatoire au test des droits de l'homme : RTD civ. 2021, p. 364).

[Marie-Laure Moquet-Anger](#), « Responsabilité médicale - Droit de la santé – Responsabilité médicale et hospitalière . - Décisions d'avril 2021 à septembre 2021 », JCP A n° 4 du 31 janvier 2022, 2033

"Les législateurs européens et par voie de conséquence le parlement français ne sauraient s'abstraire de toute justification (l'objectif poursuivi) et de limites à l'obligation vaccinale (personnes ou maladies concernées) afin d'assurer la proportionnalité des mesures au but poursuivi, dès lors que, comme le rappellent la Cour européenne dans l'affaire Vavricka et le Conseil d'État dans l'arrêt précité du 6 mai 2019, la vaccination obligatoire constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée. En effet, pour admettre que les autorités tchèques étaient restées dans les limites de l'ample marge d'appréciation dont elles jouissaient en la matière, la Cour s'est appuyée sur l'existence d'un besoin social impérieux (celui de protéger la santé individuelle, et publique contre les maladies en question et d'éviter toute tendance à la baisse du taux de vaccination des enfants) (§ 283 et 284) et a estimé que les mesures étaient proportionnées (faible montant des amendes, caractère moins punitif que préventif des mesures et absence de recours à la contrainte) au but légitime poursuivi. Clairement, l'immunité de groupe que permet le recours à la vaccination de masse est la seule qui peut assurer la protection de tous et, en l'occurrence, spécialement des enfants qui ne peuvent être vaccinés pour raison médicale. Comme le note très justement L. Burgogue-Larsen (AJDA 2021, chron., p. 1918) **la Cour a valorisé l'impératif de solidarité sociale. Si cela confirme la position de la Haute Juridiction administrative française, cette dernière se montre cependant plus précise en retenant, dans son contrôle de proportionnalité, la gravité de la maladie concernée par l'obligation vaccinale, son caractère plus ou moins contagieux, l'efficacité du vaccin et les risques ou effets indésirables qu'il peut présenter** (CE, 6 mai 2019, n° 419242 : Lebon p. 157, pt 5 ; préc.). **Probablement est-ce là, dans ces deux**

derniers motifs, que se trouve le choix du parlement français à l'été 2021, de ne pas généraliser l'obligation vaccinale contre la covid-19 et de laisser à la population, sauf pour les professionnels limitativement énumérés (à noter que la Cour européenne qui a rejeté pour recours abusif la requête d'un enseignant français et de 18 000 requêtes standardisées contre le passe sanitaire – CEDH, 7 oct. 2021, n° 41994/21, M. Zambrano c/ France – est saisie d'une requête contre l'obligation vaccinale des pompiers) **le choix entre d'une part la liberté de ne pas se faire vacciner, avec les conséquences que cela entraîne en termes de vie quotidienne, et d'autre part la responsabilité d'adhérer à la vaccination, laquelle participe à la restitution d'une vie plus libre, moins menacée par les interdictions."**

[Sophie Monnier, « L'obligation vaccinale en sursis ? » JCP A n°26, 28 juin 2021, act. 408](#)

Dans un arrêt du 8 avril 2021, la CEDH a appréhendé la question de l'obligation vaccinale des enfants mineurs. Elle a pris en compte non seulement l'atteinte portée au respect de la vie privée qu'elle estime justifiée au nom de la protection de la santé mais elle a aussi invoqué l'importance de l'obligation vaccinale au regard de la solidarité sociale car l'objet de l'obligation en cause est « de protéger la santé de tous les membres de la société, en particulier des personnes qui sont particulièrement vulnérables face à certaines maladies et pour lesquelles le reste de la population est invité à prendre un risque minime en se faisant vacciner » (CEDH, 8 avr. 2021, n° 47621/13 et a., Vavricka et a. c/ République Tchèque : JCP G 2021, 444, note F. Sudre). Il est d'autant plus intéressant de relever ce nouveau fondement de l'obligation vaccinale que le concept de solidarité sociale est peu mobilisé par la Cour.

Une telle considération portée à la solidarité sociale n'est pas sans rappeler la conception de Duguit. Pour lui, ce qui compte « ce n'est pas que les hommes naissent libres et égaux en droit, mais bien qu'ils naissent membres d'une collectivité et assujettis par ce fait à toutes les obligations qu'impliquent le maintien et le développement de la vie collective » (S. Pinon, Léon Duguit face à la doctrine constitutionnelle naissante : RDP 2010, p. 523. – L. Duguit, Manuel de droit constitutionnel, 4e éd., 1923, p. 5). **Si la solidarité sociale n'apparaît pas explicitement comme fondement de l'obligation vaccinale en France, elle l'est indirectement au travers du régime de responsabilité mis en œuvre. En effet, la réparation des dommages résultant de la vaccination obligatoire est fondée sur la solidarité nationale** (M.-L. Moquet-Anger, L'indemnisation des victimes de dommages causés par des vaccins : JCP A 2021, act. 55). **Ce régime d'indemnisation favorable aux victimes peut être considéré comme une forme de compensation en contrepartie des obligations imposées par la collectivité dans l'intérêt général."**

Enfin, certains auteurs ont mis en exergue les difficultés spécifiques inhérentes à l'absence de recul scientifique sur les effets de la vaccination contre la Covid-19, et également l'impact particulier que pouvait représenter, dans le contrôle de proportionnalité, la privation de rémunération qu'entraînant la suspension du contrat de travail:

[Controverse : En quelle mesure l'employeur peut-il prendre en compte le statut vaccinal du salarié ? – Laurent Gamet – Lucie Jubert-Tomasso – Rev. trav. 2021. 484](#)

Que de nombreuses libertés constitutionnelles soient en jeu avec le passe sanitaire, voilà qui ne souffre pas la discussion. Il est cependant **admis que ces libertés puissent être restreintes pour garantir d'autres libertés ou droits constitutionnels. Pas seulement dans les dictatures, n'en déplaise aux manifestants, les droits individuels trouvent leur limite quand sont en jeu les droits d'autrui** (art. 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) ou des considérations d'ordre public. C'est justement à cet exercice de conciliation des exigences constitutionnelles que s'est livré, ni plus ni moins, le Conseil constitutionnel dans sa décision du 5 août 2021 (Cons. const. 5 août 2021, n° 2021-824 DC, Loi relative à la gestion de la crise sanitaire, AJDA 2021. 1652 ; D. 2021. 1548, obs. C. const. ; AJ fam. 2021. 448, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; JT 2021, n° 244, p. 6, obs. E. Royer),

conciliant l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé avec le respect des droits et libertés en jeu.

Le point finalement le plus sensible est le postulat (scientifique) à la base de la loi.

Peut-on aller jusqu'à affirmer, ce qui justifie pourtant le passe sanitaire, que les personnes vaccinées transmettent très peu, voire quasiment pas, la covid-19 ? ***Les dernières études apportent de la nuance, même s'il est acquis que les vaccinés sont (moitié ?) moins contagieux. Vu alors sous le prisme de la proportionnalité, les mesures barrières (distance, gel, masque, etc.) étaient-elles si insuffisantes (not. dans la sphère professionnelle, v. infra) et le passe sanitaire, si nécessaire ? Curieusement, le débat a peu porté sur ce point et le Conseil constitutionnel s'est tenu à l'absence d'erreur manifeste d'appréciation par le législateur.(...)***

Il n'empêche que ***la vaccination collective répond au souhait de protéger d'une contamination, de parvenir à une immunité collective (illusoire ?) et, à plus brève échéance, éviter la saturation des services hospitaliers*** qui, non seulement met en danger ceux qui ne sont pas vaccinés, mais aussi (et la question prend alors sa dimension collective) tous ceux admis pour d'autres raisons en réanimation ou qui voient leurs soins reportés, ce qui fait courir à bon nombre un péril de mort (combien de cancers ne sont-ils pas diagnostiqués ?). ***À cela, on s'entend dire, par certains, qu'ils n'en ont rien à faire et que la liberté, c'est de pouvoir faire ce qu'ils veulent. Cela n'est pas acceptable : il s'agit ici, au-delà des aspirations individualistes, de faire société, de faire communauté, de civisme, pour le dire en un mot. En ce sens, l'invocation par le Conseil constitutionnel du principe de fraternité aurait eu une charge symbolique forte. (...)***

Quoique l'éloignement temporaire du salarié de son poste soit lié à son état de santé, c'est également hors du cadre du régime l'inaptitude. Ainsi, l'article 1er de la loi du 5 août 2021 ne prévoit pas de véritable obligation de reclassement en cas de non-présentation du passe-sanitaire, mais un simple erztaz. Après une période équivalente à trois jours travaillés, l'employeur convoque le travailleur réfractaire à un entretien « afin d'examiner avec lui les moyens de régulariser sa situation, notamment les possibilités d'affectation, le cas échéant temporaire, au sein de l'entreprise sur un autre poste non soumis à cette obligation ». Le législateur reste toutefois muet sur la nature juridique exacte de cet « examen » ou sur les conséquences du non-respect de cette procédure. ***De plus, rien n'oblige ni n'incite l'employeur à agir devant une situation de blocage persistante, bien au contraire. Propre au droit de l'inaptitude, l'obligation de reprise du paiement du salaire après un mois d'inaction disparaît.***

En somme, la menace de la suspension du contrat de travail constitue le plus fort levier de prévention du risque de propagation de l'épidémie en ce qu'il incite les travailleurs à se soumettre à l'obligation vaccinale ou à la présentation du passe-sanitaire - lequel est lui-même une incitation à la vaccination contre la covid-19. Par un étrange renversement, alors qu'elle est souvent considérée par la doctrine comme un mécanisme protecteur des travailleurs lorsque pèse une menace sur l'emploi, la suspension du contrat devient l'instrument même de la menace. (...)

Quelle que soit la force de la contrainte et du contrôle qui pèse sur les travailleurs, il n'en demeure pas moins que ***ces derniers ne sont pas entièrement dénués de toute liberté de choix dans leur conduite à l'égard de la vaccination et, plus largement sans doute, des risques sanitaires et professionnels auxquels ils sont exposés sur le lieu de travail.***

La liberté de choix orientée du travailleur. Y compris dans le cadre d'une obligation vaccinale, ***le consentement libre et éclairé du patient demeure la règle.*** Cet acte médical ne peut être imposé, quoique son refus puisse justifier un licenciement (Soc. 11 juill. 2012, n° 10-27.888, Bull. civ. V, n° 221). Les dispositions relatives au passe-sanitaire sont encore plus parlantes quant à la liberté formellement accordée au travailleur de se soumettre ou non à la vaccination puisqu'il peut présenter trois types de documents (un examen de dépistage virologique négatif ou un justificatif de statut vaccinal ou un certificat de rétablissement). Reste que ***l'incitation à la vaccination est forte*** puisque le travailleur faisant le choix du dépistage virologique devrait s'y soumettre tous les trois jours et - bientôt - les financer lui-

même. Ainsi, **la liberté du travailleur de se soumettre ou non à la vaccination contre la covid-19 est limitée, mais elle est surtout dirigée et orientée.**

[Obligation vaccinale contre la Covid-19 : une protection de la population nocive pour l'entreprise ? – Kristel Meiffret-Delsanto – Droit social 2022. 104](#)

Au regard de cet arrêt éclairant et de la compréhension dont fait preuve la CEDH lors de ses arbitrages entre la protection collective et les droits individuels, **il paraît raisonnable d'estimer que la conventionnalité de l'obligation vaccinale contre la Covid-19 n'est pas en péril.** Nul ne niera la gravité, voire la létalité de la Covid-19. Nul ne peut non plus contredire sa forte contagiosité, l'impact qu'elle produit sur le système de soins en particulier et la sclérose de notre société qu'elle induit. À son tour, l'argument relatif à l'« absence de recul » sur les vaccins inoculés dans ce contexte paraît insuffisant pour que la législation française échoue au test de proportionnalité(60), particulièrement si l'on met en perspective le nombre de personnes aujourd'hui vaccinées à l'échelle du monde, l'écoulement du temps depuis les premières vaccinations et l'adhésion majoritaire des instances sanitaires en faveur de la vaccination(61). Pour autant, la conformité de l'ensemble du dispositif français n'est pas acquise. **Un ersatz de doute s'immisce du fait de l'importance de la « sanction »(62) encourue par le salarié, le travailleur non vacciné.** À cet égard, il semble difficile de raisonner par analogie tant la sanction était différente(63). Qu'en sera-t-il de la mesure consistant à suspendre automatiquement le contrat de travail des salariés, les privant de moyens de subsistance ? **La possibilité d'exercer un autre emploi pendant la suspension sera-t-elle suffisante ?** À l'instar de l'une des demandes formulées par P. Thévenon, à l'occasion d'un recours, non rejeté(64) par la CEDH, se pourrait-il que la mesure de suspension automatique du contrat constitue une atteinte aux biens, au droit de propriété protégé par le Protocole additionnel n° 1 à la Convention EDH ?

Si l'on peut considérer que dans son principe l'obligation de vaccination contre la Covid-19 ne souffre que d'un risque infime d'inconventionnalité, **la question se pose néanmoins de la validité de la sanction économique (la suspension) envisagée.** Quelles seraient les conséquences ? Se pourrait-il que l'employeur doive assumer les conséquences financières de la suspension finalement illégitime du contrat de travail ? Pourrait-il se prévaloir d'une exception d'inexécution ? Voilà une incertitude de plus à laquelle l'employeur se trouve confronté en ces temps troublés.

(60) V., C. Lantero et D. Braunstein, Sur la licéité d'une obligation vaccinale anti Covid-19, RDLF 2021. Chron. 25. V. aussi, pour une approche pédagogique sur le fonctionnement des vaccins, les explications sur la rapidité de leur développement : T. Mignot et Y. Vacher (dir.), Quels types de vaccins contre la Covid-19 ?, sur le site diffusionlascience.fr, site soutenu et hébergé par le CNRS.

(61) V. les divers avis de la HAS en ce sens ou les communiqués de presse de l'OMS sur son site.

(62) Il ne s'agit pas d'une sanction disciplinaire mais de la suspension du fait de l'impossibilité d'exercer les fonctions du fait du non-respect d'une obligation légale subordonnant ces manquements.

(63) Dans les affaires discutées, la sanction était d'une autre nature et le prononcé d'une amende administrative était tenu comme relativement modéré au regard de l'objectif poursuivi (aff. Vavrika, préc., § 293).

(64) CEDH, 5e sect., 7 oct. 2021, n° 46061/21, Patrick Thevenon c/ France. À l'inverse, les recours des « Zambrano » ont été rejetés pour des questions de procédure (en raison du non-épuisement des voies de recours et de leur caractère abusif). V. CEDH, 7 oct. 2021, n° 41994/21, Zambrano c/ France, AJDA 2021. 2006 ; v. N. Fricéro, Saisine de la Cour européenne - recevabilité de la requête individuelle, Procédures 2022. Comm. 13.

Le Conseil d'Etat, saisi d'une requête en référé-liberté aux fins de suspension de la décision de suspension d'un membre du personnel à raison du défaut de vaccination en application des textes susvisés, a rejeté les griefs tirés d'une absence de conformité de ces textes aux conventions internationales aux motifs suivants :

5. En premier lieu, il est constant que les vaccins contre la covid-19 administrés en France **ont fait l'objet d'une autorisation de mise sur le marché conditionnelle de l'Agence européenne du médicament, qui procède à un contrôle strict des vaccins afin de garantir que ces derniers répondent aux normes européennes en matière de sécurité, d'efficacité et de qualité et soient fabriqués et contrôlés dans des installations agréées et certifiées.** Contrairement à ce que soutient le requérant, ils **ne sauraient dès lors être regardés comme des médicaments expérimentaux au sens de l'article L. 5121-1-1 du code de la santé publique.** Est par suite 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'Oviedo 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.

6. En deuxième lieu, **le droit à l'intégrité physique fait partie du droit au respect de la vie privée au sens des stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, telles que la Cour européenne des droits de l'homme les interprète. Une vaccination obligatoire constitue une ingérence dans ce droit, qui peut être admise si elle remplit les conditions du paragraphe 2 de l'article 8 et, notamment, si elle est justifiée par des considérations de santé publique et proportionnée à l'objectif poursuivi.** Il doit ainsi exister un rapport suffisamment favorable entre, d'une part, la contrainte et le risque présentés par la vaccination pour chaque personne vaccinée et, d'autre part, le bénéfice qui en est attendu tant pour cet individu que pour la collectivité dans son entier, y compris ceux de ses membres qui ne peuvent être vaccinés en raison d'une contre-indication médicale, compte tenu à la fois de la gravité de la maladie, de son caractère plus ou moins contagieux, de l'efficacité du vaccin et des risques ou effets indésirables qu'il peut présenter.

7. L'article 12 de la loi du 5 août 2021 a défini le champ de l'obligation de vaccination contre la covid-19 **en retenant, notamment, un critère géographique pour y inclure les personnes exerçant leur activité dans un certain nombre d'établissements, principalement les établissements de santé et des établissements sociaux et médico-sociaux, ainsi qu'un critère professionnel pour y inclure les professionnels de santé afin, à la fois, de protéger les personnes accueillies par ces établissements qui présentent une vulnérabilité particulière au virus de la covid-19 et d'éviter la propagation du virus par les professionnels de la santé dans l'exercice de leur activité qui, par nature, peut les conduire à soigner des personnes vulnérables ou ayant de telles personnes dans leur entourage.** Le fait que l'obligation de vaccination concerne aussi des personnels qui ne sont pas en contact direct avec les malades est sans incidence dès lors qu'ils entretiennent nécessairement, eu égard à leur lieu de travail, des interactions avec des professionnels de santé en contact avec ces derniers. Il s'ensuit que, **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.

8. En troisième lieu, pour les mêmes motifs que ceux exposés au point 7, l'obligation vaccinale pesant sur le personnel exerçant dans les établissements de santé ne porte pas une atteinte grave et manifestement illégale au droit à la dignité de la personne humaine invoqué par la requérante au regard de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, du pacte international relatif aux droits civils et politiques et du pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, au droit du patient de donner son consentement libre et éclairé aux soins médicaux qui lui sont prodigués et à la liberté individuelle.

9. En quatrième lieu, si certaines discriminations peuvent, eu égard aux motifs qui les inspirent ou aux effets qu'elles produisent sur l'exercice d'une telle liberté, constituer des atteintes à une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, la méconnaissance du principe d'égalité ne révèle pas, par elle-même, une atteinte de cette nature. Par suite, la circonstance que les personnes présentant un certificat médical de contre-indication vaccinale ne sont pas susceptibles de faire l'objet de la mesure de suspension prévue par l'article 14 de la loi du 5 août 2021 ne peut conduire, en tout état de cause, le juge des référés à ordonner des mesures sur le fondement de l'article L. 521-2 précité.

(...)

11. Il résulte de tout ce qui précède que **la décision de suspension contestée ne porte aucune atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale.**

Cette décision a depuis lors été confirmée concernant des demandes d'annulation des dispositions, relatives à l'obligation de vaccination imposée à certains personnels et relatives au « passe sanitaire », du décret du 1er juin 2021, créées ou modifiées par le décret du 7 août 2021 :

[Conseil d'Etat, 29 décembre 2022, n° 455530, 455558, 455770, 456063, 456160, 456193, 456195, 456533, 457236, 457266, 457340, 458244](#)

30. En tout état de cause et en premier lieu, par les dispositions rappelées au point 28, le législateur a entendu protéger les personnes vulnérables et garantir la continuité des soins et de certains services. Il ressort des pièces du dossier et notamment des avis du comité de scientifiques alors prévu par l'article L. 3131-19 du code de la santé publique, de la Haute Autorité de santé et du Conseil d'orientation de la stratégie vaccinale, invoqués par les requérants, que la couverture vaccinale des professionnels de santé était encore insuffisante pour stopper la propagation du virus. Il n'apparaît pas qu'une protection équivalente aurait pu être obtenue en leur permettant de se faire tester périodiquement ou par d'autres mesures, telles que le respect des distances avec leurs malades.

31. En deuxième lieu, si l'obligation de vaccination s'applique aussi à des personnels qui ne sont pas en contact direct avec les malades, la plupart entretiennent nécessairement, eu égard à leur lieu de travail, des interactions avec des professionnels de santé en contact avec ces derniers. La cohérence justifiait de soumettre à cette obligation tous les agents qui travaillent régulièrement au sein de locaux relevant d'un établissement de santé. Il en est de même des personnels qui bénéficient d'une décharge, même totale, d'activité de service pour exercer des activités syndicales, dès lors qu'ils exercent celle-ci dans les mêmes locaux, puisqu'ils sont normalement appelés à rencontrer leurs collègues. En soumettant à l'obligation les personnels d'établissements accueillant de jeunes enfants, le législateur a tenu compte de ce que leur activité est peu compatible avec les « gestes barrières » et de la nécessité de ralentir la propagation du virus. Si certains requérants allèguent que des professionnels peuvent réaliser des prestations sans aucun contact avec les patients, notamment par la téléconsultation, il ne ressort de leur argumentaire ni qu'ils pourraient procéder ainsi de manière systématique et durable, ni qu'une telle dérogation serait compatible avec la nécessité d'un contrôle effectif.

32. En troisième lieu, s'il n'a pas fixé de limite dans le temps, le législateur a agi non seulement face à la vague épidémique alors en cours, mais aussi en prévision de vagues épidémiques futures. Le cas échéant, il appartiendrait au Gouvernement de faire usage du IV de l'article 12 de la loi du 5 août 2021, qui dispose : « un décret, pris après avis de la Haute Autorité de santé, peut, compte tenu de l'évolution de la situation épidémiologique et des connaissances médicales et scientifiques, suspendre, pour tout ou partie des catégories de personnes mentionnées au I, l'obligation prévue au même I ». Par ailleurs, si l'article 12 n'a pas prévu d'exception pour certaines parties du territoire, l'épidémie était généralisée.

Quant aux conséquences de la méconnaissance de l'obligation vaccinale :

33. L'article 14 de la loi du 5 août 2021 prévoit que les personnes mentionnées au I de l'article 12 qui ne satisfont pas à leurs obligations ne peuvent plus exercer leur activité. Dans ce cas, l'agent ou le salarié est suspendu de ses fonctions ou de son contrat de travail. Toutefois, selon le même article 14, prévoyant une entrée en vigueur progressive de l'obligation vaccinale, les personnes soumises à cette obligation pouvaient, jusqu'au 14 septembre 2021, continuer d'exercer leur activité sous réserve de présenter, non seulement un certificat de statut vaccinal, un certificat de rétablissement en cours de validité ou un certificat médical de contre-indication, mais aussi un résultat de test de dépistage virologique négatif en cours de validité. Jusqu'au 15 octobre 2021 inclus, ils pouvaient, dans le cadre d'un schéma vaccinal comprenant plusieurs doses, justifier de l'administration d'au moins une des doses requises sous réserve de présenter un résultat de test négatif. En outre, les II et III prévoient que lorsque l'employeur constate qu'un agent public ou un salarié ne peut plus exercer son activité, 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 ou le salarié peut utiliser, avec l'accord de son employeur, des jours de congés payés. Enfin, il résulte des mêmes II et III que l'interdiction et la suspension prennent fin dès que le salarié ou l'agent remplit les conditions nécessaires à l'exercice de son activité. Il résulte de ce qui précède que, si l'interdiction et la suspension sont de plein droit, ce qui est cohérent avec la nature de l'obligation, elles sont entourées de garanties adaptées.

34. Les requérants soutiennent que la loi a insuffisamment défini les conditions, modalités et conséquences de l'interdiction ou de la suspension, et que le décret attaqué n'y a pas pourvu. Toutefois, ils ne sauraient se prévaloir des stipulations de l'article 35 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, lesquelles s'appliquent aux Etats membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union européenne et non aux situations seulement régies par le droit interne. Eu égard aux termes de la loi, le décret n'avait en tout état de cause pas à fixer d'autres modalités telles qu'une notification de l'interdiction d'exercer ou à apporter des précisions qui se déduisent de la loi elle-même, telles que la date d'effet de l'interdiction d'exercer. L'information préalable à la suspension, prévue, ainsi qu'il a été dit au point précédent, par la loi elle-même, met l'agent ou le salarié en mesure de faire valoir ses droits. Le décret n'avait pas davantage à fixer des règles qui relèvent du droit commun, comme les voies de recours ou les conséquences disciplinaires éventuelles ou les garanties qui entourent celles-ci.

[Conseil d'Etat, 3 mars 2023, n°457.237](#)

7. En instituant l'obligation vaccinale notamment pour les professionnels de santé, que la Haute autorité de santé estimait indispensable dans son avis du 8 juillet 2021, le législateur a entendu protéger les personnes vulnérables et garantir la continuité des soins et d'autres services indispensables à ces mêmes personnes. Si les professionnels justifiant d'une contre-indication médicale reconnue peuvent continuer à exercer leur activité et si par ailleurs certains déplacements ou l'accès à certains lieux recevant du public étaient seulement soumis à la présentation d'un « passe sanitaire », les requérants ne sauraient en déduire que l'obligation vaccinale serait inutile. Si l'obligation de vaccination s'applique aussi à des personnels qui ne sont pas nécessairement en contact direct avec les patients, il résulte de la définition des locaux où ils travaillent, telle que fixée par l'article 49-2 attaqué, qu'ils entretiennent nécessairement des interactions avec des professionnels de santé en contact avec ces patients. Le cas échéant, il appartiendrait au Gouvernement de faire usage du IV de l'article 12 de la loi du 5 août 2021, selon lequel un décret, pris après avis de la Haute Autorité de santé, peut, compte tenu de l'évolution de la situation épidémiologique et des connaissances médicales et scientifiques, suspendre l'obligation vaccinale pour tout ou partie des catégories de personnes qui en relèvent.

8. Selon l'article 14 de la loi du 5 août 2021, qui prévoit une entrée en vigueur progressive de l'obligation vaccinale, les personnes soumises à cette obligation pouvaient, jusqu'au 14 septembre 2021, continuer d'exercer leur activité sous réserve de présenter, non seulement un certificat de statut vaccinal, un certificat de rétablissement en cours de validité ou un certificat médical de contre-indication, mais aussi un résultat de test de dépistage virologique négatif en cours de validité. Jusqu'au 15 octobre 2021 inclus, ils pouvaient, dans le cadre d'un schéma vaccinal comprenant plusieurs doses, justifier de l'administration d'au moins une

des doses requises sous réserve de présenter un résultat de test négatif. En outre, il résulte des dispositions du même article que l'interdiction d'exercer prend fin dès que la personne concernée remplit les conditions nécessaires à l'exercice de son activité. En vertu des dispositions combinées de l'article 16 de la même loi et de l'article L. 3136-1 du code de la santé publique, la méconnaissance de l'interdiction d'exercer est punie de l'amende prévue pour les contraventions de la quatrième classe et, si les violations sont constatées à plus de trois reprises dans un délai de trente jours, de six mois d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende ainsi que de la peine complémentaire de travail d'intérêt général. Eu égard à ce qui a été dit aux points précédents, de telles conséquences ou sanctions n'ont pas un caractère disproportionné au regard de l'objectif poursuivi. Par suite, les requérants ne sont, en tout état de cause, pas fondés à soutenir que les dispositions attaquées auraient été prises pour l'application d'une législation incompatible avec le droit au respect de la vie privée et familiale ou avec le droit au consentement aux soins, ou portant une atteinte disproportionnée à ces droits, ou présentant un caractère discriminatoire.

Statuant sur la loi de pays instaurant une obligation vaccinale en Polynésie française, le Conseil d'Etat a relevé que cette obligation apportait des restrictions justifiées au droit à la vie privée:

[Conseil d'Etat, 10 décembre 2021, n°456.004, publié au recueil Lebon](#)

Quant aux moyens tirés du caractère expérimental des vaccins :

20. Il ressort des pièces du dossier que tous les vaccins contre la covid-19 autorisés par le gouvernement de la Polynésie française ont fait l'objet d'une autorisation de mise sur le marché par l'Agence européenne du médicament. Il ne peut pas être sérieusement contesté que cette dernière autorisation est toujours en vigueur. Si l'autorisation est conditionnelle, il ne s'ensuit pas pour autant que la vaccination obligatoire aurait le caractère d'une expérimentation médicale ou d'un essai clinique, lesquels au surplus obéissent à d'autres fins. Sont donc inopérants les moyens tirés de ce que la " loi du pays " contestée méconnaîtrait les règles et principes auxquels sont subordonnés de tels essais ou expérimentations, notamment et en tout état de cause ceux de la convention sur les droits de l'homme et la biomédecine signée à Oviedo le 4 avril 1997.

Quant à la proportionnalité des dispositions contestées :

21. Aux termes de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : " Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. / Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ". Le droit à l'intégrité physique fait partie du droit au respect de la vie privée au sens de ces stipulations, telles que la Cour européenne des droits de l'homme les interprète. Une vaccination obligatoire constitue une ingérence dans ce droit, qui peut être admise si elle remplit les conditions du paragraphe 2 de l'article 8 et, notamment, si elle est justifiée par des considérations de santé publique et proportionnée à l'objectif poursuivi. Il doit ainsi exister un rapport suffisamment favorable entre, d'une part, la contrainte et le risque présentés par la vaccination pour chaque personne vaccinée et, d'autre part, le bénéfice qui en est attendu tant pour cet individu que pour la collectivité dans son entier, y compris ceux de ses membres qui ne peuvent être vaccinés en raison d'une contre-indication médicale, compte tenu à la fois de la gravité de la maladie, de son caractère plus ou moins contagieux, de l'efficacité du vaccin et des risques ou effets indésirables qu'il peut présenter.

22. En premier lieu, d'une part, l'émergence d'un nouveau coronavirus, responsable de la maladie à coronavirus 2019 ou covid-19 et particulièrement contagieux, a été qualifiée d'urgence de santé publique de portée internationale par l'Organisation mondiale de la santé le 30 janvier 2020, puis de pandémie le 11 mars 2020. Celle-ci prend

la forme de vagues soudaines, difficiles à prévenir et entraînant dans un délai très bref des conséquences particulièrement graves, y compris un nombre significatif de décès et la saturation des capacités hospitalières. **Ce risque s'est aggravé avec l'apparition d'un nouveau variant, encore plus contagieux, comme en témoigne la crise que la Polynésie française a connue à l'été 2021. En l'état des connaissances disponibles, la vaccination réduit de 95 % le risque d'hospitalisation, les risques de circulation du virus sont réduits lorsqu'une personne est vaccinée et il ressort des travaux préparatoires de la " loi du pays " que la très grande majorité des personnes admises dans un service de réanimation ou décédées n'étaient pas vaccinées. Le niveau de la vaccination, en l'absence d'obligation, n'était pas suffisant pour stopper des vagues épidémiques, qui n'ont pu l'être que par des mesures restreignant, notamment, l'exercice de la liberté d'aller et venir.**

23. D'autre part et comme rappelé au point 20, les vaccins **font l'objet d'une autorisation conditionnelle de mise sur le marché.** Or en vertu du règlement (CE) n° 507/2006 de la Commission du 29 mars 2006 relatif à l'autorisation de mise sur le marché conditionnelle de médicaments à usage humain relevant du règlement (CE) n° 726/2004 du Parlement européen et du Conseil, celle-ci ne peut être accordée que si le rapport bénéfice/risque est positif. Il ressort des pièces du dossier que les cas d'effets secondaires allégués sont trop rares ou trop mal établis pour compenser les bénéfices de la vaccination. **L'agence européenne du médicament procède à un contrôle strict des vaccins afin de garantir que ces derniers répondent aux normes européennes en matière de sécurité, d'efficacité et de qualité et soient fabriqués et contrôlés dans des installations agréées.**

24. En deuxième lieu, si l'article LP. 7 de la loi du pays dispense de l'obligation vaccinale les personnes présentant une contre-indication prévue par l'autorisation de mise sur le marché des vaccins disponibles, son article LP. 5 prévoit qu'un arrêté en conseil des ministres précise les personnes concernées par l'obligation. Il appartient ainsi au conseil des ministres de lister, le cas échéant, les autres contre-indications justifiant une dispense et, en vertu de l'article LP. 6 de la loi du pays, d'actualiser cette liste compte tenu de l'évolution des connaissances médicales et scientifiques. Par suite, les requérants ne sont en tout état de cause pas fondés à soutenir que seules les contre-indications prévues par l'autorisation de mise sur le marché seraient admises. La " loi du pays " a pu légalement prévoir qu'elles ne seraient pas laissées à l'appréciation de chaque médecin.

25. En troisième lieu, le législateur du pays a fait le choix d'appliquer l'obligation aux personnes que leurs activités mettent en contact avec le public ou avec des personnes fragiles, à celles exerçant des activités indispensables à la vie de la collectivité, à celles dont l'activité n'est pas compatible avec les " gestes barrières " et à celles que leur état de santé expose aux formes les plus graves de la maladie. **Le but n'étant pas seulement de préserver directement les personnes fragiles mais aussi de ralentir la circulation du virus, il n'était pas tenu d'en exclure les personnes qui travaillent au contact d'enfants ni de limiter la mesure aux personnels de santé.** Les personnes rétablies de la maladie n'étant immunisées qu'à court terme, il n'était pas davantage tenu de les exclure. Le champ de cette obligation apparaît ainsi cohérent et proportionné au regard de l'objectif de santé publique poursuivi.

26. En quatrième lieu, le législateur du pays pouvait de même, eu égard à la nature de l'obligation, choisir de ne pas fixer de limite dans le temps, dès lors, d'une part, qu'il lui appartenait d'agir, non seulement face à la vague épidémique alors en cours, mais aussi en prévision de vagues épidémiques futures, et, d'autre part, qu'il appartiendrait au gouvernement de la Polynésie française, en application de l'article LP. 6, de réexaminer les mesures prises si la situation venait à le nécessiter. Les auteurs de la " loi du pays " n'avaient pas à limiter l'obligation à certaines parties du territoire, étant donné la circulation entre les îles, lesquelles sont au demeurant particulièrement fragiles, même si certaines étaient encore éparpillées à l'été 2021.

27. Ainsi, les dispositions critiquées ont apporté au **droit au respect de la vie privée une restriction justifiée par l'objectif d'amélioration de la couverture vaccinale en vue de la protection de la santé publique, et proportionnée à ce but.** Doivent être écartés pour les

mêmes raisons les moyens par lesquels les requérants invoquent des règles ou principes tels que le droit à la vie, la dignité de la personne humaine, la liberté de choisir sa religion et le droit à " l'objection de conscience ".

Dans ses [conclusions, le rapporteur public](#) dans ce dossier, M. Arnaud Skrzyerbak, évoquait comme suit l'argumentation des requérants quant aux effets indésirables de la vaccination:

L'essentiel de l'argumentation des requérants porte en réalité sur les risques et les effets indésirables présentés par les vaccins contre le covid-19. Sur ce point, **il faut tordre le cou à l'idée selon laquelle ces vaccins seraient expérimentaux et les rendre obligatoires reviendrait à organiser des essais cliniques sans le consentement des participants** . Certes, les vaccins ont reçu des autorisations de mise sur le marché conditionnelles et ces autorisations reposent sur des données moins complètes que celles exigées normalement, l'allègement du dossier de demande devant permettre une mise à disposition plus rapide des médicaments, dans les situations d'urgence notamment. **Néanmoins, une autorisation de mise sur le marché conditionnelle ne peut être accordée que si, malgré des données incomplètes, il est démontré que le rapport bénéfice / risque du médicament est positif et si les bénéfices pour la santé publique découlant de la disponibilité immédiate du médicament concerné sur le marché l'emportent sur le risque inhérent au fait que des données supplémentaires sont encore requises** . Un médicament qui a suivi cette procédure a suffisamment fait ses preuves pour être commercialisé.

Selon Marie-Laure Moquet -Anger¹³, cette décision « *confirme si besoin était, qu'en matière de vaccinations obligatoires, a fortiori en période de crise sanitaire, la santé publique prime les droits fondamentaux.* »

Le Conseil d'Etat a également décidé que l'extension du champ de l'obligation de vaccination imposée par la loi du 5 août 2021 à l'ensemble des personnels d'un établissement de santé entrant dans le champ du I 1° de son article 12, y compris ceux y exerçant une activité syndicale, ne constitue pas une atteinte disproportionnée à la liberté syndicale garantie notamment par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la charte sociale européenne et la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne:

[Conseil d'Etat, juge des référés, 20 octobre 2021, n°457.101, inédit](#)

4. D'une part, l'article 12 de la loi du 5 août 2021 a défini le champ de l'obligation de vaccination contre la covid-19 en retenant, notamment, un critère géographique pour y inclure toutes les personnes exerçant leur activité dans un certain nombre d'établissements, principalement les établissements de santé et des établissements sociaux et médico-sociaux. Le législateur a ainsi entendu protéger les personnes accueillies par ces établissements qui présentent une vulnérabilité particulière au virus de la covid-19. C'est pourquoi l'obligation de vaccination concerne aussi des personnels, notamment administratifs, qui ne sont pas en contact direct avec les malades dès lors qu'ils entretiennent nécessairement, eu égard à leur lieu de travail, des interactions avec des professionnels de santé en contact avec ces derniers. Il en va ainsi aussi des personnels des établissements hospitaliers qui bénéficient d'une décharge, même totale, d'activité de service pour raison syndicale dès lors qu'ils exercent leur activité syndicale dans les locaux d'un tel établissement. Il s'ensuit que, eu égard à la gravité de l'épidémie que connaît le territoire, l'extension du champ de l'obligation

¹³ [Marie-Laure Moquet-Anger - « Droit de la santé – Responsabilité médicale et hospitalière Décisions d'octobre 2021 à mars 2022 », JCP A n° 23 du 13 juin 2022, 2186](#)

de vaccination imposée par la loi du 5 août 2021 à l'ensemble des personnels d'un établissement de santé entrant dans le champ du I 1° de son article 12, y compris ceux y exerçant une activité syndicale, ne saurait être regardée comme portant une atteinte disproportionnée à la liberté syndicale garantie notamment par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la charte sociale européenne et la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

[Conseil d'Etat, juge des référés, 3 décembre 2021, n°458.635, inédit](#)

4. D'une part, l'article 12 de la loi du 5 août 2021 a défini le champ de l'obligation de vaccination contre la covid-19 en retenant, notamment, un critère géographique pour y inclure toutes les personnes exerçant leur activité dans un certain nombre d'établissements, principalement les établissements de santé et des établissements sociaux et médico-sociaux. Le législateur a ainsi entendu protéger les personnes accueillies par ces établissements qui présentent une vulnérabilité particulière au virus de la covid-19. C'est pourquoi l'obligation de vaccination concerne aussi des personnels, notamment administratifs, qui ne sont pas en contact direct avec les malades, y compris s'ils exercent des responsabilités syndicales, dès lors qu'ils entretiennent nécessairement, eu égard à leur lieu de travail, des interactions avec des professionnels de santé en contact avec ces derniers. Il s'ensuit que, eu égard à la gravité de l'épidémie que connaît le territoire, l'extension du champ de l'obligation de vaccination imposée par la loi du 5 août 2021 à l'ensemble des personnels d'un établissement de santé entrant dans le champ du I 1° de son article 12, y compris ceux y exerçant une activité syndicale, ne saurait être regardée comme portant une atteinte disproportionnée à la liberté d'opinion et la liberté d'expression garanties par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Notre chambre a enfin refusé, par un arrêt du 5 juillet dernier, de transmettre trois questions prioritaires de constitutionnalité concernant les dispositions des articles 12 et 14 II de la loi du 5 août 2021 au Conseil constitutionnel:

Soc., 5 juillet 2023, pourvoi n° 22-24.712

9. En effet, en premier lieu, le législateur, en adoptant les dispositions contestées, a entendu, au regard de la dynamique de l'épidémie, du rythme prévisible de la campagne de vaccination, du niveau encore incomplet de la couverture vaccinale de certains professionnels de santé et de l'apparition de nouveaux variants du virus plus contagieux, en l'état des connaissances scientifiques et techniques, permettre aux pouvoirs publics de prendre des mesures visant à lutter contre la propagation de l'épidémie de covid-19 par le recours à la vaccination, et garantir le bon fonctionnement des services hospitaliers publics grâce à la protection offerte par les vaccins disponibles et protéger, par l'effet de la moindre transmission du virus par les personnes vaccinées, la santé des malades qui y étaient hospitalisés poursuivant ainsi l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé.

10. Par ailleurs, l'obligation vaccinale ne s'impose pas, en vertu de l'article 13 de la même loi du 5 août 2021, aux personnes qui présentent un certificat médical de contre-indication ainsi que, pendant la durée de sa validité, aux personnes disposant d'un certificat de rétablissement. Enfin, l'article 14 contesté donne compétence, en son IV, au pouvoir réglementaire, compte tenu de l'évolution de la situation épidémiologique et des connaissances médicales et scientifiques et après avis de la Haute autorité de santé, pour suspendre cette obligation pour tout ou partie des catégories de personnes qu'elle concerne.

11. Ainsi, les dispositions contestées, qui sont justifiées par une exigence de santé publique et ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif qu'elles poursuivent, ne portent pas atteinte au principe constitutionnel de protection de la santé.

12. En deuxième lieu, les dispositions contestées ne portent pas atteinte au principe d'égalité dès lors, d'une part, qu'elles s'appliquent de manière identique à l'ensemble des personnes exerçant leur activité dans les établissements de santé du code de la santé publique, à l'exception de celles y effectuant une tâche ponctuelle, qu'elles fassent ou non partie du personnel soignant, et d'autre part, que la circonstance que les dispositions contestées font

peser sur les personnes exerçant une activité au sein de ces établissements, une obligation vaccinale qui n'est pas imposée à d'autres personnes, constitue, compte tenu des missions des établissements de santé et de la vulnérabilité des patients qui y sont admis, une différence de traitement en rapport avec cette différence de situation, qui n'est pas manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi.

13. En troisième lieu, les dispositions contestées ne portent pas atteinte au droit à l'emploi, ni à l'interdiction de léser un travailleur dans son emploi en raison de ses opinions, ni au droit de tout être humain dans l'incapacité de travailler d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence, dans la mesure où elles ne prévoient pas la rupture du contrat de travail mais uniquement sa suspension.

Cette suspension prend fin dès que le salarié, qui n'est ainsi pas privé d'emploi, remplit les conditions nécessaires à l'exercice de son activité et produit les justificatifs requis, conservant, pendant la durée de celle-ci, le bénéfice des garanties de protection complémentaires auxquelles il a souscrit.

14. En dernier lieu, les dispositions contestées, en ce qu'elles n'instituent pas une sanction ayant le caractère d'une punition dès lors que la suspension du contrat s'impose à l'employeur et ne présente aucun caractère disciplinaire, ne portent pas atteinte aux droits de la défense. En outre, elles prévoient que l'employeur informe le salarié des conséquences de l'absence de vaccination, des moyens de régulariser sa situation, donnent ensuite la possibilité au salarié d'utiliser, avec l'accord de son employeur, des jours de repos conventionnels ou de congés payés.

15. En conséquence, il n'y a pas lieu de renvoyer les questions prioritaires de constitutionnalité au Conseil constitutionnel.

Pour un commentaire critique de cet arrêt :

Leslie Nicolai et Sabrina Haddad, « Contrat de travail - Obligation vaccinale et droits et libertés individuelles : Clap de fin aux contestations liées à la suspension du contrat de travail pour non-respect de l'obligation vaccinale », JCP (S) n° 36 du 12 septembre 2023

L'on peut néanmoins regretter le manque de motivation de cet arrêt qui ne répond pas à l'ensemble des arguments apportés par la salariée à l'appui de sa demande de QPC au titre de la méconnaissance du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 et de l'article 6 de la DDHC.

Il est en effet observé que **la Cour de cassation ne revient pas sur l'argument selon lequel les produits de vaccination n'étaient qu'en phase d'expérimentation, au moment des faits**, et dont l'absence de dangerosité n'était pas établie.

Celle-ci justifie uniquement le recours obligatoire à la vaccination pour les salariés travaillant dans un établissement de santé **sans s'attarder sur l'atteinte que pouvait avoir cette vaccination sur l'intégrité physique de la requérante**. (...)

Pour la Cour de cassation, une suspension de contrat n'équivaut pas à une suppression d'emploi, et en tout état de cause, la salariée était informée de la possibilité de régulariser sa situation et/ou en cas de blocage persistant de poser des jours de congés payés et/ou conventionnels, de sorte que le droit à l'emploi de la salariée n'a pas été méconnu.

Selon nous, la position retenue par la Cour de cassation est discutable dès lors que le droit à l'emploi recoupe, en autre, le droit de conserver son emploi. (...) ***s'il est vrai que le salarié n'est pas privé en tant que tel de son emploi au moment où l'employeur prononce cette suspension du contrat de travail, l'employeur peut toujours entamer une procédure de licenciement à son encontre dans l'hypothèse où son absence aurait pour conséquence de perturber la société d'une quelconque manière.*** (...) Par conséquent, il est regrettable de voir que cette solution se contente de faire écho aux décisions rendues par le Conseil d'État en reprenant une solution à l'identique (CE, 28 janv. 2022, n° 458261 : JurisData n° 2022-001175. – CE, 28 janv. 2022, n° 457879) sans procéder à l'analyse de la situation particulière de la salariée. (....)

Comment définir une suspension du contrat de travail sans rémunération pour défaut de respect d'une obligation vaccinale ? Le premier mot qui viendrait à l'esprit serait sanction, et pour cause, les conséquences instituées par la loi ont, selon nous, le caractère d'une sanction, sans en dire le nom.

En pratique, outre les suspensions du contrat de travail pour maladie ou maternité, celui-ci se voit suspendu sans rémunération en cas de procédure disciplinaire initiée à l'encontre du salarié.

En l'espèce, l'analogie peut être faite avec les salariés qui ne respectent pas leur obligation vaccinale en application de la loi.

La Cour de cassation, ***sans évoquer l'aspect punitif de la mesure, renvoie, en réalité, le salarié à ses propres responsabilités et celui-ci doit, en cas de méconnaissance des dispositions légales, assumer les conséquences de ses actes et accepter que son contrat de travail soit suspendu sans aucune rémunération.***

Il s'agit donc bien là d'une forme de « punition » pour défaut de respect de la loi.

Ainsi, la Cour de cassation ***répond de nouveau de manière péremptoire***, ne laissant substituer aucun doute quant à la licéité des dispositions critiquées.

Au cas présent, la salariée, après avoir rappelé les stipulations de l'article 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et le rattachement, par la Cour européenne des droits de l'homme, des atteintes à l'intégrité physique et psychiques à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en jugeant notamment que les vaccinations obligatoires en tant que traitements médicaux non volontaires constituent une ingérence dans le droit au respect de la vie privée, soutenait, en page 10 de ses écritures, que le principe du respect de l'intégrité physique et du consentement libre et éclairé était manifestement violé par la loi dont l'objectif affiché consistait à contraindre le consentement à la vaccination.

La cour d'appel a, pour rejeter cette argumentation, adopté la motivation suivante :

Ainsi que le relève l'employeur, en premier lieu, l'article 3 de la Charte susvisée n'interdit pas au législateur d'encadrer le consentement libre et éclairé.

En second lieu, si l'ingérence de l'autorité publique dans le droit au respect de sa vie privée est caractérisée, cette ingérence est prévue par la loi et constitue une mesure nécessaire à la protection de la santé, en sorte que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme est respecté.

Enfin, il n'est pas non plus démontré une violation des dispositions de l'article L1111-4 du Code de la santé publique dans la mesure où chaque professionnel concerné par cette obligation vaccinale, a la faculté de s'opposer à l'inoculation du vaccin sur sa personne.

Il s'ensuit que l'obligation vaccinale contestée, laquelle s'inscrit dans le cadre d'une pandémie, constitue un motif légitime de protection de la santé, en sorte que l'atteinte au respect de l'intégralité physique justifiée par la nature des fonctions exercées n'est pas disproportionnée par rapport au but recherché.

Il appartiendra à notre chambre de déterminer si cette décision encourt les griefs formulés par le second moyen au bénéfice de ces observations.